

CARLOS SANTIAGO NINO

Ética
y
derechos humanos

Un ensayo de fundamentación

2ª edición ampliada y revisada



ASTREA

**ÉTICA
Y
DERECHOS HUMANOS**

FILOSOFÍA Y DERECHO

15

CARLOS SANTIAGO NINO

Profesor titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
Miembro del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas

Ética y derechos humanos

Un ensayo de fundamentación

2ª edición ampliada y revisada



EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA

BUENOS AIRES

1989

1ª edición, 1984.

2ª edición, 1989.

© EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA S R L
Lavalle 1208 - Buenos Aires

ISBN: 950-508-289-4

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
IMPRESO EN LA ARGENTINA

*A Raúl Alfonsín,
por su preocupación
por los derechos humanos*

ADVERTENCIA Y AGRADECIMIENTOS

Aunque este libro fue concebido como una obra unitaria, el material de algunas de sus partes fue publicado, en versiones diferentes, en diversos artículos. Así, parte de lo que se expone en el capítulo II coincide con el desarrollo de *Legal Ethics: Between Metaphysics and Futility*, incluido en "Essays in Legal Theory in Honour of Kaarle Makkonen", XVII Oikeustiede Jurisprudentia, 1983. El capítulo VII incluye una discusión que con distintas conclusiones fue recogida en el artículo *¿Da lo mismo omitir que actuar?*, LL, 1979-C-801. Parte del desarrollo del capítulo X fue anticipado en el artículo *¿Es la tenencia de drogas para el consumo personal una de las acciones privadas de los hombres?*, LL, 1979-D-743. Por último, el núcleo del capítulo XI apareció en una versión diferente, incluso en cuanto a algunas conclusiones, en *Pena de muerte, sentimiento y protección social*, LL, 1981-A-708.

Esta segunda edición es sustancialmente diferente de la anterior. En el capítulo I he introducido un enfoque distinto de las personas morales. El capítulo II ha sido actualizado con la discusión de nuevos intentos de fundar la moral en el autointerés. El actual capítulo IV, dedicado al desafío comunitarista al liberalismo kantiano, es totalmente nuevo. He revertido el orden de los actuales capítulos V y VI por entender que así se advierte más claramente cómo el principio de inviolabilidad condicionaba al de autonomía. El capítulo V, dedicado a este último principio, exhibe una visión menos subjetivista del bien que la adoptada en la edición anterior. El capítulo VIII incluye algunos pasajes relevantes nuevos sobre el carácter normativo de la causación y una nueva sección sobre los beneficiarios de los derechos individuales. En el capítulo IX hay modifica-

ciones importantes en el modo de concebir la democracia como sucedáneo del discurso moral. El capítulo X absorbe ahora parte de la discusión del V sobre paternalismo y perfeccionismo y el problema de la punibilidad del consumo de drogas meramente ejemplifica en esta versión las implicaciones de esa discusión. En el capítulo XI he revertido las dos últimas secciones y se han introducido algunas modificaciones en las propuestas finales.

He discutido con mucho provecho diferentes argumentos de este libro con amigos y colegas a quienes deseo agradecer su paciencia e interés. Entre ellos están Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, Genaro R. Carrió, Ronald Dworkin, Martín D. Farrell, Owen Fiss, Ernesto Garzón Valdés. Hartmut Kliemt, Norbert Hoerster, Juan Larreta, Jaime Malamud Goti, Thomas Nagel, Eduardo Rabossi y Tim Scanlon.

Estoy muy reconocido a Carlos Rosenkrantz por haberme ayudado en la edición del libro preparando el índice analítico y revisando las pruebas junto a Gabriel Bouzat, Hernán Gullco y Agustín Zbar. Además de los nombrados debo agradecer el estímulo de una permanente discusión a colaboradores y participantes de mi seminario de ética, tales como Marcelo Alegre, Claudio Amor, Martín Böhmer, Roberto de Micheli, Carlos Espósito, Roberto Gargarella, Marcela Rodríguez y Javier Sarán.

También deseo dar las gracias a Eva Dietrich por su eficiente trabajo de edición.

CARLOS SANTIAGO NINO

ÍNDICE GENERAL

<i>Advertencia y agradecimientos</i>	IX
<i>Introducción</i>	1

PARTE PRIMERA

METAÉTICA

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

§ 1.	Introducción	11
§ 2.	Los derechos humanos como derechos morales. El iusnaturalismo	14
§ 3.	La relevancia de los derechos morales para la teoría y la práctica jurídicas	20
§ 4.	El “status” normativo de los derechos morales	25
	a) Derecho como ausencia de prohibición	26
	b) Derecho como <i>permisión directa</i>	26
	c) Derecho como correlato de obligaciones activas o pasivas de otros	27
	d) Derecho como demanda	28
	e) Derecho como inmunidad	29
§ 5.	Una propuesta de reconstrucción del concepto de derecho moral	31
§ 6.	Los rasgos distintivos de los derechos humanos y el concepto de persona moral	40

CAPÍTULO II**EL ESCEPTICISMO ÉTICO**

§ 1.	Racionalismo, liberalismo y escepticismo ético	49
§ 2.	Inserción de los contratos en el derecho comercial	57
	a) El convencionalismo moral	57
	b) La ética del autointerés	63
§ 3.	Las raíces del escepticismo ético	73
	a) La justificabilidad de los juicios basada en hechos	73
	b) La justificabilidad de los juicios morales basada en la voluntad divina	75
	c) La justificabilidad de los juicios morales basada en deseos	77
	d) Los juicios morales como directivas	81
	e) El vaciamiento conceptual de la moral	86
§ 4.	Conclusión	88

CAPÍTULO III**EL CONSTRUCTIVISMO ÉTICO**

§ 1.	Moral social y moral crítica	92
§ 2.	Las funciones sociales de la moral	96
§ 3.	La determinación del procedimiento del discurso moral	104
§ 4.	Algunos aspectos estructurales del discurso moral	108
§ 5.	Verdad y completitud de los juicios morales	117
§ 6.	La justificación moral y la justificación de la moral	125

CAPÍTULO IV**EL NUEVO DESAFÍO COMUNITARISTA
AL LIBERALISMO KANTIANO**

.....		129
§ 1.	La ofensiva	130
§ 2.	La retirada liberal	142

§ 3.	Una tentativa de salvar al liberalismo kantiano ...	158
a)	Nuevamente el relativismo	158
b)	La concepción liberal de la persona	171
c)	La prioridad de la justicia respecto de las concepciones de lo bueno y la neutralidad del liberalismo	178
d)	Autonomía, imparcialidad y la prioridad de la moral	185
e)	Implicaciones sustantivas y contexto social	190
f)	Conclusión	197

PARTE SEGUNDA

PRINCIPIOS

CAPÍTULO V

EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA PERSONA

§ 1.	Introducción	199
§ 2.	Liberalismo y reconocimiento jurídico de la moral positiva	201
§ 3.	La ofensiva del perfeccionismo	205
§ 4.	Los enfoques objetivo y subjetivo del bienestar ..	211
§ 5.	El contenido de los derechos	219
§ 6.	El discurso moral y la justificación del principio de autonomía	229

CAPÍTULO VI

EL PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD DE LA PERSONA

§ 1.	El uso de las personas como medios. La crítica al utilitarismo	237
§ 2.	El problema de la identidad frente a principios de distribución	243

§ 3.	Individualismo y colectivismo	246
§ 4.	El punto de vista moral y el principio de inviolabilidad de la persona	255
§ 5.	El papel de los derechos y de las limitaciones del principio de inviolabilidad	260

CAPÍTULO VII

EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD DE LA PERSONA

§ 1.	Introducción	267
§ 2.	Tipos de determinismo	269
§ 3.	La naturaleza de la adscripción de responsabilidad y su vulnerabilidad frente al determinismo ...	273
§ 4.	El determinismo normativo y el principio de dignidad de la persona	282
§ 5.	El alcance del consentimiento. Contratos y penas	291
§ 6.	El discurso moral y el principio de dignidad de la persona	298

PARTE TERCERA

INSTITUCIONES

CAPÍTULO VIII

EL ALCANCE DE LOS DERECHOS. LIBERALISMO CONSERVADOR Y LIBERALISMO IGUALITARIO

§ 1.	Conflictos de derechos	305
§ 2.	El alcance negativo y positivo de los derechos	314
§ 3.	La significación moral de las omisiones	317
	a) La distinción de sentido común	317
	b) La distinción de sentido común cuestionada ...	320

	c) La reconstrucción de la distinción de sentido común	325
§ 4.	El carácter normativo de la causación y una aparente circularidad entre los principios liberales ...	334
§ 5.	La solución del liberalismo igualitario	340
§ 6.	Los derechos “nuevos” y la estructura económica	348
§ 7.	Los beneficiarios de los derechos	356

CAPÍTULO IX

JUSTIFICACIÓN DE LA INTERFERENCIA ESTATAL. DEMOCRACIA Y OBLIGACIÓN DE OBEDECER EL DERECHO

§ 1.	La necesidad de autoridades jurídicas	367
§ 2.	Las justificaciones corrientes de la democracia ...	371
	a) La democracia como expresión de la soberanía popular	371
	b) La democracia como el gobierno que cuenta con el consentimiento de los gobernados	377
	c) Otras justificaciones corrientes de la democracia	381
§ 3.	La democracia como un sucedáneo del discurso moral	387
§ 4.	La obligación moral de observar un derecho democrático. La objeción de conciencia	400

CAPÍTULO X

LOS LÍMITES DE LA INTERFERENCIA ESTATAL: EL PERFECCIONISMO

§ 1.	Paternalismo y perfeccionismo	413
§ 2.	El ejemplo de la punición del consumo de drogas	420
	a) Introducción	420
	b) El argumento perfeccionista	424
	c) El argumento paternalista	427

d) El argumento de la defensa social	435
e) Conclusión	445

CAPÍTULO XI

LOS LÍMITES DE LA INTERFERENCIA ESTATAL: EL CASO DE LA PENA DE MUERTE

§ 1	Introducción	447
§ 2.	Retribución y muerte	448
§ 3.	Prevención y muerte	451
§ 4.	La teoría consensual de la pena	454
§ 5.	¿Protege la pena de muerte a la sociedad?	458
§ 6.	¿Puede renunciarse a vivir?	466
<i>Bibliografía</i>		479
<i>Índice alfabético</i>		487

INTRODUCCIÓN

Es indudable que los derechos humanos son uno de los más grandes inventos de nuestra civilización. Con esta afirmación quiero destacar varias cosas: en primer lugar, que el reconocimiento efectivo de los derechos humanos podría parangonarse al desarrollo de los modernos recursos tecnológicos aplicados, por ejemplo, a la medicina, a las comunicaciones o a los transportes en cuanto al profundo impacto que produce en el curso de la vida humana en una sociedad; en segundo término, que tales derechos son, en cierto sentido, “artificiales”, o sea que son, como el avión o la computadora, producto del ingenio humano, por más que, como aquellos artefactos, ellos dependan de ciertos hechos “naturales”; en tercer lugar, que, al contrario de lo que generalmente se piensa, la circunstancia de que los derechos humanos consistan en instrumentos creados por el hombre no es incompatible con su trascendencia para la vida social.

Esta importancia de los derechos humanos está dada, como es evidente, por el hecho de que ellos constituyen una herramienta imprescindible para evitar un tipo de catástrofe que con frecuencia amenaza a la vida humana. Sabemos, aunque preferimos no recordarlo todo el tiempo, que nuestra vida está permanentemente acechada por infortunios que pueden aniquilar nuestros planes más firmes, nuestras aspiraciones de mayor aliento, el objeto de nuestros afectos más profundos. No por ser obvio deja de ser motivo de perplejidad el hecho de que este carácter trágico de la condición humana esté dado, además de por la fragilidad de nuestra constitución biológica y por la inestabilidad de nuestro entorno ecológico, por obra de nosotros mismos. Para un observador externo debe ser real-

mente patético el espectáculo de estos pobres seres cuya conciencia se prolonga por apenas unas décadas y cuyos penosos intentos de dar sentido a su vida durante ese breve lapso se ven muchas veces frustrados por interferencias mutuas. Estas colisiones se producen no sólo por la escasez de recursos externos para satisfacer intereses sino también por la práctica de muchos de utilizar a sus congéneres como otro tipo de recursos, sea para asegurar su propio bienestar, sea para materializar alguna visión peculiar del bien absoluto. Esta práctica de usar a los hombres como instrumentos es, por supuesto, mucho más desastrosa cuando, como suele suceder, es llevada a cabo por los poderosos, por quienes tienen acceso a las armas o a otros medios para someter a sus semejantes en gran escala.

El antídoto que han inventado los hombres para neutralizar esta fuente de desgracias es precisamente la idea de los derechos humanos. No obstante antecedentes tan remotos como los fueros españoles, las cartas inglesas, las declaraciones norteamericanas, etc., es con la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 que se hace completamente explícito que la mera voluntad de los fuertes no es una justificación última de acciones que comprometen intereses vitales de los individuos, y que la sola cualidad de ser un hombre constituye un título suficiente para gozar de ciertos bienes que son indispensables para que cada uno elija su propio destino con independencia del arbitrio de otros. Todavía resulta impresionante la sentencia del prólogo de la Declaración de la Asamblea francesa que dice que "la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos".

A partir de allí el reconocimiento de los derechos humanos se fue expandiendo a través de las constituciones de prácticamente todos los Estados nacionales y de normas internacionales como la Declaración universal de derechos humanos, sancionada por las Naciones Unidas en 1948, y los pactos subsiguientes, propiciados por el mismo organismo, sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales.

Esta expansión del reconocimiento jurídico de los derechos humanos no ha impedido, sin embargo, que este siglo presenciara genocidios sin precedentes, purgas siniestras, masa-

cres y persecuciones crueles, intervenciones sangrientas de grandes potencias en la vida de otros pueblos, hambrunas, enfermedades evitables y analfabetismo en las regiones postergadas del mundo, la amenaza permanente de un estallido nuclear.

Estos hechos terribles no deben oscurecer los lentos e inseguros avances que se han hecho en esta materia, principalmente después de la segunda guerra mundial: la esclavitud prácticamente ha desaparecido en el mundo; el proceso de descolonización, aun cuando no es completo, ha progresado sustancialmente; cada vez hay más países en los que rige, a veces con retrocesos temporarios, el estado de derecho; se han establecido tribunales internacionales para juzgar denuncias por violaciones de derechos humanos; la conciencia de la gente está más alerta acerca de las aberraciones que se producen aun más allá de las fronteras de sus respectivos países. Sin embargo, no es posible eludir la pregunta de por qué estos avances no son más rápidos, firmes y generales.

Uno de los factores que tal vez contribuyen a que no se progrese tanto como es deseable en la promoción de los derechos del hombre es la creencia de que ella está asegurada cuando se alcanza un reconocimiento jurídico de los derechos en cuestión. Ese reconocimiento es obviamente importante, puesto que permite neutralizar algunas clases de violaciones: las que provienen de particulares o de funcionarios aislados del aparato estatal. Pero ésta es la modalidad más benigna de desconocimiento de los derechos, la modalidad que se combate con relativa eficacia a través de leyes penales operativas, jueces diligentes y una policía más o menos eficiente. La forma más perversa y brutal de ese desconocimiento es la que o bien involucra al núcleo mismo de la maquinaria que concentra el monopolio de la coacción o supone la injerencia de potencias extranjeras. Frente a este tipo de lesiones a los derechos es prácticamente vana su homologación por el derecho positivo, ya que las normas respectivas pierden vigencia con la misma violación generalizada e impune y son generalmente reemplazadas por otras que amparan jurídicamente tales lesiones.

La percepción de esta limitación de la estrategia de hacer efectivos los derechos humanos a través de cada orden jurídico

nacional ha hecho que cada vez más se concentre la acción en esta materia en la celebración de convenios internacionales que definan los derechos, establezcan sanciones externas para su violación, organicen tribunales regionales para juzgar esa violación, prevean procedimientos de fiscalización, etcétera. Es claro que éste es otro paso decisivo hacia la vigencia de los derechos individuales básicos, ya que implica aislarlos relativamente de las contingencias políticas internas de cada país. Sin embargo, la necesaria incorporación de los derechos humanos al orden jurídico internacional tiene dos limitaciones. Una está dada por el hecho de que las divergencias ideológicas entre los poderes gobernantes en diferentes naciones hace que esa incorporación se concrete en el nivel del mínimo común denominador, dejando de lado los derechos que son motivo de divergencia. La otra, más grave, es que la concepción todavía vigente de la soberanía de los Estados impone restricciones severas a la obligatoriedad de los compromisos asumidos y a la injerencia de órganos externos para investigar y castigar violaciones de derechos.

Estas limitaciones del reconocimiento de los derechos del hombre a través del orden jurídico nacional y del internacional hace que, además de ese imprescindible e imperioso reconocimiento, deba apuntarse a un plano todavía más profundo: la formación de una conciencia moral de la humanidad acerca del valor de estos derechos y de la aberración inherente a toda acción dirigida a desconocerlos. Es esta conciencia, una vez que arraigue firmemente y se generalice, lo que puede constituir el freno más perdurable y eficaz contra la acción de los enemigos de la dignidad humana.

Esto se conecta con otro factor que detiene el progreso de la vigencia de los derechos del hombre: podría ser cierto que detrás de los abusos a tales derechos haya crudos intereses que se ven frustrados por su observancia; pero, en todo caso esos intereses no se defienden abiertamente sino que se cubren de un disfraz ideológico; además es claro que en muchas ocasiones el ataque a los derechos proviene de defensores sinceros de ideologías adversas a ellos. Por lo tanto, la difusión de ciertas ideologías, defendidas por interés o por convicción, es una de las fuentes más importantes de actitudes de desprecio

hacia los derechos del hombre. Ésta es otra razón para concentrarse en la generalización de una conciencia moral que inmunice contra concepciones ideológicas que conciben a los hombres como simples recursos.

La formación de una conciencia moral se logra o bien por propaganda o por discusión racional. El primer método puede ser más eficaz a corto plazo, pero, como la experiencia lo demuestra, es notablemente frágil, puesto que condiciona las mentes a un tipo de respuesta que bien puede adaptarse con relativa facilidad al estímulo opuesto. Por otra parte, la estrategia propagandística, cuando va más allá de la mera difusión de ideas, implica una actitud elitista, ya que se supone que quienes ejercen la propaganda no están convencidos por acción de esa misma propaganda sino por razones que no están al alcance de sus destinatarios, y esa actitud es pragmáticamente inconsistente con la defensa de los derechos que se procura hacer a través de la propaganda.

Afortunadamente la vigencia de la discusión racional es mucho más amplia que la de los derechos humanos. Aun los tiranos más desvergonzados se ven en la necesidad de dar alguna justificación de sus actos y ese intento de justificación, por burdo e hipócrita que sea, abre las puertas para la discusión esclarecedora.

A veces son los propios defensores de los derechos humanos los que rehúyen la discusión. Ellos asumen que es posible tomar partido por la consagración práctica de esos derechos sin encarar la engorrosa cuestión de las razones que fundamentan moralmente la necesidad de esa consagración. Pero esto es un error: esa toma de posición es de índole moral y si no se la justifica con razones queda inerme frente a la adopción de posiciones opuestas. Por otra parte, no se trata sólo de optar entre una posición que reconoce y otra que desconoce los derechos del hombre: se trata de determinar también cuáles son esos derechos que deben ser reconocidos y qué alcance debe asignárseles, cosa que no puede zanjarse de otra forma que no sea a través de la discusión racional en el plano de la filosofía moral.

La renuencia a encarar esa discusión está muchas veces determinada por una u otra de dos posiciones en apariencia

opuestas pero con resultados equivalentes, posiciones que son defendidas por muchos filósofos morales y que están arraigadas en la mentalidad de muchos legos: por un lado, el *dogmatismo ético*, según el cual hay verdades morales autoevidentes o que se adquieren por un acto de fe o por una intuición no corroborable intersubjetivamente, lo que hace, en cualquier caso, superfluo el ofrecer razones en apoyo de tales creencias; por el otro lado, el *escepticismo ético*, para el que es imposible dar razones en defensa de una concepción moral como la que legitima los derechos del hombre, puesto que la adopción de ese tipo de concepciones está determinada por decisiones o emociones que no están controladas por criterios de racionalidad. Creo que la difusión de estas posiciones metaéticas, que suelen alimentarse recíprocamente, en un proceso de acción y reacción, es uno de los obstáculos más profundos para la formación de una conciencia moral esclarecida que sirva de último baluarte contra los asaltos a la dignidad del hombre.

Esto justifica que diga que este libro tiene un objetivo esencialmente práctico: se trata de contribuir a la vigencia de los derechos del hombre a través de la discusión teórica de ideas que les son adversas. En la primera parte, dedicada a cuestiones de metaética, luego de ubicar a los derechos humanos en cierta geografía conceptual, ensayo una explicación de la naturaleza de la moral que descalifica igualmente tanto al dogmatismo como al escepticismo ético y que muestra a la moral y, por lo tanto, a las instituciones que de ella derivan –como los derechos humanos– como una creación humana que no es de ningún modo arbitraria sino que está condicionada por sus funciones sociales distintivas y por los presupuestos conceptuales a través de los cuales la identificamos. La segunda parte, destinada a ciertos principios básicos de moralidad social, intenta mostrar que de la naturaleza de la moral derivan ciertas exigencias sustantivas (que se las asocia con el liberalismo, en un sentido de la expresión que de ningún modo, como se ve a lo largo del libro, involucra una posición acerca del sistema económico preferible); estas exigencias resultan de descalificar tres concepciones inherentes al pensamiento totalitario –el holismo, el perfeccionismo y el determinismo normativo– y de su combinación emergen los derechos individuales básicos. En la tercera parte, dedicada a instituciones, se trata de vislumbrar

un diseño social que corresponde a los principios expuestos en la parte precedente, lo que supone definir el alcance de los derechos y sus implicaciones respecto del sistema del gobierno apropiado, de los límites de la interferencia estatal en las acciones de los hombres y del uso legítimo de la coacción por parte del Estado.

Permanentemente me preocupo a lo largo del libro por enfatizar el carácter exploratorio que tiene la argumentación que desarrollo. Si bien la filosofía analítica ha hecho en los últimos años notables progresos en el área moral y política —que había quedado antes un tanto rezagada frente a otras áreas filosóficas—, esos progresos implican avanzar a tientas en un territorio inseguro e ignoto, al que sólo habían accedido previamente, salvo por algunos precursores lejanos, filósofos que estaban munidos de armamento teórico sustancialmente diferente. El no seguir atentamente los pasos de estos pensadores de distinta orientación filosófica no se debe a una absurda desvalorización de su obra, en muchos casos de importancia fundamental, sino al hecho de que un diferente equipamiento metodológico obliga a abrir brechas independientes de las transitadas por ellos, aunque sean seguramente paralelas y a veces coincidentes.

PARTE PRIMERA
METAÉTICA

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

1. INTRODUCCIÓN

Este capítulo pretende ocuparse de un tema de índole *conceptual*. A diferencia de los capítulos siguientes, aquí no se encarará la cuestión de cómo pueden fundamentarse los derechos humanos —y, en consecuencia, *cuáles* son tales derechos—, sino la de precisar la *noción* de derechos humanos, es decir establecer las condiciones de aplicabilidad de la expresión “derechos humanos”.

Esta distinción entre un análisis conceptual y un desarrollo teórico de carácter normativo o justificatorio requiere alguna aclaración, ya que está amenazada por confusiones que pueden perjudicar a ambas tareas. A primera vista la legitimidad de la distinción parece indiscutible: la tarea de elucidación conceptual es previa e independiente de la de la valoración de los fenómenos referidos por los conceptos en cuestión, ya que sin tal elucidación no es posible determinar *qué* es lo que se está valorando.

Sin embargo, tal vez podrían extenderse a esta distinción las dudas que han surgido¹ acerca de la distinción paralela entre juicios analíticos y juicios sintéticos, o con contenido fáctico. En el caso de la distinción presente entre juicios analíticos (o sea juicios que involucran un análisis conceptual) y juicios

¹ Estas dudas surgieron, principalmente, a partir del artículo de Quine, W. V. O., *Two Dogmas of Empiricism*, en “From a Logical Point of View”, New York, 1963, p. 21 y siguientes.

valorativos o normativos, las dudas podrían presentarse de este modo: si se parte de la base de que el análisis de un concepto como el de derechos humanos no consiste en dar cuenta de alguna esencia inobservable, reflejada por el concepto en cuestión, que esté de algún modo intercalada en la realidad, entre los hechos observables, se hace difícil determinar cuáles son los criterios que guían tal análisis. Obviamente la tarea de elucidación conceptual pretende ofrecer algo más que una buena investigación lexicográfica acerca del uso de una cierta expresión lingüística, tal como la que se lleva a cabo en la confección de un diccionario. Tampoco se satisface esa tarea con la propuesta de definiciones estipulativas, que simplemente expresan la *decisión* del hablante de usar una palabra con cierto significado o la recomendación de que otros así la empleen; si fuera de esta manera carecerían de sentido todas las controversias que la elucidación conceptual suele provocar. Se afirma que la tarea filosófica fecunda pasa por una vía intermedia constituida por la *reconstrucción racional* de un concepto²; ella consiste en la transformación de un concepto inexacto y vago empleado en algún ámbito por otro más preciso y exacto que pueda ser usado en la mayoría de las ocasiones en que se usa el concepto anterior. Pero el hecho es que hay múltiples alternativas para dar precisión a un concepto vago, y, admitiendo que la mayor precisión implica necesariamente restringir en algo el ámbito de aplicabilidad del concepto, todas las alternativas pueden ser incomparables en cuanto a la capacidad del concepto reconstruido para reemplazar en diferentes ocasiones al concepto original. En relación con un caso como el de la noción de derechos humanos, no se ve qué otra cosa podría hacerse que no fuera ofrecer una larguísima lista de definiciones más o menos precisas asociadas de algún modo con el empleo de la expresión en algún contexto. Sin embargo, sólo algunas definiciones serán de utilidad, y ellas son las que recogen distinciones que son relevantes en el esquema valorativo o justificatorio en cuyo marco opera la noción de derechos humanos.

² Acerca de esta idea de reconstrucción racional, ver Alchourrón, Carlos E. - Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1975.

Por lo tanto, no tiene sentido una elucidación conceptual –más allá de la mera investigación lexicográfica– que se lleve a cabo con independencia de la elaboración de la teoría –en este caso de índole normativa– que emplea el concepto en cuestión.

No obstante, se podría replicar que esta objeción es sólo parcialmente legítima: por un lado, es cierto que la articulación de la teoría que incorpora el concepto determina en última instancia cuáles son sus propiedades relevantes. Por ejemplo, si nuestra teoría normativa no puede justificar una diferencia básica entre el tratamiento debido a los hombres y el que se debe dar a los demás animales, no tendría sentido proponer un concepto de derechos individuales que sea aplicable sólo a los seres humanos. Pero, por otro lado ya se ha dicho que no puede haber valoración si no se identifica previamente –a través de ciertos conceptos– lo que se valora, y supone una perniciosa confusión pensar que la identificación en cuestión se constituye a través de la valoración, de modo que lo que parecen enunciados normativos sustantivos terminan siendo, en última instancia, enunciados analíticos. Esto implicaría desentenderse de la dimensión pragmática –la apelación a la acción– inherente a una teoría normativa y ausente en un mero esquema conceptual.

La forma de conciliar estas consideraciones consiste, según creo, en admitir que hay un proceso de ajustes mutuos entre la elucidación conceptual y la elaboración de la teoría en cuyo marco opera el concepto: se comienza con una caracterización provisoria de la noción en cuestión tomando en cuenta rasgos que se supone *a priori* teóricamente relevantes. Ello permite articular una teoría sustantiva que requiere la identificación de los fenómenos o situaciones denotados por tal noción. La articulación de la teoría hace posible, a su vez, perfilar mejor el concepto en cuestión, tal vez incluyendo en su designación propiedades teóricamente relevantes que habían pasado inadvertidas al comienzo del proceso o excluyendo rasgos que no son teóricamente significativos.

Éste es el proceso que voy a comenzar aquí en relación con la noción de derechos humanos. Es obvio que este concepto se fue moldeando en el contexto de cierta concepción moral sustantiva que fue marcando algunos de sus rasgos distintivos.

Pero no se puede esperar a hacer explícitos los aspectos básicos de esa concepción para caracterizar el concepto de derechos humanos, ya que este concepto debe ser empleado en la articulación de la concepción. Por lo tanto es necesario que adelante una caracterización provisional de la noción, dejando abierta la posibilidad de que el desarrollo de la concepción valorativa que fundamenta el reconocimiento de ciertos derechos humanos muestre que hay rasgos distintivos de éstos que fueron pasados por alto.

2. LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS MORALES. EL IUSNATURALISMO

Un punto conceptual que suele generar agudas confusiones, aun cuando ha gozado de un progresivo esclarecimiento en los últimos tiempos, es el de la *especie* de derechos a la que se alude cuando se habla de derechos humanos. Aunque —sobre todo en castellano— parece un pleonasma hablar de “derechos jurídicos” y huele a inconsistencia referirse a “derechos morales”, tiene pleno sentido preguntarse si los derechos humanos son de índole jurídica o moral o si corresponden a esa categoría mestiza constituida por el *derecho natural* (o si pueden ser a la vez morales, jurídicos y “jurídico-naturales”).

Aquí conviene aclarar qué quiere decir que los derechos humanos sean de una u otra índole. Se presupone³ que las proposiciones acerca de derechos en general y de derechos humanos en especial (así como las que aluden a deberes, responsabilidades, etc.) son equivalentes a proposiciones acerca del contenido de reglas o principios de un determinado sistema normativo. Según sea el carácter moral, jurídico o de derecho natural del sistema normativo aludido por tales proposiciones, así será la índole de los derechos referidos por los enunciados originarios.

A primera vista, parece obvio que cuando hablamos de de-

³ Ver este punto en Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Bs. As., Astrea, 1980, p. 196 y Martin, R. - Nickel, J. W., *Recent Work on the Concept of Right*, en “American Philosophical Quarterly”, julio 1980, vol. 17, n° 3, p. 175.

rechos humanos aludimos a situaciones normativas que están estipuladas en disposiciones de derecho positivo nacional e internacional, como los arts. 14 y 18 de la Constitución de la Nación Argentina, o en el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966. Con esta interpretación los derechos humanos serían primordialmente *derechos jurídicos*, tanto como, por ejemplo, el derecho que tiene en la Argentina un locador para desalojar de un inmueble al locatario que debe dos meses de alquiler. No hay duda de que en muchos contextos, por ejemplo en referencias históricas, cuando se habla de derechos humanos se hace mención a estos derechos jurídicos. Pero en los contextos en que la alusión a derechos humanos adquiere una importancia radical para cuestionar leyes, instituciones, medidas o acciones, esos derechos no se identifican con los que surgen de normas del derecho positivo sino que, en todo caso, se entiende que los derechos jurídicos así creados constituyen sólo una consagración, reconocimiento o medio de implementación de aquellos derechos que son lógicamente independientes de esta recepción jurídica. Se reclama el respeto de los derechos humanos aun frente a sistemas jurídicos que no los reconocen y *precisamente porque no los reconocen*. Por ejemplo, frente a una protesta por el hecho de que en la Unión Soviética no se reconoce el derecho a formar asociaciones políticas distintas del partido comunista, no cabe la réplica de que el orden jurídico soviético no admite tal disenso, ya que ella, de ser cierto, abonaría precisamente la protesta.

La percepción de esta circunstancia ha llevado, desde hace siglos, a muchos teóricos a sostener la tesis de que los derechos humanos tienen origen no en el orden jurídico positivo sino en un "derecho natural", o sea en un sistema normativo que se caracteriza por el hecho de que el criterio según el cual ciertas normas pertenecen a él no está basado en actos contingentes de dictado o reconocimiento por parte de ciertos individuos, sino en su justificación intrínseca. Bajo el amparo de esta idea es que el reconocimiento de los derechos humanos se fue materializando en el desarrollo espiritual de la humanidad, como lo ilustra, por ejemplo, la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos.

En otro lugar⁴ he sostenido que el iusnaturalismo puede caracterizarse por la defensa de dos tesis fundamentales: *a*) que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos; *b*) que un sistema normativo, aun cuando sea efectivamente reconocido por órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal⁵, no puede ser calificado como *derecho* si no satisface los principios aludidos en el punto anterior.

Como sostuve en el mismo y en otros lugares⁶, *el positivismo conceptual* (por contraste con otras posiciones como el *positivismo ideológico*), que está representado por autores como Bentham, Austin, Kelsen, Ross, Hart, etc., no se opone, *como tal*, a la tesis *a*, sino a la tesis *b*. Con respecto a la primera tesis los positivistas mantienen posiciones diversas, independientemente de su positivismo. Bentham y Austin la aceptan al defender un sistema ético utilitarista, Hart mantiene hacia ella una actitud cautelosamente abierta, Kelsen y Ross la rechazan terminantemente. En lo que coinciden todos, y es ello por lo tanto lo que es distintivo de su posición común positivista, es en el rechazo de la tesis *b*, o sea en su afirmación de la tesis opuesta de que la identificación del contenido y existencia de un orden jurídico positivo debe basarse exclusivamente en circunstancias fácticas como la calificada de insuficiente por la formulación de la tesis *b*, sin recurrir a consideraciones valorativas. Como también he sostenido⁷, esta controversia acerca de la tesis *b* es una mera *disputa verbal* y su significación desaparece no bien se abandona el prejuicio esencialista de que debe haber un *único* concepto de derecho. Si se advierte

⁴ Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 28 y siguientes.

⁵ Ver la relevancia de esta propiedad en Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 127 y siguientes.

⁶ Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 37 y ss.; *Los conceptos de derecho*, en "Crítica", agosto 1981, vol. XIII, n° 38, y *Dworkin and Legal Positivism*, en "Mind", octubre 1980, vol. LXXXIX, n° 356, p. 519 y siguientes.

⁷ Nino, *Los conceptos de derecho*, en "Crítica", agosto 1981, vol. XIII, n° 38.

que pueden coexistir para ser empleados en distintos contextos —tal como de hecho son empleados— tanto un concepto *normativo* de derecho (que alude a las normas que *deben justificadamente* ser reconocidas por los órganos estatales) como un concepto *descriptivo* de derecho (que alude a las normas que *son de hecho* reconocidas por los órganos estatales), la discusión filosófica de fondo se desvanece, subsistiendo meramente la posible cuestión acerca de cuál de estos conceptos es funcionalmente más adecuado en diferentes contextos (cuestión que es también relativa por la posibilidad de traducir, tal vez con algún costo en economía expositiva, las proposiciones que emplean un concepto en proposiciones que emplean el otro⁸). He aducido que una vez que se comprende esta conclusión —que es tal vez demasiado obvia como para ganar rápida adhesión—, se evapora una buena parte de los problemas tradicionales de la filosofía del derecho que derivan del presupuesto de que hay un único concepto de derecho. ¿Qué ocurre con el problema del origen de los derechos humanos en un supuesto derecho natural?

Esta posición no depende de la aceptación de la tesis *b* del iusnaturalismo sino que está, en todo caso, asociada con la tesis *a* que, como dije, los positivistas conceptuales, en su carácter de tales, no rechazan, aunque tienen diversas posiciones a su respecto. Aquí es decisivo identificar en qué puede consistir el disenso de algunos positivistas respecto de la tesis *a*. En primer lugar, prácticamente todos los positivistas, aun en los casos en que aceptan el núcleo de esta tesis, se resistirán a designar al sistema de principios con el rótulo “*derecho natural*”. Ello es así, creo, por dos razones. La primera, porque esta terminología que incluye la expresión “derecho” puede generar confusiones que involucren introducir subrepticamente la tesis *b* del iusnaturalismo, impidiendo que se cuente con un concepto puramente descriptivo de derecho. La segunda posible razón general por la que los positivistas no son proclives a denominar “derecho natural” al conjunto de principios aludi-

⁸ Nino, *Los conceptos de derecho*, en “Crítica”, agosto 1981, vol. XIII, nº 38.

dos por la tesis *a* es que ello puede sugerir –no sólo por razones etimológicas sino por el contexto histórico en que surgió la expresión– una *particular* concepción metaética acerca de la forma de fundamentar tales principios, a saber: a través de su derivación de proposiciones acerca de la naturaleza humana, y más específicamente, a través de su derivación del enfoque aristotélico-tomista de la naturaleza humana. Si bien algunos positivistas –como Bentham– no son del todo enemigos de la idea de que la fundamentación de los principios a que alude la tesis *a* –el principio utilitarista para Bentham– esté conectada con hipótesis acerca de la naturaleza humana, los positivistas prefieren recurrir a expresiones de uso corriente o de cuño filosófico, que sean más neutrales respecto de la cuestión de fundamentación, aunque hacen referencia a *prácticamente lo mismo* que se alude con la expresión “derecho natural”, es decir, a un conjunto de principios ideales que proveen una justificación final de instituciones y acciones. De este modo se suele hablar de concepciones “axiológicas” o “valorativas” o “ideológicas”, o de principios de una “moral ideal o crítica”, o de “teorías de ética normativa”, etcétera. Esta diferencia terminológica no implica una diferencia sustancial de enfoque acerca del carácter de los principios de los que derivan los derechos humanos, sino que simplemente elimina posibles implicaciones acerca de la *fundamentación* de tales principios⁹.

Esta cuestión de fundamentación, si bien es obviamente de vital importancia, no es relevante para el *concepto* de derechos humanos (nadie diría que dos personas usan la expresión “derechos humanos” con diferentes significados sólo por el hecho de que difieren acerca de cómo fundamentar los principios ideales a los que aluden con tal expresión).

Pero, por supuesto, es obvio que *algunos* positivistas se oponen a la tesis de que los derechos humanos están establecidos por principios de derecho natural, no por una cuestión superficial de terminología, sino por la razón de fondo de que –en contra de lo que sostiene la tesis *a* del iusnaturalismo– se-

⁹ Ver este punto en Feinberg, J., *Social Philosophy*, New Jersey, 1973, p. 85.

gún ellos *no existen* principios ideales que justifiquen en última instancia instituciones o acciones (llámeselos como se los llame), o alternatively, de que tales principios *no son universalmente válidos* sino relativos a épocas y circunstancias, o de que ellos *no son cognoscibles* a través de procedimientos intersubjetivos. Por supuesto que esta posición muy difundida (que suele recibir las denominaciones de subjetivismo, relativismo o escepticismo ético —no obstante las diferencias sustanciales que hay entre estas tesis filosóficas, como después vamos a ver—) involucran un desafío muy serio e ineludible, que trataré de encarar en el capítulo siguiente. Pero lo que ahora interesa es determinar cómo esta posición afecta al *concepto* de derechos humanos, o, en otras palabras, lo que debe preocuparnos es si tenemos necesariamente que tomar partido respecto de ella para caracterizar una noción provisional de derechos humanos que sea operativa para la articulación de una cierta teoría normativa. La respuesta es, obviamente, que, como en el caso de la objeción anterior, está en nosotros la alternativa de caracterizar una noción tal que deje abierta también esta cuestión (que está asociada, por supuesto, con la precedente) de modo de permitir contar con herramientas conceptuales que deberán ser usadas al encarar en última instancia ese mismo problema de fundamentar los principios de justicia básicos.

La neutralidad frente a la posición escéptica se satisface eliminando toda exigencia de que los principios aludidos por la expresión “derechos humanos” *existan* o sean *cognoscibles*. Es importante distinguir aquí una tesis *semántica* de una tesis *ontológica* y de una tesis *epistemológica*: el hecho de sostener que un concepto alude a ciertas entidades o fenómenos no implica sostener que ellos existan o que sean cognoscibles, de lo contrario sería imposible interpretar las mitologías como tales. Creo que con esta aclaración fundamental los escépticos en materia ética podrán aceptar la tesis de que los derechos humanos *son derechos establecidos por principios morales*, por más que agreguen a continuación que tales derechos son, en consecuencia —como los principios de los que derivan—, relativos, subjetivos o inexistentes.

Tal vez será prudente que diga algo más positivo acerca de qué entiendo por “principios morales”, ya que he obliterado

toda referencia a su fundamentación como parte del concepto de derechos humanos. En el capítulo III voy a hacer un análisis más exhaustivo del concepto referido por esa expresión. Por el momento sólo necesito adelantar sucintamente la mención de algunos rasgos distintivos que permiten eludir confusiones con otros estándares que son ajenos al concepto que estoy analizando: a) los principios morales a que aludo son tales que *si* existieran, su existencia estaría dada por su validez o *aceptabilidad* y no por su reconocimiento efectivo o *aceptación* real por ciertos individuos; no son, en consecuencia, principios de una moral positiva sino de una moral crítica o ideal que puede o no tener vigencia en algún ámbito; b) si estos principios fueran aceptados para justificar ciertas conductas, ellos serían aceptados como justificación *final* de esas conductas; es decir, no hay principios de *otra clase* que prevalezcan sobre ellos para valorar una acción que esté comprendida en su dominio; c) los principios morales pueden valorar *cualquier conducta* (en especial, tanto acciones que sólo conciernen al agente como las que interesan a terceros; tanto acciones de funcionarios como de particulares, etcétera). Si una conducta está o no sometida a valoración moral no puede determinarse *a priori*, sino que depende del contenido de los principios morales básicos.

3. LA RELEVANCIA DE LOS DERECHOS MORALES PARA LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA JURÍDICAS

Frente a la conclusión de que los derechos humanos son derechos de índole moral y no jurídica algunos podrían inferir que ellos son, en consecuencia, irrelevantes para la teoría y la práctica del derecho. Sin embargo, esto es un error, y lo es aun cuando presupongamos un concepto positivista, o sea puramente descriptivo y no valorativo, de derecho o sistema jurídico.

El equívoco fundamental en que incurren los autores auto-denominados iusnaturalistas respecto de la posición positivista es el de suponer que, cuando ella se expresa diciendo que la adecuación a pautas de justicia es irrelevante para determinar el contenido y existencia de un orden jurídico, ello implica que tal adecuación también es irrelevante cuando se trata de eva-

luar el derecho o de decidir si él debe ser obedecido, reconocido o aplicado. La identificación de un sistema jurídico es una cuestión teórica que puede resolverse en forma valorativamente neutra (dependiendo por supuesto del concepto de derecho que se presuponga); la decisión acerca de qué actitudes y qué curso de acción debe adoptarse frente a un cierto orden jurídico o ante una determinada norma jurídica, es una cuestión práctica que, como voy a tratar de mostrarlo a continuación, no puede resolverse sin comprometerse, explícita o implícitamente, con ciertos principios de justicia y moralidad social, como los que establecen derechos individuales básicos.

Si el derecho se caracterizara, como pretenden los positivistas, sobre la base de una secuencia compleja de hechos, las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone serían de índole fáctica y, por lo tanto, no expresarían razones operativas para justificar decisiones aun cuando el derecho fuera determinado. Para justificar sus decisiones los jueces deben recurrir, y de hecho lo hacen explícita o implícitamente, a razones justificatorias, y en un ámbito donde están en conflicto intereses de diferentes individuos, sólo constituyen razones justificatorias –por definición, tal como luego veremos– principios morales considerados válidos (como el principio moral –que seguramente debe combinarse con otros en cualquier sistema plausible– de que debe decidirse según lo que dispone un derecho positivo eficaz). Si se adoptara, en cambio, un concepto normativo y no puramente descriptivo de derecho como el propugnado por los iusnaturalistas (o sea un concepto que denota aquellas reglas que *deben* ser reconocidas y aplicadas), las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone sí expresarían razones para justificar decisiones, pero ello es así sólo porque en la identificación del derecho ya se ha acudido a los principios de justicia que estarán presupuestos en tales proposiciones. Además todo orden jurídico padece de *indeterminaciones*, generadas por lagunas, contradicciones, ambigüedades, imprecisiones. y ellas no pueden ser resueltas sin acudir directamente a consideraciones valorativas.

Esto se conecta con la metodología y funciones de la llamada “ciencia jurídica”: o ella abandona su importantísimo papel actual de auxiliar a los jueces a superar las indeterminacio-

nes aludidas (con lo que se transformaría en alguna actividad irreconocible, quizá "científica" pero posiblemente intrascendente¹⁰), o ella encara las consideraciones valorativas de las que esa superación depende necesariamente. La dogmática jurídica que se desarrolla actualmente en los países de tradición continental europea de hecho toma posición respecto de cuestiones axiológicas, pero lo suele hacer en forma encubierta bajo la pretensión conceptualista de que pueden derivarse soluciones normativas del mero análisis y combinación de nociones jurídicas (como se suele hacer a partir de la supuesta definición de "delito", que claramente no es tal sino que encubre principios valorativos¹¹), o de teorías acerca de la "naturaleza" de ciertas instituciones jurídicas, o empleando ciertos "métodos" de la argumentación jurídica¹². El carácter lógicamente espurio de estos recursos para justificar soluciones jurídicas ya ha sido suficientemente demostrado¹³, poniéndose de manifiesto que las conclusiones en cuestión, por ser de carácter normativo, sólo pueden justificarse sobre la base de normas.

Aquí hay un punto que conviene aclarar, porque es relevante para comprender lo que acabo de decir, tanto respecto de la actividad judicial como de la ciencia del derecho: sostuve que las soluciones normativas, como las que los jueces adoptan y los juristas propugnan, no pueden justificarse sobre la base de proposiciones descriptivas acerca de normas jurídicas bajo un concepto puramente descriptivo de derecho como el propuesto por los positivistas, ya que tales proposiciones describirían en última instancia una secuencia compleja de hechos que, como tales, son compatibles con cualquier decisión. Pero se

¹⁰ Ver una argumentación más extensa en este sentido en Nino, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Valencia, Ven., 1980.

¹¹ Ver esto en Nino, Carlos S., *Los límites de la responsabilidad penal*, Bs. As., Astrea, 1980.

¹² Ver una crítica de este método en Nino, Carlos S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, 1974.

¹³ Ver, p.ej., Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., Eudeba, 1963; Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968, y Alchourrón - Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*.

podría objetar que es absurdo concluir de allí que tales decisiones deben basarse en principios morales, ya que ello implica saltarse la alternativa más obvia: que se fundamenten en las *normas* jurídicas mismas y no en las proposiciones que las describen. Pero, en primer lugar, como hemos visto, no siempre hay una norma jurídica precisa para justificar acabadamente la decisión que debe adoptarse. En segundo lugar, aun cuando haya tal norma jurídica, ella no puede incorporarse, como tal, al razonamiento justificatorio de un juez o de un jurista con independencia de juicios valorativos. Ello es así porque es esencial al carácter normativo de una norma jurídica o a su distintividad como norma jurídica la existencia de ciertos rasgos que hacen a su *formulación* y que inevitablemente se pierden cuando se la trata de reproducir en el razonamiento justificatorio que conduce a una decisión. Trátese de razonar, por ejemplo, tomando como premisa una norma que diga: "Levántase desde hoy el estado de sitio en toda la República" y se verá que es imposible continuar el razonamiento. Claro está que se podría cambiar la formulación diciendo, por ejemplo, "el estado de sitio debe considerarse levantado", pero ahora ya no sabemos si se trata de una norma jurídica, de una proposición normativa o de un juicio valorativo que endosa cierta norma jurídica. Mi hipótesis, que no puedo detenerme a demostrar aquí¹⁴, es que cuando los jueces apoyan sus decisiones en normas jurídicas lo hacen a través de juicios que llamo "*de adhesión normativa*" y que consisten en juicios valorativos que se infieren de principios morales que prescriben obedecer el orden jurídico y de proposiciones descriptivas de ese orden jurídico.

Estas consideraciones muestran, según creo, la primordial importancia que tiene para la teoría y la práctica jurídicas la cuestión de ética normativa o sustantiva acerca de cuáles son los principios válidos de justicia y moralidad social y cuáles son sus implicaciones para diversas áreas jurídicas.

¹⁴ Nino, Carlos S., *El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica*, en Bulygin, Ernesto - Farrell, Martín D. - Nino, Carlos S. - Rabossi, Eduardo, comps., "El lenguaje del derecho. Ensayos en homenaje a Genaro R. Carrió", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1982, donde argumento en favor de este punto.

Esta importancia es todavía más decisiva en el caso de los principios morales que generan derechos humanos. En otros casos una norma jurídica puede tener un *contenido* incompatible con lo prescripto por principios morales válidos y, no obstante, ser moralmente obligatoria puesto que su *origen* en procedimientos moralmente legítimos (como los de índole democrática) hace que prevalezcan las razones en favor de su observancia (razones fundadas en la necesidad de mantener cierto orden y paz social y de respetar aquellos procedimientos) sobre las razones en pro de desobedecerla. Pero cuando se trata del reconocimiento de los derechos humanos, la cuestión es de tal importancia moral que difícilmente esté justificada una norma jurídica —y las decisiones judiciales y administrativas basadas en ella— que negara o retaceara ese reconocimiento, por más que su origen sea legítimo. Ello hace que la atención, aun de jueces y juristas, deba centrarse en determinar cuáles son los derechos humanos que derivan de principios morales válidos, estén o no consagrados en normas jurídicas positivas, ya que, si los derechos que derivan de estas normas no coinciden con aquéllos, se los deberá hacer coincidir por vía interpretativa o se deberá ir más allá de tales normas positivas en tanto se pretenda alcanzar una decisión justificada.

Por ejemplo, si hay un derecho moral básico a no ser torturado, la posición moral de un juez no se altera por el hecho de que aquel derecho no esté consagrado en el sistema jurídico: a diferencia de otros casos en que atenerse a las prescripciones jurídicas puede estar moralmente justificado aunque ellas sean moderadamente injustas, ésta es una situación en que probablemente la decisión no esté justificada si se desconoce un derecho semejante. Naturalmente, esto no implica que sea superflua la consagración jurídica de los derechos humanos: al contrario, tal consagración en el derecho positivo de distintos Estados y en el derecho internacional es una de las grandes conquistas de la humanidad por cuya consolidación debe bregarse constantemente, ya que el reconocimiento jurídico de los derechos humanos los hace más ciertos y menos controvertibles, y, sobre todo, provee de medios (como la declaración de inconstitucionalidad de una ley) para neutralizar su violación. Pero este reconocimiento jurídico, si bien es un

paso decisivo para lograr el respeto de los derechos humanos, no es ni necesario ni suficiente para ello: su ausencia no modifica de ningún modo la ilegitimidad de las normas y las decisiones que los desconozcan, y su presencia no exime de la necesidad de recurrir a argumentos morales para establecer los alcances de tales derechos.

4. EL “STATUS” NORMATIVO DE LOS DERECHOS MORALES

Admitido que los derechos humanos derivan de principios morales, o más precisamente, de un *sistema* de principios morales, la pregunta que corresponde ahora hacerse es acerca del tipo de situación normativa que tiene que darse para que surjan tales derechos. En otras palabras: ¿surgen derechos morales de una mera ausencia de obligaciones morales o de la adscripción de obligaciones morales a otros; o de la permisón moral positiva de ciertos actos; o de la falta de competencia moral de las autoridades; o de todas estas circunstancias en conjunto; o de ninguna de ellas sino de alguna situación más básica?

Éste es un problema que se presenta en el análisis del concepto de derecho subjetivo en general, y se reproduce tanto en relación con los derechos jurídicos como con los derechos morales, o sea que se trate de derechos básicos o de derechos derivados. Como se sabe, hay diversas posiciones acerca de cuál es el análisis adecuado de la noción de derecho subjetivo. Vamos a revisar primero, siguiendo las distinciones de Hohfeld, Kelsen y von Wright¹⁵, algunas propuestas acerca de posibles significados que la expresión “derecho subjetivo” podría tener en enunciados formulados en contextos jurídicos y morales, para ver luego si hay razones para considerar que algunos de ellos son distintivos del tipo de discurso en el que se alegan derechos humanos.

¹⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, tr. E. García Maynez, México, 1950, 1ª parte, cap. VI, y *Teoría pura del derecho*, 2ª. ed., tr. R. Vernengo, México, 1979, cap. 29; Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1968; von Wright, G. H., *Norma y acción*, tr. P. García Ferrero, Madrid, 1970.

a) *DERECHO COMO AUSENCIA DE PROHIBICIÓN.* En algunos contextos, frases del tipo “tengo derecho a x ” se limitan a dar cuenta del hecho de que en el sistema que se toma como referencia *no hay* una norma o principio que prohíba x (o sea que obligue a $-x$); esto es lo que Hohfeld llama “libertad” y von Wright “permisión débil”¹⁶. Salvo que el sistema incluya, lo que es una cuestión contingente, una *norma de clausura* que permita toda conducta no prohibida –con lo que se pasaría automáticamente al significado siguiente–, aquí se trata, como insisten Alchourrón y Bulygin, de una mera *falta* de calificación normativa, o sea de una *laguna* normativa. Esto implica que del solo hecho de que alguien tenga un derecho a cierta acción en este sentido mínimo, no se infiere nada respecto de, por ejemplo, cómo deben reaccionar los demás ante esa acción (la proposición de que no hay una norma que prohíba x es compatible con la proposición de que no hay una norma que prohíba impedir x , o de que hay una norma que permite impedir x). Esto quiere decir que, en este sentido, el tener derecho a una conducta no implica ningún tipo de *protección* de esa conducta.

b) *DERECHO COMO PERMISIÓN DIRECTA.* En otros contextos, enunciados de la forma “tengo derecho a x ” parecen hacer referencia a la *existencia* en el sistema de una norma que permite o autoriza la realización de x (esta norma puede ser el principio de clausura a que se aludió en el punto anterior). Digo “parecen” porque, no obstante la existencia de muchas formulaciones de normas que recurren a términos como “derecho”, “permiso”, “licencia”, “autorización”, etc., los teóricos están divididos acerca de si éstas son normas autónomas o si son, por ejemplo, reducibles a normas de deber; en este caso, este significado de “derecho” se confundiría completamente con el siguiente, que alude a obligaciones correlativas de otros. Las dudas pueden estar en parte fundadas en el hecho de que no se advierte con claridad cuál es la función pragmática de la emisión de una norma permisiva, a diferencia de lo que ocurre con la de las normas de obligación (aquí la función pragmática de

¹⁶ Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, p. 50 y ss.; von Wright, *Norma y acción*.

tal emisión parece ser la de influir en la conducta del destinatario). La cuestión posiblemente sea aun más compleja en el caso de los principios morales que en el de las normas jurídicas, ya que en este último caso el análisis de las normas permisivas puede avanzar por lo menos hasta el punto de concluir que ellas implican como mínimo una *promesa* del que las emite de no interferir la conducta permitida (si un policía me permite estacionar en cierto lugar y a renglón seguido me confecciona una boleta, yo puedo concluir o que su permiso no era serio, o que no lo respetó, y, en este caso, reaccionaría como si el agente hubiera violado una promesa de no interferir). En cambio, en el caso de los principios morales esto no parece ser aplicable por no haber, por definición (como luego veremos), un órgano emisor. De cualquier modo se podría sostener que la asociación de los permisos con promesas implica su reducción a normas de obligación, ya que las promesas son deberes autoimpuestos.

c) *DERECHO COMO CORRELATO DE OBLIGACIONES ACTIVAS O PASIVAS DE OTROS.* En muchas situaciones, frases de la forma “tengo derecho a *x*” hacen referencia a la existencia, en el sistema relevante, de una norma que impone a otros el deber de dejar de hacer *x* o de facilitarme la realización de *x* —si *x* es una acción— o de proporcionarme (o hacerme *x*) o no quitarme (o no hacerme *x*) —si *x* es un bien o beneficio—. Como se ve, las obligaciones pueden ser activas o pasivas, según exijan actos u omisiones. Muchas veces las obligaciones son de tal generalidad —como la de no ejercer violencia contra otro— que sólo constituyen un “perímetro protector” para el ejercicio de libertades del tipo de la subsección *a*.

Muchos teóricos presuponen que éste es el sentido central de “derecho” (subjetivo), y muchos creen que es, por lo menos, el más claro de todos. Esto último constituye un exceso de optimismo, como se advierte apenas se hurga en la relación entre la conducta obligatoria y el goce del derecho por otro: no basta obviamente ser el *destinatario* de la conducta obligatoria de otros para ser titular del correlativo derecho (el destinatario de la conducta obligatoria del verdugo es el condenado a muerte y no por eso tiene derecho a ser *ejecutado*).

De ahí que Bentham¹⁷ haya introducido la idea del *beneficio*, pero esto implica entrar en un terreno resbaladizo puesto que, por ejemplo, los beneficiarios de la conducta de alguien consistente en pagar sus deudas pueden ser, por ejemplo, más que nadie sus familiares, que salen ganando por el hecho de que no le queda dinero para embriagarse como solía hacerlo, lo que lo impulsa a trabajar. Otros modifican la idea y hablan del *beneficio buscado*¹⁸; pero ¿por quién? ¿Por el que realiza la conducta obligatoria (y puede tener, p.ej., el propósito malicioso de que el acreedor tenga dinero para embriagarse él)? ¿Por quien emite la norma (que vaya a saber qué objetivo real busca)? Además Hart¹⁹ señala que en muchos casos el titular de un derecho frente a un deber es otro individuo que el que obviamente se beneficia: si hago prometer a un amigo que cuidará a mi abuela enferma durante mi ausencia, soy yo y no mi abuela quien tiene *derecho* a la conducta prometida, a pesar de que es ella y no yo quien se *beneficia* directamente con su cumplimiento.

d) *DERECHO COMO DEMANDA*. Las consideraciones precedentes llevan a algunos autores a sostener que el significado de derecho como correlativo de deberes de otros debe o bien completarse, o reemplazarse, o alternarse en diferentes contextos con la referencia a la posibilidad del titular del derecho de reclamar o demandar cierta conducta de alguien. Kelsen²⁰ denomina “sentido estricto o técnico” al significado de “derecho” según el cual la frase “tengo derecho a x” alude a la existencia en el sistema de una norma que condiciona a la voluntad del individuo en cuestión el deber de un juez de condenar a alguien a la realización de x. Hart²¹ también hace resaltar que los casos

¹⁷ Ver Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. por J. H. Burns y H. L. A. Hart, London, 1970, p. 207.

¹⁸ Ver Lyons, D., *Rights, Claimants, and Beneficiaries*, en Lyons, D., comp., ‘Rights’, 1979, Belmont, Cal., p. 63 y siguientes.

¹⁹ Hart, H. L. A., *Bentham on Legal Rights*, en Lyons, comp., ‘Rights’, p. 84 y siguientes.

²⁰ Ver Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, p. 90 y siguientes.

²¹ Hart, H. L. A., *Bentham on Legal Rights*, en Lyons, comp., ‘Rights’, p. 145 y siguientes.

centrales de derecho se dan cuando se tiene el *poder* de liberar o no a otro de un deber o de hacerlo o no cumplir, y que, en consecuencia, buena parte de los derechos (comprendiendo también a las meras libertades de hacer o no hacer algo en el marco de un perímetro de deberes protectores pero no correlativos) consisten en *elecciones protegidas* –por el sistema jurídico– cuando se trata de derechos de esa índole. Por su parte, Feinberg²², poniendo más el acento en los derechos morales que en los jurídicos, a diferencia de los autores anteriores, destaca que lo distintivo de los derechos es que son *reclamos válidos* (que pueden ser meramente de algo, sin dirigirse a nadie en particular, o pueden además ser *contra* alguien). Sin embargo, la idea de poder o de posibilidad de demandar o reclamar presenta varias dificultades. En primer lugar, no todo derecho da a su titular la facultad de desobligar a quien tiene el deber correlativo; existen derechos irrenunciables y, en especial (como advierte el mismo Hart), derechos acerca de conductas que son a la vez el contenido de deberes: tal es el caso de los derechos a la educación y al voto. En segundo término, tampoco todo derecho incluye la facultad de demandar, en un sentido fuerte, su cumplimiento o la materialización de las consecuencias normativas de su incumplimiento; ello no ocurre con la mayoría de los derechos protegidos por sanciones penales en relación con la pretensión de que se hagan efectivas tales sanciones. Finalmente, la idea de reclamo o demanda no parece ser *constitutiva* del concepto de derecho sino *presuponer* tal concepto: se demanda el cumplimiento de un derecho o se reclama por su incumplimiento; por otra parte, el de demandar es en sí mismo un derecho que es distinguible, aunque sea parasitario, del derecho principal que se demanda.

e) *DERECHO COMO INMUNIDAD*. Aun los autores que defienden algunas de las dos últimas interpretaciones del concepto de derecho –como es el caso de Hart²³– advierten que ellas

²² Feinberg, J., *The Nature and Value of Rights*, en Lyons, comp., “Rights”, p. 84 y siguientes.

²³ Hart, H. L. A., *Bentham on Legal Rights*, en Lyons, comp., “Rights”, p. 146 y siguientes.

no cubren algunas aplicaciones del concepto que son especialmente relevantes para nuestro caso. Se trata de las situaciones en que la frase “tengo derecho a *x*” se dirige a descalificar alguna regulación o medida adoptada por órganos públicos. Se sostiene que, en este caso, el significado de “derecho” que es pertinente es el que Hohfeld llamaba “inmunidad” y que está constituido por la falta de competencia de un cierto órgano para alterar nuestra situación normativa o para realizar un acto que va en nuestro detrimento. Adviértase que este sentido se asemeja al caso de la subsección *a* en que lo que describe es la *ausencia* de una norma, la norma que daría competencia al órgano en cuestión para dictar ciertas otras normas o para realizar determinados actos. Otra alternativa, sugerida por Alchourrón y Bulygin²⁴, es que cuando se consagra este tipo de derecho —como las garantías constitucionales— se esté *derogando* anticipadamente cualquier norma que interfiera la conducta sobre la que versa el derecho. Pero la derogación, según ellos mismos sugieren²⁵, es un acto que no genera una norma independiente, sino que tiene el efecto de incidir en la pertenencia de ciertas normas a un sistema según los criterios que definen tal pertenencia; o sea que, de cualquier modo, este tipo de derechos aluden a una *falta* de normas y no a la existencia de normas de algún tipo. Esto conduce a preguntar si no estaremos frente a un significado de “derecho” tan poco operativo como el sentido de la subsección *a* para impugnar acciones o medidas. La falta de competencias para dictar normas parece implicar la *inexistencia* de tales normas, sobre todo si se incluye entre las normas de competencia una especie de regla de reconocimiento aplicable a los actos normativos del poder soberano y nuestro criterio de pertenencia estipula que, salvo esa regla, ninguna norma pertenecerá al sistema si no está dictada por órganos competentes según normas del sistema. Sin embargo, aquí es necesario hacer una distinción: la respuesta anterior es válida cuando los derechos en cuestión son de tipo *jurídico*; o sea cuando ellos aluden a la falta de competencia jurídica para

²⁴ Ver Alchourrón, Carlos E. - Bulygin, Ernesto, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1979, p. 94.

²⁵ Alchourrón - Bulygin, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, p. 85.

dictar normas jurídicas. En cambio cuando se trata de derechos morales, ellos aluden a la falta de competencia moral para dictar normas jurídicas y, en este caso, tal falta de competencia no incide, obviamente, en la *existencia* de las normas jurídicas sino en su *validez moral*. Pero entonces se reproduce el problema del sentido de la subsección *a* de “derecho”, porque la falta de competencia moral para dictar normas jurídicas no implica necesariamente que haya prohibición moral de hacerlo, salvo (como es plausible suponer) que haya un principio moral que establezca tal prohibición para todo caso de falta de competencia; si existiera ese principio moral este sentido se reduciría al sentido de la subsección *c*.

5. UNA PROPUESTA DE RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE DERECHO MORAL

El examen precedente parece mostrar que el significado dominante de “derecho subjetivo” es el señalado en la subsección *c*, o sea el que alude a deberes correlativos de otros o a deberes que forman un “perímetro protector”. Recuérdese que el significado de la subsección *a*, si bien parece recoger un elemento necesario de todo derecho, es claramente insuficiente, ya que no puede recurrirse a este concepto negativo para descalificar acciones o regulaciones. Lo mismo ocurre con la noción de inmunidad de la subsección *e*, que también es de índole negativa. El significado de la subsección *b* es, como vimos, dudosamente autónomo, ya que depende de la noción de norma permisiva, que para muchos es reducible a la de norma de obligación. Por su parte, el significado de la subsección *d* no siempre es aplicable y además, cuando lo es, no opera en forma autónoma sino que se adiciona al que alude a obligaciones.

¿Son, entonces, los derechos –incluidos los derechos individuales básicos– reducibles a deberes correlativos de otros? A pesar de que el análisis precedente parece conducir a una propuesta afirmativa, hay una circunstancia que hace dudar seriamente sobre su adecuación, sobre todo en el contexto del discurso moral. Los deberes no parecen ser el elemento primitivo de una teoría moral sino que parecen estar en función de ciertos derechos, sobre todo cuando son deberes *hacia*

otros. La fundamentación más obvia de la estipulación de determinados deberes es que ellos son necesarios para proteger o materializar derechos correlativos. Si alguien pregunta por qué tiene el deber de no matar a un semejante, la respuesta natural, y aparentemente no vacía, es que todos los hombres tienen derecho a la vida. Esto parece estar confirmado por las dificultades, que hemos visto, para inferir quién es el titular del derecho a partir del simple dato de quién es el destinatario de la conducta obligatoria: pareciera que debe haber un criterio independiente de ese dato (que no consiste en el mero beneficio) para concluir que el condenado a muerte no tiene derecho a la acción del verdugo; que la familia del deudor proclive a la bebida no es la titular del derecho al pago de sus deudas; que el acreedor de tales deudas sí lo es, no obstante el posible propósito malicioso del deudor de que sea él quien se beba el dinero en vino; que soy yo y no mi abuela quien tiene derecho a que cuiden de ella. Por otra parte, una concepción moral cuyos principios básicos establezcan deberes y no derechos o fines sociales parece *a priori* poco atractiva²⁶.

Esto parece conducirnos a un callejón sin salida, ya que no hay aparentemente un significado de “derecho subjetivo” que sea independiente de la referencia a obligaciones y que no tenga los inconvenientes de todos los restantes que han sido analizados. La dificultad se complica por el hecho de que presuponemos que ese significado debe ser uniforme en diferentes aplicaciones, ya que es poco plausible suponer que, por ejemplo, el derecho a la vida y el de la libertad de conciencia tengan sólo en común el uso homonímico y accidental de la misma expresión “derecho” para referirse a ellos; de ser ello así, la fundamentación de los derechos sería, además, tremendamente compleja, pues implicaría fundamentar situaciones de índole radicalmente heterogénea.

Para apreciar cuán difícil es satisfacer este requisito de uniformidad es importante prestar atención a la diversidad de contenidos que aparentemente representan derechos tales

²⁶ Ver Mackie, J. L., *Can There Be a Right-Based Moral Theory?*, en “Midwest Studies in Philosophy”, III, 1978.

como el derecho a la vida, a la libertad de conciencia, al control de ciertos recursos económicos, a una vivienda adecuada, a no ser penado sino por un delito establecido en una ley no retroactiva, a la libertad de comportamiento sexual que no trascienda a terceros, etcétera. Obsérvese que estos derechos se refieren: 1) a la posibilidad del titular del derecho de realizar o no realizar una clase de acciones; 2) a la *exclusión* de acciones de terceros que puedan significar un detrimento para el titular del derecho (sea porque impliquen “quitarle” o porque comprendan “hacerle” algo malo) o a la *realización* de acciones de terceros que involucren un beneficio para el titular del derecho (sea porque impliquen “darle” algo o “hacerle” algo bueno); 3) al goce de algún bien o de una situación beneficiosa o a la evitación de algún mal o situación perniciosa. Se podría pensar que 3 es reducible a 2, ya que, aunque no todo bien o mal está constituido por acciones u omisiones de terceros, cuando se alegan derechos en el contexto de una moral intersubjetiva se exige la materialización de situaciones valiosas a través de conductas de terceros. Sin embargo, esta propuesta no es plausible, ya que en estos casos (y quizás en todos aquellos en los que se da el contenido 2) es la pretensión justificada de gozar de algún bien (como la vida), de estar exento de algún mal (como el sufrimiento físico), lo que fundamenta la exigencia de alguna acción u omisión de terceros, por lo que una posible reducción debería recorrer el camino inverso. Lo mismo podría decirse acerca de la relación entre 1 y 2; si bien es cierto que la pretensión de tener abierta la posibilidad de realizar algún tipo de acciones muchas veces se traduce en nada más que un reclamo dirigido a acciones u omisiones de terceros que restringen esa posibilidad, aquella pretensión no es reducible a este reclamo, ya que el fundamento de la exigencia dirigida a terceros es el valor de la posibilidad de actuar. Si conectamos esto con lo que se dijo antes en relación con el significado de “derecho” como correlativo de deberes de otros, es posible sugerir que cuando un derecho tiene el contenido 2, o sea cuando se refiere a la conducta de gente distinta del titular del derecho, posiblemente se trate de un derecho *derivado*, que presupone el derecho a la realización de cierta acción por el titular del derecho (contenido 1) o al goce de cierto beneficio o exención de determinado perjuicio (contenido 3).

A primera vista los contenidos 1 y 3 parecen irreductibles entre sí. Esto es quizá lo que explica la persistencia, con diferentes presentaciones, de dos enfoques alternativos de los derechos subjetivos: el que los asocia con *intereses* (Jhering) y el que los asocia con *manifestaciones de voluntad* (Savigny). Esta misma dualidad se da contemporáneamente entre la concepción de Hart de los derechos como “decisiones protegidas” y la de quienes defienden contra sus críticas la teoría de Bentham del “beneficio”.

No obstante, se podría sugerir una vía de reducción de 1 a 3 señalando que la capacidad o posibilidad de realizar ciertas acciones *es uno de los posibles intereses o beneficios* —junto con otros que no consisten en la libertad de actuar, como el que está constituido por el acceso a atención médica adecuada— cuyo goce es el contenido de derechos.

Esto implicaría que el dilema tradicional entre, por un lado, identificar a los derechos con intereses, y, por el otro, hacerlo con manifestaciones o ejercicios de la voluntad, es un *falso dilema*, puesto que *algunos* de nuestros intereses no consisten en gozar de cierta situación estática o en contar con determinados bienes sino en disponer de la posibilidad de optar entre diferentes cursos de acción.

Si es plausible considerar la posibilidad de realizar ciertas acciones como un tipo de interés, podemos entonces concentrarnos en la idea de beneficio o ventaja con el fin de volver a preguntarnos cómo deben ellos estar concedidos por el sistema moral presupuesto para constituir el contenido de un derecho.

Ronald Dworkin²⁷ sugiere dos rasgos distintos de los derechos que pueden ser tomados en cuenta con provecho: a) en primer término los derechos se distinguen de otros estados de cosas socialmente valiosos que pueden constituir objetivos colectivos (como el aumento del producto bruto o la defensa nacional) en que los primeros son *distributivos e individualizados*, proveyendo de recursos u oportunidades a *cada uno* de los individuos que integran la clase que goza del derecho en cues-

²⁷ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., p. 91-92

tión. En cambio, las situaciones sociales valiosas que son contenido de objetivos colectivos involucran beneficios *agregativos y no individualizados*, admitiendo la posibilidad de una distribución diversa entre los individuos según resulte eficiente para maximizar el monto global de tales beneficios; b) en segundo lugar, los derechos (aun cuando no sean absolutos y puedan ceder frente a otros derechos u objetivos sociales colectivos especialmente urgentes) constituyen un *límite o umbral* (o como dice Dworkin, una “carta de triunfo”) en contra de medidas fundadas en la persecución de objetivos sociales colectivos. Si un supuesto derecho cediera cada vez que se demostrase que su desconocimiento conduce a una situación socialmente valiosa, no sería un derecho genuino sino, en todo caso, una concesión precaria que se hace sólo en vista del interés colectivo. (Esto tiene la importante consecuencia de permitirnos advertir que la frase tan frecuente “los derechos individuales deben estar subeditados al bien común” expresa un enunciado autocontradictorio. Los derechos individuales constituyen por definición restricciones a la persecución del bien común, y si la satisfacción del bienestar colectivo fuera el único parámetro para juzgar instituciones y medidas sociales, los derechos serían vacuos y superfluos.)

Creo que estos rasgos distintivos de los derechos individuales se pueden ilustrar poniendo como ejemplo el diverso tratamiento que un beneficio tiene según sea el contenido de un derecho o el objeto de una política que persigue ventajas sociales colectivas. Supongamos que el “beneficio” en cuestión (las comillas indican que no necesitamos pronunciarnos por ahora acerca de si se trata o no de un auténtico beneficio) sea la posibilidad de control individual de la natalidad a través del empleo de medios anticonceptivos. En un caso, esta supuesta ventaja puede ser concedida, como efectivamente ocurre en algunos países, en función de cierto *objetivo colectivo*: el beneficio social resultante de una limitación del crecimiento de la población que haga posible que más gente goce de mejores condiciones de vida. En otro caso, el beneficio en cuestión puede ser concedido como contenido de un *derecho*, sobre la base de que corresponde a las propias parejas la decisión consciente sobre la oportunidad de procrear. No se trata aquí de

determinar si este recurso debe ser concedido de un modo u otro o si debe ser del todo concedido. Se trata de advertir la radical diferencia entre los dos casos. Primero, cuando el acceso a los medios anticonceptivos es concedido en función de objetivos colectivos, es admisible que sea asignado de maneras diversas según sea más eficiente para alcanzarlos. Por ejemplo, puede proveerse de anticonceptivos sólo a aquellas parejas que, por sus condiciones biológicas, sociales, etc., son, según se supone, más fecundas, o puede proveerse sólo a un número determinado de parejas, etcétera. En cambio, si ese acceso a anticonceptivos se concede como un derecho, estas discriminaciones no son admisibles y sólo lo serán las que estén apoyadas no en consideraciones de eficiencia sino en diferencias moralmente relevantes (p.ej., en la mayor o menor dificultad que *tengan para criar adecuadamente a los hijos*). En segundo lugar, cuando el control de la natalidad persigue alcanzar una situación social valiosa, puede interrumpirse no bien esa situación se materializa o cuando se percibe que se ha llegado a un grado en que tiene consecuencias contraproducentes para otros objetivos sociales (como la defensa nacional), etcétera. Ello no ocurre así cuando el control de la natalidad es objeto de derecho; sólo cuando entra en conflicto con otros derechos o con objetivos sociales *especialmente* urgentes él podría ser restringido sin desvanecerse el derecho que lo protege. Si el supuesto derecho de controlar la procreación estuviera totalmente supeditado a la satisfacción de objetivos sociales colectivos, este caso se confundiría con el anterior y sería superfluo el derecho en cuestión.

Si admitimos que estos rasgos son distintivos de los derechos individuales básicos, la cuestión que se plantea es la de cómo ellos pueden ser incorporados en una caracterización del concepto que supere la deficiencia de las propuestas que examinamos antes.

D. N. McCormick propone una caracterización de derechos morales que aparentemente recoge los rasgos señalados por Dworkin en una forma satisfactoria: "*adscribir a todos los miembros de la clase C un derecho al tratamiento T es presuponer que T es, en circunstancias normales, un bien para cada miembro de C, y que T es un bien de tal importancia que sería*

erróneo o incorrecto (wrong) que le sea negado o quitado a cualquier miembro de C"²⁸.

Esta caracterización requiere varios comentarios. En primer lugar, obsérvese que ella implica que el concepto de derecho individual deja de ser una noción puramente *deóntica* (como lo es, en cambio, cuando se lo define a partir de la ausencia o presencia de ciertas obligaciones) para ser, al menos parcialmente, una *noción valorativa*: un elemento esencial de la caracterización es, en efecto, que el tratamiento que es contenido del derecho sea un *bien*, algo valioso, para los miembros de la clase a la que se adscribe el derecho. Sin embargo, la vinculación con las categorías deónticas de prohibición y obligación podría estar dada por la cláusula que alude a la *incorrección* de la denegación o privación del tratamiento en cuestión; se podría aducir que "x es moralmente incorrecto" es equivalente a "x está moralmente prohibido" y, en consecuencia, a "no -x es moralmente obligatorio". De ser esto así, parece que estaríamos de nuevo en apuros, ya que el concepto de derecho se definiría en función de deberes correlativos y otra vez se desvanecería la posibilidad de justificar tales deberes sobre la base de que ellos protegen o implementan el derecho respectivo. Una posibilidad de escape sería recurrir aquí también a la noción de bien o valor y reemplazar (o interpretar) la exigencia de que sea moralmente correcto privar a algún miembro de la clase C del tratamiento T, por el requerimiento aparentemente más débil de que tal privación sea moralmente disvaliosa o perjudicial, no sólo para el miembro de la clase C afectado sino tomando en cuenta los intereses de todos los miembros de la clase más amplia que tomemos como marco de referencia (p.ej., una cierta sociedad); pero esto implicaría precisamente cancelar uno de los rasgos distintivos de los derechos, que es, como vimos, aislar ciertos intereses del cálculo de beneficios y perjuicios sociales y del juego de diversos valores.

Creo, en cambio, que la salida consiste en advertir que lo que *se debe* moralmente hacer no coincide completamente con

²⁸ Ver esta caracterización en Maccormick, D.N., *Rights in Legislation*, en Hacker, P. M. S. - Raz, J., comps., "Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart", Oxford, 1977, p. 204.

los *deberes u obligaciones* morales sino que tiene un dominio más amplio: por ejemplo, casi todos coincidiríamos en que se debe moralmente suprimir la miseria y la guerra, pero muchos pensarán que nadie en especial tiene el *deber* o la *obligación* de operar tal supresión; al menos parece ser cierto que el primer enunciado no implica necesariamente el segundo. La diferencia entre ambos juicios morales se oculta en castellano por la coincidencia homonímica entre el verbo “deber” y el sustantivo “deber”, pero esa diferencia se advierte en otros idiomas que cuentan con expresiones distintas para cada función gramatical (*ought to* y *duty* en inglés; *sollen* y *Pflicht* en alemán, etcétera). La idea de que algo deba ser o deba hacerse (el uso de ambas expresiones se justifica porque aquí se califican tanto acciones como estados de cosas que no son acciones) no parece estar sometida al principio de que *deber implica poder*, como lo está el deber o la obligación de hacer algo (tiene sentido decir que debe suprimirse o que no debe existir miseria en la India aunque sea imposible erradicarla, mientras que es absurdo decir que alguien tiene el deber de salvar a un individuo que se está ahogando, cuando no sabe nadar). Por otra parte, un deber (como un derecho) es individualizado, en el sentido de que siempre presupone un titular; en cambio, el que algo deba ser o deba hacerse no presupone necesariamente que haya alguien especialmente encargado de su concreción. Que algo deba hacerse en el sentido más débil, implica entre otras cosas que los actos que impiden materializar ese algo pueden justificadamente ser impedidos. Creo que esta distinción permite por fin hacer compartibles dos exigencias respecto del derecho subjetivo que parecerían inconciliables. En primer lugar, que implique restricciones a ciertas acciones de terceros, que no dependan de un cálculo de cómo las consecuencias de éstas afectan ciertos objetivos, bienes o valores sociales de índole agregativa. En segundo término, que el concepto de derecho pueda figurar significativamente en enunciados que justifiquen en forma no vacua adscripciones de deberes u obligaciones a terceros. Esto último se logra con la distinción mencionada, ya que la forma más plausible de justificar deberes es recurrir a lo que debe ser o debe hacerse, con el agregado de consideraciones acerca, en primer término, de la situación especial de *ciertos* individuos

respecto del estado de cosas en cuestión (como, p.ej., algún rol particular vinculado a su materialización) y, en segundo lugar, de la *posibilidad* de operar la concreción de ese estado de cosas (la adscripción de deberes que protegen derechos es lo que determina el *alcance* de éstos, tal como veremos en el capítulo VIII).

En la caracterización de Maccormick de derecho subjetivo moral se recurre a la idea de “tratamiento”. Creo que ella restringe indebidamente esa caracterización, ya que no comprende la posibilidad de realizar acciones y se centra exclusivamente en el comportamiento de terceros. Esto se evita si se acude a expresiones más neutrales como “ventaja”, “satisfacción de interés” o “acceso a una cierta situación” (las dos primeras tienen el inconveniente de hacer que la caracterización sea ligeramente redundante, ya que implican adelantar, lo que luego se hace explícito, que el objeto del derecho es algo que es en bien del titular).

Así como la última cláusula de la caracterización —la que se refiere al hecho de que es incorrecto o indebido privar de la ventaja en cuestión a un miembro de *C*— recoge el rasgo distintivo de los derechos de servir de restricción a la persecución de objetivos sociales colectivos, la referencia a que el contenido del derecho debe representar un bien para *cada* miembro de *C* recoge su carácter distributivo e individualizado. No basta que se trate de algo de lo que sea incorrecto privar a un individuo para que sea el contenido de un derecho; debe ser algo que se supone beneficioso para él. Este “para él” requiere alguna aclaración: en este nivel de análisis conceptual no debe asumirse que algo es beneficioso para un individuo si y sólo si él lo percibe como tal. Si esto es así o no, es una grave cuestión de ética normativa que discutiremos en el capítulo V y que no debe prejuzgarse; lo único que el concepto de derecho moral requiere es que la situación que constituye su contenido se suponga generalmente beneficiosa para los titulares de tal derecho, compartan ellos o no tal suposición. El elemento de generalidad o normalidad que califica a la idea de beneficio en toda adscripción de derechos sirve para encarar casos anómalos como el del pago de deudas o el de servicios prometidos que benefician a terceros distintos del acreedor o del destinatario

de la promesa: un préstamo o una promesa generan derechos debido a la presuposición de que la devolución del préstamo o el cumplimiento de la promesa son *normalmente* en bien de la persona que ha hecho el préstamo o recibido la promesa (y en verdad el ejemplo de Hart no constituye una excepción de este juicio general, ya que el titular del derecho cuenta con el beneficio cierto de eximirse del cumplimiento personal de la obligación de cuidar a su abuela).

Me parece, entonces, que estas consideraciones apoyan la caracterización de derecho subjetivo moral propuesta por Mac-cormick con las modificaciones que he sugerido: *Se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede ser la posibilidad de realizar cierta acción o la de disponer de determinados recursos o la de verse librado de ciertas contingencias) cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase C y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso.*

Esta definición está indicando que una teoría de los derechos individuales debe estar constituida, como veremos en la segunda parte, por principios acerca del bien de los individuos y acerca de la distribución de ese bien.

6. LOS RASGOS DISTINTIVOS DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL CONCEPTO DE PERSONA MORAL

La reconstrucción conceptual propuesta es aplicable en principio a todos los derechos morales. Pero es obvio que no todos los derechos morales constituyen aquello que se suele aludir con el rótulo “derechos humanos”. Por ejemplo, yo tengo el derecho moral a que un amigo me devuelva el libro que le he prestado pero, si no lo hace, difícilmente podré recurrir a Amnesty International denunciando que mis derechos humanos han sido menoscabados.

Un obvio rasgo distintivo de los derechos humanos es que ellos versan sobre bienes de fundamental importancia para sus titulares, o al menos –para proseguir la estrategia adoptada anteriormente– bienes que son *normalmente* de importancia pri-

mordial. Este rasgo ha sido recogido en caracterizaciones como las de Feinberg²⁹ y Cranston³⁰.

Sin embargo, esta propiedad de importancia sobresaliente no parece ser suficiente para distinguir los derechos humanos de otros derechos morales: el acceso a libros es esencial para un intelectual y el contar con fertilizantes puede ser vital para un agricultor, no obstante lo cual nadie vería la supresión de esos bienes como violatoria de los derechos humanos de esa gente.

El hecho de que en estos ejemplos se aluda a subclases de hombres nos está indicando cuál es, aparentemente, el rasgo distintivo más obvio de los derechos humanos: como el nombre de estos derechos lo sugiere, la clase de sus beneficiarios está integrada por *todos* los hombres y *nada más* que los hombres; su posesión no puede estar restringida a subclases de individuos humanos —como los obreros o los artistas— o extenderse más allá de la especie humana.

No obstante que esto es válido como formulación genérica y aproximada, trae aparejadas algunas dificultades serias cuando se pretende ser más explícito y preciso. Decir que los sujetos de los derechos humanos son todos los hombres y nada más que ellos es equivalente a sostener que los principios que establecen estos derechos tienen como *única condición de aplicación* referida a los sujetos normativos la propiedad de constituir un individuo humano. La pertenencia a la especie humana es, según esta formulación, condición necesaria y suficiente para gozar de los derechos en cuestión, en tanto que otras propiedades —raza, sexo, inteligencia, actos cometidos o padecidos, etc.— son irrelevantes. Sin embargo, inmediatamente aparecen contraejemplos problemáticos. En primer lugar, hay derechos —como el de la libertad de movimientos— que están sujetos a condiciones de aplicación negativas, como es la no comisión de delitos que justificadamente involucren penas privativas de la libertad. En segundo término, hay candidatos serios a derechos humanos, como el derecho a asistencia médica adecuada o a jubilación por vejez, que están condicionados

²⁹ Feinberg, *Social Philosophy*, p. 83.

³⁰ Cranston, Maurice, *What Are Human Rights*, London, 1973, p. 6-7.

por circunstancias positivas que se adicionan a la mera pertenencia a la especie humana, como las de estar enfermo o ser viejo.

En síntesis, los derechos humanos no parecen ser siempre, al contrario de lo que suele suponerse, incondicionales, y, en consecuencia (dado que las condiciones a las que están sujetos restringen la clase de sus beneficiarios), tampoco parecen ser *universales*.

El primer tipo de contraejemplos podrían, sin embargo, enfrentarse tal vez con éxito si distinguimos, como lo sugiere Joseph Raz³¹, una clase especial de condiciones de aplicación entre las que son tomadas en cuenta en la enunciación de un principio moral: ellas son las que sirven de *fundamento o razón* de la consecuencia normativa estipulada en tal principio según la justificación de éste. De este modo, se podría decir que, aunque la posesión del derecho a moverse sin impedimentos depende tanto de la circunstancia de ser un individuo humano como de no haber cometido un delito que merezca cárcel, sólo la primera y no la última forma parte de la razón por la cual el derecho se reconoce. Los derechos humanos serían así aquellos derechos morales que se poseen sólo por la razón de ser un individuo humano.

En cuanto al segundo tipo de contraejemplos, ellos pueden ser dejados a un lado si se advierte que derechos como el de asistencia médica o el de pensión por vejez son sólo casos *especiales o instrumentales* respecto de derechos más fundamentales y genéricos que parecen presentar el rasgo que estamos analizando: tal es el caso del derecho a la salud y el de contar con medios mínimos de subsistencia. Que ellos subyacen a los derechos anteriores se muestra, primero, por el hecho de que el derecho a la asistencia médica cuando se está enfermo es reconocido paralelamente al derecho a medidas asistenciales preventivas (vacunas, etc.) cuando no se está enfermo —lo que los presenta a ambos como derivaciones de un mismo derecho a la salud—, y, segundo, por el hecho de que la pensión por vejez

³¹ Ver Raz, Joseph, *Principles of Equality*, en "Mind", julio 1978, vol. I XXXVII, n° 347, p. 322.

podría suprimirse legítimamente si el pretendido beneficiario contara con medios propios de subsistencia, lo que muestra que el derecho a aquélla es sólo instrumental respecto del derecho más básico a la subsistencia.

Si concordamos, entonces, en que los derechos humanos son derechos morales que se conceden tomando como única propiedad relevante de sus beneficiarios la de pertenecer a la especie humana, de aquí se infiere que todos los hombres poseen un *título igual* a esos derechos en la medida en que todos exhiben en el *mismo grado* esa propiedad relevante.

Esto responde a un principio formal del razonamiento moral que establece que si una propiedad es la única circunstancia fáctica relevante para fundamentar una cierta calificación normativa o valorativa de índole moral de la situación que presenta esa propiedad, entonces el grado de esa calificación dependerá de la medida en que se materializa la propiedad en cuestión (esto es una implicación del rasgo formal de los juicios morales, que mencionaremos en el capítulo III y que es conocido como "superveniencia"). Por ejemplo, si la obligación moral de pagar impuestos dependiese exclusivamente del hecho de ser rico, la obligación tendrá mayor peso y alcance en la medida en que se sea más rico.

Al decir que, si la única circunstancia fáctica relevante para la fundamentación de los derechos humanos fuera el hecho de ser un hombre, entonces todos los seres humanos tendrían necesariamente un título igual a tales derechos, se está presuponiendo que la propiedad de ser hombre es del tipo "todo-o-nada", como las de ser argentino o abogado, y no de índole gradual, como la de ser rico o alto. Éste es el sentido más común que tiene el repetido slogan "todos los hombres son iguales". Cuando se aduce que él es obviamente falso, se incurre en el error de suponer que el slogan implica cosas como que todos los hombres son igualmente hombres. Esto no es una trivialidad ni una tautología generada por la forma lógica del enunciado, ya que no todas las frases de la forma "todos los A son igualmente A" son, como es obvio, verdaderas: no es cierto, por ejemplo, que todos los ricos sean igualmente ricos o que todos los individuos inteligentes sean igualmente inteligentes. La frase en cuestión envuelve, entonces, una importante

afirmación acerca del carácter no gradual del predicado "hombre".

Una cuestión distinta es la de determinar si esa afirmación es verdadera, cosa que es decisiva para evaluar la propuesta de caracterizar a los derechos humanos como aquellos derechos morales de que los hombres gozan sólo por el hecho de ser tales. Aun cuando no es posible encarar aquí una elucidación del concepto de hombre empleado en contextos morales, es necesario advertir acerca de las dificultades que presenta esa elucidación cuando se la lleva a cabo con miras a caracterizar la noción de derechos humanos: a menos que se sostenga que la propiedad de ser un individuo humano es una propiedad primitiva e inanalizable, lo que parece poco plausible, el carácter gradual o no gradual de esa propiedad dependerá de la índole que tengan las propiedades más simples en cuyos términos se analiza aquélla. Y aquí aparece un dilema constituido por dos alternativas. La primera consiste en caracterizar el concepto de hombre sobre la base de propiedades que se presentan *prima facie* como moralmente relevantes –tales como las propiedades de racionalidad y la capacidad de proponerse fines que toma en cuenta Kant³²– pero en este caso se llega a la conclusión chocante (no ya a nuestras intuiciones morales, que por ahora deben ser desatendidas, sino a nuestras intuiciones lingüísticas o conceptuales) de que hay hombres que lo son en menor grado que otros, puesto que aquellas propiedades son típicamente de índole gradual. La segunda alternativa es caracterizar el concepto de hombre en términos de rasgos biológicos muy elementales –tales como la estructura cromosomática de sus células³³– que presenten todos los hombres de igual grado, y nada más que los hombres. Sin embargo, en este otro caso no se advierte claramente cómo esos rasgos biológicos, que aparecen desvinculados del contenido de los derechos hu-

³² Ver un estudio sobre propiedades relevantes para caracterizar a la humanidad en la concepción de Kant, en Hill (h.), Thomas E., *Humanity as an End in Itself*, en "Ethics", octubre 1980, vol. 91, n° 1, p. 85-86

³³ Que aun siendo uno de los criterios más simples que pueden tomarse en cuenta, plantea problemas respecto de los mogólicos, cuyas células tienen un cromosoma de más.

manos, pueden servir de único fundamento para conceder tales derechos. Suponer que ello es así parece involucrar un burdo "especismo" análogo a posiciones racistas³⁴.

Frente a este dilema desagradable lo que debemos hacer es identificar y rechazar el presupuesto que nos conduce a él. Este presupuesto es que el concepto de persona moral tiene que denotar a una clase de individuos (tal como la de los seres humanos) que se distinguen por ciertas propiedades fácticas que están mencionadas en principios morales fundamentales como condición de ciertos derechos.

Creo que debemos tomar en cuenta que, como dice Bruce Ackerman³⁵, la ciudadanía moral no es una cuestión de teoría biológica (ni de ningún tipo de teoría descriptiva), sino de teoría política, o sea de teoría moral en un sentido amplio. Esto significa que necesitamos producir un cambio radical de estrategia filosófica: tenemos que determinar primero cuáles son los principios morales de los que los derechos básicos derivan y sólo después podemos definir a las personas morales como la clase de todos aquellos individuos (o entidades) que poseen las propiedades que son factualmente necesarias para gozar o ejercer tales derechos. Esto quiere decir que los principios fundamentales de los que los derechos humanos derivan son categóricos, en el sentido de que ellos no condicionan la *titularidad* de tales derechos a la posesión de una u otra característica. Estos principios son *erga omnes*, o sea se aplican a todos y a todo. Es simplemente una cuestión de hecho que sólo ciertos individuos o entidades pueden gozar o ejercitar en cierto grado los derechos generados por estos principios. Esto presupone, naturalmente, la distinción entre ser titular de un derecho y estar capacitado para ejercerlo: mi derecho de expresarme libremente incluye mi derecho de hacerlo en chino, y éste es entonces un derecho que tengo pero no puedo ejercer. La idea es que la personalidad moral es un concepto relacionado no con el hecho de ser titular de derechos morales fundamenta-

³⁴ Ver Singer, Peter, *Practical Ethics*, Cambridge, 1972, cap. 3.

³⁵ Ackerman, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, 1980, p. 78

les sino con el hecho de poseer las condiciones para ejercerlos o gozar de ellos.

Quiénes son personas morales dependerá entonces de quiénes pueden gozar de los derechos generados por los principios morales básicos.

En el curso de este trabajo se propondrán tres principios, de cuya combinación derivan los derechos humanos fundamentales.

Uno es el principio de inviolabilidad de la persona, que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos; el segundo principio es el de autonomía de la persona y él asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia (y, en virtud de un principio complementario, al placer y a la ausencia de dolor); el tercer principio, el de dignidad de la persona, prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tienen control.

Tomando en cuenta tanto el contenido como la fundamentación de estos principios que se propondrá, podría concluirse que ellos resultan superfluos si no se aplican a individuos con aptitudes potenciales, en primer lugar, para tener conciencia de su propia identidad como un centro de imputación de deseos, intereses, creencias, etc., independientemente de otros e irremplazable; en segundo término, para moldear tramos de su vida de acuerdo con ideales, principios, etc., libremente adoptados (y para sentir placer y dolor); y, en tercer término, para formar voliciones y tomar decisiones (este tercer rasgo probablemente esté implícito en los anteriores).

Es interesante señalar que hay cierta proximidad entre estas propiedades y las que ha mencionado Robert Nozick recientemente³⁶ como constitutivas de la "base moral", o sea las características en virtud de las cuales alguien se hace acreedor

³⁶ Nozick, Robert, *Philosophical Explanations*, Oxford, 1981, p. 451 y siguientes

a un comportamiento moral y que son, según él, la de ser un yo autorreflexivo y la de ser un ser capaz de perseguir valores.

Sin embargo, ambas propuestas son demasiado vagas para juzgar acerca de su eventual coincidencia. También exigiría mucho mayor precisión y desarrollo la determinación de si las capacidades mencionadas convergen, en última instancia, en una sola capacidad básica constitutiva de la personalidad moral.

La sugerencia sería, entonces, que los derechos básicos son aquellos derechos morales de que gozan todos los seres con capacidad potencial para tener conciencia de su identidad como un titular independiente de intereses y para ajustar su vida a sus propios juicios de valor.

La clase *C* a la que alude la caracterización de derechos morales estaría compuesta por tales seres, o sea por todas las personas morales.

Si esto es así, el llamar “derechos humanos” a estos derechos morales hace referencia al hecho contingente de que esa clase *C* está principalmente constituida en el mundo que conocemos por seres humanos. Pero no hay garantía *a priori* de que todas las personas morales sean hombres, de que todos los hombres sean personas morales y de que todos los hombres tengan el mismo grado de personalidad moral. Estas conclusiones no parecen ahora objetables (como lo eran cuando se referían a la titularidad de los derechos) ya que no están basadas en una limitación arbitraria del alcance de nuestros principios morales, sino en hechos claros que determinan la posibilidad o imposibilidad de ejercitar los derechos que derivan de aquéllos. Al contrario, reconocer que hay límites fácticos y no normativos a la condición de persona moral tiene la consecuencia de admitir que los principios morales de los que derivan los derechos básicos prescriben una permanente extensión de esa condición, mediante la superación de los obstáculos de hecho para gozar de los derechos en cuestión.

Esta visión heterodoxa de la personalidad moral tiene consecuencias extremadamente relevantes para el tratamiento de cuestiones como el aborto, la eutanasia, los derechos de los animales, de las generaciones futuras, etcétera. Esto se verá una vez expuestos los principios morales básicos de los que los derechos “humanos” derivan. Pero previamente debe decirse

algo acerca de la posibilidad de fundamentar racionalmente tales principios³⁷.

³⁷ Conviene completar el análisis conceptual de este capítulo con una breve referencia al tema de si la noción de derechos humanos incluye o no alguna especificación acerca de los *responsables* de la preservación y expansión de tales derechos. Aquí hay una discordancia entre, por un lado, el hecho de que el discurso acerca de los derechos humanos se haya desarrollado históricamente como un reclamo de protección frente a órganos estatales, conservando aun hoy día ese carácter, y, por el otro, la convicción de que esos derechos son *erga omnes* y se ven igualmente afectados tanto por la acción de las autoridades como por la de los particulares. Esta discordancia ha dado lugar a divergencias entre teóricos y a quejas de que es hipócrita acusar sólo a los gobiernos establecidos de violación de derechos humanos, haciendo caso omiso de violaciones por parte de delincuentes comunes y de terroristas.

Creo que esta discordancia se explica en relación no a aspectos esenciales de la noción de derechos humanos sino a rasgos contextuales o conversacionales del tipo de discurso en el que se suele apelar a tales derechos: como vimos, los derechos humanos son derechos de índole moral. Uno suele invocar derechos morales sólo cuando no hay derechos jurídicos eficazmente reconocidos que los amparen, no porque éstos tengan mayor fuerza justificatoria que aquéllos (ya que, según dijimos, las normas jurídicas sólo constituyen razones justificatorias cuando están respaldadas por principios morales), sino porque son más precisos y menos controvertibles. Cuando son los particulares los que vulneran los derechos humanos, generalmente si hay algún remedio para la situación, éste se puede obtener mediante la sola invocación ante las autoridades de derechos jurídicos correlativos (bajo el presupuesto compartido de que ellos están moralmente justificados): en tales casos es superfluo apelar a los derechos morales subyacentes. No ocurre lo mismo cuando son las propias autoridades las que incurrir en prácticas violatorias de los derechos humanos: ello implica que no hay, en el respectivo sistema, derechos jurídicos efectivamente reconocidos y obliga a apelar, entonces, directamente a derechos morales y a dirigirse a un auditorio diferente del que suele ser destinatario del discurso jurídico.

CAPÍTULO II

EL ESCEPTICISMO ÉTICO

1. RACIONALISMO, LIBERALISMO Y ESCEPTICISMO ÉTICO

El reconocimiento de derechos individuales básicos constituye un aspecto esencial de la concepción liberal del hombre y de la sociedad. Es sabido que esa concepción liberal se fue así desarrollando juntamente con una cosmovisión "iluminista" o racionalista (en un sentido diferente del que se opone al empirismo) que está determinada por la adhesión a pautas epistemológicas y lógicas rigurosas en cuanto a la admisión en nuestro sistema de creencias de enunciados básicos acerca del mundo y de la inferencia de otros enunciados a partir de aquéllos. Para caracterizarlo con palabras de Karl R. Popper¹, "el racionalismo es una actitud en que predomina la disposición a escuchar los argumentos críticos y a aprender de la experiencia".

En verdad la conexión entre el liberalismo y el énfasis en el control racional de nuestras creencias parece ser estrecha: tal énfasis implica la exclusión de todo dogmatismo, descalificándose en primer lugar los argumentos de autoridad. Dado que el poder estatal absoluto suele basarse en la pretensión de un acceso privilegiado a la verdad por parte de quienes lo detentan o lo favorecen, el cuestionamiento de ese privilegio intelectual promueve el socavamiento del absolutismo gubernamental. El control racional de nuestras creencias implica que ellas sólo pueden mantenerse si se logran superar las pruebas y argumen-

¹ Popper, Karl R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, tr. E. Loedel, Bs. As., 1967, vol. II, p. 314.

tos que pueden presentarse a favor de creencias incompatibles. Como cualquier individuo dotado de facultades intelectuales normales es fuente potencial de tales pruebas y argumentos, aquel control racional de creencias sólo florece si se da a los individuos libertad para sustentar y defender creencias de cualquier naturaleza, lo que supone un principio de tolerancia propio del liberalismo. En este sentido son esclarecedores estos otros párrafos de Popper:

“...el autoritarismo y el racionalismo, tal como nosotros los entendemos, no pueden conciliarse puesto que la argumentación –incluida la crítica y el arte de escuchar la crítica– es la base de la racionalidad²... De este modo, en última instancia, el racionalismo se halla vinculado con el reconocimiento de la necesidad de instituciones sociales destinadas a proteger la libertad de crítica, la libertad de pensamiento y, de esta manera, la libertad de los hombres”³.

Sin embargo, el mismo énfasis en el control racional de creencias que promueve una actitud favorable hacia la concepción liberal de la sociedad puede también generar una actitud de una índole que debilita la defensa de esa concepción. Esta última actitud se desarrolla cuando los racionalistas procuran determinar si la creencia en la validez de aquella concepción política y moral satisface las reglas epistemológicas a las que adhieren y llegan a una desalentadora conclusión negativa, lo que implica, de acuerdo con esas reglas, la obligación “racional” de abandonar la creencia en cuestión.

De este modo, muchos fervientes partidarios de la razón no ven más remedio que abrazar un *escepticismo ético*, o sea la creencia de que no existen métodos racionales para determinar la validez de juicios valorativos o morales, y, en consecuencia, se ven obligados a concluir que no hay, en última instancia, mejores argumentos para defender la concepción que propicia la libertad necesaria para el ejercicio de la razón que para defender concepciones adversas a ese ejercicio.

Como es sabido, esto es lo que ocurrió precisamente en el contexto de un movimiento intelectual relativamente reciente y

² Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, vol. II, p. 317.

³ Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, vol. II, p. 336.

que revolucionó a la filosofía en particular por su estrictez respecto de la admisibilidad de enunciados significativos acerca del mundo. Me refiero, como es obvio, al llamado "positivismo lógico" originado en el Círculo de Viena⁴. Uno de los puntales de la actitud racionalista en este movimiento era, como se sabe, su "criterio empírico de significado", según el cual un enunciado carece de significado si no es verificable (en algún sentido) en forma empírica, o sea a través de las observaciones de los sentidos. Este criterio fue aplicado por algunos representantes del movimiento (aunque no todos⁵) para condenar como "sinsentidos" a los enunciados éticos o, en todo caso, para relegarlos (junto a los enunciados teológicos y a las manifestaciones poéticas) a la subalterna categoría de "expresiones de emociones", categoría que ocupa el ámbito en que la razón es inerte para determinar la aceptabilidad de expresiones lingüísticas. De este modo, estos partidarios de "la concepción científica del mundo", no obstante su fuerte compromiso con sistemas políticos que favorecen esa concepción⁶, debían admitir que ese compromiso tenía, en última instancia, sólo una base emocional.

Este tipo de racionalismo que se socava a sí mismo ha sido denominado por Popper "racionalismo no crítico o comprensivo" y descrito como la actitud de un individuo que expresa "que no está preparado para aceptar nada que no pueda ser defendido por medio del razonamiento o la experiencia"⁷. Este autor sostiene que el racionalismo no crítico es inconsecuente ya que, dado que él mismo no puede justificarse sobre la base

⁴ Acerca de la posición sobre ética del Círculo de Viena, ver Edwards, P., dir., *The Encyclopedia of Philosophy*, London, 1972, vol. V, p. 53, y MacIntyre, Alasdair, *Historia de la ética*, tr. R. J. Walton, Bs. As., 1970. Sobre la concepción ética de uno de los participantes del Círculo, ver Ayer, A. J., *Lenguaje, verdad y lógica*, tr. R. Resta, Bs. As., 1965, p. 126 y siguientes.

⁵ Ver el análisis que de la posición naturalista ética de Schlick, hace Rabossi, Eduardo, *El Círculo de Viena y la filosofía práctica*, en "Manuscritos", 1981, vol. V, n° 1.

⁶ Ver una referencia a los ideales políticos del Círculo y a su posición sobre el papel del racionalismo para materializarlos en Rabossi, *El Círculo de Viena y la filosofía práctica*, en "Manuscritos", 1981, vol. V, n° 1.

⁷ Ver Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, vol. II, p. 322.

del razonamiento y la experiencia, se descalifica a sí mismo⁸ (esto parece estar asociado con la crítica más común al criterio empírico de significado: que él resulta un sinsentido pues no satisface las condiciones que él mismo establece para tener significado).

De cualquier modo, lo que interesa aquí no es tanto la posible inconsistencia *lógica* en el sistema de creencias de un racionalista de este tipo sino su inconsecuencia *práctica*, su auto-debilitamiento en la defensa de la concepción moral y política que favorece el ejercicio de la razón como medio de resolver problemas. Frente a defensores de concepciones totalitarias que no se ven mayormente perturbados en sus convicciones por escrúpulos racionalistas, puesto que tienen en general menos confianza en el valor de la argumentación racional (y, en consecuencia, son menos exigentes en cuanto a la fundamentación de tales convicciones), quienes propugnan una concepción liberal aparecen siempre en retirada, prontos a conceder que tienen tan pocos títulos teóricos como sus adversarios para mantener su posición. Esto parece inevitable, puesto que si uno de los principales argumentos a que pueden recurrir los liberales en apoyo de esa concepción es, como vimos, que su puesta en práctica favorece el desarrollo del espíritu científico y racional, no pueden traicionar ese espíritu cuando el oponente les señala triunfante que han llegado al límite de la argumentación racional en apoyo de su posición.

Sin embargo, esta situación de aparente encerrona de quienes llegan al liberalismo por vía del racionalismo no siempre es percibida como tal. Muchos pensadores admiten que una epistemología racionalista sólo puede conducir al escepticismo o relativismo ético, pero aducen que ello no socava al liberalismo sino que, al contrario, lo favorece al promover una actitud de tolerancia frente a opiniones opuestas.

Un caso típico de esta posición es Hans Kelsen. Estos párrafos ilustran claramente acerca de la secuencia de su pensamiento:

⁸ Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, vol. II, p. 323.

“Si hay algo que la historia del conocimiento humano puede enseñarnos, es la inutilidad de encontrar por medios racionales una norma de conducta justa que tenga validez absoluta, es decir una norma que excluya la posibilidad de considerar como justa la conducta opuesta. Si hay algo que podemos aprender de la experiencia espiritual del pasado es que la razón humana sólo puede concebir valores relativos, esto es, que el juicio con el que juzgamos algo como justo no puede pretender jamás excluir la posibilidad de un juicio de valor opuesto. La justicia absoluta es un ideal irracional... Pero ¿cuál es la moral de esta filosofía relativista de la justicia? ¿Es que tiene moral alguna? ¿No es acaso el relativismo amoral o inmoral como muchos afirman? ¿Es que tiene moral alguna? No lo creo. El principio moral fundamental que subyace a una teoría relativista de los valores o que de la misma puede deducirse, es el principio de la tolerancia, es decir, la exigencia de buena voluntad para comprender las concepciones religiosas o políticas de los demás, aun cuando no se las comparta o, mejor dicho, precisamente por no compartirlas, y, por lo tanto, no impedir su exteriorización pacífica. Es claro que de una concepción relativista no puede deducirse derecho alguno a una tolerancia absoluta, sino únicamente a una tolerancia dentro de un orden positivo que garantiza la paz a los a él sometidos y les prohíbe la utilización de la violencia pero no limita la exteriorización pacífica de sus opiniones”⁹.

Me he permitido hacer esta extensa cita de Kelsen porque deseo que se advierta con claridad el *non sequitur* en el que incurre: de la tesis de que ningún juicio de justicia excluye la posibilidad de un juicio análogo pero de contenido opuesto (tesis que comentaremos luego) Kelsen pretende deducir, sin ayuda de ninguna otra premisa, el principio de que debemos tolerar las concepciones opuestas de los demás. Pero éste parece ser un juicio de justicia, y por lo tanto lo que se infiere de la tesis anterior (que no es valorativa) no es tal juicio sino que él es un juicio relativo, que tanto él como su contrario —que no debemos tolerar las opiniones opuestas a las nuestras— son posibles. Aquí es, por supuesto, oscuro qué quiere decir que ambos juicios son posibles. Si quiere decir que existe la posibilidad de que uno u otro sean *de hecho formulados*, ni aun el absolutista más extremo lo negaría. Si quiere decir que un juicio no excluye lógicamente al otro —en el sentido de que ambos pueden

⁹ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, tr. E. Garzón Valdés, Córdoba, 1956, p. 75-81.

ser afirmados sin inconsistencia—, no creo que Kelsen suscribiría una conclusión tan obviamente chocante. Lo único que puede significar tal afirmación en el contexto de la discusión de Kelsen, es que no es posible desarrollar una fundamentación racional de la verdad de uno de ellos que excluya necesariamente la del otro. Si es así, ¿por qué habríamos de preferir al principio de la tolerancia sobre su opuesto? O no deberíamos aceptar ninguno de ambos principios, cayendo en el amoralismo o nihilismo que rechaza Kelsen, o si no deberíamos concluir que es tan legítimo adoptar el principio de intolerancia como su opuesto.

Creo que posiciones como la de Kelsen derivan su plausibilidad de una confusión entre la actitud *crítica* y la actitud *escéptica*: hemos visto que el racionalismo está comprometido a someter a examen crítico cualquier conclusión teórica, puesto que asume que la suposición de que ella es verdadera tiene carácter provisorio y su falsedad puede ser demostrada por argumentos y pruebas que otros individuos pueden aportar; esto es lo que fundamenta la necesidad de tolerar opiniones opuestas y brinda apoyo a las instituciones que favorecen tal tolerancia. Pero como lo demuestra el caso de las ciencias empíricas, en cuyo contexto esta actitud crítica se desarrolla paradigmáticamente, esto de ningún modo supone que las verdades que se trata de alcanzar sean relativas o ilusorias. Una cosa es la actitud cautelosa y abierta a una posible revisión en la defensa de cierta proposición que se supone verdadera, y otra cosa muy distinta es la actitud escéptica de que en determinadas áreas no puede haber proposiciones verdaderas o, por lo menos, que no las hay absolutamente verdaderas. Esta última actitud no tiene por qué conducir a la tolerancia de opiniones ajenas, ya que ella supone que el debate crítico no es un medio de aproximarse a la verdad puesto que no hay tal verdad o no hay una verdad común a ambos contendientes. Al contrario, si se asume que, en última instancia, la adopción de principios morales es una mera cuestión de decisiones o emociones, la discusión moral constituye más bien una pérdida de tiempo que genera una sensación ilusoria de racionalidad, y posterga innecesariamente el inevitable choque de voluntades. De modo que la admiración por el espíritu racional y científico que requiere

para desarrollarse un marco social de tolerancia puede generar un escepticismo acerca de la posibilidad de defender racionalmente ese marco social, lo que, en última instancia, va en desmedro del florecimiento de aquel espíritu.

Por supuesto que esta inconsistencia práctica de ningún modo prueba la invalidez del relativismo ético, ya que, como bien decía Hume¹⁰, no hay peor argumento para demostrar la falsedad de una teoría científica o filosófica que alegar sus consecuencias sociales perniciosas. Pero este carácter autofrustrante del racionalismo cuando es extendido en forma no crítica al campo de la ética es sí una razón extrateórica para examinar con particular cuidado los fundamentos del relativismo ético, de modo de determinar si es verdad que un racionalista no tiene más remedio que abrazarlo y perder así sus armas frente a los enemigos de la razón.

Hasta ahora he hablado, con la misma desaprensión con que lo hacen sus defensores, de “relativismo” (o “escepticismo” o “subjektivismo”) ético sin tomar en cuenta que éste y otros rótulos a veces intercambiables entre sí encubren posiciones muy distintas.

Como señala lúcidamente Eduardo Rabossi¹¹, la expresión “relativismo ético” hace referencia a tesis diversas según el nivel del discurso ético en el que se lo defienda. En el contexto de la *ética descriptiva o sociológica* —en el que se investigan las opiniones y pautas morales de individuos y sociedades— el relativismo sostiene que las concepciones morales de la gente varían en el tiempo y en el espacio, lo que tal vez puede ser aceptado con ciertas reservas¹², pero no incide para nada en la cuestión de si hay concepciones morales que pueden apoyarse con mejores razones que otras (también los individuos y los pueblos difieren en sus creencias fácticas y eso no excluye que

¹⁰ Hume, David, *Enquires Concerning Human Understanding*, ed. por P. H. Nidditch, Oxford, 1975, secc. VIII, parte II, 75, p. 96.

¹¹ Rabossi, Eduardo, *Relativismo: diversidad de sistemas morales y conducta racional*, en “Cuadernos de Filosofía”, jul.-dic. 1970, año X, n° 14, p. 311.

¹² Ver algunas de esas reservas en Rabossi, *Relativismo: diversidad de sistemas morales y conducta racional*, en “Cuadernos de Filosofía”, jul.-dic. 1970, año X, n° 14, p. 313 y siguientes.

consideremos a algunas verdaderas y a otras falsas). En el plano de la *ética normativa o sustantiva* –que discute qué debemos hacer y cuáles instituciones son justas– no es fácil identificar al relativismo ético, pero algunas de las tesis asociadas con ese rótulo son las que estipulan que cada uno actúa bien o correctamente cuando lo hace de conformidad ya sea con sus propias convicciones o con las convicciones prevalecientes en su medio social; la primera posición moral implica erigir en máximo valor moral a la autenticidad y la segunda consagra el *conservadorismo moral* más absoluto (no es fácil encontrar argumentos en favor de una u otra posición). En el nivel de la *ética analítica o metaética* –que se ocupa del carácter de los conceptos y juicios morales y de la posibilidad de fundamentarlos– el relativismo se confunde o bien con el *subjetivismo* –que sostiene que los juicios morales describen actitudes del hablante o de la mayoría del grupo social– o con posiciones no descriptivas, tales como el *emotivismo* o el *prescriptivismo* –que afirman que los juicios morales se distinguen por un contenido no cognoscitivo que consiste en la expresión de emociones o en directivas de comportamiento–. Cuando el relativismo se asocia con el subjetivismo tiene la consecuencia de que los juicios éticos pueden ser demostrados racionalmente –verificando las respectivas actitudes–, pero tales juicios o bien no darían lugar a genuinos desacuerdos éticos (en el caso del subjetivismo individual que hace referencia a las actitudes del hablante) o los desacuerdos a que darían lugar podrían ser resueltos mediante simples encuestas de opinión (en el caso del subjetivismo social que alude a las convicciones prevalecientes en el grupo social). Cuando el relativismo metaético está asociado con posiciones no descriptivas acerca del significado de los términos y juicios morales, él conduce fácilmente a una posición escéptica acerca de la posibilidad de demostrar racionalmente juicios de valor, ya que concibe a éstos como formulaciones de las que no tiene sentido predicar verdad o falsedad, puesto que no pretenden dar cuenta de ningún hecho sino principalmente expresar o generar actitudes.

El relativismo cuya adopción socava la posibilidad de defender la concepción liberal de la sociedad, con la que generalmente está asociado, es la última posición expuesta, o sea la

que se identifica con el escepticismo en el plano de la metaética. Es esta posición la que deseo cuestionar aquí, tratando de poner al descubierto la debilidad de algunos de sus presupuestos. Pero antes de proceder a hacerlo me propongo dedicar la próxima sección a revisar dos ejemplos de posiciones escépticas defendidas recientemente, entre otros, por filósofos del derecho. El interés de estas posiciones reside en que ellas son optimistas en cuanto a la posibilidad de eludir la situación de encerrona práctica a la que me referí en esta sección; ellas intentan mostrar que, a pesar de que el papel de la razón está, en efecto, drásticamente disminuido en el ámbito de la moral —haciendo imposible mostrar la existencia de principios morales de validez absoluta— hay, sin embargo, la posibilidad de argumentar racionalmente en favor de ciertos juicios prácticos de limitado alcance que son, a pesar de ello, suficientes para justificar instituciones y soluciones, como las que están involucradas en el reconocimiento jurídico de los derechos humanos. De ser esto posible, la actitud favorable a un estricto control racional de nuestras creencias, si bien consagraría ineludiblemente una posición escéptica en materia ética, no afectaría radicalmente nuestra vida práctica puesto que no nos comprometería a guardar un prudente silencio cuando se nos reclama que demos razones que justifiquen, por ejemplo, nuestras acciones y decisiones a favor de que se respeten los derechos individuales básicos. Según esta posición es posible dar razones que, no obstante su carácter *relativo*, conservan plenamente su fuerza justificatoria.

2. EL ESCEPTICISMO ÉTICO OPTIMISTA

a) *EL CONVENCIONALISMO MORAL*. Como dije antes, el relativismo es a veces identificado con el subjetivismo social o convencionalismo. Esta concepción ética puede ilustrarse con la posición del profesor Aulis Aarnio. En su valioso libro *On Legal Reasoning*¹³, se pronuncia a favor de una concepción ética que califica de “relativista”. Cuando aclara el contenido de

¹³ Aarnio, Aulis, *On Legal Reasoning*, Helsinki, 1977.

esa posición parece que se tratara de un escepticismo ético. En efecto, este autor afirma: "Mi punto de partida es, por lo tanto, que la valoración ética es siempre relativa. No puede serle atribuida la propiedad verdadera/falsa"¹⁴. Sin embargo, inmediatamente a continuación de las frases anteriores Aarnio agrega otras que parecen inclinarlo no hacia un escepticismo ético sino hacia una posición subjetivista. Sostiene: "Una valoración ética es en un sentido específico subjetiva. Cuando decimos que algo es bueno, valioso, etc., esto significa que el sujeto ha atribuido esa cualidad a la cosa en cuestión. En otras palabras, valioso es lo que el sujeto considera valioso. En este sentido, una valoración es siempre subjetiva o ligada a un sujeto"¹⁵. Como dije antes, esto es muy distinto de lo que se implica en las afirmaciones anteriores: si valioso es lo que el sujeto considera valioso, hay una forma muy simple de demostrar racionalmente lo que es valioso y es verificando lo que el sujeto relevante considera tal.

Esta aparente inconsistencia de Aarnio podría deberse simplemente a cierta desprolijidad incidental en la presentación de su posición si no fuera porque en el desarrollo ulterior aparecen elementos que responden tanto a una concepción esceptica como a una concepción subjetivista, y para peor a una concepción subjetivista diferente de la que surge de los párrafos citados. Por un lado el profesor Aarnio sostiene que en la deliberación ética se llega a un punto límite en que ningún argumento adicional puede presentarse y la única respuesta que puede darse es que "x es bueno porque *es* bueno"¹⁶; por lo tanto, los últimos argumentos éticos son "no racionales"¹⁷ y no pueden someterse a un "test público"¹⁸. Pero, por el otro lado, Aarnio afirma repetidamente¹⁹ que las valoraciones no son arbitrarias. Esto puede resultar extraño, ya que el sentido ge-

¹⁴ Aarnio, *On Legal Reasoning*, p 115

¹⁵ Aarnio, *On Legal Reasoning*, p 115

¹⁶ Aarnio, *On Legal Reasoning*, p 110

¹⁷ Aarnio, *On Legal Reasoning*, p 119

¹⁸ Aarnio, *On Legal Reasoning*, p 120

¹⁹ Aarnio, *On Legal Reasoning*, p 115, 121, 122

neralmente aceptado de “arbitrario” denota un juicio, decisión o acción para los que no se presentan razones, y Aarnio sostiene que no hay razones para los juicios éticos últimos. Sin embargo, este autor ofrece una explicación de por qué considera que por lo menos valoraciones como las de un jurista y un juez no son arbitrarias: porque ellas no responden a los deseos o intereses privados del intérprete sino a las valoraciones que están representadas en su medio social²⁰. Aquí, entonces, podría reaparecer un tipo de subjetivismo, esta vez no ligado a las actitudes del hablante sino de la sociedad en conjunto, por lo que podría ser denominado “subjetivismo social” o “convencionalismo”.

El subjetivismo social también puede plantearse en los tres planos de teorización ética en los que se presenta el relativismo, lo que no es de extrañar puesto que en algunos de esos planos, como anticipé en parte, se confunde con el relativismo.

Como posición de ética descriptiva, el subjetivismo social o convencionalismo sostiene que los juicios éticos de un individuo están influidos por el medio social en el que el individuo está inserto. Como posición de ética normativa, él estipula que un individuo debe juzgar, decidir o actuar de conformidad con las valoraciones de su medio social, lo que, como vimos, constituye un tipo de relativismo. Como posición de metaética, el subjetivismo social sostiene que “valioso”, “bueno”, etc., *significan* algo así como “lo que la mayoría del grupo social relevante aprueba”, lo que también, como se dijo, constituye otro tipo de relativismo. ¿Cuál de estas posiciones es la que Aarnio defiende?

Tal vez ayude a responder esta pregunta revisar lo que Aarnio sostiene en materia de argumentación en general. Entiende por argumentación un proceso por el cual se presentan fundamentos en favor de una aserción de modo que se aumenta su plausibilidad²¹. Agrega este autor que una aserción resulta justificada si ella es aceptable para cierta audiencia (cualquier grupo de gente hacia quien está dirigida la aserción). Además

²⁰ Aarnio, *On Legal Reasoning*, p. 122.

²¹ Aarnio, *On Legal Reasoning*, p. 94.

sostiene Aarnio que una de las condiciones para que la aserción sea aceptable cuando es de tipo valorativo es que su contenido corresponda al sistema de valores de la audiencia²². Precisamente uno de los rasgos que individualizan a una audiencia, según Aarnio, es una alta convergencia valorativa, el hecho de compartir ciertas valoraciones básicas; esas valoraciones o elecciones básicas constituyen el marco que limita toda posible argumentación frente a ese auditorio²³. ¿Sirve este desarrollo para poder responder al interrogante anterior sobre el tipo de subjetivismo social que defiende Aarnio? Todavía no, puesto que tal desarrollo puede aun ser interpretado de tres modos diferentes: a) como una tesis *fáctica* en el sentido de que cuando se formula un juicio valorativo se procura de hecho ganar el favor de la audiencia y eso suele depender de que se muestre la conformidad de tal juicio con las valoraciones básicas que comparte la audiencia; b) como una tesis *valorativa* o *normativa* que estipula que debemos formular sólo aquellos juicios valorativos que nuestra audiencia esté inclinada a aceptar por coincidir con su propio sistema de valores; c) como una tesis *conceptual* que sostiene que un juicio de valor está justificado cuando resulta aceptable para la audiencia, ya que lo que el juicio predica de una cierta acción, institución o regla es que ellas están homologadas por los principios valorativos básicos aceptados por la audiencia.

O sea que tenemos de nuevo la misma triple ambigüedad para interpretar la posición de Aarnio. Creo, no obstante, que hay algunos ligeros indicios en la obra de este autor que apoyan la tercera alternativa, o sea la idea de que su subjetivismo social es de índole metaética o conceptual. En efecto, su insistencia en que los juicios morales últimos no son arbitrarios, sólo puede explicarse con esta interpretación. Con la primera, la arbitrariedad no queda excluida, ya que el hecho de que en la formulación de juicios de valor nos veamos influidos por las valoraciones ambientales y que tratemos de obtener el asentimiento de la audiencia, no implica que contemos con ra-

²² Aarnio, *On Legal Reasoning*, p. 99.

²³ Aarnio, *On Legal Reasoning*, p. 106.

zón alguna en nuestro apoyo: la audiencia puede ser una banda de fanáticos irrazonables. Con la segunda interpretación, no sólo no se muestra que la formulación de juicios de valor no es arbitraria sino que incurriría en esa misma arbitrariedad quien recomendara, como esta tesis lo hace, que uno debe adaptar sus valoraciones a las de su audiencia, cualesquiera que éstas sean. Sólo con la tercera alternativa interpretativa habría fundamento para que Aarnio sostuviera que los juicios valorativos últimos no son arbitrarios: tales juicios implicarían la existencia de *razones relativas* constituidas por principios valorativos generales de los que aquéllos se derivan y que son aceptados por la audiencia. Los juicios en cuestión estarían justificados si efectivamente la audiencia aceptase principios que impliquen tales juicios. Esta no arbitrariedad de los juicios valorativos últimos sería compatible con su no racionalidad si entendemos por “racionalidad” el contar con razones *absolutas*, es decir razones que valgan para cualquier audiencia.

Es importante distinguir este subjetivismo social metaético del subjetivismo individual que parece sugerido por los párrafos de Aarnio citados al principio y que remite a las actitudes del hablante. A diferencia de este último, el subjetivismo social no implica que todo desacuerdo ético es espurio y tampoco necesita fundamentarse en argumentos débiles como los que da Aarnio en apoyo del subjetivismo individual (es cierto que cuando alguien dice que algo es valioso es porque ha atribuido esa cualidad a la cosa en cuestión, pero hay tan poco derecho para inferir de aquí que “valioso” significa “lo considerado valioso”, como para inferir que, cuando alguien dice que el sol es amarillo, es porque le atribuye esa cualidad al sol, que entonces “amarillo” significa “lo considerado amarillo”).

Así interpretado, el subjetivismo social de Aarnio se aproxima mucho al convencionalismo defendido por Gilbert Harman²⁴ en *The Nature of Morality*, sobre la base de ciertas ideas de Hume. Según esta teoría, los juicios morales tienen una relación intrínseca con principios generales convencionalmente aceptados por los miembros de un grupo contextualmente indi-

²⁴ Harman, Gilbert, *The Nature of Morality*, New York, 1977.

cado, que incluye tanto a quien juzga como a quien es juzgado; son estos principios los que constituyen razones en favor de cierto juicio.

¿Qué plausibilidad tiene esta concepción metaética adoptada implícitamente por Aarnio y explícitamente por Harman? Como vamos a ver luego, hay un aspecto importante del convencionalismo o subjetivismo social que debe ser rescatado en toda buena elucidación de los juicios morales. Pero me temo que la tesis central y distintiva de esta posición no es aceptable, por razones por todos conocidas. Basta decir que ella convierte, *por definición*, en verdadero al conservadorismo moral más absoluto. El disidente que ataca las valoraciones últimas de la audiencia —como un Rauschnig embatiendo contra la ideología nazi— no sólo diría algo falso según esta teoría sino autocontradictorio: afirmarí­a o presupondría que las valoraciones del auditorio condenan lo que es aprobado por las valoraciones últimas de ese auditorio (tal vez el disidente sólo podría salvarse de caer en autocontradicción si demostrara que la audiencia incurre en ella). Si éste fuera el alcance del significado de los juicios morales no se explicaría el progreso moral o se explicaría de manera muy extraña: se produciría por medio de la aceptación por parte de la mayoría de la sociedad de una posición que hasta ese mismo momento era falsa y que, luego de esa aceptación, se convirtió *ipso facto* en verdadera; se avanzaría siempre en pos de algo falso y dejando atrás algo verdadero. Así como no es posible con esta teoría atacar las valoraciones o convenciones básicas del grupo relevante o de la audiencia, por más aberrantes que sean, tampoco es posible hacer valoraciones intersociales o comparar las valoraciones de dos audiencias. Precisamente cuando hay más necesidad de debate moral por la existencia de divergencias valorativas profundas, queda excluida la posibilidad de ese debate.

La aparente plausibilidad de esta posición está dada por su confusión con la posición de ética descriptiva que se mencionó. Parece obvio que los juicios morales que uno formula suelen estar influidos por las convicciones y convenciones del medio, y además que esa formulación está generalmente dirigida a ganar el favor del auditorio mostrando la armonía entre aquel juicio y sus convicciones valorativas básicas. Pero esto no está in-

corporado al significado de lo que se dice; tal significado es compatible con las más amplias divergencias de *contenido* entre los juicios éticos del hablante y de los oyentes. La moral positiva de una sociedad no se desarrolla a través de la formulación de juicios acerca de esa misma moral positiva, que como juicios acerca de hechos no darían de por sí –al igual que las proposiciones jurídicas– razones para actuar, sino a través de juicios acerca de una supuesta moral ideal cuyo contenido puede o no coincidir con la moral positiva.

En síntesis, el profesor Aarnio no ha conseguido mostrar, a mi juicio, que una ética no objetivista no sería una ética arbitraria, o sea una ética cuyos juicios últimos (y, por lo tanto, todos los demás que se apoyan en ellos) expresarían simplemente decisiones, actitudes o emociones que, como los sentimientos que se vuelcan en la poesía, no están controlados por razones. Esta arbitrariedad, que la concepción que he analizado no ha podido eliminar de la moral, se tiene, por supuesto, que reflejar en los argumentos que, por ejemplo, un juez podría avanzar en contra de la validez de normas jurídicas que desconocerían derechos individuales básicos.

b) *LA ÉTICA DEL AUTOINTERÉS*. Otro intento de hacer compatible una respuesta negativa a la pregunta de si los juicios de valor son racionalmente demostrables con la posibilidad de dar fundamentos valorativos en apoyo de soluciones jurídicas está dado por la concepción que considera que los juicios son relativos, no respecto de las *actitudes* del hablante o del grupo social, sino de sus *intereses*. Esta concepción puede ejemplificarse con la expuesta en el artículo *Ética jurídica sin metafísica* de Norbert Hoerster²⁵.

Allí, luego de rechazar la posibilidad de una corroboración racional última de los juicios morales –con argumentos de los que me voy a ocupar luego–, Hoerster trata de mostrar que, sin embargo, algunos juicios de esa índole (o, para usar su termi-

²⁵ Hoerster, Norbert, *Rechtsethik ohne Metaphysik*, en "Juristenzeitung", 16/4/82, nº 8 (versión castellana de E. Garzón Valdés bajo el título *Ética jurídica sin metafísica*, a publicarse en "Sistema", traducción que utilizo en las citas del texto).

nología, algunas normas morales) pueden ser objeto de una fundamentación *relativa*, que apele a intereses o deseos de la persona frente a quien se trata de justificar tales juicios o normas. De este modo, una ética del autointerés podría reemplazar a la ética metafísica que Hoerster repudia, sirviendo así de base para las valoraciones presupuestas de soluciones jurídicas.

Sostiene Hoerster que es posible fundamentar intersubjetivamente una norma si se muestra que ella es adecuada para promover los intereses de los individuos involucrados, sea que esos intereses sean idénticos, convergentes o mutuamente dependientes.

Hoerster ilustra cómo se podría dar esa fundamentación en el caso de intereses mutuamente dependientes, poniendo el ejemplo de la prohibición de matar: si esa prohibición no existiera sería bastante grande la probabilidad de que uno resulte muerto por actos de otros individuos, que pueden estar movidos por distintos intereses o deseos. La prohibición en cuestión coarta a uno el interés ocasional de matar a un semejante. Pero esa restricción puede ser vista por muchos como un costo conveniente para lograr que se disminuya la probabilidad de ser muerto, que se la ve como afectando un interés mucho mayor. Así, puede ser conveniente para algunos individuos renunciar a su ocasional interés en matar si con ello acrecientan su propia seguridad personal. Naturalmente esa renuncia está condicionada a similar renuncia por parte de otros, puesto que de lo contrario implicaría asumir un costo sin la contrapartida de beneficio alguno.

De este modo se puede fundamentar la prohibición de matar respecto de quienes tienen mayor interés en disminuir la probabilidad de ser muertos que en tener el terreno expedito para matar. Pero la fundamentación en cuestión se aplica sólo a esos individuos y en la medida en que su escala de valores no se altere: cualquiera puede denunciar esa norma prohibitiva, diciendo que ella es falsa o inválida, con lo que se quiere decir, de acuerdo con la interpretación de los juicios éticos que se propone, que ~~no~~ satisface sus intereses.

El hecho de que una norma moral esté sólo fundamentada para quienes ven satisfechos sus intereses a través de ella, no quiere decir que ellos no puedan imponer la norma a quienes

no la aceptan por contrariar sus propios intereses: así como no hay ninguna norma que obligue a éstos a aceptar la primera norma, tampoco hay una norma que prohíba a aquéllos imponer por la fuerza la prohibición de matar. Todo se reduce, en definitiva, a una cuestión de *poder*. Los conflictos no son en la práctica tan extensos como podría suponerse, debido al hecho de que la naturaleza humana es tal que la gente suele preferir cierta seguridad de no ser muerto a la libertad de matar.

Esta fundamentación de normas morales implica también una fundación de ciertas normas jurídicas básicas de igual contenido. Las restantes normas jurídicas, o bien se fundamentan en forma instrumental en relación con las anteriores, o no son fundamentables y quedan libradas a la lucha política por el poder. Pero se sigue de la concepción ética defendida, según Hoerster, que los medios de esa lucha tienen que estar limitados jurídicamente.

Este planteo del profesor Hoerster es muy interesante porque toca la cuestión muy intrincada de la relación entre la moral y el autointerés.

Que el cumplimiento de ciertos principios morales satisfaga en ocasiones el interés propio de los individuos es algo bastante obvio, según nos lo enseñaron en la infancia. Este supuesto provecho que se seguiría de ser moral se ha puesto más de manifiesto, en una forma mejor fundada, con la construcción, por parte de la teoría de las decisiones, de situaciones hipotéticas que responden al esquema del llamado "dilema de los prisioneros". Para ilustrar sucintamente la estructura de estas situaciones, voy a aludir no al dilema original, que tiene cierta complejidad, sino a un ejemplo del mismo tipo propuesto por Peter Singer²⁶, el que además de su sencillez tiene la ventaja de estar asociado con normas parecidas a las que se refiere Hoerster.

Dos miembros de una tribu van de caza y se encuentran con un tigre que los acecha amenazadoramente. La situación es tal que si ambos escapan en distintas direcciones, uno será

²⁶ Singer, Peter, *The Expanding Circle. Ethics and Sociobiology*, New York, 1982, p. 48.

atrapado y muerto mientras que el otro se salvará, de modo que, en ese caso, cada uno tiene, supongamos, el 50 % de probabilidades de sobrevivir. Si uno escapa y el otro se queda en el lugar donde los sorprendió el tigre, el que escapa tiene una probabilidad del 95 % de salvarse, y el que se queda, de sólo 5 %. Si ambos se quedan en el lugar a pelear al tigre, tienen cada uno una chance del 80 % de salvar su vida. Si los cazadores son puramente autointeresados, completamente racionales y conocen las probabilidades indicadas, cada uno concluirá por su cuenta que le conviene huir, puesto que así tiene un 50 % de probabilidad de salvarse en el caso de que el otro también huya, en lugar del 5 % que tendría en ese caso si él se quedara, y un 95 % de probabilidad de salvarse, en el caso de que el otro se quedase en el lugar, en vez del 80 % que tendría si él también se quedara. Si cada uno sabe que el otro también es racional, autointeresado y que conoce estas probabilidades, tiene todavía más razón para huir, puesto que sabe que el otro huirá. Pero lo paradójico del asunto es que, actuando racionalmente sobre la base del más puro autointerés, los cazadores reducen sus chances de supervivencia en comparación con lo que ocurriría si cada uno de ellos concediera al prójimo tanta importancia como a sí mismo y, en consecuencia, se quedara a pelear al tigre para maximizar las chances de supervivencia del otro cazador: en ese caso, en lugar del 50 %, cada cazador tendría el 80 % de probabilidades de salir indemne. Aparentemente, éste constituiría un clarísimo ejemplo que arroja agua para el molino de Hoerster, ya que mostraría la posibilidad de justificar un comportamiento auténticamente moral sobre la base del egoísmo más puro.

Sin embargo, dado que resulta extraño que en este tipo de situaciones no haya forma de maximizar el propio interés cuando se intenta racionalmente hacerlo, y que se lo consiga cuando uno se desentiende de él, conviene examinar con lente de aumento la estructura de tales situaciones moldeadas sobre la base del dilema de los prisioneros.

Si así lo hacemos, comenzaremos por advertir que en el ejemplo presentado lo que beneficia directamente al sujeto no es quedarse él a pelear al tigre sino que se quede el otro. Esto es lo que un egoísta racional tiene que conseguir por to-

dos los medios, ya que es lo que le asegura los resultados óptimos, sea que él pueda huir —en cuyo caso obtiene el primer “premio”— o que deba quedarse —en cuyo caso obtiene el segundo—. Sólo en caso de no conseguir ese primer objetivo el sujeto debe concentrar su estrategia en huir, para así conseguir por lo menos el tercer “premio” en lugar del resultado peor. O sea que la primera preocupación de cada cazador es lograr que el otro se quede, y para eso debe comenzar por usar medios que permitan su huida —como el engaño, el soborno o las amenazas—, y en su defecto, medios que excluyan esa huida —como la promesa sincera de quedarse él mismo—. Pero lo malo de este tipo de situaciones es que en ellas se da el círculo que ha sido descrito por Hodgson²⁷ respecto del utilitarismo, y que está dado por el hecho de que una amenaza o una promesa no generan las expectativas correspondientes de que serán cumplidas, ya que el agente que las formula no tiene razón para cumplirlas si no se generan tales expectativas, y esas expectativas no se generan si el agente no tiene ninguna razón para cumplirlas... y así hasta el infinito.

Por lo tanto los agentes egoístas racionales, en una situación de dilema de los prisioneros, no tienen más remedio que basar sus esperanzas de obtener uno de los dos “premios” mayores en circunstancias que no pueden controlar: que su compañero de cacería sea un ser altruista o que sea un hombre temeroso de un poder coactivo externo que compeliere a realizar actos de la clase pertinente. Estas dos alternativas se dan lo mismo haya o no una promesa de por medio: cuando no la hay, la disposición moral es la de ayudar al prójimo y la posible sanción es por omitir prestar auxilio; cuando la hay, la disposición moral es a cumplir la palabra empeñada y la sanción es por incumplimiento de la promesa. Si se dan las disposiciones morales en el otro cazador o si hay sanciones externas a las que él es adverso, nuestro egoísta racional debe decidir si huir o quedarse de acuerdo con factores tales como la posibilidad de ser descubierto, posibles represalias, su falta de confiabilidad para futuras expediciones, etcétera. Planteadas así las cosas, se ve

²⁷ Hodgson, D. H., *Consequences of Utilitarianism*, Oxford, 1967.

que en ningún caso el egoísta racional tiene que incurrir, para su propio provecho, en consideraciones morales o aceptar para guiar su conducta norma moral alguna; a lo sumo tiene que simular que acepta tal norma o que su conducta se debe a motivos altruistas.

Esta conclusión parece confirmarse más que descalificarse con dos análisis recientes que aplican herramientas intelectuales muy refinadas al servicio de la tesis de que la cooperación puede fundamentarse en motivos de autointerés. Robert Axelrod²⁸ fundamenta su argumento en el resultado de un torneo de computación entre estrategias que estaban destinadas a maximizar la utilidad en el contexto de una situación iterada del tipo del dilema de los prisioneros: el ganador de las dos rondas del torneo, entre programas mucho más complejos que la simple estrategia de "ojo por ojo" (*tut for tat*) que consiste en primero ofrecer cooperar y luego hacer lo que el otro hace, rehusando cooperar si el otro rehúsa y cooperando si el otro coopera. Esto parece indicar que "el mostrarse simpático" –no ser el primero que rehúsa la cooperación– es la mejor estrategia desde el punto de vista del autointerés, lo que aparentemente mostraría la posibilidad de fundamentar la cooperación en el autointerés.

Pero cooperar con otro no es lo mismo que aceptar una norma moral. Uno puede cooperar por razones morales o prudenciales. A lo sumo Axelrod habría mostrado que puede haber razones del último segundo tipo para cooperar; esto no es lo mismo que fundamentar principios morales. Sin embargo, si la cooperación pudiera siempre basarse en el autointerés, la necesidad de la moral se debilitaría. Que esto no es así lo muestra con las mismas condiciones limitadas que el propio Axelrod señala para que la estrategia del "ojo por ojo" sea exitosa: debe haber una probabilidad considerable de interacción futura entre actores identificables, no debe haber un momento previsible en que cesan las oportunidades de interacción y debe darse considerable importancia al futuro en los cálculos hechos en el presente (por supuesto que estas condiciones no se dan en

²⁸ Axelrod, Robert, *The Evolution of Cooperation*, New York, 1984

una situación normal de, p.ej., fraude, en la que el estafador prevé que nunca más se encontrará con la víctima, sea porque abandonará la ciudad o porque estima que el beneficio que en el momento obtiene es tan grande que compensa con creces la pérdida de la posibilidad de seguir negociando con la víctima).

Algo similar ocurre con la argumentación interesante que ofrece David Gauthier en su libro *Morals by Agreement*²⁹. Gauthier se diferencia de Axelrod en que él no se apoya en una estrategia que calcula el efecto de la decisión de cooperar o no en futuras situaciones, sino en el beneficio que tiene en general para la persona adquirir una disposición para cooperar si ella es tan traslúcida que tal disposición es detectada por otros. La disposición en cuestión se manifiesta en la actitud de ser un "maximizador constreñido" en lugar de ser un maximizador liso y llano de utilidad. Un maximizador constreñido es alguien que está dispuesto a basar sus acciones en una práctica si la utilidad que él espera de hacer esto, si todos hicieran lo mismo, no fuera menor que la utilidad que esperaría si no hubiera cooperación.

Para mostrar que esta disposición a cooperar conduciría a prácticas que tendrían un carácter moral, Gauthier debe definir una situación inicial de cooperación, lo que hace a través de una variante de la famosa cláusula de Locke: la situación inicial es ecuaníme si nadie mejora su propia situación por medio de perjudicar la situación de otros, comparándola con cómo estarían los últimos en ausencia de los primeros. Pero éste es un requerimiento moral muy fuerte que es equivalente a lo que después denominaré "el principio de inviolabilidad de la persona". Una vez que esta cláusula se expande debidamente, para resolver algunos de los problemas que Gauthier menciona pero no soluciona (p.ej., el problema de cuándo uno debe estar presente para prevenir daños, como ocurre en el caso de los guardavidas), ella tiñe con contenido moral toda la estructura social, hasta el extremo que uno se pregunta qué se deja para que sea acordado sobre la base indirecta del autointerés. Aun dejando de lado esta cuestión no es seguro si es beneficioso para

²⁹ Gauthier, David, *Morals by Agreement*, Oxford, 1986

uno el adquirir una disposición de maximizador constreñido o si es mejor, en cambio, adquirir una disposición más compleja de acuerdo con la cual uno simula que es un maximizador constreñido pero es en el fondo un maximizador liso y llano que se aparta de la práctica cooperativa toda vez que el efecto neto de hacer esto —tomando en cuenta el efecto neto en su reputación— expande su utilidad.

Claro está que alguien como Hoerster podría decir que todo esto es compatible con su posición, ya que si bien el egoísta no obra moralmente en esa situación, él desea que los demás sí lo hagan y que, además, haya normas coactivas para estimular ese tipo de conductas; desea, en otras palabras, que haya normas morales y jurídicas para generar disposiciones como las que él necesita, para aprovecharse de ellas, en sus compañeros de cacería. Pero todo lo que esto demuestra es que al egoísta racional le puede convenir que los demás adopten normas morales, no que él mismo las adopte. Tal vez para lograr ese objetivo tenga que simular que las adopta o hasta seguir en ocasiones realmente las conductas que las normas prescriben, pero ello no lo obliga a nada pues tan pronto vea que en una ocasión particular su conveniencia reside en el incumplimiento de la norma, aun a costa de generar un resquebrajamiento de ésta, así lo hará. Es obvio que si en una sociedad todos fueran egoístas racionales y todos supieran que los demás lo son, no surgirían normas morales porque nadie tendría otra expectativa que la de que los demás actuaran en cada caso según su conveniencia.

El defecto de un esquema como el de Hoerster se pone de manifiesto de este modo: cuando él habla de fundamentar frente a otro la norma moral que prohíbe matar apelando al interés de este último, se supone que el primero busca que su interlocutor acepte la norma en cuestión. ¿Qué significa que se acepta una norma moral como la del ejemplo? No basta que el sujeto diga que la acepta; tampoco basta con que se abstenga de matar (puede ser que esté demasiado cansado para andar matando por allí) o que critique a los que matan (puede hacerlo porque se disminuye la fuerza de trabajo). Es necesario que no mate o que critique a los que matan por razones morales, o sea porque acepta la prohibición de matar como una ra-

zón moral; y una razón moral es, por definición, una razón que prevalece —aunque contingentemente pueda coincidir con ellas— sobre razones de autointerés. Si la moral tiene alguna función, ella es precisamente hacer que los individuos obren en cierta forma deseable aun cuando ello contraría su propio interés. Cuando la conducta deseable es en interés del agente no se necesita la moral sino que el individuo actúa a la luz de consideraciones prudenciales. Es posible que un individuo perciba que puede resultarle a la larga provechoso el ser moral, pero el ser moral implica desentenderse, en ciertas áreas, de cálculos de autointerés. Por lo tanto, es incoherente que alguien acepte por conveniencia renunciar a guiar su conducta por consideraciones de conveniencia.

¿Cuál sería el sentido de una prohibición que proscribe cierta conducta en la medida que el agente no la desee? ¿Tendría sentido una renuncia concebida en estos términos: “renuncio a matar mientras no lo desee”? Claro está que Hoerster diría que ésta no es una reconstrucción correcta de la renuncia que él supone que los individuos hacen, sino más bien esta otra: “renuncio a matar mientras no desee más matar que la seguridad de no ser muerto”, y esta renuncia parece que tiene algún sentido, puesto que da al interlocutor la posibilidad de argumentar en cierta ocasión que mientras el sujeto desea matar sigue valorando más el no ser muerto. Sin embargo, esto es engañoso porque, dado que la renuncia es una promesa y la promesa debe fundarse en una norma moral que el sujeto sólo aceptaría, también, en la medida de su conveniencia, entonces la renuncia de' individuo debería articularse en estos términos: “renuncio a matar mientras no desee más matar que la seguridad de no ser muerto y mientras no desee revocar esta renuncia para satisfacer un interés mayor”. Yo no me sentiría muy seguro frente a alguien que sólo se contiene de matarme por una renuncia de este tipo.

Creo que esto muestra que la moral no puede reducirse al autointerés. Como dice Hume³⁰, a quien Hoerster pretende

³⁰ Citado por Benn, S. J. - Peters, R. S., *Social Principles and the Democratic State*, London, 1959, p. 33.

seguir en este tema, si “¿es esto moralmente correcto?”, fuera otra forma de preguntar “¿y qué saco yo de esto?”, sería extraño que la primera forma de hablar haya surgido.

Con esta concepción llevada a la práctica sólo habría paz social en la medida en que hubiera una coincidencia contingente de intereses; fuera de tal coincidencia, reinaría el tipo de vida del estado de naturaleza hobbesiano, “fea, brutal y corta”, como el mismo Hoerster lo reconoce. La moral del autointerés no cumpliría con la función que la moral social efectivamente viene cumpliendo desde tiempos inmemoriales en prácticamente todos los pueblos conocidos: la de reducir los conflictos y facilitar la cooperación mediante la adopción de razones para obrar que prevalecen sobre el propio interés del agente. Es cierto que, como ya dije, el hecho de que una teoría tenga consecuencias sociales nocivas no habla en contra de su validez. Pero hay algo de insatisfactorio en una concepción teórica que declara carente de fundamento a una práctica social que, con todas sus aberraciones, hace posible la vida en sociedad. Parece como si se hubiera errado en el tipo de exigencias que se le pueden hacer a esa práctica. Es como si se rechazara el fútbol no por ser, supongamos, aburrido o violento, sino porque no nos proporciona un conocimiento científico de la realidad.

De más está decir que si la posición que fundamenta la ética en el autointerés fuera correcta desaparecería la posibilidad de discutir racionalmente la justificación última de soluciones jurídicas, como las que reconocen derechos humanos: siempre se llegaría finalmente a algún deseo o interés al que se podría contraponer otro deseo o interés, sin que la razón pudiera servir de arbitrio. Por otro lado, el mismo Hoerster confirma lo que dije al comienzo en el sentido de que una posición escéptica en materia ética no puede en realidad adjudicarse la única ventaja práctica que algunos han visto en ella: la de favorecer la tolerancia. El escéptico tiene que serlo también respecto del principio de tolerancia y debe admitir que los que rechazan ese principio tienen tanto o tan poco fundamento como los que lo profesan. Todo se reduciría, al final, como Hoerster sostiene, a una lucha política por el poder, cuyos medios, a diferencia de lo que él dice, no estarían limitados por norma alguna sino por los intereses de los contendientes.

3. LAS RAÍCES DEL ESCEPTICISMO ÉTICO

Quiero sugerir la hipótesis de que en ésta como en otras áreas filosóficas el escepticismo, que conduce a propuestas insatisfactorias como las de Aarnio y Hoerster, se genera a partir de ciertos presupuestos erróneos acerca de qué tendría que darse para que el escéptico se librara de sus dudas. Algunos de esos presupuestos que voy a examinar a continuación se encuentran en las obras que he considerado.

a) *LA JUSTIFICABILIDAD DE LOS JUICIOS BASADA EN HECHOS.* El argumento principal de los escépticos en materia ética suele tener estos simples lineamientos: 1) los juicios de valor serían racionalmente demostrables si, como los juicios empíricos, tuvieran como contrapartida ciertos hechos públicamente accesibles; 2) pero no hay tales hechos o, en todo caso, ellos no son cognoscibles en forma intersubjetiva; 3) por lo tanto, los juicios de valor (o por lo menos los de carácter último que no dependen de otros juicios de valor) no son susceptibles de corroboración racional.

Este tipo de argumento se advierte en el mismo comienzo del artículo citado de Hoerster, cuando afirma que las normas y valores serían fundamentales en forma racional si se pudiera admitir que forman parte de la realidad, pues en ese caso podrían ser conocidos y servir de base a proposiciones verdaderas³¹; pero agrega que esa admisión es difícilmente conciliable con la imagen científico-racional del mundo³². Igualmente Aarnio, en el libro mencionado³³, sostiene que el "absolutismo valorativo" implica que los valores son entidades en sí mismos, pero ésta es una afirmación sobre un tópico respecto del cual no pueden darse criterios públicamente observables, por lo cual no ofrece ningún medio para resolver controversias éticas³⁴.

³¹ Hoerster, *Rechtsethik ohne Metaphysik*, en "Juristenzeitung", 16/4/82, n° 8 (versión castellana de E. Garzón Valdés, *Ética jurídica sin metafísica*).

³² Hoerster, *Rechtsethik ohne Metaphysik*, en "Juristenzeitung", 16/4/82, n° 8 (versión castellana de E. Garzón Valdés, *Ética jurídica sin metafísica*).

³³ Aarnio, *On Legal Reasoning*, p. 113.

³⁴ Aarnio, *On Legal Reasoning*, p. 114.

Es innegable que algunos filósofos han pretendido fundamentar un objetivismo o absolutismo valorativo mediante el mero expediente de postular concepciones ontológicas como la que estos autores critican. Pero estas críticas son, según creo, superfluas, puesto que es altamente dudoso, contrariamente a lo que Hoerster y otros suponen, que los juicios valorativos serían racionalmente fundamentales por el mero hecho de existir los extraños fenómenos o entidades presupuestos como parte de esas concepciones.

Imaginemos que efectivamente se descubrieran las entidades o fenómenos aludidos. Es difícil concebir ese descubrimiento, pero supongamos que en las entrañas de la tierra se halla una piedra que tiene la cualidad de que cuando en su cercanía se comete un asesinato, un acto de tortura o un golpe de Estado se pone de una tonalidad rojiza, y en cambio, adquiere un color verdoso cuando está en contacto con fenómenos tales como un acto de arrojo en socorro de otro, la adopción de medidas económicas de índole igualitaria o la realización de elecciones libres. Al no poderse detectar ninguna propiedad empírica conectada con el cambio de color de la camaleónica piedra, los científicos concluyen que los fenómenos sociales y las acciones en cuestión tienen que tener algunas propiedades no empíricas que ejercen esa influencia causal. En este punto intervienen los filósofos morales para alegar que, dada la evidente correlación entre la presencia y ausencia de tales propiedades no empíricas y nuestros juicios acerca de la bondad o justicia y maldad o injusticia de los fenómenos mencionados, esas propiedades son de tipo ético, es decir son, por fin, las tan buscadas propiedades mentadas por juicios de valor y que solemos intuir, sin ayuda de la piedra, en forma no experimental. Pero decir esto implica haber tomado partido previamente acerca del valor moral de los hechos en consideración. Quien adopte una posición diferente, considerando, por ejemplo, legítimos ciertos golpes de Estado o injustificadas las medidas de redistribución igualitaria del ingreso, no percibirá ninguna correlación entre las propiedades no empíricas descubiertas por los científicos y sus juicios valorativos, y, por lo tanto, rechazará que esas propiedades sean de índole ética. Por supuesto que, consecuentemente, ese individuo no admitirá que la pre-

sencia o ausencia de las propiedades en cuestión proporciona razón alguna para actuar; él dirá: "Naturalmente que ahora sabemos, gracias a la piedra, que los golpes de Estado tienen la propiedad 'A negativa', pero no veo cómo eso habla en contra de participar en un buen golpe".

Este ejemplo imaginario tiene, creo, la virtud de mostrar algo que es sumamente importante para la comprensión de los juicios de valor; el problema de su fundamentación intersubjetiva o racional no reside en *conocer* ciertos hechos morales que los harían verdaderos, sino en la posibilidad de *reconocer* esos hechos como tales. Aunque abarrotemos el mobiliario ontológico con hechos insólitos o engrandezcamos nuestro equipo cognoscitivo con facultades epistémicas pasmosas, siempre quedará abierta la cuestión de la relevancia de esos hechos así conocidos para la verdad o falsedad de nuestros juicios de valor y, por lo tanto, acerca de si ellos ofrecen o no razones para actuar. El principal problema de la fundamentación de juicios morales no es un problema *ontológico* ni *epistemológico*, es un problema *conceptual*: todo depende de la identificación de los hechos relevantes para aceptar o rechazar un juicio de valor. Tal vez esto no requiera trascender la realidad empírica ni nuestras pobres facultades observacionales; quizá los hechos morales son circunstancias familiares de la vida cotidiana que sólo no reconocemos cuando nos ponemos a filosofar. Una ética metafísica, de ser aceptada, no necesariamente tendrá éxito en fundamentar nuestros juicios de valor; y, a la inversa, tal fundamentación no conduce necesariamente a una ética metafísica.

b) *LA JUSTIFICABILIDAD DE LOS JUICIOS MORALES BASADA EN LA VOLUNTAD DIVINA.* Una vertiente alternativa que también conduce al escepticismo ético es la que parte del presupuesto de que los juicios morales estarían justificados si se pudiera demostrar su concordancia con la voluntad de Dios. De acuerdo con esta línea de pensamiento, como el conocimiento de esa voluntad requiere un acto de fe dogmática y no es intersubjetivamente corroborable, lo mismo ocurriría con los juicios morales.

Esta supuesta correlación entre la voluntad divina y los juicios morales ha servido de apoyo tanto para negar carácter

racional a tales juicios como para ofrecer un argumento a favor de la existencia de Dios sobre la base de que, de lo contrario, se caería en el más absoluto nihilismo moral.

La idea de que los juicios morales estarían fundamentados si se aceptara una hipótesis teísta se encuentra también en Hoerster, cuando dice que un ejemplo de realidades extraempíricas que habría que admitir para fundar los juicios de valor es la existencia de Dios, y que una explicación de nuestra concepción objetivista de tales juicios es que ella es un resabio de la creencia de que las normas morales tuvieron origen en un legislador divino³⁵.

De acuerdo con esta posición, el dictado u homologación por parte de Dios de una norma moral sería el hecho relevante para asignar valor veritativo a los juicios éticos. En este caso el hecho en cuestión tendría una propiedad que facilita su identificación como tal: su carácter intencional o significativo, o sea la circunstancia de que él mismo consiste en la formulación de un juicio sobre lo que debe hacerse. Sin embargo, esta cualidad no es en sí misma suficiente para el reconocimiento en cuestión, ya que de lo contrario toda prescripción, como la de los legisladores humanos, sería moralmente válida. Debe mostrarse que el hecho de que un legislador divino o humano haya emitido cierta prescripción constituye una razón para actuar.

Por supuesto que, en cierto sentido, casi todos los dictados de legisladores divinos o humanos completan razones para actuar: las que están constituidas por nuestra aversión a las sanciones terrenales o no terrenales imputadas generalmente a la violación de aquellos dictados. Pero tales razones están meramente fundadas en el autointerés, y si fueran las únicas operantes, ello implicaría degradar la moralidad a consideraciones de prudencia, que es lo que estimamos inadecuado en el caso de la propuesta de Hoerster.

Esto está, en última instancia, relacionado con el famoso dilema que Sócrates planteó a Eutifrón: "lo que es piadoso. ¿es

³⁵ Hoerster, *Rechtsethik ohne Metaphysik*, en "Juristenzeitung", 16/4/82, nº 8 (versión castellana de E. Garzón Valdés, *Ética jurídica sin metafísica*)

aprobado por los dioses por ser piadoso, o bien es piadoso porque es aprobado por los dioses?"³⁶ El segundo término de la alternativa implica excluir la principal razón para obedecer los mandatos de Dios: la de Su infinita bondad (ya que si adoptamos esta hipótesis, el predicado "bueno" no podría, en contra de lo que sostiene la teología tradicional, ser aplicado a Dios por razones lógicas, salvo que se lo entienda en un sentido prácticamente vacuo). El primer término de la alternativa que, según me parece, está implícito en Santo Tomás de Aquino³⁷, concuerda con las conclusiones teológicas acerca de los atributos de Dios y permite que haya razones morales para obedecer a Dios, pero conduce a descalificar la teoría ética del mandato divino, es decir, la teoría según la cual los hechos morales relevantes para verificar los juicios de valor son actos legislativos de Dios (sin perjuicio, por supuesto, de admitir que aquellos hechos puedan haber sido creados por Dios).

De modo que esta otra vía para el escepticismo ético, la que proviene del origen teológico, queda cerrada cuando advertimos la independencia entre ambos tipos de escepticismo. Aun cuando no se fuera escéptico en materia teológica se lo podría ser en la esfera de la moral, y a la inversa.

c) *LA JUSTIFICABILIDAD DE LOS JUICIOS MORALES BASADA EN DESEOS.* Un escéptico podría interpretar así las observaciones que he hecho a los enfoques anteriores que conducen al escepticismo: "Todo lo que usted ha mostrado es que ningún hecho empírico o supraempírico puede servir como hecho moral, porque ningún hecho constituye en sí mismo razón para actuar. El conocimiento más acabado del mundo terrenal y extraterrenal es compatible con acciones opuestas o con ninguna acción. No hay ni en el contexto explicatorio ni en el justificatorio una conexión directa entre creencias y acciones. El eslabón intermedio debe estar constituido por deseos. Por ejemplo, no puedo justificar mi acción de ir a Europa en avión y no en bar-

³⁶ Platón, *Eutifrón o de la piedad*, 10ª ed., tr. J.A. Míguez, Bs. As., 1980.

³⁷ Cfr. Copleston, F. C., *El pensamiento de Santo Tomás*, tr. E. C. Frost, México, 1960, p. 219.

co sobre la sola base de mi creencia de que los aviones son más veloces que los barcos; debo recurrir explícita o implícitamente a mi deseo, por ejemplo, de llegar rápido. Pero esto es lo que nosotros, los escépticos, enfatizamos: en el discurso moral se trata de justificar *acciones* y para ello hay que recurrir a deseos. Salvo que pensemos que hay hechos tales cuyo conocimiento involucra lógicamente ciertos deseos, lo que parece incomprendible, no hay conocimiento posible que sirva de base para juzgar los deseos últimos de la gente. Por lo tanto, la materia prima final del discurso moral son deseos, y ese discurso sólo puede progresar en la medida en que haya convergencia en tales deseos; la divergencia volitiva final rompe toda posibilidad de discusión racional en materia ética”.

Algo de esta argumentación parece estar subyacente al enfoque de Hoerster, ya que él implica, como vimos, que una norma ética está justificada para cierto individuo cuando ella es adecuada para promover los deseos o intereses de ese individuo. De este modo un individuo justificaría una norma ética y la conducta basada en ella, mencionando meramente sus deseos. Los juicios de valor serían del tipo de los imperativos categóricos de Kant o las reglas técnicas de von Wright, ya que sólo indicarían lo que es conducente para satisfacer los deseos del individuo en cuestión. En última instancia los deseos o intereses serían los árbitros finales para justificar cualquier conducta.

Sin embargo, este enfoque comete el mismo error que los anteriores: los deseos son hechos, y hechos frente a los cuales cabe siempre preguntarse por su correlación con el carácter justificado de una conducta. Quien ante la pregunta de por qué hizo algo contesta simplemente “porque deseaba hacerlo”, está ofreciendo, como dicen Benn y Peters³⁸ una información psicológica que, de ser verdadera, podría servir como una *explicación* de su conducta pero de ningún modo de *justificación*: si insistiera con su respuesta, el interlocutor podría replicarle que está confundiendo dos sentidos de la pregunta “¿por qué hizo *x*?”, el que hace referencia a *causas* y el que alude a *razones*.

³⁸ Benn - Peters, *Social Principles and the Democratic State*, p. 110.

La distinción entre estas ideas de razones y causas es fundamental para esclarecer este punto: es verdad que, como dice Davidson³⁹, las razones pueden ser causas, pero ello es así cuando concebimos a las creencias y a los deseos desde el punto de vista externo como hechos psicológicos que obviamente pueden estar en relación causal con diversos eventos (incluyendo los movimientos corporales del individuo). Concebidas así las creencias y los deseos no pueden servir por sí solos para justificar acciones y decisiones. Sólo cuando se concibe a las creencias y deseos desde el punto de vista interno como contenidos proposicionales o juicios, ellos pueden justificar conductas. Pero, en este caso, un deseo es concebido como un juicio de valor de cualquier índole (p.ej., como el juicio de que escalar una montaña es deseable o valioso). Por supuesto que el contenido proposicional de un deseo no se puede referir al hecho de desear: si así fuera sería vacuo por ser autorreferente y por ser un juicio fáctico no serviría para justificar, ni aun desde el punto de vista del agente, una acción o decisión. Claro está que ambos aspectos internos y externos de deseos y creencias están relacionados: el hecho de desear o de creer consiste en adherir a los juicios que constituyen los contenidos proposicionales de creencias y deseos. Las relaciones causales se dan entre esos hechos de adhesión y otros fenómenos y no entre los juicios que justifican acciones y que constituyen aquello a lo que se adhiere⁴⁰.

La cuestión puede resultar oscurecida porque en ciertos casos, como en el ejemplo del avión y el barco, mencionar un deseo, como el de llegar rápido, parece fortalecer una razón justificatoria suficiente. Pero hay dos aclaraciones que hacer. En primer término, el deseo no es en sí mismo la razón, sino que constituye un hecho antecedente aludido por un *principio* prudencial implícito que estipula la conveniencia de satisfacer cierta clase de deseos en determinadas circunstancias; es ese

³⁹ Davidson, Donald, *Actions, Reasons and Causes*, en White, A., comp., "The Philosophy of Action", Oxford, 1968, p. 87.

⁴⁰ Ver Nino, Carlos S., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Bs. As., Eudeba, 1987, y *¿Quién le teme al aspecto interno de la praxis humana?*, en "Análisis filosófico" (por aparecer).

principio prudencial el que constituye una razón operativa para actuar (de lo contrario cualquier deseo sería una razón, y no lo es; p.ej., dado el alto costo de los vuelos y la limitación de los recursos de la mayoría de la gente, no es en general una razón justificatoria para viajar en avión el deseo de ver una de las viejas películas que pasan en los vuelos transatlánticos). Es aun dudoso si hay un principio prudencial plausible que prescribe la satisfacción de deseos independientemente de la validez del juicio de valor que constituye su contenido proposicional: si admitiéramos que ese juicio de valor es infundado no veríamos como valioso que se intentara satisfacer el deseo⁴¹. En segundo término, es mucho más obvio que los deseos no constituyen de por sí razones justificatorias cuando están en juego deseos o intereses de distintas personas (p.ej., mencionar mi deseo de llegar rápido sería ridículo como justificación de mi conducta de esconderme en un avión como polizón); esto es así porque los principios prudenciales que podrían hacer relevantes tales deseos se ven desplazados por principios morales cuando se trata de compatibilizar los intereses no de un mismo individuo sino de varios.

Dije antes que la mención de un deseo puede ser relevante para explicar una conducta pero, no directamente, para justificarla. Pero aun resulta dudoso que toda explicación en términos de razones subjetivas debe recurrir a deseos. Como sugirió recientemente Don Locke⁴², siguiendo ciertos argumentos sumamente esclarecedores de Thomas Nagel⁴³, en muchos casos la mención de un deseo es totalmente superflua para la explicación de una conducta, la que parece completa con la referencia de ciertas creencias del agente. El dogma de que detrás de toda acción intencional debe haber un deseo del agente lleva a sus sostenedores a postular deseos absolutamente vacuos. El punto de si puede haber motivaciones que no estén constituidas por deseos sino sólo por creencias es de particular

⁴¹ Ver este punto en Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, London, 1986, p. 141.

⁴² Locke, Don, *Beliefs, Desires and Reasons for Actions*, en "American Philosophical Quarterly", julio 1982, vol. 19, n° 3, p. 241 y siguientes

⁴³ Nagel, Thomas, *The Possibility of Altruism*, Oxford, 1975.

importancia para la comprensión del fenómeno moral. Sin embargo, aquí no puedo encararlo, sino sólo acotar que de cualquier modo él no decide la tesis que estoy defendiendo: aun cuando toda motivación dependiera de un deseo, de allí no se seguiría que la justificación de una conducta dependa de deseos, sino sólo que para motivar a la gente a obrar en forma justificada hay que apelar a sus deseos. Mencionar un deseo o un interés en favor de cierta acción es generalmente antagónico a ofrecer una justificación: implica declarar que a uno le tiene sin cuidado la justificación de su conducta. Por lo tanto, ni la convergencia en materia de deseos es condición de la justificación moral ni la divergencia en ese plano es una valla para esa justificación.

d) *LOS JUICIOS MORALES COMO DIRECTIVAS*. Hay otra ruta hacia el escepticismo ético que también está asociada con el tópico de los deseos. El escéptico que sigue esta ruta suele argumentar de este modo: "No hay duda de que en las cuestiones morales están en juego deseos o intereses muy fuertes de los individuos. Los juicios morales canalizan esos deseos o intereses cuando están dirigidos a obtener cierto comportamiento en los destinatarios de esos juicios. El uso del lenguaje que corresponde a esta función de expresar la intención de que otro haga algo, es el uso del lenguaje prescriptivo. Los juicios de valor son directivas de conducta. Una directiva no habla sobre el mundo, empírico o no, sino que pretende moldearlo: por eso es que cuando no hay coincidencia entre la realidad y la directiva, lo que hay que cambiar es la realidad y no la directiva. En consecuencia, no hay hecho alguno que pueda servir para evaluar una directiva como la que está constituida por los juicios de valor. En el caso de *otras* directivas —como las leyes jurídicas— ellas pueden ser evaluadas de acuerdo a juicios éticos, pero cuando se trata de estos últimos no hay nada que sirva de patrón para evaluarlos".

Esto también parece estar subyacente en la argumentación de Hoerster cuando dice ⁴⁴: "Todo deber ser contiene necesi-

⁴⁴ Hoerster, *Rechtsethik ohne Metaphysik*, en "Juristenzeitung", 16/4/82, nº 8 (versión castellana de E. Garzón Valdés, *Ética jurídica sin metafísica*).

riamente una directiva de acción. Pero, una directiva de acción, considerada realísticamente, es siempre la expresión de una *voluntad*, de la voluntad de algún individuo, de un grupo o de la sociedad que expresa el deber ser, y de esta manera, o bien dicta la correspondiente directiva de acción o bien, en todo caso, la hace suya. Sin embargo, lo que alguien quiere está condicionado o por sus deseos, necesidades, intereses e ideales... Y, como por experiencia sabemos que el hombre es un ser con intereses, no parece de modo alguno sorprendente que trate de realizar esos intereses (también) a través de directivas de acción, es decir, mandamientos de deber ser dirigidos a sus congéneres”.

Esta misma formulación de Hoerster muestra la implausibilidad de este tipo de planteos. Veamos por qué. Mientras la concepción de los juicios morales como prescripciones se mantiene en el plano de formulaciones vagas y generales, ella parece aceptable. En efecto, parece haber algo en el contraste con las proposiciones descriptivas respecto de lo que se intenta cambiar cuando hay discordancia entre el lenguaje y la realidad; aunque incluso eso es controvertible, puesto que depende de determinar cuáles son los hechos referidos primariamente por los juicios de valor (alguien podría sostener que un juicio como “la pena de muerte es injusta” no se refiere al hecho de que haya pena de muerte, sino al hecho de que ésta sea injusta, y este hecho no está en discordancia con el juicio, y, si lo estuviera, habría que abandonar el juicio como en el caso de las proposiciones descriptivas). Cuando de las formulaciones vagas y generales pasamos a otras más precisas acerca de aquello que distingue a las prescripciones y que compartirían con ellas los juicios de valor, cualquier plausibilidad inicial se esfuma, puesto que debemos partir de casos claros de prescripciones, que son las órdenes, mandatos, pedidos, etc., y hay pocas cosas tan diferentes de un juicio de valor como una orden (sólo por un prejuicio filosófico se puede decir, como lo hace Hoerster en el párrafo citado, que alguien que quiere realizar sus intereses da un mandamiento a sus congéneres cuando formula un juicio de valor: p.ej., los que, por interés, defienden el mercado libre de medicamentos pueden hacer muchas cosas para que los demás ayuden a instaurarlo, pero una de las pocas cosas

que les está vedada, a menos que se trate de, p.ej., el ministro de salud pública, es dar *mandamientos* en ese sentido).

En otro lugar⁴⁵ sostuve que el principal portavoz de la concepción prescriptivista de los juicios morales, R. M. Hare, no muestra con claridad cuál es su conexión con imperativos que hace que ellos sean prescripciones. La supuesta conexión es extremadamente dudosa dadas las diferencias radicales entre ambos tipos de juicios que voy a mencionar rápidamente a continuación.

El propio Hare asigna a los juicios de valor una serie de propiedades, especialmente la universalización y la superveniencia, que hace pensar que es distintivo de tales juicios el que ellos implican, lógica o conversacionalmente, juicios acerca de la existencia de razones en su apoyo, y que éstas consisten en principios generales acerca del tratamiento de casos definidos por propiedades fácticas (obsérvese que no se dice que los juicios morales implican estos principios generales, sino juicios acerca de su existencia, de un modo curiosamente paralelo a lo que Davidson sostiene⁴⁶ respecto de la relación entre juicios causales particulares y generalizaciones causales). Por lo tanto incurre en algún tipo de inconsistencia quien formula un juicio de valor y al mismo tiempo niega la existencia de toda razón en su apoyo (p.ej., quien diga "la pena de muerte debe ser abolida aunque no hay ninguna razón para hacerlo"). La inconsistencia sería de índole lógica si, como sugiere David Richards⁴⁷, el uso directo y no calificado de la expresión "se debe" en una oración hiciera que ésta expresase una proposición acerca de los requerimientos de un principio moral: "se debe hacer *x*" significaría "hay un principio moral que requiere *x*".

Nada de esto es aplicable al caso de imperativos, tales como órdenes, pedidos, etcétera. Puede ser dictatorial o caprichoso pero no es inconsistente quien da una orden o formula

⁴⁵ Nino, Carlos S., *Razones y prescripciones*, en "Análisis filosófico", 1981, n° 1.

⁴⁶ Davidson, *Actions, Reasons and Causes*, en White, comp., "The Philosophy of Action", p. 22.

⁴⁷ Richards, David, *A Theory of Reasons for Action*, Oxford, 1971, p. 59.

un pedido y niega al mismo tiempo la existencia de razones a favor de lo ordenado o pedido fuera de la que está constituida por la propia formulación de éstos (así, se puede decir inteligiblemente: "Aunque no haya ninguna razón para hacerlo, ¡cierre la puerta lo mismo!").

La aclaración que se acaba de hacer es sumamente relevante pues apunta a otra diferencia entre juicios de valor e imperativos que va en dirección opuesta a la anterior: la misma *formulación* de una orden o pedido por parte de alguien en ciertas circunstancias está dirigida a constituir una razón auxiliar del destinatario para hacer la acción ordenada o pedida, dadas sus presuntas creencias en razones operativas morales o prudenciales (esto explica por qué es lógicamente posible dictar órdenes sin razones, órdenes arbitrarias: porque su mero dictado constituye en sí una razón para actuar). En cambio, la formulación de un juicio de valor es absolutamente irrelevante respecto de las razones en favor o en contra de lo valorado. Si yo digo que la pena de muerte es injusta, la formulación de este juicio por mi parte no tiene la más mínima incidencia en la justicia o injusticia de la pena de muerte. Esto está relacionado con el hecho de que en materia moral como en materia científica, y a diferencia de lo que ocurre en el derecho o en la teología, no hay genuinas autoridades⁴⁸ (las "autoridades" morales o científicas no son quienes *constituyen* o *crean* razones sino quienes están más capacitados para *percibir* razones preexistentes).

Estas diferencias profundas entre juicios de valor e imperativos, que están en parte sugeridas por las propiedades que el mismo Hare asigna a los primeros, hace que sea sumamente problemática la afirmación de ese autor de que los juicios de valor se distinguen porque de ellos "derivan" imperativos. ¿Cómo puede haber esta relación supuestamente lógica de derivación entre el *contenido* de dos tipos de expresiones lingüísticas que se distinguen entre sí, entre otras cosas, por ciertos

⁴⁸ Ver Benn - Peters, *Social Principles and the Democratic State*, p. 22. Ver También Raz, Joseph, *Autoridad y consentimiento*, tr. M. D. Farrell y C. S. Nino, en Bulygin - Farrell - Nino - Rabossi, comps., "El lenguaje del derecho. Ensayos en homenaje a Genaro R. Carrió".

rasgos relacionados con su *formulación*? ¿Qué garantiza que de un juicio de valor, que presupone razones sin que su formulación constituya en sí misma una razón, se derive un imperativo que se caracteriza porque su formulación está destinada a constituir una razón para actuar para su destinatario? (por otro lado, ¿cómo podría darse tal derivación en el caso de juicios valorativos referidos a hechos pasados?).

Esto es muy importante para abrir la posibilidad de considerar la justificabilidad de juicios de valor, ya que mientras la clasificación de éstos en la penumbrosa categoría de las prescripciones que hacen autores como Hare no prejuzga necesariamente sobre tal justificabilidad, su asociación con imperativos sí lo hace. Es obvio que la única justificación posible de órdenes o pedidos es en términos de juicios morales o prudentiales (en definitiva, lo que debe justificarse es un *acto*, el de formular la orden o pedido). Por lo tanto, no se ve cómo estos últimos juicios podrían ser justificados si ellos mismos son considerados como algo análogo a órdenes o pedidos.

En cambio, aunque los juicios de valor se conciban como prescripciones (dejando abierto el alcance de este concepto y haciendo, en todo caso, una distinción nítida entre esta supuesta subespecie de prescripciones y los imperativos) y aun cuando se considere que su presuposición característica de juicios acerca de la existencia de principios es sólo de índole conversacional sin que incida en su significado, todavía cabría la posibilidad de juzgar la corrección o incorrección de tales juicios sin recurrir necesariamente a otros juicios valorativos: por ejemplo, examinando si se dan las condiciones conversacionales que hacen apropiada su formulación. En realidad, una vez que se abandona la idea de que hay alguna relación de "derivación" entre juicios valorativos e imperativos tales como órdenes o pedidos y se acepta, al menos, que la formulación de los primeros está sometida a ciertas condiciones, pierde en buena medida relevancia la cuestión de si los juicios valorativos son prescriptivos o descriptivos. Aun cuando se concluyese que no puede predicarse verdad o falsedad de tales juicios en sí mismos, habría juicios de *segundo nivel* acerca de la satisfacción de las condiciones conversacionales en la formulación de juicios de primer nivel, y estos juicios —que serían los que en realidad in-

teresan en una controversia ética seria— sí serían susceptibles de predicación veritativa.

e) *EL VACIAMIENTO CONCEPTUAL DE LA MORAL.* Dije antes que el problema de los hechos morales, o sea los hechos que, de existir, corroborarían los juicios éticos, no reside en una cuestión acerca de la posibilidad de su *existencia* o de su *conocimiento*, sino acerca de su *reconocimiento* como tales. Ahora bien, es obvio que ese reconocimiento sería posible si el calificativo “moral” fuera concebido como una palabra hueca, como una etiqueta en blanco que pudiera pegarse a cualquier tipo de instituciones, reglas, juicios y justificaciones. Si, por ejemplo, los filósofos admitieran que el calificativo “moral” puede aplicarse a gusto a cualquier hecho, difícilmente tendría sentido plantearse problemas ontológicos o epistemológicos respecto de los hechos mentales. Sin embargo, esto es exactamente lo que ocurre con el calificativo “moral”: hay filósofos que apoyan su escepticismo en una especie de vaciamiento de significado de la terminología moral —con lo que ese escepticismo se autoconfirma—, vaciamiento que lleva, por ejemplo, a sostener que una explicación puramente egoísta de una acción puede ser una justificación moral o que una visión de la sociedad como la de Nietzsche puede ser una concepción moral.

Creo que el comienzo de la sabiduría respecto del fenómeno moral consiste en advertir la trivialidad de que no cualquier cosa puede ser moral: las reglas de fútbol no son reglas morales, una justificación en términos de gustos no es una justificación moral, un juicio acerca de lo que el derecho dispone no es un juicio moral. Aquí no se trata de una cuestión de palabras; si lo fuera, estaríamos hablando de una peculiaridad del idioma castellano. Se trata, en cambio, de una cuestión conceptual: de la capacidad de nuestro esquema conceptual para distinguir e identificar una determinada institución social que se ha dado en los más diversos tiempos y grupos humanos y que presumiblemente cumple ciertas funciones en tales grupos.

Uno de los factores que tal vez más ha contribuido al vaciamiento del concepto de moral (y de conceptos derivados como el de justificación, deber, etc.) es, como veremos en el próximo capítulo, una perversión de la muy útil distinción en-

tre moral social y moral crítica o ideal. Esa perversión consiste en desconocer que debe existir un núcleo común entre los sistemas morales vigentes en diversas sociedades y las concepciones morales ideales, no obstante la enorme diversidad de sus contenidos. Es ese núcleo común el que debe ser identificado, pues su identificación puede involucrar el reconocimiento de los hechos relevantes para corroborar juicios morales, o sea los hechos frente a los cuales la famosa "pregunta abierta" de Moore tiene que recibir una respuesta negativa, por ser inconsistente afirmar que ellos se dan y rehusarse a aplicar el predicado ético correspondiente.

Lo que vengo diciendo no excluye la posibilidad de que se produzcan cambios paulatinos en nuestro esquema conceptual que, como veremos en el próximo capítulo, forma parte de la práctica social del discurso moral y que hace posible identificar normas, juicios y hechos morales. Por ejemplo, tal vez el momento en que la pregunta del *Eutifrón* se percibe como un verdadero dilema marca el punto crítico de un cambio conceptual en el ámbito moral que guarda analogía —aunque es, por supuesto, mucho más dramático— con el que se debió haber producido en la química cuando los científicos comenzaron a identificar el agua sobre la base de cierta estructura molecular, pasando a considerar contingentes a los caracteres organolépticos, que antes eran concebidos como esenciales. Del mismo modo, tal vez haya que admitir que en ciertas épocas o sociedades no cabe preguntarse si algo debe hacerse una vez que está establecido que ello fue dispuesto por un dios, o, como lo plantea Peter Singer⁴⁹, que ello es lo que se acostumbra en la sociedad. Quizás en esos casos se presupone un concepto de justificación tal que los actos legislativos de un dios o la costumbre social *son* efectivamente los hechos morales relevantes, y cuando se plantea la pregunta acerca de su obligatoriedad moral es porque se ha modificado imperceptiblemente el concepto de moral. Tal vez, como lo sugiere Singer⁵⁰, esto ocurre según cierta dinámica que puede ser detectada, de modo que se po-

⁴⁹ Singer, *The Expanding Circle. Ethics and Sociobiology*, p. 92.

⁵⁰ Singer, *The Expanding Circle. Ethics and Sociobiology*, p. 94.

dría sostener que el germen para el cambio hacia un nuevo concepto de moral y hacia nuevos criterios de justificación estaba contenido en las viejas estructuras del pensamiento que ahora vemos como premoral. Alguien podría decir que la admisión de estas variaciones implica rendirse frente al relativismo; pero obsérvese que éste es en todo caso un relativismo conceptual y no respecto de los principios morales sustantivos: en la medida en que compartamos el mismo *concepto* de lo que es moral, nada excluye que lleguemos a la conclusión de que una cierta *concepción* moral –como la que reconoce ciertos derechos humanos básicos– tiene validez universal (incluso para quienes no la identifican como moral por emplear un concepto de moral diferente del nuestro).

4. CONCLUSIÓN

El espíritu de este capítulo fue fundamentalmente crítico y destructivo. Intenté mostrar la situación incómoda que deben enfrentar quienes abrazan el escepticismo ético a partir de su entusiasmo por el papel de la razón para resolver problemas; procuré hacer ver, a partir del ejemplo de dos lúcidos iusfilósofos, que el optimismo acerca de la posibilidad de eludir esa situación es completamente infundado; y exploré algunas de las principales rutas que suelen conducir al escepticismo ético, mostrando que ellas son más escarpadas de lo que a primera vista parece. Creo que hacer esto es importante puesto que implica devolver la carga de la argumentación filosófica a los escépticos: en la medida en que se muestre que su concepción no deriva claramente de concepciones filosóficas generales –como el empirismo– y que es muy poco satisfactoria desde el punto de vista pragmático, se obliga a los escépticos a abandonar su cómodo rincón en el *ring* filosófico y a ofrecer pelea.

Sin embargo, si no se vislumbra algún camino positivo hacia la fundamentación de juicios morales se corre el riesgo de que, en el mejor de los casos, los escépticos se vuelvan “metaescépticos”, o sea escépticos acerca de la posibilidad de resolver la cuestión entre el escepticismo y el objetivismo ético. En el próximo capítulo voy a intentar esbozar una cierta con-

cepción de metaética que podría permitir la fundamentación racional de juicios acerca de principios morales. En los capítulos subsiguientes trataré de explorar cómo esa concepción permite justificar un conjunto de principios liberales de los cuales se derivan los derechos individuales básicos.

CAPÍTULO III

EL CONSTRUCTIVISMO ÉTICO

Este capítulo va a estar destinado a presentar, como ya lo he anunciado, algunos elementos de una concepción metaética que admite la posibilidad de justificar racionalmente principios morales normativos como los de índole liberal que intentaré fundamentar en los capítulos siguientes. Creo que los elementos de esta concepción se encuentran dispersos, además de en el trabajo de precursores como Hobbes y Kant, en desarrollos de autores contemporáneos como K. Baier¹, W. Frankena², R. M. Hare³, J. Rawls⁴, D. Richards⁵, G. Warnock⁶, T. Nagel⁷, A. Gewirth⁸, P. Singer⁹, B. Ackerman¹⁰, K. O. Apel¹¹, J. Habermas¹², etc., quienes, a pesar de sus profundas

¹ Baier, K., *The Moral Point of View*, New York, 1965.

² Frankena, W., *Ethics*, New Jersey, 1973.

³ Hare, R. M., *The Language of Morals*, Oxford, 1972; *Freedom and Reason*, Oxford, 1963, y *Moral Thinking*, Oxford, 1981.

⁴ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford, 1971.

⁵ Richards, A *Theory of Reasons for Action*.

⁶ Warnock, G., *The Object of Morality*, London, 1971.

⁷ Nagel, *The Possibility of Altruism*.

⁸ Gewirth, Alan, *Reason and Morality*, Chicago, 1978.

⁹ Singer, *The Expanding Circle. Ethics and Sociobiology*.

¹⁰ Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, 1980.

¹¹ Ver Apel, K. O., *The Transformation of Philosophy*, London, cap. VII.

¹² Habermas, Jürgen, *The Theory of Communicative Action*, Boston, 1981.

diferencias, están comenzando a reconocerse mutuamente como artífices de un movimiento filosófico en marcha que, a falta de un nombre mejor, podría denominarse, siguiendo a Rawls¹³, “*constructivismo ético*” (también ha sido denominado “formalismo” o “conceptualismo”, aunque estos rótulos no son equivalentes). La versión de esta concepción que voy a presentar aquí se inspira en muchas ideas desarrolladas, entre otros, por los autores mencionados, pero no coincide con la teoría de ninguno de ellos en particular, como resultará a veces obvio para el lector.

1. MORAL SOCIAL Y MORAL CRÍTICA

He dicho en el capítulo anterior que uno de los factores que inciden en lo que llamé “el vaciamiento conceptual de la moral” es una desnaturalización de la distinción muy útil entre moral social, positiva o vigente, por un lado, y moral ideal o crítica, por el otro.

La utilidad de esta distinción está dada, entre otras cosas, por el hecho de que ella permite superar el tipo tosco de relativismo mencionado en el capítulo anterior que, sobre la base de la supuesta variación de los sistemas sociales vigentes en diferentes sociedades, pretende inferir que la validez de los juicios morales críticos que formulamos está supeditada a circunstancias personales, espaciales y temporales que no están recogidas en los mismos juicios. La distinción también permite superar un tipo de positivismo moral —que puede estar asociado a una concepción metaética subjetivista como la de Aarnio, aludida en el capítulo precedente—, según el cual es la mayoría de la sociedad la que determina los estándares de bondad y corrección moral.

Pero la distinción entre moral positiva y moral crítica también genera el peligro de perder de vista, respecto de esta última, rasgos que son evidentes en relación con la primera y que han sido repetidamente destacados. En efecto, cuando los filósofos, sociólogos y antropólogos dirigen su atención hacia las

¹³ Rawls, John, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en “The Journal of Philosophy”, setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9

reglas y prácticas morales vigentes en una sociedad, se ven obligados a distinguirlas de otras reglas y prácticas sociales, como las jurídicas, lingüísticas, referidas a modales, etc., sobre la base de ciertas propiedades características, por más que resulte difícil aislar un conjunto *suficiente* de propiedades *necesarias* para constituir la moralidad de una sociedad. Por otra parte, una vez que se hacen estas distinciones, tales teóricos no pueden pasar por alto el hecho de que en prácticamente todas las sociedades conocidas se desarrollan reglas y prácticas que presentan las propiedades distintivas de la moral, lo que hace presumir la existencia de cierta conexión importante entre los rasgos característicos de la moral y circunstancias básicas de la vida social.

Todo esto se esfuma en relación con la moral crítica o ideal cuando se la concibe aisladamente de la moral positiva. Sin embargo, esa disposición es errónea. La moral social o positiva es el *producto* de la formulación y aceptación de juicios con los que se pretende dar cuenta de principios de una moral ideal. Sin la aspiración de actuar y juzgar de acuerdo con una moral ideal no habría moral positiva. Las reglas de la moral positiva se generan a partir de un tipo de discurso en el que se formulan juicios que pretenden referirse no a tales reglas de la moral vigente sino a los principios de una moral ideal. Los juicios que se refieren a la moral positiva describen *hechos* (como los juicios que dan cuenta de un orden jurídico), y, como tales, no expresan razones operativas para justificar una acción o decisión. La moral positiva sólo concierne al razonamiento práctico del hombre “prudente”, quien está principalmente preocupado por las reacciones sociales que pueden provocar sus actos. El hombre “moral” —cuyo razonamiento práctico está dirigido a *justificar* sus actos y decisiones— se preocupa sólo por los dictados de una moral ideal. Paradójicamente, la moral positiva se genera sólo a través de los actos y actitudes del hombre moral y no del hombre prudente. Una moral social se mantiene sólo en la medida en que hay cierta convergencia en los juicios morales críticos que la gente está dispuesta a formular.

De modo que es equivocado aislar completamente la moral ideal de la moral social. Tal vez pueda ser esclarecedor explo-

rar un posible paralelo parcial entre la moral social e ideal y lo que podría llamarse “ciencia positiva” y “ciencia ideal”. Los enunciados que constituyen la ciencia vigente no son, necesariamente, verdaderos, aunque deben, necesariamente, ser *creídos* como tales por la comunidad científica que se toma como marco de referencia. Los enunciados que corresponden a una ciencia ideal son verdaderos aunque nadie crea todavía en su verdad. A pesar de este contraste, es obvio que unos y otros enunciados deben compartir ciertas otras características, puesto que cuando se formulan los enunciados que constituyen la ciencia positiva se pretende formular enunciados de una ciencia ideal.

Es más, probablemente los enunciados de la ciencia ideal y los de la ciencia positiva coinciden en todas las restantes propiedades que no sean su calidad de verdaderos, por un lado, y la circunstancia de ser creídos como tales por el grupo de referencia, por el otro, ya que si los primeros fueran objeto de tales creencias no hay duda de que formarían parte de la ciencia positiva, y si los últimos fueran verdaderos serían, ciertamente, enunciados de la ciencia ideal.

Creo que lo mismo ocurre en el caso de la moral. Las únicas diferencias entre los juicios de la moral ideal y los de la moral positiva están dadas por la validez que se asigna a los primeros y por la aceptabilidad social de los últimos. Si los juicios morales válidos fueran socialmente aceptables, constituirían parte de la moral vigente, y si los juicios morales que se formulan en el contexto social fueran válidos, ellos darían cuenta de los principios de una moral ideal.

Esto significa que para determinar las condiciones que debe satisfacer un juicio para ser moral, sea o no válido, puede ser iluminador examinar las propiedades que distinguen el fenómeno social que llamamos “moral” de otras instituciones —como el derecho, las convenciones del trato social, la religión— que se dan entremezcladas con él en las sociedades que conocemos.

Todavía más: si los juicios que forman parte de la moral vigente en una sociedad se distinguen de otros juicios porque con ellos se pretende formular juicios de una moral ideal, cosa que se logra cuando tales juicios son válidos, esto quiere de-

cir que el criterio de validez de los juicios morales está implícito en la misma moral positiva (aunque los juicios que se formulan en el contexto de esa moral no consigan satisfacer el criterio). Si, cuando asignamos validez a ciertos juicios morales, lo hiciéramos sobre la base de criterios diferentes de los que implícitamente se toman en cuenta en el contexto de una moral vigente, no habría razón para calificar a los juicios que la constituyen de “morales”, ya que no se pretendería con ellos formular juicios que, según nuestro criterio, pudieran ser juicios morales válidos. No calificamos de “moral” (o de “científica”) a cualquier actividad social cuyos participantes así la califiquen sino a aquella en que se pretende, exitosamente o no, formular juicios que satisfagan ciertos criterios de validez moral (o “científica”).

En la identificación de la moral que está vigente en diversas sociedades, por un lado, y de un sistema moral ideal, por el otro, tal vez haya que hacer ajustes recíprocos. Por ejemplo, no tendría sentido concebir como moral una concepción ideal tal que, independientemente de la validez de sus enunciados, no tuviera propiedades en común con concepciones vigentes en distintos tiempos y sociedades, de modo que tengamos que concluir que nunca se desarrollaron en las sociedades conocidas sistemas genuinamente morales, o que la expresión “moral” es tan radicalmente ambigua que no hay un núcleo de significado común en el uso que de ella hacen, por ejemplo, un antropólogo y un ético. Inversamente, cuando desentrañamos el sistema moral de una sociedad distinguiéndolo de sus prácticas jurídicas, religiosas, etc., no nos guiamos por la eventual coincidencia en el uso de la palabra “moral” o algún equivalente en esa sociedad y la nuestra sino que inevitablemente tomamos en cuenta rasgos constitutivos de un sistema moral ideal que presuponemos. Por ejemplo, si asumimos que es un rasgo de tal sistema —como lo sugerí en el capítulo anterior— que sus enunciados no se justifican sobre la base de argumentos de autoridad, vamos a descalificar como morales —y encasillar, p.ej., en la categoría de religiosos— los juicios que se formulan en una sociedad con apelación a su respaldo divino. Por cierto que todo ajuste mutuo tiene algo de arbitrario, puesto que siempre se pueden establecer balances diferentes entre los términos que se toman en cuenta al hacer el ajuste.

En síntesis, una comprensión adecuada de las funciones y estructura del fenómeno social que identificamos como la moral vigente en una sociedad, puede contribuir a esclarecer las condiciones que deben satisfacer los juicios y teorías morales para ser considerados válidos. Las próximas secciones están dirigidas a ofrecer una explicación rudimentaria en esa dirección.

2. LAS FUNCIONES SOCIALES DE LA MORAL

Desde Hobbes, muchos filósofos —como recientemente Hart, Warnock, Rawls— han pretendido explicar la generalización tanto del derecho como de la moral en los más diversos grupos y organizaciones sociales sobre la base de la existencia de ciertas circunstancias básicas de la vida del hombre en sociedad. En el caso de Hobbes, las circunstancias básicas de la vida humana son señaladas para explicar y también justificar la génesis del derecho, o sea de la sociedad civil o "*commonwealth*". Sin embargo, también sugiere Hobbes¹⁴ que ellas están subyacentes al discurso moral, cuando dice que en el estado de guerra de todos contra todos nada es injusto, ya que justicia o injusticia son conceptos que sólo se aplican cuando el hombre vive en una sociedad organizada.

Éste es asimismo el punto de vista de Rawls, quien señala que sin lo que él llama "circunstancias de justicia" —o sea las condiciones normales bajo las cuales la cooperación social es posible y necesaria¹⁵— no habría ocasión para la virtud de la justicia, así como sin amenaza de daños no habría ocasión para el coraje.

Por el contrario, Warnock señala estas circunstancias no como presupuestos del discurso moral sino como condiciones que constituyen "la dificultad básica de la vida humana" ("*the human predicament*") que la valoración moral tiene por *objeto* superar, actuando fundamentalmente sobre una de tales cir-

¹⁴ Hobbes, Thomas, *Leviathan*, ed. por Michael Oakeshott, London, 1977, p. 101.

¹⁵ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 126.

cunstancias (la limitación de la simpatía hacia los intereses ajenos)¹⁶.

En el caso de Hart, nuevamente hay una diferencia en el tratamiento de estas circunstancias, puesto que, en primer lugar, las asocia explícitamente tanto con el derecho como con la moral, y, en segundo término, las menciona no tanto como presupuesto del discurso moral y jurídico, ni como constituyentes de una situación que el derecho y la moral tienden a superar (aunque hay varias sugerencias en este sentido en su desarrollo), sino más bien para proveer una explicación del núcleo de contenido uniforme que se encuentra en todo sistema jurídico y moral —que él denomina “el contenido mínimo de derecho natural”¹⁷— y que asocia con la existencia de razones para obedecer tales sistemas.

Creo, sin embargo, que estas diferencias son más de énfasis y de foco de atención que de fondo, ya que el desarrollo de los argumentos que estos autores presentan parece convergir en la hipótesis común de que tanto el derecho como la moral positiva tienen la función de superar ciertas dificultades básicas de la vida humana, función que es independiente de las intenciones de los individuos que intervienen en el desarrollo de tales sistemas y del grado de eficacia con que ella es, en cada caso, satisfecha. Si bien poner las cosas abiertamente de este modo trae a colación problemas de las explicaciones funcionalistas en materia social¹⁸, ello tiene por lo menos el mérito de hacer bien explícito lo que se sugiere, de modo indirecto, cuando se habla de “presupuestos”, “objeto” y “contenido mínimo” del derecho y la moral, puesto que serían arbitrarios tales presupuestos, objeto y contenido uniforme si no estuvieran relacionados con cierta función social (como Hart prácticamente admite).

¹⁶ Warnock, *The Object of Morality*, p. 23-26.

¹⁷ Hart, H. L. A., *El concepto del derecho*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1963, p. 239 y siguientes.

¹⁸ Ver algunas de estas dificultades en p.ej., Doré, R. P., *Functions and Causes*, en Ryan, A., comp., “The Philosophy of Social Explanation”, Oxford, 1973, p. 65 y siguientes.

A pesar de las diferencias de formulación mencionadas, hay acuerdo básico entre los filósofos aludidos acerca de cuáles son las circunstancias fundamentales de la vida del hombre en sociedad que están asociadas con el derecho y la moral. Se mencionan, en primer lugar, las circunstancias que Rawls llama *objetivas*, como la escasez de recursos para satisfacer todos los intereses humanos, la vulnerabilidad de los hombres frente a ataques de otros, la igualdad aproximada de los hombres en el sentido de que nadie tiene suficiente capacidad física e intelectual para dominar por sí solo al resto, la coexistencia de los individuos en áreas geográficas comunes. Luego están las circunstancias *subjetivas*, como que los intereses de los hombres son divergentes, su conocimiento y su capacidad de raciocinio son limitados y, sobre todo, el hecho de que la simpatía hacia los intereses ajenos, o sea la capacidad de identificarse hasta cierto grado con esos intereses como si fueran propios, es también limitada. La articulación y explicación de estas circunstancias constituye el contenido de una *teoría de la naturaleza humana*, y no hay duda que lo que hay de acertado en posiciones iusnaturalistas es la idea de que una profundización en el desarrollo de esa teoría puede esclarecer aspectos importantes del derecho y la moral (aunque, como luego veremos, de aquí no se sigue la pretensión *justificatoria* del iusnaturalismo tradicional). En este sentido pueden ser muy fructíferos aportes científicos como los de la sociobiología¹⁹.

Es fácil ver que una variación hipotética en las circunstancias mencionadas involucraría cambios en el derecho y la moral que los harían irreconocibles: pensemos qué pasaría con nuestras ideas morales e instituciones jurídicas si hubiera recursos suficientes para satisfacer los intereses de todos, o si los hombres fueran tales que no hicieran ninguna diferencia entre los intereses de los demás y los propios, o si fueran completamente invulnerables frente a los ataques de los otros.

Pero estas circunstancias básicas de la vida humana en sociedad no son directamente relevantes para explicar el desarro-

¹⁹ Ver, principalmente, Wilson, Edward O., *Socioobiology. The New Synthesis*, Cambridge, Mass., 1975, y el estudio crítico de Singer, *The Expanding Circle. Ethics and Sociobiology*.

llo del derecho y de la moral sino que sólo lo son a través de dos circunstancias que están generadas por ellas: tales circunstancias *emergentes* son la tendencia de los hombres a entrar en conflicto unos con otros (debido, entre otras cosas, a la escasez de recursos, la divergencia de intereses, la falta de simpatía mutua, etc.) y la tendencia a buscar la cooperación de otros (debido también a la escasez de recursos, la vulnerabilidad individual, la igualdad aproximada, etcétera). De modo que prácticamente los mismos factores que llevan a los hombres a entrar en conflicto unos con otros en la persecución de sus proyectos los incitan también a buscar la cooperación de otros para materializar tales proyectos.

Tanto el derecho como la moral cumplen, mal o bien, las funciones de reducir los conflictos entre los individuos y facilitar la cooperación social. Conviene ver brevemente cómo satisface el derecho esas funciones para luego hacer un contraste con la forma en que opera la moral.

El derecho tiende a reducir los conflictos sociales y a facilitar la cooperación a través de dos elementos que, en conjunción, lo distinguen de otros sistemas normativos: *la autoridad y la coacción*.

Comencemos por el elemento de coacción. El Estado, que dispone del cuasi monopolio de la fuerza disponible en una sociedad, emplea esa fuerza de dos modos sustancialmente diferentes: por un lado, se amenaza con el empleo de la coacción estatal con el fin de generar en la gente razones prudenciales en contra de ciertos comportamientos conflictivos o no cooperativos; por el otro, se pone esa fuerza a disposición de los particulares para que puedan hacer valer esquemas de cooperación en los que hayan participado voluntariamente (ejecución de contratos y decisiones societarias), de modo de respaldar las expectativas respecto del comportamiento ajeno sobre las que se basa toda cooperación.

Pero es obvio que el elemento de coacción depende en parte del elemento de autoridad, el que a su vez tiene un margen de operatividad que es independiente del primero. El derecho establece órganos e instituciones encargados, por un lado, de indicar las conductas genéricas que se supone deseables y las condiciones para el empleo de la coacción estatal y,

por otro lado, de resolver, en casos particulares, los conflictos que se hayan generado por falta u oscuridad o por desviación de aquellas indicaciones genéricas. Las reglas que los órganos jurídicos establecen están dirigidas a disuadir a los hombres de realizar ciertos comportamientos (como la de lesionar a otros) y a promover ciertas expectativas a partir de determinados actos (como la de recibir una suma de dinero si otro formuló palabras que involucran un compromiso de hacerlo).

Las normas y decisiones de los órganos jurídicos regulan el empleo de la coacción tanto para proveer razones prudenciales contra ciertos actos como para hacer valer acuerdos privados de cooperación. Pero, además, esas reglas y decisiones de instituciones jurídicas tienen una operatividad independiente de la que se da a través de la regulación del empleo de la coacción: ellas constituyen por sí mismas razones auxiliares en favor de la realización de ciertos actos para quienes tienen razones *morales* que indican obedecer lo que los órganos jurídicos disponen. En muchos casos la gente tiene razones de índole moral para hacer lo mismo que los órganos jurídicos han dispuesto, pero con total independencia de que ellos lo hayan así dispuesto. Cuando eso ocurre, las reglas y decisiones de esos órganos serán superfluas en relación con tales individuos, salvo para constituir —a través de la regulación de la coacción— razones prudenciales coadyuvantes. Pero en otros casos las razones morales de los individuos favorecen cierto comportamiento *sólo* porque un órgano considerado legítimo lo ha prescripto. Es un hecho social aparentemente establecido²⁰ que ningún sistema jurídico puede preservarse sólo sobre la base del temor al empleo de la coacción y sin la creencia, difundida entre buena parte de los súbditos y de los mismos funcionarios, en la legitimidad moral de los órganos del sistema.

Vemos, entonces, que, para satisfacer sus funciones sociales de disminuir los conflictos y facilitar la cooperación, el derecho depende parcialmente de las convicciones morales de la gente. Sin el apoyo de la moral, el derecho proporcionaría

²⁰ Como lo señala Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, p. 56 (siguiendo a Mac Iver, R. M., *The Web of Government*)

sólo razones prudenciales para actuar, lo que, como vimos, es generalmente insuficiente para satisfacer aquellos objetivos.

¿Cómo opera, entonces, la moral para generar acciones y actitudes que eviten los conflictos y faciliten la cooperación social, sea directamente o a través del derecho? Tradicionalmente se han dado dos respuestas a esta pregunta.

La primera centra la atención en las sanciones informales que generalmente acompañan a las desviaciones de las reglas morales aceptadas; tales sanciones están dadas por reacciones sociales no organizadas que se expresan, por ejemplo, con el ostracismo y la exclusión social, la humillación, expresiones de irritación e indignación, etcétera. De este modo, la moral actuaría en la misma forma en que lo hace el derecho —en la medida en que éste es independiente de la primera—, o sea generando razones prudenciales para eludir ciertos comportamientos, dada nuestra aversión a ser objeto de ese tipo de reacciones sociales. Por ejemplo, cuando uno no obedece a cierto órgano jurídico se expone no sólo al ejercicio de la coacción estatal, sino también a las desagradables reacciones informales de quienes creen en la legitimidad de ese órgano y de sus disposiciones. Pero lo que este enfoque desconoce es que con él se reproduce la misma dificultad que, según vimos, se da frente al derecho, ya que para el potencial infractor las reacciones adversas de su grupo no constituyen en sí mismas razones *morales* para no actuar, sino razones prudenciales. Por otro lado, los mismos críticos del agente no alegarán que sus reacciones *constituyen*, como tales, razones morales en contra de la acción sino que sostendrán que esas reacciones se basan en razones morales. Sin este presupuesto se perdería buena parte de la misma fuerza disuasoria de tales reacciones.

Otros autores, como Warnock²¹, sostienen que la forma en que la moral actúa para disminuir los conflictos y facilitar la cooperación es a través de ciertas *virtudes* de carácter. El autor mencionado expone esta tesis del siguiente modo:

“Si algunas de las cosas que pueden ser hechas para atenuar la dificultad básica de la vida humana van a ser, efectivamente, hechas,

²¹ Warnock, *The Object of Morality*, p. 71 y siguientes

entonces no sólo se tiene que compeler a la gente para que haga cosas que no están naturalmente dispuestos a hacer de cualquier modo; ellos tienen que actuar a veces voluntariamente, sin coerción, de un modo diferente al que están naturalmente dispuestos. Es necesario que la gente adquiera, y que se proponga que otros adquieran, lo que podría llamarse *buenas disposiciones*; o sea el estar listo, en algunas ocasiones, a hacer las cosas deseables que no todos los seres humanos están naturalmente dispuestos a hacer de todos modos, y, similarmente, a no hacer cosas dañosas”

Según este autor las virtudes morales –no maleficencia, imparcialidad, beneficencia y sinceridad– son aquellas disposiciones dirigidas a contrarrestar la limitación de las simpatías hacia los intereses de otros y cuyo ejercicio es esencialmente bueno para personas distintas del propio agente (a diferencia, p.ej., del coraje o el autocontrol). Es innegable que las virtudes de carácter son, junto con la presión social inherente a ciertas reglas, aspectos importantes de la moralidad vigente que inciden decisivamente en el cumplimiento de sus funciones sociales. Pero, nuevamente, este enfoque deja de lado un factor que es relevante para entender la forma en que operan las virtudes morales: ellas no consisten simplemente en la tendencia a hacer ciertos actos, sino en la tendencia a realizar determinados actos por la creencia de que hay razones morales en su apoyo; un hombre moralmente virtuoso es el que tiende generalmente a actuar sobre la base de razones morales. Aquí hay un eco de la idea kantiana de que para obrar con buena voluntad no basta hacer lo que es objetivamente nuestro deber sino que hay que obrar por respeto y con conciencia del deber. Cuando se inculcan virtudes morales no se trata simplemente de hacer que la gente esté lista para efectuar espontáneamente ciertos actos deseables cuando llegue el momento apropiado, sino de hacer que la gente haga suyas ciertas razones morales a favor de determinadas acciones, de modo que esas razones prevalezcan sobre otras consideraciones en el momento oportuno.

Lo que estos enfoques coinciden en dejar de lado es el aspecto *discursivo* o *argumentativo* de la moral social vinculado a la adquisición de creencias morales, creencias que se ponen de manifiesto tanto en las reacciones frente a la desviación de las reglas morales y en el ejercicio de las virtudes, como en contextos en los que no hay reglas ni virtudes que estén directamente

en juego: por ejemplo, en una discusión pública sobre la legitimidad de la pena de muerte. Esta dimensión discursiva de la moral, que ha sido recientemente explorada con resultados interesantes por autores como Bruce Ackerman²², se presenta no como una serie de comportamientos repetidos acompañados de reacciones frente a desviaciones, ni como disposiciones de carácter, sino como una actividad que consiste en ofrecer argumentos en favor o en contra de ciertas conductas o pretensiones. Cuando describimos la moral de cierta sociedad debemos dar cuenta no sólo de las reglas que allí rigen y las virtudes de carácter que exhiben los individuos sino también del discurso que ellos desarrollan para favorecer y oponerse a ciertas conductas o prácticas. Este discurso es una *práctica social* y como tal es históricamente contingente. Como dije en el capítulo anterior, los presupuestos conceptuales básicos del discurso moral han sufrido cambios a lo largo del tiempo y no son compartidos por todas las culturas.

El discurso moral constituye una técnica para convergir en ciertas conductas y en determinadas actitudes frente a conductas sobre la base de la coincidencia de creencias en razones morales; esa convergencia en acciones y actitudes, que se pretende obtener mediante la coincidencia de creencias que la discusión moral tiende a lograr, satisface, evidentemente, las funciones de reducir los conflictos y facilitar la cooperación.

Es obvio que la coincidencia de creencias que el discurso moral está dirigido a generar, como medio para convergir en acciones y actitudes, sería un resultado totalmente aleatorio si el discurso moral no fuera una actitud sometida a ciertas reglas que estipulan cuáles son las condiciones para alegar razones morales. Si así no fuera, el discurso moral —y los otros aspectos de la moral positiva asociados con él— no satisfaría las funciones sociales que de hecho parece satisfacer en cierto grado. Acudiendo a la remanida analogía con los juegos, se puede sugerir que el discurso moral es una actividad que se desarrolla conforme a reglas implícitas, que establecen qué “movidas” son aceptables y cuáles no, siendo las “movidas” en cuestión la

²² Ver Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*.

formulación de juicios acerca de la existencia de razones para actuar. Esto hace que debamos concentrar la atención en las reglas procesales subyacentes al discurso moral, o sea las reglas que la formulación de juicios morales debe satisfacer.

3. LA DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL DISCURSO MORAL

Así como hasta ahora fuimos de la mano de Hobbes y sus seguidores, en adelante tendremos que dejarnos guiar por Kant y su séquito. Es indudable que Kant dio un considerable paso adelante en el esclarecimiento de la moral cuando distinguió algunos rasgos formales básicos que necesariamente debe satisfacer todo juicio moral para ser válido: su autonomía, su universalidad y su no condicionamiento a deseos e intereses contingentes. El mismo proyecto es llevado más adelante por Rawls, entre otros, cuya posición originaria es, en mi interpretación, una dramatización de las condiciones procedimentales de nuestra práctica del discurso moral. Este autor supone que una vez que se respetan esas condiciones y se siguen ciertas reglas de racionalidad, necesariamente se concluye en la aceptación de sus dos principios de justicia.

¿Cómo se determinan los aspectos procesales del discurso moral? Rawls fue acusado²³ de manipular, según su propio reconocimiento, esas condiciones para poder derivar principios morales plausibles: “Nosotros queremos definir la posición originaria de modo que obtengamos la solución deseada”²⁴. Se supone que esto vicia indefectiblemente la legitimidad de las conclusiones de Rawls. Pero si la posición originaria pretende reflejar la forma del discurso moral positivo parece plausible intentar hacer una reconstrucción racional de esa forma tomando en consideración la plausibilidad —de acuerdo con nuestras convicciones intuitivas— de las soluciones sustantivas que ella es capaz de generar: si, por ejemplo, las reglas formales que hemos reconstruido permiten justificar un principio que favorece

²³ P ej., por Hare, R. M., *Rawls' Theory of Justice*, en Daniels, N., comp., “Reading Rawls”, Oxford, 1975, p. 91

²⁴ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 141

una práctica generalmente rechazada, como la esclavitud, es de presumir que debe haber algún aspecto formal del discurso moral incompatible con esa práctica, que probablemente hemos pasado por alto en nuestra reconstrucción.

Esto se relaciona con el “equilibrio reflexivo” de Rawls: como se sabe, éste sostiene que en la filosofía moral se busca llegar a un equilibrio entre ciertas convicciones intuitivas y determinados principios generales, descalificando o modificando aquellos principios generales que no dan cuenta de nuestras convicciones particulares más firmes y abandonando aquellas convicciones que no pueden ser justificadas sobre la base de principios plausibles; afirma que sus dos principios de justicia lo gran superar este test mejor que otros cualesquiera²⁵.

El poder justificatorio de este método y la cuestión de cómo él se concilia con la derivación de la posición originaria ha intrigado a los críticos de Rawls²⁶. Sin embargo, si asumimos la hipótesis de que para la justificación de conclusiones morales es necesario tomar en cuenta las reglas procedimentales y los presupuestos sustantivos del discurso moral corriente entonces empieza a resultar claro el alcance del equilibrio reflexivo de Rawls y su relación con la posición originaria: en realidad, sólo la derivación de la posición originaria –o sea la aplicación de las reglas formales del discurso moral– permitiría, por hipótesis, *justificar* ciertos principios de justicia. ¿Pero cómo sabemos cuáles son esas reglas o cómo debe constituirse la posición originaria para dar cuenta de ellas? En parte tenemos que inferir esas reglas de los principios generales y de las conclusiones particulares a los que de hecho arribamos a partir de ellas, aunque, por supuesto, debemos tomar muy en cuenta la posibilidad de que la aceptación de tales principios esté determinada por errores en la aplicación de esas reglas y en la apreciación de los hechos relevantes. Esto sugiere un equilibrio reflexivo *más amplio* que el que plantea explícitamente Rawls

²⁵ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 51.

²⁶ Ver, p.ej., Hare, *Rawls' Theory of Justice*, en Daniels, comp., “Reading Rawls”, p. 86; *Nature and Soundness of the Contract and Coherence Arguments*, en Daniels, comp., “Reading Rawls”, p. 146 y ss.; Wolff, R. P., *Understanding Rawls*, New Jersey, 1977, p. 183 y siguientes.

(como lo presenta, aunque sólo al pasar, Wolff²⁷), ya que él debe darse no por *dos* sino por *tres* términos: convicciones intuitivas particulares, principios sustantivos generales que den cuenta de ellas, y reglas o aspectos formales del discurso moral que permiten derivar tales principios. Debemos abandonar aquellas intuiciones que no pueden justificarse sobre la base de principios plausibles, modificar aquellos principios que no dan cuenta de intuiciones firmes o que no parecen derivar de reglas formales del discurso moral, y alterar la reconstrucción de las reglas formales cuando ellas no permiten derivar principios plausibles.

Esta ampliación del equilibrio reflexivo (que incorpora a la propia posición originaria como parte de él) no solamente da apoyo a la actitud de Rawls de manipular la posición originaria para obtener resultados aceptables, sino que también otorga sentido al ajuste que Rawls propone entre convicciones particulares y principios generales: ahora ese ajuste mutuo, tendiente a detectar los principios que estamos genuinamente dispuestos a sostener en la moral positiva, se explica no porque la aceptabilidad social de esos principios sea *en sí* un signo de su validez (puesto que este positivismo moral parece muy poco plausible), sino porque ello constituye un paso previo a otro ajuste, tendiente a detectar las reglas formales del discurso moral ordinario, reglas que se supone son relevantes para la justificación de ciertos principios morales, sean o no los socialmente aceptados.

Pero para que este equilibrio reflexivo no opere en círculos debe haber algún procedimiento independiente de poner a prueba la adecuación de la reconstrucción que hagamos de la forma del discurso moral vigente (cosa que no aparece clara en el caso del equilibrio reflexivo limitado a dos términos). Creo que ese test independiente está dado por las funciones sociales que –como vimos– satisfacen tanto el discurso moral como los demás aspectos de la moral positiva. Es de presumir que las reglas procedimentales para la admisión y el rechazo de juicios morales se han ido moldeando –seguramente sin que nadie se

²⁷ Wolff, *Understanding Rawls*, p. 185-186

lo haya propuesto deliberadamente— sobre la base de la eficacia de nuestra actual práctica social del discurso moral para disminuir los conflictos y facilitar la cooperación a través de la convergencia de acciones y actitudes generada por creencias coincidentes en la existencia de ciertas razones para actuar. Por eso es que, como dije antes, puede resultar esclarecedor tomar en cuenta las conclusiones de la llamada “sociobiología”, que es definida por Edward O. Wilson “como el estudio de las bases biológicas de todo comportamiento social”²⁸; algunos estudios hechos en este contexto acerca del desarrollo del altruismo pueden servir para inferir la estructura del razonamiento moral (como lo ha tratado de mostrar Peter Singer en su lúcido libro *The Expanding Circle. Ethics and Sociobiology*²⁹). También pueden resultar fructíferos en el mismo sentido los aportes de teorías empíricas de psicología social, como la del “desarrollo cognitivo” elaborada por Lawrence Kohlberg³⁰. Este autor sostiene, siguiendo en parte a Piaget, que el desarrollo del razonamiento moral tiene lugar a través de una serie invariante de estadios que van resultando del descubrimiento, por parte de los individuos, de inadecuaciones formales en los estadios precedentes de conciencia moral (estos estadios van desde el egoísmo hasta la consideración imparcial de los intereses de todos, pasando por identificar como moral lo que establecen la ley o la costumbre). Estos estadios parecen corresponder a la evolución que se observa en el desarrollo del discurso moral en diversas sociedades, en las que se va pasando de criterios de validación basados en tradiciones y costumbres de la sociedad, y del interés del grupo, a criterios fundados en la autoridad humana o divina y, finalmente, como veremos en seguida, a criterios que se apoyan en consideraciones de racionalidad, conocimiento e imparcialidad. Cuando aquí se habla de “evolución”, esto no debe implicar una valoración, ya que ésta, como se

²⁸ Ver Wilson, *Sociobiology. The New Synthesis*.

²⁹ Singer, *The Expanding Circle. Ethics and Sociobiology*; ver especialmente caps. 1, 2 y 3.

³⁰ Sobre la teoría de Kohlberg, que ha tenido notable repercusión tanto entre psicólogos como entre filósofos, ver el número que le está parcialmente dedicado de “Ethics”, abril 1982, vol. 92, n° 3.

verá en la última sección, sería inevitablemente circular (esto no excluye que, desde el punto de vista externo, se pueda explicar la expansión del discurso moral racionalista y universalista en términos evolutivos, apuntando a su mayor eficacia para evitar conflictos que modalidades de discursos que, por basarse en particularismos o recurrir a intuiciones sobre hechos supraempíricos a las que no todos tienen acceso, no pueden ser compartidos por las diversas partes de un conflicto potencial, dificultad que se acentúa a medida que pueblos con tradiciones e instituciones religiosas diferentes acrecientan su interacción).

Lo que importa para nuestro desarrollo no es, sin embargo, la explicación de la evolución de la práctica del discurso moral, sea en la vida de los hombres o de las sociedades, sino tomar conciencia de que se trata de una práctica social que registra ciertas variaciones (aunque sólo a lo largo de extensos períodos históricos y de profundas cesuras culturales) y que se distingue por aspectos estructurales detectables a través de los diversos métodos enunciados.

De este modo, la consideración de la estructura del discurso moral, la que toma en cuenta sus funciones sociales y la que centra su atención en la naturaleza del hombre y de su vida en sociedad —consideraciones que han sido enfatizadas por diferentes corrientes filosóficas— confluyen en una explicación unitaria del fenómeno moral. No deja de ser atractiva la idea de que filósofos tan disímiles como Santo Tomás, Hobbes y Kant han seguido, después de todo, caminos convergentes.

4. ALGUNOS ASPECTOS ESTRUCTURALES DEL DISCURSO MORAL

No es éste el lugar para intentar una reconstrucción con cierta pretensión de completitud de la estructura de nuestro discurso moral, tal como él se fue conformando, probablemente por influencia del pensamiento moderno iluminista (aunque es posible que algunos de esos rasgos estuvieran anticipados en el pensamiento clásico). Me limitaré a indicar sumariamente algunos de esos rasgos formales —que fueron en su mayor parte señalados ya por autores como Baier, Frankena, Hare, Nagel, Rawls, Richards, Ackerman, etc.— con el fin de preparar el te-

rreno para ensayar, en los próximos capítulos, una posible justificación de los principios liberales básicos.

Si prestamos atención a cualquier discusión moral corriente advertiremos de inmediato que en ellas se emplean recurrentemente ciertos argumentos estándares, como las preguntas retóricas “¿qué pasaría si todos obrasen como usted?” o “¿le gustaría que a usted le hicieran lo mismo?” o “¿por qué no se pone en mi lugar?” Estas réplicas reflejan rasgos formales distintivos del discurso moral que deben ser analizados.

Hay un aspecto del discurso moral que es tan fundamental que hace que él sea precisamente un *discurso*: en el discurso moral están excluidos argumentos, formas de persuasión o técnicas de motivación basados en la obediencia dogmática a ciertas autoridades –humanas o divinas–, el recurso a amenazas de daños o a ofertas de beneficios, el engaño, el condicionamiento a través de la propaganda. Todos coincidirían en que cuando estos recursos se emplean se está pervirtiendo o abusando del discurso moral, y que ello puede viciar los resultados obtenidos. *El discurso moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes, a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de otros.* Éste es el rasgo de *autonomía* de la moral, que fue insuperablemente señalado por Kant al sostener que lo que da valor moral a la acción no es el miedo o la inclinación sino el respeto voluntario a la ley, que convierte al agente en su propio legislador³¹.

Este rasgo es lo que distingue más radicalmente a la moral de otras instituciones sociales que satisfacen las mismas funciones, como es el caso del derecho. La moral se caracteriza por operar a través del *consenso*. Es inconsistente que alguien diga que la solución *x* es la que establece la moral ideal aunque no está de acuerdo con ella, cosa que puede en cambio decir coherentemente respecto del derecho.

Para que la convergencia de acciones y actitudes obtenida a través de la aceptación libre de principios de conducta sea po-

³¹ Ver Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, tr. M. García Morente, Madrid, 1977, p. 94 y 101.

sible, esos principios deben satisfacer ciertas condiciones mínimas³².

Ellos deben ser *públicos*, o sea que todos pueden conocer estos principios; si alguien alega actuar sobre la base de principios misteriosos e inefables o revelados sólo a él, ellos no podrán servir de base de comportamientos y actitudes convergentes.

Los principios deben ser *generales* en el sentido de que establecen soluciones normativas para casos definidos sobre la base de propiedades y relaciones genéricas; si los principios se refirieran a casos individuales no cumplirían su función de servir de base para un comportamiento convergente, ya que esa convergencia presupone expectativas fundadas en regularidades.

Esto se vincula con la exigencia de que las propiedades y relaciones que determinan los casos relevantes deben ser de índole fáctica, de modo que las circunstancias que condicionan las diferentes soluciones normativas sean susceptibles de verificación por parte de todos; de aquí que los principios morales sean *supervenientes* respecto de circunstancias de hecho.

También estos rasgos están conectados con otro que es esencial para que la aceptación libre de principios morales pueda ser el antecedente de comportamientos convergentes: la *universabilidad* de esos principios. Este rasgo puede o no confundirse con el de generalidad según cómo se defina cada uno, y en verdad hay bastante divergencia acerca de cómo debe caracterizarse la universabilidad de los juicios morales. Creo que lo que no está recogido por el elemento de generalidad y debe ser exigido independientemente, puesto que es esencial para que el discurso moral cumpla sus funciones sociales, es un aspecto que hace no al contenido sino a la aceptabilidad de los principios: si se admite que alguien puede *justificar* sus acciones y actitudes sobre la base de un cierto principio aplicable al caso, entonces cualquier potencial participante en el discurso moral puede también justificar sus acciones y actitudes sobre la base del mismo principio, con tal de que su caso no difiera del

³² Una enunciación de estas condiciones se encuentra en Rawls, *A Theory of Justice*, p. 130 y ss. y en Richards, *A Theory of Reasons for Action*, p. 256.

otro respecto de propiedades que el mismo principio recoge como relevantes. Esto excluye al tipo de relativismo (como el del comunitarismo, que discutiremos en el próximo capítulo) que supone que el recurso a principios morales para justificar acciones está condicionado por circunstancias personales, de tiempo o de lugar no incorporadas a esos principios; la posible convergencia de acciones y actitudes que el discurso moral tiende a satisfacer presupone que si un principio moral constituye una razón para actuar para alguien, él constituye una razón para todos los que se encuentran en las mismas circunstancias relevantes. Si un ciudadano romano podía genuinamente justificar someter a alguien a una situación de esclavitud sobre la base de algún principio moral, también lo puedo hacer yo, salvo que mi imposibilidad se deba a que el principio que justifica la acción del romano condicione su permisibilidad a una circunstancia que no está presente en mi caso. Por supuesto que esto es compatible con un relativismo conceptual, como el que se adoptó en el capítulo anterior, según el cual nuestros conceptos de razón y justificación pueden no ser los mismos que los del romano, ya que dependen de presupuestos y criterios subyacentes a nuestra práctica de discusión moral que puede ser diferente de la suya; pero según nuestros presupuestos y criterios esto no es relevante para impedir que lo que nosotros calificamos de razones se apliquen para evaluar los actos del romano.

Por último el discurso moral no cumpliría su función de conducir a comportamientos convergentes si los principios de conducta que resulten aceptados a través de él, no tuvieran una cierta jerarquía frente a otras posibles razones para actuar. De lo contrario, la gente podría coincidir en la aceptación libre de principios morales, pero divergir en su comportamiento efectivo debido a diferencias en cuanto a si esos principios se ven o no desplazados por otras razones para justificar una acción o actitud. De este modo, es distintivo de los principios morales el que ellos constituyen razones *finales* en la justificación de una acción: ninguna razón de otra índole puede prevalecer sobre ellas, y ellas desplazan a cualquier otra razón, cuando son aplicables. Ésta no es una cuestión normativa ni motivacional sino lógica: hace al concepto de principio o razones morales, lo que implica que este concepto es aplicable al

caso de cualquier principio que sea defendido como justificación última de una conducta, siempre, claro está, que satisfaga las otras condiciones de un principio moral. Por cierto que puede haber razones prudenciales que justifiquen sin más una acción, pero cuando hay razones morales aplicables al caso, las razones prudenciales divergentes dejan de proveer justificación para la conducta. Hay quienes se sienten tentados a hablar de una justificación moral, otra jurídica, otra prudencial, etc., como si se tratara de justificaciones independientes de las acciones. Esto implicaría una desintegración del razonamiento práctico que frustraría el objeto de la pregunta acerca de la justificación de las acciones: alguien podría saber que su conducta no está justificada moralmente pero que sí lo está jurídica o prudencialmente, y no saber aún cómo, en definitiva, debe actuar. El razonamiento práctico presupone una *jerarquización* de razones que evita esa situación: las razones prudenciales justifican acciones sólo cuando no son desplazadas por razones morales; no hay, en cambio, razones jurídicas autónomas sino que, como vimos en el capítulo I, la existencia de ciertas normas jurídicas constituye una razón auxiliar que sólo justifica una decisión cuando se combina con razones morales o prudenciales adecuadas.

Sin embargo, estas propiedades de los principios cuya libre aceptación se procura a través del discurso moral no indican cómo este discurso debe proceder para lograr aquel resultado; ellas pueden servir de base a argumentos negativos en contra de ciertos principios, pero no dan lugar a argumentos positivos que impulsen el discurso moral hacia adelante.

El hecho de que la práctica social del discurso moral esté dirigida a obtener coincidencia en la aceptación de ciertos principios de conducta, como medio de convergir en acciones y actitudes, da cierto apoyo a la idea, muy difundida a través de diversas versiones, de que tal discurso procede mediante la adopción de un cierto *punto de vista* que pueda ser común a todos los que participan en él. Los principios que debemos aceptar son, según esta idea, aquellos que serían suscriptos desde ese punto de vista específico, aunque no estemos inclinados a aceptarlos desde nuestra perspectiva parcializada en la que los intereses propios se ven magnificados en relación con

los de terceros. Si la participación en el discurso moral involucrara una disposición a aceptar los principios de conducta que alguien o nosotros mismos adoptaríamos si estuviéramos en ciertas condiciones diferentes de aquellas a las que de hecho estamos sometidos, entonces se podría vislumbrar por qué la participación en ese discurso es un medio distintivo de alcanzar una coincidencia en la aceptación de principios de conducta. Así como una forma de resolver controversias consiste en recurrir a un árbitro, la forma de hacerlo a través de la discusión moral consistiría en *imaginar cómo decidiría un árbitro ideal*.

Una de las versiones de esta idea es la teoría “del observador ideal o espectador imparcial”, que fue originariamente sugerida por Hume. Un observador ideal sería un individuo hipotético que fuera completamente imparcial respecto de los intereses de todos, fuera plenamente racional, conociera todos los hechos relevantes, etcétera. De acuerdo con esta concepción, un acto o institución sería moralmente incorrecto o injusto si un observador ideal lo desaprobaba³³. En otros términos (que quizás ayuden a mostrar la evolución de la moral a partir de un estado premoral), los principios morales básicos serían aquellos que aprobaría un dios definido por los atributos indicados; el que no figuren entre esos atributos cualidades éticas obvia el dilema del *Eutifrón*, y el carácter condicional del análisis evita un compromiso teológico.

Otra versión de la misma idea es la teoría del “punto de vista moral”. Según uno de los defensores de esta teoría, W. Frankena³⁴, un juicio, principio o código moral básico es justificado o verdadero cuando sería aceptado por quienquiera que adoptase el punto de vista moral, fuera racional y conociera todos los hechos relevantes. Uno adopta el punto de vista moral, según este autor, cuando formula juicios normativos acerca de acciones, intenciones, personas, etc.; está dispuesto a universalizar esos juicios; las razones que da a favor de esos juicios consisten en hechos acerca de cómo las cosas juzgadas afectan los intereses de seres sensibles; cuando los juicios se re-

³³ Ver Harman, *The Nature of Morality*, p. 48

³⁴ Frankena, *Ethics*, p. 122 y siguientes.

fieren a nuestras acciones, las razones que damos a favor de ellos incluyen hechos acerca de cómo ellas afectan los intereses de los demás.

Como dice Hare³⁵, también la teoría de Rawls es una teoría de “la elección hipotética” y es, según él³⁶, equivalente a la del observador ideal (y a su propia teoría del “prescriptor universal”), ya que los rasgos de ignorancia y egoísmo del procedimiento de decisión de Rawls conducen al mismo resultado que las exigencias de conocimiento absoluto y plena imparcialidad de la teoría del observador ideal (puesto que la ignorancia cancela los efectos del egoísmo).

Lo que hay de común a estas formulaciones es la idea de que la adopción de una perspectiva imparcial o desinteresada es inherente al razonamiento moral. En realidad este elemento parece derivar del rasgo del discurso moral mencionado y que consiste en que este discurso está dirigido a obtener consenso, a que los participantes acepten libremente los mismos principios de conducta. Como dice Peter Singer³⁷, el reclamo por una razón es un reclamo por una justificación que sea aceptable para el grupo en conjunto; y para que lo sea, la justificación debe ser desinteresada. Si la presunta justificación toma en cuenta sólo los deseos o intereses del hablante, no hay posibilidad de que ella resulte aceptable para los demás, de que sirva de base a un consenso general.

Esta idea necesita todavía una considerable elaboración antes de que su plausibilidad pueda ser juzgada definitivamente. Una de las dificultades que ella, por ejemplo, presenta, es la de determinar si lo que es relevante es una *hipótesis empírica* acerca de cómo procedería alguien que estuviera en la situación del observador ideal, como surge de la concepción de Hume (para quien la incorrección moral es una *disposición* de ciertas cosas o estados de cosas a causar sensaciones de desaprobación en un observador ideal, así como la rojez es una disposición de

³⁵ Ver Hare, *Rawls' Theory of Justice*, en Daniels, N., comp., “Reading Rawls”, p. 87.

³⁶ Hare, *Rawls' Theory of Justice*, en Daniels, comp. “Reading Rawls”, p. 89.

³⁷ Singer, *The Expanding Circle. Ethics and Sociobiology*, p. 93.

cosas a causar cierta sensación visual en tal observador³⁸), o si, en cambio se trata, como en la concepción de Rawls³⁹, no de cómo se procedería en una situación ideal sino de cómo se *debería* proceder de acuerdo con ciertos principios de racionalidad⁴⁰.

Esta dificultad está conectada estrechamente con otra que es advertida por G. Harman⁴¹: ¿cuál es el resultado al que se supone que arriba un observador ideal o alguien que adoptara el punto de vista moral? ¿Una actitud de aprobación o desaprobación frente a casos particulares o la adopción de un principio general?⁴².

³⁸ Ver Hume, *Enquires Concerning Human Understanding*.

³⁹ Rawls, *A Theory of Justice*.

⁴⁰ Ambas alternativas tienen atractivos e inconvenientes: la primera parece explicar mejor por qué el discurso moral habría de seguir este procedimiento indirecto y por qué no habría de tomar directamente en cuenta los factores que se supone que el observador ideal toma en cuenta. Además esta versión tiene el atractivo de asignar a los sentimientos morales un rol análogo al de las observaciones empíricas (ver un desarrollo en este sentido en White, M., *What Is and What Ought to Be Done*, Oxford, 1981). Pero por otro lado, no es a primera vista claro por qué son relevantes para nosotros las reacciones propias de un observador ideal que tendríamos nosotros mismos en ciertas condiciones ideales (tales reacciones dependerían, además, de una serie de factores variables, como los de índole psicológica, que habría que adicionar, en tanto no sean incompatibles, a las condiciones de la situación ideal). La segunda alternativa parecería ampliar el dominio de la razón en el campo ético y mostraría la relevancia de los resultados que se obtengan por este procedimiento. Pero no resulta obvio de qué índole son esas razones, ya que no pueden ser morales (en el caso de Rawls ellas están constituidas por la aplicación de principios de racionalidad en la persecución del autointerés), pero eso es, como vimos, porque el "velo de ignorancia" cancela los efectos del egoísmo asegurando imparcialidad; si esa imparcialidad se estipulara directamente, no resultaría muy claro de qué carácter serían las razones para elegir principios morales: ¿tal vez el interés de *cualquier* individuo (quedando por esclarecer cómo se hace la composición de diversos intereses)? Tampoco está absolutamente claro si estas dos son, en última instancia, alternativas opuestas, ya que debe suponerse que un observador ideal tendría que hacer suyas las razones genuinas a favor de cierto proceder, por lo que debe reflejarse, a través de creencias apropiadas, en el proceso causal que conduce a cierta reacción.

⁴¹ Harman, *The Nature of Morality*, p. 50.

⁴² La segunda alternativa parece armonizar mejor con la visión rawlsiana del punto de vista moral más que con la humeana, ya que es difícil reconstruir

Para encarar las dificultades de esta idea conviene reducir al mínimo sus aspectos ficticios, que, si bien pueden tener un valor heurístico importante, pueden también inducir a confusión; hay que tener siempre presente que de lo que se trata en última instancia no es de dar cuenta de la estructura del razonamiento de seres fantásticos o de seres normales en situaciones fantásticas sino del razonamiento moral ordinario que llevamos a cabo nosotros mismos en situaciones comunes y corrientes.

Que ese razonamiento moral ordinario presupone un punto de vista impersonal que está ya presupuesto en los juicios acerca de nuestros propios intereses constituye una tesis significativa que ha sido defendida con lucidez por Thomas Nagel⁴³. Sostiene este autor que la única forma de evitar una posición solipsista —es decir la posición de que los juicios referidos a otros no tienen el mismo significado que cuando se refiere a nosotros— requiere que la *concepción* de otras personas como nosotros esté incluida de entrada en la idea de nuestras propias experiencias:

“Lo que es importante es que nosotros no somos solipsistas y que el rechazo del solipsismo envuelve una capacidad para considerarnos a nosotros mismos y a nuestras circunstancias en forma impersonal. Todos nuestros juicios personales, incluyendo los juicios psicológicos en primera persona, nos comprometen a adoptar juicios impersonales correlativos acerca de las mismas circunstancias vistas impersonalmente. De otro modo sería imposible aplicar a otros con el mismo sentido los conceptos operativos, y la suposición de que hay otras personas como uno mismo sería ininteligible. Y si hay

un proceso causal que desemboque en la adopción de un principio general y, en cambio, parece más plausible imaginar un razonamiento justificatorio que conduce a tal principio. Harman señala con razón que el hecho de que un observador ideal no apele a principios generales no nos impide a *nosotros* apelar a tales principios tomando en cuenta las reacciones hipotéticas de tal observador; sostiene, además, que ese observador tendría tan pocas razones para apelar a principios como un “perceptor ideal” de colores las tendría para apelar a una teoría óptica. Pero esto último ya es más dudoso puesto que, como lo intenta demostrar Rawls, podría haber razones no morales —como el principio *maximin*— para adoptar, en ciertas condiciones, principios morales (si esto rompe el paralelismo, que atraía a Hume, con el “perceptor ideal”, no es claro que ello sea por sí una desventaja, ya que es controvertible que esta idea sea parte de una reconstrucción plausible de los juicios perceptibles).

⁴³ Nagel, *The Possibility of Altruism*.

sólo algunos tipos de juicios personales cuyos correlatos impersonales nos negamos a reconocer, entonces debemos enfrentar una forma de solipsismo selectivo, o disociación; porque tales juicios estarán disociados de la idea de uno mismo como meramente una persona entre otras”⁴⁴.

Esta tesis es sumamente sugestiva, puesto que mostraría que el aspecto formal básico del discurso moral, que consiste en adoptar un punto de vista imparcial —el que supone considerar a cada interés por sus propios méritos y no tomando en cuenta la persona en quien se origina—, no sería un rasgo distintivo del discurso moral sino que sería un presupuesto fundamental de nuestra concepción del mundo y de nosotros mismos.

5. VERDAD Y COMPLETITUD DE LOS JUICIOS MORALES

La discusión precedente (y ciertas conclusiones del capítulo anterior) puede resumirse proponiendo una caracterización provisional de al menos una especie de juicio que se formula en el contexto de nuestra práctica del discurso moral: *un juicio que expresa que debe moralmente hacerse x puede analizarse como un juicio que predica de la acción x que ella es requerida, en ciertas circunstancias definidas por propiedades fácticas de índole genérica, por un principio público que sería aceptado como justificación última y universal de acciones por cualquier persona que fuera plenamente racional, absolutamente imparcial y que conociera todos los hechos relevantes.* Un juicio de este tipo es verdadero si el principio a que alude fuera efectivamente aceptado en tales condiciones. Por otra parte, la formulación de un juicio de esta especie como parte del discurso moral está dirigida a que otros participantes del discurso ejecuten cierta acción o adopten determinada actitud en virtud de su libre aceptación como principio moral del principio referido por el juicio en cuestión.

Esta concepción metaética presenta a la moral como un “artefacto humano”, como algo que depende esencialmente de las acciones y actitudes de los hombres. Se distingue así radi-

⁴⁴ Nagel, *The Possibility of Altruism*, p. 106.

calmente de posiciones realistas, tales como el intuicionismo ético. Rawls marca la diferencia del modo siguiente:

“...la idea de una aproximación a la verdad moral no tiene cabida en una doctrina constructivista⁴⁵... La concepción no es considerada como una aproximación operativa a los hechos morales: no hay tales hechos morales a los que los principios adoptados (en la posición originaria) podrían aproximarse⁴⁶... Estos principios no están, como en el intuicionismo racional, dados por un orden moral previo e independiente de nuestra concepción de la persona y del rol social de la moralidad⁴⁷... más bien para el constructivismo no hay tal orden y por lo tanto no hay tales hechos, aparte del procedimiento de construcción. Esto no implica que no haya usos naturales de la noción de verdad en el razonamiento moral. Por el contrario; por ejemplo, juicios particulares y normas secundarias pueden ser calificados de verdaderos cuando ellos derivan o constituyen aplicaciones adecuadas de primeros principios razonables. Estos primeros principios pueden calificarse de verdaderos en el sentido de que ellos serían aceptados por las partes de la posición originaria si ellas tuvieran todas las creencias verdaderas que son relevantes”⁴⁸.

Creo que estos párrafos de Rawls son esclarecedores siempre y cuando se tengan en cuenta ciertas distinciones que aparecen en ellos aunque no del todo nítidamente: el constructivismo no supone *otros* hechos morales que no sea el que está constituido por la *aceptabilidad hipotética* de los principios aludidos por los juicios morales (éste es el hecho que Rawls describe como el “procedimiento de construcción”). Tal aceptabilidad hipotética es, como vimos al final de la sección anterior y como dice Rawls, la circunstancia que, de darse, verifica los juicios morales. Este tipo de hecho descrito por enunciados condicionales contrafácticos no plantea más problemas ontológicos que los muy serios de ese tipo de enunciados en general, que, de cualquier modo, parecen formar parte esencial de las

⁴⁵ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en “The Journal of Philosophy”, setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 564.

⁴⁶ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en “The Journal of Philosophy”, setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 564.

⁴⁷ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en “The Journal of Philosophy”, setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 567.

⁴⁸ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en “The Journal of Philosophy”, setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 569.

ciencias empíricas. Parece obvio que no se trata del tipo de hecho detrás del cual andan los intuicionistas y otros realistas éticos (aunque, como sugerí en el capítulo anterior, es muy difícil siquiera *concebir* cómo sería esa *otra* clase de hechos). Sin embargo, el hecho que según el constructivismo verifica los juicios éticos cumple la función principal que los realistas esperan de los hechos morales: hace de puente entre el “ser” y el “deber ser” al determinar que sean contradictorios un juicio que da cuenta de ese hecho (la aceptabilidad hipotética de un cierto principio) y un juicio que predica cierta propiedad normativa o valorativa de una acción o situación (una propiedad incompatible con la calificación que surge del principio en cuestión). Frente a este tipo de hechos no cabe la “pregunta abierta” de Moore, puesto que es inadmisibles seguir preguntando si algo debe hacerse luego que se ha aceptado que ese algo está prescripto por un principio que cualquier persona imparcial y racional aceptaría. La insistencia en la pregunta sería normalmente interpretada como signo de que la persona en cuestión tiene dificultades para captar el uso corriente de la expresión “debe”. Si esto es así, hay que calificar lo que dije en el primer capítulo en el sentido de que los hechos no constituyen razones operativas para actuar (refiriéndose a la existencia de las normas jurídicas): esto sería aplicable a todos los restantes hechos *excepto* los que verifican los juicios morales, es decir, la aceptabilidad hipotética de los principios aludidos por tales juicios. El salto entre el mundo del “ser” y el del “deber ser” no se puede hacer por sobre el abismo que hay entre ellos sino a través del puente apropiado.

Si bien es cierto que el constructivismo parece ser radicalmente distinguible del realismo por el tipo de hechos morales que uno y otro presuponen (asumiendo que podamos concebir los hechos presupuestos por el realismo), ambas posiciones no parecen ser excluyentes. Aun cuando el constructivismo no presupone que haya otros hechos morales que la aceptabilidad hipotética de principios, él no excluye que una revisión de la ontología y epistemología corrientes pueda arrojar la conclusión de que a un principio moral le corresponde otro hecho además de su aceptabilidad en ciertas condiciones. De cualquier modo, es muy improbable que pueda justificarse la conclusión

de que tenemos acceso a tales misteriosos hechos fuera de las condiciones implícitas en el discurso moral, puesto que sería muy extraño que éste se haya ido moldeando en forma desviada respecto de las condiciones favorables para una supuesta "observación moral". Por eso Alchourrón y Bulygin dicen con razón que la diferencia entre un realista y un constructivista (que ellos llaman "conceptualista absolutista") reside en que, para el primero, la satisfacción de condiciones formales tiene el papel de un *criterio* y no de una *definición* de verdad⁴⁹.

Estos autores sostienen que la diferencia indicada entre el realismo y el constructivismo no incide en el hecho de que ambas posiciones enfrentan la misma dificultad dada por la existencia de *indeterminaciones morales*: en lo que difieren ambas posiciones es meramente en la forma de caracterizar esa dificultad: para el constructivismo se trata de un problema de *verdad*, de incompletitud del sistema por ausencia o superabundancia de hechos que verifiquen juicios morales opuestos; para el realismo se trata de un problema de *conocimiento* de la verdad (puesto que el mundo de sus "hechos" morales se supone completo y consistente).

Alchourrón y Bulygin⁵⁰ señalan que un tipo importante de indeterminaciones morales surge por el hecho de que la satisfacción de condiciones formales no garantiza que haya una única elección posible de principios morales. Según ellos, si el constructivismo admitiera que existe la *posibilidad* de que principios incompatibles entre sí pasen aquel test, entonces caería *ipso facto* en una posición relativista.

No vale la pena discutir si es o no razonable aplicar el rótulo de "relativista" a una posición que admite la *posibilidad* de "empates" morales, o si refleja mejor el pensamiento de quienes usualmente son considerados relativistas reservar ese rótulo para la posición que niega la posibilidad de resolver racional-

⁴⁹ Alchourrón, Carlos E. - Bulygin, Ernesto, *Deontic Truth and Values*, en "Essays in Legal Theory in Honour of Kaarle Makkonen", XVII Oikeustiede Jurisprudencia, 1983.

⁵⁰ Alchourrón - Bulygin, *Deontic Truth and Values*, en "Essays in Legal Theory in Honour of Kaarle Makkonen", XVII Oikeustiede Jurisprudencia, 1983.

mente diferencias morales últimas, es decir, afirma la *inevitabilidad* de tales “empates”.

Lo importante es advertir que el que un procedimiento no garantice resultados únicos para todos los casos concebibles no lo convierte en un mecanismo inútil. Piénsese, por ejemplo, en el procedimiento para elegir profesores sobre la base de la comparación exclusiva de sus méritos académicos. Por supuesto que no hay garantía de que no van a aparecer dos candidatos que exhiban los mismos antecedentes, o antecedentes diferentes pero incomparables; sin embargo, el procedimiento funciona en tanto y en cuanto esa desafortunada circunstancia no se materialice (y funcionaría aun cuando este procedimiento sea, como el del discurso moral, de carácter abierto, es decir si cualquier designación fuera revisable tan pronto apareciera un candidato de mejores méritos). La posibilidad de dilemas morales irresolubles es sólo una amenaza que conseguimos alejar en la medida en que tenemos éxito, por el momento, en mostrar que un conjunto de principios morales satisface mejor las restricciones formales del discurso moral que los conjuntos alternativos de principios que hasta ahora han sido presupuestos para ser considerados. Ésta es siempre una conclusión *provisoria*, pero el que lo sea no debilita, como Alchourrón y Bulygin suponen, la posición constructivista frente a otras posiciones más contundentes.

Para ver esto último, hay que distinguir dos clases de indeterminaciones morales: *indeterminaciones externas*, que resultan de la imposibilidad de elegir entre principios que constituyen la base de sistemas morales distintos y excluyentes; e *indeterminaciones internas*, que ocurren dentro de un *mismo* sistema moral debido a la incompatibilidad de algunas de las consecuencias de sus principios básicos.

La posibilidad de indeterminaciones externas —que son las que preocupan a los relativistas— se ve limitada por el hecho de que los posibles candidatos a constituir los principios básicos de sistemas morales alternativos no constituyen una legión (¡afortunadamente, la imaginación humana tiene sus límites!). Como veremos luego, hay en realidad unas pocas opciones entre principios *básicos* de moralidad social: por ejemplo, la opción entre concepciones colectivistas e individualistas acerca de

la titularidad de intereses y la opción entre concepciones objetivistas y subjetivistas acerca de la interpretación de esos intereses. De modo que, una vez que hemos mostrado que algunas de las alternativas en juego satisfacen mejor que sus competidoras las condiciones formales implícitamente aceptadas por los participantes del discurso moral, podemos tener *cierta* confianza de que el argumento podrá ser repetido contra nuevos candidatos.

En cuanto a las indeterminaciones internas, conviene aclarar que si la presencia de ellas constituye o no una deficiencia del respectivo sistema moral depende de la adopción de la exigencia de *completitud* como un ideal racional (esta exigencia puede cubrir también los casos de inconsistencia, puesto que puede entenderse que ella resulta violada al no haber en el sistema reglas o criterios para resolver esos casos). Alchourrón y Bulygin asumen, en efecto, que la completitud de las calificaciones deónticas de las acciones (incluidas las morales) es una condición para la racionalidad de una decisión práctica⁵¹. Sin embargo, hay autores que opinan distinto, como surge de estos párrafos esclarecedores de Amartya Sen y Bernard Williams⁵².

“¿Requiere *completitud* la racionalidad? Es difícil ver por qué debería hacerlo. El ser incapaz de jerarquizar alternativas puede ser frustrante, pero en sí mismo raramente sería una falla en la racionalidad. Insistir, siguiendo la batuta de la teoría de ‘las preferencias reveladas’, en que la elección racional requiere que *x* pueda ser elegido, cuando *y* está disponible *sólo si* —considerándolo todo— *x* es concebida como al menos tan buena como *y*, impone una limitación peculiar a la elección. La real irracionalidad del burro de Buridán consistía no en su incapacidad para jerarquizar los dos fardos de heno sino en su negativa de elegir alguno de ellos sin estar perfectamente seguro de que un fardo era mejor que el otro o al menos igualmente bueno (seguramente un intento asnal de permanecer fiel a esta curiosa teoría de la elección racional). Puede argüirse que la elección racional basada en órdenes incompletos requiere sólo que no se elija una alternativa inferior. Esto hubiera exigido del burro

⁵¹ Alchourrón - Bulygin, *Deontic Truth and Values*, en “Essays in Legal Theory in Honour of Kaarle Makkonen”, XVII Oikeustiede Jurisprudentia, 1983.

⁵² Sen, Amartya - Williams, Bernard, comps., *Utilitarianism and Beyond*, Introducción, Cambridge, 1982, p. 17-18.

de Buridán elegir *algún* fardo de heno pero no *ninguno*, que era claramente una alternativa inferior... Está también lejos de ser claro que la completitud deba realmente ser vista como una virtud. En conflictos morales multidimensionales la presunción de completitud de jerarquías puede resultar artificial. Por cierto que la insistencia de completitud en análisis de costos y beneficios aplicados a cuestiones tales como la 'valuación de la vida', además de su vulgaridad, se ha mostrado teóricamente problemática. Parece razonable sostener que la completitud no es en sí misma ni un mérito ni un demérito. Si una teoría moral pluralista es aceptada sobre otras bases, no hay una razón particular para rechazar esa aceptación o para afirmarla más fuertemente sobre la base de que puede arrojar jerarquizaciones incompletas".

Hay algunos comentarios que me gustaría agregar a estos lúcidos párrafos de Sen y Williams. Creo que el hecho de que nuestra concepción metaética dé lugar a un grado moderado de indeterminación respalda su pretensión de constituir una reconstrucción adecuada de las bases de nuestro pensamiento moral, puesto que, de lo contrario, no se explicaría la aparición recurrente de algunos dilemas morales aparentemente irresolubles. Por otra parte, si nuestra concepción admitiera demasiadas indeterminaciones ello sería muestra de que su reconstrucción del razonamiento moral es deficiente, puesto que ¿por qué habríamos de haber adoptado, para normar ese razonamiento, reglas cuya satisfacción no cumple ninguna función social, ya que no conducen generalmente a soluciones prácticas unívocas?

Creo que la estructura formal del discurso moral es tal que sólo sistemas morales que están basados en principios suficientemente generales tienen alguna chance de resultar aceptables (difícilmente se aceptaría como una concepción moral plausible una que incluyera como principio *último*, p.ej., el que estipula que es justo que los policías ganen más que los maestros). Esto significa que el choque entre consecuencias de principios supuestamente válidos no es un problema extremadamente grave para la mayoría de las teorías morales sustantivas que constituyen candidatos serios a pesar de los tests formales: o bien ellas incluyen un solo principio básico —como es el caso del utilitarismo o la teoría de Gewirth—, o ellas incluyen una regla que permite jerarquizar sus principios básicos y que está justificada sobre la base de los mismos argumentos que apoyan los

principios —como en la teoría de Rawls—, o ellas están basadas en unos pocos principios que tienen un ámbito de aplicabilidad completamente autónomo —como en el caso de la teoría que trataré de desarrollar en los capítulos siguientes—.

Por supuesto que la extrema generalidad de los principios básicos de una teoría sustantiva de moralidad social no excluye su aplicabilidad a casos particulares concretos (si fuera inaplicable a casos de esta índole ella sería inoperante). La mayoría de las indeterminaciones internas surgen, sin embargo, cuando se trata de decidir esa aplicabilidad: la textura abierta del lenguaje con que los principios generales son formulados genera dudas frecuentes acerca de si ciertos casos particulares son o no subsumibles en ellos. Frente a tales dudas sólo cabe esperar que el progreso en el discurso moral conduzca a formulaciones de esos principios que sean crecientemente precisas.

En el capítulo IX veremos que la práctica efectiva del discurso moral tiene un cierto valor epistemológico, puesto que el intercambio de puntos de vista y el consenso unánime tienden a producir soluciones moralmente correctas, conforme ellas fueron definidas en esta sección. Este valor se transfiere en parte, como veremos, a un sucedáneo del discurso moral, tal como es el procedimiento democrático de toma de decisiones, que puede superar, dentro de las limitaciones impuestas por aquellos mismos principios, muchas indeterminaciones morales. Por cierto que este recurso está lejos de constituir una panacea completa: como se sabe, las normas jurídicas que resultan de tal procedimiento también suelen presentar serias indeterminaciones (como vaguedades, lagunas, contradicciones, etc.), y para resolver éstas no hay más remedio, como se vio en el capítulo I⁵³, que recurrir a la argumentación moral. Sin embargo, si bien nuestras respuestas últimas a cuestiones prácticas deberán surgir del progreso de la discusión moral (ya que las razones morales deben operar no sólo “detrás” del derecho sino también, por lo que acabo de decir, “a través” del derecho), la existencia de procedimientos moralmente legítimos para resolver “empates” morales temporales puede sacarnos de apuros

⁵³ Ver Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, Introducción.

en los casos en que son capaces de proveer soluciones definidas (como se verá con más detalle en el capítulo IX).

6. LA JUSTIFICACIÓN MORAL Y LA JUSTIFICACIÓN DE LA MORAL

Si asumimos en forma optimista que la determinación de ciertos aspectos estructurales subyacentes a nuestra práctica del discurso moral puede arrojar algunos criterios que permitan justificar principios sustantivos como los que generan derechos humanos, todavía cabría preguntarse cuál es la relevancia de tal justificación. Ésta es una justificación *relativa* a ciertas reglas y presupuestos de una práctica social contingente y, suponiendo que ellas sean constitutivas de cualquier fenómeno que sea razonable calificar de moral, ésta sería una *justificación moral*. Pero se podría decir que ella es de por sí irrelevante, ya que, en todo caso, tal justificación depende de la justificación de las reglas constitutivas del razonamiento moral: la justificación moral dependería de la justificación de la moral.

Cuando se plantea la justificación de la moral, o sea la justificación de las reglas implícitas en la práctica del discurso moral ordinario, existe la tentación de seguir este procedimiento. Tales reglas están en función del mecanismo específico en que el discurso moral opera para lograr una convergencia en acciones y actitudes: a través del consenso en la adopción de los mismos principios morales. A su vez la convergencia en acciones y actitudes satisface las funciones sociales de disminuir los conflictos y facilitar la cooperación. Dado que estos objetivos son obviamente valiosos, ese valor se transmite, en la medida en que es eficiente para materializarlos, al discurso moral y a sus reglas constitutivas.

Sin embargo, ¿de qué índole es el valor de los objetivos de disminuir los conflictos y facilitar la cooperación? Tal valor es indudablemente de índole moral: aquí está en juego el principio moral de autonomía que luego estudiaremos, ya que la disminución de los conflictos y la facilitación de la cooperación se justifican sobre la base de que tales estados de cosas expanden las posibilidades de los individuos de elegir y materializar planes de vida. En principio, no hay nada de vicioso en que la

moral justifique, entre muchas otras cosas, el desarrollo del discurso moral. En buenas estaríamos si ocurriera lo contrario, o sea que de los principios morales que satisfacen las condiciones implícitas en el discurso moral se infiriera que éste constituye una actividad disvaliosa. Pero, no obstante, es obvio que quien busca una justificación de la moral no se conformará con una justificación que presuponga la misma moral.

Pero ¿no será de una índole diferente de la moral el valor de la cooperación social y de la disminución de los conflictos? Se podría suponer que si bien —como vimos— las razones prudenciales individuales se ven desplazadas por razones morales, hay otro tipo de razones prudenciales que sirven para fundamentar estas últimas: las que se refieren al *interés de la sociedad en conjunto*. Sin embargo, creo que esta propuesta debe ser rechazada de plano: como veremos en el capítulo VI, hay razones para suponer que el punto de vista globalizador desde el cual se aprecia ese interés social no es constitutivo del discurso moral, con lo que ese interés está supeditado a la satisfacción de derechos que protegen intereses individuales; por lo tanto, mucho menos ese punto de vista podría generar un tipo de valor que justificase, en la medida en que sean eficientes para materializarlo, las reglas formales del discurso moral. El interés colectivo de un grupo social, caracterizado en contraposición tanto con los intereses de los individuos que lo componen como con el interés colectivo de otros grupos sociales, no genera razones originales para justificar acciones, sino a lo sumo razones derivadas de principios morales. Aquí cabe recordar que, por definición, las razones morales son razones *últimas*.

Si esto es así, entonces no se ve qué tipo de justificación se busca cuando se pregunta por la justificación de la moral: una justificación presupone por definición acudir a ciertos principios, y no se advierte a qué principios podemos acudir para justificar principios últimos, o las reglas que permiten derivar tales principios.

Pero quizá la cuestión puede esclarecerse si ponemos las cosas en el plano individual: le decimos a alguien que tal y tal cosa es lo que cierto principio moral requiere, y él nos contesta que, dada nuestra definición de “moral”, él está de acuer-

do con esa conclusión, pero no ve por qué él debe hacer lo que requiere la moral. ¿Qué podemos contestarle? El individuo podría tener razones prudenciales para hacer lo que la moral requiere, pero es probable que si nos formula el interrogante es porque no tiene tales razones o porque ellas no le son suficientes. Pero entonces, si no son razones prudenciales, ¿qué otro tipo de razones está buscando para ser moral? ¿qué significado tiene la expresión “debo” en la pregunta “¿por qué debo ser moral?” La única respuesta posible es que las razones en cuestión sólo pueden ser razones morales y que el deber sobre el cual se pregunta sólo puede ser un deber moral, ya que nuestro razonamiento práctico no reconoce razones y deberes de orden superior. Pero al individuo no le satisface, naturalmente, una respuesta que presupone lo que él está preguntando. Sin embargo, ¿qué es lo que él está, en realidad, preguntando? La pregunta misma envuelve una contradicción, puesto que, una vez articulada adecuadamente, equivale a lo siguiente: “¿Qué razón moral tengo yo para hacer lo que prescribe la moral, que no sea una razón que derive de los mismos principios morales?” Esto es como preguntar quién tiene la suerte de ser la esposa del soltero más feliz del mundo y ponerse nervioso cuando no atinamos a dar una respuesta.

No todas las preguntas pueden ser contestadas; en especial no pueden serlo las que envuelven una contradicción lógica. Éste es el caso de la pregunta acerca de la justificación de la moral y de la pregunta más específica de por qué alguien debe ser moral.

Lo que sí puede darse es, por supuesto, una *explicación* de por qué una sociedad desarrolla una cierta práctica de discurso moral y por qué buena parte de los individuos tienden a participar en ese discurso. Probablemente —como ha sido muchas veces señalado— intervengan en esta explicación consideraciones relacionadas con teorías evolucionistas (aunque es importante aislarlas de toda implicación justificatoria)⁵⁴.

Una explicación de por qué se desarrolla socialmente una cierta modalidad de discurso moral y por qué los individuos

⁵⁴ Sobre este punto, ver Singer, *The Expanding Circle. Ethics and Sociobiology*, cap. 3.

tienden generalmente a participar en él es todo lo que necesitamos para justificar nuestro interés teórico por el análisis de la justificación moral y de los principios sustantivos a los que ella se aplica, en vez de ocuparnos, por ejemplo, de una justificación que sea relativa a un tipo de discurso cuyas reglas estipulan que prevalecen aquellos principios que son defendidos con un tono de voz más alto. De lo que debemos olvidarnos es de la justificación no moral de la moral, pues ésta es una idea autocontradictoria. Los escépticos que sostienen que, en consecuencia, no hay nada que constituya una justificación moral son, como siempre, los decepcionados buscadores de absolutos ininteligibles.

En el próximo capítulo veremos cómo el tipo de enfoque metaético aquí desarrollado ha sido objeto recientemente de críticas que lo ponen a prueba. Encarar esas críticas es un necesario paso previo a poner este enfoque en acción, tratando de defender desde él ciertos principios sustantivos y esquemas institucionales.

CAPÍTULO IV

EL NUEVO DESAFÍO COMUNITARISTA AL LIBERALISMO KANTIANO

El enfoque metaético que tracé en el capítulo anterior forma parte de un conjunto de puntos de vista a los que di el nombre genérico de “constructivismo” y que fue adoptado por muchos filósofos, principalmente a fines de la década del sesenta y en la del setenta. Indudablemente ha sido Rawls quien más hizo por atraer de nuevo la atención hacia la posibilidad de descubrir alguna estructura subyacente al razonamiento, el discurso o la acción morales que pudiera influir en la evaluación sustantiva, aunque de hecho todo ese empeño estuviese inspirado por el espíritu de Kant, aun cuando no siempre en sus palabras.

Fatalmente el espíritu de Kant tenía que enfrentarse al fantasma de Hegel. A fines de los años setenta y en los del ochenta se desarrolló todo un movimiento que enfrenta el enfoque constructivista kantiano, y a menudo sus implicaciones liberales, con las habituales acusaciones de pervertir la ética por la formulación de reglas universales legalísticas que sustraen a los hombres de sus vínculos y circunstancias locales, concibiéndose como egos descontextualizados, cuya historia, deseos y proyectos son irrelevantes y que existen independientemente los unos de los otros y de la comunidad en la que están insertos. Las virtudes han de preferirse a los principios universales; los ideales de una vida buena a las obligaciones morales, los compromisos personales a la imparcialidad hacia nuestros semejantes como tales.

Lo extraño no es que este movimiento apareciera en los últimos años sino que surgiera con un sentido de descubrimiento, de finalmente desenmascarar al liberalismo kantiano poniendo en evidencia que se apoya en un conjunto de presupuestos infundados que nos han tenido engeguercidos. En realidad, tan pronto como dirigimos la mirada hacia nuestro entorno cultural más próximo, tanto en el tiempo como en el espacio, advertimos que ese discurso en términos de comunidad, patriotismo, vínculos locales y compromisos personales era, y es aún, muy familiar y que tenía, y tiene todavía, manifestaciones patológicas. El liberalismo kantiano contra el cual esta nueva ola reacciona, fue, y es a su vez, una reacción contra aquel enfoque de la moralidad.

1. LA OFENSIVA

Es posible que la nueva ola antikantiana se remonte al libro de Charles Taylor sobre Hegel¹. Según este autor, Hegel trató de combinar dos aspiraciones de la generación romántica, la de una autonomía radical y la de la unidad expresiva con la naturaleza y la sociedad; aspiraciones que eran una reacción contra el pensamiento y la sensibilidad del Iluminismo, que concebía la naturaleza y la sociedad como instrumentos de los deseos e intereses de los hombres, los que, a su vez, eran concebidos en términos atomísticos. No obstante el concepto de Kant de la autonomía como radicalmente separada de los deseos humanos contingentes, su visión política, de acuerdo con Taylor, no podía avanzar más allá de la utilitarista. Lo que Hegel critica a Kant es que, debido a que su concepto de la razón era puramente formal (por cuanto se reduce al requisito de universalidad), no podía dar contenido a la obligación moral; porque esa idea era incompatible con la de que el único contenido válido de la obligación moral está dado por la *Sittlichkeit* de la sociedad circundante a la que pertenecemos, la moral sigue siendo para Kant individual; y porque ella no tomó en consideración que los individuos son parte de una realidad más amplia, ese concepto de razón opuso lo justo a lo real, la mora-

¹ Taylor, Charles. *Hegel*. Cambridge, 1977.

lidad a la naturaleza. Para Hegel, en cambio, la moralidad alcanza su completitud en una comunidad, la libertad se realiza cuando la sociedad en general satisface las demandas de la razón. Según Taylor, éste es el punto en que Hegel objeta las intuiciones básicas del liberalismo: esas intuiciones implican que las obligaciones universales prevalecen sobre las que son contingentes a nuestra pertenencia a una dada comunidad; Hegel invirtió ese orden, ya que para él la completa realización de la libertad requiere una sociedad porque ésta es la mínima realidad humana autosuficiente; nuestra más alta y más completa existencia moral es la que podemos lograr como miembros de una comunidad. Hegel rechaza la idea iluminista utilitaria de que el Estado sólo tiene una función instrumental: servir a los fines de los individuos. Explícitamente dice que el Estado no es algo abstracto que se yergue frente a los individuos, sino que el uno y los otros son partes de una vida orgánica en la que nadie es un medio y nadie es un fin. Según Taylor esto implica que la identidad de los individuos está parcialmente determinada por su pertenencia a una cierta comunidad. Esto nos parece misterioso, dice, sólo porque tenemos una visión atomística de los hombres que no toma en cuenta que (como lo evidencia el empleo de un lenguaje compartido y su esquema conceptual subyacente), somos lo que somos porque estamos en una comunidad cultural.

Al parecer estas ideas han influido notablemente en la obra de quien es en la actualidad el más franco crítico comunitarista de la tradición kantiana (tal como es expresada en Rawls), Michael Sandel, pese al hecho de que éste, si bien reconoce la contribución de Taylor a la cultura anglosajona por su enseñanza de la importancia de Aristóteles y Hegel, rara vez cita la obra escrita de Taylor.

El libro de Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*², está dirigido a refutar lo que él llama "liberalismo deontológico": el punto de vista de que la justicia es anterior a cualquier otra idea moral o política, dado que una sociedad que está formada por una pluralidad de individuos con diferentes intereses

² Sandel, Michael J., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, 1982.

y concepciones de lo bueno es valiosa en la medida que esté ordenada sobre la base de principios de lo justo que no presuponen ningún concepto de lo bueno. Lo que Sandel quiere atacar no es solamente una concepción moral sino el modo de derivarla, esto es una posición metaética: aquella que afirma que los principios de justicia son derivados independientemente de cualquier concepción de lo bueno, puesto que se los puede obtener sin acudir a la idea de que satisfacen algún fin, interés o meta individual o social. De acuerdo con Kant, esto es lo que hace que la justicia sea absolutamente confiable y universal, dado que sus principios no están sujetos a la variación empírica contingente de los deseos e inclinaciones humanas. La prioridad de la justicia y lo justo respecto de todos los demás valores que dependen de la satisfacción de deseos y fines se funda en el hecho de que la justicia deriva enteramente del concepto de libertad y la libertad es un prerequisite de todo fin humano. La ley moral se basa en el sujeto de la razón práctica, un sujeto capaz de voluntad autónoma, o sea capaz de elegir los fines. El hecho de que esta capacidad sea previa a la adopción de cualquier fin es lo que fundamenta la prioridad de la justicia respecto de los valores que presuponen ciertos fines. Esto supone un sujeto que es previo a sus objetos de experiencias. La prioridad del sujeto se funda en el hecho de que las experiencias requieren un sujeto independiente de ellas y que les da unidad. Esta concepción del sujeto como independiente de sus experiencias es lo que permite verlo como un agente autónomo libre, porque, de no ser así, sería parte del flujo causal al que pertenecen las experiencias.

Según piensa Sandel, lo que hace Rawls es dar una base empírica a esta doctrina kantiana, reemplazando la metafísica idealista de esta concepción del sujeto nouménico y situando al sujeto en una situación de elección que se caracteriza por tomar en cuenta circunstancias empíricas (como las llamadas "circunstancias de justicia", la motivación autointeresada del sujeto, etcétera). Pero Sandel afirma, sin embargo, que Rawls no logra salvar a la doctrina kantiana de la acusación de estar basada en una imagen ilusoria del yo como una entidad descarnada, separada de sus deseos e intereses, de los otros egos y de la comunidad en general.

Una de las principales objeciones que Sandel hace a Rawls es que la prioridad de la justicia no puede ser sostenida una vez que recurre a la posición originaria, porque no es verdad, como generalización empírica, que las circunstancias de justicia prevalezcan en todas las sociedades. Ello sólo se da en aquellas sociedades en las que por falta de un grado suficiente de benevolencia y fraternidad entre sus miembros, existe un desacuerdo tal que debe ser dominado mediante la justicia. Esto muestra, de acuerdo con Sandel, que la virtud de justicia, lejos de ser anterior a otros valores sociales, es una virtud remedial, puesto que se acude a ella cuando otras virtudes fracasan. Un mayor grado de justicia en una sociedad puede no ser señal de un mejoramiento moral, por cuanto puede deberse a un deterioro de los vínculos de fraternidad. Rawls podría replicar que su afirmación acerca de las circunstancias de justicia no es empírica, sino que forma parte de la posición originaria, la cual es un procedimiento heurístico utilizado para derivar principios de justicia aceptables; empero, si no hay un apoyo empírico para los elementos de la posición originaria, arguye Sandel, el equilibrio reflexivo sería circular o no habría nada que correspondiera a nuestras convicciones reflexivas.

Sostiene Sandel que, en realidad, detrás de la posición originaria hay algo que es independiente de nuestros juicios reflexivos: esa construcción refleja una concepción del sujeto moral que no es meramente una hipótesis empírica sino también una postulación de antropología filosófica (en el sentido de que llegamos a ella por reflexión sobre la clase de seres que somos). Entre las propuestas básicas de esta concepción es importante distinguir, primero, la idea de que los sujetos morales son personas plurales y distintas, con sistemas separados de fines y, en segundo lugar, la idea de que los individuos están separados de sus deseos, intereses y fines, conservando su continuidad a lo largo del tiempo no obstante los cambios en esos elementos subjetivos y conservando su libertad distintiva de elegirlos pese al condicionamiento empírico al que están sujetos. Esto implica una idea voluntarista de la acción de acuerdo con la cual ella consiste en que la voluntad del agente se extiende más allá de sí mismo hacia determinados fines externos. Según Sandel, la concepción de Rawls del sujeto moral elimina la posibi-

lidad de que algún compromiso del sujeto llegue a ser tan profundo como para que sea necesario tomarlo en cuenta para comprenderse a sí mismo y definir su identidad. Elimina asimismo la posibilidad de que sean relevantes para la identidad del individuo consideraciones intersubjetivas e intrasubjetivas, puesto que esa identidad es definida independientemente de otros individuos y de la comunidad a la que pertenecen y de los cambios que la personalidad del individuo pueda experimentar a lo largo del tiempo.

Afirma Sandel que esta concepción de la persona es incompatible con el principio de diferencia de Rawls, que presupone que los talentos personales son bienes comunes. Nozick argumenta que esta presunción implica desconocer la diferencia entre las personas y tratar a algunos individuos como meros medios en beneficio de otros; Rawls podría replicar que lo que se utiliza no es la persona sino sus capacidades, pero ello implicaría un sujeto enteramente descarnado, según el molde kantiano rechazado por Rawls. Según Sandel, una mejor defensa sería recurrir a una concepción intersubjetiva del sujeto de modo que la idea de bienes comunes presuponga un sujeto común de posesión; pero esto, que es la mejor manera de apoyar el principio de diferencia, va en contra de la imagen individualística del sujeto de Rawls: exige una concepción constitutiva de la comunidad que choca con la identidad de sus miembros. La concepción del sujeto de Rawls se opone, asimismo, a su admisión del merecimiento retributivo, dado que esta concepción, según Sandel, excluye toda idea de merecimiento que no sea derivada de ordenamientos institucionales imparciales (como Rawls lo admite cuando se refiere a las decisiones distributivas); esto es así porque el merecimiento supone alguna característica del sujeto que no es en sí misma merecida porque es parte del sujeto mismo, y esto es negado por la concepción del sujeto de Rawls. Añade Sandel que esta concepción no se compadece tampoco con la construcción de la posición original, dado que es imposible que egos abstractos difieran en sus rasgos e intereses como para pactar entre sí y alcanzar un acuerdo.

Afirma Sandel que aun para defender muchas de las conclusiones a las que llega Rawls es necesario recurrir a un concep-

to constitutivo de comunidad, que es relevante para la identidad de sus miembros y a un concepto cognitivo de acción según el cual, con el fin de actuar, el hombre necesita descubrir los fines que son parte de sí mismo mediante un proceso de auto-comprensión. Sandel sostiene que tan pronto como adoptamos esos conceptos la prioridad de la justicia respecto de lo bueno (que no ha de entenderse como la mera satisfacción de deseos) desaparece. Según sus propias palabras: "Si el utilitarismo no acierta a considerar seriamente nuestra distintividad, la justicia como equidad no logra tomar en cuenta seriamente nuestra comunidad. Al considerar los límites del yo como previos, fijados de una vez por todas, relega nuestra comunidad a un aspecto de lo bueno, y relega lo bueno a una mera contingencia, un producto de necesidades y deseos indiscriminados, sin relevancia desde un punto de vista moral. Dada una concepción de lo bueno de este modo disminuida, la prioridad de lo justo sería ciertamente una pretensión irrecusable. Pero el utilitarismo dio al bien un mal nombre y al adoptarlo acríticamente, la justicia como equidad gana para la deontología una falsa victoria"³. Según Sandel, la deontología proporciona una visión liberadora de un mundo que no tiene ni sentido ni telos hasta que el yo lo construye; pero esa visión es imperfecta dado que ese yo está demasiado vacío para elegir principios de justicia y concepciones de lo bueno y no explica aspectos de nuestra experiencia moral que indican que algunos vínculos y compromisos definen parcialmente nuestra identidad y son objeto esencial de nuestro autoconocimiento y del conocimiento de otros.

Otro protagonista importante de este movimiento filosófico comunitarista es Alasclair MacIntyre. En su artículo *Is Patriotism a Virtue?*⁴ contrasta lo que llama la "moralidad liberal" a la "moralidad del patriotismo". Los rasgos distintivos de la primera son el estar constituida por reglas a las que cualquier persona racional, en condiciones ideales, daría su asenti-

³ Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, p. 174.

⁴ MacIntyre, Alasclair, *Is Patriotism a Virtue?*, The Lindley Lecture, University of Kansas, Department of Philosophy, 1984.

miento, que esas reglas son neutrales entre intereses en competencia y concepciones de lo bueno, que las unidades últimas a las que esas reglas se refieren son seres humanos individuales cada uno de los cuales debe contar por uno y nadie más que por uno, y que el punto de vista de todo agente moral es el mismo cualquiera que sea su contexto social. Los defensores de la moralidad del patriotismo se lamentan, según MacIntyre, de que el liberalismo no toma en cuenta que las reglas morales se aprenden en un determinado medio social que les confiere su alcance y contenido específicos; que los bienes con referencia a los cuales esas reglas deben ser justificadas están conectadas con una cierta clase de vida social; que fuera de una determinada comunidad un individuo no tendría ninguna razón para ser moral puesto que no tendría acceso a los bienes que lo justifican y carecería de la fuerza para ser moral que es proporcionada por el apoyo del medio ambiente social. Por consiguiente, el patriotismo bien podría ser la virtud moral por excelencia, porque sin un fuerte vínculo con una determinada comunidad una persona no florecerá como agente moral. Verdad es que el patriotismo es una posición moralmente peligrosa por cuanto no permite la crítica de ciertos aspectos centrales de la comunidad tomada en cuenta, particularmente de aquello que es parte del proyecto que constituye una nación. Pero también el liberalismo es moralmente peligroso por cuanto priva a la gente —y especialmente a ciertos grupos, como el militar— de la motivación para ser moral que va asociada al hecho de ver nuestra vida como una narración actuada dentro de la cual es una parte esencial nuestra condición de miembros de una comunidad; de ahí que la crítica racional intrínseca al liberalismo conduzca a un proceso de disolución moral.

En su obra *After Virtue*⁵, MacIntyre da una explicación diferente aunque afín a este proceso de disolución moral al cual el liberalismo kantiano expone a las sociedades contemporáneas. Su tema principal es que el discurso moral actual se halla en un estado de grave alteración porque incluye fragmentos de esquemas conceptuales diferentes e incompatibles que han

⁵ MacIntyre, Alasdair, *After Virtue*, Notre Dame, Ill , 1981.

sobrevivido a la pérdida de los presupuestos de fondo que les daban sentido. El proyecto del Iluminismo de dar una justificación racional independiente de la moralidad tenía que fracasar, según este autor, porque eliminaba un elemento de la tríada que era inherente al punto de vista precedente de la moralidad. Esa tríada se componía de la idea del hombre tal-cual-es y la idea del hombre como-podría-ser si realizara su telos y el sistema de preceptos de reglas al que se atribuía un origen teológico y cuya función era orientar a los hombres a pasar de un estado al otro. El Iluminismo abandonó no sólo la creencia en el origen divino de los preceptos morales, sino asimismo, lo que es más importante, la idea de un telos humano, la idea de una verdadera finalidad de los hombres. Sin esta idea, la relación entre los otros dos elementos y el *status* de los preceptos morales se volvió muy confusa. Los filósofos de este movimiento trataron de fundamentar los preceptos morales recibidos, cuyo contenido no cambiaron, en la naturaleza humana, pero fue imposible dado que cada uno de los elementos de la tríada estaba concebido para ser discrepante del otro. El yo fue liberado de su contexto social y de su telos, pero esa liberación significó la imposibilidad de justificar racionalmente las reglas morales. Se inventaron los conceptos de derechos y utilidad, pero son sólo ficciones sin un respaldo racional. Este estado del discurso moral actual ha vuelto valederos los reclamos del emotivismo, no como una teoría del significado sino como una teoría del empleo de los enunciados morales. La única manera de rescatar a la moralidad de la exhortación de Nietzsche a abandonarla es retornar a un punto de vista aristotélico de ella, fundándola en las virtudes. Son éstas calidades humanas cuya posesión nos permite alcanzar los bienes intrínsecos a las prácticas sociales; por eso es imposible ejercer las virtudes fuera de una determinada comunidad. Pero esta explicación no es aún suficiente, por cuanto es necesaria, a fin de evitar conflictos entre diferentes virtudes, una explicación de lo bueno para toda la vida humana concebida como una unidad. Esta explicación debe unificar los bienes de prácticas particulares en las que pudiéramos tomar parte en segmentos de nuestra vida a fin de evaluar una vida como un todo. Debemos entenderla, según MacIntyre, como una narración actuada. Sólo que la historia de mi vida está incluida en la historia de la comunidad de la

cual derivó mi identidad. Esto significa que las tradiciones de nuestra comunidad son esenciales para definir lo que es bueno en nuestra vida.

También Michael Walzer, en *Philosophy and Democracy*⁶, juzga la inmersión en las particularidades de una comunidad, con sus propias tradiciones, convenciones y expectativas, como precondition necesaria para adoptar decisiones políticas; ataca la pretensión filosófica de limitar las conclusiones democráticas así alcanzadas por vía de apelación a derechos derivados de especulaciones acerca de lo que hombres abstractos decidirían en condiciones ideales. En *Spheres of Justice*⁷, Walzer expone un punto de vista similar al de MacIntyre, en el sentido de que la moralidad está basada en algunos bienes básicos cuyo significado y alcance son definidos en cada comunidad. Cada clase de bienes tiene su propio principio de distribución. Por lo que defiende lo que llama una "igualdad compleja", la cual se logra, no por aplicación de un principio de distribución a toda suerte de bienes —a la Rawls—, sino por la operación conjunta, en sus propias esferas, de todos los principios de distribución que son adecuados a los bienes que esa particular comunidad estima.

El constructivismo kantiano ha recibido también un ataque similar a algunos de los citados desde un punto de vista totalmente inesperado. Del mismo modo que Lawrence Kohlberg⁸ trató de darle un apoyo empírico demostrando que corresponde al último estadio en el desarrollo del pensamiento moral de una persona, una discípula feminista, Carol Gilligan, alega ahora en *From a Different Voice*⁹, que este tipo de investigaciones no ha prestado suficiente atención a la estructura decididamente diferente del razonamiento moral de la mujer.

El modo de razonar femenino satisfaría todas las objeciones hechas por la alternativa comunitarista al constructivismo

⁶ Walzer, Michael, *Philosophy and Democracy*, en "Political Theory", agosto 1981, vol. 9, n° 3, p. 379-399.

⁷ Walzer, Michael, *Spheres of Justice*, Princeton, 1983.

⁸ Kohlberg, Lawrence, *The Philosophy of Moral Development*, San Francisco, 1981.

⁹ Gilligan, Carol, *From a Different Voice*, Cambridge, 1982.

kantiano del “chauvinismo masculino”: reemplaza la preocupación por las reglas por la preocupación por las virtudes; la imparcialidad por los compromisos personales; la universalidad por los vínculos locales.

La mayor parte de los puntos de vista antes comentados rechazan tanto los presupuestos metaéticos del constructivismo kantiano y los principios liberales como las instituciones ulteriores que se suponen derivadas de tales presupuestos. Pero hay quienes quieren conservar las instituciones liberales sin el respaldo metaético kantiano. Es lo que Richard Rorty¹⁰ denomina el “liberalismo burgués postmodernista”, relacionándolo, por un lado, con la tradición hegeliana y, por el otro, con el pragmatismo de Dewey. La conexión hegeliana está dada por las ya familiares pretensiones de que la moralidad debiera ser concebida como el interés de una comunidad históricamente condicionada, no como un conjunto de principios abstractos universales que establecen derechos; que el yo no es un ente descarnado desprovisto de intereses, vínculos e influencias causales, sino una malla de creencias, deseos y emociones que constantemente se entretajan; que los conflictos no se resuelven recurriendo a reglas abstractas sino a las enseñanzas de hechos sociales compartidos. La relación con Dewey la da el hecho de que, a fin de abandonar el respaldo metaético kantiano de las instituciones liberales es necesario reemplazar el punto de vista de la racionalidad como siguiendo un método previamente establecido por otro que la identifique con la discusión de cualquier tema con actitud de tolerancia para las opiniones de los otros, de curiosidad por nuevas ideas, etcétera. Este concepto de racionalidad implica el rechazo de las distinciones tradicionales entre lo objetivo y lo subjetivo, los hechos y los valores; implica asimismo el rechazo de la idea de que la verdad está dada por la correspondencia con alguna realidad —como la naturaleza humana en el caso de los principios morales—, reemplazándola por la idea de que la búsqueda de la verdad y la bondad es la búsqueda de una comunidad que permite la libre discusión y promueve la solidaridad.

¹⁰ Rorty, Richard, *Postmodern Bourgeois Liberalism*, en “The Journal of Philosophy”, 1983, p. 583-589.

Otro destacado filósofo que quiere conservar el núcleo de las instituciones liberales sin la fundamentación constructivista kantiana, pero que no acepta la epistemología pragmatista de Rorty es Bernard Williams. En *Ethics and the Limits of Philosophy*¹¹, Williams se adhiere a la crítica de Hegel de la moralidad "abstracta" kantiana, que separa a ésta de una forma local de vida comprensible para la gente que vive en una sociedad dada. Su principal argumento es que el conocimiento ético es posible si utilizamos "conceptos densos", como los de coraje, traición, crueldad, que proporcionan razones para actuar y tienden un puente entre lo fáctico y lo evaluativo (son al mismo tiempo guiados-por-el-mundo y guidores-de-la-acción). Para un ajeno es imposible dominar esos conceptos sin compartir los valores e intereses que son parte de la cultura y las prácticas de una comunidad. Williams arguye que la reflexión socava ese conocimiento ético por cuanto ella implica permanecer fuera de esa cultura y prácticas y sustituir los conceptos densos por conceptos generales —como los de lo correcto y lo bueno—. Pero los conceptos-éticos generales, según Williams, no proporcionan conocimiento porque no poseen una capacidad de orientación en el mundo que asegure la convergencia del pensamiento ético en una realidad moral cierta. Esto no significa que nunca se pueda alcanzar la objetividad: se la puede alcanzar si la gente adopta una vida ética respaldada por una convergencia práctica, un modo de vida compartido. Esta fundamentación de la ética en una vida ética compartida no implica abandonar el respeto a la libertad y la justicia social, aun cuando puede dificultar alcanzarlas. En *Moral Luck*¹², Williams añade que, como la vida tiene que tener subsistencia a fin de que la gente se adhiera a su sistema de moralidad, hay cosas, como los vínculos profundos con otras personas, que deben tener valor, aun si ellos faltan a la moralidad. Esto significa que la moralidad no siempre puede ser suprema, como lo supuso el punto de vista kantiano. La supremacía de la moralidad imparcial dejaría a las gentes sin una vida por vivir. Esta última

¹¹ Williams, Bernard, *Ethics and the Limits of Philosophy*, London, 1985.

¹² Williams, Bernard, *Moral Luck*, Cambridge, 1981.

opinión es compartida por Susan Wolf, quien en *Moral Saints*¹³, argumenta que si la moralidad prevaleciera siempre en nuestra vida ésta se vería intolerablemente empobrecida; hemos de reconocer, por consiguiente, que las consideraciones acerca de lo que es una vida buena y acerca de la perfección individual no siempre son invalidadas por los juicios morales. Los conflictos entre diferentes clases de consideraciones evaluativas deben ser resueltos de un modo semejante al sugerido por el intuicionismo.

El punto de vista de Williams acerca de la importancia para la ética de un modo de vida basado en convenciones y una historia común es compartido por Stuart Hampshire en *Morality and Conflict*¹⁴. Sin embargo, Hampshire se distingue de la mayor parte de los filósofos antes mencionados al aseverar que esta moralidad particularista –una moralidad de convenciones, tradiciones, lealtades e instituciones– no desplaza un sistema imparcial y universalista del tipo kantiano, sino que las dos clases de moralidad nos presentan justificados reclamos, originando inevitables conflictos. Es el costo de seguir a la par a la razón y a la historia.

Esta larga incursión en el campo de las contribuciones que se puede considerar que en distinto grado han tomado parte en el nuevo movimiento comunitarista, espero que haya evidenciado el hecho de que el mismo ha convocado a muchos de los más destacados filósofos.

Lo que sorprende es que, sin mayores referencias entre sí y, quizá, sin conciencia de pertenecer a un determinado movimiento, estos filósofos coinciden apreciablemente en sus más importantes posturas. Un hilo conductor corre a través de la rica trama de filosofía, historia, sociología y literatura que esos autores proporcionan, señalando coincidencias. Las razones objetivas para la acción no son expresadas (o no lo son principalmente) por proposiciones que recurren a conceptos como el de derechos humanos. Son demasiado generales para ser con-

¹³ Wolf, Susan, *Moral Saints*, en "The Journal of Philosophy", agosto 1982, vol. LXXIX, nº 8.

¹⁴ Hampshire, Stuart, *Morality and Conflict*, Oxford, 1983.

trolados por criterios mas o menos precisos y determinados que los conecten con circunstancias fácticas, de modo que permitan la convergencia, y son demasiado abstractos para ser asociados con las necesarias motivaciones humanas. Las razones para las acciones están vinculadas, en cambio, con el ejercicio de las virtudes humanas. Éstas son cualidades y disposiciones que permiten a la gente alcanzar bienes humanos fundamentales. En qué consisten esos bienes depende de un cierto modo de vida. Pero un modo de vida no es, excepto en algunos aspectos superficiales, algo que cada individuo puede escoger para sí de manera enteramente libre, sino algo que es compartido con otros en el contexto de una comunidad. Así, virtudes, bienes, modos de vida dependen, al fin y al cabo, de prácticas convergentes, convenciones sociales, tradiciones. La comunidad, por consiguiente, no es un instrumento para la satisfacción de intereses individuales, sino algo que es constitutivo de esos intereses y aun de los propios individuos.

Esto introduce, por un lado, una dimensión transindividual y, por el otro, un elemento particularista local que o bien determinará el juicio moral o, por lo menos, generará razones independientes que compitan con los juicios morales en la deliberación práctica. El liberalismo kantiano pasa por alto, según tal interpretación, la rica y compleja textura de nuestro razonamiento moral o práctico al acudir a reglas legalísticas generales y abstractas que sólo pueden ser aprobadas por egos descarnados, desprovistos de toda motivación, vínculos locales y compromisos personales.

2. LA RETIRADA LIBERAL

Un observador hubiera podido prever que este decidido ataque al liberalismo kantiano provocaría respuestas no menos enérgicas de los defensores de ese punto de vista, algunos de los cuales se mencionaron en el capítulo anterior, dando así lugar a un fructífero debate filosófico de gran interés. Sin embargo, hasta ahora, las defensas de la posición kantiana han sido sorprendentemente débiles y en algunos casos hasta han constituido una franca retirada.

A este respecto, el caso más notorio es, nada menos, que el de John Rawls. En una serie de artículos publicados des-

pués de su obra fundamental, Rawls comenzó a modificar el tono de su argumentación, adoptando con fuerza creciente los elementos relativistas y convencionalistas ya incluidos en aquella obra y desembarazándose de sus presupuestos objetivistas, universalistas, que inspiraron a toda una generación.

El cambio es reconocido a regañadientes y un puñado de frases, como aquella que caracteriza a la sociedad como “un esquema equitativo de cooperación entre seres libres e iguales”, se repiten incesantemente creando una impresión de continuidad. Pero algunas notas, en las que son citados Sandel y Walzer, dan idea del origen del impacto que se manifiesta en las reiteradas afirmaciones de que la concepción de la justicia no es metafísica sino política y que ella se basa en un consenso parcialmente sobrepuesto. Para advertir la naturaleza del cambio será útil hacer una breve referencia a la evolución del pensamiento de Rawls.

Los problemas de interpretación de la relación entre los diferentes mecanismos justificatorios utilizados en *A Theory of Justice* son bien conocidos¹⁵. En particular hubo prolongadas discusiones acerca de la conexión entre la base contractual y la posición originaria y entre el equilibrio reflexivo y aquellas dos ideas; también fue objeto de controversias si la posición originaria plantea un teorema de elección racional relacionado con una justificación sobre la base del autointerés. Detrás de esas discusiones está el propósito de asociar la teoría de Rawls con alguna clase estándar de justificación moral –las basadas en el consentimiento, el autointerés, la intuición o las características estructurales del razonamiento práctico–. En el fondo, el objeto es determinar en qué medida esta teoría es objetivista o relativista.

Aunque haya base para diferentes interpretaciones, no me parece irrazonable vincular la tarea justificatoria emprendida por Rawls en *A Theory of Justice* con el tipo de enfoque metaético esbozado en el capítulo anterior; esto implica dar prioridad a los aspectos estructurales del razonamiento y el discurso como sólida plataforma para justificar los principios de justicia.

¹⁵ Rawls, *A Theory of Justice*.

El autointerés (que como vimos en el capítulo II, no es operativo) no es adoptado por Rawls sino como un dispositivo técnico dentro del contexto de la construcción heurística de la posición originaria y, en ese carácter, es neutralizado, como dice Hare¹⁶, por el velo de ignorancia, de modo que conduce a una actitud de imparcialidad benevolente. Del mismo modo, la idea de elección racional pasa a tener un papel secundario, ya que no está conectada con el autointerés como supuesta motivación primaria de la acción humana, sino que es instrumental para cualquier fundamento al que Rawls recurra para apoyar los principios morales.

Igualmente, el consentimiento implicado en los contratos no puede constituir un mecanismo justificatorio en el contexto de la teoría originaria de Rawls. Primero, porque es bastante obvio que el consentimiento no puede operar a un nivel tan básico como fundamento de los primeros principios de justicia, puesto que, como veremos más adelante, el consentimiento presupone algunos principios que hacen de un acto de voluntad una condición de algunas consecuencias normativas. En segundo lugar, porque, como lo ha demostrado claramente Dworkin¹⁷, un consentimiento hipotético no puede justificar consecuencias normativas efectivas. De hecho, Rawls expresa con toda claridad¹⁸ que la palabra "contrato" se emplea para sugerir cosas que no están conectadas con una justificación basada en el consentimiento, como la hipótesis de qué principios aceptaríamos si fuéramos racionales, libres e iguales, la idea de pluralidad de la gente a la que los principios de justicia deben aplicarse, la idea de publicidad. Volveremos más adelante sobre la significación de la primera idea.

El tratamiento de las intuiciones es mucho más arduo. Es verdad evidente que Rawls confiaba en gran medida en lo que él denomina "equilibrio reflexivo" y que un elemento esencial de ese equilibrio es lo que él llama "juicios reflexivos o convicciones". La naturaleza de esas convicciones dentro del con-

¹⁶ Hare, *Rawls' Theory of Justice*, en Daniels, comp., "Reading Rawls".

¹⁷ Dworkin, Ronald, *The Original Position*, en Daniels, N., comp. "Reading Rawls", Oxford, 1975.

¹⁸ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 16.

texto de la teoría originaria de Rawls era bastante misterioso, pero por lo menos dos cosas emergían relativamente claras. Primero, aquellas intuiciones, como argumenta Dworkin, no eran tomadas como representación de una supuesta realidad moral. En segundo lugar, en *A Theory of Justice*, esas intuiciones no estaban localizadas. No hay allí ninguna referencia al hecho de que las convicciones relevantes fueran las de la sociedad norteamericana, ni de ningún grupo de ella, ni las presentes en el pensamiento de la gente que vive en una democracia constitucional, etcétera. Lo más que Rawls avanza en la localización de esas intuiciones es decir que las únicas que importan para los propósitos de su libro son aquellas del autor y el lector. Pero, claro está, no desecha (supongo) la feliz posibilidad de que su lector pueda ser, por ejemplo, un chiita iraní. Esta característica de no localización de las intuiciones que deben ser tomadas en cuenta hace que uno se pregunte si acaso Rawls supuso que ellas tienen alguna fuente común fuera de una realidad externa, que pudiera fundamentar su lugar prominente en el equilibrio reflexivo. En el capítulo anterior he aventurado la hipótesis de que el valor de las intuiciones está dado por el hecho de que directa o indirectamente podrían reflejar restricciones estructurales de nuestro discurso moral. Si este punto de vista es atribuible al propio Rawls depende del lugar que la estructura del discurso moral tuviera en su teoría originaria.

Hay ciertas observaciones en *A Theory of Justice* que parecen justificar una simple interpretación kantiana de esto. Por ejemplo, en el párrafo acerca de la relevancia de las intuiciones del autor y el lector¹⁹, Rawls dice que “podemos suponer que cada uno lleva en sí mismo la forma íntegra de una teoría de justicia”. Dice, asimismo²⁰, que adquirimos habilidad en juzgar las cosas como justas o injustas y en apoyar esos juicios con razones, y que podría concebirse la filosofía moral como una tentativa de juzgar esa extraordinariamente compleja capacidad moral. Rawls asevera²¹ que la correcta explicación de

¹⁹ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 50.

²⁰ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 46.

²¹ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 47.

esa capacidad seguramente involucrará principios y construcciones teóricas bastante sofisticadas. Los juicios reflexivos son probablemente aquellos más aptos para poner de manifiesto esa capacidad sin distorsión.

Dice también Rawls repetidamente²² que las “condiciones incluidas en la posición originaria son tales que de hecho aceptamos... (o) si no, podemos entonces ser persuadidos de hacerlo por reflexión filosófica”, y que esas “condiciones filosóficas” sobre principios “estamos prontos a reconocer como razonables”. Dice asimismo que las especificaciones de la posición originaria son restricciones sobre argumentos que reflejan un común punto de vista general²³. Estas condiciones (como la de publicidad) están conectadas con la finalidad o función de los principios morales y con su papel en el establecimiento de vínculos de comunidad²⁴. Estas condiciones tienen también como resultado el dejar de lado aquellos aspectos del mundo social que desde el punto de vista moral son arbitrarios²⁵.

Tales expresiones de *A Theory of Justice*, aunque dispersas y no enteramente explícitas, nos permiten formular la hipótesis de que la fundamentación justificatoria subyacente no es distinta de la delineada en el capítulo anterior, esto es, que está constituida por rasgos estructurales de razonamiento moral que restringen argumentos posibles, definen el punto de vista moral y constituyen condiciones sobre principios que de hecho aceptamos cuando participamos de una discusión moral. Desde esta perspectiva, los otros mecanismos justificatorios aparentes a los que Rawls recurrió en este libro ocupan un lugar propio, no competitivo: la alusión a un contrato social tiene como único propósito destacar el hecho de que es un criterio subyacente al discurso moral que los principios válidos son aquellos que, además de satisfacer algunas condiciones formales, serían aceptados por todos en condiciones ideales. El autointerés

²² P.ej., Rawls, *A Theory of Justice*, p. 21, 18, 19, 587.

²³ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 516.

²⁴ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 582.

²⁵ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 15.

fue, como ya he dicho, un recurso *expositivo* que una vez combinado con el velo de ignorancia permitía una posición de imparcialidad que es constitutiva de la moralidad. Y las intuiciones, como también expresé, tenían la virtud de revelar la “forma de la teoría de justicia que cada uno lleva en sí mismo” o, lo que sería equivalente, los rasgos estructurales del razonamiento moral que conducen a una teoría de justicia.

Verdad es que Rawls negó algunos puntos que parecen ser constitutivos del enfoque kantiano. Rechazó en particular toda relevancia especial del análisis conceptual y la definición (es “una base demasiado débil”²⁶). Había también algunas confusas negaciones de que sus principios de justicia fueran (necesariamente) verdaderos²⁷. Pero tales observaciones no bastaban para socavar la interpretación kantiana. Es obvio que el análisis conceptual y la definición no pueden por sí mismos dar origen a principios morales sustantivos, aun cuando unidos a una hipótesis sobre las funciones sociales del discurso moral y algunas firmes intuiciones evaluativas podrían contribuir a detectar la estructura subyacente al discurso moral. Pese al escepticismo de Rawls, no hay ninguna razón para suponer que los rasgos estructurales del discurso moral no se reflejen en los conceptos típicamente utilizados en su contexto y que no se los pueda poner al descubierto analizando esos conceptos. Respecto de la verdad moral, su negación en esta etapa es ambigua, por cuanto se refiere a una verdad “necesaria”, derivada de principios autoevidentes. No creo que sea contrario al esquema de *A Theory of Justice* decir que un principio moral es verdadero si fuera aceptado en la posición originaria. Además, Rawls defendió expresamente la objetividad de sus principios y juicios morales en general. Según él, “una concepción de justicia es más razonable que otra, o justificable con respecto a ella, si personas racionales en la situación inicial prefieren sus principios a los de la otra para cumplir con el rol de justicia”²⁸. Y también: “Asimismo, esos principios son objetivos;

²⁶ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 51.

²⁷ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 21.

²⁸ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 17.

son principios que quisiéramos que todos (incluso nosotros) siguieran, de adoptar juntos el adecuado punto de vista general. La posición originaria define esta perspectiva, y sus condiciones representan también las de objetividad; sus estipulaciones expresan las restricciones sobre los argumentos que nos fuerzan a considerar la elección de principios desembarazados de las singularidades de las circunstancias en que nos encontramos nosotros mismos”²⁹. Dijo también que no todo juicio moral ha de ser respetado y que los individuos son libres de formar sus propias convicciones morales³⁰. En sus observaciones finales Rawls aseveró que las condiciones incluidas en la posición originaria nos permiten ver nuestro lugar en la sociedad *sub specie aeternitatis*: “Consiste en contemplar la situación humana no sólo desde todos los puntos de vista sociales sino también desde todos los puntos de vista temporales”³¹. Finalmente, es verdad que en su libro Rawls destacó la necesidad de partir de algún consenso; pero también es verdad que ese consenso no se refiere necesariamente a principios sustantivos sino que puede referirse a las condiciones impuestas a los argumentos en su favor³².

La tendencia general de la teoría de Rawls comienza a cambiar en su obra de transición: sus Conferencias Dewey, publicadas bajo el título de *Kantian Constructivism in Moral Theory*³³. Es ésta una obra de sumo interés, en la que, curiosamente, aparecen ampliados tanto los rasgos objetivistas kantianos como los relativistas de su anterior teoría.

Por un lado, el título mismo de las conferencias constituye una declaración de la adhesión filosófica del enfoque allí expuesto. Esto es confirmado por observaciones explícitas en el sentido de que “el constructivismo kantiano sostiene que la objetividad moral debe ser entendida en términos de un punto de

²⁹ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 516.

³⁰ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 518.

³¹ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 587.

³² Rawls, *A Theory of Justice*, p. 582.

³³ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en “The Journal of Philosophy”, setiembre 1980, vol. LXXVII, nº 9.

vista social adecuadamente construido que todos pueden aceptar”³⁴ y “que es autoritativo respecto de todos los puntos de vista individuales y asociacionales”³⁵. Rawls aclara también que los procedimientos por los cuales se eligen los primeros principios deben estar adecuadamente fundados en la razón práctica³⁶, y que aun cuando su idea no presupone una teoría de la verdad moral, hay hechos morales aparte del procedimiento de construcción en conjunto³⁷; los primeros principios de justicia “se puede decir que son verdad en el sentido de que serían aceptados si las partes en la posición originaria fueran provistas de todas las creencias generales verdaderas relevantes”³⁸. (En el mismo párrafo Rawls dice que prefiere calificar éstos como “los más razonables” a fin de evitar confusiones con la posición intuicionista racional que supone la existencia de un orden moral independiente.) Pero la ascendencia kantiana del punto de vista presentado en estas conferencias es puesta en evidencia principalmente por el rol protagónico que Rawls asigna aquí a una concepción de la persona como elemento en un procedimiento razonable de construcción. La posición originaria aparece ahora como un puente entre “dos concepciones-modelo”: la concepción de la persona y la de una sociedad bien ordenada. Esa concepción de la persona ve a los hombres libres e iguales, en el sentido de que todos poseen, hasta el nivel mínimo requerido, las dos facultades que caracterizan la personalidad moral: la capacidad de un sentido efectivo de justicia y la capacidad de formar, revisar y perseguir racionalmente una concepción de lo bueno³⁹. Se afirma un in-

³⁴ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en “The Journal of Philosophy”, setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 519.

³⁵ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en “The Journal of Philosophy”, setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 554.

³⁶ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en “The Journal of Philosophy”, setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 559.

³⁷ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en “The Journal of Philosophy”, setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 568.

³⁸ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en “The Journal of Philosophy”, setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 569.

³⁹ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en “The Journal of Philosophy”, setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 525.

terés de orden superior por desarrollar esas facultades morales y los bienes primarios son entonces definidos en relación con el mismo⁴⁰. Las necesidades y características de las personas que son moralmente relevantes para establecer los términos básicos de la cooperación social son únicamente aquellas que son intrínsecas a la personalidad moral⁴¹. Las personas son libres en el sentido de ser una fuente originadora de reclamos válidos, en no estar atadas a ningún fin y de ser responsables de esos fines, y son iguales en el sentido de tener una facultad mínima igual para actuar de acuerdo con una concepción pública de justicia⁴².

Pero, por otra parte, en esas mismas conferencias aparecen rasgos relativistas mucho más definidos. La finalidad de la justicia como equidad es vista ahora como la de resolver los conflictos, debidos principalmente a las diferentes interpretaciones de la libertad y la igualdad, que es probable que se presenten en el contexto de una sociedad democrática bajo las condiciones modernas⁴³. Igualmente, las intuiciones están ahora circunscriptas a las implícitas en una cultura democrática pública⁴⁴, y la justificación de la concepción de justicia está conectada con la particular concepción que la sociedad tiene de la persona y la cooperación social, la cual se revela en cómo los ciudadanos piensan en sí mismos como miembros de una sociedad organizada democráticamente⁴⁵. La concepción de la persona relevante para la teoría de justicia es aquella incluida en la cultura pública de una sociedad democrática o por lo menos

⁴⁰ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en "The Journal of Philosophy", setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 527.

⁴¹ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en "The Journal of Philosophy", setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 339 y 331.

⁴² Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en "The Journal of Philosophy", setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 543-547.

⁴³ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en "The Journal of Philosophy", setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 518.

⁴⁴ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en "The Journal of Philosophy", setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 517.

⁴⁵ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en "The Journal of Philosophy", setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 538.

acorde con ella⁴⁶. Rawls reconoce explícitamente que no busca encontrar una concepción de justicia adecuada para todas las sociedades, cualesquiera que sean sus particularidades sociales y sus condiciones históricas⁴⁷.

Más aún, en esas conferencias aparece la idea de que la filosofía política tiene una tarea práctica, no una epistemológica, que condiciona directamente los primeros principios de justicia⁴⁸.

Esta tarea práctica es la de alcanzar un entendimiento viable en materia de orden social; a fin de lograrlo la filosofía política debe tomar en cuenta las inevitables limitaciones que restringen nuestra reflexión⁴⁹. Entre ellas está el hecho de que, como lo enseña la experiencia histórica, no hay posibilidad de alcanzar un entendimiento razonable y no coercitivo sobre doctrinas religiosas y filosóficas, esto es, sobre los distintos modos de ver al mundo y a nosotros mismos. Por lo tanto, la filosofía política no debe basarse en la verdad de ninguna de esas doctrinas, no por escepticismo acerca de esa verdad, sino porque de otra manera no cumpliría su tarea práctica⁵⁰.

Esta última aseveración se ve apreciablemente ampliada en el artículo de Rawls, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*⁵¹. En él afirma que uno debe aplicar el principio de tolerancia a la filosofía misma⁵², dado que ninguna concepción moral general puede suministrar una base públicamente reco-

⁴⁶ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en "The Journal of Philosophy", setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 569.

⁴⁷ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en "The Journal of Philosophy", setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 518.

⁴⁸ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en "The Journal of Philosophy", setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 543-554.

⁴⁹ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en "The Journal of Philosophy", setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 560.

⁵⁰ Rawls, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en "The Journal of Philosophy", setiembre 1980, vol. LXXVII, n° 9, p. 542.

⁵¹ Rawls, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, en "Philosophy & Public Affairs", Summer 1985, vol. 14, n° 3.

⁵² Rawls, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, en "Philosophy & Public Affairs", Summer 1985, vol. 14, n° 3, p. 29.

nocida para una concepción de justicia en un estado democrático moderno. No es posible alcanzar un entendimiento sobre doctrinas religiosas y morales sin infringir libertades básicas. De ahí que el constructivismo kantiano evite el problema de la verdad en la filosofía moral y la controversia entre realismo y subjetivismo, utilizando así un método de evitación⁵³.

La filosofía política debe proponerse superar el principal desacuerdo básico existente en la democracia constitucional moderna respecto del alcance de la libertad y la igualdad, examinando "si acaso no se puede poner al descubierto una base subyacente de entendimiento y se logra establecer un medio mutuamente aceptable de resolver esas cuestiones"⁵⁴.

Para realizar esta tarea, expresa Rawls, la filosofía política debe apoyarse en una concepción política normativa de la persona (y de su identidad pública), involucrada en nuestra cultura pública.

Pero esta concepción no implica ningún compromiso metafísico, ni siquiera aquél del liberalismo de Kant y Mill, asociado con los ideales de autonomía e individualidad; esos ideales son incompatibles con otras concepciones de lo bueno y son así inadecuados para servir de base a un consenso parcialmente sobrepuesto⁵⁵.

Esta idea del consenso sobrepuesto Rawls la desarrolló con mayor amplitud en su Conferencia Hart, bajo ese título. La finalidad de lograrlo debe ser la tarea práctica de una filosofía política que, reconociendo "el hecho del pluralismo" en las sociedades democráticas modernas, se presente, no como una concepción moral general y abarcadora, sino como una particularizada y parcial, aquella que, por un lado, se basa en las intuiciones incluidas en la cultura democrática y, por el otro, únicamente se aplica a la estructura básica y a la vida pública, y no

⁵³ Rawls, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, en "Philosophy & Public Affairs", Summer 1985, vol. 14, n° 3, p. 31-32.

⁵⁴ Rawls, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, en "Philosophy & Public Affairs", Summer 1985, vol. 14, n° 3, p. 29.

⁵⁵ Rawls, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, en "Philosophy & Public Affairs", Summer 1985, vol. 14, n° 3, p. 38.

define lo que es de valor en la vida humana en total. El consenso puede lograrse a partir de algunas intuiciones compartidas acerca de la persona y la sociedad, como un esquema voluntario de cooperación entre individuos libres e iguales, y puede ser alcanzado aun si las partes difieren en los puntos de vista morales desde los cuales parten. Así, por ejemplo, una concepción política que considere a los hombres libres e iguales puede ser compartida por alguien que funde tal conclusión en la fe religiosa, por otro que adopta la concepción liberal de Kant y Mill y por un tercer individuo que no tiene ninguna doctrina moral comprensiva, pero que piensa que esa concepción expresa valores de mayor peso que otros en el campo político. El consenso así alcanzado, dice Rawls, no es un mero *modus vivendi*, dado que es una concepción moral que tiene un objeto moral, se apoya sobre un fundamento moral, presupone una visión de la sociedad y de las personas como bases para virtudes cooperativas, etcétera.

En esta conferencia, Rawls desarrolla asimismo la concepción liberal de la "razón pública libre", una forma de razonamiento públicamente reconocida como confiable en sus propios términos, por cuanto no está coaccionada y se basa en métodos compartidos de indagación y reglas para evaluar las pruebas. "Los reclamos de la religión y la filosofía... no están excluidos por escepticismo o indiferencia, sino como una condición para establecer una base compartida para la razón pública libre".

Según Rawls, este enfoque es lo que define al liberalismo político, que no es en sí mismo escéptico acerca de los problemas filosóficos, ni se reduce a lo puramente político, puesto que mira hacia "un futuro indefinido".

Últimamente Thomas Nagel, en *Moral Conflict and Political Legitimacy*⁵⁶, ha expresado la misma preocupación que Rawls por relacionar el liberalismo político con la justificación pública desde un punto de vista imparcial respecto de las doctrinas filosóficas o religiosas, como el utilitarismo o los ideales de autonomía e individualidad. Su finalidad es mostrar que el

⁵⁶ Nagel, Thomas, *Moral Conflict and Political Legitimacy*, en "Philosophy & Public Affairs", Summer 1987, vol. 16, nº 3.

liberalismo no es otra doctrina sectaria, sino que involucra un nivel superior de imparcialidad que el que puede estar implicado en algunas de aquellas doctrinas. La cuestión es difícil si no somos necesariamente escépticos acerca de esas doctrinas y aceptamos que algunas de ellas pueden ser verdaderas; en ese caso, ¿por qué habríamos de abstenernos de actuar basándonos en éstas por deferencia hacia aquellas que son falsas? La respuesta de Nagel es que el empleo de la coerción contra otros, como está involucrado en el ejercicio del poder estatal, requiere un estándar superior de objetividad al que basta para elegir concepciones de lo bueno con el fin de gobernar una vida individual. Debemos adoptar una limitación epistemológica y ver nuestras creencias desde afuera. Para los fines del argumento político, sólo puedo confiar, según Nagel, en bases comunes de justificación, lo que implica que el “desacuerdo debe tener salida hacia la posibilidad de investigación y búsqueda y no terminar finalmente en una desnuda confrontación entre puntos de vista incompatibles. Las pretensiones de restricción de la libertad sobre la base de la fe religiosa y el principio utilitarista en el sentido de que todas las preferencias deben ser satisfechas fracasan ante esta prueba”.

Esta restricción del empleo del poder estatal a lo que puede ser objetivamente justificable deja un amplio espacio para que los individuos persigan su concepción de lo bueno de acuerdo con sus puntos de vista personales. Esto responde a la tesis general de Nagel, desarrollada en su libro *A View from Nowhere*⁵⁷, de que en nuestra vida hay una permanente tensión entre el punto de vista objetivo, la perspectiva desde ninguna parte, que es la del desprendimiento y la imparcialidad, y la visión subjetiva que toma en cuenta las circunstancias y compromisos locales; esta tensión se refleja en todas las ramas de la filosofía. En la ética la diferencia se pone de manifiesto en el contraste entre el consecuencialismo y el punto de vista más centrado en el agente de lo correcto y lo incorrecto, como las restricciones deontológicas sobre la acción, las obligaciones especiales y localizadas (p.ej., hacia la familia) y permisiones de autonomía basadas en la necesidad de los individuos de dirigir

⁵⁷ Nagel, Thomas, *A View from Nowhere*, Oxford, 1986.

su propia vida. Justamente a este respecto, Nagel toma muy seriamente en cuenta la preocupación de Bernard Williams (compartida, como vimos, por Susan Wolf) de que una ética utilitarista o kantiana no deja lugar para todo aquello que da valor a la vida individual. Nagel considera que hacer lo correcto es conceptualmente independiente de vivir bien, aunque sea parte de ello. Esto no evita los conflictos entre las razones de moralidad impersonal y las razones que derivan de las concepciones de una vida buena. Pero piensa que la posibilidad de tales conflictos debe ser tomada en cuenta desde la perspectiva de la misma moralidad impersonal, llevando a una modificación de los requisitos morales universales de modo tal de dejar lugar para los proyectos, vínculos y compromisos personales; las acciones requeridas por una formulación de moralidad impersonal que no toma en cuenta el punto de vista personal, son ahora consideradas como meramente supererogatorias. El conflicto entre la moral y la vida buena se reduce por este relajamiento de la primera a través de la tolerancia, pero el conflicto no desaparece completamente a menos que haya una conversión personal de cada individuo a los reclamos de la moralidad o que logremos una transformación política que permita a todos perseguir una vida buena.

Este enfoque difiere considerablemente del sostenido por Nagel en su obra anterior, *The Possibility of Altruism*⁵⁸. Sostuvo en ella la tesis de que el altruismo depende de algunos aspectos formales del razonamiento práctico⁵⁹. El principio formal subyacente al altruismo exige, de acuerdo con este punto de vista, que toda razón sea construible como expresión de valores objetivos antes que subjetivos⁶⁰. Las únicas razones aceptables son las objetivas⁶¹, dado que sólo ellas combinan de una manera adecuada el punto de vista personal y el impersonal, evitando los peligros del solipsismo y la disociación⁶².

⁵⁸ Nagel, Thomas, *The Possibility of Altruism*, Oxford, 1975, especialmente cap. X.

⁵⁹ Nagel, *The Possibility of Altruism*, p. 15.

⁶⁰ Nagel, *The Possibility of Altruism*, p. 88.

⁶¹ Nagel, *The Possibility of Altruism*, p. 96.

⁶² Nagel, *The Possibility of Altruism*, p. 108-109.

Esto es así porque nos vemos a nosotros mismos como una persona entre otras, igualmente real, y cualquier juicio personal presupone uno impersonal más un juicio que proporciona una individualización personal. Evitar la disociación entre los puntos de vista impersonal y personal exige aceptar principios prácticos universales que se aplican a todos del mismo modo. Ellos son, de acuerdo con esta visión previa de Nagel, razones objetivas para nosotros de cuidar de nuestra familia o nuestra comunidad y de entrar en cierto grado de competencia con otros⁶³. Por consiguiente, en esta obra temprana de Nagel, la perspectiva personal, con sus vínculos y compromisos personales, estaba plenamente integrada y dotada de su propio lugar desde el punto de vista universal, sin la tensión que se advierte en el centro de la preocupación de Nagel en sus obras posteriores.

La presión del relativismo y el particularismo ha penetrado profundamente en los últimos tiempos en el enfoque de otro prominente campeón del liberalismo kantiano: Ronald Dworkin. En realidad, aun en sus obras anteriores⁶⁴ se advertía una importante tensión: la tensión, por un lado, entre la idea de que la justificación de las decisiones judiciales no puede estar basada sobre meros hechos, como prácticas o estatutos institucionales, sino que requieren una teoría que las respalde constituida por principios normativos y, por el otro lado, la idea de que esos principios normativos no son los simplemente válidos o verdaderos sino aquellos que son los mejores entre los que pueden justificar las prácticas y estatutos institucionales existentes. Esto tiene como consecuencia que los jueces no son libres de decidir los casos difíciles según los mejores principios morales *tout court*, sino que deben restringir su elección de principios a aquellos que puedan dar cuenta de las leyes vigentes, por malas que sean, aun si no son aplicables al caso. Como las malas leyes sólo pueden ser justificadas por malos principios, los jueces están obligados a apartarse de los dictámenes de su razonamiento moral por la existencia de prácticas

⁶³ Nagel, *The Possibility of Altruism*, p. 130-131.

⁶⁴ Dworkin, Ronald, *Hard Cases*, en "Taking Rights Seriously", Cambridge, 1979.

o estatutos que no se refieren al caso en cuestión. Esto constituye en verdad un gran impacto de las convenciones morales relativas y particularizadas –tal como son expresadas en la ley positiva– sobre los resultados del razonamiento moral abstracto y universal.

Esta tensión no fue explicada por Dworkin –lo que permitió a sus admiradores liberales ignorarla– hasta su último libro *Law's Empire*⁶⁵. Aquí, la necesidad de tomar en consideración decisiones anteriores y reglas que no se refieren al caso a juzgar en la búsqueda de los principios para resolver éste, se basa en el valor de integridad: la necesidad de que el Estado o la comunidad actúen de acuerdo con un conjunto coherente de principios que se expresan a través de todo el sistema legal a lo largo del tiempo⁶⁶. Esto implica una demanda a la comunidad en conjunto y por lo tanto significa personificarla como agente moral, paso que Dworkin da alegremente no obstante sus implicaciones holísticas. Naturalmente, rechaza aceptar que las personas colectivas tengan una existencia metafísica⁶⁷, aunque considera que es necesario otorgarles una irreductible personalidad moral a fin de comprender algunos fenómenos, como la responsabilidad moral colectiva o las obligaciones comunales, como aquellas que fundamentan la legitimidad política. Dworkin distingue algunas condiciones para lo que llama “obligaciones de fraternidad” (p.ej., una igual preocupación por todos los miembros de la comunidad⁶⁸) y sostiene que un modelo de comunidad basada en principios satisface mejor esas condiciones que una *de facto* o de asociación convencional. Una comunidad de principios no es necesariamente justa, puesto que debe tomar en cuenta prácticas sociales que bien pueden violar los derechos de sus miembros o de otra gente⁶⁹, pero puede, sin embargo, reclamar legitimidad moral en nombre de la fraternidad⁷⁰. El vínculo de fraternidad se fundamenta en

⁶⁵ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, 1986.

⁶⁶ Dworkin, *Law's Empire*, p. 166.

⁶⁷ Dworkin, *Law's Empire*, p. 171.

⁶⁸ Dworkin, *Law's Empire*, p. 200.

⁶⁹ Dworkin, *Law's Empire*, p. 213.

⁷⁰ Dworkin, *Law's Empire*, p. 214.

el hecho de que todos están comprometidos por los principios subyacentes a las decisiones del pasado y a las instituciones existentes y deben restringir sus propuestas de cambio o revisión de la ley a lo que puede ser justificado sobre la base de esos principios.

Naturalmente, Dworkin deja un margen no especificado para la valoración crítica de prácticas (debe haber una combinación de prácticas sociales e interpretación crítica que tome en cuenta consideraciones de justicia⁷¹). Es por eso que Dworkin no es directamente inconsistente cuando en su nota titulada *What Justice Isn't*⁷² replica a Michael Walzer que no podemos dejar la justicia a las convenciones y a las anécdotas y que debemos resistir las presiones que nos empujan dentro de nuestra propia cultura a fin de lograr un nivel de generalidad y una base reflexiva para decidir cuáles de nuestras tradiciones son genuinas y cuáles espurias.

No obstante reservas importantes, como esta última, que todavía conectan a estos autores con la tradición liberal, es evidente que las presiones para tomar en cuenta convenciones y prácticas sociales particularizadas, para dar lugar a los vínculos locales y los compromisos personales, para abstenernos de alentar los ideales de autonomía e individualidad como parte del programa político, todas esas presiones han causado un profundo impacto en el pensamiento liberal en cuanto está representado por estos filósofos. Si esta reducción de las pretensiones originales ha fortalecido al liberalismo, al despojarlo de elementos artificiales indefendibles, o si ha significado renunciar a dogmas básicos que volvían atrayente la posición, dejándola desprotegida para un ataque comunitarista final, es una cuestión que trataremos de contestar a continuación.

3. UNA TENTATIVA DE SALVAR AL LIBERALISMO KANTIANO

a) *NUEVAMENTE EL RELATIVISMO*. El movimiento comunitarista necesita del particularismo en dos niveles diferentes: pri-

⁷¹ Dworkin, *Law's Empire*, p. 203-204.

⁷² Dworkin, Ronald, *What Justice Isn't*, en "A Matter of Principle", Cambridge, 1985.

mero, en el nivel del contenido de los juicios éticos, los cuales deben tomar en cuenta las particularidades de cada contenido social e histórico y deben dar relevancia a las relaciones particulares con el país, la familia, los amigos, etc., en la distribución de derechos y deberes; en segundo lugar, en el nivel de la generación de los juicios morales que deben seguirse de las tradiciones, prácticas, convenciones, etc., particulares de cada sociedad. Evidentemente, ambas clases de particularismos pueden estar conectadas, pues cabe pensar que es probable que las tradiciones particulares de una sociedad contienen estándares que toman especialmente en cuenta las particularidades de esa sociedad y los vínculos particulares desarrollados dentro de ella. Pero es importante observar que esta conexión no es forzosa, dado que las tradiciones de una sociedad pueden adoptar estándares universales de comportamiento que no toman en cuenta los vínculos locales.

De hecho, que éste sea prácticamente el caso de las sociedades liberales actuales es una fuente de perturbación para los comunitaristas que, como muchos de los que he mencionado, nos instan tanto a respetar las prácticas de nuestra sociedad como a ser sensibles a las relaciones particulares. La expansión del liberalismo tiene un efecto de autorrealización para aquellos que apelan a las convenciones que son realmente vigentes en una sociedad dada.

Esta segunda especie de particularismo implícito en el movimiento comunitarista equivale manifiestamente al tradicional relativismo ético que se examinó en el capítulo II. Esto se advierte claramente cuando Taylor alega que el único contenido válido de la obligación moral está dado por la *Sittlichkeit* de la sociedad actual; cuando MacIntyre sostiene que los bienes que definen las virtudes morales son intrínsecos a las prácticas de cada comunidad en particular; cuando Walzer arguye en forma análoga que la moralidad está basada en algunos bienes cuyo significado y alcance están definidos por cada comunidad; cuando Rorty dice que la moralidad ha de concebirse como el interés de una comunidad históricamente condicionada; cuando Williams alega que el conocimiento ético sólo puede alcanzarse mediante "conceptos densos" que no pueden ser aprehendidos si no se comparten los valores e intereses que son parte de la

cultura y las prácticas de una comunidad, y cuando Hampshire arguye que la moralidad universal debe competir con una particularista, basada en las tradiciones, convenciones e instituciones de una sociedad. Este relativismo subyace, como se vio, hasta en la nueva versión de la teoría de Rawls, en la que las intuiciones relevantes están restringidas a aquéllas implícitas en la cultura de las sociedades democráticas y cualquier otro polo del equilibrio reflexivo desaparece, puesto que las condiciones de la posición originaria o la concepción de la persona implícita en ella están fundadas también en intuiciones incluidas en la cultura democrática. Como también se vio, la teoría de Dworkin tiene asimismo un importante elemento relativista, ya que la teoría normativa de fondo que justifica las decisiones institucionales debe necesariamente endosar las decisiones y prácticas del pasado.

Lo sorprendente en este renacimiento del relativismo ético es que parece ser enteramente indiferente a las familiares críticas que consistentemente se le han hecho a lo largo de las últimas décadas. Esas críticas son, resumiendo lo que vimos en el capítulo II, que el relativismo ético es ambiguo entre una posición sociológica descriptiva, una definicional o conceptual y una posición normativa, y en el primer caso es verdadero pero irrelevante, en el segundo es falso o lleva a lo absurdo y en el tercer caso carece de fundamento y es autodestructivo. Como descripción del hecho sociológico de que las sociedades difieren en sus juicios éticos o de que la gente tiende a tomar en cuenta generalmente las evaluaciones prevaletentes de su comunidad, el relativismo ético parece ser, a grandes rasgos, verdadero, pero esto no afecta a la validez ni a la posibilidad de juicios morales universales. Como una reconstrucción de la estructura del razonamiento moral y de los juicios morales, en el sentido de que presuponen una implícita referencia a las convenciones o prácticas de un cierto grupo social, el relativismo ético parece distorsionar seriamente ese razonamiento y esos juicios, ya que los presenta como imposibles o necesariamente falsos, en oposición a como habitualmente los tomamos cuando no hay convenciones o prácticas sociales prevaletentes, o si hay varias en conflicto, cuando los juicios significan hacer comparaciones intergrupales, o si son formulados por

una minoridad que desafía las costumbres o puntos de vista prevalecientes (tal vez logrando reemplazarlos por los preferidos). Y como posición normativa que nos induce a formular juicios morales de acuerdo con los puntos de vista y las prácticas prevalecientes de nuestra sociedad implica un conservadurismo sin fundamento, en general autodestructivo, ya que este juicio normativo generalmente no está contenido en las prácticas de nuestra sociedad.

Rorty distingue su variante de relativismo de aquél autodestructivo, afirmando que ellos, los “pragmatistas”, piensan que la verdad no tiene una naturaleza intrínseca, sino que consideran verdaderas aquellas creencias que juzguen bueno creer. Obviamente, la debilidad de tal proposición se muestra si se pregunta a quienes la defienden si existe una verdad objetiva respecto de lo que es bueno creer o si se nos invita a un continuo regreso. Añade asimismo Rorty que el etnocentrismo que defiende significa que “no hay nada que decir acerca de la verdad o la racionalidad fuera de las descripciones de los procedimientos familiares de justificación que una dada sociedad —la nuestra— utiliza en uno u otro campo de indagación”. Creo que en esto tiene razón, por lo menos en lo concerniente a la verdad moral: como se vio en el capítulo anterior, pienso que el concepto de verdad moral está definido por algunos presupuestos subyacentes a nuestra práctica social de la discusión moral, como la aceptabilidad de principios en condiciones ideales de racionalidad, imparcialidad y conocimiento.

Esto significa que hay una suerte de relativismo que una posición constructivista está comprometida a aceptar: posición que en el capítulo II llamé del “relativismo conceptual”, por la cual el significado, la verdad y validez de los juicios morales son relativos a las reglas y la estructura que subyace a la práctica social o la institución del discurso moral. Esta práctica, que Rawls llama de la “razón pública libre” y Nagel considera como “justificación pública” está, por supuesto, históricamente condicionada, de modo que ha evolucionado a lo largo del tiempo y se ha expandido a través de diferentes sociedades. Su elemento crucial de imparcialidad se desarrolló probablemente en la Grecia clásica, y fue recreado por el Iluminismo, junto con otros rasgos, como los de autonomía, universalidad

y la prioridad de la moralidad. Es probable que un hito en la evolución de esta práctica del discurso moral lo constituyera la posibilidad de formular la paradoja de Eutifrón, de modo que la verdad moral fue conceptualmente disociada de las órdenes de un dios. Todo esto implica la posibilidad de que esta práctica no sea universal: debemos aceptar que posiblemente haya pueblos o sociedades que no sigan la misma práctica del discurso moral, esto es que siguen una práctica de razonamiento y discurso moral que difiere en aspectos relevantes de la nuestra. Por lo común, esto da lugar a la pregunta: “¿Qué podemos hacer para convencer a esa gente?”. Mi respuesta, como vimos en el último capítulo, es “nada”. Si hay gente que se niega a escuchar razones –naturalmente, lo que nosotros entendemos por el término “razones”– es como si se taparan las orejas; podríamos incitarlos u obligarlos, pero no podemos convencerlos.

Por supuesto, podemos también tener la esperanza de que algunos de los mecanismos sociales, psicológicos o biológicos, que según distintas teorías científicas incitan a la gente a preocuparse de la justificación moral, hagan su obra. En realidad, parecen haber obrado tan bien que esta práctica del discurso moral se ha expandido enormemente entre gentes y sociedades con opiniones morales sustantivas radicalmente diferentes. Uno podría pensar incluso que esta expansión va de la mano con la expansión de la institución liberal, de modo que es como una suerte de “aspecto interno” de esas instituciones. Los presupuestos, tan bien descritos por MacIntyre, de que los principios morales válidos son aquellos que aceptarían las personas racionales e imparciales, que deben ser neutrales entre los distintos intereses y concepciones de lo bueno, que deben referirse a seres humanos individuales sin tomar en cuenta su contexto social y que cada uno debe contar por uno y nadie por más de uno, parece ser parte integral de instituciones liberales como la libertad de palabra y de culto y la regla de la mayoría. Parece poco probable que, como Rorty y en parte Williams sugieren, podamos conservar esas instituciones sin su inherente modo de razonamiento y justificación; más probable es que ocurra lo contrario: que adquiramos o conservemos la práctica del discurso moral mucho antes de que adoptemos las instituciones liberales o mucho después de que las hayamos perdido;

en ese caso la “tarea práctica de la filosofía política”, para emplear la expresión de Rawls, es mostrar la conexión entre la estructura subyacente del discurso moral y las instituciones liberales (como trataré de hacerlo en los capítulos venideros).

Algunos podrán pensar que esta conexión es a lo que alude Rawls cuando dice que su empeño es relacionar la justicia como equidad con los presupuestos subyacentes a la cultura pública de una democracia constitucional. Pero esto es al mismo tiempo demasiado estrecho y demasiado amplio. Demasiado estrecho porque da la impresión de que debemos restringir las convicciones relevantes a las sostenidas por gente que vive dentro de un sistema liberal democrático y que la tarea práctica de la filosofía política, al menos aquella en la que él está interesado, es ayudar a lograr el consenso sobre los puntos de discusión dentro del sistema y no acerca de si conviene o no adoptarlos; en principio, un filósofo político rawlsiano no tendría nada que decir en favor del restablecimiento de una democracia constitucional, pongamos por caso, en Chile. Pero lo que Rawls dice es también demasiado amplio pues no indica claramente qué aspectos de la cultura democrática deberíamos mirar en busca de cosas tales como una concepción subyacente de la persona con el fin de respaldar algunos principios de justicia. Si no profundizamos suficientemente, lo más probable es que encontremos disenso, no consenso.

A este respecto Rawls trabaja con dos imágenes opuestas. Por un lado la idea de alcanzar las mismas conclusiones a partir de diferentes premisas. Ésta es la idea del consenso sobrepuesto que ilustra con el ejemplo del liberal religioso, el liberal liberal y el liberal neutral, todos los cuales concuerdan, por muy diferentes razones, en sostener el principio de tolerancia. Pero esta idea no es fecunda: por supuesto, ocasionalmente podemos llegar a las mismas conclusiones a partir de distintas premisas: por ejemplo, dos personas pueden defender el mercado libre y la libre empresa, una de ellas porque cree que es un derecho básico de la persona y la otra porque cree que, dadas algunas circunstancias contingentes, es instrumentalmente apto para materializar otro derecho básico, como el que protege la satisfacción de las necesidades elementales. Esos dos individuos, sin embargo, no quieren discutir sus diferentes pre-

misas (siguiendo el “método de la evitación”) y sus inferencias son correctas, todo cuanto pueden hacer es certificar su feliz convergencia y celebrar ese “consenso sobrepuesto”, pero no pueden avanzar ni un paso hacia la solución de todos esos otros casos en los que sus diferentes premisas conducen a conclusiones diferentes (en el ejemplo dado, esto puede reflejarse a nivel de la tributación). Si la filosofía política se limitara a descubrir esta suerte de convergencia, lejos de ser “práctica” sería descriptiva e inconsecuencial, porque no sería capaz de influir en las áreas de acuerdo o desacuerdo que la gente ya posee sin ayuda de expertos. Pero, naturalmente, Rawls tiene asimismo, por otro lado, la idea de un consenso que no es dado, pero que puede ser obtenido con ayuda de ciertos medios que la filosofía política puede proporcionar. Rawls es explícito al decir que la única manera de hacer esto es a partir de algún fundamento común. Sin embargo, esto responde a la imagen invertida de la del consenso sobrepuesto, la imagen de una situación en la cual de hecho alcanzamos conclusiones diferentes a partir de las mismas premisas, y la tarea práctica de la filosofía política es descubrirlo y ayudar a obtener el consenso señalando dónde se desvió nuestro razonamiento. Claro está que Rawls podría recurrir a una combinación de imágenes: una imagen compleja —como dos pirámides que se tocan por el vértice— de gente que partiendo de distintas premisas alcanzan ciertas conclusiones intermedias comunes para luego diferir nuevamente en sus conclusiones finales; la tarea práctica de la filosofía política sería descubrir ese fundamento común intermedio con el fin de ayudar a alcanzar un consenso a nivel de las conclusiones finales sin dejarse envolver por las diferencias correspondientes a las primeras premisas. Pero ésta parece ser una tarea sin esperanzas, dado que los desacuerdos que se dan entre individuos y grupos distintos, aun dentro de una democracia constitucional, son tan profundos que es muy poco probable que podamos resolverlos descubriendo algún consenso en un nivel intermedio sin vernos envueltos muy rápidamente por las discrepancias que aparecen en los niveles superiores del razonamiento de las diferentes personas.

De existir esa base común intermedia, sería, para utilizar la propia terminología de Rawls, “una base demasiado débil”

para alcanzar un consenso. Supongamos que, como Rawls lo sugiere a veces, una base fuera la concepción de la sociedad como un esquema voluntario de cooperación entre personas libres e iguales. Aun esta fórmula general podría ser objetada por algunas personas sin el contexto de la cultura democrática, aduciendo tal vez que la participación en un esquema de cooperación nunca es enteramente voluntaria, que la gente no es y no debe ser completamente libre y que no son completamente iguales y no deben ser tratados como si lo fueran. Pero aun si después de extenuantes aplicaciones convencemos a todos que esta fórmula no es aquello contra lo cual objetan en base a sus profundas convicciones, lo más que podríamos conseguir es que se muestren de acuerdo en una formulación verbal que tendrá muy diferentes sentidos según los individuos. De tal aparente acuerdo no se llega a ningún consenso donde antes hubo disenso.

Si, como Rawls, tratamos de dar un paso más y recurrimos a una concepción de la persona dentro de la cual se explyea la idea de seres libres e iguales, aparecerían inevitables desacuerdos. ¿Por qué hemos de concebir a una persona como separada de sus fines y de las otras personas? ¿Por qué hemos de hacer responsables a las personas de sus fines y no hemos de tomar en cuenta el proceso causal que conduce a la elección de los fines? ¿Por qué no hemos de tomar en cuenta las entidades supraindividuales y sus respectivos intereses? ¿Por qué hemos de igualar a las personas a un nivel dado de su capacidad para elegir fines sin considerar que por encima de ese nivel las personas difieren en esa capacidad? No son éstas cuestiones especulativas, sino muy reales, con implicaciones prácticas y que determinan diferentes puntos de vista y propuestas dentro de una sociedad democrática. En realidad, el comunitarismo, como vimos principalmente en la versión de Sandel, desafia justamente estos presupuestos y al hacerlo interpreta puntos de vista contemporáneos sobre temas muy concretos (como en el caso de la pornografía).

En la próxima sección discutiremos la concepción de Rawls de la persona y el desafío comunitarista a ella; lo que ahora quiero destacar es que verdaderamente se necesita un terreno común y que ese terreno común debe ser lo suficiente-

mente básico como para que nos permita de algún modo, por así decir, filtrar siempre diferentes concepciones de la persona o puntos de vista fundamentales acerca de cómo debe estar organizada la sociedad. Si no fuera necesario comprender en este terreno común a las instituciones democráticas, pero se demostrara que de la aceptación de éste se sigue el apoyo a ellas, tanto mejor.

El punto de vista defendido en el capítulo anterior, que es explícitamente compartido por algunos autores y creo que implícita y confusamente por muchos otros, es que el terreno común está provisto por lo que hacemos cuando discutimos cuestiones básicas y no básicas de filosofía normativa. Nos embarcamos en una actividad, la práctica del discurso moral, que tiene sus reglas y presupuestos para que sea inteligible. Esto es lo que Rawls llama "razón pública libre", y de su estructura subyacente, a la que creo que trató de representar mediante la posición originaria, se deben derivar principios sustantivos.

Algunos de los filósofos que mencioné en la primera sección niegan esta posibilidad y en consecuencia generan versiones más fuertes o más débiles de relativismo. MacIntyre, por ejemplo, entiende, como se vio, que el discurso moral tal como fue heredado del Iluminismo tiene una falla fundamental que impide que alcancemos ninguna conclusión dentro de él. Esto se debe a que en sus presupuestos falta un elemento de la tría-da que hacía fructífero el discurso moral en la tradición precedente: el concepto del hombre como debe ser de acuerdo con su telos, que servía de puente entre la explicación del hombre tal cual es y el conjunto de preceptos morales. Pero este argumento pasa por alto algunas consideraciones importantes. En primer lugar no está muy claro por qué habríamos de necesitar preceptos morales si supiéramos cómo deberían ser los hombres de acuerdo con su telos; en segundo lugar, lo que es mucho más importante, no considera que el movimiento del Iluminismo, tal como es representado por Kant y sus seguidores, reemplazó el concepto teológico del hombre por una comprensión más profunda de la idea del hombre tal-cual-es, que distingue algunos rasgos no contingentes relacionados con la estructura del razonamiento y que conducen a los preceptos morales.

Que Kant fracasó en este empeño y que es necesario ahondar más profundamente en la estructura del razonamiento y en la conexión con los preceptos morales, no es una razón para sacar en conclusión que el proyecto del Iluminismo tenía que fracasar. Ni tampoco es claro, como dice Amy Gutman⁷³, qué fundamento tiene MacIntyre para aseverar que los conceptos de derechos y justicia son "ficciones". Si esos conceptos están ligados a los presupuestos que hacemos en nuestra práctica del razonamiento y la discusión moral, son, por supuesto, más reales, en el sentido de estar conectados con hechos empíricos y tener capacidad explicativa, que un concepto de virtudes, relacionado con algún telos místico. Pero, en tercer lugar, el hecho curioso es que el propio MacIntyre no procede de este modo, sino que reemplaza aquel elemento de la "tríada tradicional" por prácticas sociales y tradiciones que definen bienes conectados con virtudes. Esto no sólo contradice la idea de que para derivar preceptos morales es necesario un concepto teológico irreductible del hombre, sino que es, como MacIntyre lo reconoce, una posición moralmente peligrosa puesto que impide la crítica de las prácticas y tradiciones existentes. La ventaja extraordinaria del liberalismo kantiano es que protege de la crítica solamente una práctica social de la cual deriva: la misma práctica de criticar. Que también ésta es una posición moralmente peligrosa porque priva a la gente de los motivos para ser moral que son dados por los bienes conectados con la vida en una comunidad particular, es una tesis bastante extraña dado que la apreciación de algo como bueno depende de los juicios morales y por lo tanto no puede ser hecha por alguien que, de acuerdo con este punto de vista, no tiene ningún motivo para ser moral. Naturalmente, el liberalismo kantiano no implica que la gente debe vivir fuera de las comunidades; obviamente, debería seguirse lo opuesto de algunos principios liberales que toman en cuenta los deseos e intereses actuales de los hombres. Lo que quizás implique la estructura del razonamiento que conduce a esos principios es que no deberíamos considerar como una diferencia básica relevante el hecho de

⁷³ Gutman, Amy, *Communitarian Ethics*, en "Philosophy & Public Affairs", 1985, vol. 14, n° 3.

pertenecer a esta o aquella comunidad. Si esto, como lo sugiere MacIntyre, es moralmente peligroso porque algunos sectores, como el militar, necesitan tomar en cuenta esa diferencia y darle prioridad respecto de otras circunstancias que son relevantes para los principios morales, tal vez deberíamos llegar a la conclusión de que tendríamos que tener militares con diferentes motivaciones.

Como se vio, Bernard Williams comparte el punto de vista de MacIntyre de que no podemos alcanzar conclusiones morales unívocas mediante un discurso moral que acude a conceptos tan generales y abstractos como los de derechos y que lo que en cambio necesitamos son conceptos éticos “densos”, como los de coraje y crueldad, que suministran un puente entre hechos y evaluaciones y están fundados en una cultura y una vida social compartida; e ilustra este punto con el fracaso de Gewirth en establecer ese puente. Pero esto, que sin duda es un fracaso, no debe ser tomado como prueba definitiva de que ese puente no pueda construirse dentro del marco del constructivismo kantiano. Por ejemplo, en el capítulo anterior se sugirió que existe una conexión entre la circunstancia contrafáctica de la aprobación de principios en condiciones de imparcialidad, racionalidad y conocimiento y la validez de esos juicios morales (y de ahí la justicia de ciertas acciones), y entre nuestra aceptación fáctica de criterios como los precedentes en la discusión moral y nuestro compromiso práctico con algunas conclusiones normativas. Por otra parte, el carácter “guiador del mundo” de conceptos como los de coraje y crueldad dista mucho de ser claro; la gente no sólo discrepa acerca de si virtudes como el coraje son intrínsecas o instrumentales para otros valores, sino que discrepan también acerca de cuáles son los actos que ejemplifican esas virtudes y, lo más importante de todo, acerca de cómo decidir entre virtudes competitivas o diferentes combinaciones de virtudes y vicios: ¿cómo debemos juzgar, por ejemplo, un acto de coraje que es al mismo tiempo cruel o traicionero?

Naturalmente, Williams argumentará que tales dudas no se plantean cuando se comparte un mismo modo de vida moral. Pero esto evidencia algo así como una falsa interpretación de lo que es el propósito del pensamiento y el discurso éticos, que es

muy común entre los autores citados en la sección 1. Si todos compartiésemos las mismas opiniones evaluativas y prácticas morales, no necesitaríamos toda la maquinaria del discurso moral y no necesitaríamos conceptos que conecten hechos con valores, puesto que pensaríamos que ellos coinciden. Cuando necesitamos emplear conceptos que son al mismo tiempo “guiados por el mundo” y “guiadores del mundo” es cuando hay conflictos y desacuerdos dentro de un modo de vivir y acerca de ese modo de vivir. Así, debemos partir de lo que Rawls llama “el hecho del pluralismo” y ver si a través de la discusión moral podemos lograr algún consenso donde no había ninguno. No podemos asumir que el consenso es tan amplio –como es necesario para la operatividad de los “conceptos densos”– que la empresa íntegra de la discusión moral sea superflua. El discurso moral no es descriptivo de un estado de cosas feliz en el que todos comparten el mismo punto de vista, sino que tiene una función práctica en circunstancias menos felices, y la filosofía moral tiene la tarea práctica de esclarecerlo para que pueda desempeñar mejor en función.

Otra errada interpretación corriente entre algunos de los autores mencionados en la sección 1 está vinculada a la anterior y se relaciona con una confusión entre lo que –adaptando a la moralidad la distinción que hizo Hart para el derecho– podría llamarse el punto de vista “externo” y el “interno”. Si observamos la moralidad desde afuera –y enfocamos así lo que en el capítulo precedente llamamos “moralidad” social o positiva–, percibimos muchos de los rasgos que destacan los pensadores antikantianos: prácticas sociales, inclinaciones, vínculos especiales con determinados grupos o individuos, etcétera. Pero cuando se observa la moralidad desde adentro, esto es desde el punto de vista de la gente que necesita justificar sus acciones y actitudes y al hacerlo generan prácticas y revelan inclinaciones, se ve a la moralidad con luz muy diferente: como razones últimas, la gente no puede referirse a las prácticas sociales, modos de vida compartidos, “convenciones y anécdotas”, puesto que son hechos tales que provocan la respuesta inmediata: “¿por qué he de preocuparme por ellos si precisamente los estoy cuestionando?” No basta simplemente recordar a la gente hechos compatibles con diferentes acciones; lo que la

gente busca son modelos ideales de comportamiento, esto es estándares o principios supuestamente válidos. Es tarea de la filosofía moral —a diferencia de la sociología moral— prestar atención a este punto de vista interno a fin de descubrir las condiciones subyacentes para la formulación, a partir de ahí, de juicios morales. Esta tarea no se cumple si simplemente nos limitamos a hacer una descripción de la complejidad de la moralidad vista desde afuera y destacamos que, además de principios, hay también ideales de vida buena, virtudes, roles, vínculos, compromisos, etcétera. La filosofía moral debe, en último extremo, ayudar a la gente a decidir cómo actuar en situaciones difíciles en las que debe encontrar por sí misma la salida de la compleja red de relaciones sociales e inclinaciones psicológicas que la tironea hacia uno u otro lado.

En algunas de estas críticas del constructivismo hay una cierta contradicción entre su denuncia de que el mecanismo del discurso moral que esta posición reconstruye está viciado por una u otra razón, y por lo tanto no puede generar juicios morales genuinos, y su queja acerca de las implicaciones sustantivas del constructivismo, es decir el liberalismo. Por ejemplo, si los presupuestos básicos del proyecto del Iluminismo para justificar la moralidad no son suficientes para derivar preceptos morales, ¿cómo pueden esos preceptos morales ser indiferentes a las relaciones, vínculos y compromisos particulares?

El tipo de crítica que Gilligan dirige al kantianismo supone asimismo una especie de relativismo, pero de una variedad diferente. En principio, lo que ella establece es una especie de relativismo descriptivo: señala el hecho aparente de que las mujeres muestran una estructura del razonamiento moral diferente de la de los hombres. Si bien en general, como se vio, el relativismo descriptivo es irrelevante en cuanto a la validez objetiva de los juicios morales, las cosas son distintas con referencia al nivel básico de la estructura del discurso moral; ahí se confunde con el relativismo conceptual y, según argumenté, propone un límite genuino a la validez de los juicios morales. Aunque debemos admitir que nuestro discurso moral, tal como fue reconstruido en el capítulo precedente, no es universal en el tiempo y el espacio, las cosas serían inquietantes si la mitad de la humanidad, con la que inevitablemente interactuamos,

estuviera separada de la otra por una brecha conceptual profunda. No puede estimar la fuerza del respaldo empírico de esta hipótesis: todo cuanto puedo decir es que surgen algunas dudas, primero, del hecho de que nuestra práctica intersexual del discurso moral parece ser tanto o tan poco eficaz en lograr la convergencia de comportamiento como aquella realizada entre otras categorías de gente y, en segundo lugar, que del hecho de que sólo recientemente la mujer haya comenzado a ocuparse a fondo de la cosa pública es posible inferir que hasta ahora muchas mujeres han internalizado menos profundamente que la mayor parte de los hombres una modalidad de razonamiento y discurso adaptada sobre todo a dirimir cuestiones competitivas en la vida pública (por otra parte, nadie ha pretendido seriamente que una jueza o una dirigente política actúe o razone de manera diferente de la de su contraparte masculina).

b) *LA CONCEPCIÓN LIBERAL DE LA PERSONA.* Creo que Sandel tiene razón al adscribir al liberalismo kantiano cierta concepción de la persona. El propio Rawls es explícito acerca de esto cuando dice que la posición originaria asume una concepción de la persona que asigna a la gente las dos facultades requeridas para la personalidad moral: la capacidad de un sentido efectivo de justicia y la capacidad de formar, revisar y perseguir racionalmente una concepción de lo bueno. Argumenta asimismo que una cultura democrática presupone una concepción de las personas como libres e iguales. Que las personas son libres significa que no están atadas a ningún fin, que son una fuente originadora de reclamos válidos y que son responsables de sus fines. Que las personas son iguales significa que todas tienen, hasta un mínimo requerido, una facultad igual de actuar de acuerdo con una concepción pública de justicia.

Creo también que Sandel ha abstraído correctamente de esas observaciones lo que podríamos llamar una "concepción fina de la persona", una concepción necesaria para derivar principios de justicia y fundar su prioridad respecto de todos los otros valores sociales. Los elementos de esta concepción, haciendo cierta reconstrucción y algunas adiciones, son los que siguen:

1) Las personas morales están constituidas por su capacidad de elegir fines, adoptar intereses, formar deseos; esta capacidad implica la facultad de revisar y finalmente abandonar esos fines, intereses y deseos.

2) Esta capacidad y la persona constituida por ella es previa a cualquier fin, interés o deseo. Esto implica, por un lado, que cuando nos referimos a un interés o un deseo presuponemos un sujeto de ellos y que la identidad de ese sujeto, la persona moral, no cambia juntamente con sus fines, intereses o deseos.

3) Esta separación de la persona de cualquier fin, interés o deseos permite también aislar a la persona del flujo causal en el que los últimos, como cualquier fenómeno empírico, están inmersos. La capacidad para elegir fines no es así afectada por ese flujo causal y el fin elegido puede ser normativamente adscrito a la persona.

4) 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.

5) Si algo es una persona moral nada que esté compuesto por ella o esté construido a partir de ella puede ser también persona moral. En particular, las personas colectivas no son personas morales.

Creo que Sandel tiene razón asimismo al afirmar que esta prioridad de la persona respecto de sus fines es lo que funda la prioridad de la justicia respecto de otros valores sociales conectados con esos fines, dado que, como veremos más adelante, los principios de justicia son derivados tomando en cuenta esos rasgos de las personas que deben ser reconocidos y resguardados antes que los fines, intereses y deseos que los presuponen sean reconocidos y resguardados.

Pero si concedemos todo esto a Sandel, parecería que también hemos de concederle que el liberalismo kantiano es producto de una suerte de delirio colectivo, ya que es por demás obvio que los seres humanos –los más probables candidatos a ser personas morales– en nada responden a ese cuadro fantasmagórico. Ellos no solamente están constituidos por la capacidad de elegir fines sino también por muchos otros rasgos y

procesos menos etéreos que afectan a su identidad, como el de estar encarnados en un cuerpo, tener una vida mental específica, que incluye cosas como recuerdos y emociones, relaciones con determinada gente, pertenencia a cierta comunidad de la que se absorben el lenguaje y un sistema conceptual, costumbres, creencias y valores. Más aún, la capacidad para elegir fines y formar deseos es francamente dudosa si tomamos en cuenta que la adopción de fines, intereses y deseos es causalmente determinada de una manera incompatible con la capacidad de elegirlos. Fines, intereses y deseos están a la par de otros componentes, como creencias y procesos, en constituir parte de una persona: así, los cambios de fines o deseos, principalmente si son ellos muy importantes o profundos, afectan a la identidad de la persona. Una vez que comprendemos que la identidad de la persona está dada no por un alma fantasmagórica que es siempre la misma, sino, como dice Parfit⁷⁴, por esos elementos cambiantes como la conexidad y la continuidad de los procesos orgánicos y mentales, inclusive los recuerdos y los deseos, tenemos que admitir que esa identidad puede desaparecer durante la vida biológica de un hombre y que la separación de las personas no es un hecho tan profundo; si las personas al fin y al cabo son series de recuerdos, deseos, etc., que tienen continuidad y relaciones de conexión entre sí, ¿por qué ha de ser tan importante que un deseo sea colocado en este o aquel sistema (con el fin, p.ej., de decidir si conviene o no satisfacerlo según en qué medida estén satisfechos los otros deseos del sistema)? Las personas colectivas son también vistas generalmente como poseedoras de intereses y fines independientemente de quienes las forman y a veces sus fines e intereses pueden tener prioridad respecto de los propios de los individuos que las componen.

Pero ¿cómo es posible que estos hechos, tan evidentes como el color del cielo, hayan sido pasados por alto por filósofos tan agudos como los que el comunitarismo ataca?

La respuesta es, claro está, que cuando ellos adscriben los rasgos antes citados a las personas morales están hablando de

⁷⁴ Parfit, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford, 1984.

algo diferente. No describen cómo son los hombres y por lo tanto es absurdo que los autores mencionados en la sección 1 les recuerden incesantemente que los seres humanos no son egos descarnados, que pertenecen a grupos y comunidades, están influidos por factores causales, etcétera. Lo que ellos presentan, como dice Rawls sólo al pasar, es una concepción normativa de la persona, una concepción sobre cómo deben ser tratados los individuos para determinados fines. Verdad es que a veces se emplea un lenguaje indicativo ("la gente es libre e igual"), pero es evidente que esto es sólo una forma de expresión, en aras de la simplicidad, y que encierra un sentido normativo. Por ejemplo, como veremos en el capítulo VII la idea de que la gente tiene capacidad de elección pese a la posible determinación causal de sus decisiones puede expresarse a través de un principio normativo en el sentido de que esas decisiones, cualesquiera que sean sus causas (con algunas pocas excepciones) pueden ser tomadas como antecedentes de obligaciones y responsabilidades.

Pero si esta concepción de la persona es normativa, ¿cuál sería el fundamento para aceptarla? ¿Por qué hemos de preferirla en vez de la otra, más próxima a la riqueza del ropaje con que las personas en realidad aparecen? Como vimos, Rawls parece decir que esta concepción está implícita en la cultura democrática, pero esto depende de la profundidad a la cual penetremos en esa cultura, ya que hay niveles en los cuales las personas son recipientes de más ricos atributos que difieren según los principios morales sustantivos que se presuponen.

Creo que la única vía posible de justificar dicha concepción normativa de la persona es demostrando que ella está necesariamente asumida cuando participamos de la práctica del discurso moral y que es parte esencial de la estructura subyacente al razonamiento que realizamos mediante ella. De ser así, cuando argüimos en favor de cualquier posición moral, implícitamente estaríamos comprometidos con esa concepción normativa y si negamos algunas de sus implicancias incurriríamos en alguna suerte de inconsistencia.

Cuando en capítulos venideros defendamos diferentes principios liberales los conectaremos con rasgos de la persona-

lidad moral que subyace al discurso moral. Eso no obstante, es útil anticipar, de manera muy somera, algunas de esas conexiones. En cuanto el discurso moral está dirigido a lograr consenso, asume que la gente que participa de él es capaz de elegir principios morales con el fin de guiar sus acciones y actitudes sobre la base exclusiva de las razones dadas en el contexto de ese discurso y sin ninguna otra determinación. Quienes participen de una discusión moral se comprometen implícitamente a guiarse en su comportamiento por los principios que adopten como resultado de esa discusión; esto presupone que las decisiones, cualquiera que sea su historia causal, pueden ser consideradas seriamente como antecedentes de consecuencias normativas. La idea de una decisión incorporada a esta suposición presupone alguna jurisdicción: una decisión es tomada por alguien y esto implica trazar algún límite al yo que tomó las decisiones con el fin de determinar, entre otras cosas, si era él competente para tomarlas teniendo en cuenta quién es afectado por ella. Esto implica asumir, por un lado, alguna continuidad del yo, que debe extenderse más allá del sujeto de la elección y, por el otro, alguna separación entre diferentes centros de decisiones. Naturalmente, otra cosa, muy difícil por cierto, es detectar cuáles son los criterios para fundar en el discurso moral corriente, la identidad e independencia de los egos, pero aun sin pretender articular esos criterios, por lo menos sabemos que los egos no están cortados en finas unidades correspondientes a elecciones singulares ni están todos sumergidos en una masa indiferenciada.

Hay serios problemas que dependen de qué más está incluido en la concepción normativa de la persona subyacente al discurso moral. Por ejemplo, la separación de las personas es un rasgo básico que, como veremos, conduce al principio normativo de que una persona no puede ser sacrificada como medio de beneficiar a otras. Si una persona es o no sacrificada depende de lo que es parte de la persona misma, y esto debe resolverse esclareciendo el concepto de la persona que subyace a nuestro razonamiento moral. ¿Son, por ejemplo, los talentos una parte integral de una persona moral? Como se vio, Sandel cree que Rawls sólo puede derivar su principio de diferencia si da una respuesta negativa a esta pregunta, y esto pare-

ce correcto, contrariamente a lo que piensa Nozick, por lo que esta cuestión no parece obligarnos a justificar una calificación de la concepción fina de la persona moral. ¿Pero qué pasa con el cuerpo? Si en la teoría fina y en su criterio de identidad no estuviera incluida alguna referencia a él, es probable que el principio de diferencia implicase la transferencia de órganos del cuerpo a los menos saludables sin que ello significara que algunas personas sean utilizadas como medio (sólo lo sería el cuerpo), lo que parece extremadamente contraintuitivo. No tengo hasta el momento una respuesta clara a este problema, excepto la sugerencia de que la inclusión de la posesión de un cierto cuerpo en la concepción fina y su criterio de identidad personal quizás resulta del presupuesto subyacente al razonamiento moral de que ha de evitarse el dolor y buscar el placer.

Concuerdo con Sandel en que la concepción fina de la persona que Rawls hace explícita y que yo creo subyace al discurso moral probablemente no deja lugar para un principio básico de merecimiento; pero tal vez el merecimiento no sea un concepto moral fundamental defendible y Rawls esté equivocado al confiar en él en el caso del castigo (ver capítulo XI).

Por otro lado, la exclusión de elementos particularistas de la concepción fina de la persona es provocada por la operación conjunta de los rasgos formales de generalidad y universalidad de los principios morales. Como vimos en el capítulo anterior, el requerimiento de generalidad implica que los principios morales adscriban consecuencias normativas a situaciones que son identificadas a través de propiedades (generales), y el requerimiento de universalidad prescribe que si se aplica un principio moral a una determinada situación debe ser asimismo aplicado a todas las situaciones que no difieren de la primera en propiedades que son tomadas como relevantes por ese mismo principio. Como arguye Peter Singer⁷⁵, dados esos presupuestos del razonamiento moral, los principios morales están sujetos a una permanente expansión por encima de las barreras extraterritoriales, raciales y hasta biológicas. Esto es explicable dada la implícita finalidad del discurso moral de alcanzar el consenso para así superar conflictos. Esta función es pasada

⁷⁵ Singer, *The Expanding Circle. Ethics and Sociobiology*, p. 98.

por alto por el movimiento comunitarista, el cual, en su interés por el particularismo, deja de lado el hecho de que los principios morales básicos están dirigidos a un comportamiento convergente de gentes y grupos diferentes, por lo común en conflictos precisamente a causa de su particularismo. Es un hecho evidente que el tribalismo, el nacionalismo y el sectarismo religioso son los grandes generadores de conflictos, de modo que es absurdo proponer que ellos acepten el presupuesto básico de la práctica social del discurso moral que está dirigida a superar conflictos por el consenso. Esto no significa, claro está, que un apropiado vínculo con grupos particulares –familia, asociaciones y nación– no esté legitimado, en ciertas condiciones, por principios menos básicos, una vez que están asegurados los derechos que resultan de los principios básicos. Lo que por el momento cuestionamos es sólo la pretensión de que esta suerte de particularismo debiera expresarse en los principios fundamentales de nuestra teoría moral en respuesta a una concepción de la persona que, de acuerdo con el punto de vista comunitarista, debiera incluir características como la pertenencia a una determinada comunidad.

Algunos podrían objetar a esta presentación que si la concepción de una persona subyacente al discurso moral tiene un carácter normativo, el discurso moral pierde su valor de neutralidad y desde un comienzo está influido en favor de ciertos principios morales (los liberales). Pero esto es como debe ser: el discurso moral no es una institución neutra y no puede serlo, puesto que estamos aduciendo que su estructura conlleva presupuestos de los que se derivan principios morales sustantivos. La única diferencia entre los juicios valorativos implícitos en los presupuestos del discurso moral y los que son pretendidamente derivados de ellos, es que los primeros son tan generales y abstractos que de hecho son aceptados por gente de ideologías específicas muy diferentes que intervienen en la discusión para defenderlos. La tarea de todos los participantes es mostrar que los presupuestos que todos ellos comparten conducen a una clase específica de principios morales, y lo que aquí se argue es que ellos conducen a los liberales.

Como ya se vio, Rawls alega que su concepción de la persona no es metafísica sino política. Este último atributo puede

ser adecuado a la presentación que aquí se hace, ya que bien podría aludir al carácter normativo de la concepción y al hecho de que, como se acaba de decir, sirve para la función social del discurso de lograr consenso con el fin de evitar conflictos y facilitar la cooperación. En cuanto a si es o no metafísica, el propio Rawls reconoce que la palabra “metafísica” es extremadamente vaga y ambigua. No es metafísica en el sentido de que no describe una realidad esencial, ni en verdad ninguna realidad. Podría serlo en el sentido de ser obtenida mediante una suerte de método “trascendental”, por cuanto es inferida de algunos presupuestos básicos de todos los juicios que hacemos en el contexto del discurso moral.

Sostuve que lo que subyace al razonamiento moral es una concepción fina de una persona moral. Esto es, que esta concepción incluye únicamente aquellos presupuestos básicos que son necesarios para articular los principios morales fundamentales. Naturalmente, necesitamos una concepción más rica de una persona moral. Pero sólo puede obtenérsela, como dije en el capítulo I, a la luz de un conjunto de principios morales más sustancial y completo. En el capítulo VIII examinaremos la extensión de la clase de las personas morales según resulta de los principios expuestos en los capítulos intermedios.

c) *LA PRIORIDAD DE LA JUSTICIA RESPECTO DE LAS CONCEPCIONES DE LO BUENO Y LA NEUTRALIDAD DEL LIBERALISMO.* Como se vio en la sección 1, Sandel parece tener un fuerte argumento contra la prioridad de la justicia respecto de otros valores sociales o concepciones de lo bueno: el hecho de que la justicia lejos de ser prioritaria parece ser subsidiaria en relación a otras virtudes sociales. Cuando en un grupo prevalecen el amor y la fraternidad, como en una familia, no se plantean cuestiones de justicia. Se habla en términos de justicia cuando se produce un importante quebrantamiento o una fractura profunda en el grupo social por ausencia de aquellas virtudes.

Hay algo indudablemente correcto en las observaciones de Sandel: los principios de justicia están dirigidos a tratar conflictos actuales o potenciales y, por consiguiente, no son aplicables cuando no hay conflictos. Pero esto de ningún modo significa que los principios de justicia sean subsidiarios de otros valores

sociales. Por ejemplo, no se podría renunciar a la justicia con el objeto de promover la fraternidad o la solidaridad.

Lo que Sandel pasa por alto es que los principios liberales de justicia como veremos en el capítulo VII, toman el consentimiento como elemento primario para justificar la distribución de derechos y obligaciones, beneficios y cargas, y solamente toman en cuenta otras circunstancias cuando no existe tal consenso. Según las circunstancias descriptas por Sandel, en una familia bien avenida o un grupo social coherente, no es verdad que los principios de justicia sean irrelevantes: ellos legitiman las distribuciones e intercambios realizados dentro del grupo sobre la base de la general buena disposición y buena voluntad de los miembros que implican un consentimiento incondicional a esas distribuciones e intercambios. De no estar presente ese consentimiento, debido a engaño, ignorancia o al estado mental de la persona en cuestión, los otros criterios de justicia entran a operar por mucho amor o fraternidad que haya entre las partes. Por otro lado, esos otros criterios de justicia por lo común no están completamente excluidos de la mente de los participantes, con el fin de rever su consentimiento de ser él grosera y persistentemente violado. Por ejemplo, si un grupo de amigos acostumbra a salir juntos periódicamente, todos admitirían que era innecesario hacer cálculos rigurosos para determinar a quién le tocaría pagar la próxima salida, de acuerdo con los que hubieran pagado antes. Algunas desviaciones de los criterios estrictos de justicia serán tolerados en honor de la relación de confianza y el placer de ser generosos con aquellos a quienes tenemos afecto; pero si esa confianza llevara a que fuera el más pobre entre ellos el que casi siempre pagara la cuenta, esto sería considerado injusto y el consentimiento general probablemente sería revocado. Así, los principios de justicia están permanentemente en el trasfondo, legitimando no sólo las relaciones basadas en el consentimiento sino proveyendo criterios sustantivos que nos permitan interpretar en qué medida esas relaciones son amistosas, desinteresadas y afectuosas.

Como dije, Sandel parece tener razón cuando arguye que la prioridad de la justicia respecto de otros valores sociales está fundada en el hecho de que en el esquema liberal kantiano, de-

riva de una condición para fines e intereses o deseos individuales, esto es la capacidad para elegir fines, adoptar intereses o formar deseos. Pero esta explicación implica que esos otros valores sociales dependen de los fines, intereses o deseos de los individuos. ¿Es esto así? Algunos protagonistas del movimiento comunitarista, como Sandel y Taylor, objetan esta dependencia, dentro de esta concepción, de los otros valores sociales que no sean la justicia, de deseos, diciendo que esto cae en una reducción utilitarista.

En el caso de Rawls, quien ha influido considerablemente en muchos otros pensadores liberales, esta cuestión está conectada con su idea de lo bueno. Para una persona lo bueno está dado por la realización exitosa de un plan racional, es decir un plan de vida elegido con plena racionalidad deliberativa. Podemos evaluar deseos e intereses de acuerdo con un plan racional general de vida, pero éste depende de los fines de los individuos y no hay criterios objetivos para apreciar los fines individuales⁷⁶ (Rawls rechaza varias concepciones de fines dominantes como el hedonismo), excepto que deben respetar principios de justicia. Esto es lo que Rawls llama la pluralidad de concepciones de lo bueno, la cual a su entender es un hecho inevitable de la vida humana. "Lo bueno humano es heterogéneo porque el fin del yo es heterogéneo"⁷⁷. Lo bueno individual tiene un valor social, pues funda una pretensión dirigida a todos que debe ser satisfecha del modo especificado por los principios de justicia. Algunos otros valores sociales, como el bienestar o la felicidad son de hecho reducidos a lo bueno para los individuos, por cuanto equivalen a la satisfacción de planes de vida racionales de la manera prescrita por los principios de justicia. Otros valores sociales, como la amistad, la cooperación social, la búsqueda del conocimiento o la belleza, etc., son vistos como parte de planes racionales de vida⁷⁸ o como instrumentales para la aplicación de principios de justicia o derivados de una adhesión general y continua a ellos.

⁷⁶ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 551.

⁷⁷ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 554.

⁷⁸ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 425.

Ahora bien, tanto esta concepción relativista de lo bueno para una persona como la dependencia de otros valores sociales de ese bueno podrían ser discutidos, como veremos en el capítulo siguiente. En realidad, bien puede ser una gran debilidad del liberalismo confiar en tal concepción relativista de lo bueno para una persona. Como dice Allan Bloom⁷⁹, el liberalismo nos concede libertad para elegir planes de vida, pero nos priva de razones para elegir alguno de ellos. Si la elección fuera el resultado de un mero capricho, esa elección como afirma Loren Lomasky⁸⁰ no parecería algo especialmente valioso. El liberalismo debería ser compatible con la posibilidad de que hubiera razones para elegir un fin último y en consecuencia un plan de vida racional y una cierta concepción de lo bueno con preferencia a otra. Si detrás de los fines no hay razones, los intereses y deseos aparecen como meros impulsos o caprichos, sin pretensión válida alguna a ser satisfechos.

Naturalmente, el problema reside en que, una vez que admitimos que puede haber razones en favor de un fin que determina un plan de vida, es difícil volver a esto compatible con la libertad para elegir planes de vida que define el liberalismo. Si una concepción de lo bueno es verdadera; por qué no imponerla? La respuesta nos la da el hecho de que el principio de autonomía que veremos en el capítulo V es simplemente asumido en el discurso moral en el momento en que damos razones en pro o en contra de los estándares de moralidad personal e intersubjetiva; de modo que el principio de que la libre elección de concepciones de lo bueno es valioso, lejos de estar fundado en el escepticismo en cuanto a la existencia de razones para ellas, está presupuesto en nuestra actividad de dar esas razones con el objeto de que nuestro interlocutor elija libremente una concepción de lo bueno (o un principio moral intersubjetivo) únicamente en base a razones, con exclusión de coerción, persuasión irracional, etcétera. Además, como también se verá, la mayor parte de las concepciones de lo bueno

⁷⁹ Bloom, Allan, *The Closing of the American Mind*, New York, 1987.

⁸⁰ Lomasky, Loren, *Persons, Rights and the Moral Community*, Oxford, 1987, p. 233.

incluyen como una condición para ser satisfechas una actitud espontánea de adhesión, que el engaño o la fuerza excluyen. Esto conduce a suponer que la autonomía es un aspecto esencial de una concepción plausible de lo bueno. Finalmente, la admisión de que las concepciones de lo bueno pueden ser verdaderas o falsas no significa, como arguye Nagel, que el conocimiento de esa verdad pueda alcanzar el grado requerido de objetividad como para justificar su imposición por la fuerza a otra gente (este punto se considerará especialmente en el capítulo V).

En cuanto a la dependencia de otros valores sociales de lo bueno para la persona, parece estar justificada cuando admitimos la posibilidad de que existan razones en favor de concepciones de lo bueno. En efecto, cosas como la amistad, la solidaridad o el conocimiento no parecen ser valiosas si no son parte de fines o planes de vida de la gente. El argumento de que la gente puede entender erradamente los beneficios de estas cosas es tomado en cuenta cuando nos negamos a comprometernos con una visión relativista de concepciones de lo bueno.

Como se vio en la sección 2, Rawls y Nagel tratan ahora de hacer compatible una visión no relativista de las concepciones de lo bueno con el liberalismo. Pero creo que al articular esta posición correcta cometen un error crucial que los lleva a la anteriormente mencionada retirada frente a los críticos del liberalismo. Ese error consiste en tratar principios de moralidad intersubjetiva o social, como el principio utilitario o los principios liberales de autonomía e individualidad, como si ellos mismos fueran sólo concepciones personales de lo bueno y aplicar a ellos el principio de tolerancia, el cual se refiere a aquellas concepciones.

Evidentemente esta reducción de principios morales intersubjetivos a meras concepciones de lo bueno no se debe a inadvertencia, sino a consideraciones, como las expuestas por Joseph Raz⁸¹, las cuales parecen mostrar que los ideales personales no pueden ser aislados de los sociales (sea porque los ideales personales requieren una cierta clase de sociedad o porque no hay

⁸¹ Raz, *The Morality of Freedom*

una clara distinción conceptual entre ambas clases de ideales). Aunque este punto presenta complicaciones, puedo adelantar la observación general de que cualquier idea de imparcialidad o neutralidad o exclusión de concepciones de lo bueno en la justificación de la acción estatal debe asumir cierta restricción a lo que se entiende por "concepción de lo bueno", pues de otra manera la idea de neutralidad, imparcialidad o exclusión de concepciones de lo bueno se aplicaría a sí misma, conduciendo a una especie de autofrustración. En otras palabras, esa idea misma y aquellas que compiten con ella constituyen un aspecto crucial de un modelo de sociedad hacia el cual el Estado no puede ser neutral.

Naturalmente, si la tolerancia de diferentes concepciones de lo bueno, no obstante el hecho de que algunas de ellas puedan ser verdaderas y otras falsas, está basada, como acabo de mencionarlo y volveremos a verlo en el capítulo V, en el principio de autonomía, este mismo principio de autonomía no puede ser meramente otra concepción de lo bueno que no se puede imponer sino que debe ser únicamente tolerada. Por otro lado, el modo en que este principio es derivado de presupuestos del discurso moral, como se verá en el capítulo V, presupone una distinción entre los ideales personales y los ideales sociales, y conduce a la aplicación del principio únicamente a los ideales que sean exclusivamente personales. La autonomía, además de ser un bien personal y, como dije, de ser un aspecto esencial de cualquier concepción plausible sobre lo que es bueno en la vida, forma parte de un principio intersubjetivo, puesto que incluye pautas de conducta de uno hacia los demás.

Ciertamente, Rawls y Nagel bien pueden argüir que no fundan la tolerancia de las concepciones de lo bueno en el principio de autonomía sino sobre otras bases, como la necesidad de consenso en el caso de Rawls, y la exigencia de cierta clase de objetividad con el fin de justificar el recurso a la coerción estatal, en el caso de Nagel. Pero no está claro qué entienden esos autores por el principio de autonomía y cómo lo distinguen del principio de tolerancia a efectos de recomendar una actitud neutral hacia el primero y no hacia el segundo.

Pero hay una duda más importante acerca de la validez de la tentativa de esos autores de postular una posición neutral

respecto de principios como el de autonomía o el de utilidad, sin adoptar un punto de vista relativista o escéptico acerca de su valor verdad. Si alguno de esos principios fuera verdadero, no se trataría de una verdad meramente especulativa sino de una verdad normativa, la cual implica un reclamo válido a ser satisfecha. Y éstos, a diferencia de los ideales de excelencia, son principios intersubjetivos o sociales que no pueden materializarse en una vida individual sino que sólo pueden materializarse en la estructura de la sociedad. Ellos son propuestos no sólo como (parte de) un modelo de vida sino como (parte de) un modelo de sociedad. Así si decimos, por ejemplo, a un utilitarista que no vamos a discutir la verdad de su principio, que concedemos que bien puede ser verdad, pero que no lo imponemos en el medio social por consideración al consenso o porque no tiene el grado de objetividad que es necesario para el empleo de la coerción estatal, él dirá que esto equivale a un rechazo sin una discusión amplia del principio utilitarista y que es completamente inconsecuencial conceder que pueda ser verdadero. Si un principio normativo es verdadero éste tiene implicaciones pragmáticas y, en el caso de un principio de moralidad social, si reconocemos que es verdadero estamos comprometidos a tratar de adaptar la sociedad a sus requerimientos.

El principio utilitarista y, según Rawls y Nagel, el principio de autonomía compiten con su propia posición de filosofía política y por lo tanto no se los puede cortésmente dejar de lado sin argumentos que demuestren que son inválidos.

El principio de tolerancia cuando implica tolerar la imposición de estándares y no sólo argüir en su favor, únicamente se aplica a lo que estrictamente puede concebirse como planes de vida, ideales de excelencia humana o concepciones personales de lo bueno, pero no a los principios morales que necesariamente tienen también una dimensión social o intersubjetiva. Así restringido, el principio de tolerancia es de hecho, como vimos, el principio de autonomía personal y es él mismo, además de un aspecto de ideales personales plausibles, un principio moral social que excluye otros principios sociales, como el utilitarista, que son incompatibles con él.

Por consiguiente, el "método de evitación" rawlsiano es una tentativa sin esperanza. No podemos eludir los proble-

mas filosóficos y al mismo tiempo hacer filosofía (política). Lo más que podemos hacer es afirmar que todas las posiciones de filosofía política, incluso la de justicia como equidad, deben ser convalidadas a través de algún método epistemológico —como la discusión pública y la regla de la mayoría— a fin de obtener el grado de objetividad que se requiere para la imposición coercitiva. Pero esto será tema del capítulo IX.

d) *AUTONOMÍA, IMPARCIALIDAD Y LA PRIORIDAD DE LA MORAL*. Buena parte de la inquietud que expresan los pensadores comunitaristas acerca de la conservación de los vínculos locales y los compromisos personales está motivada por el temor de que la ética kantiana, así como el utilitarismo, no dejen lugar para todo aquello que es valioso, distintivo y placentero en una vida individual. Este temor, como vimos, está excelentemente descrito por Bernard Williams en *Moral Luck*⁸², quien ilustra lo desconcertante de que la moralidad prevalezca siempre sobre todos los demás valores con el ejemplo de Paul Gauguin, cuyo comportamiento al abandonar a su familia fue moralmente censurable pero le dio ocasión de desarrollar su extraordinario talento artístico. Igual inquietud manifiesta Susan Wolf en *Moral Saints*⁸³, aun cuando sus argumentos sean menos convincentes por cuanto se apoya demasiado en el hecho de que la moralidad, librada a sí misma, daría lugar a personalidades apagadas y aburridas, lo que parece una consideración frívola si se toma en cuenta de qué trata la moralidad (centralmente de la vida y las necesidades básicas de otra gente). Thomas Nagel retoma el tema⁸⁴ y trata de darle lugar dentro de un sistema moral general, reconociendo algunas razones relativas al agente de autonomía, obligaciones especiales y prohibiciones deontológicas de acciones las que son tomadas en cuenta en una suerte de segunda etapa de desarrollo de una moralidad impersonal, en la que son considerados los motivos humanos básicos y, por consiguiente, están restringidas las demandas de obligaciones im-

⁸² Williams, *Moral Luck*, Cambridge, 1981.

⁸³ Wolf, *Moral Saints*, en "The Journal of Philosophy", agosto 1982, vol. LXXIX, n° 8.

⁸⁴ Nagel, *A View from Nowhere*.

parciales con el fin de dar lugar a los proyectos personales, vínculos particulares, etc. (esta reformulación de la moralidad tiene el efecto de convertir en supererogatorias las conductas que eran obligatorias en la formulación correspondiente a la primera etapa). Dentro de la discusión de una teoría utilitarista general, también Samuel Scheffler, en *The Rejection of Consequentialism*⁸⁵, se ocupa del tema y trata de resolverlo mediante la aceptación de una "prerrogativa centrada en el agente" que permite a cada individuo asignar un peso extra a su propio interés al decidir cuál es la acción a ejecutar.

De hecho, creo que esta preocupación está justificada por cuanto es provocada por una real tensión entre tres aspectos fundamentales de la moralidad impersonal: su imparcialidad, su prioridad respecto de cualesquiera otros valores y razones para actuar y su compromiso con la autonomía personal.

La exigencia de imparcialidad implica que todos deben tratar los intereses de otra gente como los suyos propios, puesto que el hecho de ser el interés de, digamos, Carlos Nino, no es una diferencia relevante para ningún principio moral plausible (recordemos las condiciones de generalidad y universalidad de los principios morales). En el caso del utilitarismo esto tiene por consecuencia que al evaluar cada una de mis acciones tengo que considerar sus efectos respecto de todos los intereses posibles sin dar preeminencia a los míos respecto de los del resto, a fin de elegir la acción que maximice la satisfacción agregativa de ellos. Como es bastante probable que en la mayor parte de los casos mis intereses pierdan frente a otros, sea por cuestión de urgencia o de cantidad, mal estará moralmente justificado en prestar atención a mi propio bienestar o a mis propios proyectos. De tal modo, todos tendrían que adoptar el mismo plan de vida, el del buen samaritano, y toda idea de autonomía personal, en el sentido de una elección libre de planes de vida, desaparece. La posibilidad de recurrir a otros valores con el fin de defender esa autonomía está excluida, puesto que otro rasgo de la moralidad impersonal es la prioridad de la ética respecto de cualquier otra razón para actuar.

⁸⁵ Scheffler, Samuel, *The Rejection of Consequentialism*, Oxford, 1982.

A primera vista una moralidad impersonal kantiana está libre de esta tensión entre imparcialidad, autonomía y prioridad, puesto que la imparcialidad no conduce a una evaluación uniforme de intereses cuya afectación determina consecuencias que son tomadas como base para evaluar las acciones, sino que conduce directamente a una evaluación uniforme de las *acciones*. Por ejemplo, la imparcialidad conduce a una prohibición uniforme de la acción de matar, quienquiera que sea el agente y quienquiera que sea la víctima. Como en cualquier ética deontológica plausible debe haber una cantidad limitada de prohibiciones de acciones, parece quedar un amplio espacio para un área de indiferencia constituida por aquellas acciones que no violan ninguna prohibición y que pueden ser elegidas como parte de planes de vida personales. Pero como se verá en el capítulo VIII esta fácil salida es ilusoria: las prohibiciones deontológicas de acciones generalmente se refieren a aquellas acciones a través de descripciones que toman en cuenta algunos efectos causales (p.ej., la muerte del ser humano); no existe ninguna razón *a priori* para excluir la posibilidad de causar ese efecto relevante y violar el derecho que la prohibición protege por una omisión, como la de no suministrar a gente en estado de inanición los alimentos que le salvarían la vida. Por consiguiente, una vez que se toman en cuenta estas consideraciones y, como se verá en el capítulo VIII, se refutan algunas fáciles objeciones (como la de recurrir a diferencias irrelevantes entre acciones y omisiones o a un concepto de causación valorativamente cargado), las prohibiciones deontológicas se expanden enormemente reduciendo casi por completo el campo de la autonomía. Casi con seguridad mientras escribo estas páginas he de estar infringiendo alguna prohibición deontológica que me impide causar daño a mis congéneres, quizás a través de un remoto efecto de esta misma acción (que podría ser la base de una descripción alternativa de ella como dañina, molesta, etc., para alguien) y ciertamente a través de algunas de las cosas que omito hacer mientras hago esto. Como alegraré, si un liberal libertario como Nozick consigue dejar amplio espacio para la autonomía es sólo porque hay una inclinación infundada subyacente a toda su teoría, contra las omisiones como violatorias de derechos.

Frente a esta tensión entre los tres aspectos esenciales de la moralidad impersonal –imparcialidad, autonomía y prioridad respecto de otros valores– diferentes filósofos abandonan o atenúan uno u otro de esos aspectos.

De hecho los filósofos utilitaristas abandonan la idea de autonomía.

Para autores como Singer⁸⁶, Glover⁸⁷, Shue⁸⁸, Harris⁸⁹, no hay justificación posible para perseguir la satisfacción de nuestros intereses o proyectos particulares si por acción u omisión estamos causando la frustración de intereses más básicos de otra gente. Reconocen que esto puede ser duro pero arguyen que la moralidad es dura y aun si no la podemos satisfacer enteramente, es importante saber qué es lo que ella nos exige. Pero quizá no sean plenamente conscientes de lo dura que es su clase de moralidad ni cuán amplia la pérdida de autonomía que implica, por estar acostumbrados a pensar en términos de transferencia de recursos externos para satisfacer las necesidades de otra gente; pero la imparcialidad implicaría también la administración de nuestro tiempo, nuestra concentración mental, afectos, etc., prestando atención a no favorecer nuestros intereses por encima de los ajenos y esto parece demasiado para un sistema plausible de moralidad. Hay otras dudas; ¿cómo podemos ayudar a otra gente si carecen de proyectos o intereses propios y sólo tienen aquellos destinados a ayudar a otra gente? El concepto mismo de altruismo parece lógicamente presuponer un cierto grado de egoísmo. Si todos quisieran ser la Madre Teresa, quizá nadie podría serlo.

La mayor parte de los filósofos comunitaristas abandonan el aspecto de imparcialidad de la moralidad. Como vimos, esto es lo que hacen Taylor, Sandel, MacIntyre, Walzer, etc., cuando afirman que el contenido (y no sólo la generación) de los principios morales debe ser sensible a los vínculos, compro-

⁸⁶ Singer, Peter, *Practical Ethics*, Cambridge, 1979.

⁸⁷ Glover, Jonathan, *Causing Death and Saving Lives*, Harmondsworth, 1977.

⁸⁸ Shue, Henry, *Basic Rights*, Princeton, 1980.

⁸⁹ Harris, John, *Violence and Responsibility*, London, 1980.

misos y modos de vida, etc., particulares. Es dudoso que la autonomía se expanda de tal modo, dado que el lugar dejado por la moralidad imparcial parece ampliamente cubierto por reclamos localistas habitualmente bastante opresivos. En todo caso, si se conservara la autonomía, sería a costa de socavar gravemente, como vimos en la sección 3, a, el rol de la moralidad como proveedora de estándares comunes para superar conflictos entre individuos y grupos que exhiben particularidades que son las que generalmente generan los conflictos.

En el caso de Nagel, la restricción de la imparcialidad se basa en el reconocimiento, entre otras cosas, de razones relativas de autonomía. Son éstas razones que únicamente el agente tiene para la satisfacción de sus preferencias y la prosecución de sus proyectos y que no se extienden a los demás; como poco antes vimos, en el segundo estadio de la moralidad hay que dejar lugar para la operatoria de esta clase de razones. Aunque esta peculiar interpretación exigiría un análisis mucho más profundo, se pueden aclarar algunas dudas: es verdad que las preferencias particulares de la gente no proporcionan a los otros razones para la acción, ya que, como se vio, uno de los rasgos de la personalidad moral es que cada uno es responsable de sus propias preferencias, lo que implica que no deben ser vistas como accidentes (ésta es la diferencia con tener un dolor) y que una mayor dificultad para satisfacer algunas preferencias no debe significar un reclamo mayor de ayuda de los demás. Pero la satisfacción de los proyectos o las preferencias de otros parecen fundar razones neutrales para proporcionarles alguna ayuda que no varía según el costo de ese proyecto o preferencia. Si, por ejemplo, proporcionar a alguien cierta ayuda para satisfacer un proyecto, como el de escalar el Kilimanjaro, no significara un gran costo para nosotros, sería moralmente injustificado negarle esa ayuda. Por lo tanto la autonomía nos provee de algunas razones neutrales que tienen una cierta independencia del ejercicio particular de esa autonomía. Por otra parte, es también dudoso si las preferencias mismas proveen a sus sustentadores de razones relativas o si, como se sugirió en la sección 3, c, esas razones son suministradas por los fundamentos para esas preferencias. En ese caso, los fundamentos serían impersonales y proporcionarían a otros razones adicio-

nales para ayudar a materializar el proyecto y estas razones son independientes de las razones proporcionadas por la autonomía.

Bernard Williams y Susan Wolf abandonan el requisito de la prioridad de la moral. Wolf aboga explícitamente por una visión intuicionista del razonamiento práctico de acuerdo con el cual las razones de diferente carácter son contrapesadas entre sí. Creo que esta posición no sólo no coincide con la fenomenología del pensamiento moral, en el que cualquier otra clase de razones parece perder toda fuerza justificatoria cuando se hallan en conflicto con las razones morales, ni con nuestra comprensión actual del concepto de moralidad y justificación, sino que también, lo que es más importante, de ser adoptada realmente llevaría a la desintegración del razonamiento práctico, dado que nuestra justificación de acciones y actitudes terminaría en principios o valores diferentes y generalmente incompatibles, sin ninguna vía racional e intersubjetiva de elegir entre ellos (la intuición de uno no siempre es la de los otros, sobre todo cuando no se basa en propiedades de la situación que pueden ser comprendidas en reglas generales sobre la jerarquía de los principios sustantivos). El discurso moral y la moralidad no cumplirían su función social de resolver conflictos si no se otorgara a esta segunda tal prioridad práctica.

Si bien es ésta una cuestión que requiere un tratamiento mucho más extenso, que parcialmente se hará en otros capítulos, lo que sí se puede adelantar es que la tensión entre estos tres aspectos de la moralidad kantiana puede amenguarse si logramos mostrar que, desde un punto de vista imparcial algunas obligaciones particulares y, sobre todo, el principio de autonomía son garantizados. Si así fuera, abolir toda autonomía iría contra la imparcialidad. Aun si esta conclusión no nos dijera qué grado de autonomía es compatible con la imparcialidad, por lo menos implicaría que tiene que haber *cierta* autonomía, y esto es muy importante ya que hay una gran diferencia entre un mundo utilitarista de hacedores del bien que ayudan a otros hacedores del bien y un mundo en el que existe al menos una mínima posibilidad de elegir y perseguir algún plan de vida personal.

e) *IMPLICACIONES SUSTANTIVAS Y CONTEXTO SOCIAL.* Naturalmente, muchas de las críticas al kantianismo no tienen por fin

último su enfoque metaético constructivista sino sus implicaciones liberales. Como vimos, no es ésta la posición de Rorty, Williams y, en parte, de Hampshire, pero sí lo es la de Taylor, Sandel, MacIntyre y Walzer. No es éste el lugar para discutir los principios sustantivos y sus implicaciones institucionales dado que todavía tenemos que articularlos en los capítulos siguientes. Sin embargo, hay algunas críticas sustanciales que son extremadamente básicas, ya que se refieren a algunos aspectos generales de la textura social que derivarían directamente del enfoque metaético constructivista y que podrían ser tan obviamente inaceptables como para poner en evidencia que algo debe estar fundamentalmente mal en su estructura básica. Por consiguiente, es inevitable adelantar algunas observaciones muy generales sobre las implicaciones sustantivas del constructivismo y vale la pena detenerse en algunos comentarios sobre el contexto social en el que emerge el comunitarismo.

Lo primero que hay que tratar es la cuestión de las comunidades. Claro está que los críticos del liberalismo no creen que esta doctrina abogue porque los hombres vivan aislados entre sí y de un medio social que suministra muchos de los más importantes bienes que hacen valiosa la vida. Pero sí creen que el liberalismo subestima la importancia de la pertenencia a una comunidad para el desarrollo humano adoptando una visión instrumentalista de esa pertenencia.

Hemos analizado ya la aseveración de que la inserción en una comunidad es constitutiva de la personalidad moral y dije que esto no parece ser así respecto de la concepción normativa de la persona, que de hecho asumimos cuando participamos del razonamiento y el discurso moral. Entre otras cosas, los requisitos de universalidad y generalidad nos impulsan a tratar de separar el yo mínimo, presupuesto en la argumentación moral, de toda conexión particularista.

Si la integración en una comunidad no es parte del yo de una persona debe ser parte de sus fines, y en esa medida es verdad que se adopta una visión no constitutiva de la comunidad. Esto no significa que la pertenencia a una comunidad sea un medio para alguna otra cosa, porque para muchas personas podría ser un fin en sí misma. El valor de la pertenencia depende del plan de vida elegido por la persona, aunque, como se

vio, puede haber razones para esa elección. Es innecesario decir que esto no tiene ninguna influencia en obvias explicaciones causales acerca de cómo la inserción en alguna comunidad determina, entre otras muchas cosas, los fines de la persona.

Claro está que muchos de los bienes que la gente valora más dependen de la inserción no sólo en una comunidad más o menos grande y relativamente impersonal, como una nación, sino también en grupos más íntimos, como familia, clubes, asociaciones, etcétera. Por lo tanto, en una concepción como el liberalismo, que valora la igualdad de oportunidades para que toda persona alcance el bien elegido, hay toda suerte de razones para facilitar la integración de las comunidades.

Siguiendo la imagen de Nozick, una sociedad liberal bien puede ser "un marco para la utopía", dentro del cual la gente puede reunirse en comunidades más o menos inclusivas con el fin de desarrollar vínculos de amistad, encontrar un ambiente afectuoso, cooperar mutuamente en la persecución de planes de vida o compartir el mismo modo de vida con otra gente en íntima comunión.

El liberalismo es perfectamente compatible con la constitución de comunidades "totales", como algunas de carácter religioso o los *kibbutzim* israelíes, en los que se comparte en gran medida desde los ideales hasta los niños.

El comunitarismo no puede pues quejarse de que la sociedad liberal desaliente la creación de comunidades, aunque sí puede lamentar que, según el pensamiento liberal, tales comunidades deban ser consensuales. Esto se sigue necesariamente de lo que dije antes acerca de la conexión entre la pertenencia a una comunidad y la concepción de una persona. Este carácter voluntario de la integración en una comunidad no niega, por supuesto, que en realidad nosotros nos encontramos insertos en muchas comunidades sin que se nos haya preguntado primero si estábamos de acuerdo con ello y que en muchos otros casos nuestra pertenencia responda a factores no enteramente voluntarios. La idea normativa de que las comunidades deben ser consensuales implica que las oportunidades para optar salir de la comunidad deben ser maximizadas, por ejemplo, legitimando el divorcio o, como veremos más adelante, mediante el ofrecimiento a los niños de comunidades totales de

una educación liberal que les permita entrar en contacto con otros modos de vida.

¿Por qué perturba tanto a los comunitaristas el carácter consensual de las comunidades dentro de la sociedad liberal? Creo que la cuestión debe extenderse al carácter consensual de los planes de vida en general, por cuanto para los liberales el primero es consecuencia del segundo. Allan Bloom, en *The Closing of the American Mind*⁹⁰, da una expresiva versión de esta preocupación acerca del impacto de las ideas liberales en la sociedad estadounidense, con palabras de este tenor: "País, religión, familia, ideas de civilización, todas las fuerzas históricas y sentimentales que se erguían entre el infinito cósmico y el individuo, proporcionando alguna noción de lugar dentro del todo, han sido racionalizadas y han perdido su capacidad impulsora. Norteamérica es sentida no ya como un proyecto común sino como un marco dentro del cual la gente son sólo individuos, dejados solos dentro de él. En la medida que hay un proyecto es para poner a aquellos calificados de desaventajados en una posición que también les plazca... el alma de los jóvenes está en una situación similar a la de los primeros hombres en el estado de naturaleza, espiritualmente desnudos, desconectados, aislados, sin relación alguna incondicional o heredada con nada ni con nadie. Pueden ser lo que se les ocurra ser, sólo que no tienen ninguna razón para ser nada en particular. No sólo son libres de elegir el lugar a ocupar, sino que lo son también de decidir si creerán en Dios o serán ateos, o dejarán abierta la opción siendo agnósticos; si serán hetero u homosexuales o si también en esto dejarán abierta la opción; si se casarán y si permanecerán casados; si tendrán hijos, y así siguiendo, infinitamente". Bloom prosigue diciendo que la mayor parte de las relaciones interpersonales son ahora consensuales, una simple cuestión de elección, pero que la gente no encuentra motivos para elegir de modo que no se pueden comprometer. Pero las relaciones entre hombre y mujer, entre padre e hijo, dice, no pueden ser entendidas simplemente como contractuales, por cuanto perderían su carácter y se di-

⁹⁰ Bloom, *The Closing of the American Mind*, p. 85.

solverían. Bloom traza un cuadro sugestivo de esta falta de compromisos y vínculos en la sociedad norteamericana: la sensación de desapego y aislamiento; una cierta chatura de horizontes y una falta de riqueza en la vida individual; un grado de deterioro de la sensibilidad artística, etcétera.

Todo esto es preocupación corriente de ciertos sectores conservadores de la sociedad norteamericana y de los antiliberales de otros países que señalan esos males como temibles efectos del liberalismo que debemos evitar. Pero la conexión con el liberalismo nunca se establece claramente; la intervención de otros factores nunca es explicada. Por ejemplo, ¿en qué medida este aparente estado de cosas se debe al ordenamiento institucional liberal —como la libertad de cultos o de asociación o del divorcio— y cuánto a la expansión del sistema capitalista, que promueve el autointerés y el control privado de los recursos de acuerdo con la riqueza, a expensas de la imposición de deberes de solidaridad con los menos autónomos, de la expansión del dominio público en áreas como los medios masivos de comunicación, los espacios libres urbanos, los servicios de transporte, etcétera? Es muy curioso que recientes críticas comunitaristas al liberalismo por lo común no examinen ni el capitalismo ni las instituciones de la propiedad privada irrestricta y el mercado libre. Además, ¿en qué medida los rasgos sociales que más disgusto causan a los comunitaristas son el producto de prácticas, hábitos e instituciones peculiares de los estadounidenses, que el liberalismo no requiere, como la movilidad territorial, la vida suburbana, las escuelas y universidades de internado, etcétera?

Claro está que yo no quiero, ni podría hacerlo, avanzar alguna hipótesis a este respecto; sólo deseo señalar la habitual desprolijidad de las explicaciones corrientes y destacar el hecho conceptual de que el valor de la libertad no depende del valor de lo que la gente hace con su libertad.

Sin embargo, pienso que algunos de los aspectos sociales que preocupan al comunitarismo son realmente consecuencia del impacto sobre la sociedad de los principios liberales y del enfoque metaético constructivista. Un liberal puede y en realidad debe valorar las relaciones particulares con los padres, los niños y la esposa, su pertenencia a una cierta 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 vivir 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 o relación y el examen de los mismos con el fin de determinar si ha de continuar con ellos o abandonarlos. Naturalmente, esto tiene ciertos efectos psicológicos si los principios liberales gobiernan una sociedad y, principalmente, si inspiran su sistema educacional. Es posible que esto promueva una cierta suerte de carácter típico no tan atrayente para algunos occidentales como, digamos, el de Yukio Mishima. Pero éste es el precio de tener gente libre. Lo que quizá puede superarse, como dije en la sección 3, c, es la identificación entre la libertad de escoger proyectos de vida y el escepticismo o relativismo acerca de su valor. Si la existencia de razones para modos de vida no fuera utilizada para justificar el empleo de la coerción, la tolerancia sería compatible con los compromisos más profundos.

f) *CONCLUSIÓN.* Mi principal argumento en contra de los comunitaristas es que los rasgos universalista y abstracto del kantianismo que él objeta están de hecho incorporados a la estructura subyacente de la práctica dominante del discurso moral que casi todos—incluso los comunitaristas—parecen compartir cuando se discuten cuestiones sustantivas de moralidad social, así se trate de la defensa de una sociedad comunitaria. De ser esto así y si también fuera verdad, como trataré de mostrarlo en los próximos capítulos, que esos presupuestos conducen a los principios liberales, el discurso moral sería una práctica liberal, en realidad el aspecto interno de las instituciones liberales (aunque tenga una cierta independencia fáctica de ellas).

Quizá lo que los comunitaristas están tratando de hacer es crear, o re-crear, una práctica diferente del discurso moral, dentro de la cual, por ejemplo, una invocación a las tradiciones de la comunidad sea un argumento final. Tal vez lo logren,

tal vez no. Por mi parte pienso que esa práctica del discurso moral no sería tan eficaz como la actual en el desempeño de las funciones sociales de la moralidad de superar conflictos y facilitar la cooperación. Pero, como se vio en el capítulo anterior, esto tal vez explique por qué es poco probable que esta empresa triunfe, pero no proporciona una justificación no-circular de la práctica actual. Lo único que pueden hacer los liberales es desear que los no liberales continúen compartiendo con ellos los mismos presupuestos básicos en la discusión de cuestiones morales.

En los próximos capítulos veremos cuáles son los principios que se derivan de aquellos presupuestos y, más tarde, cuáles son los arreglos institucionales avalados por tales principios.

PARTE SEGUNDA
PRINCIPIOS

CAPÍTULO V

EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA PERSONA

1. INTRODUCCIÓN

En éste y en los próximos dos capítulos discutiré tres principios —que como veremos, pueden ser cuatro— que, según creo, constituyen la base de una concepción liberal de la sociedad y de cuya combinación se deriva un conjunto plausible de derechos individuales básicos. Cada uno de estos tres principios descalifica una cierta doctrina filosófica que constituye una de otras tantas piezas de una visión totalitaria de la sociedad: el *perfeccionismo*, el *holismo* y el *determinismo normativo*.

Me propongo presentar cierta formulación de cada principio, discutir algunas de las muchas posibles objeciones y ofrecer indicios de cómo podría justificárselo a la luz de la concepción metaética que bosquejé en el capítulo precedente. Este programa es extremadamente tentativo y exploratorio: si bien ha habido en los últimos años un aluvión de trabajos sumamente iluminadores acerca de la posibilidad de justificar racionalmente principios de moralidad social y se han dado significativos pasos adelante, todavía se está muy lejos de haber preparado un terreno que se pueda pisar firmemente¹.

¹ Esta inseguridad se percibe más claramente en el marco de la tradición cultural europea continental, donde todo intento de aprovechar y expandir el trabajo riguroso hecho últimamente en esta área, en el ámbito de la filosofía analítica, debe enfrentar el obstáculo de que antes es necesario descalificar enfoques sociales (generalmente totalitarios) muy difundidos en ese marco y que,

Para el intento de justificación de los principios que expondré en estos tres capítulos me voy a valer de la idea de equilibrio reflexivo amplio que defendí en el capítulo III, o sea de la idea de que es necesario armonizar conclusiones acerca de la estructura formal del discurso moral, convicciones valorativas particulares y principios normativos generales. La meta es hallar principios generales plausibles que, por un lado, justifiquen nuestras convicciones sobre la solución justa de casos particulares y, por el otro satisfagan las exigencias formales del discurso moral.

En el mismo capítulo III pretendí recorrer parte del camino hacia ese equilibrio reflexivo, sugiriendo ciertas conclusiones sobre las exigencias estructurales de la justificación moral a partir de consideraciones sobre la naturaleza de la moral. En el capítulo precedente intenté superar algunas objeciones a tal enfoque de la moral. En cada uno de los tres capítulos que siguen propongo comenzar por el otro extremo de ese camino, tomando como punto de partida convicciones relativamente firmes, que creo que mis lectores y yo compartiremos, acerca de la necesidad de reconocer un conjunto mínimo de derechos individuales básicos, sin que por ahora`tenga que tomar partido sobre la extensión de ese reconocimiento a otros derechos más controvertibles (entré los primeros voy a asumir que se encuentran derechos como, p.ej., la libertad de conciencia, y entre los segundos, derechos como el de disponer de una asistencia médica adecuada).

Partiendo de esas convicciones particulares, comenzamos a avanzar hacia el centro del camino, tratando de encontrar los principios generales más plausibles que permitan derivar esos derechos respaldados por convicciones firmes. Aquí es obvio que hay lugar para una considerable indeterminación, puesto que hay probablemente varios candidatos a satisfacer esa condición.

Una guía para resolver la indeterminación señalada surge de tomar en cuenta que aquí tendríamos que estar cerca de

por estar basados en elaboraciones metafísicas enigmáticas y difusas, no son tomadas seriamente en cuenta en los trabajos fundamentales de los filósofos analíticos ajenos a esa tradición

donde nos detuvimos cuando, luego de comenzar desde el primer extremo del camino, formulamos ciertas conclusiones metaéticas acerca de los requisitos formales de la justificación moral y las corroboramos frente a objeciones del comunitarismo. Tenemos que buscar formas de empalmar los dos recorridos, y, si los respectivos puntos de llegada pareciesen no coincidir, deberíamos desandar uno y otro camino para ir corrigiendo el rumbo tanto de nuestras especulaciones sobre la naturaleza y requisitos de la justificación moral como del subequilibrio entre los principios sustantivos generales y las convicciones particulares.

En el curso de la discusión sobre cada uno de los principios liberales propuestos se tratará de sugerir cierta conexión con la forma del discurso moral. Tales sugerencias pretenden ser apenas un acicate para ulteriores discusiones que vayan al fondo de esta compleja cuestión. Creo que esas discusiones deberían ir afinando el equilibrio entre percepciones más agudas de las condiciones del discurso moral y formulaciones más precisas de principios que den mejor cuenta de nuestros sentimientos morales.

En lugar de perseguir aquí esa ímproba tarea —que requiere del estímulo de objeciones que no puedo por ahora articular—, me voy a conformar con hacer una exploración de los puntos desde los cuales se podrían tender puentes entre los principios liberales básicos y las conclusiones del capítulo anterior, para luego regresar hacia el extremo constituido por nuestras convicciones acerca del reconocimiento de derechos. Pretendo verificar, en el capítulo VIII, si los principios en cuestión respaldan o no el reconocimiento de otros derechos, además de los menos controvertibles que sirvieron de punto de partida. Más adelante avanzaré otro poco en la misma dirección, mostrando algunas aplicaciones del conjunto de derechos resultante.

2. LIBERALISMO Y RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA MORAL POSITIVA

Si revisamos la lista de derechos básicos cuyo reconocimiento suponemos esencial al liberalismo, advertiremos que ella está, en parte, integrada por una variada gama de liberta-

des para *hacer* ciertas cosas: profesar o no un culto religioso, expresar ideas de diferente índole, ejercer actividades laborales, asociarse con otros, trasladarse de un lugar a otro, elegir prácticas sexuales o hábitos personales que no afecten a terceros, etcétera. Puede advertirse que estos derechos a realizar ciertas conductas son especialmente amplios y genéricos; obsérvese la inmensa variedad de acciones que se encubren bajo el rótulo de “actividades laborales” o de “hábitos personales”. Esto sugiere que tal vez estos derechos derivan de un principio general que veda la interferencia en *cualquier* actividad que no cause perjuicios a terceros. (Éste es el principio establecido en el art. 19 de la Constitución argentina², por lo que es plausible sostener que esta cláusula hace explícito el principio subyacente a, por lo menos, muchos de los derechos que la Constitución consagra).

Pero es fácil ver que este principio que proscribe interferir acciones que son inofensivas para terceros, no es un principio básico en una concepción de filosofía política: tal como está expuesto, no se advierte su conexión con algún valor o bien fundamental cuya preservación justifique tan extrema abstención por parte del poder público y de los particulares respecto de ciertos actos. ¿Cuál puede ser el valor de permitir realizar a un individuo alguna conducta anodina cuando puede haber razones muy fuertes de interés público –razones no traducibles en la necesidad de prevenir daños a terceros– para impedir tal conducta?

Para percibir qué es lo que está en juego detrás de este principio, conviene hacer una breve alusión a un tema al que me he referido en otra ocasión³: la controversia acerca de si la mera inmoralidad de un acto constituye una razón para que el derecho interfiera en él, controversia que, como es sabido, ha dado lugar a extensos debates, sobre todo en el mundo de habla inglesa (los más relevantes fueron los protagonizados por J. S. Mill y J. F. Stephen en el siglo pasado, y por H. L. A. Hart

² Ver texto del art. 19 de la Const. Nacional en el capítulo X, sección 2, b.

³ Ver Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, cap. IV.

y Lord Devlin a mediados del presente siglo⁴). Hay dos formas corrientes de presentar la cuestión que es objeto de debate de tal modo que éste queda prácticamente resuelto de antemano —en un caso a favor de la posición conservadora y en el otro de la liberal—, ya que esas presentaciones dejan muy poco espacio para una defensa sensata de la posición opuesta. La presentación favorable a la posición liberal consiste en sostener que lo que está en discusión es si el derecho debe prohibir todo acto considerado inmoral según las pautas de la moral *positiva* o *vigente*. Esto hace que la posición conservadora aparezca como sumamente endeble, ya que, como dice Hart, las pautas de la moral convencional pueden llegar a ser tan aberrantes que sería irrazonable negar que el derecho debería desconocer tales pautas. La presentación de la cuestión debatida que favorece a la posición conservadora afirma que ella versa sobre si el hecho de que un acto esté prohibido por una moral *crítica* o *ideal* que consideramos válida es una razón para justificar que el derecho interfiera en tal acto. Esta presentación va en detrimento de la posición liberal, puesto que aun un utilitarista como Mill debe reconocer que el que un acto sea inmoral, según la concepción que se considera válida —lo que en su caso estaba determinado por la nocividad del acto respecto de terceros—, es una razón relevante para justificar moralmente una interferencia jurídica en ese acto.

En realidad, la cuestión interesante y compleja que subyace a esta controversia, por más que no siempre ella haya sido identificada correctamente por los defensores de una y otra posición, es la que se refiere a qué dimensiones o aspectos de una concepción moral considerada válida pueden reflejarse en regulaciones jurídicas. Habiendo acuerdo en que el Estado puede hacer cumplir principios de la moral “intersubjetiva” o pública, que prohíben afectar ciertos intereses de individuos distintos del agente, la cuestión se centra en si el Estado puede también hacer valer, a través de sanciones y otras técnicas de

⁴ Ver los argumentos vertidos en ese debate en Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, cap. IV, e *Introducción al análisis del derecho*, p. 423 y ss., y en Hart, H. L. A., *Law, Liberty and Morality*, Oxford, 1963.

motivación, pautas de la moral personal o “autorreferente”, que valoran a las acciones por sus efectos en el carácter moral del propio individuo que las ejecuta. Mientras que la posición liberal en esta materia es que el derecho no puede estar dirigido a imponer modelos de virtud personal o planes de vida (que presuponen a su vez algún modelo de virtud personal), la posición opuesta es que es misión del Estado hacer que los hombres se orienten correctamente hacia formas de vida virtuosa e ideales de excelencia humana.

Ronald Dworkin sostiene que ambas posiciones asignan una interpretación diferente del principio de que todos los hombres deben ser tratados como iguales (lo que, según él, no siempre supone que todos deben ser tratados de igual modo). En palabras de Dworkin:

“La primera teoría de la igualdad supone que las decisiones políticas deben ser, en la medida de lo posible, independientes de cualquier concepción sobre la vida buena o sobre lo que da valor a la vida. Desde que los ciudadanos de una sociedad difieren en sus concepciones, el gobierno no los trata como iguales si prefiere una concepción a otra, sea porque los funcionarios piensan que una de ellas es intrínsecamente superior o porque ella es sostenida por el grupo social más numeroso o más poderoso. La segunda teoría arguye, por el contrario, que el contenido del tratamiento igualitario no puede ser independiente de alguna concepción de lo bueno para el hombre o de lo que es bueno en la vida, ya que tratar a una persona como a un igual significa tratarla de la forma en que una persona buena y sabia desearía ser tratada. El buen gobierno consiste en promover o al menos en reconocer aquellas vidas que son buenas; el tratamiento igualitario consiste en tratar a cada persona como si ella estuviese descosa de materializar la vida que es realmente buena al menos en la medida en que esto es posible”⁵.

El principio liberal que está aquí en juego es el que puede denominarse “principio de autonomía de la persona” y que prescribe que *siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción*

⁵ Dworkin, Ronald, *Liberalism*, en Hampshire, S., comp., “Public and Private Morality”, Cambridge, 1971, p. 127.

de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Éste es el principio que subyace al principio más específico y menos fundamental que veda la interferencia estatal con conductas que no perjudican a terceros; tal interferencia es objetable en tanto y en cuanto ella puede implicar abandonar la neutralidad respecto de los planes de vida y las concepciones de excelencia personal de los individuos.

3. LA OFENSIVA DEL PERFECCIONISMO

La concepción opuesta al principio de autonomía tal como lo he presentado se suele denominar "perfeccionismo". Esta concepción sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores.

Recientemente una serie de filósofos han intentado defender un criterio objetivista acerca de la apreciación de intereses, así como una concepción de filosofía política perfeccionista, asumiendo, explícita o implícitamente, que ella es compatible con el liberalismo.

Por ejemplo, Charles Taylor⁶ contrasta las teorías negativas de la libertad, según las cuales ésta consiste en la posibilidad de hacer lo que se quiere sin obstáculos externos, con las teorías positivas que asumen que la libertad consiste en algún tipo de realización personal que no depende de los deseos del agente. Taylor sostiene que las teorías negativas no dan cuenta del hecho de que muchas veces identificamos mal nuestros deseos, de que, en otras ocasiones, nuestros deseos están determinados por causas internas que no controlamos, de que a muchos de nuestros deseos los descalificamos como no auténticos. Agrega que no toda restricción a nuestras acciones (como la que está constituida por la señalización del tránsito) es vista como una limitación a nuestra libertad, sino sólo aque-

⁶ Taylor, Charles, *What's Wrong with Negative Liberty*, en Ryan, A., ed., "The Idea of Freedom. Essays in Honour of Isaiah Berlin".

llas restricciones de acciones que son significativas para el hombre, que son importantes para la vida humana, y que esto no está determinado por la intensidad de los deseos involucrados.

Pero quien ha defendido el perfeccionismo en forma más explícita y desarrollada, sosteniendo no sólo que es compatible con una concepción liberal sino que es requerido por ella, es Vinit Haksar⁷.

Este autor sostiene que sólo si asumimos que hay formas de vida superiores a otras podemos afirmar que hay algo que tienen en común todos los hombres, pero no los animales no humanos, y que justifica que sean acreedores de igual preocupación y respeto. Haksar intenta mostrar cómo fallan las justificaciones de ese principio que prescinden del hecho de que la vida humana es intrínsecamente valiosa por contar con la capacidad de proponerse y desarrollar en forma autónoma planes de vida. Afirma que esta posición perfeccionista tiene presupuestos *pragmáticos*, que justifican no hacer diferencia entre los hombres respecto del grado en que desarrollan su autonomía, y *metafísicos*, que involucran un punto de vista simple, o sea contrario al de Parfit, de la identidad personal, junto con la idea de que si un individuo es autónomo durante parte de su vida, toda su vida es intrínsecamente valiosa. Haksar sostiene que Rawls fracasa es su intento de fundamentar una concepción liberal igualitarista prescindiendo de presupuestos perfeccionistas; su valoración de la autonomía como una parte esencial del bienestar humano es un tipo de perfeccionismo (Rawls no aprobaría un *Brave New World* en que la gente estuviera condicionada a formar sólo planes de vida que puedan ser satisfechos). Afirma este autor que las dificultades que presenta la teoría de Rawls en relación con el paternalismo se deben a su rechazo de la concepción perfeccionista, la que no puede ser reemplazada por el principio aristotélico de que los hombres, como cuestión de hecho, buscan desarrollar sus capacidades, ni por el criterio de valor fundado en la elección, de acuerdo con el cual los hombres generalmente eligen las formas "superiores" de vida, una vez que experimentan las diversas alternati-

⁷ Haksar, Vinit, *Liberty, Equality and Perfectionism*, Oxford, 1979.

vas (la experimentación misma, dice Haksar, cambia al que la realiza). Sostiene este filósofo, en contra de Dworkin, que una concepción acerca de la autorrealización del ser humano es lo que permite concluir que, mientras no hay, por ejemplo, un derecho a masturbarse en público, en cambio sí lo hay a elegir pareja para las relaciones sexuales, no obstante que en ambos casos una prohibición estaría fundada en preferencias “externas” de la gente (Dworkin supone que los derechos tienen por función neutralizar preferencias externas, o sea preferencias acerca de cómo los demás deben vivir).

Según Haksar, la concepción perfeccionista lleva a valorar como mejores los planes de vida que expanden la autonomía de los individuos; esto implica que otros planes de vida tienen un *status* inferior en una sociedad liberal, aunque de aquí no se sigue que los individuos que los ejecutan sean inferiores o merezcan menos respeto. Tampoco se sigue, según este autor, que se debe vedar la ejecución de los planes de vida inferiores; eso violentaría el derecho a igual respeto de cada uno y puede ser, como sostenía Mill, contraproducente. Pero el Estado puede abstenerse, dice Haksar, de facilitar planes de vida degradantes; debe por otra parte propagar los mejores planes de vida entre la juventud y entre los adultos que quieren ser paternalmente protegidos, y debe tomar en cuenta tales planes de vida mejores para hacer proyectos respecto del bienestar de futuras generaciones. Haksar propone un compromiso entre, por un lado, desalentar las formas inferiores de vida, y, por otro lado, tolerar a quienes las siguen, permitiéndoles incluso la libre discusión de los méritos de esas formas de vida.

Esta visión es relevantemente similar a la que defiende ahora Joseph Raz⁸. Este autor sostiene que un sistema moral basado en el valor de la autonomía no puede tener como elementos primitivos derechos individuales, ya que la autonomía requiere bienes colectivos que no son el contenido de derechos individuales puesto que no son objeto de deberes por parte de otros. Agrega que es imposible ser neutral acerca de ideales de lo bueno o excluirllos completamente como razones para la

⁸ Raz, *The Morality of Freedom*, p. 198 y siguientes.

acción política. Una razón para esto está dada por el hecho de que es imposible distinguir entre lo que antes llamamos "moral intersubjetiva" y "moral autorreferente", ya que los ideales personales que integran esta última pueden expandirse hacia aspectos de la organización social y ambas tienen en el fondo la misma fuente (puesto que el bienestar de los individuos está atado a formas de organización social). Otra razón por la cual es imposible, según Raz, excluir los ideales personales como razones para la acción política es lo poco plausible que resulta, como veremos luego, una concepción de lo bueno basada en la satisfacción de las preferencias independientemente de los valores que subyacen a ellas.

Creo que en esta acometida reciente en favor de un criterio objetivista del bienestar individual y de una concepción social perfeccionista se dejan sin aclarar una serie de puntos que son decisivos para evaluar esta posición.

En primer término, sería importante hacer más explícito cuáles son los planes de vida o intereses favorecidos y descalificados de acuerdo con el enfoque objetivista o perfeccionista propugnado, ya que ello permitiría determinar su compatibilidad con una concepción liberal de la sociedad. En principio, en el desarrollo de estos filósofos no hay un criterio para excluir, por ejemplo, la posición en favor de una "república islámica" que presupusiera que el Estado debe alentar aquellos planes de vida que incluyen como ingrediente fundamental la fidelidad a Alah y a su profeta; que ciertas conductas, como beber alcohol, impiden la autorrealización de los individuos al frustrar sus intereses más profundos, no siempre correctamente identificados por sus titulares, y que es más central a los individuos el interés de peregrinar a la Meca que el de contar con una dieta decente.

En segundo término, no está claro, sobre todo en Haksar, Raz y Taylor, cuáles son los límites de la intervención estatal en favor de los planes de vida e intereses privilegiados. Cuando los pensadores liberales se oponen al perfeccionismo, lo conciben como una posición de filosofía política que amplía las funciones del Estado de modo que éste se convierte en árbitro de formas de vida, ideales de excelencia humana e intereses personales; no lo interpretan como la posición moral de que

hay formas de vida mejores que otras. Esta última posición es endosada por casi todos los liberales; su discrepancia con el perfeccionismo es acerca de si la evaluación de planes de vida debe tener relevancia jurídica. Por eso es desconcertante que Haksar haga suyos los argumentos de Mill en contra de la intervención del Estado en favor de ciertas formas de vida aunque luego defienda una injerencia tenue en esa materia. No es de ningún modo claro que los argumentos en favor y en contra del intervencionismo estatal en esta área puedan convergir en una posición ecléctica: si es admisible que el Estado aliente ciertas formas de vida, ¿por qué no hacerlo a través de la pena, una vez que ésta es concebida como una mera técnica de disuasión? ¿Es este estímulo estatal que Haksar apoya, y que debe implicar un considerable despliegue propagandístico, compatible con la libre discusión crítica de estilos de vida? ¿Pueden conciliarse las dificultades de probar la superioridad de ciertos planes de vida sobre otros con el activismo estatal en defensa de algunos de ellos?

En tercer término, creo que falta en estos autores una diferenciación de los diversos niveles en el marco de una concepción liberal de la sociedad; es probable que una vez que se hagan tales distinciones, la posición por ellos sostenida no aparezca tan antagónica ni divergente respecto de la que defienden corrientemente los exponentes más representativos del pensamiento liberal cuando se inclinan por un enfoque subjetivista y no perfeccionista.

Dworkin menciona dos acusaciones a la concepción liberal de la sociedad que son, aparentemente, opuestas entre sí: una es que el liberalismo es escéptico respecto de concepciones de lo bueno; la otra es que es autocontradictorio porque el liberalismo incluye o consiste en una concepción de lo bueno. Creo que para evaluar estas objeciones hay que distinguir —lo que tampoco hace Dworkin claramente— entre concepciones de lo bueno y planes personales de vida. El liberalismo indudablemente descansa en una concepción de lo bueno, o de lo que es socialmente bueno, según la cual la autonomía de los individuos para elegir y materializar proyectos y estilos de vida es intrínsecamente valiosa; sobre esta cuestión los liberales no son de ningún modo escépticos. Pero de esto no se sigue que el

Estado deba adoptar una preferencia por ciertos planes de vida sobre otros. Al contrario, si "preferencia" incluye alguna idea de interferencia en la elección de planes de vida (lo que debe ser así, puesto que si no esta posición sería irrelevante para la filosofía política), la preferencia por algún plan de vida es incompatible con la concepción de la autonomía como intrínsecamente valiosa. Por esta razón no es correcta la afirmación de Haksar⁹ de que Rawls introduce el perfeccionismo por la puerta de atrás, porque "la idea de que una vida autónoma es una parte esencial del bienestar humano es una especie de perfeccionismo". Creo que en este autor hay cierta confusión cuando supone que la autonomía es una propiedad de algunos planes de vida, en lugar de una capacidad para elegir entre la más amplia variedad posible de planes de vida; esto hace que se deslice imperceptiblemente del presupuesto del valor de la autonomía a la conclusión de que el valor de los planes de vida es relevante para la actuación estatal.

Finalmente, Raz tiene razón, como veremos en seguida, en que el liberalismo debe ser compatible con una concepción objetivista del bienestar o de lo bueno, de acuerdo con la cual las preferencias, aun las autorreferentes, dependen de creencias en ciertos valores, en vez de que los valores dependan de las preferencias. Pero no es verdad que bajo una concepción objetivista de lo bueno uno no desearía que se lo ayude a satisfacer una preferencia si el ideal en el que está basada fuera falso. Precisamente, el valor de la autonomía personal —que, además de su dimensión social— puede ser parte de una concepción plausible del bien personal, implica que es valioso que uno tenga oportunidades para satisfacer preferencias aun cuando ellas estén basadas en ideales inválidos. Quien adhiere a este valor preferirá, por supuesto, que sus otras preferencias estén basadas en ideales válidos, pero preferirá todavía más, como vimos en el capítulo anterior, tener la capacidad individual de satisfacer cualquier preferencia que llegue a tener, aunque ellas estén lamentablemente basadas en ideales falsos. Es verdad, por otra parte, lo que dice Raz en cuanto a la dificultad de distin-

⁹ Haksar, *Liberty, Equality and Perfectionism*, p. 166

guir los ideales personales de estándares de tipo social. Ello no se logra, como propone Raz a los efectos de la discusión, sosteniendo que ellos abarcan toda la moral salvo el principio de neutralidad mismo acerca de tales ideales personales, ya que este criterio es obviamente circular. Aunque ésta es una cuestión sumamente compleja, que merece una discusión más cuidadosa, me inclino a proponer tentativamente el criterio de que un ideal personal evalúa acciones y actitudes de los individuos de acuerdo con sus efectos para la calidad de la vida y del carácter de ellos mismos. Este concepto es diferente del de una concepción del bien, aunque está relacionado con este último.

4. LOS ENFOQUES OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL BIENESTAR

El liberalismo parece estar intrínsecamente ligado a una concepción subjetivista del bien. Sólo si lo que es bueno en la vida depende de la subjetividad de cada uno parece estar garantizada la autonomía personal, o sea el respeto por la búsqueda individual de lo que da valor o sentido a la vida sin interferencia del Estado o de otros individuos. Si lo que es bueno para los individuos fuera algo objetivamente determinable ello parecería proveer razones para imponérselo a los individuos independientemente de sus decisiones y preferencias.

Esta subjetividad del bien estuvo asociada, en muchos autores liberales de la vertiente utilitarista, con una visión hedonista según la cual lo que constituye el bien es el placer y la ausencia de dolor. Ésta no es, en realidad, una concepción subjetivista del bien, ya que se asume que el placer es objetivamente bueno independientemente de las preferencias de los individuos. Pero la subjetividad entra en escena porque el placer o el dolor dependen obviamente de la estructura psico-neurológica de cada individuo.

Sin embargo, la mayoría de los autores liberales, aun los de la vertiente utilitarista, abandonaron pronto la concepción hedonista del bien por ser demasiado restringida. Es evidente que hay muchas cosas buenas en la vida además del placer, aun cuando siguiendo a J. S. Mill admitamos que hay placeres elevados además de los placeres sensuales. El placer y la ausencia de dolor son en todo caso sólo parte del bien.

Con el fin de producir esa ampliación, el utilitarismo abrazó en general la tesis de que el bien está constituido por la satisfacción de preferencias subjetivas, cualesquiera que ellas sean. En efecto, parece ser poco discutible que satisfacer los deseos de la gente es *prima facie* valioso, y que si este valor resulta a veces desplazado lo es en sus mismos términos, ya que se tiene en cuenta la frustración de otros deseos más importantes del mismo individuo o de otros individuos. Aun los liberales deontológicos, que rechazan el carácter agregativo y por ende holista del utilitarismo y limitan la persecución del bien por criterios de distribución basados en derechos, aceptan, sin embargo, la misma concepción del bien; a lo sumo, como en el caso de Rawls¹⁰, de lo que se trata es de la materialización de planes de vida, pero éstos son contenidos de preferencias sistematizadas y de largo plazo.

Una primera aclaración sobre esta concepción del bien es que tampoco es estrictamente subjetivista, ya que el valor de la satisfacción de las preferencias se asume como objetivo y no depende a su vez de preferencias. Claro está que las preferencias cuya satisfacción se asume como objetivamente valiosas son subjetivas.

¿Cuál puede ser la plausibilidad de esta concepción del bien? Ante todo debe descartarse la que puede estar dada por su posible confusión con el placer. Es verdad que algunas preferencias están dirigidas a obtener placer y la satisfacción de otras provoca placer o hace cesar un dolor o incomodidad. Pero esto es absolutamente contingente: no todas las preferencias tienen como objeto o como efecto el placer. Si yo prefiero que mis cenizas sean arrojadas al Río de la Plata, ésta no es una preferencia dirigida hacia el placer ni su satisfacción causa placer.

Una vez que descartamos esta asociación espuria con el placer todo el resto de plausibilidad de esta concepción del bien, parece deberse a una confusión entre el enfoque interno y el externo de las preferencias¹¹. Porque si le preguntamos a

¹⁰ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 407 y siguientes.

¹¹ Este tema lo desarrollo más extensamente en *Constructivismo ético*, obra en preparación.

cualquiera si es valioso satisfacer sus deseos, seguramente nos contestará que sí, pero no porque se da el hecho de que él tiene esos deseos sino porque tiene esos deseos dado que considera a ciertos estados de cosas, incluyendo el placer, algo valioso, y es valioso materializar lo que es valioso.

Pero esto implica, como dice Joseph Raz¹², que si la gente deja de considerar algo como valioso dejaría de desearlo, y que, aun más, nadie querría que su deseo de algo sea satisfecho si su creencia de que ese algo es valioso es infundada. Si yo descubro que poseer un diamante no tiene ningún valor para mi vida dejaré de desearlo y no valoraré la satisfacción de ese deseo aun cuando lo hubiere tenido. Esto obliga, aparentemente, a que para satisfacer deseos de otros tomemos en cuenta, no el hecho de que tengan tales deseos, sino la validez de las razones que los determinan.

El desconocimiento del aspecto interno de las preferencias al asignar valor a su satisfacción tiene además una consecuencia peor: parece quitar todo a la autonomía. Allan Bloom sostiene, como vimos en el capítulo IV, que el liberalismo nos permite elegir cualquier cosa —cualquier profesión, cualquier religión, cualquier conducta sexual, etc.— pero no nos da razones para elegir nada. ¿Podría ser valioso algo que simplemente diera libertad para satisfacer meros caprichos, como serían los deseos o preferencias si se los desvincula de las razones en que se apoyan? Loren Lomasky afirma en el mismo sentido: “Si no hay valor que sea antecedente del deseo, entonces el deseo por *x* es un deseo por algo que carece de valor, y su satisfacción es su valor. Los derechos liberales pueden dejar a la gente en libertad para perseguir lo que desean, pero todo el conjunto de deseos, derechos y persecución de proyectos se hace vacío. El agnosticismo hacia el valor impersonal defiende al liberalismo sólo al costo de hacer que la concepción de la actividad práctica que guía al liberalismo devenga vacua sin esperanza. La victoria es pírrica”¹³.

Pero si se tiene en cuenta el aspecto interno de las preferencias y se las satisface sólo en la medida de la validez de las

¹² Raz, *The Morality of Freedom*, p. 141.

¹³ Lomasky, *Persons, Rights and the Moral Community*, p. 238.

razones en que ellas se apoyan, ¿no hace esto desaparecer la autonomía, ya que ciertos valores que hacen al bien de cada uno deberían imponerse independientemente de las preferencias de los individuos?

Esta conclusión, que muchos extraen, no se sigue necesariamente, sin embargo, si se asume que la autonomía es un valor objetivo que forma parte de cualquier concepción válida del bien. Creo que esto se puede demostrar, como lo veremos en la sección 6, a partir de los presupuestos del discurso moral. Si la autonomía es una parte esencial del bien, ese bien no se materializa si lo que da valor a la vida se intenta alcanzar, no por la acción del titular de cada vida, sino por la imposición de terceros. Esto no excluye, sino que al contrario presupone, que las razones sobre aquel valor que subyace a las preferencias no pueda someterse a examen en el marco del discurso moral.

De este modo, paradójicamente, el valor de la autonomía no sólo no deriva sino que ni siquiera es compatible con una visión externa de las preferencias como hechos subjetivos que se toman como datos, independientemente de la validez de las razones que determinan esas preferencias desde el punto de vista interno. El valor de la autonomía depende de que haya esas razones acerca de estados de cosas valiosas que subyacen a las preferencias y de que aquel valor de autonomía sea parte esencial del valor de la vida establecido por razones válidas.

El liberalismo que pretende basarse en un enfoque externo de las preferencias como meros hechos psicológicos es una posición autofrustrante.

Distinguir entre la concepción de lo bueno y los posibles planes de vida e ideales personales permite apreciar en qué sentido el liberalismo adopta un enfoque subjetivo del bienestar del individuo: el enfoque *no* es subjetivo en tanto parte del valor de la autonomía personal, valor que es independiente de las preferencias que los individuos puedan tener por tal autonomía. Por otra parte, también es objetiva la valoración de los bienes que son instrumentales para preservar y expandir la autonomía en la elección y materialización de planes de vida (esto se aplica a bienes como la vida, la integridad corporal, la libertad de movimientos, el acceso libre al conocimiento, la disposición de algunos recursos económicos, etcétera). Inclu-

so es posible hacer una jerarquización objetiva de esos bienes tomando en cuenta dos parámetros. Primero, con qué frecuencia se da el bien en cuestión como componente necesario de los planes de vida que la gente suele elegir, por ejemplo, mientras que la vida es necesaria para casi todos los proyectos individuales, el acceso a ciertos bienes culturales es sólo relevante para algunos planes de vida. Segundo, qué grado de necesidad o relevancia tiene el bien en cuestión respecto de la elección y materialización de algunos planes de vida; por ejemplo, mientras el acceso a algunos productos culturales es indispensable para el desarrollo de ciertas formas de vida, el consumo de cigarrillos difícilmente sea considerado un componente imprescindible de algún plan de vida distintivo.

Thomas Scanlon¹⁴ defiende lo que parece ser un similar punto de vista "objetivista" en la apreciación del bienestar de cada individuo. Mientras que el criterio "subjetivista" sostiene que el nivel de bienestar de cada uno debe determinarse tomando sólo en cuenta sus propios gustos e intereses, el criterio opuesto afirma que lo relevante es una evaluación objetiva de la importancia de tales intereses y no la fuerza de las preferencias subjetivas del individuo. Dice Scanlon que si alguien está dispuesto a renunciar a una dieta decente para hacer un monumento a su dios, esto no significa que la pretensión de que lo ayudemos en ese proyecto tenga la misma fuerza que la pretensión de otro de que le proporcionemos comida. El criterio objetivista requiere discriminar entre las razones que están detrás de las preferencias, y hacer una jerarquización de esas razones según que sean centrales o periféricas para la vida humana. Una razón para emplear este criterio objetivo podría ser, dice Scanlon, que de lo contrario estaríamos atrapados por pretensiones de que se satisfagan preferencias extremadamente caras en términos de recursos sociales, cuando ocurre que las preferencias no son algo que meramente nos acaece sino que tenemos sobre ellas algún control (aunque el mismo Scanlon muestra algunas dificultades de esta objeción basada en la voluntariedad de las preferencias). Por supuesto que una persona puede

¹⁴ Scanlon, Thomas, *Preference and Urgency*, en "The Journal of Philosophy", 1975, vol. LXXII, n° 19, p. 655.

dedicarse intensamente a satisfacer un deseo trivial sumamente caro, pero los demás, sostiene este autor, pueden replicarle que los recursos comunes de que ellos disponen para satisfacer necesidades de cierto grado de urgencia no pueden reducirse de tal modo para satisfacer ese deseo.

Sin embargo dentro del marco de los parámetros objetivos derivados del valor de la autonomía personal, este mismo valor impone respetar las preferencias subjetivas del individuo: de esas preferencias depende qué combinación de bienes, además de los que son necesarios para preservar la autonomía, da satisfacción al plan de vida elegido por el individuo. Es indudablemente cierto, como alega Taylor, que un individuo puede equivocarse respecto de algunos de sus deseos y puede no identificarse con otros, que hay deseos que están obviamente causados (lo que plantea problemas que veremos en el capítulo VII), que hay deseos e intereses que son marginales o que representan desviaciones respecto de su plan central de vida, y la persona puede descalificarlos y admitir que otros no los tomen en cuenta en atención a sus intereses más profundos. Pero este proceso de disociar al individuo de algunos de sus deseos e intereses debe tener algún límite, si la base misma de esa disociación es la satisfacción de *sus* planes de vida o de *sus* intereses más importantes, con los que aquéllos son incompatibles; el mismo Taylor parece asumir que es ésta la base para descontar algunos deseos del individuo. En definitiva, es necesario detectar algo así como un proyecto o forma de vida que el individuo persigue o intereses básicos con los que está efectivamente identificado, con el fin de descalificar algunos deseos como periféricos o anómalos.

Scanlon da cuenta de esta distinción en otro trabajo¹⁵, cuando dice lo siguiente respecto de la objeción subjetivista en contra de imponer otros valores, que son contrarios a sus preferencias:

“Esta objeción obtiene su fuerza de la idea de que la autonomía individual debe ser respetada y de que es ofensivo frustrar las preferencias meditadas de un individuo en nombre de sus ‘verdaderos in-

¹⁵ Scanlon, Thomas, *Rights, Goals and Fairness*, en Hampshire, S., comp., “Public and Private Morality”, Cambridge, 1971, p. 97.

tereses'. Esta idea no descansa ella misma en preferencias. Más bien, funciona como una base moral objetiva para otorgar a las preferencias un rol fundamental como base de las valoraciones éticamente relevantes. Pero uno puede cuestionar si esta movida teórica es la respuesta adecuada a la idea intuitiva que la genera. Valorar la autonomía individual es valorar los derechos, libertades y otras condiciones necesarias para que los individuos desarrollen sus propios objetivos e intereses, y es hacer que sus preferencias sean efectivas en conformar sus propias vidas y en contribuir a la formación de políticas sociales. Entre ellos habrá derechos que protejan a los individuos contra interferencias paternalistas. Una teoría que respeta la autonomía será la que asigne a todos estos factores su peso apropiado. No hay razón para pensar que esto será cumplido meramente permitiendo que el peso de estos y otros factores esté determinado por la presente configuración de preferencias".

La respuesta a esta observación es que lo que es relevante no son sólo las preferencias presentes sino también cualquier preferencia posible, y que ello debe ser así para que, como dice Scanlon, los derechos y libertades lo sean para desarrollar las preferencias e intereses de los titulares de esos derechos, y no los que otros tengan respecto de ellos. Por supuesto que, como vimos, Scanlon tiene razón en que el valor de la autonomía y de los derechos que derivan de ella no dependen de las preferencias subjetivas. La idea central del liberalismo es que el valor objetivo de la autonomía hace que las preferencias subjetivas del individuo, que no contradigan ese valor, deben ser respetadas aun cuando sean incorrectas.

De cualquier modo, es importante tener en cuenta que el valor de la autonomía implica ciertos parámetros objetivos que permiten la identificación y jerarquización de bienes instrumentales, para poder lidiar con algunos contraejemplos problemáticos que los autores que he citado presentan. Por ejemplo, Taylor dice que un defensor perverso de la idea de la libertad negativa podría sostener que en Albania hay más libertad que en Inglaterra, puesto que en Tirana hay menos semáforos que en Londres y en ambos lugares hay más gente interesada en circular sin obstáculos que en profesar sin interferencia algún culto religioso. Sin embargo, y aun dejando de lado que la señalización del tránsito pretende *disminuir* los obstáculos a la circulación que de otro modo habría (que es lo que, por supuesto, justifica la existencia de semáforos en Londres pero no en Tira-

na), lo cierto es que difícilmente haya planes de vida reconocibles como tales que dependan sustancialmente de no verse interferido por semáforos, y en cambio hay, naturalmente, una gran variedad de posibles formas de vida en las que la profesión de un culto religioso ocupa un lugar central.

Lo mismo ocurre con el ejemplo que Haksar alega contra la forma en que Dworkin pretende fundamentar ciertas libertades: es cierto que ellas no pueden basarse sólo en la presencia de preferencias externas que se deben neutralizar, pero también es verdad que un liberal no necesita recurrir a la imposición de planes de vida para justificar que haya libertad para elegir con quién tener relaciones sexuales, pero no para masturbarse en público. Además de otras consideraciones relativas al daño a terceros, debe tomarse en cuenta que no es común que forme parte esencial de un plan de vida el masturbarse delante de la gente, y en cambio sí lo es la posibilidad de elegir con quién tener relaciones sexuales.

En cuanto al ejemplo de Scanlon que contrasta el acceso a la comida necesaria con la construcción de un monumento a un dios, que alguien considera tan urgente como para renunciar por ello a esa comida, hay que admitir que, siendo las preferencias de igual urgencia para cada individuo, tanto respeto merece una como otra. Esto no sería de por sí chocante si igual respeto implicara un tratamiento idéntico, o sea iguales recursos para satisfacer una y otra preferencia (sobre esto volveremos más adelante); pero el ejemplo de Scanlon presupone que esto no se da, ya que la preferencia por el monumento es mucho más cara que la preferencia por la dieta decente. Frente a la posible réplica de que el hecho de que una preferencia sea más cara que otra no tiene por qué incidir en que para tratarlas igual haya que asignarles recursos desiguales, Scanlon contestaría que, sin embargo, hay preferencias caras que estamos dispuestos a satisfacer con más recursos: la preferencia de un paralítico por movilizarse es más cara que la de un hombre normal, y estamos dispuestos a afrontar ese costo mayor. Sin embargo, la respuesta a este argumento debería ser que la preferencia por movilizarse tiene una jerarquía superior a la del ejemplo de Scanlon, según uno de los parámetros que derivan del valor de la autonomía: ella no sólo es componente esencial

de algunos planes de vida –al igual que la preferencia por el monumento– sino que además, tiene una gran amplitud en cuanto es un ingrediente para elegir y materializar buena parte de los planes de vida que un individuo puede plantearse; si tal preferencia quedase frustrada, resultaría seriamente menoscabada la libertad del individuo para elegir planes de vida, ya que buena parte de ellos quedarían precluidos.

5. EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS

Los dos parámetros objetivos para la apreciación de bienes e intereses, que derivan del valor de la autonomía personal, requieren algunos comentarios adicionales. En cuanto al que se refiere a la frecuencia con que se presenta un bien como componente esencial de los planes de vida que la gente suele adoptar en una sociedad, se podría objetar que ésta es una cuestión contingente que, en una concepción liberal, no se debería tomar en cuenta si no se quiere favorecer formas de vida conformistas sobre formas de vida heterodoxas.

Sin embargo, esta objeción es infundada: el Estado no puede sino basarse en generalizaciones empíricas para determinar el espectro de posibles intereses subjetivos que debe proteger a través de normas generales. Esto no excluye, en primer término, que esa generalización varíe con las modificaciones de los intereses subjetivos de la gente, y, en segundo lugar, que se contemplen remedios específicos, como la objeción de conciencia que examinaremos en el capítulo IX, para tratar casos excéntricos que no pueden ser contemplados mediante normas generales.

El parámetro que se refiere al grado de necesidad con que un bien es requerido por algunos planes de vida enfrenta el problema de la comparación interpersonal de la importancia de intereses, problema que, como es sabido, ha perseguido desde siempre al utilitarismo. ¿Es, por ejemplo, el acceso a cierto tipo de literatura tan importante para alguien inclinado a la vida del espíritu como lo es el caviar ruso para un sibarita? Creo que la cuestión podría tener alguna solución en el plano teórico, aunque siga presentando formidables dificultades prác-

ticas, si se profundizara la idea sugerida por Brandt¹⁶ de partir de ciertas necesidades fisiológicas elementales que, en ciertas condiciones, son comunes a los hombres —como la sed cuando se dan determinadas circunstancias—, para verificar luego hasta qué punto cada uno estaría dispuesto a posponer la satisfacción de la necesidad en cuestión en aras del interés cuya importancia subjetiva se busca medir.

Estas cuestiones están relacionadas con un problema básico que está implícito en los argumentos de Scanlon que hemos analizado y que debe enfrentar la articulación del principio de autonomía. ¿El cumplimiento de ese principio requiere maximizar la *satisfacción* de los planes de vida o preferencias que la gente ha desarrollado o exige sólo maximizar la *capacidad de elección* de planes de vida o de formación de preferencias?

En verdad, la alternativa no es fácil de discernir, puesto que si un individuo no tiene los medios para satisfacer un plan de vida que ha elegido, mal se puede decir que tenía la capacidad de elegirlo; su “elección” fue totalmente inoperante. Sin embargo, la diferencia se advierte si se pone un ejemplo simple como éste: dos individuos ganan el mismo sueldo mensual. Ello, suponiendo que no haya variaciones fundamentales en otros aspectos (como sus condiciones físicas e intelectuales, etc.) permite que ambos tengan la misma gama de alternativas respecto de, por ejemplo, qué hacer en su tiempo libre con la porción de su sueldo que pueden liberar de otras necesidades. Pueden, por ejemplo, hacerse socios de un club y practicar deportes, o ir una vez por semana al teatro, o ahorrar para hacer un viaje de tanto en tanto, etcétera. Ahora bien, si en este sentido los individuos están equiparados, no parecen estarlo una vez que han elegido una cierta forma de explotar su tiempo libre. Supongamos que uno de ellos ama el teatro y el otro ama con igual intensidad recorrer lugares remotos. ¿No podría este último alegar que su autonomía está menoscabada en comparación con el primero, ya que no puede satisfacer su preferencia con igual frecuencia? Por lo tanto, hay una diferencia apreciable en cuanto a las posibilidades de los individuos de

¹⁶ Brandt, *A Theory of the Right and the Good*, Oxford, 1979, p. 275 y siguientes.

desarrollar planes de vida, según sea *ex ante* o *ex post* de la elección de alguno de ellos.

Aquí no interesa la cuestión de una supuesta igualdad en el goce de la autonomía –que será tema de discusión en el capítulo VIII– sino la cuestión de si el *grado de autonomía* debe determinarse por la extensión de la clase de preferencias o planes de vida que los individuos pueden adoptar y satisfacer con mayor o menor intensidad o por la medida en que el individuo puede satisfacer la preferencia adoptada. En el primer caso, para establecer el grado de autonomía hay que tomar en cuenta los recursos físicos, intelectuales, económicos, etc., con que cuentan los individuos, y dos individuos con recursos equivalentes (lo que puede requerir compensaciones entre diversas clases de recursos) gozan del mismo grado de autonomía. En el segundo caso, hay que tomar como dato fijo las preferencias del individuo y sólo son relevantes los recursos para satisfacer esas preferencias; dos individuos tendrán el mismo grado de autonomía en la medida en que sus respectivos recursos alcancen para satisfacer en la misma medida sus respectivas preferencias.

Esto plantea la cuestión de si el valor de la autonomía implica preeminentemente el valor de la capacidad de *optar* por diversos planes de vida o preferencias o el valor de la capacidad de *satisfacer* planes de vida o preferencias formadas. Se podría decir que ambas capacidades son valiosas y que, en el caso de un mismo individuo, no son incompatibles, ya que los recursos que expanden una capacidad expanden, en general, también la otra.

Pero en el caso de distintos individuos tales capacidades sí pueden ser incompatibles, puesto que los recursos que necesita un individuo para satisfacer una preferencia cara pueden reducir el “menú” de preferencias posibles de otros individuos, aun cuando sus preferencias presentes no requieran esos recursos.

Frente a este dilema, la mayoría de los autores liberales como Rawls¹⁷, Dworkin¹⁸ y Ackerman¹⁹, se pronuncian por je-

¹⁷ Rawls, John, *Social Unity and Primary Goods*, en Sen, A. - Williams, B., comps., “Utilitarianism and Beyond”, p. 165.

¹⁸ Dworkin, Ronald, *What Is Equality*, en “Philosophy & Public Affairs”, 1981, vol. 10, n° 3 y 4.

¹⁹ Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, p. 61 y siguientes.

rarquizar el valor de la capacidad de optar por diversos planes de vida o preferencias sobre el valor de la capacidad de satisfacer las preferencias adoptadas. Ellos sostienen que en una concepción liberal los individuos deben ser responsables por la elección de planes de vida y la adopción de preferencias, y no ver esa elección o adopción como un hecho del que son víctimas y que el Estado y los demás individuos deben compensar con recursos adicionales, como si se tratara de una disminución física o intelectual que sí es necesario suplir de esa forma.

Vamos a ver en el capítulo VII un principio que efectivamente descalifica esa concepción de las preferencias como si fueran accidentales. Por el momento, basta sugerir que si bien la capacidad de satisfacer los planes de vida elegidos posee un valor endosado por el principio de autonomía (ya que, como dije, esa autonomía se restringe en la medida en que hay planes imposibles de satisfacer), es más valiosa aun, según ese principio, la capacidad de optar entre *diversos* planes de vida. Esto quiere decir que si bien es justo que (contra lo que dice Ackerman²⁰) los recursos no utilizados por los individuos con preferencias más baratas sean no desperdiciados sino usados para satisfacer las preferencias más caras de otros individuos, esta asignación debe ser provisional y revertirse tan pronto se da un cambio de preferencias de los primeros. (Es de hacer notar que esta visión de la autonomía circunvala en buena medida el problema de la comparación interpersonal de la intensidad de preferencias a que aludí antes.)

Todo esto deja todavía sin resolver un conjunto abrumador de problemas y complicaciones, muchos de los cuales no podrán ser tratados en este trabajo. Pero cuando se transita por este cenagoso terreno es importante no obsesionarse con lo que queda por recorrer, y valorar, en cambio, lo que se ha avanzado. Aun cuando la formulación del principio de autonomía es todavía considerablemente vaga, ella permite, sin embargo, inferir el *contenido* de al menos algunos derechos individuales básicos cuya *función* está dada por el principio de inviolabilidad de la persona. En otras palabras, el principio

²⁰ Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, cap. V.

de autonomía permite identificar dentro de ciertos márgenes de indeterminación, aquellos *bienes* sobre los que versan los derechos cuya función es "atrincherar" esos bienes contra medidas que persigan el beneficio de otros o del conjunto social o de entidades supraindividuales.

Esos bienes son los indispensables para la elección y materialización de los planes de vida que los individuos pudieran proponerse.

El bien más genérico que está protegido por el principio de autonomía es la *libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros*. Ésta es la libertad consagrada por los arts. 4º y 5º de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, defendida por J. S. Mill en *On Liberty*²¹ y recogida, como se dijo, en el art. 19 de la Constitución argentina. En el capítulo IX vamos a tener oportunidad de analizar esta libertad en conexión con un cierto ejemplo. Por ahora conviene destacar que muchos de los otros bienes, que son contenidos de derechos según el principio que estamos considerando, son instrumentales en relación con este bien genérico o casos específicos de él.

Es obvio que, excepto en casos de peculiares proyectos místicos, la *vida consciente* es un bien imprescindible para materializar la mayor parte de proyectos e ideales aun cuando éstos incluyan la perspectiva de arriesgar o quitarse esa misma vida. Este último componente de algunos proyectos plantea problemas muy serios para distinguir un paternalismo legítimo de un perfeccionismo ilegítimo bajo una concepción liberal de la sociedad: si bien la disminución voluntaria de las probabilidades de supervivencia limita, como es obvio, la posibilidad de elegir planes de vida, ella puede constituir un aspecto esencial de un proyecto que el individuo ha elegido con tal devoción que las demás opciones han perdido sentido para él (éste es un caso en que la expansión de la capacidad de materializar un proyecto no redunde en la expansión de la capacidad de cambiar de proyecto). Luego tendremos varias ocasiones de vol-

²¹ Ver Mill, John S., *On Liberty*, en Wasserstrom, Richard A., comp., "Morality and the Law", Belmont, Cal., 1971, p. 10 y siguientes.

ver sobre algunos aspectos de este intrincado problema. Por ahora sólo quiero agregar que el principio de autonomía no permite asignar el mismo valor a la mera vida vegetativa. Alguien que se encuentra, por ejemplo, en un estado de coma irreversible ha perdido hasta su capacidad potencial para elegir y perseguir proyectos de vida, aunque tal vez su supervivencia en esas condiciones sea relevante para los planes de vida de otra gente.

Lo mismo que se infiere del principio de autonomía respecto de la vida consciente puede inferirse en relación con la *integridad corporal y psíquica*. Verse libre de dolores y de depresiones y perturbaciones psíquicas, contar con el funcionamiento normal de los órganos y miembros del cuerpo, no estar afectado por desfiguraciones, o sea, en suma, gozar de salud física y mental, constituye una condición que amplifica considerablemente la capacidad de elección y materialización de proyectos de vida. Aquí ocurre algo similar al caso de la vida con respecto a actos voluntarios del individuo que afectan este bien, como el consumo de tabaco o estupefacientes. Esto lo discutiremos más extensamente en el capítulo X.

Una extensión natural del bien constituido por el goce del buen funcionamiento del cuerpo y de la psique está configurada por *libertades frente a posibles obstáculos externos a ese buen funcionamiento*: unas rejas que impiden moverse son equivalentes a una parálisis de los miembros, estar sometido a ruidos ensordecedores es tan perturbador como padecer un estado de depresión. Por otro lado, si es valioso como instrumento para elegir y materializar planes de vida contar con el buen funcionamiento de órganos y miembros, también será valioso para los mismos fines contar con recursos que amplifiquen ese funcionamiento (si favorece la autonomía del individuo poder mover las piernas para trasladarse, también la favorecerá disponer de un vehículo, etcétera).

Es asimismo una condición imprescindible para elegir y materializar planes de vida el desarrollo de las facultades intelectuales del individuo, a través de la educación. En este caso, el bien en cuestión incide fundamentalmente en la capacidad de elección, permitiendo entrever formas de vida e ideales de conducta que no se perciben en su ausencia. Claro está

que del principio de autonomía se infiere que es un bien no cualquier tipo de educación sino, como vimos, la *educación liberal*, es decir la educación que, además de transmitir críticamente las pautas de la moral intersubjetiva, ofrece medios para elegir consciente y autónomamente el propio proyecto de vida sin imposiciones dogmáticas.

Dado que la vida espiritual de muchos se proyecta en la búsqueda de una realidad trascendente y de un contacto con la divinidad, o en la persecución del saber científico, o en la expresión de la sensibilidad artística, o en la exploración de formas de vida colectiva más justa o satisfactorias, el principio de autonomía requiere una amplia *libertad de expresión* de ideas y actitudes religiosas, científicas, artísticas y políticas. Pero el fundamento de esta libertad es todavía más profundo que el principio de autonomía: como se podrá inferir de la discusión de la sección siguiente acerca de la justificación del principio de autonomía, el mismo rasgo formal del discurso moral del que deriva ese principio puede conducir al reconocimiento de una amplia libertad de expresión de ideas.

Un aspecto importante de la autorrealización de la mayoría de los individuos está dada por diversas modalidades de vida afectiva, sexual y familiar, por lo que el principio de autonomía consagra como un bien también una amplia *libertad en el desarrollo de su vida privada* que sea por supuesto compatible con el mismo tipo de libertad por parte de otros individuos (el alcance de esta última cláusula estará dado por la discusión del capítulo VIII).

También, como acabamos de ver en la sección anterior, el principio de autonomía requiere una considerable *libertad de asociación*, de modo que los individuos puedan participar en las comunidades voluntarias totales o parciales que consideren convenientes para materializar global o parcialmente proyectos de vida.

Buena parte de los bienes anteriores requieren, en cualquier sistema económico, del control de ciertos *recursos materiales*, lo que supone tanto el acceso a ese control como la preservación de él una vez obtenido. Como es obvio, la producción de esos recursos requiere, entre otros factores, trabajo, y el trabajo constituye, a la vez, tanto un importante medio de autorreali-

zación como un factor que limita considerablemente esa autorrealización a causa del gasto de tiempo y energía que él implica. El principio de autonomía erige, entonces, en un bien tanto la *libertad para realizar trabajos significativos* como la de contar con períodos de *ocio* para atender otros aspectos de la autorrealización individual.

De la provisión de estos bienes emerge como un bien de segundo nivel el de la *seguridad personal*, o sea el de no verse privado de los bienes anteriores –sobre todo la vida, la integridad física y mental y la libertad de movimientos– por actos arbitrarios de las autoridades. En el capítulo VII, al referirnos a la justificación de la pena, veremos en qué condiciones esa privación no es arbitraria.

Varios de los diversos bienes señalados antes como prerrequisitos de la autonomía y esta autonomía misma, independientemente de tales bienes individuales, dependen, como dice Raz²², de bienes públicos o colectivos. Éstos son bienes que no se agotan por el uso por parte de ciertos individuos y no pueden proveerse a ciertos miembros del grupo social relevante sin que otros los aprovechen (lo que genera el problema de las llamadas “externalidades positivas” y de los posibles “colados”, que disfrutan del bien sin pagar por él). Entre esos bienes están, por supuesto, las instituciones políticas fundamentales con su cuasi-monopolio de la coacción –que incluye la defensa contra ataques externos–, organizaciones y prácticas religiosas, e incluso aspectos sociales tan básicos como el lenguaje. La percepción de que la autonomía depende de estos bienes colectivos ha dado lugar –como vimos en este capítulo mencionando a Raz y en el capítulo IV en relación con el comunitarismo– a una posición escéptica sobre la posibilidad de que el liberalismo pueda tener como elementos primitivos a derechos individuales. Sin embargo, no parece conceptualmente objetable que haya derechos individuales a bienes colectivos. Como vimos, Raz sostiene tal objeción sobre la base de que no existe el deber de proveer tales bienes. Pero aun suponiendo que esto sea cierto, aquí se advierte la superioridad de la caracterización

²² Raz, *The Morality of Freedom*, p. 189 y siguientes.

de derechos individuales ensayada en el capítulo I sobre definiciones como las que propone ese autor. La primera no requiere, como se recordará, que haya el *deber* o la obligación de proveer los bienes que son contenido de los derechos, sino que el acceso a tales bienes sea moralmente *debido* o correcto.

Este rápido inventario de bienes que el principio de autonomía personal reconoce como contenido de los derechos está lejos de ser exhaustivo. Tal vez la laguna más importante que nuestro análisis exhibe está dada por los llamados “bienes hedonistas”: verse libre de dolor y tener la oportunidad de sentir placer. Fueron mencionados sólo al pasar en conexión con el bien de la salud y de la integridad física y psíquica, alegándose allí que el dolor y la incomodidad pueden perjudicar la posibilidad de elegir y materializar planes de vida. Pero la conexión entre tener dolor y estar impedido de desarrollar un plan de vida o entre sentir placer y satisfacer un plan de vida no es lo suficientemente fuerte como para dar cuenta de nuestra intuición acerca de la bondad del placer y de la ausencia de dolor, cualesquiera que sean nuestros planes de vida. Esto probablemente significa que estos bienes tienen una fuente de valor independiente del principio de autonomía.

Es probable que nosotros debamos aceptar que una concepción liberal de la sociedad incluya como principios de valor no sólo el principio de autonomía sino también un principio hedonista según el cual el placer y la ausencia de dolor son *prima facie* valiosos. Quizá, como argumenta Lawrence Haworth²³, este principio presupone el de autonomía, ya que el placer podría ser definido, siguiendo a Brandt²⁴, como “cualquier sensación que hace que su continuidad sea deseada”, y esto implica que cuando provocamos placer estamos satisfaciendo un deseo o preferencia. Pero los únicos deseos y preferencias que vale la pena satisfacer son los que son autónomos, ya que sólo los deseos y preferencias que formamos de modo libre y consciente son verdaderamente nuestros y, en consecuencia, el respeto a ellos implica respetar a sus titulares. Si esto fuera así, el reco-

²³ Haworth, Lawrence, *Autonomy and Utility*, en “Ethics”, octubre 1985, vol. 95, nº 5.

²⁴ Brandt, *A Theory of the Right and the Good*.

nocimiento del principio hedonista implica aceptar el principio de autonomía personal; pero la inversa no es necesariamente el caso. Esto podría conducir a aceptar el principio hedonista como parte de la base valorativa de una concepción liberal de la sociedad, junto al principio de autonomía.

Mucho más de lo que puedo hacer aquí debería decirse acerca del principio hedonista. En especial bajo una concepción metaética constructivista como la que es defendida en este libro, debería mostrarse la conexión de este principio con presupuestos estructurales del discurso moral. Tal vez la famosa "prueba" de Mill, que es casi universalmente considerada como un fracaso, por tratar de derivar del *hecho* de que *cada uno* desea su propia felicidad el principio *normativo* de que la felicidad de *todos* es deseable, podría parecer más prometedor si se lo conecta con la estructura del discurso moral. Es posible que el requerimiento de universalidad y generalidad y el criterio de validez fundado en lo que sería aceptable o no rechazable para todos los interesados bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos, pueden permitir al fin y al cabo tal derivación. Pero, como dije, esto debe aguardar trabajos ulteriores.

El problema principal que surge para definir el alcance del acceso a cada uno de los bienes señalados es que muchos de ellos o los recursos para obtenerlos o preservarlos son, como es obvio, escasos. Esto plantea conflictos entre las pretensiones de esos bienes o recursos por parte de distintos individuos, lo que genera cuestiones de distribución regidas en parte por el principio de inviolabilidad de la persona. Esto exige definir el *alcance* de cada derecho, sobre todo en lo que hace a su incidencia en la conducta de terceros que puede ser necesaria para que el titular acceda a los bienes que son contenido de esos derechos; este tema crucial será objeto de discusión en el capítulo VIII. El alcance de cada derecho no sólo está condicionado por la conducta de terceros, sino también, como vimos en relación con la vida y la integridad corporal, por la conducta voluntaria de su propio beneficiario; esto plantea la cuestión de la relevancia de la voluntad de los individuos para condicionar el goce de ciertos derechos que estudiaremos particularmente en el capítulo VII.

Pero antes de considerar estas cuestiones hay todavía un tema ineludible que debemos encarar en este capítulo dedicado principalmente al principio de autonomía: el de la posibilidad de su justificación a la luz de la concepción metaética sugerida en el capítulo III. La sección siguiente está destinada a explorar una posible alternativa para proveer esa justificación.

6. EL DISCURSO MORAL Y LA JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

Como vimos, el principio de autonomía presupone una distinción entre dos dimensiones o áreas de la moral: la moral personal o “autorreferente” que prescribe o prohíbe ciertas acciones y planes de vida por los efectos que ellas tienen en el carácter moral de su propio agente según ciertos modelos de virtud, y la moral social o “intersubjetiva” que prescribe o prohíbe ciertas acciones por sus efectos respecto del bienestar de otros individuos distintos de su agente. Hay, por supuesto, acciones que infringen prohibiciones correspondientes a ambas esferas de la moral y son, por eso, no sólo objetivamente disvaliosas sino personalmente reprochables. El principio de autonomía se apoya, sin embargo, en esta distinción y estipula que sólo en lo que hace a su desviación de la moral interpersonal y no por su posible desviación de la moral autorreferente una acción puede ser interferida por el Estado o por otros individuos.

Este principio tiene, en realidad, dos aspectos diferentes. El primero consiste en valorar positivamente la autonomía de los individuos en la elección y materialización de planes de vida, o en la adopción de ideales de excelencia que forman parte de la moral autorreferente y que están presupuestos por aquellos planes de vida.

El segundo aspecto consiste en vedar al Estado, y en definitiva a otros individuos, interferir en el ejercicio de esa autonomía.

Veamos, para empezar, el primer aspecto de este principio, o sea la asignación de un valor positivo a la libre elección, por parte de los individuos, de planes de vida e ideales personales.

Es fácil advertir que esta autonomía que el principio valora positivamente es parte de la autonomía en el sentido de Kant, y que se manifiesta en la libre elección no sólo de pautas que hacen a la moral autorreferente, sino también de cualquier otra pauta moral, incluyendo las que integran la moral intersubjetiva. O sea que aquí tenemos dos sentidos de "autonomía" que son tales que uno está comprendido por el otro, cuyo dominio es más amplio que el primero: este último, que es el empleado por Kant, se refiere a la libre adopción, como guía de acciones y actitudes, de *cualquier* principio moral; el primero, que es el que está incorporado al principio liberal de la autonomía de la persona, se refiere sólo a la libre elección de pautas y modelos correspondientes a la moral personal o autorreferente (que es la que determina los planes de vida de los individuos). Va de suyo que si se prueba que la autonomía, en el sentido más amplio, es valiosa, entonces resulta demostrado el valor de la autonomía en el sentido más restringido que el principio liberal presupone.

Ahora bien, hemos visto en el capítulo III que la autonomía en el sentido de Kant está estrechamente conectada con un rasgo fundamental del discurso moral: con el hecho de que éste opera no a través de la coacción, o el engaño, o el condicionamiento, sino a través del *consenso*; o sea que el discurso moral, a diferencia de, por ejemplo, el derecho, está destinado a obtener una convergencia de acciones y actitudes a través de la libre aceptación de principios últimos y generales para guiar la conducta.

Si éste es el objetivo del discurso moral, entonces cuando participamos en él valoramos positivamente la autonomía que se manifiesta en acciones que están determinadas por la libre elección de principios morales. La regla básica del discurso moral, que constituye el acuerdo mínimo que suscribimos en forma tácita cuando participamos lealmente en él, podría expresarse de este modo: "*Es deseable que la gente determine su conducta sólo por la libre adopción de los principios morales que, luego de suficiente reflexión y deliberación, juzgue válidos*". La presunción de que nuestros interlocutores comparten con nosotros la adhesión a esta regla básica —por más radicalmente que difieran de nosotros en sus ideas morales sustanti-

vas— es lo que da sentido a nuestra preocupación por conven- cerlos de la validez de ciertos principios morales. Si ellos no estuvieran dispuestos a guiar su conducta y actitudes por los principios que consideren válidos sino por otros factores, o si no estuvieran dispuestos a reflexionar sobre qué principios aceptarían si fueran plenamente racionales, tuvieran en cuenta por igual y en forma separada los intereses de todos los individuos afectados, etc., el diálogo con ellos sería superfluo y sería, por otro lado, ineficaz como técnica dirigida a coordinar acciones y actitudes. Por supuesto que no podemos extraer de los demás el compromiso de que van a guiar su conducta no por los principios que ellos consideren válidos sino por los principios que sean realmente válidos; éste sería un compromiso inoperante, puesto que cada uno interpretaría que ha sido cumplido o violado según sus ideas morales sustantivas, y no constituiría, entonces, un punto de partida apto para que el discurso moral se ponga en marcha con miras a convergir en ideas que son *ab initio* divergentes. Por eso el compromiso mínimo que permite llevar adelante el discurso moral consiste en guiar las propias acciones y actitudes por los principios que cada uno juzgue válidos, luego de sopesar suficientemente las consideraciones a favor y en contra de su aceptabilidad desde el punto de vista privilegiado. La regla básica del discurso moral contiene también una condición de *preeminencia* (que cuando se trata de acciones moralmente relevantes, ellas deben estar prioritariamente determinadas por la aceptación libre de principios morales) y también una condición de *operatividad* (que todo principio moral que se juzgue válido debe ser tomado en cuenta para guiar las acciones a las que es aplicable).

Si ésta es una reconstrucción plausible de la regla que expresa el compromiso mínimo que se asume cuando se participa genuinamente en el discurso moral, es pragmáticamente inconsistente defender en el contexto de tal discurso una posición que implica la no deseabilidad, aun *prima facie*, de la determinación de la conducta en virtud de la libre aceptación por parte del agente de ciertos principios morales, de índole autorreferente, que se consideran inválidos.

Para entender mejor esto, es conveniente advertir que la participación en el discurso moral es una actividad *intencional*,

que no tiene lugar sólo por el hecho de que se arguya en favor de cierta posición moral, sino que exige además la comunicación de la intención de presentar un principio para que el interlocutor lo acepte sobre la base de buenas razones. Esa intención, para ser admisible, debe derivar de la adopción de la regla moral básica de que es deseable que la gente guíe su conducta por los principios que juzgue válidos, y es, en consecuencia, inconsistente cuando ella se dirige a la adopción de un principio incompatible con esa regla básica.

Esto supone que, como dice Alan Gewirth²⁵, las acciones tienen cierta estructura normativa. Tal estructura se esclarece si adoptamos la tesis de Davidson²⁶ de que la expresión de la intención con que se realiza una acción es un juicio valorativo o normativo del tipo “es deseable tal y tal estado de cosas”. Si esto es así, y si la intención que hace admisible la participación en el discurso moral debe derivar de la adopción de la regla básica de ese discurso, esa intención es expresable mediante un juicio del tipo: “Dado que es deseable que se actúe sobre la base de principios libremente aceptados por considerarlos válidos luego de suficiente reflexión y dado que si se reflexiona acerca del principio *x* se advertirá que hay buenas razones en su apoyo, es deseable que se actúe sobre la base de la libre adopción del principio *x*”.

Cuando el principio que se defiende es uno que niega todo valor *prima facie* a la autonomía de la gente en la elección de principios morales para guiar una clase de conductas –como las autorreferentes– entonces la intención de quien asume esa defensa tiene que expresarse mediante un juicio de este tipo: “Dado que es deseable que la gente actúe sobre la base de la libre adopción de principios morales que, luego de suficiente reflexión, juzga válidos, y dado que, si reflexionamos sobre él, advertiremos la validez del principio de que no es deseable que actuemos sobre la base de la libre adopción de principios morales autorreferentes que no son válidos aunque los consideremos

²⁵ Gewirth, *Reason and Morality*, p. 48.

²⁶ Davidson, Donald, *Intending*, en “Essays on Actions and Events”, Oxford, 1982.

tales, es deseable que adoptemos libremente como guía de conducta ese principio". Éste es un juicio que padece de algún tipo de inconsistencia, lo que implica que es inconsistente la intención de quien participa lealmente en el discurso moral para negar el principio de autonomía en la elección de modelos de excelencia humana. Dada la inconsistencia de la intención con que se lleva a cabo, la formulación de un juicio de esa índole no es una movida permisible en el contexto del discurso moral, no cuenta como una propuesta que pueda ser considerada en ese contexto por sus propios méritos.

Éste es un tipo de justificación sobre la base de la inconsistencia pragmática, análoga a la que John Finnis²⁷ ha ensayado para fundamentar el valor del conocimiento —llamando a este tipo de argumentos "argumentos retorsivos"— y a la que Gewirth²⁸ ha presentado para demostrar el valor de la libertad y el bienestar que hacen posible cualquier acción. Sin embargo, creo que en estos últimos casos la argumentación presenta dificultades, puesto que ella parece apoyar una conclusión mucho más restringida que la que se pretende justificar. Me parece que, en el mejor de los casos, Finnis sólo muestra que quien se pregunta por el valor del conocimiento presupone el valor del conocimiento de la verdad de *esa* proposición, o sea de la que expresa que el conocimiento es valioso, pero no de otras (alguien podría interesarse por tal conocimiento al solo efecto de determinar si debe interesarse por otros); en el caso de Gewirth creo similarmente que lo que, a lo sumo, se podría concluir es que quien actúa intencionalmente presupone mientras actúa el valor de las condiciones que hacen posible *esa* acción, pero no el de las que posibilitan cualquier acción. En cambio, me parece que el mismo problema no se plantea en la presente argumentación, puesto que ella se apoya en el supuesto hecho de que la formulación de un juicio que niegue el principio de autonomía personal sólo es aceptable en el discurso moral en tanto presuponga una regla de carácter general que implica tal principio.

²⁷ Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, p. 64 y siguientes.

²⁸ Gewirth, *Reason and Morality*.

Si no hay posibilidad de defender en el contexto del discurso moral un principio que niegue el valor de la autonomía, esto significa que el principio que le asigna valor está ínsito en la estructura del discurso moral. De ahí que la autonomía que se manifiesta en la elección de principios morales para guiar las propias acciones y actitudes tenga un valor moral *prima facie*.

Este valor moral *prima facie* de la autonomía se transmite, naturalmente, a las acciones que manifiestan esa autonomía, o sea las acciones que están determinadas por la libre elección de principios morales que prescriben tales acciones. Cualquiera que sea la validez de los principios morales en cuestión, las acciones que están determinadas por la libre adopción de tales principios, tienen algún valor *prima facie*. Esto refleja lo que suele calificarse como el valor de la autenticidad moral y hace eco a la idea de que aun en las acciones de un *nazi convencido* puede haber *algún* valor.

Pero como lo demuestra este último ejemplo, el valor de las acciones que expresan una elección autónoma de principios es sólo *prima facie* y él puede verse ampliada y contundentemente contrarrestado por el disvalor de otros aspectos de la acción, de modo que el juicio final puede ser que la acción es, considerando todos sus aspectos, abominable. Es especial (y tal vez exclusivamente) esto es así cuando los efectos de la acción autónoma afectan la autonomía de terceros: un individuo muerto, herido, defraudado, violado, etc., tiene menos capacidad de elegir y materializar con sus actos principios morales y planes de vida.

Como los principios de la moral intersubjetiva están dirigidos precisamente a preservar la autonomía de los individuos frente a actos de terceros que la menoscaban, entonces hay razones para que el Estado y otros individuos hagan valer tales principios aun contra quienes no los adoptan libremente: si bien ello infringe el principio de autonomía al impedir la ejecución de acciones autónomas, está prescripto por el mismo principio de autonomía, puesto que se trata de hacer posible otras acciones autónomas.

Llegamos así al segundo aspecto del principio de autonomía de la persona: la prohibición de que el Estado y los particulares interfieran la libre elección y materialización de idea-

les de vida que son parte de la moral autorreferente. En seguida es obvio que no se da en este caso la misma razón que en el caso anterior para imponer tales ideales a los individuos: aquí no se puede apelar al principio de autonomía sobre la base de que es necesario restringir la autonomía de ciertos individuos para preservar la de otros, ya que aquí se trata de acciones que no afectan la autonomía de terceros (una cuestión distinta, conectada con el paternalismo, es la prohibición de acciones que puedan afectar la autonomía del propio agente). Por lo tanto, al no darse esta razón fundada en el propio principio de autonomía para impedir la ejecución de acciones autónomas, tales acciones recobran su valor moral *prima facie* que deriva de ese principio.

Por cierto podría haber alguna otra razón para impedir la ejecución de estas acciones autónomas (las autorreferentes). Pero esto es sumamente improbable debido a dos consideraciones. En primer lugar, porque si esa interferencia en tales acciones autónomas no está justificada sobre la base del propio principio de autonomía, probablemente lo esté sobre la base de un perjuicio que implica su negación, por lo que la defensa de tal principio en el contexto del discurso moral envolvería el tipo de inconsistencia práctica a la que aludí antes. En segundo lugar, porque la imposición de ideales de la moral personal o autorreferente es —como veremos en el capítulo IX— autofrustrante, cualquiera que sea el principio con que se la quiera justificar. Ello es así por la propia naturaleza de estos ideales, ya que ellos, a diferencia de las pautas de la moral intersubjetiva, no pueden ser *satisfechòs* sin que sean *adoptados* libremente. Puede satisfacerse el principio que prohíbe matar impidiendo que alguien mate, aun cuando el individuo no haya adoptado libremente el principio en cuestión; en cambio, el ideal de un buen patriota no puede materializarse en un individuo si él no lo adopta libre y conscientemente. Lo más que puede obtenerse a través de la coerción o la presión es un comportamiento externo (como el de levantarse cuando tocan el himno) que, cuando no está acompañado de las actitudes subjetivas adecuadas, constituye sólo una parodia de conformidad que no satisface el ideal en cuestión. Las políticas y medidas perfeccionistas buscan imponer lo que sólo puede ser aceptado espontáneamente; son inherentemente inconsistentes.

Tampoco se satisfacen los ideales de excelencia humana cuando la gente los adopta por error o confusión, o sea cuando se supone que la gente no los habría adoptado si hubiera tomado contacto con ciertos hechos o ideales alternativos. Por esta razón, habrá siempre dudas acerca de la materialización de cierto ideal de excelencia humana cuando el contexto social no ofrece oportunidades de contrastarlo con otros o cuando el Estado asume una actitud propagandística en su favor.

Este segundo argumento en favor de la autonomía personal reposa en definitiva en la idea, entrevista en la sección 4, de que la autonomía de la persona es un aspecto inherente a la concepción del bien de la que dependen los ideales personales plausibles.

CAPÍTULO VI

EL PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD DE LA PERSONA

1. EL USO DE LAS PERSONAS COMO MEDIOS. LA CRÍTICA AL UTILITARISMO

El principio de autonomía que fue defendido en el capítulo anterior es, cuando se lo considera en forma aislada, un principio de índole agregativa. Si la autonomía personal es algo valioso, cuanto más autonomía hay en una sociedad tanto más valiosa es tal sociedad, independientemente de que para maximizar esa autonomía agregativa haya que restringir, como vimos, la autonomía de algunos individuos. Esto permite inferir del principio de autonomía normas prohibitivas de comportamientos que afectan a esa autonomía e incluso la permisión de su imposición coactiva.

Sin embargo, esta visión agregativa a la que conduce el principio de autonomía, sin la restricción de otros principios, resulta chocante frente a ciertas convicciones morales arraigadas que se expresan en el reconocimiento de otros derechos.

Si revisamos de nuevo la lista de algunos otros derechos básicos con los que el liberalismo está comprometido, veremos que entre ellos se encuentran el derecho a no ser privado, excepto como pena por un acto voluntario previamente prohibido, de bienes como la vida, la integridad corporal y la libertad de movimientos; el derecho de profesar o no cualquier culto; la libertad de expresar ideas, sobre todo de índole política, moral, científica y artística; la libertad de realizar conductas cuyos efectos recaen sólo sobre el propio agente; el derecho de acceder al control de algunos recursos económicos y a su preservación, etcétera.

Es una distinción muy conocida la que clasifica los derechos aludidos según sean derechos de hacer ciertas cosas y derechos a que no le hagan a uno ciertas cosas. Esta clasificación dista mucho de ser nítida, puesto que un derecho a realizar cierta acción puede presentarse como un derecho a que no le hagan a uno algo que le impida realizar la conducta en cuestión. Sin embargo, puede aceptarse provisoriamente la distinción, al solo efecto expositivo, si tomamos en cuenta que en los casos del primer tipo está en juego una conducta del titular del derecho mientras que, en los casos del segundo tipo, lo que se le hace al individuo no consiste, al menos directamente, en impedir una acción de su parte.

Centrémonos para comenzar en este segundo tipo de derechos, o sea derechos a que no se nos hagan cosas que no consisten directamente en impedirnos conductas. En la lista de derechos que presenté, el caso más claro de esta categoría está constituido por el derecho a no ser privado de ciertos bienes como la vida y la integridad corporal, excepto como pena (también aludí a la privación de la libertad de movimientos, pero por consistir en una restricción de acciones conviene que sea dejada de lado por el momento). Estos derechos incluyen tanto una inmunidad contra actos lesivos de los bienes en cuestión por parte de las propias autoridades, como una pretensión de que las autoridades dispongan medidas preventivas contra actos similares de los particulares.

La privación de un bien, o sea de algo considerado valioso, es un sacrificio, y en consecuencia, se podría decir que este derecho deriva de un principio que prohíbe imponer sacrificios a los hombres. Pero no todo sacrificio está vedado: ya hemos visto que el derecho aludido contiene una excepción respecto del caso de la pena. Conviene aclarar, además, que cuando se habla de "imposición" de sacrificios se excluye el caso de un sacrificio voluntario; como he defendido en otro lugar¹ una teoría consensual de la pena, me permito aquí reducir la anterior excepción a ésta. Por último no hay nada por ahora que sugiera que este principio veda también la imposición de "sa-

¹ Ver Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, cap. III.

crificios" que, en definitiva, no son tales porque redundan en un beneficio neto de los individuos interesados, por ejemplo, cuando se afecta la integridad corporal de un individuo inconsciente, amputándole una pierna para preservar su vida.

El principio general que está subyacente a estos derechos *proscribe, entonces, imponer a los hombres, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio*. Este principio puede denominarse "el principio de inviolabilidad de la persona". La formulación que he sugerido de este principio es considerablemente vaga por ahora, pero aun así es lo suficientemente fuerte como para excluir, como veremos en seguida, posiciones muy difundidas.

Dado que, cuando se compele a alguien a privarse de un bien sin que obtenga por ello un beneficio mayor, tal sacrificio —si es racional— es un medio para alguna finalidad ajena al bienestar de los individuos afectados; se ha pensado que un principio como éste de inviolabilidad de la persona es subsumible bajo la segunda formulación del imperativo categórico kantiano, que dice: "Actúa de tal modo que nunca trates a la humanidad, sea en tu propia persona o en la persona de cualquier otro, como un mero medio sino siempre al mismo tiempo como un fin en sí misma". Obsérseve que esta formulación de Kant es más general que la de inviolabilidad de la persona, puesto que se puede concebir formas de "tratar a otro como mero medio" que no consistan en imponerle sacrificios o privaciones (piénsese, p.ej., en que para hacer funcionar una máquina se coloca un dispositivo que se acciona por la mera presión contra el piso que hace la gente al caminar por una acera). Puesto que estos casos que quedan fuera de la formulación propuesta no parecen responder a convicciones que haya que respetar, esa formulación parece ser más apropiada que la de Kant, aunque el atractivo que ejerce ésta hace a veces irresistible recurrir a ella (como lo haré yo mismo en ocasiones).

Debe también hacerse notar que Kant no habla de tratar a los *hombres* como meros medios, sino de tratar como tal a la *humanidad* que se da en la persona del propio agente o de otros. Este matiz ha dado lugar a interpretaciones según las cuales lo que el principio kantiano veda menoscabar son las cualidades que distinguen a la naturaleza humana y que son, fundamental-

mente, la capacidad de proponerse fines y la racionalidad². Por ahora no necesitamos enzarzarnos en esta difícil cuestión, pero sí hacer notar que la idea de tratar a alguien como mero medio presupone, como lo hace explícito el concepto de sacrificio, que al individuo se lo priva de algo *valioso* (de lo contrario, podría entenderse que alguien trata a otro como fin en sí mismo cuando el objetivo de su conducta es causarle algún mal sin ningún fin ulterior ajeno a la víctima, como en el caso de una venganza). Como lo que es valioso en relación con un individuo está dado por los fines que él tiene o que debería tener, no es muy aventurado decir que a un individuo se lo trata como un fin en sí mismo cuando se lo trata tomando en cuenta sus propios fines. Kant sostuvo explícitamente³: “los fines de un sujeto que es un fin en sí mismo tienen que ser también, si es que esta concepción tiene pleno efecto en mí, en la medida de lo posible, mis fines”.

Este principio se combina con el de inviolabilidad de la persona de la siguiente forma: hemos visto que según Kant, tratamos a una persona como un fin en sí misma cuando respetamos sus propios fines. Pero “sus propios fines” es una expresión ambigua ya que puede aludir tanto a los fines que un individuo debería tener, se los proponga o no, como a los fines que los individuos efectivamente persigan, sea o no que debieran perseguirlos. La convergencia entre ambos principios se obtiene con esta segunda interpretación. Tal convergencia se daría en el marco de la propia teoría de Kant si, como recién vimos, cuando Kant habla de no tratar a la humanidad en una persona como un mero medio se interpreta que alude a las propiedades que distinguen a la humanidad —otorgándole dignidad— y que son la racionalidad y la capacidad de proponerse fines: se trataría a los hombres sólo como medios cuando se menoscaba o se obstaculiza el ejercicio de esas disposiciones, interfiriendo en los fines que los propios individuos se proponen. Esta interpretación está confirmada por el hecho de que

² Cfr. Hill, Thomas, *Humanity as an End in Itself*, en “Ethics”, octubre 1980, vol. 91, p. 97.

³ Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, tr. M. García Morente, Madrid, 1977, p. 86-87.

Kant sostiene que, mientras un individuo debe buscar su propia perfección, no debe buscar la perfección de los demás sino satisfacer sus fines subjetivos, o sea alcanzar su felicidad⁴ (también la interpretación coincide con el principio universal del derecho que propugna Kant, según el cual es justa toda acción que no interfiere la libertad de los demás según leyes universales⁵).

Este principio de inviolabilidad de la persona (el que, incidentalmente, ya había sido sugerido por Locke cuando sostenía que no hay entre los hombres una subordinación tal que pueda suponerse que unos hayan sido creados para utilidad de otros⁶) ha sido empleado como un ariete poderoso contra el utilitarismo. Se sostiene que esta doctrina justifica el tratamiento de los hombres como meros medios en beneficio de otros al permitir que ciertos individuos sean sacrificados si el beneficio que otros obtienen, gracias a ello, es tal que se produce un incremento neto de la utilidad social, la felicidad general o cualquier otro estado de cosas que el utilitarismo prescriba maximizar. Se afirma que el utilitarismo no se preocupa por la *distribución* de goce de utilidad social, salvo que ello redunde en un incremento de esa utilidad social. Para la versión canónica del utilitarismo es mejor una sociedad de tres individuos en que uno de ellos obtenga cuatro unidades de utilidad y los otros nada, que otra sociedad en que cada uno de sus tres integrantes tenga una unidad de utilidad. El utilitarismo ha respondido a esta objeción con recursos como el de la "utilidad marginal decreciente" o con la idea de que una buena distribución es también un estado de cosas que es bueno maximizar⁷, pero estos aditamentos no excluyen del todo la posibilidad de que se justifiquen en algunos casos el sacrificio de algunos indi-

⁴ Hill, *Humanity as an End in Itself*, en "Ethics", octubre 1980, vol. 91, n° 1, p. 96.

⁵ Kant, Emmanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, México, 1968, p. 32.

⁶ Ver Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, tr. A. Lázaro Ros, Madrid, 1969, p. 7-56.

⁷ Ver, p.ej., Scanlon, *Rights, Goals and Fairness*, en Hampshire, comp., "Public and Private Morality", p. 99.

viduos en aras del superior beneficio de otros (siempre se ha alegado, p.ej., que la justificación utilitarista de la pena puede en algunos casos permitir la punición de un inocente por razones preventivas).

Pero lo que es auténticamente novedoso en este reciente ataque al utilitarismo, y lo que determina su singular fuerza ofensiva, es el punto enfatizado por autores como Gauthier⁸, Rawls⁹ y Nozick¹⁰ de que el utilitarismo permite que cierto individuo pueda ser sacrificado en beneficio de otros *porque no da relevancia moral a la separabilidad e independencia de las personas*. Se sostiene que el utilitarismo pretende compensar el perjuicio que sufre un individuo con el beneficio de que gozan otros, no tomando en cuenta que sólo hay compensación cuando se gratifica a la misma persona dañada. Se alega que este enfoque es consecuencia de extender a una sociedad el modelo de decisión que es apropiado cuando están en juego los intereses de un solo individuo, situación en la que sí es razonable sacrificar algunos intereses en aras de otros intereses más importantes de la-misma persona. También se aduce que el utilitarismo conduce a concebir a la sociedad como una especie de superorganismo cuyo bienestar es algo bueno en sí mismo, con independencia de cómo está distribuido ese bienestar entre los seres humanos que lo "integran". De este modo, se acusa al utilitarismo de ser antiindividualista al tomar como unidad *moral* a la sociedad, o a la humanidad en conjunto y no a los individuos, por más que estos últimos sean, en esta concepción, las unidades *psicológicas* básicas, ya que son la fuente exclusiva de placer e intereses. En definitiva se sostiene que el enfoque agregativo y no distributivo del utilitarismo deriva de fundir los intereses de los individuos en un sistema unitario, desconociendo que son intereses de personas distintas y separadas.

⁸ Gauthier, David, *Morality and Advantage*. en Raz, J., comp., "Practical Reasoning", Oxford, 1978, p. 126.

⁹ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 26-27.

¹⁰ Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974, p. 28-29 y 32-33.

2. EL PROBLEMA DE LA IDENTIDAD FRENTE A PRINCIPIOS DE DISTRIBUCIÓN

Recientemente Derek Parfit¹¹ ha salido al cruce de estas acusaciones al utilitarismo ensayando una defensa sumamente original. Este autor se basa en una concepción de la identidad personal, según la cual ella no está determinada por alguna propiedad simple que se da o no se da, sino por la continuidad corporal y psicológica a lo largo del tiempo. Parfit defiende un punto de vista "complejo" acerca de la identidad personal, de acuerdo al cual ésta no es una cuestión de "todo-o-nada", sino de grado; por ejemplo, la conexidad entre recuerdos, intenciones, rasgos de carácter, etc., que según este enfoque debe preservarse para que se mantenga la identidad de una persona, con el tiempo suele irse atenuando y diluyendo gradualmente, de modo que puede tener sentido hablar de diferentes "yoes" en la vida de un hombre (así como tiene sentido decir que la Rusia soviética no es exactamente la misma nación que la Rusia zarista).

Según Parfit, esta concepción de la identidad personal tiene incidencia en cuestiones morales tales como la obligatoriedad de las promesas, el merecimiento de reproche o pena por actos malos cometidos en un pasado lejano (lo que implica un posible fundamento de la prescripción penal), y el alcance y fuerza de principios de justicia distributiva. En relación a este último punto, Parfit sostiene que la adopción de un punto de vista complejo de la identidad personal puede apoyar al utilitarismo en su rechazo de principios de distribución: al hacer más laxa la identidad a lo largo de una vida humana, el enfoque complejo hace menos prominente la falta de identidad entre vidas humanas. De este modo, el utilitarismo podría rechazar todo principio de distribución, no porque, como dicen sus nuevos críticos, funda a todos los individuos en uno solo, sino porque, al contrario desintegra parcialmente a los individuos. Que

¹¹ Parfit, Derek, *Later Selves and Moral Principles*, en Montefiore, A., comp., "Philosophy and Personal Relations", London, 1973, p. 137

se imponga cargas a algunos para mayor beneficio de otros sería admisible, no porque todos integren algún superorganismo, sino porque tal operación es, en definitiva, análoga a la que se produce cuando se impone una carga a un individuo en aras de beneficios que se materializarán cuando presumiblemente su yo presente haya sido desplazado por un yo posterior diferente; lejos de presuponer una concepción totalizadora u holista de la sociedad, el utilitarismo podría presuponer una concepción atomizadora de los individuos.

Parfit es consciente de que su concepción sobre la identidad personal podría, por el contrario, justificar que se le dé a los principios de distribución un *alcance mayor* del que generalmente se les otorga, de modo que se apliquen no sólo *entre* vidas humanas sino también *dentro* de vidas humanas; de esta forma se prohibiría imponer a los individuos cargas en aras de beneficios que van a ser disfrutados por un yo ulterior. El argumento de Parfit contra esta posibilidad es complejo y bastante oscuro, pero creo que puede ser reconstruido de este modo: 1) ese supuesto alcance mayor de los principios de distribución no sería relevante si los principios tuvieran un *peso menor* con el enfoque complejo de la identidad personal, 2) tales principios están apoyados en la idea de que no puede hacerse un balance entre las pérdidas y los beneficios que afectan a distintas personas, 3) a su vez, esta objeción se basa en el hecho cierto de que no puede *compensarse* a una persona la pérdida que sufre con el beneficio de un individuo distinto, 4) pero, como este hecho se basa en la identidad personal, al volverse ésta, con el enfoque complejo, una propiedad menos “profunda” por estar basada en *menos* hechos, hace menos importante moralmente el hecho de que no puede haber compensaciones interpersonales, 5) esto quita buena parte de sustento a la objeción a hacer un balance moral entre beneficios y pérdidas de distintas personas, con lo que los principios de distribución que están fundados en esa objeción pierden, correlativamente, gran parte de su peso.

Sin embargo, creo que este argumento de Parfit es defectuoso y que parece que su tramo más débil consiste en su apreciación de cuál es el impacto que el enfoque tiene sobre la relevancia de la identidad personal. Como dije, Parfit cree que la

identidad personal es con el punto de vista complejo una circunstancia menos profunda que lo que aparece con el punto de vista simple, ya que el primero rechaza la implicación del último de que esa identidad debe implicar un *hecho adicional* a la continuidad corporal y psicológica. Su idea es que si la identidad personal involucra menos hechos, ella tiene menos importancia moral. Para citarlo textualmente: "En el punto de vista complejo, nuestra identidad a través del tiempo sólo envuelve una continuidad corporal y psicológica. En el punto de vista simple ella no involucra únicamente tales continuidades; es, en su misma naturaleza, un hecho ulterior. Si cesamos de creer que es un hecho ulterior, entonces (por mera aritmética) creemos que ella envuelve menos cosas"¹². Sin embargo, uno diría que para el punto de vista simple la identidad personal no involucra *más* hechos sino un hecho *distinto* de la continuidad física y psíquica. Este último hecho es, para ese punto de vista, o bien irrelevante para la identidad personal (aunque puede estar contingentemente conectado con el hecho decisivo para la identidad personal) o, si no, una manifestación de ese único hecho que determina la identidad. La relación entre el número de hechos involucrados en una distinción y la importancia moral de la distinción dista, por otra parte, de ser clara; se supone que ella podría depender de cómo los hechos en cuestión intervienen en la distinción. El punto de vista simple no parece fundamentar la identidad personal en una conjunción de hechos, algunos de los cuales admitirían grados y otro sería del tipo "todo-o-nada" (si fuera así, ¿no sería el punto de vista "simple" más complejo, en realidad, que su oponente?).

Por lo tanto, Parfit no ha conseguido mostrar que su punto de vista acerca de la identidad personal la haga menos importante para la moral de lo que ella es para el punto de vista simple. Esto implica que la circunstancia de que no pueda compensarse a alguien una privación que se le impone, por medio de algún beneficio para algún extraño, sigue apoyando la idea de que no puede hacerse un balance moral entre beneficios y pérdidas de distintas personas, con lo cual los principios de distri-

¹² Parfit, *Later Selves and Moral Principles*, en Montefiore, comp., "Philosophy and Personal Relations", p. 147.

bución conservan su peso. Si esto es así, entra en juego la alternativa, señalada por Parfit, de que el enfoque complejo de la identidad personal implica *ampliar el alcance* de los principios de distribución. En efecto, la idea bastante plausible de que la identidad personal no se basa en una característica simple del tipo "todo-o-nada", sino en cierta conexidad entre procesos psicológicos, que se presentan en diferentes grados aun en el marco de una misma vida, conduce a que se cuestione la equidad de imponer cargas a un individuo sobre la base de su supuesta "compensación" con beneficios que gozará en algún futuro remoto. Pero, en realidad, este planteo no constituye ninguna novedad, ya que generalmente se aceptan ciertos principios de prudencia en la distribución de sacrificios y placeres a lo largo de una vida humana. El *tiempo* en el que se dan los sacrificios y beneficios no nos suele resultar irrelevante, y esto apoya más bien la idea de que podríamos estar inclinados a aceptar algo similar al enfoque de Parfit de la identidad personal, siempre que aceptemos también extender al caso de una vida los principios de distribución entre distintas personas (este enfoque de la identidad personal haría borrosa la distinción entre principios morales y prudenciales).

Por otra parte, del hecho de que *a*) la identidad personal sea cuestión de grado y de que *b*) su ausencia o atenuación pueda darse tanto entre vidas humanas como dentro de vidas humanas, no se infiere que en ambos casos la discontinuidad entre personas tenga el mismo grado. Más bien la primera afirmación está destinada a hacer más plausible la segunda, al mostrar que ella no implica que ambos casos de identidad sean idénticos: es obvio, y nada de lo que dice Parfit va en contra de ello, que la distinción entre personas se da en un grado mucho mayor cuando se presenta entre diferentes vidas que cuando se manifiesta en la misma vida. Por lo tanto, los principios de distribución deben aplicarse más estrictamente en un caso que en el otro.

3. INDIVIDUALISMO Y COLECTIVISMO

He dicho antes que el utilitarismo ha sido acusado de concebir a la sociedad como un superorganismo cuyo bienestar es algo bueno en sí mismo, con independencia de *cómo está distri-*

buido ese bienestar entre los individuos que lo integran. Las palabras en bastardilla son cruciales pues si no se pone atención en ellas puede confundirse el utilitarismo con otra tesis holística mucho más extrema y que los utilitaristas rechazan en forma terminante: la tesis de que el bienestar de la sociedad —o de alguna otra entidad supraindividual— no depende en forma exclusiva del bienestar de los individuos integrantes. Esta tesis constituye el núcleo del holismo *colectivista* que se distingue del utilitarista porque para éste el bienestar de la sociedad es exclusivamente una función de la suma agregativa del bienestar de sus miembros (sin tomar en cuenta la distribución de ese bienestar), mientras que para el colectivismo intervienen otras variables en la estimación del bien de la entidad colectiva que se toma como unidad moral básica, sea la sociedad, el Estado, la nación, una cierta clase social, etcétera.

El colectivismo no plantea meramente un problema de distribución, como lo hace el utilitarismo, sino un problema en apariencia mucho más profundo y que se refiere a la identificación de los *titulares de intereses* que deben ser tomados en cuenta en las discusiones sobre esa distribución: habría, según estas concepciones, entidades colectivas que tienen intereses que no son reductibles a los de ciertos seres humanos (como lo sostendría el utilitarismo) y que deben ser atendidos a veces a costa de los intereses de algunos hombres. Por ejemplo, la nación es una de esas entidades colectivas para algunas concepciones, y sus intereses a veces prevalecen sobre los de sus ciudadanos, sin que sean reductibles a los intereses de otros ciudadanos¹³.

¹³ Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1979, ha escrito páginas muy lúcidas en las que da cuenta de esta ideología, que está asociada con el organicismo. Dice este autor: "El organicismo aparece así como precedente, más o menos inmediato, de los modernos totalitarismos nacionalistas (p.ej., a través de la idea de comunidad de raza que de allí deriva), aunque, por supuesto, no exclusivamente bajo ese aspecto orgánico-biológico, sino sobre todo, como en seguida veremos, en su dimensión más depurada de organicismo ético y espiritualista. La sociedad se concibe entonces como un ente moral y un organismo espiritual dotado de fines sustantivos propios, transpersonalistas, diferentes de los fines que corresponden a los hombres que componen esa sociedad, diferentes incluso de los fines a que aspira la mayoría

¿Qué dice el individualismo frente a este tipo de enfoque? Hay que comenzar por aclarar que la expresión “individualismo” tiene muchos sentidos: en ocasiones hace referencia a la tesis de que los individuos son independientes de su medio social en cuanto a la adquisición de valores, deseos, hábitos, conceptos, etc.; a veces se la usa para designar cierta concepción metodológica en el marco de las ciencias sociales; asimismo se alude con ella a posiciones éticas egoístas; otras veces se la emplea para calificar a concepciones antiigualitarias; también, y relacionado con las anteriores concepciones, se usa la expresión para hacer referencia a posiciones “privatistas” acerca de la posesión e intercambio de recursos económicos.

Ninguno de esos sentidos es aludido por el uso que aquí interesa de “individualismo”. En una primera aproximación se puede decir que a lo que se pretende aludir es a una concepción según la cual los únicos titulares de intereses cuya satisfacción constituye una justificación *prima facie* de una acción o medida y cuya frustración constituye (según el principio de inviolabilidad) una descalificación *prima facie* de una acción o medida son los *individuos humanos*. (Ello desde ya no implica negar que los seres humanos puedan tener intereses legítimos vinculados a la preservación, p.ej., de las tradiciones, costumbres, valores culturales y espirituales, etc., que distinguen a una nación.)

Pero esta caracterización prejuzga sobre un punto muy delicado que tocamos en el capítulo I: el de la coextensividad de la clase de personas morales (la clase de quienes van a ser en última instancia sujetos de derechos morales básicos) y la clase de los seres humanos. Vimos que la negativa a admitir diferencias por exceso o defecto entre la extensión de ambas clases (reconociendo, p.ej., como personas morales a los miembros de algunas especies animales) requiere ardua argumentación moral.

Alguien podría intentar circunvalar la necesidad de esa argumentación en la caracterización del individualismo, sugirien-

de ellos. La colectividad se sustancializa, se entifica ética y espiritualmente, exigiendo así como instrumento de esa uniformidad el ejercicio de un poder y de un Estado verdaderamente totalitario” (p. 63).

do que esta doctrina sostiene que los únicos titulares de intereses moralmente relevantes son las *personas* morales, dejando abierta la cuestión de si, por ejemplo, incluimos o no entre ellas a algunos animales. Pero esto es, obviamente, insuficiente, ya que el no individualista podría coincidir con esta tesis con tal de que se incluyan —en forma excluyente o no— entre las personas morales a entidades como la nación, una clase social, etcétera.

Esto mostraría que la salida más sencilla es tal vez caracterizar al individualismo en forma negativa: consiste en la posición que no admite como persona moral, o sea como titular de intereses moralmente relevantes, a entidades colectivas. Un individualista no dejaría de serlo por admitir que, por ejemplo, los perros tienen ciertos derechos, pero sí se confundiría con una visión holística si pensara que la especie canina tiene de por sí derechos que son independientes de los de sus miembros (de modo que, p.ej., si para la supervivencia de la especie fuera necesario, por alguna extraña circunstancia, sacrificar a todos los perros menos dos, esto *podría* estar justificado).

Sin embargo, esta formulación también es defectuosa. Por supuesto que un individualista admite que se hable de intereses de personas colectivas; de ningún modo rechazaría como un sinsentido el que se diga, por ejemplo, que es en interés de la Argentina recuperar la posesión de sus Islas Malvinas, o que la empresa *x* está interesada en la instalación de una nueva planta industrial.

La diferencia entre el individualista y el colectivista reside en la forma de *interpretar* estas frases. Esto se relaciona con las teorías acerca de las personas jurídicas colectivas, que son aplicables al concepto de persona moral colectiva. Como se sabe, hay tres grupos de teorías tradicionales acerca del *status* ontológico de tales personas jurídicas: *a)* las *realistas*, que sostienen que son entidades que existen por derecho propio, con total independencia de los individuos que las integran; que son organismos que tienen intereses, desarrollan voliciones, ejecutan acciones que no pueden identificarse con las de ningún individuo humano; *b)* las teorías *negatorias*, que alegan que las personas jurídicas colectivas no son más que grupos de individuos que actúan conjuntamente, de modo que cuando se habla

de una sociedad o institución, ésta es una forma de referirse a una serie de individuos; c) la teoría de la *ficción*, que sostiene que las personas colectivas son entes que, si bien no existen realmente, el derecho los supone existentes para ciertos fines prácticos.

Ante la inadecuación de estas teorías tradicionales, recientemente¹⁴ se ha desarrollado la concepción de las personas jurídicas colectivas como *construcciones lógicas*. Según este enfoque, el error común a esas teorías tradicionales es presuponer que a toda expresión lingüística sustantiva le corresponde como denotación una clase de *entidades*, y así se supuso que esas entidades debían ser en el caso de las personas jurídicas colectivas, o bien superorganismos fantasmagóricos, o entes ficticios, o seres humanos de carne y hueso. Pero nuestro lenguaje contiene muchas expresiones sustantivas que no denotan ninguna entidad ni real ni ficticia y, sin embargo, cumplen una función muy útil en frases significativas; tal es el caso de expresiones como "hombre medio", "dólar", etcétera. Su significatividad está garantizada por el hecho de que si bien no tienen denotación posible (no puede haber nada que sea en sí misma un dólar, en lugar de un billete que representa ese dólar), ellas aparecen en frases que son traducibles, total o parcialmente, a otras frases, generalmente mucho más complejas, cuyas expresiones sí denotan entidades o hechos empíricos. En el caso de las personas jurídicas colectivas, las oraciones en las que aparece el nombre de alguna de ellas son sustituibles en ciertos contextos por frases que hablan acerca de relaciones muy complejas entre normas y actos de individuos; en la capacidad para sintetizar la referencia a tales relaciones está la gran ventaja del concepto de persona jurídica colectiva. Esta concepción recoge los aspectos atractivos de las teorías tradicionales sin incurrir en sus obvias fallas: como las teorías negatorias, rechaza la postulación de misteriosas entidades supraindividuales, pero sin incurrir en la torpeza de suponer que el nombre de una persona colectiva puede ser reemplazado simple y unifor-

¹⁴ Sobre este punto, ver Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 221 y siguientes.

memente por los nombres de una serie de individuos; en esto concuerda con las teorías realistas, pero rechaza su tesis ontológica; recoge el elemento convencional que puntualiza la teoría de la ficción cuando señala la existencia de reglas de esa índole que permiten la traducción de enunciados acerca de personas colectivas a enunciados acerca de hombres, pero sin postular entidades ficticias.

¿Cuál es la relevancia de la adopción de algunas de estas concepciones acerca de las personas colectivas en el ámbito de la teoría moral? El colectivismo adopta una concepción realista según la cual el Estado, o la nación, etc., son entidades que tienen un *status* ontológico autónomo y son titulares de intereses independientes de los individuos humanos que las integran. Así, Hegel formulaba frases de este tenor: "Si el Estado se confunde con la sociedad civil, y si su fin específico es descrito como la seguridad y protección de la propiedad y la libertad personal, entonces el interés de los individuos, como tal, se convierte en el fin último de la asociación, y se sigue que la pertenencia al Estado es opcional. Pero la relación del Estado con los individuos es muy diferente a esto. Dado que el Estado es *mente objetivada*, es sólo como uno de sus miembros que el *individuo mismo tiene objetividad*, genuina individualidad y una vida ética"¹⁵.

Por el contrario, el individualismo rechaza que las entidades colectivas tengan una realidad autónoma que no sea reducible, entre otras cosas, a la de los individuos que las componen; adopta así algunas de las restantes concepciones. Presuponiendo la que parece menos vulnerable de ellas (es decir la que identifica a tales entidades con construcciones lógicas), un individualista de ningún modo negaría que el Estado *existe* o que tenga tal o cual interés, pero aclararía que estos enunciados son *reducibles* a otros muy complejos que predicarían propiedades de seres humanos y relaciones entre ellos, entre sus actos y ciertas normas, etcétera. En este punto el utilitarista coincide plenamente; para él también los enunciados que hablan

¹⁵ Hegel, Georg W. F., *Philosophy of Right*, tr. T. M. Knox, New York, 1977, p. 156.

acerca del bienestar de la sociedad son traducibles a enunciados equivalentes acerca del bienestar de individuos. La diferencia radical con una posición no holística reside en las reglas que controlan esa traducción: para un utilitarista tales reglas tienen en cuenta exclusivamente la *suma agregativa* del bienestar individual; el enfoque contrario sostiene que tales reglas deben considerar también la distribución de ese bienestar e impedir que se predique que hay un incremento del bienestar de la sociedad cuando se trata de actos o medidas que ocasionan a algunos individuos privaciones inaceptables, por más que hagan que muchos más individuos gocen ahora de grandes satisfacciones. Puede ser cierto, como dije antes, que el utilitarismo concibe a la sociedad como un superorganismo, pero, en todo caso, se trata de un organismo compuesto solamente de un conglomerado de seres humanos y no de otra cosa diferente, como ocurre con concepciones colectivistas.

Pero esto es solamente una presentación del enfoque individualista y no sugiere razón alguna en su apoyo. Es decir, lo que se está diciendo es que si se parte de la base de que las personas colectivas no tienen una realidad autónoma e intereses independientes de los intereses de los individuos que las componen, entonces la concepción de esas entidades como construcciones lógicas permite interpretar inteligiblemente los enunciados que se refieren a ellas y, en especial, a sus intereses.

¿Pero por qué habría que negar, en primer lugar, el *status* ontológico independiente de las personas colectivas? Como se sabe, esta compleja cuestión fue discutida especialmente en el contexto de la filosofía de las ciencias sociales en conexión con la polémica entre individualismo y holismo metodológico. Sin entrar en profundidad en la discusión ontológica, me animo a sugerir que cuando los partidarios de la concepción metodológica holística como, por ejemplo, S. Lukes¹⁶, señalan que las personas colectivas son observables, incurren en una confusión entre *grupos* de individuos y entes colectivos: es cierto que una pareja o un pelotón de soldados son observables, ya que son sólo una colección de individuos (como un bosque es una colec-

¹⁶ Lukes, S., *Methodological Individualism Reconsidered*, en Ryan, A., comp., "The Philosophy of Social Explanation", Oxford, 1973, p. 123.

ción de árboles); pero un banco, una universidad o una nación no son observables: lo que se observa son los edificios, el territorio, la población, los empleados *de esa entidad*. Esto se advierte por el hecho de que de estas entidades no se pueden predicar las propiedades conectadas con datos observacionales primarios (la Universidad de Buenos Aires, p.ej., no tiene ningún color, forma geométrica, olor, etcétera).

Esto es, de cualquier modo, una cuestión controvertible. Pero la concepción antiolectivista no descansa sólo en esta negativa de un *status* ontológico independiente de las entidades colectivas. Aun cuando se lo admitiera —como se admite el de cosas tales como piedras y árboles—, cabría cuestionar su capacidad para constituir *personas morales*, bajo el presupuesto de que sólo los intereses de una tal persona son moralmente relevantes. Como se sugirió en el capítulo I, una condición de la personalidad moral es la de ser, al menos potencialmente, autoconsciente. Según nuestras actuales creencias científicas esto requiere un sistema nervioso desarrollado, y por eso excluimos *a priori* como candidatos a personas morales a cosas tales como las computadoras, los árboles, las piedras y, por lo menos, a los animales inferiores. El Estado no es una entidad autoconsciente porque no tiene una mente autónoma, y no tiene una mente autónoma porque no tiene un sistema nervioso propio. Cualquier frase acerca de la conciencia o la racionalidad del Estado —como algunas de las que formula Hegel— sólo tiene algún mínimo sentido, que no sea puramente metafórico, si se la asocia sistemáticamente con frases acerca de la conciencia o racionalidad de algún individuo o grupo de individuos. Por supuesto que expresiones como “conciencia” pueden ser usadas con un sentido totalmente distinto del ordinario, pero en este caso no se estaría aludiendo a la condición que aquí exponemos como relevante para la personalidad moral.

¿Por qué es la autoconciencia, al menos potencial, una condición necesaria de la personalidad moral? En el capítulo I dije al pasar que esto parecía inferirse de los principios sustantivos de la teoría que iba a exponer. Pero en la presentación de uno de esos principios no puedo conformarme con esa mera afirmación (aun concediendo el carácter exploratorio de estos comentarios) sin caer en circularidad.

Quisiera, entonces, agregar a título de hipótesis tentativa que esa condición se deriva de la forma del discurso moral. Como vimos en el capítulo III, ese discurso requiere la adopción de un punto de vista que se construye a partir del punto de vista de todos aquellos que pueden resultar afectados por la acción o medida sobre la que se discute. La cuestión es que quienes no son potencialmente autoconscientes *no pueden tener un punto de vista*. Como dice Thomas M. Scanlon, “un requerimiento mínimo de la noción (de entidad con *status* moral) es que ese ser constituya un punto de vista; es decir que tenga sentido preguntarse cómo sería si uno fuera ese individuo, cómo debe parecerle a él el mundo. Sin eso, no nos encontramos en una relación con ese ser que haga apropiada aun una hipotética justificación frente a él”¹⁷. Lo mismo señala Peter Singer¹⁸, quien agrega, además, refiriéndose también a cosas como bosques y ríos, pero con un alcance extensible a entidades colectivas, que aun cuando se les reconociera personalidad moral a pesar de carecer de un punto de vista, ellas no tendrían preferencias (irreductibles), por lo cual tampoco tienen intereses. Pero esto requiere la adopción de una concepción subjetiva de los intereses, tal como vimos en el capítulo anterior.

En verdad es tan imposible imaginarnos cómo seríamos si fuéramos un Estado u otra entidad colectiva, y cómo el mundo se le presenta a él, como lo es imaginarse lo mismo respecto de una piedra. Es por eso que las entidades colectivas no son sujetos irreductibles, ni aun potenciales, del discurso moral. Cuando sus intereses son alegados en el contexto de ese discurso, pretendiendo que ellos son distintos de los intereses de los individuos que las integran, se está hipostasiando un punto de vista que no es más que el de ciertos individuos (y, no por casualidad, la satisfacción de aquellos intereses suele coincidir con la de los intereses de estos individuos).

Pero la relación entre este rasgo formal del discurso moral,

¹⁷ Ver Scanlon, Thomas, *Contractualism and Utilitarianism*, en Sen Amartya - Williams, Bernard, comps., “Utilitarianism and Beyond” Cambridge, 1982, p. 114.

¹⁸ Ver Singer, *The Expanding Circle. Ethics and Sociobiology*, p. 123.

es decir la adopción de cierto punto de vista, y el principio de inviolabilidad de la persona requiere un análisis algo más detenido, que al menos señale el camino para justificar este principio. Ese análisis deberá mostrar cuál puede ser el fundamento para objetar una concepción como el utilitarismo que, a diferencia del colectivismo, no reconoce otros intereses que los de los seres conscientes.

4. EL PUNTO DE VISTA MORAL Y EL PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD DE LA PERSONA

La justificación del principio de inviolabilidad de la persona podría estar dada por el hecho de que él está involucrado en la misma adopción del punto de vista impersonal subyacente al discurso moral, al menos cuando ese punto de vista se articula de cierto modo y se combina como ya sugerí con determinados presupuestos respecto de la identidad personal. Como ésta es una cuestión que ha sido ya explorada por otros autores, voy a tratarla brevemente.

Cuando se describe la actitud de imparcialidad constitutiva de la moral como consistente en tratar a los intereses involucrados sobre la base de sus propios méritos e independiente de las personas que sustenten tales intereses, esto parece implicar que debemos dejar de lado la circunstancia de que los intereses en cuestión puedan originarse en personas *distintas*. Es decir, no solamente debemos considerar irrelevante quiénes son los titulares de los intereses en juego sino también el hecho de que ellos puedan ser diferentes individuos. Lo que importaría son los intereses en sí mismos, con absoluta independencia de su origen en uno o varios individuos.

Este enfoque ha sido incorporado a muchas construcciones de la idea del observador ideal, en las que se asume que éste debe *identificarse*, debe *simpatizar* con los diferentes intereses involucrados como si fueran propios. Un observador ideal debería tratar a los intereses en juego, exactamente del mismo modo que un individuo de carne y hueso trata a *sus* diversos intereses. Por ejemplo, hay un principio básico de racionalidad que prescribe que cuando un individuo tiene dos o más in-

tereses que no pueden satisfacerse simultáneamente, debe dar preferencia a sus intereses más importantes, cualquiera que sea el criterio para jerarquizar tales intereses. Lo mismo se debería hacer con los intereses en conflicto de varios individuos cuando se adopta el punto de vista del observador ideal: deben prevalecer aquellos intereses de mayor jerarquía. Igualmente, cuando contrapesamos nuestros intereses no sólo tenemos en cuenta su jerarquía sino también su número: tal vez tengamos dudas de la importancia comparativa del interés en ir de vacaciones y el interés en preparar una materia en la universidad; pero el *impasse* posiblemente se decidiría si se uniera a uno u otro algún interés —como el de no alejarnos de nuestra novia— aunque, aisladamente, no se lo considere más importante que cada uno de los otros intereses. Esta suma de intereses también la debería hacer el observador ideal con los intereses de distintos individuos con los que se identifica, de modo que, siendo los intereses de igual jerarquía, prevalecen los de mayor número de individuos, no por originarse en una mayoría —lo que es, en sí mismo, irrelevante, pues implica el cómputo de distintos individuos— sino simplemente por constituir *más* intereses.

Esta forma de construir el punto de vista impersonal subyacente al discurso moral conduce directamente a la adopción de un principio básico de índole utilitarista, o sea un principio que prescribe materializar las acciones, medidas o instituciones que satisfagan el mayor número de intereses de mayor jerarquía. Esto constituye, como ya se dijo, una concepción ética agregativa, según la cual los efectos beneficiosos o perjudiciales de una medida para los intereses de individuos son sumados o restados con el fin de determinar su justificabilidad, sin tomar en cuenta cómo se distribuyen esos efectos entre distintos individuos. El utilitarismo procura el bienestar global de un grupo que se toma como marco de referencia, sin considerar relevante que un incremento de ese bienestar global se consiga a costa de una disminución del bienestar neto de algunos de los miembros del grupo.

Cualquiera que sea el atractivo intrínseco de un principio semejante, lo cierto es que él deriva de una reconstrucción objetable del punto de vista impersonal subyacente al discurso

moral. Esa reconstrucción, como han enfatizado Rawls¹⁹, Nozick²⁰ y Nagel²¹, ignora el hecho ya aludido de la *separabilidad e independencia* de las personas al tratar los intereses de distintos individuos como si fueran los de un mismo individuo. Una cosa es que sea irrelevante la identidad de los titulares de los intereses en juego y otra cosa muy distinta es que no importe que esos titulares sean o no idénticos.

Principalmente Thomas Nagel²² ha argüido que la forma del razonamiento moral consiste en ponerse en la situación de *cada uno* de los interesados. Esto está determinado por una generalización necesaria de la preocupación *impersonal* por nuestros propios intereses, que debemos desarrollar para hacer congruentes ciertas actitudes que adoptamos. Esa generalización lleva a formar preocupaciones impersonales paralelas respecto de los intereses de los demás. Pero tales preocupaciones por los intereses de cada individuo *conservan el carácter individualista que tiene nuestra preocupación original por nuestros propios intereses*: así como nosotros no nos preocupamos por nuestros intereses con independencia del hecho de que son nuestros, la generalización de ese enfoque lleva a preocuparse por los intereses de los demás en forma separada, como pertenecientes a individuos independientes.

Sostiene Nagel que la adopción sucesiva del punto de vista de cada interesado, en lugar de la adopción de un punto de vista unitario y omnicompreensivo, conduce a juzgar cualquier medida o arreglo social haciendo una comparación entre las situaciones de cada par de individuos afectados, hasta encontrar la alternativa que sea menos inaceptable para quien resulta más inaceptable; cualquier otra alternativa será más inaceptable para alguien que lo que la alternativa elegida lo es para cualquiera. Desde ya que la misma idea está subyacente a la posición originaria de Rawls en la que, gracias al requisito de una-

19 Ver Rawls, *A Theory of Justice*, p. 26-27.

20 Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, p. 28-29, 32-33.

21 Ver Nagel, *The Possibility of Altruism*, y *Equality*, en "Mortal Questions", Cambridge, 1979.

22 Ver Nagel, *Equality*, en "Mortal Questions".

nimidad, cualquier individuo participante tiene la posibilidad de *vetar* principios de justicia y esquemas de cooperación social que permitan eventualmente el sacrificio de alguien (que puede ser cualquiera) en aras de un incremento del bienestar colectivo. La consecuencia de aceptar que el punto de vista subyacente al discurso moral involucra contemplar por separado los intereses de cada individuo es, entonces, que se descalifica como justificación *directa* de la frustración de ciertos intereses de un individuo el mero hecho de que ello conduce a satisfacer los intereses de *otros* individuos. No hay, *en principio*, compensaciones interpersonales. Nagel²³ sostiene que este enfoque excluye la concepción utilitarista de la igualdad entre los individuos, que presupone, en cambio, la adopción de un punto de vista construido como un conglomerado de los puntos de vista de todos los interesados.

Se puede ilustrar y hacer más explícito este punto crucial de teoría ética, poniendo al mismo tiempo de manifiesto una serie de dificultades subyacentes, a través de un ejemplo trivial: supongamos que tengo un conflicto con mi mujer acerca de si esta noche iremos al cine, como quiero yo, o al teatro, como desea ella. Podemos intentar resolver el conflicto por algún medio no muy pacífico u honesto, pero supongamos que ambos pretendemos resolverlo según lo que sea más justo o correcto, o sea según razones morales. Esto supone adoptar, como vimos en el capítulo III, el punto de vista de un árbitro ideal, o sea de alguien absolutamente imparcial que contemplara los intereses de ambos con su peso correspondiente, que fuera plenamente racional y que conociera todos los hechos relevantes. Pero hay dos formas de construir tal punto de vista. Una, que es propia del utilitarismo, consiste en imaginar a un observador que se identifique a la vez con todos los afectados, asumiendo sus intereses como si fueran propios y decidiendo según su peso relativo; en este caso sería como si alguien quisiera ir tanto al cine como al teatro, y, al no poder ir a ambos lugares, decidiera según la intensidad de sus respectivos deseos (si, p.ej., mi mujer quiere ir al teatro más de lo que yo quiero

²³ Nagel, *Equality*, en "Mortal Questions".

ir al cine, ganaría ella). El otro enfoque imagina a un observador que se pusiera sucesivamente en la situación de cada uno de los interesados, de modo de encontrar alguna alternativa que pueda ser la menos inaceptable para todos (es posible que, aunque yo no tenga tantas ganas de ir al cine como mi mujer tiene de ir al teatro, esta última alternativa me resulte por alguna razón absolutamente inaceptable, mientras que a mi mujer ir al cine le fuera indiferente o incluso ligeramente agradable; en este caso mi mujer debería aceptar que fuéramos al cine).

Obsérvese que el enfoque globalizador conduce a construir un punto de vista desde el cual se asumen preferencias que pueden ser contradictorias y no sólo contrarias; en el ejemplo dado, si a mí no sólo me gusta ir al cine sino que también me disgusta ir al teatro, y a mi mujer le gusta ir al teatro y le disgusta ir al cine, deberíamos decidir como lo haría alguien que a la vez le guste y le disguste el cine y el teatro. No es fácil imaginar cómo decidiría alguien que al mismo tiempo prefiriera que x se dé y que no se dé, no por sus diversas consecuencias ni en atención a distintos aspectos de x , sino tomando en cuenta las mismas consecuencias y aspectos; esta oposición radical de preferencias parece darse entre distintas personas pero no en un mismo individuo normal. Esto es desconcertante tanto si se adopta la versión empírica del modelo del observador ideal como la versión normativa: por un lado parece difícil predecir cómo decidiría un ser tan anómalo, y por otro lado los principios que determinarían la decisión —como los principios de racionalidad— probablemente no contemplan los casos de preferencias radicalmente opuestas.

El utilitarismo suele eludir esta dificultad porque adopta una sola de estas dos alternativas: o bien prescribe maximizar el placer, la felicidad o la satisfacción de intereses (el llamado utilitarismo “positivo”), o si no estipula la minimización del dolor, la miseria o la frustración de intereses (el denominado utilitarismo “negativo”). La cuestión es si hay razones para optar por una de estas dos vías con exclusión de la otra, sobre todo cuando hay muchos casos en los que no resulta claro si constituyen ejemplos de aumento de felicidad o de disminución de miseria.

5. EL PAPEL DE LOS DERECHOS Y DE LAS LIMITACIONES DEL PRINCIPIO DE INVOLABILIDAD

Un utilitarista podría replicar al ataque anterior diciendo que no hay una diferencia sustancial entre el enfoque globalizador que subyace a su concepción y el enfoque de autores como Nagel, quien, sostendría el crítico, termina endosando una especie de utilitarismo negativo. Ello parece ponerse de manifiesto cuando Nagel²⁴ ilustra ese enfoque con el ejemplo de un padre que debe decidir si mudarse a la ciudad, donde su hijo sano viviría en un ambiente desagradable pero su hijo inválido recibiría atención médica adecuada, o a un suburbio, donde se revertirían las ventajas y desventajas; según Nagel la solución correcta, o sea la que resulta menos inaceptable para los afectados, es la de mudarse a la ciudad. Pero ésta parece ser la misma solución a la que arribaría un utilitarista preocupado, no por aumentar la felicidad, sino por reducir la miseria, utilitarista que, por otra parte, debe enfrentar la conocida objeción de que la mejor forma de reducir absolutamente la miseria sería matando en forma indolora a todo el mundo. Se podría preguntar, además, si en el ejemplo de Nagel no se está sacrificando al hijo sano en aras del hijo enfermo, y cuál es el alcance del criterio de "unanimidad" si éste se da por satisfecho en un caso en que el perjudicado podría objetar fuertemente la decisión (la situación es diferente en el caso de la posición originaria de Rawls, en la que la unanimidad se obtiene gracias a la ignorancia acerca de quién es cada cual).

Sin embargo, es importante advertir que, con este ejemplo, Nagel está haciendo explícita una de las concepciones morales que derivan de contemplar por separado los intereses de cada individuo afectado; ésta es la concepción que denomina "igualitarista". En cambio, la conclusión a la que llega no es aplicable a otra concepción que adopta el mismo enfoque, pero que difiere de la anterior en un aspecto que luego veremos: la concepción que Nagel denomina "de los derechos". Según esta concepción, la unanimidad está garantizada en ciertas

²⁴ Nagel, *Equality*, en "Mortal Questions".

áreas simplemente por el hecho de que determinados intereses están protegidos por derechos que no pueden ser sobrepasados, en contra de la voluntad del titular, por consideraciones relativas al interés de otra gente. En el ejemplo de Nagel, si alguno de los hijos, o los dos, tuviera su respectivo interés protegido por un derecho, el padre actuaría incorrectamente si lo desconociera.

Es esta conclusión la que pareciera seguirse de un razonamiento moral que contemple por separado el punto de vista de todos los interesados sin confundirlos en un enfoque global; y, si es ésta la forma adecuada del discurso moral, entonces ciertos derechos tienen un papel insustituible en todo sistema moral plausible. El papel de los derechos en cuestión consiste en "atrincherar" determinados intereses de los individuos, de modo que ellos no puedan ser dejados de lado, contra su voluntad, en atención a intereses que se juzgan más importantes—sea intrínsecamente o por el número de sus titulares— de *otros* individuos. Como dice Nozick²⁵, los derechos funcionan como "restricciones laterales" a la persecución de objetivos colectivos; Dworkin²⁶ expresa el mismo punto diciendo que los derechos son como "cartas de triunfo" que, cuando se sacan a relucir, descalifican la legitimidad de cualquier medida que subordine los intereses protegidos al bienestar o a la utilidad general.

Por eso es que se incurre en un error lógico cuando se dice que el reconocimiento de los derechos individuales básicos está limitado por la necesidad de perseguir el bien común. El concepto de derechos individuales hace que las cosas sean exactamente al revés: la función principal de los derechos (que, como vimos en el capítulo I, condiciona el concepto mismo que se emplea para identificarlos) es la de limitar la persecución de objetivos sociales colectivos, o sea de objetivos que persiguen el beneficio agregativo de diversos grupos de individuos que integran la sociedad. Si la persecución del bien común fuera una justificación última de medidas o acciones, el reconoci-

²⁵ Ver Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, p. 24.

²⁶ Ver Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 90 y siguientes.

miento previo de derechos individuales sería absolutamente *inoperante y superfluo*; bastaría con determinar en cada caso si el goce de un cierto bien por parte de un individuo favorece o menoscaba esa persecución del bien común. Precisamente la idea de derechos individuales fue introducida en el pensamiento filosófico-político como un medio para impedir que se prive a los individuos de ciertos bienes con el argumento de que ello beneficia, tal vez en grado mayor, a otros individuos, a la sociedad en conjunto o a una entidad supraindividual.

Por supuesto que esto no excluye la legitimidad de que se persigan objetivos sociales colectivos, o sea que se promueva el bien común cuando ello no implica vulnerar los derechos individuales básicos. Cuál es el marco que estos derechos dejan libre para la persecución de objetivos colectivos es una cuestión que depende, como veremos más adelante, del contenido y alcance de los derechos. Tal vez el alcance de los derechos sea mínimo y quede un vasto margen para la persecución del bien común; tal vez los derechos sean tan comprensivos que controlan prácticamente toda decisión política; lo que importa a esta altura es que, cualquiera que sea ese alcance, una vez que se reconocen derechos siguiendo el principio de inviolabilidad de las personas, estamos lógicamente comprometidos a reconocer que hay una cierta esfera de intereses del individuo que no podemos invadir en aras del bien común.

En este punto conviene insistir en que, una vez que se deja de lado la visión colectivista que postula entidades supraindividuales que tienen un *status* ontológico autónomo con intereses independientes de los de los individuos que las integran, el bien común es reductible al bienestar de los miembros de la sociedad que se toma como marco de referencia²⁷. Aquí no están excluidos, por supuesto, individuos que formarán parte de generaciones *futuras* (aunque es un arduo tema de discusión hasta qué punto es admisible reconocerles un *status* moral *actual*²⁸). Ese bien común es, a diferencia de los bienes garanti-

²⁷ Tal como lo sostiene Peces-Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales*, I, *Teoría general*, Madrid, 1973, p. 149.

²⁸ Ver discusión sobre los problemas de los derechos de individuos futuros en Kauka, Gregory S., *The Paradox of Future Individuals*, y Parfit, Derek,

zados por derechos, *agregativo* y no *individualizado*, tal como lo expone Dworkin²⁹. Está dado por la suma de beneficios que un conjunto generalmente indeterminado de individuos no fácilmente identificables extraen de la medida o acción política en cuestión.

El reconocimiento de ciertos derechos conforme al principio de inviolabilidad de la persona no sólo implica lógicamente la limitación de la persecución de objetivos colectivos en el ámbito de aplicación de aquellos derechos —cualquiera que este ámbito sea—, sino que implica además limitar en algunos casos el procedimiento de decisión mayoritaria característico del sistema democrático. Como vimos en la sección anterior, la reconstrucción más adecuada del punto de vista moral conduce a exigir unanimidad para la decisión de ciertos conflictos morales, o sea el consentimiento de la persona afectada. Precisamente el reconocimiento de un derecho a un individuo está destinado a convertirlo a él en el único árbitro sobre qué curso de acción debe adoptarse en el área protegida por el derecho. De nuevo, si el reconocimiento de los derechos individuales básicos estuviera supeditado a su aprobación mayoritaria de acuerdo con procedimientos democráticos, ese reconocimiento sería superfluo e inoperante: bastaría con el principio de que hay que hacer lo que la mayoría decide.

Igual a lo que ocurre en relación con la persecución del bien común, esto no implica de ningún modo que el sistema democrático de toma de decisiones quede descalificado una vez que se reconocen ciertos derechos individuales básicos. Él deberá operar en el ámbito que no está cubierto por la aplicación de tales derechos, ámbito cuya extensión dependerá del alcance de aquéllos. Ya hemos visto en el capítulo III que uno de los recursos para superar las indeterminaciones morales (como las que se pueden dar fuera del ámbito de aplicación de los derechos y en la “zona de penumbra” de este ámbito), consiste en recurrir a procedimientos de decisión moralmente legítimos, como lo es la democracia.

Future Generations: Further Problems, en “Philosophy & Public Affairs”, Spring 1982, vol. 11, n° 2, p. 93 y 113, respectivamente.

²⁹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 91-92.

Pero, precisamente, si la democracia puede justificarse moralmente eso probablemente lo será, como veremos en el capítulo IX, en el marco de una teoría de filosofía social que parta del reconocimiento de ciertos derechos individuales básicos, por lo que sería circular si ese reconocimiento dependiera a su vez del resultado de la decisión mayoritaria.

Aquí conviene hacer una aclaración: hemos visto en el capítulo I que los derechos humanos son derechos de índole moral, y también hemos visto que ellos proveen razones para justificar decisiones por parte de órganos jurídicos estén o no reconocidos por el derecho vigente. No obstante, es obvio que ese reconocimiento es importante para facilitar la implementación de los derechos en cuestión. Como la estipulación de derechos jurídicos que reconozcan derechos morales no puede hacerse en la práctica por unanimidad sino por algún otro procedimiento, la decisión mayoritaria es, como veremos en el capítulo IX, la mejor alternativa posible. Pero esa decisión no altera el goce de los derechos morales subyacentes y son éstos, en última instancia, los que deben ser tomados en cuenta para alcanzar una decisión justificada.

Este esquema basado en el principio de inviolabilidad de la persona permite, aparentemente, alcanzar conclusiones muy fuertes, que descalifican una serie de posiciones de filosofía social sumamente difundidas.

Este principio sirve para calificar el principio de autonomía de la persona (y eventualmente también el principio hedonista), que hemos discutido en el capítulo anterior. Así como este último principio establece el contenido de los derechos al definir los bienes que son objeto de esos derechos (la autonomía personal y sus prerequisites), el principio de inviolabilidad de la persona establece, como acabamos de ver, la función de los derechos de limitar las posibilidades de compensaciones interpersonales de esos bienes. De este modo, se restringe el carácter agregativo que tiene el principio de autonomía cuando es considerado en forma aislada, ya que la maximización de la autonomía de ciertos individuos está vedada cuando ello se hace a costa del sacrificio de la autonomía de otros individuos. En el capítulo VIII, al estudiar el alcance de los derechos, veremos que este principio de inviolabilidad de la perso-

na necesita ser reformulado para hacerlo operativo frente a problemas que presenta la idea de causar sacrificios en la autonomía de otros.

Pero antes de eso veremos en el próximo capítulo que así como el principio de autonomía de la persona (y también el principio hedonista), resulta calificado y limitado por el principio de inviolabilidad de la persona, también este último puede estar condicionado o limitado por un principio adicional de la concepción liberal de la sociedad.

CAPÍTULO VII

EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD DE LA PERSONA

1. INTRODUCCIÓN

En distintos puntos del desarrollo de este libro he mencionado la relevancia de la voluntad o el consentimiento de los individuos. En el capítulo I sostuve que sólo se podría decir que los derechos humanos son incondicionales si se interpretara esto en el sentido de que su única condición de aplicación, que no interviene en la caracterización de los beneficiarios de tales derechos, está constituida por los actos voluntarios de tales beneficiarios y no por otras circunstancias, como ser cualquiera de sus restantes propiedades posibles (como su raza, sexo, etcétera). La voluntad del individuo está en el centro del principio de autonomía que expuse en el capítulo V, puesto que éste valora positivamente la libre elección de planes de vida y formación de preferencias. Vimos que una posible fundamentación de este principio se apoya en un papel todavía más protagónico de la voluntad: el papel que se destacó en el capítulo III cuando se indicó que el discurso moral está dirigido a la *libre adopción* de principios de conducta, y es, por lo tanto, una técnica para convergir en acciones y actitudes sobre la base del consenso. Por otra parte, el principio de autonomía asigna también otra dimensión a la voluntad del individuo: los bienes que los derechos individuales protegen según ese principio, no sólo deben satisfacer la condición de ser recursos que faciliten la libre elección de planes de vida, sino también la de que su posesión no sea incompatible con la materialización del proyecto que el individuo ha elegido, por lo tanto tales bienes son en principio *disponibles* por sus titulares (ver, sin

embargo, lo que se dice en el capítulo XI). En el capítulo VI sostuve que el principio de inviolabilidad de la persona veda maximizar la autonomía de los individuos a costa de la de otros. Pero esto parece tener una excepción que estudiaremos en este capítulo: la que está dada por el consentimiento de las personas cuya autonomía se restringe. Es esta dependencia de la autonomía de la voluntad de sus beneficiarios lo que permite decir que los derechos humanos están sólo condicionados por voliciones de sus titulares.

Esta dependencia de la concepción de moralidad social que se está exponiendo respecto de la voluntad de los individuos se opone, como es obvio, a una serie de ideas muy difundidas que, no obstante las divergencias que tienen entre sí, coinciden en descalificar la relevancia moral de esa voluntad.

Aquí es necesario hacer una aclaración. En el capítulo II sostuve que una de las raíces del escepticismo ético consiste en presuponer que las únicas razones para actuar son las constituidas por deseos; en contraposición, argüí que los deseos nunca constituyen razones finales para justificar una acción, ni aun en la esfera prudencial. Aunque los deseos no pueden identificarse sin más con las manifestaciones de voluntad y de consentimiento, como veremos luego, están obviamente relacionados con éstos, y creo que lo que dije de aquéllos se aplica también a los últimos: el que uno quiera o consienta algo nunca constituye una razón operativa última que justifique un acto o una decisión; tales razones siempre están constituidas por principios morales o prudenciales (con prelación de los primeros sobre los segundos) y son éstos los que pueden hacer relevantes a ciertos actos de voluntad. De ahí que la teoría que se expone está lejos de ser una teoría "voluntarista", en algún sentido de esta oscura expresión; ella implica que la voluntad de los individuos es moralmente relevante según ciertos principios normativos básicos, pero no la erige en el árbitro final de la justificación moral.

De cualquier modo, la concepción que se está presentando se opone a aquellas que asignan un papel subalterno a las voliciones y decisiones de los hombres por entender que ellas son sólo manifestaciones superficiales de hechos que tienen sí significación moral, tales como la inserción del individuo en una

cierta clase social o el hecho de que él exprese ciertas tradiciones culturales, o hábitos de su medio social, o tendencias psicológicas, o procesos biológicos, o que son la resultante de manipulación propagandística, etcétera.

Este tipo de concepciones se apoyan en posiciones filosóficas deterministas (en algún sentido de este proteico término). Es, por lo tanto, crucial para el desarrollo de esta teoría que intente mostrar cómo ella queda ubicada frente al tema del determinismo, aunque sólo puede esperarse aquí una aproximación somera a esta compleja cuestión. Las conclusiones de esa aproximación nos conducirán a un tercer principio de una concepción liberal de la sociedad (o a un cuarto, si computamos como independiente al principio hedonista), que se combina con los anteriores para determinar cómo operan los derechos individuales básicos.

2. TIPOS DE DETERMINISMO

Existe una enorme confusión acerca de la caracterización de la tesis central del determinismo; mucha gente se manifiesta determinista, pero pocos coinciden en la forma de articular esa posición.

Como se sabe, hay diversas clases de determinismo. Sócrates y Platón defendieron un determinismo de tipo *ético*, según el cual los hombres no pueden dejar de hacer el bien y cuando hacen algo moralmente erróneo, lo hacen por compulsión o error. Hay también un determinismo *teológico* que afirma que, si Dios es omnisciente, sabe por anticipado lo que los hombres harán, lo que implica que éstos no pueden frustrar sus expectativas. El determinismo *lógico* afirma que, dado que el valor de verdad de una proposición es atemporal, una proposición acerca de lo que alguien hará en el futuro siempre ha sido verdadera o falsa, por lo que el agente no puede alterar ese valor de verdad que la proposición ya tenía antes de su acción. El determinismo *psicológico* afirma que las acciones humanas están condicionadas por sucesos, inclinaciones, tendencias, etc., de índole mental. El determinismo *físico* sostiene que nuestros actos son el resultado causal de factores físicos, químicos, biológicos (como los de índole genética) que

ocurren en forma inmediata en nuestro organismo y mediatamente en otros organismos o en el medio circundante. Por último, se defiende también un determinismo *social*, que afirma que las acciones de los hombres están causadas por factores tales como su pertenencia a cierta clase social, o (puede ser o no lo mismo que lo anterior) por la forma en que participan en las estructuras productivas, o por el proceso de socialización y de educación a que el individuo se ha visto sometido, o por las tradiciones culturales y hábitos sociales de su medio social, o por la influencia propagandística de los factores de poder, etcétera¹.

De estas especies de determinismo, las tres primeras —el determinismo ético, teológico y lógico—, no parecen representar una amenaza para la relevancia moral de la voluntad humana, sino, en todo caso, para ciertas caracterizaciones de los *conceptos* de bondad, omnisciencia divina y verdad (por eso estos tres tipos de determinismo son de índole *lógica*, en un sentido lato, ya que en los tres, las acciones resultan necesitadas por la aplicabilidad de un cierto concepto).

Lo contrario parece ocurrir con las tres últimas clases de determinismo: el psicológico, el físico y el social (que son de índole *fáctica*, de nuevo en un sentido lato). Pero para tratar de advertir la naturaleza del peligro que ellos involucran, es necesario mencionar otro tipo de variación que el determinismo puede presentar. Ella se refiere al *status* lógico de la tesis determinista, la que podría formularse sucintamente diciendo que todo evento, incluidas las acciones humanas, tiene una causa. Puede verse a esta tesis, en primer término, como un *postulado metafísico* que pertenece a nuestro esquema conceptual básico, a través del cual el mundo se nos hace inteligible; en este caso es muy difícil determinar cómo esta tesis puede ser evaluada, qué papel corresponde en esa evaluación a observaciones empíricas y cuál es la relevancia de la coherencia con otros postulados. Puede también considerarse al determinismo como una *hipótesis empírica*, caso en el cual debe necesariamente estar sujeta a posibles “falsaciones” provenientes de

¹ Ver Taylor, Richard, voz *Determinism*, en Edwards, P., dir., “Encyclopedia of Philosophy”, New York, 1967, vol. 1-2, p. 359.

observaciones divergentes; sin embargo, no es fácil formular criterios para identificar los hechos que falsearían tal hipótesis, ya que, ante la presencia de eventos que aparentemente no están causados por otros hechos, se tiende naturalmente a descartarlos como contraejemplos, suponiéndose que algún día se descubrirá su causa (eso es lo que hace que a pocos se les ocurriría alegar que el cáncer es un tipo de hecho que falsea la hipótesis determinista). Por último, y tomando en cuenta la circunstancia recién mencionada, el principio determinista de que todo evento tiene una causa puede verse como un *principio regulador* de la investigación científica, como una regla procedimental que prescribe a los científicos buscar las causas de todo hecho relevante que todavía no haya sido explicado; pero en este caso no se ve cómo el determinismo podría menoscabar la relevancia moral de la voluntad humana².

Supongamos que adoptemos un determinismo psicológico, físico o social, o una combinación de ellos, y que lo interpretemos como una hipótesis empírica, que es lo que más parece poner en peligro una concepción ética que da amplia cabida al consentimiento de los individuos. Supongamos, además, que esa hipótesis empírica sea *verdadera*, lo que es de por sí una suposición extremadamente controvertible, teniendo en cuenta fenómenos como los descritos por la mecánica cuántica y el nivel de extrema generalidad de las explicaciones psicológicas o sociológicas mejor fundadas (estas explicaciones sólo permiten predecir el desarrollo de inclinaciones genéricas y no la ejecución de actos concretos en ocasiones específicas)³. Suponiendo estas cosas, ¿cuál es exactamente la forma en que la tesis determinista incidiría en la significación moral de la voluntariedad?

La respuesta más obvia es que tal tesis parificaría a la voluntariedad de una cierta acción de un sujeto con otras propiedades de éste sobre las cuales no tiene control —como su estatura o color de piel—, ya que unas y otras se originarían en sucesos que no están a su vez sometidos a la voluntad del individuo.

² Ver Collison, D., *The Free Will Problem*, Bletchley, 1973.

³ Cfr. Lucas, J. R., *The Freedom of the Will*, Oxford, 1970, cap. 20.

Esto haría que los hombres no tengan efectiva libertad para actuar de otro modo que como de hecho lo hacen, y que, por lo tanto, no se les pueda atribuir *responsabilidad* por sus actos.

Frente a estas conclusiones se levanta una posición que se ha denominado *compatibilismo*, pues pretende conciliar la tesis determinista con la existencia de libertad. Pensadores como Hobbes y Hume⁴ defendían esta posición, sosteniendo que “libertad” significa “ausencia de compulsión” y que una acción es, por lo tanto, libre cuando está causada por la voluntad o decisión del agente —aunque éstas reconozcan a su vez causas ulteriores— y no por factores tales como un reflejo nervioso. Al mismo resultado conduce la tesis defendida por G. E. Moore⁵ y fuertemente atacada por J. L. Austin⁶, de que el enunciado “x podría haber actuado de otro modo” es inherentemente condicional y debe ser interpretado como “x podría haber actuado de otro modo, si así lo hubiera querido”.

Pero los críticos del compatibilismo, como Ted Honderich, sostienen que para la idea de libertad, y por consiguiente para la de responsabilidad, no sólo es necesario que la acción reconozca como antecedente causal la decisión del agente y no fenómenos como el hipnotismo, sino también que esa decisión no sea a su vez una consecuencia causal necesaria de otros hechos. Para que una acción sea voluntaria se necesita no sólo que el agente tenga “libertad de espontaneidad” (que esté causada por su voluntad) sino también que goce de “libertad de indiferencia” (que haya podido querer otra cosa)⁷.

Esta objeción al compatibilismo parece correcta, ya que concuerda con el hecho de que cuando descubrimos que la voluntad del individuo fue causada por ciertos sucesos que la explican fácilmente, como las amenazas serias de un tercero con-

⁴ Ver Taylor, voz *Determinism*, en Edwards, dir., “Encyclopedia of Philosophy”, vol. 1-2, p. 363-367.

⁵ Ver Moore, G. E., *Ethics*, Oxford, 1966.

⁶ Austin, J. L., *Ifs and Cans*, en “Proceedings of the British Academy”, 1956.

⁷ Ver esta distinción entre “libertad de espontaneidad” y “libertad de indiferencia” en Kenny, Anthony, *Freedom, Spontaneity and Indifference*, en Honderich, T., comp., “Essays on Freedom of Action”, London, 1973.

sideramos a la acción como no libre y excluimos la responsabilidad del agente. La pretensión del determinismo es que lo mismo deberíamos hacer en el caso de otras causas que *siempre determinan* nuestras acciones, como ciertos fenómenos sociales, psicológicos o biológicos. Para ser coherentes deberíamos tratar a todos los individuos de modo análogo a como lo hacemos con quienes son objeto de amenazas o de hipnosis.

Para determinar la validez de esta pretensión es necesario hacer algunos comentarios acerca de la naturaleza de los juicios que adscriben responsabilidad. A este análisis estará dedicada la próxima sección.

3. LA NATURALEZA DE LA ADSCRIPCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y SU VULNERABILIDAD FRENTE AL DETERMINISMO

La responsabilidad por nuestros actos que el determinismo pretende descalificar es tanto de índole *jurídica* como de carácter *moral*.

La responsabilidad jurídica consiste (en el sentido más pertinente de esta expresión ambigua⁸) en el hecho de ser pasible de una sanción penal o civil según lo establecido por una norma jurídica válida. El determinismo será o no relevante para la legitimidad de la adscripción de responsabilidad jurídica según la teoría que se adopte respecto de la justificación moral del empleo de la coacción estatal contra un individuo, principalmente a través de la pena.

Como veremos en el capítulo XI, hay dos teorías tradicionales sobre la justificación de la pena (yo he propuesto en otro lugar⁹ una tercera, a la que luego aludiré y que requiere otro tipo de consideraciones). Una es la teoría *prevencionista*, que justifica la pena en tanto y en cuanto ella sea un medio necesario y eficaz para evitar que la sociedad en conjunto sufra en el futuro males mayores (como es obvio, ésta es la teoría que mejor se concilia con la concepción ética utilitarista). La otra teoría

⁸ Sobre los sentidos de "responsabilidad", ver Nino, *Introducción al análisis del derecho*, p. 184 y siguientes.

⁹ Ver Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*.

es la *retribucionista*, que justifica la pena como una respuesta apropiada al mal que el sujeto ha causado en el pasado.

Es evidente que el determinismo no hace mella en la legitimidad de adscribir responsabilidad jurídica si adoptamos una teoría prevencionista acerca de la justificación de la coacción estatal. Al contrario, la hipótesis determinista respalda la posible eficacia preventiva de la pena al dejar abierta la posibilidad de que la voluntad de los individuos pueda estar determinada por factores como la amenaza de pena.

El determinismo parece, en cambio, involucrar la ilegitimidad de la adscripción de responsabilidad jurídica si se adopta una teoría retribucionista. Esto es así porque, según esta teoría, la retribución está justificada no meramente cuando el individuo ha causado un mal sino cuando lo ha hecho obrando de un modo *reproachable*, y el comportamiento de un individuo no es reprochable si no ha podido actuar de otro modo que como lo hizo. Ahora bien, la reprochabilidad que es aquí relevante para la legitimidad moral de la pena jurídica es ella misma de índole *moral* y no jurídica: de otro modo ella dependería solamente de lo que el sistema jurídico dispone, y no serviría para justificar eso que dispone el sistema jurídico. O sea que bajo una concepción retribucionista del empleo de la coacción estatal, la legitimidad de la responsabilidad jurídica, a la luz de la hipótesis determinista, depende de la admisibilidad de la adscripción de responsabilidad moral. Esto hace que debemos concentrarnos en el análisis de este último tipo de responsabilidad.

La adscripción de responsabilidad moral por un acto es un tipo de juicio acerca del valor moral de las acciones. Hay dos clases principales de juicios que valoran acciones, como se advierte por los tipos de juicios que se contraponen a ellos cuando son de carácter negativo.

Un tipo de juicio consiste en valorar la acción por sus efectos en los derechos o el bienestar de la gente (esto hace que constituyan el núcleo central de lo que en el capítulo V se llamó "moral intersubjetiva"). Una clase de defensas contra una valoración negativa de esta índole son las *justificaciones* que tienden a demostrar que a pesar de ser lesivo de intereses o derechos el acto no fue moralmente disvalioso porque satisfizo al-

guna otra exigencia o valor moral (tal es el caso de la legítima defensa o de una especie del estado de necesidad). También constituye otra defensa contra una valoración negativa de este tipo cuestionar la conexión causal entre la acción y los efectos disvaliosos. Esta clase de valoración de la acción es de índole *objetiva*, puesto que no toma en cuenta las actitudes mentales, motivos, deseos, creencias, etc., del agente. De ahí que las justificaciones que niegan una valoración negativa de esta índole también deben ser objetivas¹⁰.

Pero es obvio que los juicios que adscriben responsabilidad moral a una persona no constituyen en sí mismos este tipo de valoración de las acciones, ya que toman preeminentemente en cuenta las actitudes y estados mentales del agente. Esto no excluye, por supuesto, que estos últimos juicios puedan presuponer los anteriores, ya que se es responsable sólo por ejecutar o intentar ejecutar un acto que es disvalioso de acuerdo con tales juicios. Pero los juicios que adscriben responsabilidad moral son de otra índole; son juicios que predicen la *reprochabilidad* personal del agente por la comisión de un acto. O sea que, así como la adscripción de responsabilidad jurídica implica que el individuo es pasible de una sanción según lo dispuesto en una norma jurídica, la adscripción de responsabilidad moral implica que el sujeto es pasible de reproche según lo establecido por las reglas morales. Los juicios que se contraponen a los que involucran adscripción de responsabilidad moral alegan *excusas*, y es por eso que una revisión de las excusas puede echar luz sobre la cuestión de qué es y qué función cumple el reproche moral al que se alude en los juicios de responsabilidad.

Para entender cómo operan las excusas es necesario tener presente un cuadro muy conocido, que aunque es extremadamente simplificador es al mismo tiempo esclarecedor acerca de la "maquinaria" psicológica que subyace a una acción humana. Una acción es la resultante de los *deseos* del agente, de sus *creencias* acerca del mundo circundante y de su *capacidad para*

¹⁰ Ver Nino, Carlos S., *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, Bs. As., Astrea, 1982, p. 40 y ss., y *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 332 y siguientes.

actuar, o sea del conjunto de condiciones externas y físicas y mentales del agente que deben darse para que sea verdad que si el agente quiere actuar y conoce la presencia de estas condiciones entonces actuará (Alvin Goldman¹¹ hace una interesante distinción entre diferentes sentidos de capacidad, pero estas sutilezas no son aquí relevantes). Como dice Anthony Kenny¹², en los seres humanos el poder, el intelecto y la voluntad forman un trío interconectado, de modo que si contamos con datos acerca de dos de ellos podemos inferir el tercero (si sabemos qué capacidad y creencias tenía el individuo al actuar podemos inferir su intención; si conocemos ésta y su capacidad podemos inferir sus creencias, y si conocemos estas últimas y la intención inferimos la capacidad).

Ahora bien, si revisamos la lista estándar de excusas generalmente aceptadas, advertiremos que el grueso de ellas consisten en negar que en la generación de un acto malo intervinieron o bien determinadas *creencias* relevantes o cierta *capacidad*. En el primer caso, se alega la excusa de error o ignorancia. En el segundo, se aducen excusas tales como que hubo violencia física de un tercero, o que se produjo un movimiento reflejo incontenible, o (sobre todo en las omisiones) que el agente no había adquirido una habilidad específica, o que no contaba con ciertos medios físicos o externos para realizar la acción.

Obsérvese que aparentemente las excusas más corrientes atacan sólo a dos de los tres elementos que componen la maquinaria psicológica de la acción; no hay excusas típicas que se refieran a la voluntad del agente. Pero esto es engañoso, ya que la explicación de por qué las excusas atacan sólo la capacidad y las creencias es que aquéllas están dirigidas en última instancia a negar que la acción sea el producto de determinados *deseos* o de cierta *intención*¹³. Dada la interconexión que mencionamos entre voluntad, poder y conocimiento, si supone-

¹¹ Goldman, Alvin, *A Theory of Human Action*, Princeton, University Press, 1970, p. 201 y siguientes.

¹² Kenny, Anthony, *Will, Power and Freedom*, Oxford, 1975, p. 47.

¹³ La intención está relacionada con los deseos del agente aunque no se identifica con ellos; ver Goldman, *A Theory of Human Action*.

mos fijo alguno de los dos últimos factores (o sea si asumimos que el agente o bien conoció los hechos relevantes de su acción o bien tuvo capacidad para realizarla), sólo podemos negar que el agente tuvo *voluntad de realizar la acción mala* descalificando el tercer elemento psicológico que resta (es decir, negando o bien el conocimiento o bien la capacidad, según sea el que haya quedado fijo). En otras palabras, si logramos demostrar que el agente no tuvo las creencias relevantes o no tuvo la capacidad apropiada, entonces habremos demostrado que no tuvo intención de cometer el hecho moralmente reprochable, aun cuando alguno de los dos factores antes mencionados sea incuestionable.

Esto es muy importante porque parece mostrar que, dado que las excusas están destinadas a neutralizar el reproche moral, el objeto de tal reproche sería la *voluntad* del agente dirigida a cometer un acto malo. El reproche moral, a diferencia de la valoración moral objetiva de la acción, sería un juicio que predica de un agente que tuvo mala voluntad.

Sin embargo, esta conclusión debe enfrentar en seguida serias complicaciones. Resulta que no todas las excusas atacan, como supusimos, en forma directa a las creencias o a la capacidad para descalificar indirectamente a la intención. Éste no es el caso de excusas tan importantes como las de *coacción* (cuando un sujeto actúa debido a amenazas de sufrir un mal), *estado de necesidad excusante* (cuando actúa para evitar otro mal inminente tal vez menor que el que se causa y al que el agente es ajeno) y posiblemente la excusa de *locura*. Este último caso es, como es obvio, especialmente difícil y oscuro (por un lado, parece comprometer las creencias y la capacidad del agente y, por otro, parece referirse a una capacidad de segundo nivel que no implica negar la intencionalidad de la acción¹⁴); para nuestros fines no necesitamos incursionar en estas dificultades y nos basta concentrarnos en las dos primeras excusas. Ni la excusa de coacción ni la de necesidad descalifican las creencias o la capacidad relevante del agente, y, por lo tanto, ellas no niegan que la acción moralmente incorrecta haya sido intencional.

¹⁴ Ver Glover, Jonathan, *Responsability*, London, 1970, p. 80.

¿A qué están dirigidas, entonces, estas excusas? Para dar una respuesta apropiada debemos ahora advertir que los factores psicológicos que hemos mencionado antes como antecedentes de una acción particular —deseos, creencias y capacidad— son en parte resultante de un equipamiento psicológico más profundo y permanente del individuo: sus inclinaciones y tendencias, su inteligencia y memoria, sus aptitudes más básicas. De este equipamiento, el aspecto moralmente relevante es el que está constituido por *inclinaciones y tendencias* del individuo; algunas de ellas son las virtudes y vicios que en conjunto constituyen el *carácter moral* de un ser humano.

Parece bastante plausible la hipótesis de que las excusas que estamos discutiendo atacan la conexión que hay normalmente entre la voluntad de cometer un acto malo y una inclinación perversa del individuo. Se trata de mostrar que la intención de cometer el acto, dadas las circunstancias excepcionales en que se ejecutó, responde a tendencias o actitudes diferentes de las que corrientemente se asocian con esa intención; se pretende que ella no refleja, p.ej., una actitud de crueldad o una ambición desmedida de lucro, sino un sentimiento de miedo o una inclinación a proteger a los hijos en peligro.

Si esto es así, se puede intentar extender la hipótesis y dar una explicación uniforme para *todas* las excusas. Las defensas de error o incapacidad, si bien tienen por objeto *inmediato* descalificar una supuesta mala voluntad del agente, tienen como objeto *último* negar que el acto sea expresión de un defecto de su carácter moral, ya que, al ser la mala voluntad un buen indicio de ese defecto, negar que ella se haya dado implica rechazar que haya habido una manifestación de cierta inclinación perversa. Algunas excusas estarían, por lo tanto, dirigidas a negar que la intención del agente de cometer un acto malo haya expresado en este caso excepcional un vicio moral, mientras otras excusas negarían que haya habido la intención que expresa normalmente ese vicio; unas y otra serían, sin embargo, análogas en cuanto tendrían como objeto final rechazar que el acto ejecutado haya tenido su origen en una deficiencia en el carácter moral del agente.

Dado que las excusas pretenden descalificar un juicio de reproche moral, esta hipótesis implica que el juicio en cuestión

predica de un acto que él expresa un defecto en el carácter moral del agente¹⁵, es decir que el acto presupone una autodegradación moral de quien lo ejecutó. Glover¹⁶ sostiene que, a los efectos del reproche, identificamos a las personas con sus intenciones; esto es parcialmente incorrecto, ya que en última instancia esa identificación se produce con el carácter moral, que las intenciones en todo caso reflejan. Por eso es que este tipo de juicios corresponde a la esfera de la moral que en el capítulo V he calificado de “personal” o “autorreferente”. Dado que la apreciación de los vicios de carácter moral depende en buena medida de la adopción de ideales de excelencia humana, he sugerido que el principio de autonomía de la persona implica que la acción estatal no debe basarse en juicios acerca de tales vicios —esto lo veremos con más detalle en el capítulo X—. Por otra parte, si es cierto que los juicios de reproche moral son acerca de defectos de carácter y si es cierto que la teoría retribucionista de la pena debe dar relevancia a tales juicios, entonces la anterior conclusión constituye un importante argumento en favor de la incompatibilidad entre el principio de autonomía y aquella teoría, como lo traté de mostrar en el libro *Los límites de la responsabilidad penal*¹⁷.

Pero es obvio que este aspecto del reproche moral —al que podemos denominar “descriptivo”— no agota todo lo que puede estar involucrado en ese reproche. Cuando uno reprocha a otro cierto acto, no sólo puede estar describiendo la circunstancia de que ese acto manifiesta una deficiencia de su fibra moral (aspecto *descriptivo*), sino que también puede estar dando rienda suelta a emociones negativas provocadas por el acto en cuestión (aspecto *reactivo*), y puede estar tratando de provocar en el interlocutor ciertos efectos, como ser una actitud de arrepentimiento, un deseo de enmendar sus tendencias, etc. (aspecto *instrumental*). Es obvio que estos tres aspectos pueden darse juntos o separados en el reproche moral. Si yo reprocho a un

¹⁵ Este punto ha sido interesantemente tratado por Spector, Horacio, *Un enfoque aristotélico de la responsabilidad moral*, por aparecer.

¹⁶ Ver Glover, *Responsability*, p. 97 y siguientes.

¹⁷ Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 263 y siguientes.

lejano personaje histórico cierto acto malo, ese reproche será predominantemente descriptivo, o sea pretenderá predicar de ese acto el que manifiesta una deficiencia en el carácter moral del personaje. Si yo grito algo en tono airado a quien me ha pisado el pie en un ómnibus, el reproche será más que nada reactivo. Si, en cambio, reprocho a mi hijo algo malo que ha hecho, sin sentirme enojado y sabiendo que su carácter está todavía en formación, mi reproche será prevalecientemente instrumental. Pero estos ejemplos son algo artificiales ya que, en la práctica, el reproche moral reúne generalmente los tres aspectos.

Ahora que contamos con una caracterización mínima del reproche moral, es tiempo de preguntarse cómo incidiría en la práctica de formularlo una supuesta verdad del determinismo, es decir la adopción de la hipótesis de que toda acción humana está causalmente condicionada por factores psicológicos, sociales o físicos que están fuera del control directo del agente.

Es bastante claro que el reproche moral no se vería seriamente afectado por la verdad del determinismo en lo que hace a su aspecto descriptivo, ya que la afirmación de que un acto es manifestación de una inclinación perversa del agente más bien presupone y de ningún modo excluye la hipótesis general de que las acciones humanas están causadas. Esa afirmación no resulta contradicha por el hecho de que, a su vez, la inclinación o defecto de carácter en cuestión esté condicionada por factores como la herencia genética del individuo, su pertenencia a cierta clase social o su sujeción a influencias propagandísticas. Puede ser cierto que un individuo haya heredado de su padre cierta tendencia agresiva, que haya vivido en un medio social donde la violencia es moneda corriente y que se haya intoxicado con series televisivas sangrientas, pero eso no excluye que su acto de lesionar a un semejante, estando ausentes las condiciones excusatorias generalmente aceptadas, sea expresión de rasgos de crueldad y agresividad de su carácter moral; por lo tanto el reproche moral que se haría por su acto sería descriptivamente apropiado.

En cuanto al aspecto instrumental del reproche moral, o sea su utilización como un medio para obtener ciertos efectos en el interlocutor, es obvio que no se ve afectado por la verdad

del determinismo, ya que, al contrario, este aspecto precisamente presupone que hay por lo menos algunas causas de ciertas acciones y actitudes: el reproche mismo pretende generar actitudes como las de arrepentimiento y las acciones correspondientes. Entonces, aun cuando la inclinación perversa que condujo a un individuo a cometer un acto malo esté causalmente condicionada, el reproche es instrumentalmente adecuado si es un medio eficiente, según ciertas generalizaciones causales, para modificar esa inclinación.

Queda el aspecto reactivo del reproche. Es posible que la comprensión de los antecedentes causales de los defectos de carácter que conducen a actos disvaliosos nos haga atenuar o aun suprimir algunas de las emociones negativas que expresamos a través del reproche. Aquí puede residir el componente de verdad del dicho corriente "*taut comprendre est tout pardonner*". Pero esto es difícil de asegurar, puesto que las emociones son en principio a-rationales y por lo tanto no están directamente controladas por la verdad de ciertas hipótesis cognoscitivas. En lo que se refiere a la justificación de esas emociones no se ve, tal como lo ha señalado Peter Strawson¹⁸, que la verdad o falsedad del determinismo las haga más o menos legítimas; en lo que se refiere a la predicción de si ellas serían abandonadas en el caso de generalizarse la creencia en el determinismo, es bastante poco plausible, como también lo señala Strawson, una conclusión afirmativa. Es del caso mencionar que si bien el aspecto reactivo del reproche es distinto del instrumental (sobre todo la perspectiva de quien formula el reproche), la presencia y vigor de las actitudes de resentimiento e indignación detrás del reproche contribuyen considerablemente a producir sus efectos "pedagógicos", por lo que quizás haya una conexión no intencional (uno no se indigna *para* edificación de los perversos) pero sí funcional —sea biológico-evolutiva o psicológica— entre ambos aspectos. Esto es importante para cualquier discusión acerca de la perdurabilidad o legitimidad del aspecto reactivo del reproche moral frente a una presunta verdad del determinismo.

¹⁸ Strawson, Peter, *Freedom and Resentment*, incluido en su libro "Freedom and Resentment and Other Essays", London, 1974.

En síntesis, el reproche moral en ninguno de sus aspectos relevantes (con ciertas reservas en relación con su aspecto reactivo) se vería significativamente afectado por la supuesta verdad de la hipótesis determinista de que toda acción humana es consecuencia causal necesaria de fenómenos fuera del control del agente: aunque ello fuera cierto (y, en parte, precisamente porque se lo supone cierto), el reproche moral a un individuo por la ejecución de un acto podría ser descriptivamente correcto e instrumentalmente eficaz, y estar determinado por emociones normales que no se verían alteradas por la creencia en aquella hipótesis.

Si esto es así y si la adscripción de responsabilidad moral se hace, como sugerí antes, a través de juicios de reproche personal, no se ve por qué la supuesta verdad del determinismo tendría que afectar esa adscripción. En la medida en que la cuestionabilidad de la adscripción de responsabilidad jurídica, a la luz de la hipótesis determinista¹⁹, deriva de su presunta dependencia de la responsabilidad moral (dependencia discutible en una sociedad liberal, como ya se insinuó), tampoco se advierte fundamento para tal cuestionabilidad. Uno no puede dejar de pensar que la difusión de la creencia de que una explicación causal de una acción es incompatible con la imputación de responsabilidad a su agente se debe a ideas oscuras y radicalmente erróneas sobre qué es lo que involucra tal imputación. Tal vez entre esas ideas se encuentre la de que esta imputación debe alcanzar a un "yo" que está más allá del carácter moral del individuo, del que es aquél una mera víctima; pero ese "yo" no podría, por razones lógicas, ser objeto de reproche, puesto que no presentaría el tipo de rasgos que el reproche moral está destinado a poner de manifiesto.

4. EL DETERMINISMO NORMATIVO Y EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD DE LA PERSONA

Si la verdad de la hipótesis determinista no incide en la adscripción de responsabilidad, ¿cuál puede ser la relevancia

¹⁹ Ver este tipo de impugnación, p.ej., en Gimbernat Ordeig, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática penal?*, Salamanca, 1971, p. 91 y siguientes.

de esa hipótesis para una concepción de moralidad social como la que se está aquí exponiendo?

Algunos dirán que esa relevancia sigue siendo profunda, aun suponiendo que se haya tenido éxito en minimizar su incidencia en la imputación de responsabilidad. La estrategia en este caso se fundó en el hecho de que las intenciones y otras manifestaciones de voluntad no interesan por sí mismas en la adscripción de responsabilidad, sino en cuanto ellas reflejan defectos de carácter que son el verdadero objeto del reproche, estén o no condicionados causalmente. Pero hay otras manifestaciones de voluntad, diferentes de las que están involucradas en la comisión de actos disvaliosos, que son moralmente relevantes no por reflejar rasgos de carácter: tal es el caso, por ejemplo, del consentimiento que interviene en actos como la celebración de contratos, etcétera. La verdad del determinismo descalificaría estas manifestaciones de voluntad y, por lo tanto, las instituciones que en ellas se fundan.

Podría resultar intrigante, como lo ha manifestado Sebastián Soler²⁰, la pregunta de por qué el determinismo se ha ensañado con la cuestión de la responsabilidad y no, por ejemplo, con la validez de los contratos, siendo que tanto éstos como los delitos requieren prácticamente las mismas actitudes subjetivas y admiten las mismas excusas o causales de nulidad, las que se podría pretender extender a todos los casos de ser verdadera la hipótesis determinista.

Pero creo que la explicación de por qué no se suele atacar la validez de todos los contratos sobre la base del determinismo es bastante obvia. Ese ataque sería muy poco plausible puesto que pondría inmediatamente en evidencia que lo que aquí está en juego no es una hipótesis empírica —que la voluntad de los individuos es consecuencia causal de otros factores— sino una postulación *normativa*: que la voluntad de los individuos no debe tomarse seriamente en cuenta en el diseño de instituciones sociales, en la distribución de recursos y en la implementación de medidas estatales.

²⁰ Soler, Sebastián, *Estructuras objetivas y figuras jurídicas*, en “Derecho comparado”, Bs. As., 1977, n° 1, p. 88.

En efecto, de la hipótesis empírica del determinismo no se infiere directamente nada respecto de la descalificación de los contratos, sino, en todo caso, sólo a través de la postulación normativa que acabo de enunciar. Pero, ¿cuál es la conexión entre aquella hipótesis y esta postulación de modo que de la supuesta verdad de la primera se deduzca la validez de la segunda?

Como es sabido, una postulación normativa o valorativa no puede deducirse exclusivamente de proposiciones fácticas, como la hipótesis empírica del determinismo, salvo que (como vimos en el capítulo III) ellas versen sobre hechos morales (lo que no es el caso de tal hipótesis). Por lo tanto, aquella postulación sólo podría constituir la conclusión de un razonamiento que tiene como premisa la hipótesis de que la voluntad y las acciones humanas están determinadas causalmente, si ese razonamiento tuviera además como premisa mayor un principio normativo más general y básico. Aquí tenemos un determinismo normativo, radicalmente diferente de los de índole lógica y fáctica *lato sensu* que mencionamos antes, y que debe defenderse como tal.

¿Pero cuál podría ser ese principio normativo que, en conjunción con la hipótesis empírica del determinismo, implique la postulación de que las voliciones de los individuos no deben ser tomadas seriamente en consideración? Es muy difícil entrever un tal principio general, pero tal vez un partidario de la postulación del determinismo normativo podría razonar de este modo: si las voliciones de los individuos estuvieran causalmente determinadas, ellas serían asimilables a otras propiedades de los hombres, como su ritmo cardíaco o su color de ojos, que están causalmente determinadas; y así como estas últimas no pueden ser tomadas en cuenta, por ejemplo, para distribuir recursos, por ser consecuencia causal de otros factores, lo mismo debería ocurrir con las voliciones.

Sin embargo, este razonamiento —que sin duda subyace a buena parte del escepticismo acerca de la relevancia de la voluntad humana— incurre en una petición de principio. Lo que hace moralmente irrelevante al ritmo cardíaco no es que él esté causalmente determinado, sino como vimos antes, que no esté causalmente determinado precisamente por la voluntad de un individuo. Es cierto que tampoco una volición está, en

general, causalmente determinada por *otra* volición, y así parecería estar a la par del ritmo cardíaco. Pero esta aparente parificación se esfuma apenas nos percatamos de que lo que hace relevante al hecho de que un fenómeno esté causado por una volición es la significación moral de tal volición, por lo que es absurdo exigir, para que ésta tenga relevancia, que a su vez esté causada por otra (y así al infinito). Por lo tanto, el argumento de que una volición, si está causalmente condicionada, se encuentra en el mismo plano que el color de ojos de un individuo, presupone lo que quiere demostrar: que las voliciones no son por sí mismas fenómenos moralmente relevantes para justificar medidas como la distribución de recursos. Si, en cambio, partimos del presupuesto opuesto, la explicación de por qué no distribuimos recursos de acuerdo con el color de ojos es que la posesión de ese color no es una volición ni está causada por una volición (insisto en que tal explicación no es meramente que ese fenómeno está causado por algún otro, sino que ese otro fenómeno no es una volición).

Es cierto que, si bien el razonamiento anterior descalifica un argumento en pro del determinismo normativo, no implica un argumento en favor de la posición opuesta. En otras palabras, aunque es verdad que la razón por la cual el color de ojos se considera moralmente irrelevante no puede extenderse a las voliciones (ya que esa razón es que el color de ojos no es una volición ni el producto causal de una volición), también es verdad que aquella razón presupone el rechazo del determinismo normativo. Por lo tanto, mi contraargumento también incurre en una petición de principio.

No obstante, este aparente *impasse* entre la defensa del determinismo normativo y la de la posición opuesta, que postula tomar seriamente en cuenta las voliciones de la gente en el diseño de instituciones sociales, es plenamente favorable a esta última posición. La razón de ello es que prácticamente *toda* la vida humana en sociedad tal cual la conocemos, aun en las condiciones más disímiles y en las circunstancias más inusuales, está basada en la adopción, en mayor o menor grado, pero siempre en una medida considerable, del principio opuesto al determinismo normativo, que aquí estoy bautizando como el *principio de dignidad de la persona*. La idea de que las voli-

ciones y el consentimiento de la gente deben tomarse seriamente en cuenta en el diseño de las instituciones y en las medidas, actos y actitudes que se adoptan frente a ellos, subyace no sólo a la institución de las promesas y de los contratos, sino también a la institución del matrimonio, a las relaciones entre padres e hijos, a múltiples tipos de asociaciones humanas, a la asignación de funciones públicas y, como veremos luego, a la responsabilidad penal. Como lo muestra Strawson²¹, la misma idea está detrás de nuestras actitudes reactivas hacia otros —como resentimiento, indignación, etc.— que están en la base de las relaciones interpersonales. También la idea de tomar seriamente las voliciones de la gente subyace a nuestra actitud frente a los juicios teóricos que se formulan, ya que, como dice Honderich²², en el proceso que conduce a esa formulación juegan un papel importante procesos de índole volitiva. Finalmente, nuestra concepción de nosotros mismos probablemente esté también asociada con una identificación con nuestros deseos y voliciones que no se da con otros rasgos, como el color de piel o el funcionamiento de nuestro sistema glandular.

Por lo tanto, el abandono de este principio tan elemental en nuestra concepción del hombre y de su vida en sociedad, en favor de la postulación del determinismo normativo, nos conduciría, si fuera llevado coherentemente hasta sus últimas consecuencias, hacia el abismo de una existencia humana y de una organización social irreconocibles como tales. Los rasgos de una sociedad en que las decisiones y el consentimiento de los hombres fueran equiparados, a los efectos prácticos, por ejemplo, a su estatura, son inconcebibles aun en sus detalles más generales. Por supuesto que conocemos sociedades en que, por una u otra pseudo-razón, se otorga relevancia, por ejemplo, al color de la piel de la gente, pero no conocemos sociedades (ni aun las más represivas o arbitrarias) en que no se tomen en cuenta, en medida considerable, sus voliciones. ¿Cómo se

²¹ Strawson, *Freedom and Resentment*, en "Freedom and Resentment and Others Essays".

²² Honderich, Ted, *Punishment. The Supposed Justifications*, London, 1976, p. 132 y siguientes.

materializarían los matrimonios? ¿Cómo se asignarían funciones públicas? ¿Quiénes decidirían éstas y otras múltiples cuestiones si es que toda decisión tiene la misma significación que los accidentes de la naturaleza?

Para defender un cierto principio normativo que conduce a una concepción de la sociedad hay que empezar por hacer esta concepción mínimamente inteligible. ¿Cómo puede, entonces, defenderse la postulación del determinismo normativo si ella conduce a una concepción social que es absolutamente incomprensible? Por eso es que, aun cuando no hubiera ningún argumento en favor del principio de dignidad de la persona que se opone al determinismo normativo (y más adelante sugeriré un posible argumento positivo), él queda en pie frente a la falta de argumentos para obligarnos a adoptar un libreto de la vida social que nunca podríamos saber cómo poner en escena. Por supuesto que el rechazo del determinismo normativo nada implica respecto de la aceptación o no del determinismo descriptivo en alguna de sus variantes. Se puede admitir que las manifestaciones de voluntad de la gente están condicionadas por su ubicación social, sus tendencias psicológicas o sus procesos fisiológicos y, sin embargo, adherir a la idea de que los hombres deben ser tratados según esas manifestaciones de voluntad en tanto y en cuanto ellas sean constitutivas de su plan de vida, cualquiera que éste sea (lo que no ocurre cuando se dan los llamados "vicios de la voluntad").

El principio de dignidad de la persona, que prescribe que *los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento*, parece ser tan básico que resulta casi vacuo como directiva de moralidad social. Como vimos, él es incompatible con el hecho de que también se tome seriamente en cuenta, por ejemplo, a los efectos distributivos, el color de piel de la gente. Pero su importancia como directiva de moralidad social se da por defecto: en la medida en que adoptemos ese principio y no tengamos justificación para adoptar otros principios que prescriban tomar también en consideración propiedades diferentes de las personas, como la de su color de piel o su grado de inteligencia, entonces la directiva que él establece importa un ingrediente fundamental de una concepción liberal de la sociedad. Asumiendo que no puede

justificarse la adopción de principios que prescriban tomar en cuenta otras propiedades de los individuos, de la adopción de este principio de dignidad de la persona surge la ilegitimidad de instituciones o medidas que discriminen entre los hombres —p.ej., a los efectos de la distribución de recursos o de la asignación de penas— sobre la base de factores que no están sujetos a la voluntad de los individuos.

Pero hay otro tipo de propiedades de los individuos que una concepción liberal de la sociedad debe admitir que se tomen seriamente en cuenta, y dado que la razón para hacerlo, como veremos luego, es la misma que la que se aplica a las voliciones, podría extenderse el principio de dignidad de la persona de modo de abarcar también aquellas propiedades: me refiero a las *creencias y opiniones* de la gente. También la actitud, fundamental para nuestra vida social, de tomar en serio lo que los individuos creen y opinan, ha sido atacada como consecuencia del tipo de determinismo que Karl Popper llama “sociología del conocimiento” y que describe con estas palabras: “Nos referimos a la teoría marxista de que nuestras opiniones, incluyendo las de carácter moral o científico, se hallan determinadas por los intereses de clases y, en términos más generales, por la situación social e histórica de nuestro tiempo”²³. Por cierto, esta posición no es exclusiva del marxismo, sino que también está implicada en algunos otros desarrollos teóricos, como los del psicoanálisis. Pero en sí mismas estas hipótesis son de índole descriptiva, y tal vez en buena medida verdaderas. A lo que se opone Popper en realidad, sin decirlo claramente, es a la inferencia inválida de una postulación normativa a partir de aquellas hipótesis: que esa determinación causal de creencias y opiniones debe tomarse en cuenta para juzgar su verdad o validez. Frente a esta pretensión, muchas veces se ha dicho que una cosa es lo que causa una creencia y otra cosa muy distinta es lo que la hace verdadera; también se ha dicho repetidamente que este determinismo (normativo) es autofrustrante, puesto que se descalifica a sí mismo al prescribir que debemos tomar en cuenta el condicionamiento causal de la creencia en su verdad o validez al evaluar tal creencia.

²³ Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, vol II, p 295

Nuestra dignidad como personas se ve menoscabada no sólo cuando nuestras decisiones son asimiladas, por ejemplo, a enfermedades, sino también cuando lo mismo ocurre con nuestras creencias y las opiniones que las expresan. Cuando alguien considera a unas y otras como objeto de tratamiento y no las pone en el mismo nivel que sus propias creencias y decisiones, tales como las que lo llevan a adoptar esa actitud hacia nosotros, sentimos que no nos trata como un igual al negarnos el *status* moral que nos distingue a él y a nosotros de las restantes cosas que pueblan el mundo.

Esta ampliación del principio de dignidad de la persona es esclarecedora, puesto que de la idea que tenemos acerca de qué es tomar en serio una creencia u opinión podemos inferir la idea, tal vez más oscura, *a priori*, de qué es tomar en serio una decisión o el consentimiento de un individuo.

La manera central de tomar en serio las creencias y opiniones de la gente es intentando hacerlas compatibles con otras creencias del mismo individuo y de otros; esto implica promover la adopción, cambio o abandono de creencias, no, por ejemplo, a través de modificaciones de la realidad para que ésta se conforme a tales creencias o mediante manipulaciones en el cerebro del individuo, sino ofreciendo argumentos y pruebas en su favor o en su contra, o sea operando sobre los factores que el individuo tomó en cuenta en la formación de la creencia.

¿Qué significa tomar en serio las decisiones o el consentimiento de un individuo? Ante todo debe aclararse que una decisión o una manifestación de consentimiento no es lo mismo que los deseos y preferencias de un individuo, aunque unos y otros están interrelacionados. Tanto desde el punto de vista de la explicación como de la justificación se produce una especie de hiato entre los deseos del individuo y su decisión de actuar, como se advierte claramente cuando ambos cursos de acción que el individuo tenía frente a sí eran igualmente deseados o deseables²⁴. Esto es tal vez lo que permite al individuo

²⁴ Esto está ejemplificado en el famoso caso del "burro de Buridán", al que alude la cita de Sen y Williams del cap 3. Ver Davidson, *Actions, Reasons and Causes*, en White, comp., "The Philosophy of Action", Oxford, 1973

mantener cierta independencia respecto de sus propios deseos y es lo que hace posible hacerlo responsable por ellos de un modo que no lo es en relación con su posesión de otras propiedades. (Como vimos en el capítulo V, esto es lo que se tiene en cuenta al hacer cargar al individuo con el costo de sus preferencias.) Sólo al decidir actuar, y por consiguiente (dada la conexión lógica entre decisión y acción) al actuar intencionalmente, el individuo establece el balance final entre sus deseos; de allí la posición única de las acciones voluntarias como base para adscribir responsabilidad.

De modo que respetar la voluntad del individuo no es lo mismo que satisfacer sus deseos. Consiste fundamentalmente, entre otras cosas, en permitir que el individuo asuma o sobreleve aquellas consecuencias de sus decisiones que él haya tenido en cuenta al adoptar la decisión; o sea en permitir que incorpore esas consecuencias al curso de su vida. Esto no quiere decir que no se pueda, a diferencia del caso de las creencias, modificar la realidad, adscribiendo (causal o normativamente) a una eventual decisión *todavía no adoptada* consecuencias que antes no tenía. Al contrario, ésta es una de las formas admisibles de lograr coherencia entre las decisiones de los distintos individuos, que es lo que tal vez está subyacente a la actitud de respetar tales decisiones. (Al modificar las consecuencias se actúa aquí también sobre el mismo tipo de factores que el individuo toma en cuenta en su decisión.) A diferencia del caso de las creencias, acá no constituye una forma adecuada de tratar seriamente una decisión el adoptar argumentos y pruebas, salvo en lo que se refiere a las creencias que pueden estar detrás de la decisión. En cambio, también en el caso de las creencias, como en el de las decisiones, se desconoce su significación moral si se las intenta condicionar, por ejemplo, con métodos tales como la manipulación del cerebro de los individuos.

Al adscribir ciertas consecuencias a clases de decisiones se alienta o desalienta esas decisiones o se promueve la adopción de otras. Como dije recién, ésta es una forma de hacer compatibles distintas decisiones. Qué consecuencias pueden adscribirse con este fin es materia de otros principios. En lo que al principio de dignidad de la persona concierne, lo que se

prescribe es que la decisión sea considerada como parte del plan de vida del individuo, y que por lo tanto (y aquí interviene el principio de autonomía) se mantengan, en cuanto ello sea posible sin violar otros principios, las consecuencias de la acción voluntaria que el individuo previó al decidir actuar e incorporó, por lo tanto, a ese plan de vida (esto da, por supuesto, un fundamento para admitir causas de nulidad de los contratos y excusas penales que no son extensibles a todo caso de determinación causal de la acción).

Acabo de afirmar que es materia de otros principios establecer la forma de hacer coherentes las distintas voliciones en juego. En esta teoría, eso depende de los principios de inviolabilidad y autonomía de la persona. La relación entre el principio de autonomía y el de dignidad de la persona no es del todo clara. Por un lado, el principio de autonomía parece *implicar* el de dignidad, puesto que se podría decir que lo que hace moralmente relevantes a las decisiones de un individuo es que su materialización forma parte de un cierto plan de vida cuya satisfacción el primer principio juzga valiosa. Pero por otro lado, parece que el principio de autonomía *presupusiera* el de dignidad de la persona, ya que el valor de la elección de planes de vida por parte de individuos implica que hay, por lo menos, un tipo de decisiones que pueden y deben ser atribuidas a esos individuos y que deben ser tomadas seriamente en cuenta cuando se actúa respecto de ellos²⁵. Además, el principio de dignidad prevalece sobre el de autonomía (y sobre el principio hedonista) cuando justifica restricciones voluntarias o consentidas a esa autonomía (o cuando justifica también un sufrimiento autoimpuesto).

5. EL ALCANCE DEL CONSENTIMIENTO. CONTRATOS Y PENAS

Hay ciertos puntos de contacto claros entre el principio de dignidad de la persona y los otros principios de una concepción liberal de la sociedad. Para empezar, ya se ha dicho que el

²⁵ Creo que la estrecha conexión entre lo que aquí se llama "autonomía" y "dignidad" de la persona está bien descrita en estas palabras de Guariglia,

principio de inviolabilidad de la persona no se ve infringido cuando un daño o sacrificio ha sido querido o consentido por el individuo que lo padece. De este modo, cuando se toma en cuenta la voluntad del individuo perjudicado no se lo está tratando como un mero medio en beneficio de otro. Pero ¿por qué habría de querer o consentir un individuo un daño o un sacrificio? (En realidad, ni siquiera un masoquista quiere un daño, ya que lo que es generalmente considerado tal, no lo es, en balance, para él.)

Aquí entra en juego el principio de autonomía de la persona. Es obvio que en la persecución de sus planes de vida los individuos entran en conflicto (sobre todo debido a la escasez de recursos para satisfacerlos y al hecho de que ellos comprenden preferencias "externas"²⁶), y que una de las formas más viables de compatibilizar los diferentes planes de vida es consintiendo sus titulares en llevar a cabo distintos tipos de transacciones respecto de sus derechos. Por ejemplo, un individuo tiene como proyecto principal de su existencia adorar a un dios, y con ese objeto desea levantar un gran monumento en su honor; para ello necesita los servicios de un arquitecto; como no puede forzarlo a prestar esos servicios sin infringir el principio de inviolabilidad, debe hacer que consienta en hacerlo; para lograrlo seguramente deberá ofrecerle algo, como ser dinero, que ayude al arquitecto a satisfacer sus propios proyectos vitales; esa prestación restringe en algo la satisfacción de los planes del individuo devoto (p.ej., lo obliga a trabajar más, restándole tiempo para sus rezos); así, ambos individuos amoldan recíprocamente sus planes de vida, ampliando en cierto sentido sus capacidades de materialización y restringiéndolas

Oswaldo, *¿Qué democracia?*, en "Punto de Vista", abr.-jun. 1983, año VI, n° 17, p. 16: "En efecto el concepto de autonomía está indisolublemente ligado al concepto de responsabilidad, como el concepto de causa está indisolublemente ligado al concepto de efecto. La autonomía consiste en la libertad para elegir las propias acciones y decidir en consecuencia sobre la elección de los medios que conduzcan a los efectos elegidos; la responsabilidad, a su vez, implica que todo agente debe hacerse cargo de las consecuencias de sus actos libremente elegidos y decididos".

²⁶ Ver este concepto de preferencias "externas" en Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 234.

en otro aspecto. De este modo, así como el principio de inviolabilidad establece la *función* de los derechos y el principio de autonomía (y el hedonista) su *contenido*, el principio de dignidad es el que está subyacente a la *dinámica* de tales derechos, porque es el que fundamenta la posibilidad de sus beneficiarios de operar con ellos, renunciando a algunas de las ventajas a las que tenían derecho a cambio de otras en persecución de sus distintos fines.

Es importante advertir cómo juega el consentimiento de los individuos para producir estos efectos. Él actúa dentro de un marco de prohibiciones, obligaciones, responsabilidades y derechos establecidos por el orden jurídico. En primer lugar, el sistema jurídico desalienta ciertos deseos de usar a otros como meros medios para satisfacer el propio plan de vida, adscribiendo a la concreción de esos deseos consecuencias normativas cuya materialización es considerada generalmente como indeseable (esto, como vimos, es una de las formas admisibles de tratar de hacer coherentes los deseos de la gente). En segundo término, como, a partir del empleo de la técnica anterior y de otros factores, puede preverse el deseo de la gente de cooperar mutuamente en la satisfacción de los planes de vida respectivos mediante restricciones recíprocas, el derecho atribuye consecuencias normativas a ciertos actos expresivos de tales deseos, de modo que su ejecución voluntaria genera el derecho jurídico del uno a la restricción del otro y la obligación jurídica de éste a respetar la ampliación de la esfera de acción del primero. Esas consecuencias normativas están dirigidas a poner a disposición de los particulares el aparato coactivo estatal, bajo condiciones preestablecidas (p.ej., respecto de las formalidades de los actos que implican aquellas consecuencias), de modo que ellos puedan hacer valer las promesas mutuas. Así se hace posible la cooperación al respaldarse las expectativas de cumplimiento recíproco (de otra manera, como lo ha mostrado Hodgson²⁷, individuos racionales autointeresados no tendrían motivo para cumplir sus promesas). Por lo tanto, la adscripción de consecuencias normativas a diferentes actos altera su mayor o menor deseabilidad basada en sus propiedades

²⁷ Hodgson, *Consequences of Utilitarianism*, Oxford, 1967.

y consecuencias físicas, por lo que éste es un medio para lograr una armonización de las decisiones de la gente.

Alguien consiente cierta consecuencia normativa, la asunción de determinada obligación o responsabilidad, cuando ella es un efecto necesario de un acto voluntario del individuo que es ejecutado con conciencia de que tiene ese efecto (el conocimiento de que al acto sigue necesariamente la consecuencia normativa en cuestión es en sí mismo una de las condiciones de esa consecuencia). Como luego veremos, los actos relevantes pueden ser de muy distinta índole: firmar un documento, decir algunas palabras como "prometo tal y tal cosa", ascender a un taxi. Ese consentimiento, como se verá en el capítulo X, no se da cuando la omisión del acto que genera consecuencias normativas tiene también consecuencias gravosas que sólo podrían justificarse asimismo sobre la base del consentimiento. Éste es el consentimiento que justifica la distribución de bienes y recursos que se opera a través de contratos y manifestaciones unilaterales de voluntad.

Pero obsérvese que para que opere el consentimiento, y en consecuencia para que puedan justificarse ciertas distribuciones de recursos en base a él, el sistema jurídico tiene que haber asignado previamente consecuencias normativas a ciertos actos genéricos. Esa asignación de responsabilidades, obligaciones y derechos como consecuencia de la ejecución de ciertas clases de actos debe poder justificarse con independencia del consentimiento de los individuos; el recurso al consentimiento sólo es lícito y necesario para justificar la adscripción de tales obligaciones y derechos *a ciertos individuos en particular*. Para justificar moralmente la imputación de consecuencias normativas jurídicas a actos genéricos es necesario, entre otras cosas, que sea justo el sistema de prohibiciones al que me referí antes y que tiende a evitar que en la persecución de sus planes de vida los hombres usen como meros medios a sus semejantes. Ese sistema de prohibiciones depende del alcance que se dé a los derechos individuales básicos, lo que, como veremos en el capítulo siguiente, está determinado por la forma de combinar los principios de inviolabilidad y autonomía de la persona (con el complemento del principio hedonista). En otras palabras, la validez de los contratos no depende sólo de que se haya ma-

terializado el consentimiento de las partes en el caso particular, sino también de que él se haya dado dentro de un marco normativo jurídico que asegure que, sin ese consentimiento, la autonomía de uno de los individuos no está subordinada a la del otro. Un contrato es moralmente inválido cuando está respaldado por un sistema de prohibiciones que supedita la materialización del plan de vida de un individuo a la concreción prioritaria del proyecto vital de otro.

Como veremos en el capítulo X, hay medidas aparentemente paternalistas que, sin embargo, no están dirigidas a suplir la voluntad de los individuos sino a hacerla efectiva. Éste es el caso de la regulación legal de los contratos laborales. Hay otras regulaciones legales en materia contractual —como las que toman en cuenta la imprevisión o la lesión enorme— que amplían las causales de nulidad o anulabilidad tradicionales, pero que tienen el mismo fin de asegurar que el consentimiento sea genuino. Otro tipo de restricciones estatales a los acuerdos privados se relaciona con la disponibilidad de los bienes. En principio, una concepción liberal de la sociedad consagra, como vimos, esa disponibilidad. Sin embargo, resulta chocante admitir que una persona pueda, por ejemplo, venderse en esclavitud perpetua o vender uno de sus órganos. Además de la consideración de posibles efectos negativos para terceros que pueda justificar restringir tales tratos, en el capítulo relativo a la pena de muerte se sugerirá una posible razón más de fondo en ese sentido.

Por supuesto que la consideración de los efectos para intereses de terceros es primordial para regular el régimen de matrimonio y divorcio en el contexto de una sociedad liberal; aquí los intereses de los hijos deben ser tomados prioritariamente en cuenta. Fuera de esta cuestión, una concepción liberal debe hacer lugar tanto para la pretensión de muchos de vincularse matrimonialmente a perpetuidad (con la excepción que veremos en el capítulo XI) como para la preferencia de otros para adoptar un tipo de vínculo que no los ate más allá de la perdurabilidad de ciertos sentimientos²⁸.

²⁸ Teniendo en cuenta estas consideraciones y, como se dice en el texto, con la restricción que surge del análisis del cap. XI acerca de la disponibilidad

La legitimidad del sistema básico de prohibiciones que subyace a los contratos está obviamente supeditado a la *justificación de la pena* y de otras sanciones jurídicas.

En otro lugar²⁹ he defendido una *teoría consensual* de la pena que creo que supera los inconvenientes del retribucionismo y del prevencionismo, absorbiendo sus respectivas ventajas. Esta teoría, que vamos a repasar con más detalle en el capítulo XI, está basada en la extensión al caso de la pena del poder justificatorio que el consentimiento tiene en el caso de los contratos y otras prácticas sociales de distribución de cargas y beneficios. Para ello he señalado que en el caso de un delito pueden darse todas las condiciones básicas que materializan el consentimiento que subyace a los contratos: un individuo que comete voluntariamente un delito, sabiendo que él implica como consecuencia normativa necesaria la asunción de cierta responsabilidad penal, consiente esa consecuencia, del mismo modo que consiente asumir la obligación de pagar el sujeto que toma una lata de conserva de la estantería del supermercado a sabiendas de que su acto genera tal consecuencia normativa.

Este consentimiento permite así justificar la asignación a un individuo en particular de una pena que es socialmente valiosa por implicar una minimización del daño que sufre la sociedad en conjunto. Así se supera el problema de *distribución* que padece el prevencionismo, puesto que la intervención del consentimiento del individuo evita que se infrinja el principio de inviolabilidad de la persona. La voluntad del individuo es seriamente tomada en cuenta, en conformidad con el principio de dignidad de la persona, al no considerársela como objeto de manipulación (como ocurre con algunas concepciones "rehabilitadoras") sino como antecedente de consecuencias normativas cuya efectivización tiende a armonizar las decisiones del sujeto con las de otros individuos. Al sujeto no se lo somete a un

irreversible de ciertos bienes, el régimen ideal de matrimonio sería uno que previera dos tipos diferentes de vínculo matrimonial, a opción de las partes interesadas: uno disoluble y otro a perpetuidad.

²⁹ Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, cap. IV.

“lavado de cerebro” sino que se le permite calcular racionalmente el curso de acción que mejor satisface su plan de vida, tomando en cuenta las consecuencias “naturales” y “artificiales” de sus actos.

Por último, la superación de los inconvenientes del preventivismo no implica caer en los del retribucionismo, ya que tomar en cuenta el consentimiento del individuo no implica (como lo muestra el caso de los contratos) formular juicio de reproche moral alguno en su contra, por lo que se mantiene la neutralidad respecto de ideales de virtud personal dando satisfacción al principio de autonomía de la persona.

Por supuesto que, como en el caso de los contratos, la justificación de la pena dependerá no sólo del consentimiento en el caso particular –necesario para resolver el problema de distribución– sino también de la legitimidad de adscribir responsabilidad penal como consecuencia normativa de ciertos actos genéricos, y tal legitimidad depende tanto de la eficacia y necesidad de la pena para minimizar males sociales globales como del respeto al marco de derechos que surgen de la combinación de los principios de inviolabilidad y de autonomía.

Hay especies de penas que plantean problemas especiales. Tal es el caso de la pena de muerte, que será tratada en particular en el capítulo XI como una forma de poner a prueba la aplicación de estos principios.

Adviértase, por ahora, que esta justificación de la pena da un sólido fundamento al principio de legalidad según el cual no hay pena sin ley previa al acto punible: éste es, como resulta obvio, un requisito fundamental para que se consienta la asunción de responsabilidad penal³⁰. De este modo se completa la fundamentación del derecho a la seguridad personal, que está dada, por un lado, por el acceso a los bienes que estipula el principio de autonomía, y, por el otro, por la limitación de las condiciones bajo las cuales, como acabamos de ver, ese acceso puede ser coartado por el Estado.

³⁰ Ver Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 249.

6. EL DISCURSO MORAL Y EL PRINCIPIO DE DIGNIDAD DE LA PERSONA

Éste es el principio cuya justificación a la luz de las reglas implícitas en el discurso moral requiere menos desarrollo, puesto que está en buena medida involucrada en cosas que ya se han dicho.

Hemos visto que muchas veces se ha alegado que la extensión del determinismo normativo a creencias y opiniones —como una proyección de la sociología del conocimiento— es autofrustrante porque implica que no debe tomarse en serio la propia creencia en la verdad del determinismo, o sea que no constituye una creencia que hay que tratar de hacer coherente con otras (incluidas las que derivan de observaciones) sino, en todo caso, que puede manipularse alterando sus condiciones causales. Así, J. R. Lucas dice:

“Constituye una crítica justa de muchas filosofías, y no sólo del determinismo, que ellas resultan lanzadas al vacío con sus propios petardos. El marxista que dice que todas las ideologías carecen de validez independiente y sólo reflejan los intereses de clase puede ser retrucado que su concepción marxista meramente expresa los intereses económicos de su clase y no tiene mayor derecho a ser juzgada verdadera o válida que cualquier otra concepción. Del mismo modo, el freudiano que sostiene que las filosofías de los demás son el resultado de experiencias infantiles, está, por paridad de razonamiento, solamente revelando una respuesta retardada a lo que le ocurrió en la niñez. Lo mismo ocurre con el determinista. Si lo que dice es verdad, lo dice meramente como resultado de su herencia y ambiente y nada más. No adopta sus creencias deterministas por ser verdaderas, sino porque tiene tal y cual conformación genética y ha recibido tal o cual estímulo”³¹.

Sin embargo, el determinista puede defenderse restringiendo su postulación (que como vimos es de índole normativa) a las acciones y actitudes volitivas, y no a las creencias y disposiciones cognoscitivas. Por alguna oscura razón, que formaría parte del misterio acerca de cómo deriva su postulación normativa de la hipótesis descriptiva del determinismo, podría

³¹ Lucas, *The Freedom of the Will*, p. 114.

sostener que su posición no implica que las creencias no deben ser tomadas en serio como tales (tratando de hacerlas coherentes con otras), sino sólo las decisiones. Por lo menos conseguiría así evitar el carácter autofrustrante de su posición, ya que la adopción del determinismo es una cuestión de creencia y no de voluntad (es interesante advertir que aun esto es cuestionable cuando nos percatamos de que se trata de una tesis normativa, aunque aquí la cuestión depende del carácter de los juicios de esta índole).

Por eso es que Ted Honderich trata de mostrar que aun en la formación de juicios cognoscitivos, como el que se refiere a la verdad del determinismo, intervienen aspectos volitivos, como la aceptación de ciertas pruebas, el rechazo de otras, etc.³²; de modo que aun cuando lo que yo llamo "determinismo normativo" se restringiera a las voliciones, no podríamos tener una creencia confiada en la verdad del determinismo.

Pero este paso es innecesario en el marco de la concepción metaética que fue delineada aquí. Esto es así porque el postulante del determinismo normativo, que es el opuesto contradictorio al principio de dignidad de la persona, debe ser defendible en el contexto del discurso moral. Y, como vimos, este discurso está dirigido a la *aceptación voluntaria* de ciertos principios de conducta. Por lo tanto, hay una inconsistencia práctica en proponer para su adopción voluntaria un principio que prescribe no tomar en serio las voliciones de la gente. Al proponer honestamente este principio para que nuestro interlocutor se adhiera a él, estamos admitiendo que su voluntad es significativa, independientemente de los factores causales que puedan determinarla; no la vemos como un objeto de manipulación sino como algo que tiene valor en sí mismo para obligar al individuo; al hacer esto estamos, por lo tanto, descalificando el principio cuya adopción proponemos. Por supuesto que pretendemos que esa adhesión sea el resultado de ciertas creencias, y, en consecuencia, también se rechaza en el contexto del discurso moral toda inferencia normativa a partir de la sociología del conocimiento. Este argumento es análogo al

³² Honderich, *Punishment. The Supposed Justifications*, p. 134-135.

que se propuso respecto de la autonomía de la persona, pero en este caso el argumento presupone menos cosas —el que el discurso moral está dirigido a que se elija algo, sin importar aquí que ese algo sea un principio moral— y es, por lo tanto, más sencillo.

Con este bosquejo de fundamentación del principio de dignidad de la persona concluye el rudimentario intento de mostrar que los principios básicos del liberalismo están apoyados en aspectos estructurales del discurso moral. Suponiendo que este intento tenga una mínima posibilidad de resultar fructífero una vez debidamente desarrollado, podría motivar el comentario de que todo lo que él demostraría es que el discurso moral es una institución liberal. Y esto, como vimos en el capítulo IV, parece ser cierto: la actividad de escuchar las razones de otros, de tratar de refutar sus argumentos con otros que invoquen la perspectiva de un árbitro imparcial, de procurar convergir en nuestras acciones y actitudes sobre la base de una aceptación voluntaria de los mismos principios de conducta, todo esto parece ser la gran ilusión de los liberales, por lo que no es milagroso que todo el proceso esté diseñado para conducir a principios de esa índole. Pero lo que es interesante es que los no liberales, aun casos extremos como un Hitler, suelen preocuparse por *justificar* sus propuestas y acciones en el marco de la práctica social del discurso moral, por lo que no es poca cosa poder llegar a mostrarles que ellas son incompatibles con presupuestos que han asumido implícitamente al aceptar participar en esa discusión. (Puede ser que el advertir esto tenga el efecto contraproducente de alejar a los no liberales de la discusión y lanzarlos en forma todavía más decidida que lo que es habitual en ellos a la acción, pero es propio del espíritu liberal el mostrar sus armas al adversario.)

Este intento de exhibir algunos puntos de contacto entre los aspectos formales del discurso moral y los principios básicos del liberalismo, nos coloca de nuevo en el centro del camino que recorrimos, partiendo primero del extremo constituido por ciertas consideraciones acerca de la naturaleza de la moral (capítulos II y III), y comenzando luego por el otro extremo, constituido por nuestras convicciones acerca de determinados derechos individuales básicos (capítulos V, VI y VII). Co-

rresponde ahora, como lo anuncié, volver desde el centro hacia este segundo extremo, para verificar primero si los principios así justificados permiten derivar *otros* derechos, además de los que son objeto de nuestras convicciones más firmes y generalizadas, para determinar luego si ellos endosan cierta forma de gobierno con preferencia a otras, y para precisar, por último, el ámbito de libertad inherente a los ciudadanos y, correlativamente, los límites de la coacción estatal. Éstos serán los temas a tratar en la tercera parte de este libro, la que estará dedicada a las implicaciones de los principios presentados en esta segunda parte respecto de aspectos específicos, y particularmente relevantes, de la vida social.

PARTE TERCERA
INSTITUCIONES

CAPÍTULO VIII

EL ALCANCE DE LOS DERECHOS. LIBERALISMO CONSERVADOR Y LIBERALISMO IGUALITARIO

1. CONFLICTOS DE DERECHOS

La mera enunciación de los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona (y eventualmente el principio hedonista) no resuelve, por supuesto, los problemas más importantes que se presentan en la implementación de los derechos individuales básicos. Esos problemas consisten, por un lado, en la solución de situaciones de *conflicto* entre derechos de diferentes individuos, y, por otro lado, en la determinación del *alcance* de los derechos en cuestión (que está constituido por los deberes que ellos fundamentan). El primer problema se plantea, por ejemplo, cuando debemos decidir entre la vida de un individuo y la vida, la integridad corporal o la libertad de otro. El segundo problema se presenta cuando debemos decidir si, por ejemplo, el derecho a la vida de los individuos es satisfecho por el Estado cuando establece y hace cumplir la prohibición de matar, o si exige, adicionalmente, que se provean condiciones que favorecen la preservación de la vida, como son la alimentación, el abrigo, la asistencia médica, etcétera. Aunque el primer problema depende en parte, como veremos, de la resolución del segundo, por ser más fácil de plantear conviene que sea encarado en primer lugar.

La primera aproximación a la cuestión del conflicto de derechos sugiere una solución obvia: el prevalecimiento del derecho de mayor jerarquía sobre el otro (de acuerdo con los criterios de jerarquía que surgen, como vimos en el capítulo V, del

principio de autonomía); esta solución sólo deja fuera los casos de derechos de igual jerarquía. De este modo, si se enfrentan el derecho a la vida de una persona con el derecho a la integridad corporal de otra, debe prevalecer el primer derecho, puesto que la vida es un bien de mayor jerarquía, de acuerdo con los dos parámetros a que aludí en la sección anterior.

Pero esta solución tiene una dificultad que es también obvia: ella implica infringir el principio de inviolabilidad de la persona humana al sacrificar sus derechos como un mero medio para preservar derechos más importantes de otros. En realidad, se trata de la misma solución que se objeta al utilitarismo, ya que la jerarquía de los derechos se establece por la importancia de los bienes e intereses que ellos protegen, y al no cumplir los derechos en cuestión su función de "atrincherar" ciertos intereses contra los reclamos en favor de otros más importantes, desaparecen de la escena, dejando en ésta a los intereses en conflicto.

De cualquier modo, esta solución tiene un ámbito de aplicabilidad en el que no entra en colisión con el principio de inviolabilidad de la persona: no todos los derechos protegen intereses de tal modo inherentes a la persona humana que su frustración implique sacrificar a su titular. Hay derechos que versan sobre bienes que no son indispensables para la elección y materialización de planes de vida, sea porque son fácilmente sustituibles, o porque son poseídos en cantidad que excede la que es necesaria para desarrollar los planes en cuestión, o porque, en el caso concreto, no están alcanzados por las preferencias subjetivas del individuo involucrado. Es más, hay bienes que se adjudican originariamente a los individuos, no porque sean necesarios para alcanzar algún plan de vida que ellos persiguen, sino porque tal adjudicación se considera adecuada para alcanzar algún objetivo social colectivo (supóngase, p.ej., que se decreta un aumento general de salarios como un medio para combatir la recesión industrial y el desempleo). En todos estos casos la privación del bien en cuestión no infringe el principio de inviolabilidad de la persona porque no menoscaba su autonomía. Es difícil sacar conclusiones específicas sobre qué bienes entran en una categoría o en otra sin antes tratar el punto del alcance de los derechos básicos, pero estas conside-

raciones permiten concluir, en términos generales, que si bien no es posible hacer una jerarquización de bienes para establecer compensaciones interpersonales, sí se puede hacer una distinción entre bienes primarios y secundarios según sean o no inherentes a la persona humana, es decir según sean o no necesarios para la elección y materialización de planes de vida, de modo que sólo los bienes primarios quedan excluidos de toda compensación interpersonal (es de hacer notar que los derechos sobre bienes secundarios sólo en forma derivada son de índole moral, ya que no se infieren directamente de principios como los aquí propuestos sino de normas jurídicas que pueden estar justificadas moralmente).

Si un individuo no puede ser obligado a sufrir la pérdida de un bien primario por la sola razón de que ello favorece la preservación de un bien primario más importante de otro individuo, esto parece colocar a terceros imparciales, y entre ellos al Estado, en una situación de encrucijada, ya que hay casos en que el no sacrificio de un individuo implica el sacrificio de otro individuo. Pareciera que en esos casos los terceros no podrían evitar infringir el principio de inviolabilidad de la persona. ¿Qué salidas hay frente a esta encrucijada? Creo que hay, por lo menos, dos.

La primera salida está constituida por la técnica de la *compensación*. En muchos casos en que es necesario privar a un individuo de un bien para preservar otro más importante de otros individuos, es posible indemnizar al primero en forma tal que su autonomía no se vea sustancialmente menoscabada, al disponer de otros bienes que le permitan desarrollar el plan de vida perseguido o un plan de vida equivalente según su propia apreciación. En el caso, por ejemplo, de cuarentenas, confinamientos de enfermos mentales peligrosos, requisas de bienes, etc., se debe, en efecto, proveer de una compensación suficiente, sea en términos económicos o en términos de cura, atracciones alternativas, etc., de tal manera que la autonomía del individuo no resulte seriamente menguada.

Hay distintas alternativas para proceder a compensar a un individuo la violación de sus derechos sobre bienes primarios que sea necesaria para satisfacer los derechos sobre otros bienes primarios de mayor jerarquía (de acuerdo con su grado

de necesidad para satisfacer el plan de vida elegido) de otro individuo. Para percibir tales alternativas pongamos un caso de estado de necesidad justificante¹. Con el fin de salvar a la víctima de un accidente, se toma el automóvil de un tercero inocente sin su consentimiento, automóvil que luego es devuelto con el tapizado seriamente manchado de sangre. Se considera generalmente que el acto, que de otro modo constituiría delitos tales como el de hurto y, tal vez, el de daño, está justificado (obsérvese que aquí el que ejecuta el acto dañoso no es el beneficiario). Pero también se acepta corrientemente que el damnificado por ese acto, el propietario del automóvil en ese caso, debe ser indemnizado. ¿Pero por quién y con qué alcance?

Adviértase que hay, en principio, tres posibilidades (aparte de la que negaría toda indemnización al perjudicado): a) una es que el beneficiario del acto o medida (aquel cuyos derechos resultan a la postre preservados) debe indemnizar *todo* el daño que ese acto o medida ha causado a un tercero; b) la segunda posibilidad es que el daño se reparta entre el beneficiario del acto o medida y su víctima, compartiendo ambos de este modo sus efectos dañosos, lo que se instrumenta con una indemnización parcial; c) la tercera posibilidad es que la indemnización sea asumida por el conjunto de la sociedad, con recursos que derivan de una contribución colectiva.

La primera posibilidad toma como fundamento del deber de indemnizar una circunstancia que parece ser moralmente irrelevante: el haber sido víctima involuntaria de un infortunio que requería causar un daño menor a un tercero para ser contrarrestado. La segunda alternativa extiende en realidad la misma deficiencia en la fundamentación del deber de indemnizar al hacer compartir el daño a dos personas que han sido víctimas involuntarias de sucesivos infortunios (en el caso del ejemplo, sufrir un accidente y el que se haya elegido su automóvil para socorrer a la víctima). Parecería a primera vista que lo mismo sucede con la tercera opción, ya que ésta hace

¹ Para un examen de esta justificación penal, ver Nino, *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, p. 46 y siguientes

recaer el daño sobre un grupo aun más amplio de gente que no tuvo nada que ver con su producción: la sociedad en conjunto.

Sin embargo, adviértase que para un grupo humano numeroso este tipo de contingencias no constituyen infortunios accidentales sino que son circunstancias estadísticamente previsibles. Por otro lado, sobre todo en lo que se refiere a casos como los accidentes de tránsito, y mucho más en relación con el confinamiento de enfermos mentales peligrosos o enfermos contagiosos, la contingencia inicial —o, si no, la necesidad de contrarrestarla— está determinada por el hecho de vivir bajo cierta forma de organización social (predominantemente urbana). Por lo tanto, parece no valer frente a esta alternativa la misma objeción dirigida a las anteriores de que se toma como fundamento del deber de indemnizar sólo el hecho de haber sido víctima accidental de un infortunio.

Pero tal vez esto no dé una justificación positiva a favor del tercer sistema de afrontar las compensaciones necesarias para admitir violaciones de derechos en aras de la preservación de derechos sobre bienes prioritarios. Quizás esa justificación se consiga si se agrega que, en caso de que este sistema fuera también rechazado, no sería posible garantizar compensaciones por frustraciones de derechos sobre bienes primarios que están dirigidas a preservar derechos sobre bienes primarios de mayor jerarquía. Esto implicaría a su vez que no se podrían frustrar aquellos derechos sin infringir el principio de inviolabilidad de la persona humana. Por su parte, esta conclusión supondría que no se puede hacer nada cuando hay un derecho sobre un bien prioritario en peligro, lo que tal vez también implicaría infringir por omisión el principio de inviolabilidad de la persona (véase esta cuestión más adelante). Pero antes de llegar a este callejón sin salida adviértase que mucha gente consentiría en contribuir a un sistema de seguro o ayuda mutua que permita compensar a quienes debe afectarse en sus derechos sobre bienes primarios pero restituibles, si ello es necesario para la preservación de los derechos sobre bienes no restituibles del contribuyente. Podría exigirse que este consentimiento sea efectivo, en cuyo caso antes de proteger de este modo los derechos de alguien debería verificarse si él está adscripto al sistema de seguro, o si no, el consentimiento podría quizá presu-

mirse sobre la base de que es previsible que cualquier individuo mínimamente racional asentaría participar de un esquema de este tipo.

Esto nos conduce, en realidad, a la tercera vía de evitar conflictos irresolubles de derechos y que es el *consentimiento* de la persona afectada. Ya hemos visto en el capítulo anterior, a través del principio de dignidad de la persona, un posible fundamento de por qué la pérdida de un cierto bien no implica un sacrificio de la persona cuando esa pérdida tiene lugar de acuerdo con su voluntad. Vimos también que el consentimiento hace posible un manejo dinámico de los derechos individuales básicos al permitir restringir o ampliar su ámbito de aplicación de modo de complementar y hacer compatibles diferentes planes de vida.

Ahora bien, el caso del sistema social de compensación por violaciones necesarias de derechos plantea, respecto del consentimiento, un problema que no habíamos mencionado antes. Como se dijo en el capítulo anterior, el consentimiento no sólo puede ser *expreso* sino que también puede ser *tácito*. O sea que no necesita estar constituido por el acto verbal de decir "yo consiento tal y tal cosa"; puede estar dado también por cualquier acto voluntario que sea ejecutado con conocimiento de las consecuencias normativas que se consideran consentidas. La cuestión es si el consentimiento debe ser *efectivo*, sea expreso o tácito, o si basta un consentimiento *hipotético* o *presunto*. Como se sabe, muchos filósofos, entre ellos Rawls, fundamentan en un consentimiento hipotético los principios morales últimos. La cuestión aquí es mucho más modesta: se trata de determinar si el principio moral que da validez al consentimiento para justificar ciertas instituciones y medidas (el principio de dignidad de la persona, que a su vez no está fundado en el consentimiento) extiende esta validez a un consentimiento no efectivo. No por ser más modesta, la cuestión es más simple. He aquí dos casos, sugeridos por Dworkin², que dan pie a intuiciones conflictivas. *Caso 1*: Un individuo yace inconsciente, y frente a la necesidad de operarlo

² Ver Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 151-152.

para salvarle la vida, se presume que, de estar lúcido, él aprobaría la intervención. *Caso 2:* Sobre la base de que, dado mi comportamiento pasado, era de presumir que si se me invitaba a apostar a favor del éxito de un equipo de fútbol en un partido, hubiera contestado en forma afirmativa, un amigo me reclama el pago de la apuesta perdedora.

Aun cuando la cuestión es considerablemente compleja y merecería un tratamiento mucho más amplio, me animo a decir que el contraste entre nuestras reacciones frente a estos ejemplos muestra una distinción muy importante que fue mencionada en el capítulo anterior: una cosa es satisfacer los deseos o los intereses, aun interpretados subjetivamente, de los individuos, y otra cosa es tomar en cuenta su consentimiento. Cuando se da este último, no cabe averiguar si lo que el individuo consintió satisface o no sus preferencias o planes de vida; antes al contrario, hacer tal cosa (salvo en los casos de paternalismo legítimo) implicaría menoscabar la dignidad del individuo al no tomar seriamente en cuenta su expresión de voluntad. Cuando se pretende en cambio justificar un comportamiento sobre la base de que satisface los deseos del individuo, lo que se alega es que ese comportamiento no representa un daño real para tal individuo; en este caso se debe ser cuidadoso en examinar el juego de sus preferencias subjetivas y los alcances de su plan de vida.

Creo que en el *caso 1* la justificación de la acción no está basada en un consentimiento presunto, sino en el hecho de que la acción emprendida no representará probablemente un daño para el individuo porque tiende a satisfacer sus presuntos deseos o preferencias; por eso es que habría que examinar si dados los datos con que se cuenta sobre las inclinaciones, propósitos, etc., del individuo en cuestión, la acción emprendida maximizaría realmente esa satisfacción, cosa que sería imprecendente hacer si el individuo hubiera prestado efectivamente su consentimiento.

El consentimiento justificante debe ser efectivo, debe manifestarse en una *acción* (si bien, como vimos, puede ser tácito o expreso según el tipo de acción) precisamente porque constituye una forma en que el individuo puede independizarse aun de sus propios deseos o inclinaciones (aunque no hay duda de

que lo que hace que su acto de constituir ese consentimiento sea voluntario es que él está causado por ciertos deseos operativos³). Creo que estas consideraciones arrojan dudas serias acerca de teorías político-morales fundadas en un consentimiento hipotético (cosa que no ocurre con la que se defendió en el capítulo III, que no está basada en la eficacia justificante del consentimiento sino en el hecho de que las reglas formales del discurso moral remiten a la aprobación hipotética de ciertos principios por un árbitro ideal). Esto es así, sobre todo cuando ese consentimiento hipotético se concibe (como suele hacerse) como no reducible a presuntas preferencias.

El consentimiento, como ya vimos, tiene una enorme importancia en la vida social para evitar conflictos de derechos, como se pone de manifiesto en las relaciones contractuales, matrimoniales, en la asignación de funciones públicas, en las prácticas deportivas, etcétera. Serían inimaginables los permanentes conflictos de derechos que se generarían si, como lo propone el determinismo normativo, no se reconociera validez al consentimiento de la gente.

Pero es obvio que, si bien multitud de casos de conflictos de derechos sobre bienes primarios pueden solucionarse a través de la compensación o del consentimiento no siempre se puede atribuir la privación a la voluntad del afectado o indemnizarlo por tal privación. ¿Hay algún otro criterio para resolver conflictos de derechos sin infringir el principio de inviolabilidad de la persona? No parece que lo haya (un criterio basado, p.ej., en el *mérito* parece tener implicaciones perfeccionistas inaceptables). ¿Cuál es entonces la posición que debe adoptarse frente a tales conflictos?

Creo que, para empezar, debe distinguirse entre la situación de los particulares involucrados en el conflicto y la situación del Estado y sus funcionarios frente a tal conflicto. Los particulares no pueden ser obligados a sacrificarse en beneficio de otros, y en consecuencia sus derechos sobre bienes primarios conservan, como componente, la libertad de realizar las accio-

³ Ver este concepto mínimo de voluntariedad en Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 358.

nes privadas que son necesarias para preservar el bien amenazado. Esto significa que cualquier acción que sea *prima facie* delictiva debe estar cubierta por justificaciones como las de *legítima defensa* y *estado de necesidad*, incluso cuando se enfrentan con acciones igualmente justificadas del otro contrincente⁴. La situación de los órganos públicos es diferente, ya que no pueden tomar partido por ambos contrincentes al mismo tiempo, y cualquier cosa que hagan u omitan implica favorecer a uno en detrimento del otro. Creo que en estos casos no hay más remedio que decidirse por la infracción menor al principio de inviolabilidad de la persona, que, dada su combinación con el principio de autonomía, consiste en menoscabar en el menor grado posible la posibilidad de los individuos de elegir y materializar planes de vida. Esto no es todavía la solución utilitarista, ya que sólo tiene en cuenta la gravedad de los bienes en conflicto sin tomar en cuenta el número de personas que gozan de tales bienes. Sólo cuando los bienes en juego son de igual jerarquía, y en consecuencia el principio de inviolabilidad de la persona se vuelve inoperante, debe adoptarse una solución utilitarista que, sobre la base del valor intrínseco de la autonomía personal, dé preferencia a los intereses más importantes de más gente en estos casos de conflictos irresolubles de derechos sobre bienes primarios. Éste es el cauce para la persecución del bien común y de otros objetivos colectivos.

Coincido con Nagel⁵ en que, si bien el enfoque agregativo del utilitarismo no da cuenta de nuestra primera aproximación a cuestiones morales, ese enfoque no queda eliminado de nuestro panorama moral sino que se mantiene en una especie de segundo plano para recurrir a él cuando los argumentos sobre la base de derechos son insuficientes. En aquellos casos en que las razones sobre lo que es moralmente correcto (u obligatorio) no nos indican un curso de acción por ser todos ellos igualmen-

⁴ Ver este punto en Nino, *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, p. 68.

⁵ Nagel, *Equality*, en "Mortal Questions", p. 127; y *The Fragmentation of Value*, en "Mortal Questions".

te correctos o igualmente incorrectos, entran en juego razones respecto a qué estado de cosas es bueno maximizar⁶.

2. EL ALCANCE NEGATIVO Y POSITIVO DE LOS DERECHOS

Sin embargo, si estos casos límites de conflictos de derechos, que sólo pueden resolverse sobre la base de consideraciones utilitaristas, son realmente excepcionales o forman parte, por el contrario, de nuestra experiencia moral cotidiana (con lo que nuestro enfoque moral sería en la práctica utilitarista), depende del *alcance* que se dé a los derechos que pueden entrar en conflicto. Es posible asignar a los derechos individuales básicos un alcance tan vasto que sea prácticamente imposible su ejercicio o protección sin entrar en conflicto con otros derechos, así como también es posible asignarles un alcance tan modesto que los conflictos con otros derechos sean una rareza. El alcance de los derechos depende de los *deberes* de terceros que se exigen para su materialización (deberes que, como vimos en el capítulo I, no están lógicamente presupuestos por tales derechos).

Por ejemplo, ¿se satisface el derecho a la vida o a la integridad corporal cuando el Estado se abstiene de lesionar activamente tales bienes y prohíbe a los particulares que hagan lo propio, o esos derechos sólo resultan respetados cuando el Estado provee de las condiciones que son necesarias para preservar esos bienes y obliga a los particulares a contribuir para tal provisión?

Es sobre esta cuestión que difieren radicalmente las dos vertientes principales del pensamiento liberal: el liberalismo pasivo o clásico que es partidario del Estado mínimo o gendarme, y el liberalismo activo o igualitario que propugna un Estado comprometido con la promoción de la autonomía de los menos favorecidos. La pregunta crucial, cuya respuesta sólo puedo explorar tentativamente en el resto de este capítulo, es

⁶ Creo que esta solución coincide con la propuesta por Farrell, Martí D., *Utilitarismo Ética y política*, Bs As., 1983, en el sentido de que cuando hay un conflicto irresoluble entre derechos a igual consideración y respeto de varios individuos debe recurrirse a consideraciones consecuencialistas.

cuál de estas dos vertientes resulta homologada por una articulación plausible de los principios liberales que acabamos de examinar, o, en todo caso, cuáles son los presupuestos adicionales que conducen a una u otra posición a partir de los mismos principios básicos.

Si prestamos atención a las dos alternativas que se presentan respecto del alcance de un derecho como el derecho a la vida, advertiremos que la distinción entre una y otra pasa sustancialmente por la distinción entre derechos *negativos* y derechos *positivos*, o sea derechos cuyos correlatos son obligaciones de conductas pasivas o activas respectivamente (también voy a hablar de “deberes activos” y “deberes pasivos” con este significado). Es cierto que aun en la alternativa abstencionista más extrema hay un elemento de activismo por parte del Estado, que consiste en dictar y en hacer cumplir normas para que otros se abstengan de actuar, pero de cualquier modo los beneficiarios de los derechos en cuestión son sólo destinatarios de omisiones y no de prestaciones positivas.

Que la posición conservadora concibe a los derechos básicos sustancialmente como correlatos de obligaciones pasivas, de modo que su violación es necesariamente una conducta activa, se ve claramente en la obra de Nozick, por más que este autor no hace explícito ni justifica este rasgo fundamental de su teoría. En un momento Nozick se plantea esta dificultad:

“Un proponente del Estado ultramínimo puede parecer defendiendo una posición incoherente, aun cuando evite la cuestión de qué es lo que hace que la protección sea lo único que es susceptible de medidas redistributivas. Estando fuertemente preocupado por defender los derechos contra su violación, él hace de esto la única función legítima del Estado, y protesta que todas las otras funciones son ilegítimas porque ellas mismas involucran la violación de derechos. Si concede un lugar tan prominente a la no violación de derechos, ¿cómo puede apoyar al Estado ultramínimo, que parecería dejar a los derechos de algunas personas desprotegidos o mal protegidos? ¿Cómo puede apoyar esto *en nombre* de la no violación de derechos”⁷?

La respuesta que da Nozick a este problema, luego de sostener que los derechos son restricciones laterales a la persecu-

ción de objetivos colectivos y no parte de tales objetivos, es la siguiente:

“La posición sostenida por este proponente del Estado ultramínimo será una posición coherente si su concepción de los derechos estipula que el hecho de que usted sea *forzado* a contribuir al bienestar de otro, viola sus derechos, mientras que el hecho de que otro no le provea a usted de cosas que usted necesita intensamente, incluyendo cosas que son esenciales para la protección de sus derechos, no constituyen en *sí mismo* una violación de sus derechos, aun cuando evita hacer más difícil que algún otro los viole. (Esta posición será consistente siempre que no constituya el elemento de monopolio en el Estado ultramínimo como algo que en sí mismo viola los derechos.) Que esta posición sea coherente no muestra, por cierto, que sea aceptable”⁸.

Es muy claro que Nozick incluye la idea de que se violan los derechos de la gente cuando no se le provee de las condiciones esenciales para su preservación mediante el simple *fiat*, que no justifica en ningún momento, que los derechos básicos se violan por acción y no por omisión, y que lo que él llama “agresión” es siempre una actividad positiva. Cuando Nozick emplea⁹ la metáfora de que nuestros derechos forman alrededor de nosotros una especie de circunstancia que delimita nuestro espacio moral, y de que ese espacio es invadido cuando nuestros derechos son violados, presupone que esa “invasión” sólo se puede hacer mediante actos positivos. Esto es llamativo si se tiene en cuenta que Kant, cuya segunda formulación del imperativo categórico juega un papel tan importante en la teoría de Nozick, derivaba de esa formulación tanto deberes pasivos como activos, aunque daba prioridad a los primeros¹⁰. En relación con este punto, es sumamente apropiada la observación de Hart¹¹ de que, aun cuando se admita que el núcleo de la filosofía moral son los derechos individuales y no otros valores, “¿por qué deberían limitarse los derechos, como ocurre en

⁸ Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, p. 30.

⁹ Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, p. 57.

¹⁰ Ver la interpretación de Lo, Ping-Cheung, *A Critical Revaluation of the Alleged “Empty Formalism” in Tiantian Ethics*, en “Ethics”. 1981, vol. 91, p. 190-194.

¹¹ Hart, H. L. A., *Between Utility and Rights*, en Ryan, comp., “The Idea of Freedom. Essays in Honour of Isaiah Berlin”, p. 85.

Nozick, a lo que Bentham llamó los servicios negativos de otros, o sea a la abstención de cosas tales como el homicidio, las lesiones, el robo y el incumplimiento contractual? ¿Por qué no debería incluirse un derecho básico al servicio positivo de aliviar las grandes necesidades o sufrimientos o la provisión de educación básica y entrenamiento, cuando el costo de estos servicios es pequeño comparado con la necesidad a ser satisfecha y con los recursos financieros de aquellos a quienes se cobra impuesto con ese fin?”. Hart se sigue preguntando por qué el derecho de propiedad debe definirse de modo de hacer esto imposible, y si puede concluirse que el dar significado a la vida, que según Nozick es lo que está detrás del reconocimiento de derechos básicos, no depende de las oportunidades y recursos para ejercer las libertades.

Este prejuicio en contra de las omisiones como posible fuente de violaciones de derechos –prejuicio que ayuda a limitar grandemente los conflictos entre derechos que, como vimos, sólo parecen resolverse a través de consideraciones utilitaristas– está en agudo contraste con la asimilación entre acciones y omisiones que están defendiendo últimamente filósofos utilitaristas como Jonathan Glover¹² y Peter Singer¹³, que se distinguen por su decidido igualitarismo (creo que la conexión entre igualitarismo y reconocimiento de violaciones de derechos por omisión es lo que tiene en mente Nagel¹⁴ cuando sostiene que el igualitarismo se centra en resultados y no en acciones). Esto sugiere que la divergencia entre el liberalismo conservador y el igualitario puede estar vinculada a la relevancia moral de las omisiones, por lo que tal vez resulte provechoso profundizar esta cuestión.

3. LA SIGNIFICACIÓN MORAL DE LAS OMISIONES

a) *LA DISTINCIÓN DE SENTIDO COMÚN.* Los filósofos utilitaristas mencionados cuestionan lo que ellos llaman “la doctrina

¹² Glover, *Causing Death and Saving Lives*, cap. 7.

¹³ Singer, Peter, *Democracy and Disobedience*, Oxford, 1973, p. 98, y *Practical Ethics*, Cambridge, 1979, cap. 2.

¹⁴ Nagel, *Equality*, en “Mortal Questions”, p. 114 y 117.

de los actos y omisiones”, que está profundamente arraigada en el sentido común. Si se quisiera dar un ejemplo de un caso en que haya una coincidencia casi absoluta entre las convicciones morales de la gente, difícilmente se podría encontrar uno mejor que el que se refiere a nuestra diferente valoración moral de los actos positivos y de las omisiones que tienen los mismos efectos perjudiciales.

La idea de que una omisión es, salvo en casos especiales, menos mala desde el punto de vista moral que una acción positiva que tiene exactamente las mismas consecuencias nocivas parece gozar de una aceptación prácticamente universal. Pocas opiniones nos parecerían tan claramente exageradas como la afirmación de que, por ejemplo, un ministro de hacienda que no asigna fondos suficientes a los hospitales, con el resultado previsible de que cierto número de pacientes morirá por falta de atención médica adecuada, es tan moralmente reprehensible como si pusiera una bomba en un hospital matando a igual número de pacientes. Como dice Philippa Foot¹⁵, si bien consideramos que hay algo de malo en, por ejemplo, negarse a contribuir con donativos para comprar comida para algunos niños de la India que, de otro modo, morirán de hambre, todos estaríamos de acuerdo en que actuaríamos mucho peor si contribuyéramos con donativos para comprarles comida envenenada, aunque el número de víctimas fuera el mismo en los dos casos.

Nuestra explicación espontánea de la diferente actitud que tenemos frente a uno y otro caso es que, mientras el envío de comida envenenada a los niños de la India viola el deber moral de no matar, la negativa a contribuir con donativos para alimentarlos no viola ese deber moral ni ningún otro, ya que no tenemos la obligación de actuar positivamente para evitar la muerte de gente que no tiene ninguna relación particular con nosotros.

Los filósofos han acuñado el término “actos supererogatorios” para denominar a este tipo de acciones que son moral-

¹⁵ Foot, Philippa, *The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect*, en “The Oxford Review”, 1967.

mente elogiables, a pesar de que su omisión, si bien hasta cierto punto criticable, no infringe ningún deber moral¹⁶.

Los casos especiales de omisiones con efectos perjudiciales que el sentido común no considera como meras abstenciones de eventuales actos supererogatorios son aquellos en que existe una obligación particular de salvaguardar los intereses o el bienestar de la persona afectada. Por cierto que la madre que omite alimentar a su hijo recién nacido, dejándolo morir por inanición, no será juzgada como si meramente se hubiera abstenido de incurrir en un acto supererogatorio: nuestra reacción hacia ella será casi idéntica a la que tendríamos si hubiera estrangulado a su hijo; incluso estaríamos dispuestos a decir que ha “matado” a su hijo, lo mismo que en el caso del estrangulamiento. Esta diferencia con la mera abstención de un acto supererogatorio se da en todos los casos en que existe una obligación particular de velar por los intereses ajenos; pero cuando la obligación no es tan imperiosa como la de la madre, es posible que se mantenga alguna diferencia entre nuestra actitud hacia la omisión que frustra la obligación en cuestión y nuestra actitud hacia una acción positiva que tuviera exactamente los mismos efectos. Si un bombero, por ejemplo, deja intencionalmente de salvar a alguien que está amenazado por las llamas –quizá porque es un enemigo personal– su conducta será acen- tuadamente reprehensible, pero no tanto como si hubiera empujado a su enemigo hacia una hoguera, y no es tan claro que en este caso estemos dispuestos a decir que el agente ha “matado”, literalmente, a la víctima. Pero esta diferencia, si bien real, es obviamente de matiz, y hay casos intermedios entre el

¹⁶ Se han propuesto diferentes hipótesis para explicar cómo juegan los actos supererogatorios en el contexto de una moral concebida como un sistema de reglas de conducta hacia terceros. Parece, sin embargo, que la explicación más plausible de nuestra actitud hacia este tipo de actos exige concebir a la moral como una combinación de reglas de conducta y de ideales de excelencia humana, tal como vimos en el capítulo V. La omisión de un acto supererogatorio, o sea el abstenerse de realizar un acto heroico o generoso, no viola las reglas de conducta de nuestro sistema moral que prescribe ciertos deberes hacia terceros, pero la realización de este tipo de actos mostraría al agente como satisfaciendo en alto grado las exigencias de un ideal subyacente de excelencia humana.

de la madre y el del bombero en que ella es prácticamente imperceptible (pensemos, p.ej., en el caso de la niñera que deja intencionalmente morir ahogado en una fuente al niño que tiene a su cuidado)¹⁷.

b) *LA DISTINCIÓN DE SENTIDO COMÚN CUESTIONADA*. El punto de vista de sentido común, de que, salvo casos excepcionales, una omisión es menos grave que una conducta comisiva que da lugar al mismo resultado dañoso, parece estar padeciendo un rápido y profundo descrédito en el pensamiento filosófico. Cada vez hay más filósofos que, como adelanté, cuestionan la idea encapsulada en el viejo aforismo inglés "*thou shalt not kill, but needst not strive officiously to keep alive*".

Por ejemplo, Peter Singer¹⁸ dice, criticando la posición de un "objetante de conciencia" que desobedece la ley por motivos morales pero que se abstiene de adoptar cursos de acción para que los demás hagan lo propio:

"Es una posición conveniente para aquellos que creen que es peor hacer uno mismo algo malo que dejar de hacer todo lo posible para impedir que otros hagan algo malo. La idea de que hay una distinción moral significativa entre actos positivos y meras omisiones es ampliamente aceptada... Es muy difícil encontrar alguna otra justificación, que no sea la distinción entre actos y omisiones, para el hecho de que no veamos nada de malo en el hombre rico que gasta su dinero en lujos en vez de usarlo para salvar gente de morir de hambre en áreas en que ello es frecuente. De cualquier modo, es difícil encontrar alguna justificación racional para asignarle mucha importancia a la distinción".

Pero el trabajo en que se ha atacado con más fuerza y minuciosidad la llamada "doctrina de los actos y omisiones" es el libro de Jonathan Glover, *Causing Death and Saving Lives*¹⁹. Según este autor, la distinción valorativa entre actos y omisio-

¹⁷ Es conveniente aclarar que la diferencia intuitiva entre actos y omisiones en general no depende de las actitudes subjetivas que pueden estar presentes en uno y otro caso. Tanto un acto comisivo como una omisión, pueden ser intencionales, negligentes o inadvertidos, y el sentido común mantiene la distinción respecto de su valor moral aun cuando uno y otro tengan el mismo componente subjetivo.

¹⁸ Singer, *Democracy and Disobedience*, p. 98.

¹⁹ Ver Glover, *Causing Death and Saving Lives*, cap. 7.

nes es uno de los principales obstáculos para un tratamiento racional, desde una perspectiva utilitarista, de temas tales como el del aborto, la eutanasia, el suicidio, la pena de muerte y la guerra.

Glover advierte que no cuenta con un argumento formal para demostrar que la distinción tradicional entre actos y omisiones es autocontradictoria o, en algún sentido, incoherente. Pero cree que puede mostrar que los argumentos que se suelen dar en su apoyo se originan en ciertas confusiones, y que, una vez que éstas son puestas de manifiesto, la distinción tradicional pierde mucho de su fuerza y atractivo. Conviene seguir a Glover en su análisis de cada una de las causas de confusión que subyacen, según él, a la "doctrina de los actos y omisiones".

La primera fuente de confusión resulta de no distinguir claramente entre diferentes tipos de omisiones. Cuando se dice que las omisiones son menos malas que los actos positivos correspondientes, generalmente se piensa en aquellas omisiones en que el agente es totalmente ignorante de la situación (como en el caso de no impedir el suicidio de alguien desconocido en un país remoto) y, por lo tanto, no puede en absoluto ser reprochado por no haber evitado el resultado dañoso. Pero hay omisiones que se encuentran en el otro extremo de reprochabilidad (como el caso de alguien que priva de una medicina a un enfermo con la intención de que muera), y hay casos intermedios entre estos dos extremos (como el caso de una omisión negligente). Estas diferentes clases de actitudes subjetivas, que determinan diferentes grados de reprochabilidad, son exactamente paralelas a las que se pueden dar en el caso de actos comisivos.

La segunda causa de equívocos consiste en confundir la distinción entre actos y omisiones con la distinción entre utilitarismo positivo y utilitarismo negativo. Mientras la primera concepción ética prescribe hacer el bien o incrementar la felicidad, la segunda prescribe eliminar o reducir el mal o la infelicidad. Los que se sienten atraídos por la segunda concepción utilitarista —que es sumamente discutible, ya que, como dije antes, la mejor forma de disminuir la miseria es matando de manera indolora a todo el mundo— pueden estar tentados a pensar que ella conduce a la idea de que sólo los actos positivos

son moralmente incorrectos. Pero esto no es así, puesto que, p.ej., enviar donativos para alimentar a los hambrientos puede describirse como una conducta que reduce o elimina la miseria.

El tercer argumento equivocado que se suele dar en apoyo de la doctrina de los actos y omisiones se basa, según Glover, en la diferente probabilidad del resultado en uno y otro caso. Se supone que, cuando se trata de una omisión, el resultado nocivo es menos cierto que en el caso de un acto positivo, ya que existe la posibilidad de que algún factor adicional intervenga precluyendo el daño. Pero Glover sostiene que esta diferencia, sin duda real en muchos casos, es insuficiente para salvar la doctrina de los actos y omisiones, ya que hay omisiones que conducen al resultado dañoso con tanta certeza como un acto positivo.

Una cuarta fuente de confusión está determinada por la consideración de los efectos colaterales. Se sostiene que un acto positivo —como el de colocar una bomba en un hospital— tiene consecuencias nocivas, además del efecto directo de provocar la muerte de gente, que no se dan en el caso de una omisión —como la de abstenerse de asignar fondos suficientes a los hospitales—. El acto positivo de matar implica generalmente una escena de horror, que da lugar a sentimientos de indignación e inseguridad en el público, de terror en las víctimas, y de culpa y remordimiento en el agente. Pero, dice Glover, aunque estas diferencias a veces son auténticas, muchas veces se exageran (aun cuando sea terrible la experiencia de morir ametrallado, mucho más terrible debe ser la lenta agonía de la muerte por inanición). En segundo lugar, todo lo que la consideración de los efectos colaterales puede mostrar es que tales y cuales actos positivos son moralmente más graves que tales y cuales omisiones, y no que todo acto positivo es intrínsecamente más malo que la correspondiente omisión. En tercer lugar, muchos de los efectos colaterales distintivos —como los sentimientos de culpa y remordimiento por parte del agente— dependen precisamente de la aceptación de la doctrina de los actos y omisiones y no pueden alegarse en apoyo de tal doctrina.

Un quinto argumento equivocado se apoya en el hecho de que, mientras un acto positivo de, por ejemplo, matar, es siempre un acto dirigido contra alguien en particular, el mero dejar morir no involucra el conocimiento de las víctimas, que son inde-

terminadas. Sin embargo, Glover se pregunta cuál puede ser la relevancia moral de que se pueda o no identificar previamente a las víctimas de una conducta homicida. Si un enfermero sabotea un riñón artificial sabiendo que el próximo paciente a quien se le aplique morirá, parece que no tiene importancia si sabe o no, además, quién será ese paciente. Por otra parte, también en el caso de un acto positivo puede darse la misma indeterminación de las víctimas (como cuando se arroja una bomba contra una multitud), y también en este caso ella no tiene mayor significación moral.

Una sexta causa de confusión está asociada con nuestra natural resistencia a imitar a Dios en decidir quiénes deben morir o sufrir otros daños. Esta resistencia se manifiesta claramente cuando debemos decidir, por ejemplo, cómo distribuir recursos médicos escasos. Se supone que los actos positivos son más arrogantes que los negativos, y que la mera abstención de actuar en un caso como el mencionado no implica elegir entre vidas humanas. Sin embargo, dice Glover, esta idea no puede servir de apoyo a la doctrina de los actos y omisiones, ya que depende precisamente de ella.

En séptimo lugar, Glover menciona un argumento que se podría formular a raíz de una posición como la que expone el hermano del Padre Zossima en *Los hermanos Karamazov*, cuando se declara, ante su madre, culpable de todos los males que existen en el mundo. Podría suponerse que el rechazo de la doctrina de los actos y omisiones nos coloca en una posición parecida, porque son tantos los males que ocurren en el mundo y son tantas nuestras omisiones de actos que podrían evitarlos (ya que las omisiones, a diferencia de los actos comisivos, no consumen tiempo), que —un crítico podría sostener— el abandono de esa doctrina tradicional nos haría cargar sobre nuestras espaldas la responsabilidad por todos los infortunios humanos. Frente a este argumento, Glover responde que hay otras cosas en la vida que salvar vidas; también es valioso que la gente se ocupe de sus propios proyectos e intereses personales, y esto debe contrapesarse con el mal que resulta de su omisión de ayudar a otra gente.

Otra causa de equívocos que menciona Glover se refiere a la incidencia en nuestros juicios morales del tratamiento que el

derecho y la moral convencional hacen de las omisiones. Glover comparte el punto de vista, expresado, por ejemplo, en la opinión clásica de Lord Macaulay, de que sería absurdo que el derecho castigue las omisiones nocivas tanto como los actos positivos igualmente perjudiciales. Pero, según aquel autor, del hecho de que el derecho no deba penar ciertas omisiones perjudiciales no se sigue que ellas no sean inmorales. También Glover admite que puede haber razones para preservar las reglas de la moral convencional que condenan con más fuerza los actos comisivos que las omisiones, pero sostiene que esas razones en contra de socavar prácticas existentes (podrían debilitar las inhibiciones existentes contra actos positivos que provocan la muerte) deben ser contrabalanceadas con los perjuicios y sufrimientos que pueden resultar del comportamiento pasivo que toleramos.

En noveno lugar, Glover señala que algo de la aparente plausibilidad de la doctrina de los actos y omisiones puede derivar de una confusión entre la posición del agente moral, que debe decidir cómo actuar, y la posición del crítico, que tiene que determinar si el comportamiento del primer individuo es o no reprochable. Es natural que un crítico sea más clemente con respecto a alguien que ha causado un daño por omisión que con relación a quien lo ha provocado activamente, ya que la concepción utilitarista que rechaza la diferencia moral entre actos y omisiones constituye una moral muy exigente, mucho más exigente que los estándares morales que la sociedad actual acepta. Cuando juzgamos moralmente a alguien tenemos en cuenta las pautas de conducta existentes en su tiempo y sociedad. Pero una cosa es que tengamos contemplación con los que hacen algo malo en una sociedad que no lo ve como tal, y otra cosa muy distinta es que el propio agente tenga en cuenta esa consideración al decidir cómo actuar. (Aunque no lo dice Glover, se podría agregar que esto sería análogo al caso, p.ej., de un cleptómano que tuviera en cuenta la afección que haría excusable su acción de robar en su decisión de si debe o no hacerlo.)

Finalmente, Glover señala que podría apoyarse la doctrina de los actos y omisiones con el argumento de que su abandono tendría consecuencias muy nocivas. Podría argüirse que sería

socialmente catastrófico que la gente llegara a convencerse de que estrangular a alguien no es mucho peor que dejar de dar dinero a una institución de ayuda a los hambrientos. A esto Glover responde que es tan probable que el abandono de la doctrina de los actos y omisiones lleve a la gente a relajar un poco su condena de ciertos actos comisivos, como que conduzca a alterar nuestra actual actitud contemplativa hacia quienes permanecen pasivos frente al sufrimiento ajeno. Glover concluye diciendo que bien puede ser por la aceptación tácita de la doctrina de los actos y omisiones que toleramos los peores males que ocurren en el mundo.

c) *LA RECONSTRUCCIÓN DE LA DISTINCIÓN DE SENTIDO COMÚN.* Este planteo constituye un alegato poderoso a favor de modificar profundamente nuestras convicciones morales corrientes, y, como todo cuestionamiento de ideas consagradas y que se aceptan sin mayor discusión, tiene el efecto saludable de obligarnos a revisar los fundamentos de nuestros lugares comunes.

Glover muestra, en efecto, que la mayoría de los argumentos que más rápidamente acuden a nuestra mente cuando tratamos de justificar la diferencia moral entre actuar y omitir, carecen de plausibilidad. E, independientemente de la aparente falta de fundamento de los argumentos esgrimidos en su apoyo, la distinción convencional entre el comportamiento activo y el pasivo que conducen al mismo resultado dañoso parece ir a costas de una diferencia fáctica moralmente irrelevante. ¿Qué significación puede tener el que cierto daño tenga como origen causal, en un caso, determinados movimientos corporales del agente, y en el otro, la falta de aquellos movimientos corporales que hubieran precluido tal resultado? ¿Es una concepción satisfactoria de la persona una que la identifica con los movimientos de su cuerpo e impide considerar como obra suya todo evento que no está causalmente vinculado con aquéllos?

Sin embargo, nuestra persistente intuición de que el “pecado de omisión” es menos grave que el comisivo merece que agotemos las posibilidades de justificación racional. Esto es mucho más imperioso si estamos preocupados por lograr un alto grado de congruencia entre las soluciones de nuestro sistema jurídico y los principios de una concepción moral esclarecida. Si, en realidad, todos somos en mayor o menor medida

homicidas desde el punto de vista moral, no parece justo que el derecho se ensañe sólo con aquellos de nosotros que lo son en una forma que sólo difiere de nuestro comportamiento habitual en aspectos moralmente irrelevantes. Tenemos que admitir, es cierto, que en algunas ocasiones, razones pragmáticas nos lleven a dar un tratamiento jurídico diferente a casos que no presentan diferencias de valor moral, pero no parece ser satisfactorio que meras consideraciones de conveniencia conduzcan a una divergencia tan amplia entre las soluciones jurídicas y los juicios morales. Si se presupusiera una justificación retribucionista de la pena, resultaría inaceptable que sólo una ínfima minoría de los que merecen ser castigados lo sean efectivamente (y lo sean a manos de gente que es, en general, tan merecedora de castigo como ellos). Y si se asumiera, en cambio, una justificación fundada total o parcialmente en la prevención, el derecho aparecería como un instrumento singularmente ineficiente para minimizar los males sociales, puesto que solamente operaría respecto de un pequeñísimo conjunto de sucesos que pueden generar tales males.

Creo que la clave para reivindicar nuestro sentido común se encuentra en el examen del *status* causal de las omisiones. Lo que tenemos que preguntarnos es si es cierto que en los ejemplos mencionados (como el de no enviar comida a los niños de la India y el de enviarles comida envenenada) *la omisión tiene los mismos efectos causales que el acto positivo*, aun haciendo abstracción de las consecuencias colaterales. La sugerencia es que, tal vez, planteos como el de Glover contienen en sí mismos la semilla de la confusión al inquirir si hay razón para discriminar moralmente, como lo hacen nuestras convicciones intuitivas, entre actos y omisiones con idénticos efectos causales, cuando podría ser el caso que los ejemplos con que se ilustra el punto de vista de sentido común al respecto no son de situaciones en que el acto positivo y la omisión se encuentren en la misma relación causal con el resultado dañoso.

Los juristas, con mucho más frecuencia que los filósofos morales, han expresado dudas acerca de la posibilidad de adscribir efectos causales a las omisiones. El núcleo de tales dudas está encapsulado en la máxima, atribuida a Saliceto, "*ex nihilo nihil fit*", "de la nada, nada puede resultar". Sobre la

base de esta idea, muchos juristas negaron que una omisión pueda ser causa de evento alguno²⁰; otros argumentaron que lo que es causa del resultado dañoso no es la omisión en sí misma, sino la acción alternativa que el sujeto realiza, o la acción precedente, o un impulso interno que inhibe su tendencia a obrar; aun otros autores sostuvieron que, si bien la omisión no es causa de nada desde un punto de vista "naturalista", el derecho puede a veces imputar normativamente ciertos efectos a una omisión²¹.

Pero es evidente que el problema de la causalidad en la omisión no reside en que ésta consista en un hecho negativo. La idea de que un hecho negativo no puede ser causa de nada deriva de una concepción equivocada de los factores causales como "fuerzas motoras", como algo que involucra en sí mismo movimiento y que transmite ese movimiento a otros objetos. Esta concepción ingenua del fenómeno causal fue definitivamente descalificada por autores clásicos como Hume y Mill, y no vale la pena insistir en las conocidas objeciones que se han dirigido contra ella. En lo que hace a su proyección respecto de los hechos negativos, basta señalar que en la vida cotidiana es perfectamente natural e inteligible mencionar uno de tales hechos como causa de un evento, como cuando decidimos que la falta de lluvias fue la causa de que se perdiera la cosecha, o que el no funcionamiento de la glándula suprarrenal causó la muerte del paciente. Como dicen Hart y Honoré²², no es cierto que los enunciados negativos, como los de los ejemplos mencionados, no describan "nada"; ellos describen un estado de cosas tan real como el que describen los enunciados positivos; unos y otros constituyen formas de dar cuenta de la realidad.

La dificultad de concebir una omisión como causa de un cierto evento está relacionada, en cambio, con la familiar distin-

²⁰ Ver una referencia a estas opiniones en Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Bs As, 1965, t III, n° 1151, p 675

²¹ Este último punto de vista fue mantenido, entre otros, por Grispligni, ver Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t III, n° 1151, p 677

²² Hart, H L A. - Honoré, A M, *Causation in the Law*, Oxford, 1959, p 35

ción entre causas y meras condiciones de un resultado. Como es obvio, no sólo en contextos jurídicos sino también en la vida cotidiana no identificamos la causa de un evento con cualquiera de las condiciones que son necesarias para que el evento tenga lugar. Procedemos a seleccionar algunas de esas condiciones según ciertos criterios, y esa selección puede variar según el contexto. Uno de los criterios principales que el sentido común tiene en cuenta para distinguir la causa de un evento de las restantes condiciones está relacionado, como sostienen Hart y Honoré²³, con la "normalidad" o "anormalidad" de las condiciones. Estos autores dicen que en la vida cotidiana y en el derecho, a diferencia de lo que ocurre en las ciencias, estamos interesados en explicar, no tipos de acontecimientos que ocurren normalmente, sino un acontecimiento particular que nos deja perplejos porque se aparta del curso de eventos ordinario o normal. Por ello esperamos identificar como la "causa" de ese acontecimiento, no a factores que están usualmente presentes en nuestro ambiente físico y social, sino a un factor que "haya hecho la diferencia", y que no esté igualmente presente tanto en el curso ordinario de cosas como en la situación extraordinaria que queremos explicar. Por ejemplo, la presencia de oxígeno en la atmósfera es una condición necesaria para que un incendio se produzca, pero sería absurdo que un inspector de seguros denunciara tal hecho como la causa de un incendio en una fábrica. En cambio, si se tratara de un incendio en un laboratorio en el que el oxígeno ha sido cuidadosamente excluido para hacer posibles ciertos experimentos, la infiltración de oxígeno en el ambiente podría citarse como causa del incendio, puesto que representa una desviación del funcionamiento normal del laboratorio. De este modo, lo que es normal o anormal y, en consecuencia, lo que se identifica como causa o mera condición del resultado, puede variar según el contexto.

Los propios Hart y Honoré aplican este análisis del concepto ordinario de causa al caso de las omisiones²⁴. Comienzan diciendo que lo que es tomado como "normal" no sólo depende

²³ Hart - Honoré, *Causation in the Law*, p. 31 y siguientes

²⁴ Hart - Honoré, *Causation in the Law*, p. 35.

del curso de la naturaleza, sino que a veces resulta también de hábitos, costumbres o convenciones humanas. Esto es así, dicen, porque los hombres han descubierto que la naturaleza no sólo puede causarnos daño si intervenimos, sino que puede también hacerlo, en otras ocasiones, a menos que intervengamos; en consecuencia, han desarrollado técnicas, procedimientos y rutinas de comportamiento para prevenir esos daños. Cuando esas condiciones normales originadas en el hombre están establecidas, la desviación de ellas se considera excepcional y puede ser vista como la causa del daño. Esa desviación de normas confeccionadas por seres humanos será frecuentemente una omisión, o sea una abstención de actuar en la forma que se esperaba o es requerida por la norma. En estos casos, afirman Hart y Honoré, puede decirse que la omisión fue causa del daño, pero no en otros en que la omisión no representa una desviación del curso normal de las cosas. Conviene transcribir un párrafo de estos autores en el que se expone con claridad esta idea decisiva para entender nuestro problema:

“La objeción más respetable en contra de tratar las omisiones como causas puede expresarse como sigue. Un jardinero, cuyo deber es regar las flores, no lo hace y, en consecuencia, ellas mueren. Puede decirse que es imposible tratar aquí la omisión del jardinero como causa a menos que estemos dispuestos a decir que la ‘omisión’ de todos los demás de regar las flores fue igualmente la causa, y en la vida cotidiana no decimos semejante cosa. Esto puede, sin embargo, ser explicado en forma coherente con el análisis que hemos hecho de la distinción entre causa y meras condiciones. La ‘omisión’ de regar las flores por parte de la otra gente sería, de acuerdo a ese análisis, una condición normal aunque negativa, y, precisamente porque tales condiciones negativas son normales, usualmente no serán mencionadas como la causa del evento. La omisión del jardinero de regar las flores es, sin embargo, diferente. No es sólo la violación de un deber por parte de él, sino que representa la desviación de un sistema de rutina. Es, de cualquier modo, cierto que en tales casos hay una coincidencia entre la desviación de una rutina habitual y el abandono reprobable de un deber”²⁵.

Este desarrollo concide con la idea generalizada entre los juristas de que es esencial para la existencia de una omisión el que la acción que se omite sea una acción esperada; esto impli-

²⁵ Hart - Honoré, *Causation in the Law*, p. 38 y siguientes

ca, en efecto, que la omisión debe ser “inesperada”, o sea que debe suponer un apartamiento de cierta rutina o procedimiento habitual. Pero el desarrollo de Hart y Honoré muestra que esto no sólo está impuesto por el análisis de la palabra “omisión” –lo que, sin duda, es el caso, pero no es suficiente para explicar la diferencia valorativa entre omisiones y otros actos negativos– sino que refleja un criterio general para concebir ciertos hechos como causas de otros. La falta de ayuda a los niños de la India no es la causa de su muerte, del mismo modo que la presencia de oxígeno en la atmósfera no es usualmente la causa de un incendio.

El hecho de que identifiquemos la causa de un evento con la condición que es suficiente²⁶ para que éste ocurra en circunstancias normales del contexto explica por qué consideramos

²⁶ Creo que la noción ordinaria de causa está más cerca de la idea de condición suficiente que de la de condición necesaria. Calificamos, en general, como causa de un hecho al fenómeno que es condición suficiente para que éste ocurra cuando se da en conjunción con condiciones que se dan normalmente tanto cuando el hecho se produce como cuando no se produce. Al decir esto, me aventuro a tomar partido acerca de un punto extemadamente controvertido. Hay filósofos que han desplegado argumentos sumamente serios en favor de la tesis opuesta, es decir que el uso ordinario de la palabra “causa” está más asociado con la noción de condición necesaria en las circunstancias del contexto que con la idea de condición suficiente en circunstancias normales. Por ejemplo, J. L. Mackie (*The Cement of the Universe*, Oxford, 1974, p. 40-42) sostiene esta tesis con razones que no me parecen del todo concluyentes. Uno de sus argumentos cruciales se apoya en este ejemplo: supongamos que hay dos máquinas automáticas que expenden chocolates y que son parcialmente indeterminadas en su funcionamiento: una de ellas no arroja un chocolate si no se coloca una moneda, pero cuando se coloca la moneda a veces sale el chocolate y a veces no; la otra arroja un chocolate toda vez que se coloca una moneda, pero a veces también lo hace cuando no se coloca una moneda. Según Mackie, nuestras intuiciones lingüísticas están a favor de decir que el poner la moneda fue causa de que saliera el chocolate en el primer caso, pero no en el segundo; en este caso no sabríamos si el chocolate hubiera salido lo mismo de no colocar la moneda. Pero mis intuiciones lingüísticas son diferentes; yo diría que en el primer caso el chocolate salió por azar y no a causa de la introducción de la moneda, aun cuando sea necesario introducir la moneda –como en el caso de las conocidas máquinas de juego–; en el segundo caso, yo diría que la introducción de la moneda fue la causa de que saliera el chocolate, aun cuando éste hubiera salido lo mismo de no colocar la moneda. Pero este tema requeriría mucho mayor reflexión de la que puedo ejercitar aquí, viéndome obligado a asumir dogmáticamente la posición que estoy exponiendo.

que la omisión de la madre de alimentar al hijo, y no la “omisión” de un vecino de hacer lo propio, fue la causa de la muerte del niño. A pesar de que ambas omisiones fueron condición necesaria de la muerte del niño, sólo la omisión de la madre fue también condición suficiente de esa muerte en conjunción con circunstancias normales del contexto (entre las que se incluye el hecho de que el niño no sea alimentado por extraños); en cambio, la “omisión” del vecino no es un hecho que, en conjunción con circunstancias normales (entre las que se encuentra la alimentación del niño por parte de sus padres), sea condición suficiente de su muerte.

No es verdad, en consecuencia, a pesar de lo que supusimos al comienzo, que el punto de vista de sentido común implique sostener que las omisiones son, salvo casos especiales, menos malas que los actos positivos con las mismas consecuencias nocivas. El no salvar a un extraño de morir ahogado no tiene los mismos efectos causales que el hundirlo en el agua con las propias manos, porque la muerte de la víctima es consecuencia causal de la segunda conducta, pero no de la primera. Nuestras convicciones intuitivas no distinguen el comportamiento activo del pasivo por el hecho de ser activo o pasivo. Distinguen, en cambio, conductas activas o pasivas que causan daño de las que no lo causan, y esta distinción se basa, a su vez, en la distinción entre una condición suficiente, en circunstancias normales, del resultado y una mera “*condicio sine qua non*” de ese resultado.

Sólo cuando hay una expectativa²⁷ fundada en hábitos, convenciones, rutinas aceptadas, etc., de un comportamiento activo, el sentido común concibe un acto negativo como causa de un cierto resultado, puesto que, en este caso, la falta de ac-

²⁷ Carlos E. Alchourrón me ha llamado la atención sobre la conveniencia teórica de vincular el concepto de omisión, no con la expectativa de un comportamiento activo (que es un estado psicológico que puede o no darse en la gente), sino con la regularidad de comportamiento activo (sea o no percibida por la gente). De este modo, se podría decir que las omisiones se dan en la “realidad” independientemente de nuestras creencias. De cualquier modo, lo que se dice en la próxima sección sobre el carácter normativo del vínculo causal en las omisiones condiciona seriamente esta conclusión.

tuación no es parte de las circunstancias normales y, en consecuencia, es condición suficiente del resultado si hacemos abstracción de las circunstancias corrientes en el contexto en que el resultado se produce. Si lo normal era el comportamiento activo, podemos decir que, salvo circunstancias anómalas, si el resultado no se hubiera producido ello implicaría que la omisión en cuestión no se habría dado. Esto no lo podemos decir cuando no existe tal expectativa de un comportamiento activo, porque en este caso, ese mismo comportamiento activo sería parte de las circunstancias anómalas. Cuanto más fuerte es la expectativa de una conducta positiva, tanto más estamos inclinados a ver su omisión como anormal en contraste con las demás condiciones del contexto en que el resultado se produce. La expectativa que convierte a un acto negativo en algo anómalo puede ser más o menos fuerte, lo que hace que la adscripción de efectos causales a una omisión no sea una cuestión de "todo o nada" sino una cuestión de grado. Al fin y al cabo, hay también cierta expectativa de que un ministro de hacienda asigne fondos suficientes a los hospitales y de que contribuyamos con donativos a instituciones de caridad; pero en estos casos, mucho más en el último ejemplo que en el primero, las expectativas de comportamiento activo son marcadamente débiles y el grado de contribución al resultado que asignamos al acto negativo en cuestión, *vis-à-vis* otros factores relevantes, es, correlativamente, poco significativo (aunque, sobre todo en el ejemplo del ministro, no sea del todo despreciable).

Que yo sepa, autores utilitaristas como Singer y Glover no proponen una noción de consecuencia causal diferente de la ordinaria cuando sostienen que los actos deben ser juzgados por sus consecuencias, y que dos actos que tienen las mismas consecuencias poseen el mismo valor o disvalor moral. Si esto es así, su tesis de que es lo mismo, por ejemplo, dar una inyección letal de morfina que no dar una inyección que prolongaría la vida de un enfermo terminal de cáncer es incorrecta, puesto que de acuerdo con el concepto ordinario de causa, la muerte es efecto causal de uno de los actos pero no del otro. Si, en cambio, estos autores propusieran como parte de su tesis el empleo de un concepto de causa distinto del corriente y equivalente al de "*condicio sine qua non*", el sistema moral resultante

tendría implicaciones gravemente contraintuitivas. No sólo seríamos responsables de prácticamente todos los infortunios del mundo por omisión, sino también por comisión. Seríamos, por ejemplo, responsables por haber contribuido con donativos a la construcción de una represa en la India que luego se desmoronó, inundándose los campos y perdiéndose las cosechas, con el resultado de que algunos niños murieron por falta de alimentos. Este sistema moral nos condenaría, al mismo tiempo, a una continua actividad y a una permanente pasividad. Seríamos, por un lado, responsables de la muerte de todos los niños famélicos a quienes podríamos haber salvado comprándoles comida, pero, por otro lado, seríamos también responsables de los sufrimientos que los niños que sobreviven gracias a nuestra ayuda podrían padecer en el futuro o de los sufrimientos que alguno de ellos podría causar a otros, al convertirse más tarde, por ejemplo, en un dictador sanguinario.

Esta conclusión respecto de la causación a través de omisiones, parece implicar una posición intermedia entre posiciones tan extremas como las de Nozick, por un lado, y Glover, por el otro, acerca del alcance de los derechos. No sería verdad, por una parte, que la violación de derechos básicos consista siempre en actos comisivos y no también, en algunos casos, en la omisión de proveer lo que Bentham llamaba "servicios positivos"; pero, por otra parte, tampoco sería verdad que toda omisión que sea el antecedente necesario de la violación de un derecho involucre, ella misma, violar ese derecho: debe de haber una expectativa definida, fundada en regularidades o normas sociales, de que el derecho sea satisfecho por el individuo en cuestión. Dadas las expectativas vigentes en nuestras sociedades, el Estado violaría los derechos básicos de la gente —en realidad los mismos derechos "clásicos", tales como el derecho a la vida y el derecho a la integridad corporal— si no satisficiera las necesidades mínimas de alimentación, vivienda, atención médica, etc., que son precondiciones para la preservación de los bienes protegidos por esos derechos básicos. Esto es compatible con decir que —dado que la contribución causal a un resultado es una cuestión de grado por depender de factores que, como el de la anormalidad, tienen ese carácter— la violación de los derechos en cuestión en estos casos es *menor* que la

que se produce cuando los órganos del Estado matan o torturan por actos positivos.

¿Pero es esta explicación de la relevancia moral de las omisiones completamente satisfactoria? Creo que no, como lo trataré de mostrar en la sección siguiente.

4. EL CARÁCTER NORMATIVO DE LA CAUSACIÓN Y UNA APARENTE CIRCULARIDAD ENTRE LOS PRINCIPIOS LIBERALES

El análisis del alcance de los derechos básicos que acabo de hacer implica que tal alcance depende de las pautas de la moral *convencional*, ya que las expectativas de comportamiento activo para prevenir la frustración de derechos están fundadas, principalmente, en tales pautas de la moralidad vigente en una sociedad. De este modo, la moralidad vigente resultaría inmunizada contra toda posibilidad de enjuiciamiento sobre la base de principios de una moral crítica o ideal²⁸.

Si una moral como la que propugna Glover se impusiera en la sociedad, ella se autoconfirmaría, pero no por haber demostrado su validez, sino porque su mera vigencia social daría lugar a expectativas que harían posibles los juicios causales acerca de omisiones que este autor presupone.

Aquí parece que enfrentamos una situación de encerrona, generada por nuestra aceptación conjunta de estas proposiciones: 1) los juicios morales difieren según la variación en las circunstancias fácticas relevantes; 2) la causación o no de un cierto resultado es una circunstancia fáctica; 3) tal circunstancia fáctica es decisiva para la valoración moral de una acción; 4) la adscripción de un resultado causal a una omisión depende de las expectativas acerca de un comportamiento activo que hubiera impedido el resultado; 5) las expectativas están fundadas principalmente en pautas de la moral vigente en la sociedad; 6) las pautas de la moral vigente en la sociedad no pueden condicionar los juicios morales críticos, entre ellos los que valoran

²⁸ Este argumento fue expuesto por Jonathan Glover en una comunicación personal.

acciones. Esto constituye una encerrona, puesto que los juicios 1 a 5 implican la negación de 6. ¿Es posible salir de ella?

Creo que sí, aunque me parece que ello debe lograrse al precio de abandonar la proposición que, a primera vista, parece la más plausible de todas, o sea la 2. La idea sería que un juicio que adscribe un cierto resultado causal a una acción —o por lo menos a una acción omisiva— no es un juicio puramente fáctico, sino que es un juicio que incluye un *contenido normativo* que requiere una justificación independiente. Un juicio causal de esta índole implica adherir a una norma o pauta que requiere la acción que hubiera causado el resultado; él no *describe* una expectativa de comportamiento activo, sino que *expresa* tal expectativa. La causación de un resultado no es un hecho “duro” sobre el cual pueden apoyarse juicios de valor; ella presupone en sí misma cierta valoración. No por el hecho de que el juicio causal se apoye en expectativas vigentes en el medio social deja de ser necesario justificar esas expectativas y las normas en las que ellas se basan²⁹.

Este enfoque coincide con las objeciones (que analizo extensamente en *Los límites de la responsabilidad penal*³⁰) que hace J. L. Mackie³¹ a la posición de Hart y Honoré, cuando estos autores arguyen que el concepto de causa de sentido común (al contrario de lo que sostiene la concepción moderna de la causalidad en el ámbito jurídico) tiene un núcleo central puramente fáctico, que se puede determinar sin acudir a consideraciones axiológicas. Mackie afirma, analizando una serie de ejemplos que estos autores proponen, que aun en los casos más simples y menos controvertidos de adscripción de efectos causales en el derecho, también se toman en cuenta valoraciones y finalidades prácticas, aunque ellas sean más fundamentales,

²⁹ James, Susan, *The Duty to Relieve Suffering*, en “Ethics”, octubre 1982, vol. 93, n° 1, analiza lúcidamente la circularidad en que puede incurrirse aquí al presuponer juicios causales que incluyen las obligaciones que uno quiere justificar acudiendo a ellos; sin embargo, ella parece evitar esa circularidad sólo a costa de aceptar acríticamente las expectativas derivadas de la moral vigente.

³⁰ Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 457 y siguientes

³¹ Mackie, *The Cement of the Universe*, cap. 5.

más amplias y más vagas que las que se toman en consideración para decidir si alguien debe ser o no responsabilizado por lo que causa. (P.ej., es natural que se elija, a los efectos del castigo preventivo, un acto que, sin ser por sí solo condición suficiente de un resultado dañoso, puede ser fácilmente complementado para constituir tal condición suficiente, y, en cambio, no se elija, para esos efectos, otro acto que podría ser fácilmente reemplazado para obtener el efecto.) No es sorprendente que el concepto de causa de sentido común presuponga consideraciones pragmáticas y valorativas, ya que, como dicen Hart y Honoré, ese concepto se emplea no sólo en contextos explicativos sino también de atribución de responsabilidad, y es de suponer, por lo tanto, que se ha ido moldeando de acuerdo con intuiciones muy básicas acerca de cuándo es justo o injusto, conveniente o inconveniente atribuir responsabilidad a alguien por éste o aquel resultado.

Este carácter normativo del concepto de causa genera una serie de problemas para la teoría moral. La concepción que parece más gravemente conmovida por la percepción de que la adscripción de efectos causales a las acciones presupone normas es el consecuencialismo. Ésto es así porque el análisis precedente parece mostrar que no es el caso de que tengamos una obligación de actuar porque su omisión es dañosa sino que una omisión es dañosa cuando, entre otras cosas, tenemos la obligación de ejecutar el acto omitido. El *consecuencialismo enfrenta un cuatrulema en relación al elemento normativo de la adscripción de efectos causales que él requiere para valorar acciones.*

a) O bien hace que la aplicación del principio que valora acciones por sus efectos sea completamente dependiente de la moral positiva, de tal modo que si tal moral no establece, por ejemplo, un deber positivo de actuar, un resultado dañoso no puede adscribirse al acto y no puede decirse, entonces, que el principio consecuencialista se vea infringido.

b) O recurre a normas de deber pertenecientes a una moral crítica para definir el concepto de causa usado en el principio consecuencialista con independencia de la moral positiva; pero si esas normas críticas, que son lógicamente previas al

principio consecuencialista, son de carácter deontológico, la posición se reduce a un deontologismo.

c) O la norma que define el alcance del concepto de causa puede ser ella misma el principio consecuencialista; pero como el concepto es empleado en el principio, éste sería circular.

d) O el consecuencialismo puede emplear un concepto estipulativo de causa que puede ser puramente descriptivo sin que recurra a norma alguna, sea crítica o positiva; sin embargo, esto conduce a juicios morales seriamente contraintuitivos (como el de que la acción de concebir al padre de un asesino es tan disvaliosa como la de este último de acuchillar a la víctima, ya que ambas son igualmente condiciones necesarias de la muerte de ésta).

En suma, el consecuencialismo es, o bien esclavo de la moral positiva, por aberrante que ésta sea, o se reduce al deontologismo o es circular, o implica juicios morales implausibles.

El deontologismo, sin embargo, no está tampoco completamente inmunizado contra las dificultades creadas por el concepto normativo de causa. Esto es así porque los principios deontológicos —como la prohibición de matar, o, en un plano más abstracto, el principio de inviolabilidad de la persona— también recurren a la noción de causa, frecuentemente a través de la descripción de una acción (p.ej., la de matar o la de sacrificar los intereses de otros) que la identifica por sus efectos causales. Por lo tanto, como este uso del concepto de causa por principios deontológicos presupone normas, el deontologismo está también amenazado por el riesgo de circularidad o del regreso al infinito.

No intentaré resolver aquí este complejo problema, aunque vislumbro que entre las posibles salidas está la alternativa de formular normas primitivas que recurran a descripciones no causales de acciones (p.ej., descripciones en términos de rasgos intrínsecos de los movimientos corporales) o intentar formar un círculo plausible de normas que se den apoyo mutuo.

La pregunta que deseo, en cambio, contestar es: si la causalización de resultados que frustran derechos individuales ya no nos sirve como hecho “duro” para discriminar qué acciones y omisiones son violatorias de tales derechos, ¿cómo podemos

determinar el alcance de éstos? ¿cómo podemos dirimir la divergencia en este punto crucial entre el liberalismo conservador y el igualitario?

Hemos visto que los juicios que adscriben efectos causales a las omisiones presuponen expectativas de comportamiento activo, y que esas expectativas deben ser justificadas. Ahora bien, puede ser esclarecedor determinar por qué las expectativas de comportamiento activo son tan limitadas y raras en las sociedades abiertas, a diferencia de lo que ocurre bajo regímenes totalitarios; ello puede ayudar a detectar qué valor está en juego detrás de esa limitación de las obligaciones activas, y apreciar luego si ese valor no podría ser preservado aun cuando se produjera cierta expansión de las obligaciones de realizar servicios positivos en favor de terceros.

P. J. Fitzgerald³² sostiene que el deber de abstenerse de cierta acción sólo cierra *una* avenida de actividad, mientras que el deber de realizar una acción positiva cierra *todas* las avenidas menos una; el mismo punto es retomado por Richard L. Trammell³³, quien hace notar la mayor facilidad con que son cumplidos los deberes negativos en relación con los positivos³⁴.

Esto se puede ilustrar fácilmente con un ejemplo trivial: si el gobierno me prohíbe usar corbata roja, tengo todavía una serie de posibilidades abiertas en cuanto al uso de corbata; en cambio, si el gobierno me obliga a usar corbata negra, todas las otras alternativas referentes al uso de corbata quedan precluidas. Si se expandieran considerablemente nuestros derechos positivos, como surge de la concepción de Glover, nuestras alternativas de conducta se reducirían en una proporción mucho mayor que con una correlativa expansión de los deberes negativos. Por eso sugerí en el trabajo aludido que con una concepción moral semejante se restringiría inaceptablemente la posi-

³² Fitzgerald, P. J., *Acting and Refraining*, en "Analysis", 1967, t. XXVII, p. 331-339.

³³ Trammell, Richard L., *Saving and Taking Life*, en "The Journal of Philosophy", p. 131.

³⁴ Debo a Martín D. Farrell el haberme llamado la atención sobre estos argumentos.

bilidad de cada uno de elegir y llevar a cabo su propio plan de vida.

Ahora queda en claro que el valor subyacente a la actual configuración de expectativas de servicios positivos en sociedades liberales es la preservación de la autonomía para desarrollar la forma de vida que cada uno elija. La concepción que estipula el deber moral de evitar cualquier mal que podamos evitar compele a adoptar como único plan de vida el del buen samaritano.

Pero, si es el valor de la autonomía el que está detrás de la actual limitación de las obligaciones activas, cabe preguntarse si es legítimo negarse a una expansión de tales deberes si se demostrara que ello lleva a una expansión de la autonomía. Como dice Hart, es posible que ciertas pequeñas restricciones a la libertad de elegir de algunos —como la constituida por un impuesto moderado— produzca una considerable ampliación en la libertad de más gente. La obligación de contribuir con dinero para subvenir a las necesidades de los meros favorecidos parece satisfacer esa descripción, porque no se trata de un acto que generalmente obstaculice canales importantes de realización personal (lo que los distingue, a pesar de la asimilación de Nozick, del trabajo forzado).

Sin embargo esta conclusión revela, aparentemente, que estamos de nuevo a fojas cero. Parece que hubiéramos arribado exactamente a la posición cuyo rechazo tomamos como nuestro punto de partida, luego de haber dado los siguientes pasos:

1) Se dijo que el principio de autonomía debe combinarse con el principio de inviolabilidad, que es el que gobierna la *distribución* de esa autonomía.

2) Luego se dijo que el alcance de los derechos generados por el principio de inviolabilidad de la persona depende de la medida en que se admita que ellos pueden ser violados por omisión.

3) Pero la admisión de que ciertas omisiones son violatorias de derechos está supeditada a la adscripción a tales omisiones de efectos causales que frustran tales derechos.

4) Esa adscripción depende de exigencias de un comportamiento activo que evite frustrar los derechos en cuestión.

5) No basta con tomar en cuenta las exigencias de comportamiento activo generalmente aceptadas; esas exigencias deben justificarse moralmente, con independencia de que tengan o no vigencia social.

6) La forma más plausible de justificar un mayor o menor alcance de las exigencias de comportamiento activo es en atención a la expansión de la autonomía de la gente.

7) De este modo el principio de inviolabilidad parece depender del principio de autonomía, ya que éste es el que fija el alcance de los derechos al establecer hasta qué punto ellos pueden ser violados por omisión.

8) Si el principio de inviolabilidad depende del de autonomía, el primero no puede servir para limitar a éste a través de derechos que controlan la distribución de la autonomía de la gente.

9) Por lo tanto, al final parece que sólo nos queda el principio de autonomía, el que, sin las restricciones impuestas por el principio de inviolabilidad, funciona como un principio que fija un objetivo social colectivo que debe maximizarse de un modo agregativo.

10) De esta forma, la teoría resultante sería, contra nuestro punto de partida, del tipo del utilitarismo, sólo que el objetivo social a satisfacer agregativamente no sería la maximización de la felicidad o el bienestar, sino de la autonomía global del conjunto social. Habría que admitir, por lo tanto, sacrificios en la autonomía de algunos individuos en aras de un incremento neto de la suma de la autonomía de todos los individuos. Caeríamos, entonces, en un liberalismo agregativo.

5. LA SOLUCIÓN DEL LIBERALISMO IGUALITARIO

Alguien —como Robert Nozick— podría alegar en este punto que la única forma de hacer lugar al principio de inviolabilidad de la persona evitando así el enfoque holístico de la moral —que como vimos en el capítulo VI, ignora la separabilidad de los individuos o postula puntos de vista ficticios— es evitando entrometernos en la autonomía de la gente, dejando que cada uno goce del grado de autonomía que ha obtenido debido a la concatenación de circunstancias moralmente inobjetables.

Cualquier interferencia en la autonomía que los individuos han conseguido –gracias sobre todo a actos voluntarios de terceros– implica sacrificar a los individuos cuya autonomía se restringe como un mero medio para beneficiar a terceros. La respuesta liberal-conservadora al dilema con que concluyó la sección anterior es, pues: “¡Dejen que la autonomía se distribuya espontáneamente, es decir según hechos no dirigidos deliberadamente a efectuar esa distribución (la ‘mano invisible’) y que no violan los derechos de nadie; cualquier intento de intervenir deliberadamente en esa distribución es inaceptable, puesto que no hay ninguna forma legítima de redistribuir esa autonomía sin usar a ciertos hombres como meros medios en beneficio de otros!”.

Sin embargo, la réplica obvia a esta posición es que ella también implica sacrificar a ciertos hombres en beneficio de otros, fundamentalmente *por omisión*. El abstencionismo que se predica consiste en aliarse *pasivamente* con hechos que, si bien son moralmente inobjectables (en el sentido de que *en sí mismos* no involucran violaciones de derechos), son moralmente irrelevantes para justificar que la frustración de los proyectos vitales de algunos haga posible la satisfacción de los planes de vida de otros. El hecho de tener más talento, o de haber estado exento de accidentes o de estar en posesión física de un bienpreciado por otros (para no hablar de circunstancias como la de haber recibido mejor educación o la de tener padres ricos), no da suficiente justificativo moral para apropiarse exclusivamente de los frutos de tales contingencias. Aunque es cierto que no viola el derecho de nadie la circunstancia de que mucha gente esté dispuesta a pagar voluntariamente unos pesos a alguien para, por ejemplo, poder disfrutar de su virtuosismo deportivo (según el famoso ejemplo de Nozick relativo a Wilt Chamberlain³⁵), en cambio el hecho de que el individuo retenga todo lo que en esta forma recibe, sí podría ser violatorio de los derechos de terceros. Esa retención permite al individuo satisfacer sus planes en mayor medida que lo que lo pueden hacer otros, gracias a que su omisión de compartir con otros el producto de su virtuosismo limita las posibilidades de éstos de

³⁵ Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, p. 160 y siguientes

satisfacer sus propios planes. La voluntariedad en la cesión de algo justifica la pérdida de ese algo por el cedente pero no necesariamente su retención por el adquirente.

Claro está que el liberal conservador podría en este punto objetar que no se puede hablar de *omisión* si no se presupone deberes de actuar y que esos deberes activos deben justificarse de un modo que a su vez no implique sacrificar a ciertos individuos en beneficio de otros. Frente a esto, las posiciones holistas como las de Singer y Glover, responderían que la idea de sacrificio no tiene sentido si no se define aquello a que se tiene derecho, y que ante la imposibilidad de justificar un principio primitivo de distribución, los derechos surgen de lo que es funcional para maximizar un bien tal como la suma agregada de la autonomía de los individuos. De este objetivo se infieren derechos y, por lo tanto, deberes. El uso de otros hombres como meros medios por omisión se daría cuando no se provee a otros de los bienes o recursos cuya posesión por parte de ellos maximizaría la autonomía global, mientras que su retención por parte de los poseedores originales limita la expansión de esa autonomía global.

Por otra parte, el liberalismo conservador —continuaría la réplica— no sólo involucra usar a otros hombres como meros medios por omisión: el que nos podamos apropiar, excluyentemente, de los frutos de nuestros talentos, de atributos físicos, de la circunstancia de habernos visto libres de infortunios accidentales, de la posesión física de recursos, de las acciones voluntarias de otros que nos favorecen, etc., depende de la existencia de un *sistema jurídico* que nos otorga derechos de esa índole jurídica sobre tales frutos y nos permite controlar las fuentes de que derivan. Sin un orden jurídico que asigne a algunos individuos el control excluyente de ciertos recursos y que dé validez irrestricta a los actos de disposición de bienes que hacen otros individuos para poder gozar de ese recurso, sería imposible la apropiación de los frutos de éste. El mantenimiento y preservación de ese orden jurídico involucra *actos positivos* y no sólo omisiones. En la medida en que ese orden no esté moralmente justificado —y no puede estarlo de un modo que presuponga su misma existencia (como hace Nozick cuando asume la eficacia legitimizadora de los actos voluntarios de

otros o de la posesión física de recursos)—, los actos positivos dirigidos a asegurar su vigencia constituyen otros tantos intentos de sacrificar la autonomía de ciertos individuos para favorecer la de otros.

La autonomía con que cuenta cada individuo para elegir y materializar planes de vida no es un atributo que (como, p.ej., la inteligencia) sea independiente del grado en que es poseído por otros. Al contrario, la autonomía de cada individuo depende, al menos en parte, de la de los demás, y es algo que cada uno debe parcialmente a los demás, en el sentido de que la posee gracias a las limitaciones en la autonomía de los demás. Por ejemplo, mi libertad de transitar libremente está determinada, en parte, por la limitación de la libertad de los demás de *interponerse* en mi camino. La autonomía no viene *parcelada naturalmente*; la ilusión de que sí lo está deriva en parte de la “naturalización” del derecho (ésta es una de las funciones implícitas que cumplen la teoría del derecho natural y ciertas distinciones más sofisticadas como la que sugiere Hayek³⁶ entre “nomos” y “taxis”).

La comprensión de que la autonomía de los individuos no está dividida en forma natural sino que su parcelamiento depende de normas jurídicas que deben ser moralmente justificadas lleva a ver a la autonomía conjunta de un grupo de individuos como un todo continuo. De ahí el atractivo del liberalismo holista, representado, por ejemplo, por la *Welfare Economics*, que concibe como objetivo moral supremo el aumento de esa autonomía global, asignando a los individuos diferentes participaciones en esa autonomía según sea conducente para su maximización. Pero las falencias del enfoque opuesto, constituido por el liberalismo conservador, no nos deben hacer perder de vista el nudo del dilema con que se cerró la sección anterior: que esta concepción agregativa, como vimos en el capítulo III, ignora la separabilidad entre las personas y hace una reconstrucción errada del punto de vista moral al tratar los intereses de distintos individuos como si fueran los de una misma

³⁶ Ver Hayek, F. A., *Law, Legislation and Liberty*, London, 1979, vol. I, cap. II.

persona. El hecho de que el principio de inviolabilidad de la persona parezca depender del de autonomía constituye un motivo de grave desconcierto y no una conclusión que pueda aceptarse sin violentar nuestras convicciones más arraigadas. Por eso es que la circunstancia de que el liberalismo holista pueda mostrar que el liberalismo conservador incurre en el uso, principalmente pasivo, de ciertos hombres como instrumentos de otros no lo exime a él mismo de incurrir también en ese abuso (o, por lo menos, ya que es difícil articular la cuestión de este modo por la dificultad de fundamentar, bajo este enfoque, la existencia de deberes activos que no surjan del objetivo colectivo, el liberalismo agregativo no está eximido del cargo de desconocer la separabilidad entre personas que *está detrás* de la prohibición de usar a los hombres como meros medios).

De este modo, una vez que se acepta como valor la autonomía personal y se entra así por la ancha avenida del liberalismo, aparece una bifurcación cuyos ramales son igualmente insatisfactorios, y lo son, en el fondo, por la misma razón: el ramal del liberalismo holista, orientado al incremento de la autonomía global de un grupo como si se tratara de un solo individuo, y el ramal del liberalismo conservador, que pretende que la autonomía se distribuya espontáneamente, ignorando que esto implica, por un lado, contribuir pasivamente a que se materialice lo que es sólo en apariencia una distribución “natural”, y, por el otro, apoyar activamente al orden jurídico que permite esa presunta distribución “espontánea” (asignando consecuencias normativas a circunstancias fácticas moralmente irrelevantes).

Pero este dilema entre el liberalismo holista (representado por la “economía del bienestar”) y el liberalismo conservador (representado por la “economía del *laissez faire*”) es un falso dilema: hay un tercer ramal que está constituido por un *liberalismo genuinamente igualitario* (aunque el liberalismo agregativo, como en el caso de Singer y Glover, puede estar como vimos inspirado en ideales igualitarios, su enfoque holista frustra tales ideales). Esta tercera vía no consiste en maximizar la autonomía global ni en dejar intacta la autonomía que cada uno parece (ilusoriamente) haber alcanzado por sí mismo; con-

siste, en cambio, en *maximizar la autonomía de cada individuo por separado en la medida en que ello no implique poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos*. Esto implica una directiva de expandir siempre la autonomía de aquellos cuya capacidad para elegir y materializar planes de vida esté más restringida. Como se advierte fácilmente, esta directiva está implícita en el principio de diferencia de Rawls³⁷.

Esta posición igualitaria es, creo yo, la que resulta de la articulación más plausible de los principios liberales expuestos. Es, en realidad, la *única* que concede efectos relevantes al principio de inviolabilidad de la persona (ignorado, como vimos, tanto por el liberalismo conservador como por el agregativo) sin que por ello menoscabe la aplicabilidad de los restantes principios. La política de maximizar la autonomía de cada individuo siempre que no se haga a costa de una menor autonomía comparativa de otros individuos, al mismo tiempo que satisface el principio de autonomía propendiendo a la expansión de ésta, no lo hace en desmedro del principio de inviolabilidad al no permitir el sacrificio de ciertos individuos en beneficio de otros. Esto es así porque yo trato a otro como un mero medio para mis propios fines *sólo* cuando mis actos hacia él implican que yo le reconozco *menos* autonomía de la que reclamo para mí³⁸. En cambio, yo no utilizo a otro como un instrumento cuando dejo de reconocerle un grado de autonomía de que él sólo podría gozar si yo u otra persona tuviéramos menos autonomía que él. ¡En este caso yo me estaría usando a mí mismo, o estaría usando a la tercera persona, como un mero medio!

Al mismo tiempo, esta posición igualitaria refuerza el principio de dignidad de la persona, ya que la atribución de igual valor al consentimiento de todo individuo normal y adulto –como se hace, entre otras áreas, en el derecho contractual, matrimonial y penal– presupone una equiparación entre las posibilida-

³⁷ Rawls, *A Theory of Justice*, cap. II, secc. 11-12.

³⁸ Tal vez esté aquí la conexión tan buscada entre las dos primeras formulaciones del imperativo categórico kantiano, ya que como dicen Benn y Peters (*Social Principles and the Democratic State*, p. 50), el tratar a otros como instrumentos es ciertamente un caso de ser indebidamente parcial hacia nuestros propios intereses.

des de elección. Sólo en una sociedad igualitaria no se corre el riesgo de que se pretenda ampliar las excusas tradicionales (p.ej., las de locura o necesidad) a otros tipos de condicionamientos causales (como los generados por ignorancia o miseria), pues en esa sociedad las nuevas excusas serían aplicables en forma general y, en consecuencia, su admisión destruiría la estructura básica consensual que, como vimos en el capítulo anterior, subyace en mayor o menor grado a toda sociedad humana conocida. Por lo tanto, una posición progresista en esta materia no debe estar dirigida a expandir el conjunto de excusas, pues con ello se restringe correlativamente el valor del consentimiento de los "beneficiarios", no sólo en áreas como la penal sino —para ser coherentes— en áreas como la matrimonial, con lo que se mengua su dignidad como personas; el objetivo debe ser, en cambio, expandir en forma igualitaria las posibilidades de elección. Aun cuando el grado de libertad de que dispone cada uno sea relativamente bajo, su distribución igualitaria contribuye al reconocimiento de la dignidad de cada individuo, pues esa equiparación hace que nadie pueda pretender que él mismo u otro está incapacitado para tomar una decisión (no obstante ser maduro y normal) cuando no hay ningún otro que esté en mejores condiciones para hacerlo y alguien tiene que adoptar la decisión.

Adviértase que este liberalismo igualitario no exige, como bien lo ha señalado Rawls, una igualdad matemática en el grado de autonomía de que todo el mundo goza. Como surge del principio de diferencia de este autor, puede haber considerables variaciones en ese grado de autonomía siempre que la extensión de los grados mayores de autonomía no se haya producido a costa de una menor autonomía de otros. Dado que la autonomía está, como antes se dijo, interconectada, difícilmente ocurrirá eso si no es porque el goce de una mayor autonomía por parte de algunos contribuye a que otros gocen de un grado más extenso de autonomía que el que de otro modo tendrían, aunque sea menor que el que gozan los primeros individuos. Esto está vinculado con la necesidad de *incentivar* ciertas actividades o el desarrollo de inclinaciones que benefician a los menos afortunados por la "lotería natural" (según expresión de Rawls). La descalificación de tales incentivos en pro

de una igualdad se debería principalmente a actitudes de *envi-dia*, que no parecen racionales cuando su satisfacción fuera en detrimento de la propia autonomía. Aquí se ve claro que el liberalismo igualitario no busca la igualdad por la igualdad misma; busca más bien la expansión de la libertad; pero, a diferencia del liberalismo conservador y del agregativo advierte que el fenómeno de la separabilidad de las personas hace que no sea irrelevante la *localización* de esa libertad que se procura incrementar. No da lo mismo que la autonomía expandida se concentre en algunos individuos más que en otros. Por eso es que hay que expandir la autonomía de cada individuo por separado, siempre que para ello no se utilice a otros individuos como instrumentos, reduciendo su propia autonomía hasta un grado inferior de la autonomía que se expande (esta idea de la utilización de los individuos como instrumentos está conectada con la idea marxista de explotación, pero es claramente diferente³⁹).

Si una posición igualitaria es la única que da cabida al principio de inviolabilidad de la persona en un sistema liberal, entonces es también la única que reconoce plenamente la función de los derechos humanos, que, como vimos, consiste en “atrincherar” ciertos intereses, oponiendo barreras a su sacrificio en aras de la satisfacción de los intereses de otros. Por lo tanto, a diferencia de lo que supone Nagel⁴⁰ en el desarrollo que mencionamos en el capítulo VI, la concepción igualitaria no es una alternativa a la concepción que él llama “de los derechos”; si no se quiere que la primera se confunda con un enfoque agregativo y que la segunda vede sólo *un* tipo de utilización de unos hombres por otros –la de índole activa– pero no la de carácter pasivo, ambas concepciones se identifican⁴¹.

³⁹ La idea marxista de explotación está, como se sabe, vinculada al hecho de que un productor es “obligado” a realizar un trabajo que produce plusvalía de la que se apropia el capitalista (Marx, Karl, *El capital*, Moscú, 1961, vol. 1, p. 217). La idea que aquí se maneja es más general, ya que se aplica a cualquier relación interpersonal. Ella se aproxima más a la noción que maneja Ackerman (*Social Justice in the Liberal State*, cap. 8), aplicable a cualquier situación en que haya un sacrificio desigual.

⁴⁰ Nagel, *Equality*, en “Mortal Questions”.

⁴¹ En el marco de este liberalismo igualitario las omisiones son asimiladas a las acciones en la medida en que un comportamiento positivo sea eficaz

6. LOS DERECHOS “NUEVOS” Y LA ESTRUCTURA ECONÓMICA

El liberalismo igualitario conduce, por lo tanto, a reconocer un alcance de los derechos tal que permita la expansión de la autonomía de los individuos que no se haga a costa de una menor autonomía de otros. Dado que, como vimos en el capítulo V, la autonomía se satisface más que nada a través de la provisión de *recursos* para que los individuos los empleen libre-

para expandir o para evitar que se deteriore la autonomía de algún individuo. Esta propiedad de tal comportamiento determina que él sea *prima facie* debido según el principio de autonomía; esta calificación es suficiente, según creo, para adscribir efectos causales a la respectiva omisión. Pero esto no quiere decir que haya necesariamente un *deber* de realizar el comportamiento en cuestión: en el cap. I vimos la diferencia entre que una acción sea debida y que haya el deber de realizarla; allí se dijo que sólo la primera calificación está presupuesta en el concepto de derecho, y ahora se agrega que ella es quizá suficiente para adjudicar a la correspondiente omisión efectos causales dañosos. Sin embargo, para que haya un deber de actuar tiene que darse, además, la posibilidad de hacerlo, y sobre todo, según surge del principio de inviolabilidad de la persona, la ausencia de peligro de que la acción en cuestión disminuya el grado de autonomía del agente o de un tercero hasta un nivel inferior al del grado de autonomía de otro individuo que la acción tiende a preservar o expandir.

Por otro lado, el hecho de que, para este liberalismo igualitario, es la autonomía lo intrínsecamente valioso, mientras que todos los demás bienes son, en diferentes grados, valiosos como instrumentos para esa autonomía, evita el problema del utilitarismo de concluir que los individuos deben actuar incesantemente para evitar males mayores que cualquier beneficio que acciones alternativas pudieran involucrar: si el agente no ha elegido libremente como plan de vida el de dedicarse a la salvación de, p.ej., la vida, la salud, etc., de los demás, la actuación constante en esa dirección implicará en algún punto aniquilar su propia autonomía, o sea su capacidad para elegir y materializar un plan de vida. Si bien él no tiene derecho a un grado mayor de autonomía que el de la que gozan otros y, por lo tanto, debe contribuir para que los demás tengan recursos para gozar de ese grado de autonomía igual, su deber cesa cuando la preservación de bienes instrumentalmente importantes de los demás —como su salud— implica perder un bien que, aun cuando sea tal vez inferior —como el de gozar de cierto tiempo libre o ejercer un trabajo satisfactorio— es indispensable para su plan de vida, de modo que si perdiera ese bien estaría al menos en iguales condiciones, en lo que hace al grado de autonomía, que el individuo cuyo bien mayor está en peligro. Esto presupone que, si bien, como vimos, es necesario dar prioridad a la igualdad de recursos, hay un punto en que ella debe ser contrabalanceada con la igualdad de materialización de planes de vida.

mente en la satisfacción de sus preferencias (corriendo con la responsabilidad de sus eventuales preferencias caras), esta concepción tiende, con las reservas ya mencionadas, a la igualdad en la posesión de esos recursos, compensándose con recursos sociales (dinero, etc.) las deficiencias en cuanto a los recursos naturales (uso de los miembros, etcétera). Esto implica que el acceso a ciertos bienes no sólo debe estar expedito de obstáculos sino también facilitarse positivamente. Ello hace que casi todos los derechos tengan un componente negativo y otro positivo. El derecho a la vida y a la integridad corporal, por ejemplo, no sólo comprende el verse libre de actos que pueden involucrar muerte o lesiones sino también el contar con los beneficios de una medicina preventiva y curativa adecuada, con albergue, abrigo y posibilidades de descanso satisfactorio, etcétera. Del mismo modo, el derecho a la libre expresión de ideas no se satisface sólo removiendo los obstáculos a esa expresión sino también ofreciendo los instrumentos que la hagan posible (como el acceso a los medios de comunicación masiva, etcétera).

De este modo, son los mismos principios que justifican los derechos clásicos los que sirven también de fundamento a los nuevos derechos humanos; es inconsistente reconocer unos y desconocer los otros⁴². En realidad, unos y otros derechos humanos no son sino aspectos de los mismos derechos, que en un caso se satisfacen por acción y en otro por omisión. Sin embargo, hay derechos nuevos que conviene verlos, más que como aspectos de los derechos clásicos, como *instrumentos* para la satisfacción de esos derechos, ya que su conexión con el acceso al bien de que se trata no es directa; tal es el caso, por ejemplo, del derecho a vacaciones pagas respecto del derecho a la integridad física y psíquica.

En ciertos casos el ideal del liberalismo igualitario se satisface, aparentemente, no mediante la expansión de los derechos clásicos o el reconocimiento de nuevos derechos instrumenta-

⁴² Esto justifica que la teoría que reconoce estos derechos "nuevos" sea calificada de "liberal": ella se propone hacer explícito lo que ya estaba contenido en el pensamiento que endosaba los derechos "clásicos".

les, sino mediante lo que a primera vista parece una restricción de los derechos clásicos. Esto ocurre cuando es legítimo ejercer, tal como veremos en el capítulo X, un paternalismo estatal que debe ser despojado de connotaciones perfeccionistas. Este efecto restrictivo se advierte sobre todo en el caso de la regulación de algunos contratos, como los que se celebran en materia laboral. Sin embargo, esa regulación en una sociedad igualitaria es necesaria para impedir que se supedite la autonomía de algunos a la de otros, dadas las circunstancias fácticas que condicionan el poder de negociación de las partes. No se trata de dejar de lado la voluntad de los participantes sino de ofrecer un marco para que ella pueda hacerse efectiva; no se vulnera, por lo tanto, el principio de la dignidad de la persona.

Esto está relacionado, como es obvio, con un vasto y complejo tema que hasta ahora pudimos eludir pero que es necesario al menos tocar tangencialmente a esta altura de nuestro desarrollo: me refiero al tema de la *estructura económica* que presupone este modelo liberal igualitario.

Como se sabe, hay muchos que sostienen que un liberalismo sociopolítico como el que se está defendiendo implica necesariamente un liberalismo económico, y hay otros que afirman, por el contrario, que tal liberalismo económico está necesariamente excluido por aquella concepción de filosofía social. Frente a estas posiciones creo que es importante destacar que ningún sistema económico está lógicamente implicado por una concepción dirigida a expandir igualitariamente la autonomía de la gente, y que la validez de uno u otro sistema estará dada por su eficacia como *instrumento* para satisfacer ese ideal.

Para ver esto con un poco más de atención –aunque la que puedo dedicar aquí dista de ser la debida– es conveniente distinguir en un sistema económico el subsistema de control sobre ciertos bienes y recursos y el subsistema de intercambio de tales bienes y recursos⁴³.

⁴³ Como introducción al análisis comparado de los sistemas económicos, ver Lajugie, Joseph, *Los sistemas económicos*, tr. Ida D. de Guerrero, Bs. As., Eudeba, 1960, y Pigou, A. C., *Socialismo y capitalismo comparados*, tr. M. Sacristán y M. Pastor, Barcelona, 1971.

En cuanto al subsistema de control sobre bienes y recursos, es bastante claro que la concepción que se expone requiere que se provea un acceso igualitario (con la interpretación que hemos visto de esta exigencia) al control individual de recursos de valor económico que son necesarios para la elección y materialización de planes de vida. Si el control de esos recursos es de carácter colectivo, la posibilidad de utilización por parte del individuo depende de las decisiones del grupo, lo que va en desmedro de su autonomía personal. Esto implica un régimen equivalente a la propiedad privada, distribuida equitativamente y cuya estabilidad debe ser respetada, sobre bienes que son indispensables para la persecución de planes de vida.

Sin embargo, hay tres aclaraciones que deben hacerse a este respecto. La primera es que ese control individual de bienes y recursos se extiende a los de uso en la persecución de planes de vida, pero no necesariamente a los que son necesarios para producir los primeros, y cuya posesión no forma parte esencial de planes de vida. Si bien para satisfacer mi plan de vida tengo que tener un cierto control sobre el uso de, por ejemplo, una cierta cantidad de electricidad, eso no implica necesariamente que yo u otro debe tener un control individual sobre la usina que la produce. Si esto debe ser así o no es todavía mucho más claramente instrumental: dependerá de cuestiones tales como si ello garantiza o frustra una distribución equitativa de electricidad, si ello es o no eficiente para una mayor producción de energía con la consiguiente expansión de la autonomía de la gente, si ello implica o no conceder a cierta persona o grupo un poder que puede ser utilizado para menoscabar la autonomía de la gente en otros aspectos, etcétera. Todas éstas son cuestiones fácticas, que aunque muy complejas, pueden ser resueltas a través de investigaciones empíricas.

La segunda aclaración es que el hecho de que el ideal de autonomía requiera un control individual sobre ciertos bienes o recursos no implica que los individuos no puedan renunciar voluntariamente a ese control individual para así satisfacer mejor, en forma colectiva, sus planes de vida. Eso es lo que ocurre con los distintos tipos de sociedades, asociaciones y cooperativas, algunas de índole *total* como las que mencionamos en el capítulo V, que se basan en la cesión del control individual

de ciertos bienes a órganos colectivos que persiguen objetivos comunes.

La última aclaración es que el acceso igualitario a un control individual de bienes y recursos no sólo debe mantenerse a lo ancho de una cierta generación, sino también preservarse a lo largo de distintas generaciones. Como en este caso es muy grande la necesidad de estimular la creación de recursos ampliando el horizonte de la propia vida, probablemente aquí el sistema más satisfactorio –aunque de nuevo la cuestión depende de verificaciones empíricas– sea el mantenimiento de la sucesión hereditaria, de padres a hijos, pero gravada con impuestos progresivos que tiendan a una distribución equitativa también a través de las generaciones.

En relación con el subsistema de intercambio de bienes y recursos también aquí es aplicable el principio de que la elección de uno u otro modelo no está lógicamente determinada por el ideal de una expansión de la autonomía individual equitativamente distribuida, sino que depende de la funcionalidad técnica de uno u otro modelo para satisfacer ese ideal.

Como se sabe, los modelos existentes para regular el intercambio de bienes son fundamentalmente dos: el mercado libre de mercancías y servicios, que implica que sus valores comparativos se establecen a través del juego de oferta y demanda, y el modelo de la fijación de esos valores a través de las decisiones de ciertos órganos, generalmente estatales. La adopción de uno u otro modelo tiene una *relativa* independencia respecto de los diversos regímenes de control de recursos.

Sin entrar a analizar la cuestión en profundidad, es evidente que el modelo del mercado libre tiene una clara ventaja funcional para una concepción liberal igualitaria: en ciertas condiciones él es, como afirma Dworkin⁴⁴, el mejor sistema que se conoce para medir la intensidad de las preferencias subjetivas de ciertos individuos por determinados bienes, *vis-à-vis* las de otros individuos. En la medida en que el individuo debe hacer una oferta para obtener cierto bien sobre el que otra perso-

⁴⁴ Dworkin, Ronald, *What is Equality*, parte 2, "Equality of Resources", p. 283 y siguientes

na tiene control, lo que implica ceder el control sobre algún otro bien, es el propio individuo el que hace una jerarquización de sus preferencias. En el modelo alternativo es una autoridad ajena al individuo la que debe hacer esa jerarquización, lo que, en el mejor de los casos, acarrea el riesgo de errar en el intento de reflejar el orden de preferencias del individuo, y, en el peor, puede involucrar una concepción perfeccionista, que implica imponerle al individuo una cierta jerarquía de intereses, la acepte él o no. Buena parte del desarrollo acerca de las *necesidades humanas* tiene este sesgo perfeccionista, aunque en seguida veremos el aspecto en que ella es rescatable.

Por otro lado, el funcionamiento del mercado hace posible que en la formación de las preferencias de los individuos se tengan en cuenta las de otros individuos, y este intento de coordinación constituye, como vimos, una de las formas en que se manifiesta nuestra actitud de tomar en serio manifestaciones de voluntad de otros. Esto es así porque el valor de los recursos que uno procura obtener a través del mercado dependerá de las preferencias de *otros* por ese recurso (el hecho de que haya muchos con la misma preferencia constituye una suerte para el individuo si se trata de un recurso que se abarata con la producción en escala, y un infortunio si consiste en un bien escaso). La circunstancia de que el individuo deba tomar en cuenta, en la formación de sus preferencias, las de otros individuos, en virtud del costo que ello impone sobre la satisfacción de las primeras, lo hace responsable de tales preferencias de un modo en que no puede serlo en relación a accidentes u otras propiedades fuera del control de la voluntad. Esto, como se dijo, parece estar involucrado, tal como vimos en el capítulo VII, en el principio de dignidad de la persona, y es lo que fundamenta, como se mencionó en el capítulo V, que muchos autores liberales se inclinen por la idea de que lo que hay que distribuir equitativamente no es bienestar sino recursos para que cada uno tenga igual chance de perseguir su propio bienestar (esto exige, como vimos, compensar con recursos sociales las deficiencias en cuanto a los recursos naturales).

Si el mercado parece un medio técnicamente adecuado para que se expresen las preferencias de los individuos y se diriman según su relativa intensidad, ello es así, como dice

Dworkin⁴⁵, sólo si todos los individuos entran al mercado en igualdad de condiciones. Es obvio que si los recursos con que algunos ingresan al mercado son considerablemente superiores a los de otros (o si desarrollan prácticas de tipo monopolístico), las preferencias de los primeros triunfarán sobre las de los últimos aun cuando su intensidad sea menor. Esto exige una severa vigilancia del funcionamiento adecuado del mercado y una amplia redistribución inicial —cosa que está presupuesta con una vastísima extensión aun en un esquema tan conservador como el de Nozick⁴⁶— y, además, requiere correcciones periódicas para restablecer la igualdad inicial (dejando margen para incentivos y para la asunción de riesgos). Un sistema de impuestos progresivos aplicados a las ganancias parece estar aquí indicado.

Como estas correcciones son imperfectas, probablemente sea conveniente que ciertos bienes a los que los individuos tienen un derecho básico —como la atención médica— sean excluidos del todo del mercado, sobre la base de que la preferencia intensa por ellos como elemento esencial de los planes de vida de los individuos es prácticamente universal: éste es el aspecto rescatable de la idea de necesidades humanas. Si bien una organización social respeta en principio el derecho a la integridad física si asegura a los individuos un ingreso suficiente como para que compren en el mercado la atención médica adecuada sin tener que sacrificar para eso un bien que sea para ellos aun más vital, sin embargo es de prever que en la práctica se producirán serios desequilibrios en el poder adquisitivo de algunos individuos (que no pueden ser corregidos de inmediato) de modo que el sistema del mercado libre va a terminar por vulnerar en esos casos el derecho a la salud.

Se puede alegar que muchos de los mecanismos mencionados aquí al pasar requieren una intervención muy activa de organismos centralizados, que de este modo pueden adquirir un poder del que es muy probable que abusen en desmedro de la autonomía de ciertos individuos y en favor de la de otros.

⁴⁵ Dworkin, *What is Equality*, parte 2, p. 284.

⁴⁶ Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, p. 152, 153 y 231.

Creo, en primer lugar, que esto, así como también la probabilidad de abusos por parte de grandes empresas privadas, es una cuestión empírica que hay que verificar y neutralizar en la práctica. El liberalismo igualitario no es *a priori* estatista o privatista sino que está abierto a cualquier *demonstración* de que organismos creados para asegurar una autonomía distribuida igualitariamente en realidad la menoscaban, o de que sociedades privadas formadas para satisfacer planes de vida de algunos individuos florecen a costa de la frustración sistemática de las expectativas de otros. Para esta posición, una vez aceptado que la meta es expandir la autonomía de cada uno sin poner en situación de menor autonomía a otros, el rol que en esto pueden tener organismos estatales y corporaciones privadas es una cuestión de ingeniería social, que exige investigaciones empíricas y el empleo de mecanismos de contralor y corrección (tales como leyes antimonopólicas efectivas). En segundo lugar, el mayor o menor peligro que pueda representar para la consecución de aquella meta la formación de instituciones públicas o privadas poderosas, dependerá en parte del tipo de *gestión* que se imponga en tales instituciones. Una gestión democrática (que refleje las opiniones de todos los afectados por la actuación de la institución, como obreros, consumidores, etc.) contribuye, como veremos en el próximo capítulo, a atenuar ese peligro⁴⁷.

⁴⁷ Hay una cuestión que debe enfrentar el liberalismo igualitario y que no es, a diferencia de las anteriores, de tipo técnico o instrumental. Se dijo en el desarrollo central de esta sección que la única forma de no usar a otros como meros medios cuando se expande la autonomía de ciertos individuos es cuidando que ello no implique poner a otros en situación de menor autonomía relativa. Esto supone que si no se asigna (activa o pasivamente) a algunos individuos recursos que podrían ampliar la autonomía de otros con menor libertad de acción que los primeros, se está sacrificando a estos últimos en aras del beneficio de aquéllos. Aquí se plantea una cuestión que fue recientemente entrevista, entre otros, por James S. Fishkin (*The Limits of Obligation*, New Haven, 1982): si se concluye que tenemos la obligación positiva de transferir recursos a aquellos con menor autonomía comparativa que nosotros y esto se aplica no sólo en el seno de un Estado sino también en la comunidad internacional, todos terminaremos con un nivel de vida (y de autonomía) sólo ligeramente superior al de la gente más desamparada (digamos, los refugiados camboyanos). Aunque ésta es una cuestión que se presenta con más gravedad en

7. LOS BENEFICIARIOS DE LOS DERECHOS

Antes de terminar este capítulo debe encararse, aunque sea en forma somera, un tema que quedó pendiente desde el capítulo I y que, del mismo modo que la cuestión de las conductas que violan los derechos y de los deberes que los protegen, también afecta al alcance de los derechos individuales y

las relaciones internacionales, que no son consideradas en este libro, conviene que nos detengamos un momento a analizarla.

Fishkin ve la cuestión como un dilema –cuya solución él no propone– entre, por un lado, nuestro presupuesto de que hay un límite para el heroísmo que podemos exigir de la gente y de que todos gozamos de una zona de indiferencia moral (de modo que no todo lo que hacemos está supeditado al juicio de que había algo que debíamos moralmente hacer en su lugar), y, por el otro, nuestra convicción de que tenemos obligaciones generales y positivas de ayudar a otros cuando ello represente un sacrificio menor para nosotros. Esto último trae aparejado, cuando se aplica a grandes grupos humanos, una especie de “efecto de tobogán” que hace que los individuos se vean sometidos, en forma acumulativa, a grandes sacrificios. Este dilema, como vimos, es resuelto por autores como Nozick negando la existencia de obligaciones positivas. Además de recalcar que, como se menciona en la nota 41, el deber de actuar de un individuo surge sólo cuando su autonomía no corre el riesgo de disminuir hasta un grado mayor o igual que el grado de autonomía de aquel a quien beneficia, yo percibo dos estrategias posibles para superar este dilema, estrategias que no son excluyentes sino más bien complementarias.

La primera consiste en profundizar la idea de una autonomía diferencial que contribuye a expandir la autonomía más restringida de algunos individuos. Si bien una transferencia de recursos en el plano internacional de, p.ej., el hemisferio norte al sur, produciría de inmediato, seguramente, efectos dramáticos en cuanto a la disminución de los índices de mortalidad, morbilidad, analfabetismo, etc., en el segundo ámbito, es de presumir que en algún punto la curva ascendente, que marcaría la consiguiente expansión de la autonomía de la gente en países subdesarrollados, se detendría y comenzaría a descender suavemente debido a la creciente reducción en la cantidad y calidad de medicinas, maquinarias, conocimientos técnicos, bienes culturales, etc., que se producen predominantemente en los países desarrollados y que los que no lo son importan de modo de expandir su propia autonomía. Esto sería así porque el nivel de cuasi subsistencia al que ingresarían los países industrializados en algún punto de la transferencia de recursos a los restantes países, afectaría la producción de los bienes mencionados –que requiere una gran concentración de capital– sin redundar mayormente en un desplazamiento de la capacidad de su producción hacia los países favorecidos (dado que éstos tampoco podrían lo-

por ende los conflictos que puede haber entre ellos. Me refiero a la clase de beneficiarios de los derechos morales básicos.

En el capítulo I vimos que no hay modo alguno de hacer que los derechos humanos estén condicionados por ciertas propiedades, como aquellas involucradas en la naturaleza humana. La alternativa que se apoyó es la de que los principios fundamentales que generan derechos son categóricos y que esos derechos son *erga omnes*. Es solamente una cuestión de hecho

grar esa concentración de capital). Lo mismo puede ocurrir en el seno de una misma sociedad. Éste no es, por supuesto, un argumento para negar la obligación de los más favorecidos de contribuir al progreso hacia un *status* igualitario de los que están en peor situación, sino que sólo indica la necesidad de identificar el punto en que esa contribución deja de ser tal, para ir en detrimento de la capacidad de seguir ayudando. La segunda estrategia consiste en circunscribir la clase de quienes deben ser positivamente ayudados en razón de que no hacerlo involucraría sacrificar a un miembro de esa clase en beneficio del omitente. No parece plausible suponer que esa clase esté constituida por todos los hombres, aunque todos ellos sean personas morales. Supongamos, p.ej., que cuando los europeos descubrieron América y se encontraron con que estaba habitada hubiesen querido evitar explotar a los indios que allí vivían y, para hacerlo de la manera más clara y absoluta posible, hubiesen decidido eludir todo contacto ulterior, dejándoles continuar tranquilamente con la vida que llevaban hasta ese momento. Según se podría inferir de lo que aquí se sugirió, de cualquier modo, en el ejemplo hipotético, los europeos habrían usado a los americanos como meros medios, ya que gracias a que no habrían transferido a éstos el excedente de sus mayores recursos es que habrían podido seguir gozando de una autonomía más extensa que la de los indios, sin que esa extensión mayor de la primera redundara en la expansión de la segunda. Pero esta conclusión es absurda; no se puede sostener que alguien utiliza a otro, o que lo sacrifica en su propio beneficio, cuando su situación no se ve alterada por la existencia o inexistencia del otro individuo. Esto parece sugerir que, si bien es necesario reconocer que los hombres son utilizados no sólo por comisión sino también por omisión, ella sólo puede darse en el marco de cierta interacción recíproca, o de ciertas instituciones, prácticas, etc., que sean comunes a unos y otros, y a cuyo mantenimiento contribuyen los individuos utilizados y de las que se benefician en algún grado los individuos que usan como medio a los primeros. Si se da esa interacción o esa práctica compartida (como se da en un ámbito nacional y como se daría en el ejemplo si los europeos decidiesen un buen día comenzar a comerciar con los indios), se verificaría el presupuesto para que rija la exigencia de un trato igualitario. De cualquier modo, esta cuestión, que, como dije, es más aguda en materia de relaciones internacionales que en el ámbito interno de un país, requiere mayor atención que la que aquí he podido dedicarle.

que algunos seres son capaces de gozar hasta cierto grado de los beneficios involucrados en los derechos básicos (el hecho de llamar a tales derechos "humanos" fue tratado no como resultado de un condicionamiento de la clase de beneficiarios, sino como resultado de la observación de que la mayoría de los individuos que gozan de esos derechos son, en el mundo contingente que conocemos, seres humanos).

En esta sección deseo explorar un poco más la cuestión de quiénes son los beneficiarios de los derechos fundamentales, una vez que tenemos desplegados ante nuestra vista los principios de los que ellos derivan (esto permite articular una teoría más rica de la persona moral que la concepción "fina" expuesta en el capítulo IV, como presupuesta por aquellos principios).

Los tres (o cuatro) principios de una concepción liberal de la sociedad que han sido expuestos en los capítulos V, VI y VII no condicionan sus consecuencias normativas a la posesión de algunas propiedades fácticas. Como dije, ellos son categóricos y se aplican a todos y a todo. Pero, por supuesto, para gozar de los beneficios que surgen de ellos, un ser o entidad debe poseer ciertas capacidades. Ésta es una mera cuestión de hecho: no es algo que emerja de la circunstancia de que los principios morales básicos conecten tales capacidades con algunos derechos; esto implicaría un "salto" entre ciertos derechos y valores o normas que debería estar fundamentado en principios morales todavía más básicos (lo que contradiría nuestra suposición de que éstos son los principios primitivos de una concepción liberal de moralidad social).

De las condiciones para ser beneficiarios de los bienes que valoran el principio de autonomía y el principio hedonista y, por lo tanto, para ser titulares de los derechos que los protegen surgen ciertas propiedades que son necesarias para la personalidad moral: ellas son, por un lado, la capacidad para determinar la conducta conforme a valores y, en especial, la capacidad para elegir modelos de vida y, en segundo lugar, la capacidad para tener sensaciones dolorosas o placenteras.

Contrariamente al desiderátum que examinamos antes, estas propiedades no son del tipo "todo-o-nada", sino de tipo gradual. Se puede tener mayor o menor capacidad para elegir y materializar principios de conducta y planes de vida y se

puede tener mayor o menor capacidad para sentir dolor o placer. Por otro lado, estas dos capacidades se pueden dar juntas o separadas, lo que indica diversos grados de personalidad moral.

Pero si bien parece que estas propiedades son condiciones necesarias de la personalidad moral y de la titularidad de derechos básicos, ellas no son condiciones suficientes. El apoyo del principio de inviolabilidad de la persona está dado, como vimos, por el hecho básico de la separabilidad o independencia de las personas. Pero este hecho básico a ser tomado en cuenta en el discurso moral es sólo relevante si los individuos cuyos intereses debemos contemplar tienen conciencia de sí mismos como centros de imputación de intereses que son independientes de otros y son irrepetibles e insustituibles. Si no hubiera tal tipo de autoconciencia, sino que alguien se pensara "a sí mismo" como un componente de una entidad unitaria mayor, no tendría sentido contemplar sus intereses separadamente, así como no tiene sentido considerar por separado los "intereses" de nuestra cabeza por oposición a los de nuestro brazo.

Esto nos sugiere que un rasgo adicional relevante de la personalidad moral plena es la autoconciencia como un titular separado e irrepetible de ciertos intereses, ya que, como vimos, la función de los derechos es precisamente dar efecto a esa independencia impidiendo compensaciones interpersonales de beneficios y cargas.

Pero aún hay más. Tomando en cuenta el principio de dignidad de la persona es posible sostener que el grado más acabado de personalidad moral se da cuando a los atributos anteriormente mencionados se agrega la capacidad para adoptar decisiones y consentir consecuencias de los propios actos. Esa capacidad se atenúa o desaparece cuando el sujeto está condicionado por circunstancias anormales que no están distribuidas igualitariamente en su medio social.

En síntesis, es posible sostener que la personalidad moral se presenta plenamente cuando el individuo o entidad en cuestión tiene capacidad para adaptar su vida a ciertos valores o ideales, para tener sensaciones placenteras o dolorosas, para ser consciente de sí mismo como un centro de imputación de intereses que es independiente de otros e irrepetible, y para

adoptar decisiones que implican consentir diversas consecuencias normativas.

De esta caracterización general de la personalidad moral se debería poder inferir, con ayuda de complejas hipótesis fácticas, conclusiones acerca de qué tipos de entidades son personas morales o sea titulares de derechos que deben ser reconocidos por el orden jurídico positivo. No voy a encarar esa impropia tarea sino sólo sugerir algunas consideraciones generales que deben ser tomadas en cuenta al hacer esa inferencia.

En primer lugar, cabe la pregunta acerca de qué ocurre con aquellas entidades que satisfacen algunas condiciones de la personalidad moral plena pero no otras. La respuesta general es que ellas deben disfrutar sólo de aquellos aspectos de los derechos que pueden disfrutar, aun cuando no llamemos "derechos" a la protección de que gozan. Pongamos el caso de ciertos animales inferiores y supongamos, por hipótesis, que el único atributo que poseen, de los señalados antes, es la capacidad de sensaciones dolorosas y placenteras, careciendo en cambio de la capacidad de elegir planes de vida, de ser autoconscientes, de constituir centros autónomos de intereses y de consentir consecuencias normativas. Siendo así, será disvalioso causar dolor a estas criaturas o prevenir que tengan sensaciones placenteras, pero se podrá compensar el mayor placer de algunas con el dolor de otras de la misma o distintas especies, no se le reconocerán aquellos bienes que son medios para la elección y materialización de planes de vida y no se le adscribirán, por supuesto, consecuencias normativas a su voluntad. Es posible que haya situaciones intermedias de animales superiores no humanos que agreguen a la capacidad de los inferiores la de ser conscientes de su separabilidad de otros centros de intereses; en este caso, no se deberán admitir las compensaciones interpersonales mencionadas, aunque el tratamiento es similar en los demás aspectos.

La segunda consideración que quiero hacer se refiere al problema extremadamente complejo del alcance del concepto de capacidad, cuando ese concepto se usa en la descripción de los atributos mencionados. Es obvio que la capacidad es compatible con su no actualización. El problema es cuáles son las condiciones que impiden esa actualización no obstante que se

mantiene la capacidad. Si la única clase de condiciones admisible fuera la voluntad del individuo no sólo habría muchos casos en que esta condición no es aplicable por el tipo de entes de que se trata o por el tipo de atributo en juego (como en el caso de la autoconciencia), con lo que la capacidad implicaría actualidad, sino que se llegaría a algunas conclusiones absurdas: como la de que un individuo no tiene las capacidades distintivas de la personalidad moral cuando está durmiendo. Si, por el contrario, la condición que previene la actualización de la capacidad puede ser de *cualquier* índole, entonces también llegaríamos a conclusiones ridículas como que una piedra es una persona moral, ya que sólo le basta tener un sistema nervioso central desarrollado para que actualice las capacidades que le atribuimos. Parece que las condiciones que impiden la actualización de la capacidad que le atribuimos a un individuo deben ser tales que sean superables por el curso normal de las cosas o con medios técnicos disponibles, o con instituciones o prácticas sociales asequibles.

Esto, por supuesto, implicaría considerar que un feto es una persona moral por tener las capacidades que le son distintivas. Por supuesto que un feto, al igual que un niño, no puede actualizar esa capacidad por la sola voluntad; pero el obstáculo para hacerlo es superable, a diferencia de lo que ocurre con un descerebrado, a través del desarrollo normal de las cosas y de los medios técnicos disponibles.

Esta circunstancia tiene consecuencias para el tratamiento moral del aborto. Sin embargo, creo que aquí se confunden tres preguntas muy distintas: la primera es si la muerte de un feto es algo moralmente disvalioso. La segunda, es acerca de si ciertas personas están moralmente obligadas a impedir esa muerte o a no causarla. Y la tercera es si es moralmente legítimo que se imponga coactivamente ese supuesto deber moral. Una respuesta positiva a cada una de estas preguntas no implica una respuesta positiva a las que le siguen; lo contrario parece ocurrir, en cambio, si la respuesta es negativa. Por ejemplo, si concluimos, como creo que debe hacerse, que la muerte de un feto es algo moralmente disvalioso por la pérdida de autonomía potencial y de sensaciones placenteras que ella representa, todavía no se sigue de allí que alguien —la madre, espe-

cialmente— tiene el deber moral de evitar esa pérdida, lo que debe ser justificado especialmente dada la severa restricción a su autonomía que embarazo y crianza pueden representar (un posible principio que puede fundamentar ese deber es el que tome en cuenta su consentimiento al participar voluntariamente de un acto sexual con previsión de sus consecuencias y con posibilidad de evitarlas). Pero aun cuando se estableciese el deber moral de alguien de impedir o no provocar la muerte de un feto, de allí no se seguiría necesariamente que es moralmente legítimo penar la violación de ese deber moral; aunque, como vimos, del principio de autonomía de la persona se infiere una razón *prima facie* en favor de una imposición coactiva de ese deber, esa razón puede verse contrarrestada por otras (como es la de que así se empuja a las mujeres pobres a abortar en la clandestinidad y en condiciones peligrosas).

En tercer lugar, me interesa destacar que entre las condiciones que impiden la actualización de las capacidades distintivas de la personalidad moral y que son compatibles con la adscripción de esas capacidades no puede estar la *existencia* del ente o del individuo al cual se hace esa adscripción. Un ente o un individuo inexistentes no son capaces de nada. Por lo tanto, un ser humano futuro o fallecido no es una persona moral actual.

Esta conclusión no debe confundirse con otra totalmente diferente: la de que una persona moral sólo puede ser dañada y sus derechos violados mientras ella subsiste. Creo que esta proposición es falsa: si uno de los aspectos fundamentales de la personalidad moral es la autonomía personal, o sea que ella puede verse afectada adversamente por actos que son anteriores o posteriores a su existencia. La destrucción de la única sala de conciertos de la ciudad puede perjudicar la materialización de la vocación por la música de una persona que no existía cuando se produjo el hecho y esa misma destrucción puede frustrar al millonario fallecido que había legado esa sala con la intención de hacer un aporte permanente a la comunidad. Me parece que a veces se rechaza esta tesis por suponerse confusamente que ella parte de una concepción perfeccionista hacia los intereses y los planes de vida, que no dependen de las preferencias subjetivas de los individuos. Pero esto no es así: el

que se deba tomar en cuenta a los efectos de la acción estatal, las preferencias subjetivas de un individuo no quiere decir que para que él subsista deba subsistir la psiquis. De aquí se infiere que se pueden violar los derechos de individuos pertenecientes a generaciones pasadas o futuras, siempre, claro está, que en el último caso la supuesta acción de dañar no afecte al mismo tiempo la identidad de la presunta víctima⁴⁸ (caso en el cual no hay daño, ya que sin el resultado en cuestión la persona no habría existido).

El tema de la identidad de la persona moral afectada, al que acabo de aludir, es un punto sumamente relevante que quiero comentar en sexto término. Como se dijo en el capítulo VI, hay diversas concepciones sobre la identidad personal. Derek Parfit⁴⁹ distingue dos enfoques: según él hay un enfoque "simple" de la identidad personal que la hace depender de algún hecho primitivo y que hace que ella sea del tipo "todo-o-nada" (o uno es la misma persona o no lo es). Hay también un criterio "complejo" de la identidad personal que Parfit favorece, de acuerdo con el cual ella depende de una pluralidad de hechos (concatenaciones de fenómenos psíquicos y biológicos) que se pueden dar en diferentes grados. Esto permite sostener que la identidad personal puede irse desvaneciendo hasta desaparecer en el transcurso de una misma vida biológica, a medida que se va esfumando la concatenación de recuerdos, valoraciones, actitudes, etcétera. Esto tiene profundas implicancias éticas, aunque no todas ellas son las que el mismo Parfit menciona. La adopción eventual del enfoque complejo de la identidad personal implicaría que uno no se puede obligar a consecuencias que van a efectivizarse en un futuro demasiado lejano, porque esto implicaría en realidad obligar a *otro*; de este modo se daría fundamento al instituto de la prescripción. Igualmente, como vimos, se podría impedir, sin caer en una actitud perfeccionista, que una persona cometa un acto que aparentemente sólo daña a ella misma, ya que, con este enfoque

⁴⁸ Ver Kauka, *The Paradox of Future Individuals*, en "Philosophy & Public Affairs", Spring 1982, vol. 11, n° 2, p. 93.

⁴⁹ Parfit, *Later Selves and Moral Principles*, en Montefiore, ed., "Philosophy and Personal Relations".

de la identidad personal, si el daño está suficientemente diferido en el tiempo, la víctima sería (en parte) una persona distinta del agente. El problema de si se puede limitar la autonomía de una persona para impedir que ella perjudique su eventual autonomía futura se parece, como veremos en el capítulo XI, a la paradoja de la soberanía del Parlamento que ha sido analizada por autores como Hart⁵⁰.

Dije antes que aceptar que se deba tomar en cuenta las preferencias subjetivas de los individuos no permite excluir que esos intereses se vean perjudicados cuando no existe la mente que origina esas preferencias. El último comentario que quiero hacer es que ese presupuesto sí sirve, en cambio, para excluir que puedan ser titulares de los intereses que son objeto de derechos y, por lo tanto, que puedan ser personas morales las entidades colectivas o supraindividuales. Como vimos en el capítulo VI, además de las dudas fundadas acerca de la admisibilidad de estas entidades en el marco de una ontología austera y no enteramente desligada de presupuestos empiristas, parece inaceptable concebirlas como personas morales irreductibles si se parte de un enfoque subjetivista de los intereses. Todos los atributos de la personalidad moral que he mencionado requieren algún tipo de desarrollo, y la capacidad de ser consciente de que se es un centro independiente de intereses exige tener una mente autónoma. Los conocimientos científicos disponibles parecen indicar que todo ello es imposible si no se posee un sistema nervioso, y algunos de los atributos mencionados requieren un sistema nervioso con un desarrollo específico. Por lo tanto, si bien, por supuesto, es legítimo hablar de los derechos y deberes de un Estado, de una asociación, de una corporación de personas, ellos no son derechos y deberes morales irreductibles, sino que la referencia a ellos es una manera conveniente y simplificada de aludir a un complejo de derechos y deberes de individuos.

Es posible que como vimos en el capítulo I, haya personas morales, por lo menos en algún grado, que no sean hombres, y también es posible que haya hombres que no tienen todos los

⁵⁰ Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 145 y siguientes.

atributos de la personalidad moral. Sin embargo, el mundo que conocemos está hecho de tal forma que sólo los seres humanos tienen todas las capacidades que he mencionado. Pero es importante moderar nuestra habitual visión antropocéntrica y advertir, en primer lugar, que la preeminencia del hombre es algo contingente, puesto que depende de la concomitancia entre ciertos rasgos biológicos que definen la especie y los presupuestos de los derechos (concomitancia que podría ampliarse de descubrirse vida consciente fuera de la tierra) y, en segundo lugar, que algunos de aquellos atributos de la personalidad moral los hombres los comparten, en diferentes grados, con miembros de otras especies, aunque no con entes que son hipóstasis de colectividades de individuos.

CAPÍTULO IX

JUSTIFICACIÓN DE LA INTERFERENCIA ESTATAL. DEMOCRACIA Y OBLIGACIÓN DE OBEDECER EL DERECHO

1. LA NECESIDAD DE AUTORIDADES JURÍDICAS

En diversas oportunidades a lo largo de este libro he aludido a la relación entre, por un lado, la moral y los derechos humanos que ella establece y, por otro, el orden jurídico. En el capítulo I vimos que, si bien estos derechos humanos son de índole moral, ellos deben necesariamente ser tomados en cuenta en la teoría y práctica jurídicas como condición para arribar a decisiones justificadas, ya que la mera invocación de normas jurídicas no provee tal justificación. En el capítulo II se dijo que tanto la moral como el derecho son medios para maximizar el interés colectivo en situaciones del tipo del dilema de los prisioneros. Siguiendo esa idea, en el capítulo III se adujo que la moral y el derecho tienen las mismas funciones de disminuir los conflictos y facilitar la cooperación, aunque lo hacen a través de distintos mecanismos (mientras la coacción es distintiva del derecho, el consenso lo es de la moral, aunque también se refleja en el derecho). En el mismo capítulo se hizo notar que los procedimientos que generan normas jurídicas, si están moralmente justificados, suplen las indeterminaciones que pueden presentarse en un sistema moral ideal.

Estas afirmaciones podrían implicar una justificación para la existencia de un orden jurídico, pero esa implicación no es fácil de percibir a primera vista. En cuanto a la superación de las indeterminaciones de la concepción moral considerada válida, la hipótesis de que ello puede hacerse a través de los meca-

nismos propios del derecho supone que tales mecanismos están moralmente justificados, por lo que esa función del derecho para completar el discurso moral no sirve para proveerle una justificación. En relación con las funciones sociales directas del derecho, éstas tampoco parecen ser relevantes, puesto que se aplicaría al derecho lo que hemos visto en el caso de la moral: esas funciones no proveen una justificación de la moral (aunque sí una posible explicación de su emergencia), ya que, aun suponiendo que esa justificación sea lógicamente posible (lo que, como vimos en el capítulo III, secc. 6, no lo es), ella presupondría lo que la misma moral tiene que establecer (y que, como vimos en los capítulos VI y VIII, en parte rechaza): que es bueno el beneficio agregativo de la sociedad en conjunto.

Sin embargo, no es cierto que esta conclusión respecto de la moral sea *plenamente* aplicable al derecho. Si la moral estableciera que es bueno en sí mismo el beneficio agregativo de la sociedad, esto, aunque no puede justificar a la misma moral sin caer en circularidad, puede sí justificar al derecho, en la medida en que él es un instrumento apto para superar situaciones del tipo del dilema de los prisioneros y para minimizar los conflictos socialmente perniciosos. No obstante, como vimos en los capítulos VI y VIII, una concepción moral plausible sólo establece que el bienestar agregativo de la sociedad es bueno en sí mismo siempre y cuando se respeten los derechos individuales, es decir cuando ese bienestar se persigue, o bien en el margen que deja libre la satisfacción de esos derechos o en los casos de conflictos irresolubles de derechos. Por lo tanto, un orden jurídico que incrementa el bienestar social global pero a costa de menoscabar derechos individuales básicos infringe el principio de inviolabilidad de la persona y no está, por lo tanto, moralmente justificado.

Esto sugiere la hipótesis de que *es la función de hacer efectivos los derechos individuales básicos lo que provee la justificación moral primaria de la existencia de un orden jurídico, o sea de un gobierno establecido*. Hemos visto que del mismo principio de autonomía surgen prohibiciones morales de interferir en la autonomía de los demás y la necesidad de hacer cumplir esas prohibiciones a través del derecho, al contrario de lo que ocurre en relación con las pautas morales autorreferentes. Si

el derecho no actuara en esa dirección, se estaría afectando la autonomía de la gente por omisión (esto parece implicar que del principio de autonomía surge una obligación general de establecer un orden jurídico para proteger esa autonomía). El anarquismo que se funda en el principio de autonomía puede tener como resultado la frustración de ese mismo principio. Como las operaciones del derecho lesionan de por sí la autonomía de los individuos, se corre el riesgo, sin embargo, de infringir el principio de inviolabilidad de la persona al pretender promover la autonomía de unos a costa de la de otros; pero ese riesgo, como vimos en el capítulo VIII, desaparece si las medidas jurídicas que se adoptan tienden a asegurar una distribución igualitaria de esa autonomía. No obstante, hay medidas necesarias para resguardar la autonomía de las personas —especialmente las *penas*— que no tienen necesariamente esa dirección igualitaria; su justificación deriva, como he sugerido en el capítulo VII, del restante principio liberal, el de dignidad de la persona, que concede relevancia moral al consentimiento de la gente.

De este modo, el juego de los tres (o cuatro) principios liberales que hemos presentado en este libro provee efectivamente una justificación moral del orden jurídico, o lo que es lo mismo, de la existencia de autoridades capaces de emitir directivas de comportamiento y de hacerlas valer a través de la coacción. Esa justificación depende de la necesidad —que se supone empíricamente verificable— de promover por ese medio el respeto de los derechos humanos (de modo de no menoscabarlos por omisión), y está supeditada a que se satisfagan las condiciones (concernientes a la igualdad, al consentimiento, etc.) que hacen que las operaciones jurídicas no lesionen a su vez los derechos que deben estar dirigidas a promover.

Aquí aparece una cuestión que es motivo de algún desconcierto en la teoría del gobierno: en la medida en que el orden jurídico satisfaga las condiciones muy estrictas que definen la promoción de los derechos individuales básicos, y que, en el espacio que estos derechos dejan libre, esté correctamente orientado hacia la consecución de objetivos colectivos válidos, poco importa el *origen* de sus normas, es decir, poco importa la *forma* del gobierno que dicte tales normas. Si un individuo usur-

pase el poder pero lo usare para cumplir rigurosamente con las exigencias de los principios de moralidad social expuestos, ¿qué se le podría objetar? Al cumplir con las normas jurídicas que el "dictador" sancionase se estarían satisfaciendo esas exigencias, y al dejar de cumplirlas se las estaría frustrando, por lo que sólo se puede concluir que aquellas normas estarían moralmente justificadas.

Esto está conectado con una paradoja más general que resulta desconcertante cuando se trata este problema: la que podríamos llamar "paradoja de la irrelevancia moral del derecho y del gobierno". Si las normas jurídicas, como vimos en el capítulo I, no constituyen por sí mismas razones para justificar decisiones, sino que esas decisiones deben justificarse en última instancia sobre la base de principios morales, ¿cuál es en última instancia la relevancia de las normas jurídicas para justificar una acción o decisión? Si ellas coinciden con los principios morales en cuestión aparecen como superfluas ya que la decisión se podría justificar directamente sobre la base de los principios morales. Y si las normas jurídicas no coinciden con tales principios ellas no son moralmente legítimas y deben dejarse de lado en la justificación de la acción o decisión. Esto muestra la dificultad de pasar de la autonomía que es, como vimos, característica de la moral a la heteronomía distintiva del derecho, dificultad que es puesta de manifiesto por una variedad de anarquismo diferente de la que se mencionó antes.

Sin embargo, es obvio que esta coincidencia plena entre exigencias morales y normas jurídicas es absolutamente utópica. Las autoridades (más que los demás hombres, debido a la corrupción que genera el poder) son proclives a desvíos morales, sean deliberados o involuntarios. Por lo tanto, surgen dos preguntas que traen a colación la cuestión de la forma de gobierno: a) ¿qué forma de gobierno minimiza la probabilidad de desvíos morales en el dictado y aplicación de normas jurídicas?, y b) ¿hay alguna forma de gobierno que garantice cierta obligatoriedad moral para sus normas jurídicas aun cuando el contenido de éstas involucre errores morales?

La respuesta corriente a ambas preguntas, al menos en el medio cultural que comparto con mis lectores, es "*la democracia*". Por "democracia" voy a entender de aquí en adelante,

sin mayor pretensión de precisión, un sistema en el que las decisiones se toman o bien, en su forma directa, por acuerdo explícito de la mayoría del grupo relevante —el que puede estar dado por los afectados por tales decisiones— o si no, en su forma representativa, por individuos que son autorizados periódicamente por la mayoría del grupo relevante para que adopten esa clase de decisiones.

No obstante la opinión corriente de que la democracia, así caracterizada, es el sistema de gobierno que más disminuye la probabilidad de desvíos morales y que goza de una legitimidad moral tal que cubre con un manto de obligatoriedad aquellos desvíos morales en que pueda incurrirse, hay serias disidencias, y un sentimiento generalizado de insatisfacción, a la hora de articular razones en apoyo de esta opinión. En la sección siguiente vamos a analizar algunas de las razones aducidas con frecuencia para justificar el sistema democrático de gobierno.

2. LAS JUSTIFICACIONES CORRIENTES DE LA DEMOCRACIA

a) *LA DEMOCRACIA COMO EXPRESIÓN DE LA SOBERANÍA POPULAR.*

Tal vez la manera más tradicional de justificar la democracia es a través de la idea de que es la única forma de gobierno en que el pueblo, en lugar de someterse a los dictados de alguien ajeno a él, permanece soberano, gobernándose a sí mismo. Esto parece estar implícito en la famosa definición de Lincoln de la democracia como “el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”. Esta coincidencia entre los gobernantes y gobernados, asegura una especie de autogobierno que, aparentemente, satisface el rasgo de autonomía de la moral.

El problema de esta justificación aparece con la caracterización del concepto de *pueblo*. Como se sabe, la palabra “pueblo” es sumamente ambigua y puede tener al menos estos cuatro significados: a) puede ser un nombre colectivo que se refiere a *todos* y *cada uno* de los individuos que integran un cierto grupo social; b) o puede denotar a la *mayoría* de ese grupo social, computada tomando en cuenta cierta propiedad (opiniones, rasgos raciales, etc.); c) o puede referirse a un *subgrupo*, sea o no mayoritario, que satisface condiciones tales como el estar integrado por la gente más pobre o por los proletarios:

d) o puede finalmente denotar una especie de *entidad colectiva*, que no se identifica con ciertos individuos o grupos en particular, aunque hay, por supuesto, alguna conexión entre ella y tales individuos. A continuación vamos a ver qué plausibilidad tiene la idea del autogobierno del pueblo bajo cada una de estas interpretaciones de la noción de pueblo.

a) Si la palabra “pueblo” es tomada en el primer sentido, la idea de soberanía popular se satisface sólo si las decisiones colectivas constituyen una función, caracterizada en forma plausible, de las decisiones de cada uno de los individuos que componen el grupo relevante. Kenneth Arrow¹ ha demostrado, a través de su controvertido “teorema de la imposibilidad”, que no es posible formular una tal función de la elección colectiva (o del bienestar social) si se pretende satisfacer una serie de condiciones: la de la no dictadura (que no haya individuos cuyas preferencias sean decisivas); la del dominio irrestricto (que la función en cuestión asigne un orden a cualquier conjunto de preferencias individuales); la de la exigencia de Pareto (que si todos prefieren una alternativa, ella debè tener mayor jerarquía en el ordenamiento de la elección colectiva); la de reflexividad, transitividad y completitud. Amartya Sen ha mostrado, sin embargo, que es factible construir una tal función si se reemplaza, por ejemplo, el requisito de transitividad por uno más débil, que él denomina “aciclicidad”².

De cualquier modo, una función plausible de la decisión colectiva no sólo debe superar el problema de cumplir con condiciones como las expuestas sino también la de satisfacer el ideal subyacente de soberanía popular que lleva a la elaboración de esa función. Bajo la interpretación de la noción de pueblo que aquí se está explorando, solamente la *unanimidad* podría satisfacer el ideal del autogobierno; sólo si cada miembro del grupo *aprueba* la decisión colectiva se puede decir que él se autogobierna y, por lo tanto, que el conjunto de hombres

¹ Arrow, Kenneth, *Social Choice and Individual Values*, New York, 1963.

² Sen, Amartya, *Collective Choice and Social Welfare*, San Francisco, 1970, p. 15.

que componen el pueblo se autogobierna. Si la decisión colectiva es tomada, en cambio, por un número menor al total, sólo quienes concurren en esa decisión se están autogobernando; el resto está sujeto al gobierno de los primeros.

Pero el problema obvio con la exigencia de unanimidad es que es muy difícil de satisfacer, y una vez que se establece esa exigencia y no se la satisface en casos particulares se termina favoreciendo en esos casos, como dice William Nelson³, a aquellos individuos que apoyan el *statu quo*; lo mismo ocurre con las reglas que exigen mayorías especiales (como los dos tercios). La oposición de un solo individuo (o de un número pequeño de individuos) bastaría para que triunfe la alternativa de no hacer nada sobre la de producir un cambio.

De modo que el ideal de soberanía popular es imposible de satisfacer en la práctica si el concepto de pueblo se entiende de modo que aluda a todos y cada uno de los individuos que conforman un grupo. Sólo si hubiera efectivamente unanimidad se daría el autogobierno de cada individuo, pero en ese caso, como es obvio, no se requeriría la estructura gubernamental y jurídica cuya justificación se está aquí discutiendo.

Alguien podría aducir que, si bien es cierto que si por “pueblo” entendemos todos y cada uno de los miembros del grupo social relevante, el ideal de soberanía popular es inalcanzable; sin embargo, el sistema de la democracia mayoritaria es el que más se acerca a ese ideal, puesto que implica que *más* gente se autogobierna de la que está sometida a las preferencias de otros. No obstante, esto *por sí solo* no da una razón de por qué la minoría debería someterse a lo dispuesto por la mayoría aun cuando ello constituyera un error moral.

b) Dada esta dificultad de la primera interpretación de la expresión “pueblo” en la formulación del ideal de la soberanía popular, surge naturalmente la alternativa de identificar su denotación, no con todos y cada uno de los miembros de la población relevante, sino con la *mayoría* de ellos. En este caso la palabra “pueblo” tendría un sentido diferente en cada una de

³ Nelson, William, *On Justifying Democracy*, London, 1980, p. 19.

sus ocurrencias en la frase “el gobierno del pueblo por el pueblo”; se trataría del gobierno *de toda* la población *por la mayoría* de ella (aunque ese gobierno sea *para toda* esa población, lo que de ningún modo está asegurado *a priori*).

La configuración de la mayoría depende del rasgo que se tome en cuenta. Ese rasgo puede ser ajeno a la expresión de la opinión o del voto sobre una cierta cuestión (como podría ser si se tomara en cuenta el color de la piel o la pertenencia a una clase social) o puede estar dado precisamente por la concurrencia en una misma opinión o voto. Aquí vamos a considerar esta segunda alternativa, puesto que la interpretación del concepto de pueblo conforme a la primera coincide con el tercer sentido que analizaremos en seguida (que el rasgo tomado en cuenta sea compartido por una mayoría parece ser una consideración secundaria respecto de la que asigna especial relevancia a ese rasgo). La alternativa que define la mayoría constitutiva del pueblo sobre la base de la concurrencia en una misma opinión o voto hace, como es natural, que el ideal de soberanía popular implique lógicamente el sistema democrático de gobierno, tal cual lo caracterizamos en la sección anterior.

Sin embargo, es obvio que, con esta interpretación de la noción de pueblo, el ideal de la soberanía popular resulta muy poco plausible. Es absurdo decir que hay autogobierno cuando la decisión que se impone a todos surge de una subclase del grupo relevante, y cuando, por lo tanto, hay individuos que han expresado su preferencia por A y se les impone, no obstante, B. Desde ya que esto no quiere decir que esta imposición del criterio mayoritario no pueda estar justificada (que es lo que estamos procurando lograr a lo largo de toda esta discusión), y que el hecho de que la minoría participe en igualdad de condiciones en el procedimiento que lleve a esa imposición no sea relevante para tal justificación; lo único que se pretende decir aquí es que no puede fundamentarse el gobierno de la mayoría propio de la democracia sobre la base de que así se materializa el ideal del autogobierno del pueblo dado que el pueblo no es más que la mayoría de la población. La mayoría no gobierna sólo a la mayoría, sino a todos, y por lo tanto la idea del autogobierno constituye, con esta interpretación, un simple mito. Uno se gobierna a sí mismo sólo cuando sus

obligaciones son el producto de sus preferencias; con esta interpretación no se oculta, sino que por el contrario se hace evidente, el hecho de que un sistema democrático no evita que las obligaciones de algunos dependan de las preferencias de otros.

c) La tercera interpretación del concepto de pueblo supone que éste denota a un sector de la población total, que se distingue por cierto rasgo relevante que no consiste en el mero hecho de que sus miembros coinciden en forma mayoritaria en el sustento de una cierta opinión o en un determinado voto. Ese rasgo puede ser, por ejemplo, el de pertenecer a una raza o a determinada clase social según su inserción en las estructuras productivas, o el de tener cierto nivel de ingresos. En muchos casos ocurre, efectivamente, que se identifica al pueblo con los negros o arios, o con los proletarios, o con los pobres.

Generalmente cuando se adopta esta interpretación, el rasgo que se toma en cuenta para constituir al pueblo es compartido por una *mayoría* de la población total. Esto introduce una posibilidad de confusión con la interpretación anterior, puesto que puede ser que el rasgo distintivo haya sido elegido porque hay una conexión entre él y ciertas preferencias u opiniones *mayoritarias*, o puede, alternativamente, ocurrir que lo que importa es el rasgo en cuestión por sí mismo, siendo contingente que lo posea o no una mayoría de la población. Esta segunda alternativa, que creo que es la que adoptan los divulgadores del marxismo cuando identifican al pueblo con el proletariado, es la que interesa aquí.

Esta interpretación de la noción de pueblo en la formulación del ideal de soberanía popular presenta, como es obvio, los mismos problemas que las anteriores. En primer lugar, la idea de autogobierno resulta ilusoria cuando se trata de un sector que impone sus preferencias a toda la población (de nuevo aquí no es cuestión de si esto está o no justificado, sino de si lo está bajo el ideal del autogobierno). En segundo lugar, el sector privilegiado es también un *grupo* de personas cuyas preferencias (a diferencia de lo que ocurre bajo la interpretación anterior) pueden no coincidir. En ese caso, extremadamente probable, se plantean todos los problemas de las interpretaciones anteriores: si el proletariado, por ejemplo, se identifica con todos y cada uno de los proletarios, el autogobierno aun del

mismo proletariado es imposible de satisfacer; si se lo identifica con la mayoría de los proletarios, lo que se obtiene es una desvirtuación del autogobierno todavía más acentuada, puesto que lo que habría en la realidad es la imposición de las preferencias de *un* grupo de *un* cierto sector a toda la población.

d) Dado que las interpretaciones anteriores de la noción de pueblo en la formulación del ideal de soberanía popular llevan a que éste sea irrealizable o que resulte grotescamente desvirtuado, la tentación en la que muchos caen es la de rechazar a todas ellas como producto de una visión individualista de la sociedad. Esto conduce a identificar al pueblo no con un grupo de hombres de carne y hueso —sea que constituyan toda la población relevante, o la mayoría de ella, o un sector distinguido por cierto rasgo privilegiado— sino con una especie de entidad supraindividual o colectiva.

El pueblo, bajo esta interpretación, no se reduce a una colección de hombres sino que los trasciende, y tiene una existencia, una voluntad, un bienestar y un destino que no son de ningún modo reducibles a los de los individuos que contingentemente pueden formar parte de ese pueblo, pero de ningún modo identificarse con él.

Como dicen Benn y Peters⁴, una visión de este tipo es lo que constituye “la teoría jacobina de la democracia”, o sea la concepción inspirada en Rousseau y que tuvo materialización en Robespierre y en tantos otros líderes revolucionarios: la idea es que hay una voluntad general o popular dirigida al bien común, voluntad general y bien común que no pueden reducirse a las preferencias e intereses concretos de los individuos que, según se supone, forman parte del pueblo sin identificarse con él.

Pocas veces se ha advertido que en este tipo de construcción se emplea implícitamente el concepto de *persona colectiva*, o sea se ve al pueblo como una entidad del tipo de las sociedades anónimas o de los Estados. Es esto lo que permite mantener el ideal de autogobierno: la entidad en cuestión es (para usar la expresión de Kelsen) un “centro común de impu-

⁴ Benn - Peters, *Social Principles and the Democratic State*, p. 344.

tación" tanto de decisiones como de obligaciones, y por lo tanto los agentes de aquéllas parecen coincidir con los sujetos de éstas. La mayoría que gobierna en el sistema democrático es vista simplemente no como parte del pueblo o como idéntica a éste sino como un órgano del pueblo (como lo es, p.ej., la Comisión Directiva de una sociedad); la decisión de la mayoría es imputable en realidad a la entidad supraindividual que ella representa; por lo tanto coinciden perfectamente el gobernante con el gobernado. Por supuesto que el que el órgano o representante del pueblo sea la mayoría de la población relevante constituye sólo *una* posibilidad. También se ha recurrido a esta visión del pueblo en conexión con la idea de que su voluntad está representada, por ejemplo, por un líder carismático, por lo que esta justificación, así interpretada, puede conducir a sistemas no democráticos (por lo menos, según nuestra caracterización).

Esta concepción del pueblo como una entidad colectiva se hace pasible de las objeciones que se dirigieron al colectivismo en el capítulo IV. Allí vimos que las personas colectivas no tienen un *status* ontológico autónomo sino que son construcciones lógicas a las que se recurre para hacer referencia abreviada a relaciones muy complejas entre individuos. Por otra parte, en el discurso moral sólo se consideran personas morales irreductibles aquellas que constituyen centros de autoconciencia, puesto que sólo ellas tienen un punto de vista que pueda ser tomado en cuenta en el marco de tal discurso. El pueblo, la nación, el Estado, etc., no constituyen centros de autoconciencia y no son por lo tanto portadores de intereses, no reductibles a los de ciertos individuos, que sean moralmente relevantes.

Por lo tanto, la concepción del pueblo como una entidad colectiva tampoco es apta para salvar al ideal del gobierno del pueblo por el pueblo, que constituye una de las vías tradicionales para justificar a la democracia. Luego de estos sucesivos fracasos, me animo a pensar que este ideal, que tanto ha inspirado a hombres de bien a lo largo de la historia, es irrescatable, y que deben explorarse otras rutas para fundamentar la superioridad moral del sistema democrático.

b) *LA DEMOCRACIA COMO EL GOBIERNO QUE CUENTA CON EL CONSENTIMIENTO DE LOS GOBERNADOS.* La idea de autogobierno que

acabamos de desechar es muy exigente: ella requiere que haya coincidencia entre preferencias y obligaciones; en otras palabras, ella supone que los gobernados deben *aprobar* las medidas que se dicten —en la democracia directa—, o la elección de ciertos funcionarios para que las dicten —en la democracia representativa—.

Pero tal vez esto sea demasiado pedir para justificar a la democracia. Es posible que su superioridad moral quede suficientemente apuntalada si se muestra que ella supone algo bastante más débil, pero, aun así, lo suficientemente fuerte como para justificar cosas tan terribles como la pena: el *consentimiento* de los afectados.

Que el consentimiento es distinto de la aprobación es fácil de ver: quien toma un taxi puede no aprobar el que tenga que pagar por él —tal vez esté fuertemente en favor de que los taxis sean un servicio público gratuito—; sin embargo, consiente en hacerlo. Quien comete un delito probablemente desaprobará el que sea sometido a pena; no obstante, consiente en asumir la respectiva responsabilidad penal. Como vimos en el capítulo VII, se consiente una cierta relación normativa cuando se realiza un acto voluntario con conciencia de que esa relación es una consecuencia necesaria del acto en cuestión. El consentimiento, a diferencia de la aprobación, no implica prestar acuerdo a que la obligación o responsabilidad que se consiente estén adscriptas a cierta clase de actos; basta con que se ejecute uno de esos actos conociendo que él acarrea esa obligación o responsabilidad. La idea sería, entonces, que la participación en el proceso democrático, aun para expresar desaprobación, puede en sí misma implicar consentimiento hacia el resultado de ese proceso, y así la democracia sería la única forma de gobierno que garantiza que su producto —leyes, etc.— es consentido por aquellos a quienes se aplica.

Peter Singer ha explorado esta justificación de la democracia pero ha llegado a la conclusión de que también es mucho pedir el consentimiento, y que debemos conformarnos con algo menos exigente que llama “cuasi consentimiento”⁵. Singer afirma que es poco plausible sostener que la participación en

⁵ Singer, *Democracy and Disobedience*, p. 47 y siguientes.

un proceso electoral implica consentimiento, expreso o tácito, pero cree, en cambio, que da lugar a una situación que genera obligaciones como si hubiera habido consentimiento. Considera que esta generación de obligaciones cuasi consensuales es un fenómeno común y se da cuando se actúa de modo de dar lugar a expectativas de que se ha aceptado una cierta práctica. Por ejemplo, esto ocurre cuando se va con unos amigos a tomar unos tragos y se acepta que ellos paguen sucesivamente algunas rondas, siendo de presumir que uno pagará una de ellas. La participación en un proceso de decisión democrática crea la expectativa de que se aceptará el resultado de la decisión, puesto que de lo contrario todo el proceso carecería de sentido.

Creo que, a pesar de lo que Singer dice, él está apuntando a casos de consentimiento efectivo, aunque tácito: en el caso de la ronda de tragos hay una norma consuetudinaria que adscribe la obligación social de pagar una vuelta de bebidas al acto de participar en rondas pagadas por otros; la participación voluntaria en esa práctica, con conocimiento de que ello genera la obligación social de pagar una vuelta, involucra consentir esa obligación. Si no se dan las condiciones para que haya este consentimiento efectivo, es altamente dudoso que puedan surgir obligaciones sobre la mera base de que de lo contrario se frustrarían expectativas razonables y de que una cierta práctica perdería su sentido. Si un amigo y yo nos reunimos frecuentemente a tomar copas y por cualquier razón (tal vez porque él es mucho más rico que yo) mi amigo hasta ahora siempre ha pagado mi consumición, difícilmente se supondría que el comportamiento de mi amigo ha generado una obligación que dejaría de cumplir si un buen día se rehusase a pagar mi cuenta. Como hemos visto en el capítulo VII, cualquier justificación sobre la base de la voluntad de los afectados requiere un *acto* voluntario de éstos que exprese efectivamente consentimiento, porque sólo al actuar, o al decidir hacerlo, los hombres se comprometen con un cierto balance entre sus preferencias y con la incorporación de las consecuencias previsibles del acto a su plan de vida.

De cualquier modo, se podría decir que si en el caso de las rondas de tragos hay consentimiento efectivo, con igual razón

lo habrá en el caso de la participación en un procedimiento democrático de toma de decisiones. Cuando esa participación es voluntaria y se hace con conciencia de que ella implica la obligación de obedecer el resultado de la decisión se consentiría, según esta tesis, esa obligación.

Obsérvese que la voluntariedad de la participación exige que, contra lo que es de práctica en muchos países, el voto *no sea obligatorio*. Esto deriva de la noción general de consentimiento: como he explicado en otro lugar⁶, esta noción requiere que la opción opuesta a la que implica consentimiento –p.ej., no votar– o bien no esté gravada con obligaciones, responsabilidades, cargas, etc., o, si lo está, esos gravámenes puedan justificarse sin recurrir al mismo consentimiento del agente (este principio, que he denominado “de la univalencia del consentimiento”, impide una situación tal que haga lo que hiciere el individuo su comportamiento sea considerado como constitutivo de su consentimiento a asumir cierto gravamen). Como las penas por el incumplimiento de la obligación de votar deberían justificarse sobre la base del consentimiento del individuo, no debe haber tales penas y, en consecuencia, tal obligación, si se quiere que el votar constituya consentimiento hacia la obligación de atenerse al resultado de la decisión.

En principio no parece haber un problema sustancial en el voto no obligatorio, tal como existe en muchos Estados democráticos. Sin embargo, apenas comenzamos a articular cómo funcionaría una justificación de la obligación política sobre la base del consentimiento constituido a través del voto voluntario, todo el edificio se desmorona, exhibiendo el absurdo de esta pretensión y de otras similares. La justificación basada en el consentimiento requiere que haya una adscripción de la obligación que se estima consentida a la clase de actos voluntarios que constituyen ese consentimiento cuando son ejecutados con conciencia de que esa obligación es una consecuencia normativa necesaria de tales actos. Pero la cuestión es que tal obligación no puede imputarse también a los individuos en caso de omisión del acto en cuestión, puesto que de lo contrario éste

⁶ Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 244-246

sería absolutamente irrelevante. Por lo tanto, el consentimiento constituido por la participación voluntaria en el proceso democrático sólo podría justificar la obligación de atenerse a los resultados de ese proceso *si esa obligación sólo rigiera para los que incurrían en esa participación voluntaria*. Y, como es obvio, esta restricción de la obligación en cuestión es totalmente impracticable; bastaría que alguien previera que su moción, tendiente a eludir cierto gravamen, no va a ser aprobada por la mayoría para que se librara de toda obligación –subsecuente– absteniéndose de votar. En el fondo esta justificación lleva prácticamente a la misma exigencia de aprobación unánime a la que conduce la justificación basada en la soberanía popular. La justificación basada en el consentimiento depende, como vimos en el caso de las penas y los contratos, de una justificación lógicamente previa de por qué es conveniente adscribir ciertas consecuencias normativas a determinados actos; el elemento adicional que introduce la justificación basada en el consentimiento contempla el aspecto distributivo que no puede ser tomado en cuenta por la justificación basada en el beneficio colectivo del sistema de consecuencias normativas. Pero no parece haber ninguna justificación para adscribir la obligación de obedecer al derecho sólo a quienes hayan participado en su creación, cuando esto frustra el objeto de tener un sistema jurídico.

Por lo tanto este intento de mostrar la superioridad moral de la democracia tampoco resulta satisfactorio.

c) *OTRAS JUSTIFICACIONES CORRIENTES DE LA DEMOCRACIA*. Hay una variedad de otros intentos de justificar la democracia que aquí sólo puedo considerar muy brevemente. Aunque todos ellos tocan algún aspecto importante que debe ser considerado en una justificación adecuada del sistema democrático de gobierno, me parece que por sí solos son insuficientes para dar cuenta de nuestra convicción de que la democracia es moralmente muy superior a otras formas de gobierno, aun haciendo una relativa abstracción de circunstancias sociales contingentes.

Una de las ideas más estrechamente asociadas a la fundamentación de la democracia es la de *igualdad*, la que a su vez se conecta con la de *procedimiento equitativo*. Muchas veces se ha dicho que al ser la democracia un sistema que reparte igua-

litariamente el poder político, o sea el poder de incidir en las decisiones políticas –“un hombre, un voto”–, constituye el paradigma de un procedimiento equitativo, de modo que los resultados que se obtienen a través de él son legítimos y moralmente obligatorios.

Sin embargo, este tipo de fundamentación presenta problemas bastante conocidos. En primer lugar, es muy común la crítica de que el dar un voto a cada hombre es sólo una condición necesaria de la igualdad en el poder de incidir en la decisión colectiva; ella no es suficiente, puesto que puede haber otros factores (mayor poder económico, mayor acceso a los medios propagandísticos, etc.) que hacen que, de hecho, algunos hombres controlen, además de su propio voto, el de otros individuos. En segundo lugar, el voto no refleja por sí solo la intensidad de las preferencias, y tal vez la igualdad exige que sólo tengan la misma incidencia preferencias igualmente intensas. También se puede aducir, en tercer lugar, que no es *a priori* valiosa la igualdad por la igualdad misma; el valor de la igualdad depende del valor de aquello en lo que se es igual. Una igual incidencia en la decisión colectiva puede generar, dadas circunstancias sociales apropiadas, decisiones profundamente inigualitarias, como las que resultan en la discriminación de una minoría racial. Por otra parte hay otros métodos de decisión que también son igualitarios –incluso en grado mayor que la democracia al eliminar los factores que determinan desigualdades en el poder efectivo– pero que no por eso se los considera adecuados: tal es el caso de un sorteo entre todas las opiniones o elecciones de los participantes. Por último, como dice Nelson adoptando la conocida distinción de Rawls⁷, la democracia no parece ser un caso de justicia procesal *pura* –en el que la justicia de los resultados se establece sólo por el procedimiento–, sino que es, aparentemente, un caso de justicia procesal *imperfecta* en el que hay criterios independientes para estimar la justicia de los resultados, y por lo tanto el valor del procedimiento sólo está dado por su capacidad para producir probablemente resultados justos; por consiguiente, lo que hay que demostrar es que la democracia tiende a producir resulta-

⁷ Nelson, *On Justifying Democracy*, p. 23.

dos justos (luego veremos si el presupuesto de esta observación es correcto).

También se han propuesto justificaciones contractualistas de la democracia, como la que Martín Farrell presenta en un interesante trabajo⁸. Este autor sostiene que individuos reales autointeresados, aproximadamente iguales en inteligencia y poder físico (aunque no en riqueza), suscribirían hipotéticamente un contrato por el que se estableciera un gobierno democrático, limitado por derechos individuales. Según Farrell, este contrato hipotético permite justificar la democracia bajo el test de un equilibrio reflexivo, aun cuando no se acepten, tal como es su posición, valores objetivos. Sin embargo, el poder justificatorio de esta estrategia es dudoso: ¿Por qué el hecho de que aceptáramos la democracia en "condiciones cercanas a las reales", en las que sin embargo no lo hacemos, haría valiosa a la democracia? ¿Cuál es la conexión entre esta circunstancia contrafáctica y el equilibrio reflexivo y cuál es de cualquier modo el poder justificatorio de este equilibrio reflexivo? (ver capítulo III). ¿Cuál es la diferencia entre postular ese poder justificatorio y postular valores objetivos? ¿Cuál es el criterio de justicia subyacente para descalificar algunas condiciones reales (como la desigualdad de fuerzas)? Y, principalmente, ¿por qué no se aceptaría por unanimidad un contrato en que la mayoría discrimine a la minoría (p.ej., teniendo los miembros de ésta votos de menor valor que los de la primera) si en el estado de naturaleza alternativo puede discriminarla aun en mayor grado? Farrell es oscuro sobre las características de su estado de naturaleza, dice que en él los individuos son *de hecho* y no *de iure*, libres e iguales⁹, con lo que no se ve por qué contratarían. Pero dice también que no supone que los individuos son observadores estrictos de esa libertad e igualdad, con lo que se da el problema mencionado antes.

Dentro del amplio espectro de teorías consecuencialistas se encuentra una clase bastante indefinida de concepciones que ponen el acento en la conexión entre la democracia y formas

⁸ Farrell, Martín D., *La democracia liberal*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1988.

⁹ Farrell, *La democracia liberal*, p. 84.

plausibles de satisfacer y armonizar los intereses y preferencias encontradas de la gente. Aquí hay que mencionar las teorías usualmente denominadas “revisionistas”, que oscilan ambiguamente entre la caracterización y la justificación de la democracia y que ven a ésta, para decirlo en términos muy generales, como un sistema en que los intereses de ningún individuo tienen garantizado su triunfo *a priori*, sino que ese triunfo debe surgir de una especie de contienda abierta a todos¹⁰. Esta visión se relaciona, aunque no necesariamente se identifica, con las concepciones “economicistas” de la democracia¹¹ que proponen una analogía entre este sistema de gobierno y el mercado libre de bienes en cuanto se supone que ambos tienden a maximizar la satisfacción de los intereses subjetivos reales de la gente, tomándolos a todos en consideración y dirimiendo los conflictos entre ellos según su número e intensidad. Hay una serie de problemas técnicos en esta analogía entre la democracia y el mercado económico, sobre todo en lo que se refiere a la expresión de la intensidad de las preferencias a través del voto. De cualquier modo, lo que importa aquí es si este tipo de concepciones proveería un fundamento suficiente de la superioridad moral de la democracia *en el caso* de poder articularse plausiblemente. En realidad buena parte del atractivo de estas concepciones deriva de que ellas se conectan con la idea de igualdad que analizamos. En la medida en que todo hombre tiene igual poder para incidir en la decisión colectiva, tiene también igual poder para obtener una satisfacción de sus intereses. Pero, como vimos, por un lado el voto igualitario no garantiza por sí solo un poder igualitario, y, por otro lado, el valor del poder igualitario depende de los resultados a que él conduce, los que pueden ser, hipotéticamente, inigualitarios en alto grado. Este tipo de teorías pretenden precisamente completar el enfoque anterior aduciendo que el sistema lleva a resultados buenos, que estarían constituidos por la maximización de la satisfacción de los intereses de todos los miembros del grupo relevante. Pero aun suponiendo que esto sea así, lo que es controvertible, ello no constituye una justificación sufi-

¹⁰ Ver esto en Nelson, *On Justifying Democracy*, p. 37.

¹¹ Ver estas teorías en Nelson, *On Justifying Democracy*, p. 72.

ciente. Se trata de un enfoque agregativo del tipo del utilitarismo, el que, como vimos en el capítulo V, no atiende a la distribución del bienestar y a la posibilidad de que los intereses de algunos sean sacrificados para satisfacer los de otros, aunque éstos sean mayoría; este peligro de infringir el principio de inviolabilidad de la persona es todavía más grave dada la dificultad de expresar las preferencias más intensas a través del único voto que cada uno cuenta en cada ocasión. Es por eso que en el capítulo VI se sugirió que el goce de los derechos humanos fundamentales no está condicionado por el acuerdo mayoritario. Pero una cosa es admitir eso, que todavía deberá ser debidamente aclarado, y otra cosa es aceptar que la democracia opera, cuando puede operar, en una dirección opuesta al respeto de ciertos derechos, supeditando los intereses aun más vitales de algunos individuos a la maximización de la satisfacción global de los intereses del grupo. Es cierto que aun una teoría que da prioridad al respeto de derechos admite, como vimos en el capítulo VIII, un margen para la persecución de objetivos colectivos. Pero si la teoría está basada en derechos *robustos*—como ocurre con la que aquí se defiende, la que adopta una interpretación igualitaria acerca del alcance de los derechos—ese margen es tan estrecho que un sistema que debiera operar sólo dentro de él tendría un valor moral muy poco significativo (esto contraría nuestras convicciones acerca de la significación moral de la democracia).

Otras concepciones consecuencialistas han enfatizado ciertos efectos benéficos de la democracia como es el de promover algunos rasgos valiosos del carácter de los ciudadanos: espíritu crítico, responsabilidad por sus actos, independencia de juicio, interés por los asuntos públicos, actitudes fraternas e igualitarias hacia sus conciudadanos, sentimiento de autoestima, etcétera. Este tipo de concepciones enfrentan el peligro de incurrir en un enfoque perfeccionista que está reñido con el principio liberal de autonomía de la persona, según vimos en el capítulo V. Una posible respuesta a esta objeción consiste en sostener que ese principio no veda la promoción de rasgos de carácter que son necesarios para obtener un alto grado de conformidad con ése y los restantes principios liberales, así como también con las prescripciones específicas de la moral pública que derivan de

ellos. Lo que el principio prescribe es el favorecimiento de virtudes que implican un compromiso con modelos de vida específicos, no el de las virtudes que facilitan la elección consciente de planes de vida y el respeto de la elección por parte de otros. Aun cuando hay todavía dificultades serias en torno a este tópico, puede admitirse provisoriamente que los señalados constituyen efectos benéficos muy considerables de la democracia que deben tomarse en cuenta en su justificación. Sin embargo, como todas las concepciones consecuencialistas, la presente parece proveer un fundamento que, por depender de circunstancias contingentes y variables, no es lo suficientemente fuerte como para dar cuenta de nuestras convicciones de que la superioridad moral de la democracia tiene una relativa independencia de tales circunstancias, y es tan radical como para generar obligaciones morales aun en algunos casos en que el contenido de las decisiones democráticas es moralmente incorrecto.

Hay, no obstante, un tipo de teoría consecuencialista que, según creo, se aproxima a una respuesta correcta. Me refiero a una concepción como la que defiende William Nelson¹², que consiste en sostener que la democracia es un sistema de gobierno moralmente superior porque tiende a producir leyes justas, y que esto es así porque los tests que una ley debe satisfacer para ser aprobada en una democracia –fundamentalmente su aceptabilidad general– son análogos a los tests que un principio moral debe satisfacer para ser válido. Según Nelson¹³, las instituciones de la democracia representativa –que requieren de una discusión abierta y pública de las distintas posiciones– tienden a promover un consenso sobre los principios de moralidad, y consecuentemente, tienden a producir leyes y decisiones consistentes con esos principios. Cuando las cuestiones públicas están sujetas a frecuentes debates públicos, dice este autor¹⁴, los ciudadanos y los políticos van a tender a formular principios en términos de los cuales van a poder defender su posición

¹² Nelson, *On Justifying Democracy*, p. 94.

¹³ Nelson, *On Justifying Democracy*, p. 111.

¹⁴ Nelson, *On Justifying Democracy*, p. 117.

frente a otros; tales justificaciones deben ser capaces de ganar una amplia aceptabilidad pública, y el constituir la base de un posible consenso es una de las condiciones fundamentales que los principios morales deben satisfacer; por lo tanto, las leyes que se intenta justificar de este modo tenderán a ser justas.

Creo que este tipo de posiciones que señalan una conexión entre el proceso democrático y el desarrollo del discurso moral están en la dirección correcta. Sin embargo, me parece que la conexión es más estrecha que lo que autores como Nelson señalan; vale decir, creo que esa vinculación entre democracia y discurso moral no es exclusivamente de tipo instrumental, lo que genera una justificación de la primera que es más fuerte que las de índole puramente consecuencialista. Pero esto debe ser tema de una sección autónoma.

3. LA DEMOCRACIA COMO UN SUCEDÁNEO DEL DISCURSO MORAL

La relación entre la democracia y la discusión pública de cuestiones de moralidad social —o sea el ejercicio del discurso moral aplicado o a asuntos públicos— es frecuentemente enfatizada. Así Benn y Peters¹⁵ dicen:

“El gobierno (democrático) no es entonces una cuestión de *mera* autoridad o de *mera* voluntad, aun de la mayoría. Él procede en una atmósfera de crítica, en la presunción de que no puede proveerse una suficiente justificación de una decisión mediante la apelación a la voluntad de alguien (sea la voluntad de un ministro o la de un interés mayoritario), simplemente porque es la voluntad de esa persona... La democracia ha sido denominada ‘el gobierno a través de la discusión’. En cierto sentido, esto es por supuesto verdad de todos los gobiernos; porque aun los gobiernos más autoritarios deben tener sus comités para aunar experiencias y coordinar las políticas departamentales. Pero es verdad de la democracia en el sentido especial de que todo el proceso presume el intercambio de críticas y justificaciones conducidas dentro del marco de criterios morales”.

También Alf Ross¹⁶ sostiene que la libre discusión “no es simplemente un requisito previo en sí de la democracia, si el principio mayoritario queda establecido como la expresión lícita

¹⁵ Benn - Peters, *Social Principles and the Democratic State*, p. 358.

¹⁶ Ross, Alf, *Why Democracy?*, Cambridge, Mass., 1952, p. 114.

ta de la opinión. Implica, además, recurso a formas de compromiso y de unificación que colocan a la democracia bajo todo un nuevo sistema de valores”.

La cuestión es definir con una precisión aceptable, que nos permita inferir consecuencias para responder a las preguntas que nos hicimos al comienzo de este capítulo, cuál es la relación entre la democracia y el discurso moral. Voy a proponer la hipótesis de que, además de ser el régimen que mejor promueve su expansión, la democracia es un *sucedáneo* del discurso moral; de que se trata de una especie de discurso moral *regimentado* que preserva en más alto grado que cualquier otro sistema de decisiones los rasgos del discurso moral originario, pero apartándose de exigencias que hacen que ese discurso sea un método inestable e inconcluyente para arribar a decisiones colectivas.

En el capítulo III vimos que el discurso moral es una técnica para convergir en acciones y actitudes sobre la base de la adopción libre y compartida de los mismos principios para guiar esas acciones y actitudes. Vimos también que el discurso dirigido a ese fin consiste en el examen de la adecuación de principios que pretenden justificar, en forma final, comportamientos a la luz de ciertas condiciones que están fijadas por reglas procedimentales implícitas en el discurso, como la que establece que todo principio debe ser aceptable desde un punto de vista que considere imparcial y separadamente todos los intereses involucrados. Por último, se advirtió que esta técnica no garantiza *a priori* resultados únicos para todo caso concebible y no asegura tampoco resultados definitivos: siempre es posible que haya empates morales, y también es posible que, no obstante que un cierto principio pareciera haber pasado los tests implícitos en el discurso moral, se demuestre luego que haya otro principio que satisface mejor esos tests.

Aquí es necesario hacer una distinción que es de gran relevancia. Hay autores que sostienen explícita e implícitamente que los principios morales válidos son aquellos que *resultan* de una discusión real sometida a ciertas condiciones. Ésta es la posición de Jürgen Habermas¹⁷, para quien:

¹⁷ Ver el ensayo de Habermas, Jürgen, *Ética del discurso*. *Notas sobre*

“Las normas fundamentales del derecho y de la moral no forman parte del campo de la teoría moral; deben considerarse como contenidos precisados de fundamentación en los discursos prácticos. Dado que las circunstancias históricas varían, cada época arroja su propia luz sobre las ideas fundamentales práctico-morales... Todos los contenidos, incluso aunque afecten a normas de acción fundamentales han de hacerse dependientes de discursos reales... El teórico moral puede participar en ellos como afectado y, en su caso, como experto, pero no puede dirigir *por su cuenta* tales discursos”¹⁸.

También Bruce Ackerman¹⁹ parece mantener la misma posición. Llamaré a esta posición “constructivismo ontológico”, puesto que ella sostiene que los principios morales se *constituyen* como resultado de una discusión real. Antes de la conclusión de una discusión entre los interesados no hay principios morales válidos.

Creo que la debilidad de este constructivismo ontológico está dada por su incapacidad para explicar en qué consiste la discusión que conduce al establecimiento de principios morales. Esa discusión no puede versar acerca de qué principios son válidos según la opinión de los distintos participantes, ya que todos deberían admitir que antes de que concluya la discusión no hay principios válidos. Habermas sostiene que principios como los de Rawls pueden ser presentados como *propuestas* para la discusión. ¿Pero cuál sería el fundamento de tales propuestas? Tampoco la discusión puede versar sobre los *intereses* que los principios aceptados al cabo de la discusión deben contemplar: los intereses son hechos y no determinan ninguna discusión práctica o normativa. Lo que se discute es la legitimidad de los intereses, pero esto nos vuelve de nuevo hacia los principios.

Me parece que estas consideraciones fundamentan la adopción de un “constructivismo epistemológico”: los principios morales sustantivos se infieren, generalmente, por vía de

un programa de fundamentación, en “Conciencia moral y acción comunicativa”, tr. R. García Cotarelo, Barcelona, 1985.

¹⁸ Habermas, *Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación*, en “Conciencia moral y acción comunicativa”, p. 109.

¹⁹ Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*.

argumentos basados en inconsistencias prácticas, de los presupuestos y reglas procedimentales del discurso moral. En este sentido podría decirse que el discurso es constitutivo de tales principios. Pero los principios no se constituyen por el resultado del discurso. Sin esperar tal resultado, cualquier participante del discurso puede defender principios morales por su relación con los presupuestos del discurso. El resultado del discurso no tiene un valor constitutivo. Pero sí tiene un *valor epistemológico*: debido al efecto positivo que tiene la discusión para detectar fallas en el conocimiento y en la racionalidad y, sobre todo, en la equivalencia funcional que, bajo el presupuesto de que nadie es mejor juez de sus intereses que uno mismo, hay entre consenso unánime entre todos los interesados e imparcialidad, se puede presumir que el resultado del discurso se aproxima a una solución correcta, o sea, consiste en un principio que habría sido aceptado en condiciones de racionalidad, conocimiento e imparcialidad. La discusión es un buen método, aunque falible, para acercarse a la verdad moral.

Pero ésta no es la única función del discurso moral sino que, como vimos, éste tiene también la función práctica de permitir superar conflictos y alcanzar cooperación convergiendo en acciones y actitudes sobre la base de la aceptación compartida de los mismos principios de conducta. En realidad, la función cognitiva está relacionada con esta función práctica, ya que se supone que la aceptación compartida de principios para guiar la conducta se obtiene como consecuencia de una búsqueda cooperativa de la verdad.

Las exigencias y limitaciones del discurso moral no impiden que él tenga en la realidad una tremenda eficacia (que puede aun ampliarse en la medida que se esclarezca su estructura y funciones) para resolver innumerables conflictos sociales y facilitar el desarrollo de un vastísimo espectro de relaciones cooperativas. La experiencia cotidiana de todos nosotros es que permanentemente un intercambio de argumentos, a veces sencillo y breve, otras veces arduo y moroso, nos conduce a una coincidencia que permite satisfacer las necesidades básicas de la vida humana en sociedad, consistentes en cooperar unos con otros y en disminuir los conflictos mutuos. Nuestra desazón por los casos en que así no ocurre nos hace perder de vista todos

los casos en que, más allá de hábitos y virtudes de carácter, el discurso moral conduce fluidamente a conductas convergentes.

Pero es obvio que en muchos casos el discurso moral no es operativo. Hay, por supuesto, gente que se niega siquiera a participar de ese discurso y prefiere recurrir a otros métodos para obtener resultados equivalentes, como el recurso a la fuerza. Hay también gente que sólo simula participar del discurso moral y recurre solapadamente a técnicas de persuasión excluidas de éste, como el engaño o la confusión deliberada. Hay muchos que no cumplen con el compromiso implícito asumido cuando se participa en ese discurso, que es actuar y juzgar de acuerdo con los principios que resultan consensualmente aceptados. Pero aun cuando no se dé ninguna de estas actitudes adversas al discurso moral, éste puede resultar inoperante simplemente porque en el momento en que la decisión colectiva es relevante, no se logra consenso entre todos los interesados de que cierto principio que controlaría la decisión es el único que satisface las condiciones implícitas en el discurso moral. De este modo ocurre que, mientras el discurso moral no tiene límites de tiempo y sólo cesa respecto de cierta cuestión cuando se llega a un consenso que es, además, inherentemente revisable, muy frecuentemente se debe adoptar una decisión antes de cierto tiempo, pues de lo contrario se habría implícitamente adoptado una respuesta pasiva frente a los acontecimientos.

Para superar en la práctica esta limitación del discurso moral hay un sólo expediente efectivo: abandonar su carácter temporalmente ilimitado y *fijar oportunidades para una decisión obligatoria*. Esto lleva implícitamente a otra modificación que es, en apariencia, más profunda: *el reemplazo de la exigencia de consenso unánime por el de aprobación mayoritaria de una pauta o línea de acción*. Muchas veces se piensa que este reemplazo se produce meramente porque una decisión mayoritaria es *más fácil* de materializar que una decisión unánime y, en consecuencia, es una solución más practicable. Pero, en realidad, no se trata de eso, sino, como vimos, de que exigir unanimidad para aprobar una propuesta es equivalente a establecer que es suficiente el voto de uno solo para aprobar la línea de acción opuesta; es consagrar la dictadura del que está en favor

de que no se cambie nada. De hecho, lo mismo sucede en el discurso moral originario, ya que la falta de consenso unánime implica que se decide implícitamente mantener el *statu quo*, no en oportunidades prefijadas convencionalmente, sino en los momentos en que las decisiones dejan de ser relevantes. Se podría decir que si se abandona la exigencia de unanimidad, por la razón indicada, tanto da que se dé preferencia a la opinión concurrente de una mayoría relativa como de una minoría.

Pero esto no es así, ya que la exigencia de que la decisión colectiva se construya a partir de la opinión mayoritaria hace que la participación en el discurso *tienda* hacia la obtención de unanimidad, ya que el intento de convencer a todos es la forma más fácil de avanzar hacia el logro de un acuerdo mayoritario; en cambio, si fuera necesaria la aprobación por parte de una *minoría*, se generaría rápidamente una actitud de indiferencia, o en realidad una actitud adversa, hacia el consenso unánime (habría que empezar por asegurarse de que haya algún disenso).

Por supuesto que estas desviaciones pragmáticas de las exigencias del discurso moral originario de ningún modo llevan consigo el abandono de las restantes exigencias que pueden preservarse, tales como las de que debe tratarse que las decisiones estén justificadas sobre la base de principios que satisfagan las condiciones formales del discurso moral, que para ello deben escucharse los argumentos en favor o en contra de que esa satisfacción se da, que toda persona moral debe considerarse una fuente potencial de tales argumentos, que todas ellas deben participar en la decisión colectiva, etcétera.

Una vez que sometemos el discurso moral a la regimentación indicada, tenemos un sucedáneo del discurso originario que extiende su operatividad pragmática. Ese sucedáneo es el sistema democrático de decisiones, por lo menos en su forma directa. La forma representativa de la democracia constituye otro tipo de desviación del discurso moral originario que requeriría una extensa discusión, que no va a ser encarada aquí, a la luz de la teoría de la representación.

La pregunta que corresponde ahora hacerse es cuál es el poder justificatorio de ese sucedáneo del discurso moral que está constituido por la democracia.

La respuesta se sustenta en la hipótesis, intuitivamente atrayente pero nada fácil de defender, de que el procedimiento mayoritario de toma de decisiones tiende a producir resultados que se aproximan más al requisito de imparcialidad que los resultados logrados por cualquier otro procedimiento.

Comparemos el modo de operar del proceso democrático con el judicial. En éste la imparcialidad se introduce a través de la calidad de una o varias personas a las que se supone dotadas de la capacidad moral e intelectual que llevan a una equitativa consideración de todos los intereses involucrados cualesquiera que sean sus titulares, capacidades que están reforzadas por la existencia de ciertos mecanismos que vedan que estén involucrados en el conflicto intereses del propio juez. Algunos podrán argüir que del valor de la discusión libre y abierta para alcanzar la imparcialidad no puede inferirse el valor del proceso mayoritario, dado que el primer valor podría conducir a una extensión del proceso judicial a la esfera de la política, con un dictador benéfico que actuara como juez. Pero para tal extensión hay dos obstáculos evidentes. Primero, como jueces se supone que se tiende a nombrar a individuos imparciales, por cuanto el procedimiento de selección, de carácter democrático, es en sí mismo imparcial; en cambio, no hay ninguna garantía de que el proceso del que surge un dictador promueva su imparcialidad. En segundo lugar, a diferencia de lo que ocurre en los procesos judiciales, es casi imposible aislar los intereses de la persona que en forma global y comprehensiva decide cuestiones políticas que afectan a casi todos.

Tenemos así un procedimiento del cual todos son parte y todos son jueces. Veamos quienes son "todos". Naturalmente, la mayor amenaza a la imparcialidad en el procedimiento democrático es la formación de una coalición mayoritaria estable en contra de una minoría cuyos intereses son sistemáticamente ignorados. Es éste un verdadero peligro, y es a fin de prevenir sus peores efectos que del proceso democrático se apartan algunos derechos básicos, de modo tal de proteger los intereses vitales de las minorías. Pero no hay que exagerar el peligro; el gran mérito de un procedimiento de decisión por simple mayoría es que, a diferencia de la decisión de una sola persona o de un grupo minoritario, estimula a quienes están in-

interesados en una cierta decisión a tratar de obtener la adhesión de tantas personas como sea posible, aun si la mayoría simple está aparentemente sobrepasada. Esto es así porque si una minoría es dejada de lado, sus ofrecimientos a algunos grupos que forman la coalición mayoritaria aumentan y esa coalición puede quebrarse a último momento. Ésta es también la razón por la cual, excepto si median motivos irracionales, como los racistas, es difícil que haya una minoría estable a la que grupos que buscan formar posibles coaliciones mayoritarias no traten de atraer; cuanto más marginalizada es una minoría más reducidas son sus pretensiones para formar parte de una coalición mayoritaria alternativa ²⁰.

Por consiguiente, el procedimiento mayoritario de toma de decisión cuando opera sin distorsiones, conlleva un fuerte incentivo para que cada ciudadano trate de convencer al mayor número posible de sus conciudadanos de la bondad de su propuesta. En esas discusiones cada participante es a la vez abogado y juez; presenta sus propios intereses si cree que no han sido tomados en consideración en la posición de su adversario; expone su propia propuesta tratando de convencer al otro de que toma en cuenta sus intereses; recibe las quejas del otro si éste cree que sus preocupaciones han sido desatendidas, y debe juzgar y argumentar en contra de la propuesta de su adversario. Como, idealmente, esto debe hacerse públicamente, o, por lo menos, debe haber suficiente comunicación entre los ciudadanos, la propuesta que alguien hace a otro no puede centrarse exclusivamente en los intereses de ambos ni ser indiferente a los de los otros, para no perjudicar la confiabilidad de la persona que la hace en sus negociaciones con esos otros.

Lo que el procedimiento requiere de cada participante es que exponga sus intereses de modo que todos puedan saber si han sido tomados en cuenta en cada propuesta, así como su punto de vista acerca de cuál sería el principio que señalaría un equilibrio imparcial entre sus intereses y los del resto de la gente. La necesidad de reunir el mayor número posible de adhe-

²⁰ Ver este tipo de análisis en Downs, A., *An Economic Theory of Democracy*, New York, 1957.

rentes para su causa, juntamente con el modo en que, como acabamos de ver, cada uno debe negociar ese apoyo, constituyen un vigoroso incentivo para que cada uno se acerque a posiciones de imparcialidad. El resultado colectivo de esta tendencia individual hacia la imparcialidad promovida por el procedimiento de discusión y negociación es la probabilidad de que las soluciones alcanzadas sean imparciales. Esto es apoyado por teoremas como los de Condorcet²¹ y Grofman²², en el sentido de que, cuanto más gente que es más probable que individualmente elija la decisión correcta, adopte esa misma decisión bajo una norma mayoritaria, tanto más probable es que esa decisión sea correcta y que la decisión de la mayoría es más probable que sea correcta que la decisión del miembro competente del grupo.

Los requisitos del procedimiento para la justificación del voto ante todos, sobre la base de que sería aceptado o no rechazado por votantes imparciales, racionales y debidamente informados, más la necesidad de reunir tantos adherentes como sea posible, genera una tendencia individual hacia la imparcialidad. Esta tendencia puede adquirir una dimensión psicológica a través del impacto educativo de la exposición repetida a la práctica de la discusión y decisión democráticas (y la persuasión de que la mejor manera de parecer justo y confiable es siéndolo²³), pero no es necesario para el valor del procedimiento que los participantes pretendan actuar con justicia. Es bastante que defiendan su voto ante los otros y que se esfuercen por unir a sus votos tantos otros votos como sea posible.

No se trata de que en cada caso individual la solución que la mayoría favorezca sea necesariamente más imparcial, y consiguientemente, más correcta que la de la minoría. La tesis es que el requerimiento de simple mayoría promueve un proceso de negociación que impulsa hacia la imparcialidad y esto hace

²¹ Condorcet, marquis de, *Essai sur l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Paris, 1985.

²² Grofman, Bernard - Owen, Guillermo - Scott Feld, *Thirteen Theorems in Search of Truth*, en "Theory and Decisions", 1983, 15, p. 261-278.

²³ Ver Nelson, *On Justifying Democracy*, p. 108.

que el resultado del procedimiento colectivo sea probablemente más imparcial que la decisión que se hubiera alcanzado a través de un procedimiento que diera preeminencia a la opinión de una persona o de un grupo.

Pero si la solución que triunfa ha sido apoyada por una mayoría amplia –digamos del 70 % de los votos contra 30 %, no meramente 51 % contra 49 %– hay razones para pensar que, además, la propuesta mayoritaria es probablemente más imparcial que la minoritaria, puesto que sería difícil reunir tan apreciable mayoría, con el riesgo de colapso de la coalición como consecuencia de los ofrecimientos de la minoría, si la propuesta no tomara en cuenta un máximo de intereses posible. Por supuesto, no es ésta una razón para exigir una mayoría calificada, puesto que esto daría poder de veto a la minoría en favor del *statu quo*. Precisamente, el modo de promover la formación de grandes mayorías es permitiendo que gane una mayoría simple.

En todo caso, el valor epistemológico de la decisión tomada mediante un procedimiento mayoritario no se basa en el hecho de ser más imparcial y por consiguiente más correcta que la que perdió la contienda –aunque en muchos casos haya razones para pensar que así es– sino en el hecho de que es probablemente más imparcial y por consiguiente más correcta que la decisión que hubiera tomado un individuo o una minoría fuera del proceso democrático.

Esto fundamenta la conclusión de que la validez moral de las decisiones tomadas mediante un procedimiento democrático será de mayor o menor grado según sea el grado en que el procedimiento democrático se aparte de las reglas de la práctica de la discusión moral. De esto inferimos que ese procedimiento debe maximizar la posibilidad de un debate libre, abierto y reflexivo previamente a la decisión, y la participación en el mismo de todos aquellos a quienes concierne. (Naturalmente, las democracias actuales se apartan en buena medida de esos requerimientos, lo que explica por qué la presunción de la validez de sus resultados tiende a ser débil. Esta justificación de la democracia no sólo implica dar cuenta de su valor sino también señalar cómo debe operar para maximizarlo.) La presunción será tanto más fuerte cuanto mayor sea el número de per-

sonas que coincida en la misma conclusión, en comparación con aquellos que respaldaron soluciones alternativas.

Por otra parte, la calidad de obligatoriedad de una decisión que fue respaldada por una escasa mayoría no se basa en su presunción de verdad moral, se funda, en cambio, en el hecho de que, si no reconocemos la calidad obligatoria de una decisión adoptada por una ligera mayoría, nunca se formarán grandes mayorías y, sin embargo, es de presumir que son ellas las que se aproximan a la conclusión que se alcanzaría desde el punto de vista moral.

Este enfoque implica que la democracia tiene valor epistemológico. Es un buen método para alcanzar el conocimiento moral puesto que incluye, como componentes esenciales, tanto la discusión como la conformidad mayoritaria, y de este modo nos lleva más cerca de la verdad moral. Por otra parte, un individuo que alcanza juicios morales de un modo no reflexivo o aun a través de una reflexión aislada sin confrontación con individuos de características e intereses diferentes puede no presumir que una conclusión tal hubiera sido unánimemente aceptada por toda la gente involucrada en condiciones ideales. Si bien esto no es imposible, es muy improbable que alguien sopesara acertadamente todos los intereses de todos los afectados en el curso de una acción sin una confrontación previa con ellos. La discusión con otros tiene asimismo la ventaja de ayudarnos a advertir las deficiencias en el razonamiento que conducen a ciertas actitudes morales.

Esto significa que la persona moral se halla generalmente en una situación en la que, aun si desea actuar en base a razones morales, no está segura de cuáles son ellas. Esto es lo que da relevancia moral a la democracia y resuelve la paradoja que señalamos al comienzo. El proceso de la discusión y decisión democráticas puede guiar a la persona moral hacia principios morales válidos, aunque esa guía tiene diferentes grados de certeza y no es nunca absolutamente confiable, y siempre queda la posibilidad de revisar la decisión alcanzada en base a la reflexión acerca de cuál hubiera sido el consenso ideal. En muchos casos la razón para obedecer a las autoridades democráticas es bastante débil y debe ser complementada con otra clase de razones, probablemente de carácter conse-

cuencial. Pero ocurre asimismo a la inversa: la clase de razón que estamos analizando está basada en las características intrínsecas del procedimiento democrático, lo que proporciona cierto fundamento a la obligación de acatar los resultados de ese proceso, cuando los argumentos basados en sus consecuencias son inciertos o difusos. Esto sirve para responder a la primera pregunta expuesta al comienzo de este capítulo acerca de cuál es el sistema de gobierno que más disminuye la probabilidad de desvíos morales en el dictado y aplicación de normas jurídicas. Ese sistema es la democracia, no sólo por una cuestión instrumental (ya que, entre otras cosas, las virtudes de carácter que promueve hacen que la gente se desvíe menos de las exigencias morales), sino fundamentalmente por la conexión intrínseca que hay entre democracia y moralidad, que está dada por el valor epistemológico de la primera para determinar los alcances de la última. Al ser la democracia el sucedáneo del discurso moral que da la más amplia satisfacción a sus exigencias —en la medida en que ello es compatible con la necesidad de no frustrar la finalidad de ese discurso al permitir que unos pocos se impongan por falta de acuerdo unánime—, la democracia adquiere imperfectamente el poder epistemológico del discurso moral, y la posibilidad de errores morales se reduce a un mínimo (que es, no obstante, real y preocupante): el que está determinado por desviaciones del procedimiento constitutivo del discurso moral genuino, desviaciones que son, de cualquier modo, mucho más acentuadas en todos los restantes sistemas de decisiones colectivas. En qué medida esta conclusión sirve para responder también a la segunda de nuestras preguntas primitivas —la que se refiere a qué sistema de gobierno concede obligatoriedad moral a normas jurídicas moralmente injustas— es un tema que será discutido en la sección siguiente.

Pero antes de terminar ésta quiero hacer notar una cuestión importante: hemos visto que hay teorías que justifican a la democracia como una forma de llegar a un cierto compromiso entre intereses, o de armonizarlos, o de lograr la máxima satisfacción agregativa de esos intereses. Creo que, a pesar de las intenciones de los defensores de estas teorías, que van, en general, en dirección opuesta, si fueran ellas desarrolladas coherentemente terminarían homologando una *democracia orgánica*

o corporativa en lugar de una *democracia de partidos políticos*. Ello es así porque los intereses más fuertes de los individuos suelen estar centrados en su propio bienestar y el de sus allegados, y entre estos intereses autorreferentes tienden a prevalecer los de índole económica, social y profesional; por lo tanto, si de lo que se trata es de lograr un compromiso entre los intereses de la gente, lo más razonable es que ellos estén representados en la puja que conduce a una decisión por grupos que aúnan intereses económicos, sociales y profesionales similares, es decir por gremios, asociaciones profesionales y agrupaciones de sectores productivos. Ésta es la democracia corporativa, que está centrada no en la discusión de ideologías –ya que se presume, según esta concepción, que hay una sola que es *a priori* válida– sino en la armonización de intereses.

La justificación expuesta de la democracia como sucedáneo del discurso moral muestra que esta forma de implementarla es moralmente ilegítima por frustrar aquel papel de la democracia. Si bien en el discurso moral deben tomarse en cuenta en forma imparcial los intereses de todos los afectados, él no consiste en una puja entre esos intereses ni está dirigido a una armonización de ellos. Se trata en cambio de contrastar *principios valorativos* para guiar acciones y actitudes a la luz de ciertos tests, entre los cuales está su aceptabilidad desde una perspectiva que considere imparcialmente los intereses involucrados²⁴. No se presume *a priori* que hay principios sustantivos válidos, sino que su validez está dada por la satisfacción de criterios implícitos en el discurso. No se admite que alguien dé como justificación de una conducta el que ella coincide con su voluntad o interés; debe proponer un principio general y público que pueda ser universalmente aceptado como justificación final de esa conducta por todos quienes fueran suficientemente imparciales, racionales y conscientes de los hechos relevantes.

Lo mismo ocurre con la democracia. Las diferencias rele-

²⁴ En palabras de Rawls, *A Theory of Justice*, p. 357, “La discusión legislativa debe ser concebida no como una competencia de intereses sino como un intento de fijar la mejor política tal como está definida por los principios de justicia”.

vantes son las diferencias ideológicas acerca de cuáles son los principios de moralidad social válidos: de ahí la existencia de partidos que expresan esas diferencias; son tales diferencias y no las diferencias de intereses las que deben zanjarse a través del sistema democrático. Aunque, supongamos, los terratenientes se beneficien con la política de un partido conservador y los obreros con la de un partido socialista, ésta no es una *justificación* para que apoyen a aquél o a éste; unos y otros tienen que alegar que los principios que defiende uno de estos partidos son los que pasan los tests de imparcialidad, generalidad, etc., que están implícitos en el discurso moral. Esto conduce a una profunda moralización de la política, pues hace que el choque crudo de intereses sea atenuado por la necesidad de ofrecer justificaciones morales de posiciones que pueden favorecer tales o cuales intereses; aunque tales justificaciones sean sólo “racionalizaciones”, la necesidad de formularlas constituye una limitación importante a la persecución del autointerés.

4. LA OBLIGACIÓN MORAL DE OBSERVAR UN DERECHO DEMOCRÁTICO. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Hemos visto en la primera sección que la existencia de un sistema jurídico —con las autoridades y sanciones que le son inherentes— se justifica en tanto y en cuanto él es un medio necesario para preservar y promover los derechos humanos. En la medida en que satisfaga ese objetivo, hay una obligación moral de obedecer el derecho en cuestión, ya que de los principios de moralidad social que hemos expuesto, más algunos presupuestos relativos, por ejemplo, a la capacidad de hacerlo, surge una obligación de respetar los derechos que ellos establecen. Sin embargo, la referencia al orden jurídico es aquí superflua, ya que para que él esté justificado tiene que prescribir hacer lo que promueva los derechos individuales; pero los ciudadanos tienen la obligación moral de contribuir a tal promoción, lo disponga o no el orden jurídico. En otras palabras, como lo ha señalado Joseph Raz²⁵, cuando el derecho es justo la obliga-

²⁵ Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, tr. R. Tamayo y Salmorán, México, 1982, p. 290 y 303.

ción moral de obedecerlo *coincide* con las obligaciones morales que los individuos *tendrían* lo mismo si ese derecho fuera distinto o no existiera.

La cuestión de la obligación moral de obedecer el derecho adquiere, sin embargo, relevancia en conexión con estos puntos: *a)* aunque el derecho tienda en general a promover los derechos humanos, hay, como dijimos, una alta probabilidad de que se desvíe de este objetivo en algunos casos, por lo que cabe preguntarse si el hecho de que el sistema jurídico tenga un origen democrático permite extender su obligatoriedad moral aun a estos casos; *b)* la obligación moral de observar una norma jurídica que protege derechos individuales básicos podría tener un carácter *prima facie* y ceder frente a otros principios que contemplan ciertas circunstancias, por lo que corresponde inquirir si no hay ocasiones en que un individuo puede estar eximido de esa obligación aun frente a una disposición jurídica justa.

El tratamiento de la obligación moral de obedecer el derecho enfrenta un dilema entre dos tipos de consideraciones:

Por un lado, están las consideraciones a las que acabamos de aludir acerca de la necesidad de que haya *algún* orden jurídico para preservar los derechos individuales, y un orden jurídico involucra que, al menos en algunas áreas de la vida social, se actúe no según el juicio de cada agente sino de acuerdo con alguna autoridad; esto es lo que permite satisfacer las funciones del derecho de evitar conflictos y facilitar la cooperación. A esto debe hacerse el agregado decisivo de que, cuando el orden jurídico es de origen democrático, él se beneficie con el valor epistemológico que tiene la democracia como sucedáneo del discurso moral; cuando el procedimiento democrático ha funcionado normalmente y una solución ha sido aprobada por una mayoría luego de una amplia y libre discusión, parece una muestra de soberbia moral oponerse a esa decisión mayoritaria sobre la base de que la solución adoptada es injusta, no obstante la opinión prevaleciente en contrario.

Pero, por otro lado, se encuentran las consideraciones basadas en el rasgo de autonomía de la moral que, como vimos en el capítulo V, implica que es valiosa la aceptación libre de principios de conducta para guiar efectivamente las acciones, y

que son, por lo tanto, valiosas las acciones que expresan autenticidad moral, o sea las acciones que están determinadas por esa adopción voluntaria, consciente y honesta de presuntos principios morales, aun cuando éstos resulten ser inválidos. Además se puede agregar que esto no es sólo valioso sino que es un rasgo inescapable de la moral: cada uno es indefectiblemente su propio juez moral de última instancia; aun cuando uno juzgue que es bueno que en ciertas áreas sean otros los que decidan por uno, este mismo es un juicio de uno que no puede delegarse en otros.

Estos dos órdenes de consideraciones, que son en sí mismas válidas pueden sin embargo conducir, respectivamente, a dos falacias que podrían ser denominadas la falacia "seudopositivista" y la falacia "relativista".

La primera falacia constituye una desnaturalización del primer tipo de consideraciones. Si no se advierte que ellas apelan a razones *morales* para obedecer un orden jurídico, puede concluirse erróneamente que lo que dispone un orden jurídico constituye, por sí mismo, razones operativas para justificar acciones. Ésta es la variedad ideológica del positivismo jurídico (claramente distinguible de la variedad conceptual), que, como lo he tratado de mostrar en el capítulo I, implica desconocer un principio del razonamiento práctico según el cual una acción o decisión no puede justificarse sobre la base de meros hechos, como lo es el dictado y vigencia de normas jurídicas; sólo principios valorativos morales o prudenciales (en ese orden) pueden constituir razones operativas para justificar una acción o decisión. Cuando se sostiene que lo que configura razones operativas para actuar no es el mero hecho de que una norma sea una norma jurídica vigente, sino la circunstancia de que ella haya sido dictada según un procedimiento democrático, puede incurrirse, además, en un positivismo de índole moral, o sea la tesis de que lo moralmente correcto es lo que aprueba la mayoría del grupo relevante. Como vimos en el capítulo II, ésta es una posición sumamente insatisfactoria, y sólo puede ser confundida con la justificación de la democracia que se ensayó en este capítulo si se pasa por alto la aclaración fundamental de que la democracia, si bien es un sucedáneo del caso primitivo de justicia procesal pura constituido por el dis-

curso moral, lo es de un modo *imperfecto*, y sus conclusiones son, en consecuencia, sólo aproximaciones a las que se podrían obtener a través de ese discurso. Por lo tanto, aun cuando hay una presunción en favor de la justificabilidad de las decisiones democráticas —presunción que tiene más o menos fuerza según el grado en que el procedimiento se aparta de las exigencias del discurso originario—, se trata de una presunción revocable a la luz de las conclusiones a que pueda llegarse en el marco de ese discurso.

La falacia relativista consiste en una desvirtuación del segundo tipo de consideraciones: una cosa es decir que una acción es *prima facie* valiosa si está determinada por la adopción libre de principios morales y otra cosa es sostener, como lo hace esta clase de relativismo, que una acción está concluyentemente justificada si se conforma a las convicciones morales sinceras del agente. Como dice Brenda Cohen²⁶, el punto de vista de que los dictados de la conciencia de cada uno son siempre correctos es inherentemente autocontradictorio, puesto que implica que una serie de proposiciones mutuamente incompatibles son todas ellas válidas o verdaderas. Por otra parte, este tipo de relativismo no puede derivar del valor implícito en el rasgo de autonomía de la moral ni del principio más específico de autonomía de la persona que se desprende de aquél. Como vimos en el capítulo V, el valor de la autonomía en la elección de principios de conducta se transfiere a las acciones que están determinadas por esa elección, pero éste es sólo un valor *prima facie* que queda cancelado en la medida en que otros aspectos o efectos de la acción menoscaban la autonomía de otra gente.

El problema del tratamiento de la obligación moral de obedecer el derecho consiste en cómo recoger los dos tipos de consideraciones válidas que se han enunciado sin caer en las falacias que acechan detrás de cada uno de ellos. Creo que, para empezar, ese tratamiento debe distinguir entre la situación moral frente al derecho de un juez (u otro funcionario) y

²⁶ Cohen, Brenda, *Three Ethical Fallacies*, en "Mind", enero 1977, vol. LXXXVI, n° 341, p. 81 y siguientes.

la de un súbdito, para luego considerar la posición moral de un juez frente a un súbdito que se ha considerado moralmente facultado a desobedecer el derecho.

En cuanto a la obligación moral de un juez de obedecer el derecho, el positivismo jurídico de *índole ideológica* ha pretendido que ella surge meramente del concepto de juez o de su función específica. Es obvio que una supuesta determinación conceptual no puede resolver una cuestión moral sustantiva y que cualquier "barrera definicional" puede ser saltada mediante la formulación de la misma pregunta empleando conceptos distintos (p.ej., "¿debe un hombre que fue designado juez siempre actuar como tal?"). El carácter tramposo de esta barrera se pone de manifiesto si reemplazamos el concepto de juez por otros conceptos funcionales que se aplican a quienes evidentemente no tienen la obligación moral de ejecutar esas funciones (como el "Gran inquisidor", o el "Torturador oficial", o el "Comandante del campo de exterminio"). Muchas veces se alega que el asumir un cargo implica una *promesa* (o juramento) de cumplir con sus funciones características, y es esta promesa la que determina una obligación moral (en el caso del juez, de aplicar el derecho); pero si bien una promesa es, en ciertas condiciones que dudosamente se dan en casos como éstos, una fuente de obligación moral, esa obligación es sólo *prima facie* y cede ante otras de mayor jerarquía, como puede ser la de no lesionar derechos humanos (muchas veces se dice que, ante esta disyuntiva, la única salida de un juez es renunciar, pero, como dice bien Gregorio Peces-Barba²⁷, ésta puede ser una salida prudencial pero no necesariamente moral: en ocasiones el curso moralmente correcto es permanecer en el puesto para hacer efectivos sus deberes morales prioritarios).

De modo que la obligación moral de observar el derecho que tiene un juez (u otro funcionario) no deriva del concepto con que lo identificamos, ni de su función, ni de una promesa, sino de principios morales que prescriben promover derechos individuales básicos. ¿Querrá esto decir que tan pronto el

²⁷ Peces - Barba, *Derechos fundamentales*, I. *Teoría general*, p 59, nota.

juez juzgue que el orden jurídico se desvía del reconocimiento pleno de esos derechos está facultado para dejar de lado ese orden jurídico y actuar según su juicio? Aquí hay una confusión en esta formulación corriente de la pregunta: el juez no puede estar facultado a apartarse del orden jurídico cuando *juzgue* que éste es injusto sino, en todo caso, cuando *sea* injusto; él corre con el riesgo de sus errores de juicio.

En segundo término, el juez debe apreciar que aun cuando el derecho que su decisión desconocería contenga una solución injusta, él puede ser, en general, un instrumento efectivo para salvaguardar derechos humanos y su decisión podría tener efectos que mellen esa efectividad al socavar el respeto por el orden jurídico. Esto requiere hacer un delicado balance, de cuya corrección sólo el juez es responsable, entre los derechos que su decisión protegería contra un avance indebido del orden jurídico, y las posibles repercusiones negativas de su decisión en cuanto a la protección de otros derechos.

Finalmente viene la cuestión complicada de la incidencia que tiene en la obligación moral del juez el origen democrático de la norma supuestamente injusta. Creo que el juez debe tomar cierta distancia para contrastar sus propias conclusiones sobre los resultados que arrojaría la aplicación plena de las exigencias del discurso moral y las que se han obtenido a través del ejercicio efectivo del sistema democrático. Debe tratar de identificar cuáles son los pasos en falso que se hubieren dado en este ejercicio como para terminar desviándose de las conclusiones a las que se habría arribado en condiciones ideales. Debe admitir que su propio juicio podría estar perturbado por prejuicios que tal vez se hayan neutralizado en la confrontación entre diversos sectores de la sociedad, o por falta de información, que quizá se haya suplido en el proceso de decisión colectiva. No debe suponer que la opinión mayoritaria es signo seguro de verdad frente al que sólo cabe inclinarse, ni tampoco asumir que su propio juicio es inherentemente tan superior al de otros como para que sea irrevisable frente al hecho de que muchos hombres como él han llegado a conclusiones divergentes. Todo esto lleva en la práctica, según creo, a que un juez moralmente responsable que se enfrenta con una norma jurídica que considera injusta haga una distinción según que los de-

rechos en cuestión sean condición necesaria para el desarrollo del mismo discurso moral o de su sucedáneo, el procedimiento democrático —como el derecho a la vida o a la libertad de expresión— o no lo sean. En el caso de los primeros, su determinación no puede dejarse a un procedimiento que estaría viciado si los derechos son desconocidos. Por otra parte, puede accederse a ellos mediante reflexión individual, ya que son derechos *a priori* respecto del método de conocimiento moral constituido por la discusión y decisión colectiva y se determinan reflexionando acerca de las condiciones que dan valor a estas últimas. Pero cuando los derechos no son condición del discurso moral y del procedimiento democrático, sino que se derivan de principios que resultan aceptables en condiciones de imparcialidad, el método más confiable para determinar sus alcances es el mismo procedimiento democrático. De este modo no todos los derechos o no todos los aspectos de los derechos que hemos visto en los capítulos precedentes, están al margen de las decisiones democráticas, aunque, por supuesto, no todos los derechos y todos sus aspectos están sometidos a ellas. Es necesario insistir en que la distinción depende de la medida en que ellos condicionan el valor epistemológico de tales decisiones democráticas.

Esto tiene, como es obvio, una gran relevancia para definir el alcance del control judicial de constitucionalidad. Ni el hecho de que una prescripción esté incorporada a la Constitución la convierte automáticamente en objeto de ese control, ni el hecho de que ella consagre un derecho hace que automáticamente el poder de determinar sus alcances pase del Parlamento a la judicatura. En materia de los derechos *a posteriori* los jueces no están mejor capacitados que los órganos de representación democrática directa para reconocerlos e implementarlos.

La posición de un súbdito ante una norma jurídica que juzga injusta es en cierta medida análoga a la del juez, aunque difiere en algunos aspectos relevantes. Por empezar, hay dos tipos principales de desobediencia jurídica por razones morales en las que puede incurrir un ciudadano: una es la *objeción de conciencia*, que se caracteriza por el hecho de que el individuo cree que una obligación jurídica que se le impone está en conflicto con una de sus obligaciones morales, o sea que la primera

le impone una conducta que está prohibida por sus principios morales o religiosos²⁸. El otro tipo importante de inobservancia moral del derecho es la *desobediencia civil*, que consiste en la inobservancia de ciertas normas jurídicas con el fin de lograr, a través de diversos mecanismos, la derogación de esas u otras normas que se consideran moralmente inicuas.

En cuanto a la *objeción de conciencia*, es obvio que, al igual que el juez, el súbdito no puede quedarse tranquilo con el hecho de que él juzga que hay una prohibición moral de hacer lo que el derecho dispone; tiene que haber efectivamente esa prohibición y él corre con el riesgo de un juicio equivocado contra la opinión de la mayoría.

Pero esta consideración general tiene una importante excepción. En la mayoría de los casos de objeción de conciencia –aunque no en todos–, tales como los casos recurrentes de las reservas de ciertas sectas religiosas de saludar los símbolos patrios, el cumplimiento de la prohibición invocada no tiene efectos importantes respecto de terceros. Esto significa que, aun cuando el juicio sobre esa prohibición sea equivocado, la norma jurídica que impone la conducta contraria viola, como vimos en el capítulo V, el principio de autonomía de la persona: restringe la libre elección de pautas morales para conformar la vida del agente sin que esa restricción pueda justificarse –dado el tipo de pauta involucrada– sobre la base de que ella protege la autonomía de otra gente. Como se dijo, esto está reforzado por el hecho de que la imposición de pautas morales personales o autorreferentes se frustra a sí misma, ya que esas pautas –al requerir convicciones subjetivas– no pueden ser satisfechas sin ser adoptadas libremente (es como obligar a amar a la esposa). Como dice el juez Jackson en el famoso caso norteamericano “Barnette”²⁹, en donde se reconoció el derecho de los Testigos de Jehová de oponerse al saludo a la bandera: “Creer que el patriotismo no va a florecer si las ceremonias patrióticas

²⁸ Rawls, *A Theory of Justice*, p. 369 y ss., y Malamud Goti, Jaime, *Cuestiones relativas a la objeción de conciencia*, en Bulygin, E. - Farrel, M. D. - Nino C. S. - Rabossi, E. A., comps., “El lenguaje del derecho. Ensayos en homenaje a Genaro R. Carrió”, p. 278 y siguientes.

²⁹ “West Virginia Board of Education v. Barnette”, 319 US 624.

son voluntarias y espontáneas en lugar de ser una rutina obligatoria, es tener una opinión muy poco lisonjera sobre el atractivo que nuestras instituciones ejercen sobre las mentes libres". Yo agregaría a esto que esa creencia incurre además en un error lógico sobre el concepto de patriotismo, que requiere espontaneidad y es antagónico con la rutina obligatoria (esto ha sido recogido en un fallo reciente de un tribunal de apelación argentino³⁰).

De modo que cuando la norma jurídica infringe claramente el principio de autonomía por imponer un ideal moral de índole personal, la desobediencia en nombre de un ideal incompatible está moralmente justificada, cualquiera que sea la validez de uno u otro ideal (como se sugerirá en el próximo capítulo, en la Argentina esa norma jurídica sería, además, inválida por infringir el art. 19, Const. Nacional).

¿Qué ocurre cuando el cumplimiento de la prohibición moral que se opone a la obligación jurídica tiene efectos perceptibles para terceros? A veces no se advierte que hay casos de objeción de conciencia de esta índole por el hecho de que en los casos generalmente alegados, el comportamiento considerado moralmente obligatorio es de tipo *omisivo* (como en el caso de abstenerse de cumplir con el servicio militar), y se tiende a no reparar en los efectos causales de las omisiones. Pero, además de que esos efectos deben ser tomados en cuenta —como se sostuvo en el capítulo VIII—, no parece haber inconveniente en admitir casos de objeción de conciencia comisivos: por ejemplo, si hay una prohibición jurídica para que los médicos que actúan en una guerra curen a los heridos del bando opuesto, éstos pueden sentirse moralmente obligados a desatender esa prohibición, prestando activamente servicios curativos.

Cuando la acción del objetante tiene, entonces, efectos para terceros, ella sólo podría estar moralmente justificada si la obligación moral fuera válida, o sea cuando los efectos que recaen sobre terceros no lesionan sus derechos morales, car-

³⁰ Ver CNFedContAdm, Sala II, 11/11/82, "D. A. F. c/Estado Nacional", ED, 102-500, voto mayoritario del juez Ideler S. Tonelli. Ver Nino, Carlos S., *Un caso de conciencia*, en "Doctrina Penal", 1983-315, artículo en que se comenta este fallo.

gando el objetante con la responsabilidad por sus errores de juicio. Al igual que el juez, el objetante debe ser sumamente cuidadoso en apreciar las repercusiones de su desobediencia en cuanto al socavamiento del orden jurídico democrático, y en tomar la debida distancia entre las conclusiones de su juicio y el de la mayoría, para localizar la desviación de las exigencias del discurso moral en que ella habría incurrido. Debe tomar en cuenta los parámetros de controvertibilidad moral que se han señalado, especialmente el que se refiere a la continuidad de la deliberación democrática. Pero hay dos cosas que el súbdito desobediente debe, además, tomar especialmente en consideración. En primer lugar, debe examinar, como lo señala Jaime E. Malamud³¹, si el orden jurídico no le ofrece alguna alternativa para hacer compatible su obligación legal con la prohibición moral (como un servicio social alternativo al militar). En segundo término, debe tomar en cuenta la propia decisión del juez que, si es moralmente responsable, es también indicativa de un curso posible de la deliberación moral.

Por supuesto que, en general, los casos de objeción no suelen ser tan nítidos en cuanto a materializarse en conductas autorreferentes, por un lado, o en acciones con efectos para terceros, por el otro. Hay muchos casos en que, si bien la acción es principalmente autorreferente, produce algunos efectos relevantes para terceros. En el próximo capítulo consideraremos qué tipo de balance debe hacerse en estos casos.

En relación con la *desobediencia civil*, el tratamiento que corresponde darle es análogo al de la objeción de conciencia, excepto por dos consideraciones que restringen su admisibilidad. En primer lugar, dado que la desobediencia civil está principalmente dirigida a desencadenar conductas de terceros, difícilmente verse sobre normas jurídicas que se limiten a imponer ideales personales, por lo que tales normas no son generalmente impugnables por violar de ese modo el principio de autonomía. En segundo término, el desobediente no alega

³¹ Malamud Goti, *Cuestiones relativas a la objeción de conciencia*, en Bulgin - Farrell - Nino - Rabossi, comps., "El lenguaje del derecho. Ensayos en homenaje a Genaro R. Carrió".

que se restringen acciones autónomas de su parte, lo que tiene un valor *prima facie*, sino que pretende la derogación de una norma que considera injusta.

Si el proceso democrático funciona adecuadamente en cuanto a la libre discusión de las ideas, esta forma de llamar la atención sobre determinada idea a costa de derechos de terceros, es difícilmente justificable. Sin embargo, el sistema de decisión colectiva puede desviarse, en forma considerablemente mayor a lo que es admisible, de las exigencias del discurso moral, por lo que alguna acción de esta índole puede ser necesaria para restaurar esa convergencia con un costo mínimo.

Frente a un objetante o desobediente civil, un juez o funcionario moralmente responsable debe revisar la justificabilidad de la norma violada y, si corresponde (o sea cuando no se trata de pautas de una moral personal), la validez de los principios morales invocados. Pero hay casos, sobre todo de desobediencia civil, en que la acción del desobediente puede estar moralmente justificada, y, en cambio, no estarlo la decisión del juez de eximirlo de responsabilidad jurídica; al contrario (además de las posibles repercusiones diferentes de una y otra acción), la decisión de imponerle una sanción puede contribuir a lograr los efectos valiosos que el desobediente busca. Principalmente en el caso de objeción de conciencia, el juez o el funcionario debe tomar en cuenta que, independientemente de la justificabilidad moral de la acción, la autenticidad moral tiene, como se dijo, algún valor *prima facie* por lo que debe estudiarse si es posible encontrar alternativas (como la mencionada respecto del servicio militar) para preservar esa autenticidad sin frustrar los objetivos que la norma jurídica moralmente legítima tiende a obtener.

A lo largo de esta sección me he referido solamente a la obligación moral de obedecer normas jurídicas dictadas por procedimientos democráticos. Sin embargo, indirectamente se infieren ciertos lineamientos respecto de la actitud que debe moralmente adoptarse en relación con normas cuyo origen no es democrático. En este caso, la *fuerza* de la norma no es en absoluto operativa para fundamentar tal obligación (al contrario de lo que supone la llamada "doctrina de los gobiernos de

facto” que incurre en el seudopositivismo ya aludido³²) o para condicionar el juicio que el juez o el súbdito se formen por su cuenta sobre la compatibilidad del *contenido* de esas normas con principios morales válidos. Ese juicio debe considerar en qué medida esas normas son efectivas para proteger y promover derechos individuales básicos, y en qué medida una decisión o acción contraria a lo prescripto por ellas podría ir en detrimento de otros derechos igualmente importantes.

³² Ver cap 1, secc. 3.

CAPÍTULO X

LOS LÍMITES DE LA INTERFERENCIA ESTATAL: EL PERFECCIONISMO

1. PATERNALISMO Y PERFECCIONISMO

En este capítulo voy a procurar establecer, con más precisión de lo que se hizo en el capítulo V, algunas de las implicaciones más relevantes del principio de autonomía de la persona, y de su combinación con el principio de inviolabilidad de la persona, que fue estudiado en el capítulo VI, y del de dignidad de la persona, que fue analizado en el capítulo VII.

Como se recordará, el principio de autonomía de la persona proscribía interferir en la libre elección y materialización de ideales de excelencia humana y planes de vida por parte de los individuos, salvo que, tal como surge del principio de inviolabilidad de la persona reformulado en el capítulo VIII, el ejercicio de esa libertad implique poner a otros individuos en situación de menor autonomía relativa, o que, como surge del principio de dignidad de la persona, el propio individuo cuya autonomía se restringe consienta esa restricción.

También hemos visto que este principio de autonomía personal se opone al perfeccionismo, o sea la concepción según la cual es una misión legítima del Estado hacer que los individuos acepten y materialicen ideales válidos de virtud personal. Según este enfoque, el Estado no puede permanecer neutral respecto de concepciones de lo bueno en la vida y debe adoptar las medidas educativas, punitivas, etc., que sean necesarias para que los individuos ajusten su vida a los verdaderos ideales de virtud y del bien. No es necesario repetir aquí los argumentos que se dieron en el capítulo V para mostrar que el per-

feccionismo es autofrustrante y que no puede ser defendido consistentemente en el marco del discurso moral, aun cuando no se sea escéptico en materia de concepciones de lo bueno y se admita que hay criterios intersubjetivos para argumentar acerca de su validez.

Pero el perfeccionismo debe ser cuidadosamente distinguido del paternalismo estatal, que no consiste en imponer ideales personales o planes de vida que los individuos no han elegido, sino en imponer a los individuos conductas o cursos de acción que son aptos para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente.

Algunas medidas e instituciones paternalistas parecen ampliamente justificadas: piénsese en la obligatoriedad y en el contenido de la educación primaria, en las leyes laborales, en la vacunación obligatoria, en la prohibición del duelo, en la obligatoriedad de cinturones de seguridad en automóviles, etcétera. Si el paternalismo fuera inseparable del perfeccionismo, la aceptabilidad de muchas de esas medidas socavaría la plausibilidad de una concepción de filosofía política libre de presupuestos perfeccionistas. Un paternalismo no perfeccionista estaría dirigido a proteger a los individuos contra actos y omisiones de ellos mismos que afectan a sus propios intereses subjetivos o las condiciones que los hacen posibles. ¿Es ésta una justificación razonable de, por lo menos, algunas de las medidas mencionadas?

Conviene aclarar previamente que muchas instituciones y medidas que parecen paternalistas no lo son realmente, sino que tienden a proteger a terceros. Ese aspecto de protección a terceros es evidente, por ejemplo, en el caso de normas que imponen la vacunación contra enfermedades transmisibles.

Un caso que, en cambio, cae de lleno bajo el paternalismo estatal es, por supuesto, la educación de los jóvenes. La educación en una sociedad liberal debería estar exclusivamente destinada a desarrollar la autonomía personal, y, si esto fuera posible, ejemplificaría un paternalismo que no es perfeccionista por no involucrar un compromiso con ciertos planes de vida e ideales de excelencia humana. Ese objetivo justifica que se provea, entre otros, uno de los bienes más relevantes para la elección de planes de vida, que es el acceso libre al conoci-

miento y la adquisición de principios de racionalidad. Pero podría objetarse, como lo hace Vinit Haksar¹, como vimos en el capítulo V, que si este objetivo no se combinara con preferencias por ciertos planes de vida, habría que incitar a los jóvenes a que experimenten diversas formas de vida, aun las más extravagantes. La respuesta a esta objeción es que, en condiciones de inmadurez, la experimentación de algunas formas de comportamiento genera el peligro de alcanzar un punto de no retorno, por lo que, en lugar de ampliar las posibilidades de elección, las restringe al precluir formas de vida alternativas (ei mismo Haksar señala que la experimentación cambia al sujeto de ella, cuando critica el "criterio subjetivo de valor"). También podría objetarse que la educación no se agota ni puede sensatamente agotarse en desarrollar la autonomía personal. Esto es cierto en cuanto, en primer lugar, la educación en una sociedad liberal requiere difundir las pautas de la moral intersubjetiva que propende también a la autonomía al proscribir interferencias con planes de vida de terceros. En segundo término, las instituciones educativas pueden servir de vehículos para transmitir los valores subjetivos de los padres —si hay suficientes alternativas para que ello sea posible—, lo que plantea el problema diferente de hasta qué punto esta imposición de valores subjetivos, no ya del Estado a los ciudadanos sino de los padres a los hijos, es compatible con la concepción liberal de la sociedad (según, p.ej., Bruce Ackerman², esa imposición debe ir declinando a medida que el chico crece y estar dirigida, además de a controlar las posibles tendencias agresivas del niño, a irle proveyendo de materiales que él podría encontrar útiles para su propia autodefinición; por lo demás Ackerman rechaza la posición de autores como Milton Friedman que al oponerse a la educación estatal, no se preocupan por la posibilidad de que los padres ejerzan una tiranía moral sobre los hijos).

Otras medidas paternalistas podrían compaginar con el principio de autonomía en la medida en que promuevan y no menoscaben la libertad de elección de formas de vida, prove-

¹ Haksar, *Liberty, Equality and Perfectionism*.

² Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, p. 139.

yendo la información que pueda resultar relevante (como la que se refiere a los daños del consumo de tabaco), haciendo más difíciles ciertos pasos y obligando de esa manera a que se medite más cuidadosamente acerca de ellos (como en el caso de los trámites para el casamiento y el divorcio), eliminando ciertas presiones que pueden determinar que se tomen decisiones autodañosas (como cuando se hace punible el desafío al duelo), etcétera. En otros casos se trata de combatir una presunta *debilidad de voluntad*, o sea una actuación consciente en contra de intereses más importantes que el individuo reconoce como mucho más importantes que los deseos que conducen a esa actuación. Estos últimos casos son peligrosos, puesto que es muy difícil distinguirlos en la práctica de casos de valoraciones divergentes. Pero el riesgo se atenúa cuando se trata de intereses que suelen ser reconocidos como primordiales y los actos que se imponen no suelen ser (ellos mismos o sus consecuencias) seriamente perturbadores para la gama de planes de vida que de hecho la gente adopta.

Derek Parfit se ha apoyado en su teoría de la identidad personal que mencionamos en los capítulos VI y VIII (según la cual ésta es una propiedad de índole gradual que puede atenuarse y desaparecer aun en una misma vida) de modo de justificar algunas medidas paternalistas³ como intentos de proteger el “yo” futuro del individuo contra actos lesivos de su “yo” presente. Éste es un enfoque interesante cuya relevancia tendremos oportunidad de percibir en el próximo capítulo, cuando discutamos la disponibilidad de ciertos bienes.

Hay otro conjunto de medidas que tienen un fuerte componente paternalista, aunque en muchas ocasiones entremezclado con la protección de terceros. Me refiero a medidas destinadas a facilitar la cooperación, resolviendo problemas de coordinación, a menudo en situaciones análogas al dilema de los prisioneros que estudiamos en el capítulo II. Éstos son los casos de los sistemas compulsivos de salud, seguridad social y agremiación sindical, en que si no fuera por la imposición ex-

³ Conceptos expuestos por Parfit durante el seminario realizado en Oxford, en el Trinity Term de 1975.

terna los individuos podrían decidir aisladamente que lo más conveniente para ellos es no participar del esquema y “colarse” a los beneficios proporcionados por el aporte de otros o participar de un esquema más selectivo dejando en el general sólo a la gente menos pudiente; una vez generalizadas las decisiones de este tipo todos se perjudican (por lo que impedirlo puede ser un paternalismo legítimo) o se perjudican los menos favorecidos (con lo que impedirlo tiende a proteger legítimamente la autonomía de los menos autónomos). Un caso más puramente paternalista es el constituido por las leyes que protegen a los trabajadores en los contratos laborales, ya que son situaciones en las que el individuo no tiene más remedio que contratar en condiciones que perjudican sus intereses, puesto que sabe que si no será reemplazado, con mengua de sus posibilidades de subsistencia, por otro individuo que aceptará esas condiciones porque sabe que si no será reemplazado por otro que aceptará esas condiciones... y así sucesivamente.

Otro caso de paternalismo legítimo es, como he argüido en otro lugar⁴, el del voto obligatorio. En los sistemas en que el voto es voluntario puede darse el caso de que amplios sectores sociales no voten porque cada individuo que los integra calcula que otros individuos que tienen los mismos intereses que él de cualquier modo no irán a votar y su voto no hará diferencia para que tales intereses sean contemplados por quienes resultan electos. Como todos los de esos sectores piensan así efectivamente no votan y esto hace que los candidatos no contemplen sus intereses con lo que confirman su intención de no votar. Si en estos casos el voto se hace obligatorio, esto puede beneficiar a los compelidos al hacer que sus intereses sean tomados en cuenta. Además, esto promueve la imparcialidad y por ende, como vimos en el capítulo anterior, el valor epistemológico de la democracia. Por último, un gobierno democrático es un bien público que debe ser mantenido con la cooperación de todos sus beneficiarios.

⁴ Nino, Carlos S., *El voto obligatorio*, en “Segundo dictamen sobre la reforma constitucional”, Bs. As., Consejo para la consolidación de la democracia, 1987.

Además de estas medidas paternalistas de carácter particular, hay un tipo de paternalismo genérico que debe ser considerado: hay mucha gente que tiene una fuerte preferencia por delegar en otras personas o en ciertas autoridades la regulación de importantes aspectos de su vida, incluso de aspectos tales como su actividad sexual, sus relaciones familiares, sus esparcimientos, etcétera.

Una sociedad liberal es compatible con ese paternalismo genérico siempre que se ejerza a través de *comunidades voluntarias* que actúen libremente en el seno de aquélla, es decir comunidades en las que los individuos tengan plena libertad de ingreso y egreso, con el mínimo costo posible. Esto ha sido percibido con claridad por Robert Nozick⁵, quien desarrolla lúcidamente la idea de que una sociedad liberal (aunque luego veremos que su concepción sobre ésta no coincide con la que aquí se defiende) puede servir de “un marco para la utopía”, o sea puede ofrecer una estructura básica dentro de la cual grupos de individuos pueden ensayar formas de materializar sus distintas visiones de una sociedad perfecta.

Una de las causas más relevantes de tensiones sociales es el intento de muchos de imponer a los demás un modelo de sociedad que materialice su concepción de la vida buena. Esto se advierte en disputas acerca de la orientación de la educación, la regulación del matrimonio y la familia, la organización del trabajo significativo, las formas legítimas de esparcimiento o de expresión artística, las modalidades admisibles de actividad sexual, etcétera. Esas tensiones podrían reducirse si los intentos en cuestión se canalizan a través de comunidades de gente que comparten los mismos ideales.

Muchos han pensado que esas comunidades deben coincidir con los Estados, y así han tratado de justificar su intento de imponer su visión de la sociedad perfecta sobre toda la población de cierto país, basándose en que ese país debía servir de testimonio de una forma de vida que le es inherente.

Pero los Estados Nacionales no constituyen el ámbito más adecuado para ensayar modelos de vida uniformes, ya que, en

⁵ Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, parte III.

primer lugar, no consisten en asociaciones voluntarias, como se han encargado de enfatizar siempre los críticos a la teoría del contrato social. La falta de voluntariedad en la pertenencia al Estado, que está dada por las dificultades para emigrar sin un costo significativo, hace que su compromiso con una determinada visión de la vida buena signifique una seria desviación del principio de autonomía de la persona. Por otro lado, los Estados modernos cuentan con recursos históricos, espirituales y materiales (lo que constituye el patrimonio de una nación) que no se puede obligar a abandonar, en beneficio de otros, a quienes optan por una modalidad de vida distinta de la endosada oficialmente.

Por eso es que el Estado sólo debería hacer de marco para que se ensayen esos modelos de vida en comunidades que se desarrollen en su seno, cuya extensión, en número de miembros, y cuya comprensividad, en cuanto a aspectos de la vida que abarquen, pueden variar considerablemente. En este sentido constituyen una experiencia interesante los *kibbutzim* que han florecido en Israel: ellos exhiben una enorme variedad en cuanto a tamaño, actividades a las que sus miembros se dedican especialmente, sistemas educativos y de relación familiar, proyección religiosa y espiritual, afiliación política, organización de la producción, integración por orígenes nacionales y características raciales, etcétera.

Así como hay personas que tienen inclinaciones individualistas y están perfectamente contentas en convivir en el clima de diversidad propio de una sociedad abierta teniendo que asumir por sí mismas la responsabilidad de usar los recursos a su disposición en la forma que mejor satisfaga su plan de vida, otras personas necesitan estar rodeadas de gente que comparta sus ideales, actitudes y tal vez prejuicios, y que comparta también la responsabilidad de buscar medios para satisfacer los objetivos comunes y que aúne sus esfuerzos y sus recursos en esa dirección.

Tales comunidades totales o parciales destinadas a concretar ideales de vida, o sólo algunos de sus aspectos, son compatibles con el principio de autonomía en la medida en que sus miembros no sean indebidamente adoctrinados y tengan plena conciencia de la existencia de otras alternativas. Esto es espe-

cialmente importante en el caso de los jóvenes: su educación en el seno de tales comunidades no debería desviarse de las pautas de la educación liberal, dirigida, como vimos, a proveer herramientas intelectuales y de moralidad social para que el joven, al llegar a la "edad de la razón", pueda definir su propio modelo de vida. Esto probablemente exija cierto control de la educación por parte de órganos externos a la comunidad en cuestión.

2. EL EJEMPLO DE LA PUNICIÓN DEL CONSUMO DE DROGAS

a) *INTRODUCCIÓN.* Quisiera ahora analizar más extensamente un caso en que es especialmente difícil distinguir entre interferencias basadas en argumentos perfeccionistas, paternalistas y de protección de terceros. Este ejemplo es particularmente relevante no sólo porque ha sido discutido arduamente tanto en la teoría como en la práctica jurídica⁶, sino porque, por su complejidad, constituye un test adecuado para distinguir estos argumentos. Me refiero a la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Al discutir este tema me parece relevante partir de la base de que la adicción, por lo menos a algunas drogas, puede efectivamente degradar la calidad de vida de un individuo al deteriorar varias de sus capacidades afectivas, intelectuales, laborales, etcétera.

Asimismo, ninguna discusión responsable de este tema puede dejar de tomar en cuenta los argumentos fácticos que han alegado legisladores y jueces para justificar la represión de la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

Es indudablemente cierto, en primer lugar, que el consumo habitual de, por lo menos, muchas de las sustancias calificadas como estupefacientes acarrea serios trastornos físicos e incluso, eventualmente, la muerte de quien incurre en él. También es incuestionable que ese hábito puede dar lugar a graves perturbaciones psíquicas, sea por efecto directo de la droga o por efecto de la combinación entre la creciente depen-

⁶ CSJN, 29/8/86, "Bazterrica", LL, 1986-D-550.

dencia de ésta y la dificultad para satisfacer la necesidad que esa dependencia genera⁷.

Tampoco puede dudarse que el consumo de estupefacientes por parte de ciertos individuos tiene consecuencias extremadamente perniciosas para la sociedad en conjunto. En primer lugar, como se ha dicho muchas veces, el círculo inicial de drogadictos tiende naturalmente a expandirse, como en el caso de una enfermedad comunicable. L. G. Hunt⁸ ha formulado la hipótesis de que la drogadicción presenta las características de una verdadera epidemia, puesto que cada adicto introduce a otros en el vicio, los que, a su vez, introducen a otros, extendiéndose la adicción en forma contagiosa. En segundo término, el consumo de drogas aparece asociado con la comisión de algunos delitos, principalmente delitos contra la propiedad⁹.

⁷ Uno de los tantos testimonios personales de la tremenda miseria psíquica a que puede conducir el abuso de estupefacientes lo proveen estas patéticas palabras de Thomas de Quincey en sus *Confesiones de un opiómano inglés*, (tr. M. L. Gassó, Bs. As., 1978, p. 68-69): "el opiómano no pierde nada de su sensibilidad moral o de sus aspiraciones; desea y quiere con más ardor que nunca la realización de lo que cree posible, de lo que siente como una exigencia del deber, pero su percepción intelectual de lo posible sobrepasa infinitamente su capacidad, no sólo de ejecución, sino incluso de propósito y voluntad... Se halla a la vista de todo lo que le gustaría ejecutar... pero es tan impotente como un niño y no puede siquiera hacer un esfuerzo para moverse... Los cambios en mis sueños estaban acompañados por una ansiedad profunda y por una fúnebre melancolía, totalmente incommunicable por medio de palabras. Me parecía bajar todas las noches, no metafóricamente, sino de un modo literal, a precipicios y abismos insondables, de una profundidad inaccesible, de los que parecía imposible volver a salir... Y aun al despertar, no tenía la sensación de haber salido. En esto no me extendo, pues el estado de desolación que seguí a esos terribles espectáculos, que terminaban en una oscuridad atroz, en una desesperación suicida, no puede expresarse con palabras".

Algunos de estos efectos nocivos del consumo de estupefacientes pueden ser rápidamente confirmados, en forma menos literaria y más objetiva, consultando los resultados de ciertas investigaciones. Por ejemplo, un estudio hecho en Puerto Rico, con el patrocinio del Instituto de Investigaciones en Defensa Social de las Naciones Unidas (ver *Investigating Drug Abuse*, Roma, Unsri, 1976, p. 35), determinó que el consumo de drogas había provocado, en el período 1962-1973, 89 muertes por suicidio y 51 muertes por accidente.

⁸ Hunt, L. G., *Heroin Epidemics. A Quantitative Study of Current Empirical Data*, 1973.

⁹ Ver Unsri, *Investigating Drug Abuse*, p. 45.

También el consumo de drogas se presenta vinculado a situaciones de desempleo¹⁰, aunque aquí se debe ser cauteloso al establecer la dirección de la relación causal.

En la apreciación de los efectos sociales nocivos del consumo de drogas se debe también tomar en cuenta la incidencia que la prohibición misma del tráfico de estupefacientes tiene en la generación de tales efectos. Por ejemplo, es indudable que el consumo de estupefacientes alimenta un tipo de delincuencia organizada con ramificaciones internacionales, que está asociada con hechos de violencia, corrupción y una amplia gama de otras actividades ilícitas; este tipo de delincuencia aprovecha la oportunidad para explotar cualquier actividad lucrativa que esté legalmente proscripta en cierto ámbito, como fue el caso de la fabricación y venta de bebidas alcohólicas en los Estados Unidos de los años 20, y lo es ahora en relación al juego clandestino, la prostitución, el tráfico de armas, etcétera.

Es posible que la percepción de los daños individuales y sociales que el consumo de estupefacientes genera no sea la única razón por la cual él es valorado negativamente por la moralidad media. Aun frente a un caso hipotético en que, por las características de la droga consumida o por las condiciones en que se la consume, estuviéramos relativamente seguros de que el drogadicto no está expuesto a daños físicos serios o a perturbaciones psíquicas desagradables para él, y que su adicción no tiene consecuencias nocivas para otra gente o para la sociedad en conjunto, de cualquier modo su hábito de consumir drogas sería considerado disvalioso y reprochable por la opinión moral prevaleciente en el medio social. Se juzga a la drogadicción, independientemente de sus efectos nocivos, como un hábito degradante que manifiesta un carácter moral defectuoso. No es fácil articular la justificación de esta reacción moral, pero ella está posiblemente asociada a un ideal de excelencia personal que forma parte de nuestra cultura occidental, y que exalta, por un lado, la preservación de nuestra capacidad de adoptar y llevar a cabo decisiones, en contraste con una autoinhibición en tal sentido, y que enaltece, por otro

¹⁰ Unsri, *Investigating Drug Abuse*, p. 47.

lado, la adquisición de experiencias “reales” a través de nuestras propias acciones, en contraste con el goce de experiencias “artificiales” que no se corresponden con nuestra actuación en el mundo. Robert Nozick¹¹ hace explícitos algunos de los aspectos de este ideal de excelencia humana al mostrar lo insatisfactorio que nos resultaría la alternativa imaginaria de pasar toda nuestra vida conectados a una fantástica máquina de experiencias que pudiéramos programar a voluntad de tanto en tanto, proveyéndonos la sensación de vivir la vida que consideramos más satisfactoria. Preferimos tener una vida menos agradable pero que sea “nuestra” vida, o sea el resultado de nuestra actuación en contacto con la realidad. Los estupefacientes pueden ser vistos como un sustituto rudimentario de esa “máquina de experiencias”.

Estas consideraciones muestran que hay, al menos, tres argumentos independientes para intentar justificar la punición legal del consumo de drogas o de la tenencia que tiene como fin exclusivo y que es materialmente necesaria para ese consumo personal:

1) El argumento perfeccionista, que sostiene, como vimos en el capítulo V, que la mera autodegradación moral que el consumo de drogas implica constituye, independientemente de toda consideración acerca de los daños físicos y psíquicos, individuales y sociales que ese hábito genera, una razón suficiente para que el derecho interfiera en ese consumo, induciendo a los hombres a adoptar modelos de conducta digna.

2) El argumento paternalista, que afirma que es legítimo que el orden jurídico busque desalentar, por medio de castigos, el consumo de estupefacientes, con el fin de proteger a los consumidores potenciales contra los daños físicos y psíquicos que se autoinfligirían si se convirtieran en adictos.

3) El argumento de la defensa social, que alega que la punición del consumo de drogas (o de la tenencia con fines de consumo) está justificada en tanto y en cuanto se dirige a proteger a otros individuos que no son drogadictos, y a la sociedad

¹¹ Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, p. 42 y siguientes

en conjunto, contra las consecuencias nocivas que se generan por el hecho de que algunos miembros de la sociedad consuman estupefacientes.

En lo que sigue voy a tratar de evaluar, sucesivamente, cada uno de estos tres argumentos.

b) *EL ARGUMENTO PERFECCIONISTA.* El argumento perfeccionista es muy pocas veces expuesto explícitamente como justificación del castigo de la tenencia de drogas con fines de consumo. Pero las connotaciones emotivas y morales de las expresiones que utilizan los que propugnan tal castigo (el hecho, p.ej., de explotar la ambigüedad de la palabra "vicio") dejan dudas de que la autodegradación moral del drogadicto no es indiferente para la postura en cuestión. En algunos casos, la ligereza con que se hace referencia a los daños emergentes de la drogadicción da pie para suponer que la consideración de esos daños, si bien importantes, no es decisiva para los que piensan que el consumo de drogas debe ser interferido legalmente.

A pesar de la timidez con que se suele introducir este argumento en las discusiones sobre el tema, el perfeccionismo no carece de razones en su apoyo. ¿Por qué no habría de ser la sola inmoralidad de un acto justificativo suficiente para proscribirlo legalmente? ¿Cuál es la razón última de intentar prevenir los delitos tradicionales si no es que el causar daños y sufrimientos es inmoral? ¿No es acaso un objetivo legítimo del orden jurídico el promover formas de vida más puras y caracteres morales virtuosos?

La respuesta obvia que los defensores de una concepción liberal de la sociedad están dispuestos a dar a la última pregunta es que el señalado no es, efectivamente, un objetivo legítimo del sistema jurídico, puesto que él está en pugna con la libertad de las personas de elegir y desarrollar sus propios planes de vida sin interferencia de otra gente y de los órganos estatales. El punto de vista liberal implica sostener que a los efectos de la justificación de regulaciones y medidas públicas, el bien de una persona está dado por la satisfacción de los fines que ella misma se propone y no de ciertos fines postulados como válidos independientemente de la elección de los individuos; rechaza el modelo de una organización social globalizadora que abarca to-

dos los aspectos de la vida de un individuo y en la cual las preferencias de cierta gente respecto de cómo deberían desarrollarse las vidas ajenas, prevalecen sobre las de los titulares de esas vidas.

Pero las dos primeras preguntas del perfeccionista necesitan una respuesta más elaborada por parte de los que sustentan una concepción liberal de la sociedad. A menos que adoptemos el principio moral utilitarista, según el cual la drogadicción, como cualquier otra conducta, no es en sí misma moralmente disvaliosa si se prescinde del sufrimiento u otras consecuencias perjudiciales que ella puede generar, no resulta clara la diferencia entre este caso y otros en los que la inmoralidad del acto es, en última instancia, la razón para proscribirlo legalmente. Creo, como lo expuse en el capítulo V, que el único camino que tiene abierto un liberal no utilitarista para presentar su posición en forma consistente e inteligible consiste en distinguir dos dimensiones de cualquier sistema moral. Una de ellas está constituida por las reglas morales que se refieren a nuestro comportamiento hacia los demás proscribiendo aquellas acciones que perjudican el bienestar de terceros u ordenando la realización de otras que promueven los intereses ajenos. La otra dimensión está constituida por las pautas morales que definen modelos de virtud personal y que permiten juzgar las acciones por sus efectos en el carácter moral del propio agente, perjudiquen o no a terceros. Una acción puede ser moralmente incorrecta de acuerdo con el primer tipo de reglas, pero no ser autodegradante según cierto ideal de virtud personal (como en el caso de quien daña a otro involuntariamente); y una conducta puede incidir negativamente en la valoración de la personalidad del agente sin infringir ninguna prohibición referida al bienestar ajeno (como el profesar ideas supersticiosas).

El punto de vista liberal no conduce a sostener que el derecho debe ser indiferente a pautas y principios morales válidos y que la inmoralidad de un acto es irrelevante para justificar su punición jurídica. Implica, en cambio, limitar la vinculación entre el derecho y la moral a aquellas reglas morales que se refieren al bienestar de terceros. Los ideales de excelencia humana que integran el sistema moral que profesamos no deben ser, según este punto de vista, homologados e impuestos por el

Estado, sino quedar librados a la elección de los individuos y en todo caso ser materia de discusión y persuasión en el contexto social. Ésta es la libertad fundamental consagrada por el principio de autonomía de la persona y que los sistemas sociales totalitarios desconocen. La violación de muchos de los otros derechos individuales –como la libertad de culto, de opinión, de trabajo, de asociación– afecta en última instancia al derecho de cada individuo a elegir su propio plan de vida y a adecuarse al modelo de virtud personal que, equivocadamente o no, considera válido, en tanto no interfiera el ejercicio de un derecho igual por parte de los demás. El reconocimiento de esta libertad fundamental está posiblemente asociado con una concepción de la persona humana como un ser capaz de elegir sus propios fines, y, como dije antes, con una concepción del bien personal que está basada en la satisfacción de los fines individuales libremente elegidos.

Esta libertad básica que deriva del principio de autonomía es la que está consagrada en los arts. 4º y 5º de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 cuando dicen: “la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás... La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad”.

Una de las pocas constituciones modernas que consagran *explícitamente* este derecho es la argentina de 1853, cuando en la primera parte de su art. 19 dispone: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.

Esta norma sufre cierta trivialización cuando se la interpreta como si meramente consagrara un derecho a la intimidad, o sea un derecho a mantener un ámbito físico privado en el que la persona esté libre de intromisiones por parte de terceros. En realidad este último derecho no surge del art. 19 *sino que está presupuesto* por el art. 18 de la Constitución argentina, cuando consagra la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y los papeles privados. El énfasis del principio adoptado por el art. 19 no está puesto en la privacidad de las acciones; él no está dirigido a proscribir interferencias con la conducta de los individuos que se realiza en la intimidad. Cuando el ar-

título en cuestión habla de “acciones privadas de los hombres”, esta expresión debe interpretarse teniendo en cuenta que ella describe acciones que se distinguen de aquellas que “ofenden la moral pública”. El contraste que la norma establece no es entre las acciones que se realizan en privado y las que se realizan en público, sino entre las acciones que son privadas porque, en todo caso, ellas sólo contravienen una moral privada, y las acciones que ofenden la moral pública. En definitiva, la distinción que la norma formula es la que, según dije, está subyacente en la concepción liberal de la sociedad y que consiste en discriminar las pautas morales referidas al bienestar de terceros de los ideales de excelencia humana, que constituyen una moral privada. El alcance de la moral pública está definido por el propio art. 19 al presuponer que las acciones que la ofenden son coextensivas con las acciones que perjudican a un tercero; la moral pública es la moral intersubjetiva.

El argumento perfeccionista a favor de castigar la tenencia de estupefacientes con el fin exclusivo de consumo personal está descalificado por el principio liberal de autonomía de la persona, tal como vimos en el capítulo V. Esto no implica, obviamente, que el envilecerse y degradarse no deba ser condenado en contextos no jurídicos: sólo significa que, como decía el penalista Francesco Carrara¹², las funciones de un legislador que no degenere en tiránico, no deben confundirse con las de un moralista; tal legislador debe poder decir a los súbditos, en palabras de ese autor: “Sed viciosos si os place, tanto peor para vosotros, yo no tengo derecho a infligiros penas por ello”.

c) *EL ARGUMENTO PATERNALISTA.* Este argumento requiere una evaluación más compleja a la luz de los principios básicos de nuestro sistema jurídico. Según este argumento, el objetivo de castigar la tenencia de drogas para el consumo personal no es inducir a los hombres a adoptar modos de vida decentes sino proteger a potenciales drogadictos contra los daños físicos y el sufrimiento psíquico que padecerían si adoptaran el hábito. No se trata aquí de imponer ciertos ideales de excelencia

¹² Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, tr. J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Bogotá, 1973, vol. VI, 8, p. 13.

humana sino de preservar la salud física y mental de los individuos, desalentando decisiones de ellos mismos que la ponen en peligro. Los hombres pueden jurídicamente, según esta posición, adoptar cualquier plan de vida o profesar cualquier modelo de virtud personal, siempre y cuando ello no les conduzca a autodañarse (y, por supuesto, a dañar a terceros).

Como vimos en la sección anterior, en todo sistema jurídico hay una cantidad de disposiciones que son paternalistas, ya que tienden a proteger los intereses realmente sustentados por los individuos contra su propia voluntad.

En principio, como dijimos antes, no se ve cómo estas leyes paternalistas pueden ser cuestionadas desde la perspectiva de una concepción liberal de la sociedad. Son los intereses de los propios individuos afectados los que estas leyes protegen; ellas no pretenden inculcar aquellos intereses que, se supone, un hombre virtuoso debería tener.

Sin embargo, algunos prominentes pensadores liberales han objetado también este tipo de legislación; entre ellos, el que se ha pronunciado con más contundencia ha sido John Stuart Mill. Su posición está condensada en párrafos como éste¹³.

“Tan pronto algún aspecto de la conducta de una persona perjudica los intereses de otros, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella, y la cuestión de si el bienestar general será o no promovido en el caso de interferir ella pasa a estar abierta a discusión. Pero no hay lugar para plantearse tal cuestión cuando la conducta de una persona no afecta los intereses de nadie aparte de los de ella misma, o no los afectaría a menos que los terceros lo quisieran (siendo todas las personas involucradas de edad plena y con un grado ordinario de entendimiento). En todos los casos de esta clase debe haber perfecta libertad, jurídica y social, para realizar la acción y atenerse a las consecuencias”.

En este alegato en pro de la libertad para realizar acciones “autorreferentes”, Mill no distingue entre las acciones que degradan moralmente y las que lesionan física o mentalmente al propio agente (los pocos ejemplos que da pertenecen a ambas clases), y, en consecuencia, su ataque se dirige indiscriminadamente tanto contra el perfeccionismo como contra el paterna-

¹³ Mill, *On Liberty*, cap. III, p. 92-93.

lismo. Sin embargo, sus argumentos tienen un carácter distinto cuando se enfrentan con una y otra de estas posiciones. El perfeccionismo está excluido *a priori* por el principio utilitarista básico que Mill adopta: dice para formularlo con una terminología moderna que una acción es inmoral y no debe ser realizada si y sólo si sus consecuencias implican más frustración que satisfacción de los intereses y deseos del mayor número de gente. Por lo tanto, en cuanto el alegato de Mill está dirigido contra la interferencia social y jurídica con actos que no frustran los intereses de nadie, incluido el propio agente, ese alegato constituye meramente una reafirmación del principio moral utilitarista. Esto introduce cierta dificultad para evaluar los argumentos que ofrece Mill en apoyo de ese alegato, porque como esos argumentos son en parte utilitaristas y en parte se basan en el valor intrínseco de la autonomía de la persona, resulta extraño que, por un lado, el principio utilitarista sea defendido con argumentos que lo presuponen, y, por el otro, que ese principio sea defendido sobre la base del valor independiente de la libertad, no obstante que él es concebido como el principio moral último.

Esto hace pensar que, quizás, el principal blanco de ataque que Mill tiene en cuenta en *On Liberty* no sea el perfeccionismo sino el paternalismo. Que una conducta que frustra los intereses del propio agente puede ser, en principio, inmoral, no sólo no violenta el principio utilitarista, sino que incluso parece estar implicada por él, puesto que en la apreciación de si las consecuencias de una acción son más perjudiciales que beneficiosas para el mayor número de gente, hay que computar, obviamente, los intereses del propio agente. Siendo esto así, podría pensarse que Mill intenta mostrar que, a pesar de que los actos autolesivos atentan contra el principio utilitarista, la interferencia social y jurídica en tales actos afecta en más alto grado ese principio, puesto que son mayores los daños que esa interferencia genera que los que el agente puede causarse a sí mismo. Pero creo que no puede concluirse que el alegato de Mill se reduce a defender esa proposición. En primer lugar, como dice Gerald Dworkin¹⁴, la idea de que la interferencia en

¹⁴ Dworkin, Gerald, *Paternalism*, en Wasserstrom, R., ed., "Morality and the Law", Belmont, Cal., 1971, p. 117.

actos autolesivos es siempre más perjudicial que beneficiosa, es tan obviamente falsa que no es plausible suponer que Mill basara en ella todo su alegato en favor de la libertad para realizar tales actos. En segundo lugar, Mill no parece admitir siquiera que este tipo de actos contravengan el principio de utilidad. Pienso que el núcleo del alegato de Mill consiste, en cambio, en defender una interpretación "subjetiva" de los intereses cuya frustración proscribiera la ética utilitarista, en contra de una posible interpretación "objetiva" de tales intereses, que conduce a atribuírselos a los individuos independientemente de que ellos los reconozcan o no (estas concepciones alternativas han sido discutidas en los capítulos IV y V).

Esto permite detectar cuál es la objeción principal que algunos partidarios de la concepción liberal de la sociedad levantan en contra de la legislación paternalista. En la medida en que tal legislación está dirigida a proteger intereses que sus propios titulares no perciben ni reconocen, el paternalismo se confunde con el perfeccionismo, puesto que los bienes protegidos no están en función de los fines libremente asumidos por los individuos, sino en función de los fines que, se supone, los individuos necesariamente tienen, los reconozcan o no.

El rechazo del perfeccionismo implica que la noción del daño debe definirse en relación con los deseos genuinos de cada individuo y con la posibilidad de satisfacer el plan de vida elegido por él. Hay bienes que pareciera que todo individuo racional reconoce, puesto que ellos son necesarios para cualquier otro fin que él elija perseguir; entre ellos se encuentran la salud y la preservación de la capacidad de elegir, dos bienes seriamente afectados por la drogadicción. Pero aun en relación con estos bienes se presentan casos en que ellos son desplazados por otros intereses de los individuos: los seguidores de una secta religiosa no aceptan las transfusiones de sangre, y, en algunas ocasiones, un hombre puede considerar que sus intereses más importantes son promovidos si elige ahora algo que implica precluir la posibilidad de futuras elecciones.

Pero este desarrollo muestra que, como vimos en la sección anterior, hay un tipo de paternalismo que debe ser aceptable para la concepción liberal de la sociedad, pues no se confunde con el perfeccionismo: el paternalismo dirigido a proteger

los intereses reales de los individuos (o sea los intereses que sus titulares genuinamente reconocen como tales) contra actos de ellos mismos que podrían afectarlos. El castigo de la tenencia de drogas con fines de consumo personal puede estar dirigido a proteger a aquella gente que valora efectivamente su salud física y mental por sobre cualquier otro interés que podría buscar satisfacer a través del consumo de drogas, pero que, no obstante, está expuesta a la tentación de experimentar con estupefacientes e incurrir, subsecuentemente, en un hábito compulsivo.

Este objetivo paternalista parece inobjetable. Sin embargo, se presenta el problema de si puede darse la situación que lo haría operativo. Sócrates y Platón, a diferencia de Aristóteles, negaron en el plano moral la posibilidad del fenómeno denominado "debilidad de voluntad" (*akrasia*). Según ellos, y algunos filósofos modernos como R. M. Hare¹⁵, si una persona reconoce lo que debe hacer y no está incapacitada física o psicológicamente para hacerlo, entonces necesariamente lo hace. La misma tesis podría extenderse al plano prudencial: si alguien tiene cierto interés predominante y reconoce que debe ejecutar determinada acción para promoverlo (o no frustrarlo) y no está incapacitado para hacerlo, entonces necesariamente la realiza; en caso contrario, habría que inferir que el interés en cuestión no era genuino o no era el interés predominante del individuo.

Si esta tesis fuera cierta, no habría lugar para el tipo de política paternalista que estamos considerando. Las alternativas que se presentarían en ese caso serían las siguientes: a) que el individuo que se autolesiona, por ejemplo, consumiendo drogas, no valore su salud física o mental por encima de los intereses que pretende satisfacer a través de esa acción; en este caso compelerlo a abstenerse implicaría adoptar la actitud perfeccionista de imponerle cierto valor personal, haciendo caso

¹⁵ Hare, *Freedom and Reason*, cap. V, p. 67-68. La parte relevante del desarrollo de Platón se encuentra en el *Protágoras*, tr. W.K.C. Guthrie, Harmondsworth, 1956, 3516, 358 d. La posición de Aristóteles está expuesta en *The Nichomachean Ethics*, tr. D. Ross, 1925, VII, cap. 1-3. Ver un amplio tratamiento del tema en Mortimore, G. D., comp., *Weakness of the Will*, London, 1971.

omiso de sus preferencias genuinas; b) que el individuo en cuestión valore su salud física y mental, pero no posea un conocimiento adecuado de los efectos nocivos de su conducta en relación con esos bienes; en este caso sería absurdo recurrir a la compulsión, puesto que, salvo en casos de peligro inminente, la forma apropiada de subsanar deficiencias en el conocimiento de la gente consiste en difundir información y proveer elementos de juicio que puedan ser libremente apreciados por sus destinatarios; c) que el individuo valore los bienes que serían afectados si incurriera en la conducta en cuestión y conozca los efectos dañosos de tal conducta, pero esté física o psicológicamente incapacitado para abstenerse de ella (esto, obviamente, se da en la situación de los que ya son drogadictos): en este caso la compulsión no es efectiva y hay que recurrir a procedimientos curativos.

Sin embargo, parece razonable admitir que, en algunos casos, el fenómeno de la "debilidad de voluntad" juega un papel relevante, y que los filósofos que lo rechazan *a priori* lo hacen porque han adoptado un concepto de aceptación de un principio moral o prudencial tan fuerte que sólo permite afirmar que alguien acepta un tal principio cuando actúa de conformidad con él. Uno de los casos en que este fenómeno se percibe con más claridad es en el ejemplo que comenta Gerald Dworkin¹⁶. Uno puede valorar grandemente su vida e integridad corporal y saber que el uso de cinturones de seguridad en los automóviles disminuye considerablemente el peligro para esos bienes, puede valorar como insignificante la molestia de abrocharse el cinturón cada vez que va a manejar, y puede no estar, en ningún sentido obvio, física o psicológicamente incapacitado para hacerlo; sin embargo, aun en presencia de todas estas condiciones, mucha gente omite adoptar esa precaución. Una posible explicación de este hecho curioso es, como dice el autor mencionado, que lo que uno percibe intelectualmente como el curso de acción correcto no siempre consigue asumirlo emocionalmente de modo de disponerse a actuar.

¹⁶ Dworkin, Gerald, *Paternalism*, en Wasserstrom, R., comp., "Morality and the Law".

En estos casos es bastante claro que la amenaza de una pena puede servir para fortalecer la voluntad del sujeto imprudente. El individuo que, a pesar de querer preservar su vida y de saber que el uso de cinturones de seguridad reduce considerablemente el riesgo de muerte, no logra compenetrarse lo suficiente con la realidad del peligro a que se expone como para incurrir en la molestia de abrocharse el cinturón, puede determinarse a hacerlo por la perspectiva más inmediata y cierta de una sanción. Es posible, incluso, que el mismo individuo considere conveniente, en su propio caso, que el uso del cinturón sea compulsivo puesto que ello lo hace menos proclive al olvido y le permite eludir mejor ciertas reacciones sociales frente a su excesiva precaución. (Este último factor no es insignificante en el caso del duelo: el individuo que rechaza un desafío no estando prohibido el duelo tiene más dificultades para preservar su honor que cuando puede escudarse detrás de la prohibición legal.)

La existencia de estos casos de "debilidad de voluntad" justifica sin duda una inferencia paternalista cuando es razonable suponer que la conducta autolesiva tiene a ese factor como origen en la mayoría de las situaciones; y esto ocurre, sobre todo, cuando la conducta prudente representa un costo ínfimo para gran parte de los individuos. Pero es ilustrativo comparar el caso de los cinturones de seguridad con el del consumo de tabaco. Dando por probado que el fumar acorta la expectativa de la vida de los individuos y asumiendo que para la mayoría de la gente el fumar no es una experiencia tan extraordinariamente gratificante como para justificar incurrir en el hábito y exponerse en consecuencia a ese riesgo, alguna gente podría considerar apropiado que la voluntad del que se ve tentado a probar los primeros cigarrillos (no obstante saber los riesgos en que incurre y querer evitarlos) se ve fortalecida por la amenaza de una cierta sanción (sobre todo si la sanción es lo suficientemente moderada como para que el que quiera intensamente, a pesar de todo, incurrir en el hábito, lo pueda hacer asumiendo el costo adicional que se le impone). En ese caso se supone que el costo de la abstención es relativamente pequeño; pero esto no es así en el caso de los que ya son fumadores habituales y están expuestos a sufrimientos más serios, que a veces

implican una verdadera incapacidad psicológica, si se los compeliere a abandonar el hábito. En relación con esta última situación ya no estamos tan dispuestos a favorecer una injerencia paternalista por vía de sanciones, porque los individuos pueden preferir –aunque parezca irrazonable– ver disminuida su expectativa de vida a padecer las consecuencias de la abstinencia. Pero ¿cómo distinguir un tipo de caso de otro a los efectos de la amenaza penal? Sería absurdo que se eximiera de pena a todo aquel que diga que valora más la experiencia de fumar y el verse libre de las perturbaciones psicológicas que sufriría de abandonar el hábito, que el aumentar su expectativa de vida.

Me temo que los inconvenientes que acabo de mencionar en relación con el consumo de cigarrillos se dan, en forma todavía más acentuada, también en el caso del consumo de drogas. También aquí una injerencia paternalista por medio de penas al consumo estaría justificada si pudiéramos aislar los casos de “debilidad de voluntad” de los casos de una valoración diferente de los bienes involucrados –en que el paternalismo se convierte en perfeccionismo–; de desconocimiento de los efectos perniciosos de los estupefacientes –en que lo apropiado no es recurrir a penas sino a medidas educativas e informativas–; y de incapacidad física y psicológica, que en este caso es mucho más frecuente y grave que en el del hábito de fumar tabaco y reclama medidas paternalistas de índole curativa. Pero no hay ninguna forma practicable de aislar el primer tipo de caso de estos últimos. Si se castiga la tenencia de drogas con fines de consumo, tanto el castigo efectivo como la compulsión implícita en la amenaza de pena se proyectan sobre todos los casos mencionados (cabe advertir que la posibilidad de una valoración diferente por parte de algunos individuos, y, en consecuencia, la posibilidad de incurrir en una actitud perfeccionista hacia ellos, es aquí algo más común que en el caso del consumo de tabaco). Podría eximirse de pena a quien se encuentra afectado por una incapacidad física o psicológica para abstenerse del consumo de drogas –aunque aun en este caso se presenta la dificultad de que la distinción entre esa incapacidad y la mera “debilidad de voluntad” es demasiado tenue como para aplicarse en la práctica–, pero no podría hacerse lo propio, sin afectar la eficacia de la ley penal, respecto de quienes aleguen

que valoran en forma diferente los bienes involucrados o que desconocían los efectos lesivos de la droga¹⁷.

Es importante tener en cuenta que el hecho de que haya un tipo de política paternalista que es compatible con el principio de autonomía de la persona permite justificar otras medidas contra el consumo de drogas que podrían, de otro modo, aparecer violatorias de ese principio. La circunstancia de que haya individuos que incurren en el consumo de drogas por inmadurez, compulsión, desconocimiento o debilidad de voluntad justifica que se haga difícil el acceso a las drogas, castigando severamente el tráfico y suministro, y que se encaren medidas para rehabilitar a los drogadictos. Cuanto más arduo sea el acceso a los estupefacientes, más oportunidades habrá para que los individuos tomen conciencia de sus efectos nocivos y para que reflexionen si valoran tan intensamente lo que persiguen a través de las drogas como para exponerse a deteriorar radicalmente otros bienes personales. Por otra parte, el recurso a medidas de rehabilitación no parece objetable sobre la base de que ellas implican imponer cierto modo de vida haciendo caso omiso de las preferencias de los individuos, puesto que es razonable suponer que ellas sólo son efectivas en los casos que se acaba de mencionar y no en las raras situaciones en que el individuo sustenta libre y conscientemente una valoración diferente de los bienes involucrados.

d) *EL ARGUMENTO DE LA DEFENSA SOCIAL.* El argumento más común y persuasivo en favor de sancionar penalmente la tenencia de drogas con fines de consumo es el que está fundado en la defensa social. Dadas las consecuencias extremadamente perniciosas que para la vida social tiene el consumo de estupefacientes por parte de ciertos individuos, no parece que pueda

¹⁷ Creo que esta imposibilidad de discriminar, a los fines penales, entre diferentes casos de consumo de drogas, es lo que genera los agudos problemas que enfrentan los tribunales norteamericanos para hacer compatible la decisión de la Suprema Corte federal en el caso "Robinson California" (370 US 660-668-1962), de que el castigo de la drogadicción viola la Enmienda Octava de la Constitución por representar una pena "cruel e inusual", con la punición de la conducta de poseer drogas (tales problemas son exhaustivamente analizados en el caso "United States v. Moore", -486 F. 2nd, 1139, DC Cir., 1973).

cuestionarse la represión de la tenencia con fines de uso personal, ya que en este caso la acción del individuo trasciende los límites de la libertad consagrada por el principio de autonomía, para afectar derechos de terceros. Estaríamos frente a acciones que ofenden la moral pública y no meramente un cierto ideal de excelencia personal. Este argumento parece tan obvio que toda consideración perfeccionista o paternalista se presenta como superflua e irrelevante.

Sin embargo, conviene hacer aquí una pausa y examinar un presupuesto que presidió la discusión de las dos secciones anteriores. Allí hemos asumido que puede trazarse una línea tajante entre las acciones que son meramente autodegradantes o autolesivas y las acciones que afectan al bienestar de terceros. ¿Es esto realmente así? Mill tiene algo que decir al respecto¹⁸.

“La distinción aquí señalada entre la parte de la vida de una persona que sólo concierne a ella misma y la parte que concierne a otros, será rechazada por muchos. ¿Cómo (podría preguntarse) puede alguna parte de la vida de un miembro de la sociedad ser indiferente a otros miembros? Nadie es un ser completamente aislado; es imposible para una persona hacer algo que sea grave y permanentemente perjudicial para ella misma sin que el mal se extienda al menos a la gente más cercana a ella, y a veces aun mucho más lejos. Si un individuo daña su propiedad, perjudica a quienes, directa o indirectamente, derivan su manutención de ella y usualmente disminuye, en un grado mayor o menor, los recursos generales de la sociedad. Si deteriora sus facultades corporales, no solamente hace desgraciados a aquellos cuya felicidad depende en parte de él, sino que se descalifica para prestar los servicios que debe a sus prójimos; quizá se convierta incluso en una carga para su afecto y benevolencia; y si tal conducta se hiciera frecuente, difícilmente otro delito que pueda cometer restaría más a la suma general del bien. Finalmente, si por sus vicios y locuras una persona no hiciera directamente daño a otras, ella sería de cualquier modo (podría decirse) perniciososa por su ejemplo; y debe ser compelida a autocontrolarse en aras de aquellos a quienes la visión o el conocimiento de su conducta podría corromper o perturbar... Admito plenamente que el mal que una persona se hace a sí misma puede afectar seriamente, tanto a través de sus simpatías como de sus intereses, a aquellos estrechamente conectados con ella, y, en menor medida, a la sociedad en conjunto”.

¹⁸ Mill, *On Liberty*, cap. IV, p. 98-99.

Apreciamos la gravedad de la cuestión que aquí se plantea. Difícilmente pueda pensarse en una conducta de un individuo que no pueda llegar a afectar, más o menos seriamente, los intereses de otros. Éste es el caso, obviamente, del consumo de bebidas alcohólicas y también del hábito de fumar (teniendo en cuenta que el acortamiento de la vida del fumador habitual puede afectar a sus dependientes y disminuir su contribución a la sociedad). Lo mismo ocurre, menos obviamente, con el manejo no muy cuidadoso del propio patrimonio y con el entusiasmo intenso por alguna actividad no lucrativa o “socialmente útil” (como la de jugar al ajedrez). Ciertas lecturas o amistades pueden inducir al individuo a adoptar ideas que se traduzcan en comportamientos peligrosos. La elección de una determinada carrera puede ser disfuncional para la sociedad. La práctica de deportes peligrosos puede sentar un ejemplo que induzca a otros a arriesgar también sus vidas de esa forma. El contraer matrimonio con cierta persona puede tener consecuencias biológicas, económicas, etc., que pueden llegar a afectar los intereses de terceros.

Frente a esta realidad, alguien podría afirmar que la distinción entre acciones “privadas” y acciones que ofenden la moral pública (por perjudicar a terceros) es insostenible: todas las acciones pueden tener consecuencias intersubjetivas. Esto significaría que toda conducta estaría sujeta, en principio, a ser escudriñada, evaluando si sus consecuencias son favorables o perjudiciales al bien común.

Una posible alternativa a esta conclusión inquietante consiste en recordar lo que se sostuvo en el capítulo VI, en el sentido de que la noción de derechos individuales incluye, como dicen Ronald Dworkin¹⁹ y Nozick²⁰, la idea de establecer un límite o “restricciones laterales” a la persecución de objetivos sociales colectivos. Esto significa que cuando el interés de un individuo está protegido por un derecho, él no debe ser arrojado a la bolsa común de los deseos y preferencias de todos los miembros de la sociedad, para hacer un cálculo global de bene-

¹⁹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 90 y siguientes.

²⁰ Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, p. 28 y siguientes.

ficios y perjuicios, sino puesto en balance con el bienestar general de la sociedad, teniendo en cuenta que no siempre los intereses de los más cuentan más. De este modo, los derechos individuales no deben, si es que se los reconoce seriamente como tales, ser considerados meros ítems a tomar en cuenta en la estimación del bien común, sino valorados independientemente de éste y contrastados con él para sopesar su fuerza relativa. La estipulación de derechos individuales resguarda a ciertos intereses, que pueden ser minoritarios, contra la posibilidad de que sean avasallados cada vez que se demuestre que la mayoría de la sociedad se vería beneficiada si esos intereses fueran frustrados. Como se dijo antes, si el bien común fuera el criterio último y exclusivo para la justificación de cualquier medida pública, no tendría sentido limitar de antemano la acción legislativa estableciendo derechos individuales; bastaría con prescribir al legislador que promueva el bienestar colectivo (que es, en definitiva, el bienestar de la mayoría de la población) y con establecer controles políticos y judiciales para verificar la satisfacción de ese objetivo. Por esta razón se podría sostener que la proposición de que una conducta cae fuera del ámbito de la libertad personal cada vez que ella tiene consecuencias más perjudiciales que beneficiosas para la sociedad en conjunto, implica interpretar que del principio de autonomía de la persona no surge un derecho genuino a realizar cualquier conducta que no sea lesiva para terceros. Esto supondría desconocer el principio de inviolabilidad de la persona.

Sin embargo, esta línea de argumentación se enfrenta en este caso con una seria dificultad conceptual. El derecho que estamos considerando, como acabamos de ver, se distingue de otros —como la libertad de opinión, de culto y de asociación— por el hecho de estar definido en relación a la falta de perjuicio para terceros de la conducta que es objeto de tal derecho. De este modo, no parece ser cierto que este derecho en particular constituya una restricción o umbral a la persecución del bienestar general; tan pronto los intereses de terceros se ven afectados, este derecho quedaría excluido por definición (esto permite poner en duda que la característica apuntada forme parte del concepto de derecho individual; parece, más bien, que el limitar la persecución del bienestar general en aras de la protección

de ciertos intereses individuales constituye sólo una de las razones –tal vez la más importante– para establecer derechos que restringen la acción de los órganos representativos).

¿Cómo justificar, entonces, el juicio de que hay ciertas conductas genéricas que están amparadas por este derecho básico que está reconocido, como se dijo, por ejemplo, en el art. 19 de la Constitución argentina? Creo que si examinamos con algún cuidado los ejemplos mencionados de acciones que son generalmente reconocidas como casos centrales de “acciones privadas”, no obstante su posible nocividad para terceros, estaremos en condiciones de formular una caracterización operativa de este derecho que permita hacer compatible la protección de aquellas conductas –como la de dedicarse a una cierta carrera, deporte o actividad artística– con la exigencia de falta de perjuicio para terceros.

Una característica que los ejemplos mencionados presentan es que la conducta de que se trata es, presumiblemente, valorada por el agente como parte importante del plan de vida que ha elegido. Ésta parece ser una condición relevante para la configuración de este derecho. Si la actividad en cuestión fuera trivial o poco significativa para el propio agente, bastaría con que se demostrase que ella está asociada de algún modo, aunque sea remoto, con un perjuicio a terceros para que la interferencia en ella esté justificada.

Otra característica de los ejemplos aludidos es que el perjuicio para tercero, que se mencionó como posible consecuencia de las respectivas acciones (p.ej., la propagación imitativa de la práctica de un deporte peligroso) no es, en realidad, imputable a tales acciones, de acuerdo con una interpretación más o menos estricta de los criterios corrientes de adscripción de causalidad. Por ejemplo, la atribución de un resultado causal a una cierta acción queda en general excluida cuando entre ésta y el resultado interviene otra acción voluntaria, sea de un tercero, de la “víctima” o del propio agente (caso en el cual, el resultado será, obviamente, efecto causal de la segunda acción)²¹. Cuando la acción que se toma en cuenta conduce a

²¹ Ver este punto en Hart - Honoré, *Causation in the Law*, p. 38 y ss.; Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, p. 127, menciona un posible principio mo-

una cierta omisión (como la omisión de contribuir a la productividad colectiva), debe advertirse que los criterios generalmente aceptados de atribución de efectos causales no permiten imputar tales efectos a una omisión si no hay una expectativa relativamente fuerte de actuación positiva (ver este punto en el capítulo VIII). Cuando la conducta que se juzga coloca al agente en un estado del que pueden surgir daños para terceros, deben apreciarse la proximidad y probabilidad de esos daños en relación con la acción inicial. Estas consideraciones permiten sugerir que el derecho que estamos considerando sólo queda excluido cuando la conducta en cuestión genera causalmente un perjuicio a terceros y no cuando es meramente un antecedente necesario de ese perjuicio.

También debe destacarse que algunos de los perjuicios que pueden adscribirse a acciones como las mencionadas antes no constituyen un daño a intereses legítimos de terceros. En especial, no es computable el perjuicio que resulta de la frustración de preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debería adoptar. Esta condición deriva del mismo fundamento de este derecho, que, como vimos, consiste en dar primacía a las preferencias del agente acerca de su modo de vida sobre las preferencias que los demás tienen acerca de cómo él tendría que vivir. Si tales preferencias “externas”²² de los demás fueran en sí mismas relevantes, y si su frustración contara como un daño a terceros, este derecho básico que surge del principio de autonomía sería vacuo, y por lo tanto se frustraría el principio de inviolabilidad.

La determinación de estas condiciones es, en parte, una cuestión de grado, y cuando es dudoso hasta qué punto alguna de ellas está satisfecha, debe tenerse en cuenta en qué medida lo están las restantes. Si, por ejemplo, un cierto efecto dañoso asociado con la acción cuya legitimidad se cuestiona es relativamente remoto y es discutible que podamos adscribirlo causalmente a tal acción, debemos tomar en cuenta cuán intensamen-

ral que coincidiría con este criterio: “Un acto no es incorrecto y no puede por lo tanto ser prohibido si no resulta dañoso, a menos que se adopte una ulterior decisión de hacer algo malo”.

²² Ver Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 234.

te el sujeto valora a tal acción como parte importante del plan de vida por él elegido.

Estas consideraciones nos permiten proponer una caracterización provisoria del derecho básico al que estamos haciendo alusión: *una conducta está exenta de toda interferencia estatal cuando ella es susceptible de ser valorada por el agente como relevante a su plan de vida libremente elegido y no implica un riesgo apreciable de generar causalmente perjuicios relativamente serios a intereses legítimos de terceros, no incluyéndose entre esos intereses las meras preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debería adoptar.* Esta caracterización es considerablemente vaga, pero aun así hace posible encarar con cierta soltura casos como el de la punición de la tenencia de drogas.

Si asumimos que, por aberrante y torpe que parezca, hay alguna gente que conscientemente hace del consumo de estupefacientes una parte importante de su modo de vida, y si excluimos de los perjuicios para terceros el malestar natural que produce en nosotros esta práctica abominable, la pregunta que debemos plantearnos es si la conducta de consumir drogas (o de tenerlas con fines de consumo) suele generar causalmente serios perjuicios para intereses legítimos de terceros. El hecho establecido de que el fenómeno del consumo de drogas por un número considerable de individuos provoca graves perturbaciones para la sociedad en conjunto, ¿implica necesariamente que la mayoría de los actos individuales de consumir drogas causa perjuicios para terceros tan definidos y serios como para precluir posibles preferencias intensas del agente por un modo de vida que incluye ese consumo? Para contestar esta pregunta crucial consideremos algunos de los daños sociales que la drogadicción genera.

a) El primero y más notorio de esos perjuicios es el contagio de los que no son drogadictos, gracias a la tendencia de los que lo son a introducir a otros en el vicio. Aquí se presentan dos situaciones distintas:

La primera se da cuando la nueva víctima del vicio incurre en él en forma involuntaria (en un sentido amplio que incluye la incapacidad), sea que haya sido inducida directamente a hacerlo por el agente, sea que se haya dejado guiar por su ejem-

plo. En esta situación hay, o bien una acción voluntaria del drogadicto que es ulterior y distinta de la de consumir droga (el proporcionar a otro la droga o el inducirlo a que la pruebe), o bien la acción de consumir droga se ejecuta en condiciones particulares (p.ej., en público) que favorecen el comportamiento imitativo. En ninguno de estos casos se puede adscribir causalmente la propagación de la drogadicción al mero consumo de la droga por parte del agente: en un caso es la ulterior acción voluntaria de ese agente (o sea la de suministrar la droga o la de inducir a probarla) la que tiene ese efecto causal, y en el otro es el consumo de la droga en ciertas condiciones específicas (p.ej., en público) el que genera el comportamiento imitativo.

La segunda situación se da cuando la nueva víctima del vicio ha resuelto voluntariamente aceptar la droga ofrecida o imitar al drogadicto. En este caso, a la acción voluntaria ulterior del drogadicto o a su consumo de la droga en condiciones particulares, se le agrega la acción voluntaria de la propia "víctima", lo que hace todavía más inapropiado adscribir al mero consumo de la droga (o a la tenencia de ésta con fines de consumo) por parte del primer individuo, el efecto causal constituido por la adicción en que incurre el segundo individuo.

b) Otro tipo de perjuicio social que la drogadicción genera está dado por la vinculación entre ésta y la comisión de acciones delictivas de distinta índole. También aquí conviene distinguir entre dos situaciones diferentes:

La primera de ellas está constituida por aquellos casos en que el individuo no actúa bajo los efectos de los estupefacientes, sino que actúa con plena conciencia y control de sus actos; por ejemplo, cuando estando perfectamente sobrio asalta una farmacia para apoderarse de drogas. Si, como suponemos, la acción delictiva del sujeto fue voluntaria, sus efectos perjudiciales deben adscribirse a ella y no trasladarse a una acción anterior de consumir drogas o de poseerlas con fines de consumo.

La segunda situación se da cuando un individuo comete un delito bajo los efectos de la droga. En este caso, que es análogo al que se suele discutir en relación con la ebriedad, el resultado perjudicial puede, efectivamente, adscribirse al consumo de drogas —si es que éste es condición suficiente de aquel

resultado en las condiciones normales del contexto—, y el sujeto puede ser responsabilizado, de acuerdo con la doctrina de la *actio libera in causa*, por la producción del resultado, siempre y cuando se haya drogado para provocarlo o lo haya hecho sabiendo o debiendo saber que lo provocaría. Creo que no se puede afirmar razonablemente que la mayoría de los actos individuales de consumir estupefacientes constituyen una condición suficiente, en circunstancias normales, para que el agente cometa un delito distinto. Como en el caso en que se induce un comportamiento imitativo, es el consumo de drogas en ciertas circunstancias específicas el que tiene ese efecto causal perjudicial para los intereses de terceros.

c) Otra clase de daños sociales asociados con el consumo de drogas está constituida por la incapacitación del adicto para contribuir con su trabajo y esfuerzo al bienestar de los demás. En este caso lo que se atribuye al adicto es una omisión que está causalmente determinada por el consumo de drogas. Pero para adscribir, a su vez, a esa omisión ciertos efectos causales nocivos debe haber, como se dijo en el capítulo VIII, una expectativa social de comportamiento activo jurídicamente reconocida. En una sociedad liberal no se espera de cada individuo que contribuya a incrementar el producto nacional. Si la indolencia determinada por el consumo de drogas fuera un factor decisivo para reprimir tal consumo, también habría que reprimir a quien es indolente por cualquier otra causa, a quien se dedica a una actividad no productiva, etcétera. Por cierto que los individuos tienen el deber de contribuir a la subsistencia y bienestar de sus dependientes inmediatos, por lo que su omisión de hacerlo es causa de las privaciones que ellos puedan, consecuentemente, padecer; el sujeto puede, naturalmente, ser responsabilizado por esa omisión —y no por el consumo de drogas que la determinó— aun cuando haya que recurrir a la doctrina de la *actio libera in causa* para tratar los casos de incapacitación voluntaria.

Hay, por supuesto, otros daños sociales que están vinculados al consumo de drogas. Pero los mencionados son, según me parece, los más importantes, y su consideración muestra que debe tenerse cuidado en pasar de la afirmación legítima de que el fenómeno del consumo de drogas tiene consecuencias

gravemente perniciosas para la sociedad (en gran parte, por efecto acumulativo de los daños que los drogadictos se autoinfligen), a la afirmación de que la mayoría de los actos individuales de consumir drogas tienen efectos nocivos para terceros. Cuando nos referimos a actos particulares que afectan los intereses de otros, debemos recurrir a una descripción más precisa de tales actos, de la que podemos prescindir cuando hablamos de fenómenos globales. De este modo, advertimos que no son los meros actos de consumir drogas los que perjudican o ponen en peligro los intereses ajenos, sino o bien tales actos cuando se ejecutan en condiciones particulares (como en público o en circunstancias tales que el sujeto tiende a delinquir), o bien otros actos asociados con el consumo de estupefacientes pero que se pueden distinguir claramente de esta última conducta (y de la conducta de tener drogas para el propio consumo). En ambos casos los actos nocivos son perfectamente individualizables a los efectos de ser desalentados mediante la amenaza de pena, y esto se puede —y se debe— hacer sin necesidad de proyectar la represión sobre una clase más vasta de actos que incluye a los actos anteriores o que están más o menos conectados con ellos.

Como he sostenido en otro lugar²³, hay un principio de prudencia racional en la persecución del objetivo de protección social, que prescribe no reprimir una clase genérica de actos cuando lo que se quiere desalentar es una subclase más específica que puede ser identificada (p.ej., no se debe incriminar la tenencia de armas si lo que se busca prevenir es la tenencia de armas de fuego). El derecho debe ser un instrumento lo suficientemente preciso como para que sus normas represivas alcancen sólo a aquellas conductas que se pretende prevenir mediante ellas. El argumento que muchas veces se avanza en el sentido de que resulta difícil detectar algunos de los actos nocivos que el drogadicto es proclive a cometer, por lo que es necesario dirigir la represión hacia la conducta más fácilmente verificable de la tenencia de drogas, implica, como se ha alegado frecuentemente, crear una presunción de autoría; tanto daría

²³ Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, cap. IV.

presumir que todo aquel que no puede justificar el origen legítimo de una cosa que tiene en su poder, la ha hurtado. El argumento de que no se reprime el consumo de drogas sino la tenencia con fines de consumo no es convincente, no sólo porque el hecho de que, salvo en casos peculiares, el consumo requiera la tenencia hace que la represión de ésta sea una forma indirecta de reprimir aquél, sino también porque, si admitimos que no se pretende prevenir el mero consumo de estupefacientes, no podemos intentar prevenir la conducta que es inequívocamente un acto preparatorio de tal consumo (esto es tanto como reprimir, no la práctica de ciertas religiones, sino la tenencia de los libros de oraciones que son necesarios para tal práctica). Si aceptamos que el solo acto de consumir drogas no es necesariamente perjudicial para terceros (sino que los que son perniciosos son otros actos o bien más específicos que él o bien asociados con él), menos lo será la conducta que está exclusivamente dirigida a hacer ese acto posible. Cuando se dice que hay otros casos en que el derecho castiga la tenencia de objetos peligrosos —como las armas de guerra o los instrumentos de falsificación de moneda— no se advierte que la tenencia de esos objetos está más inequívocamente conectada con la persecución de objetivos ilícitos que lo que lo está la tenencia de una pequeña dosis de droga apropiada para el consumo personal (asumiendo, como este argumento lo hace, que ese consumo personal no es en sí mismo ilícito).

e) *CONCLUSIÓN.* Creo, en consecuencia, que una adecuada articulación de las implicaciones del principio de autonomía de la persona permite sostener que los argumentos perfeccionista, paternalista y de la defensa social no justifican concluyentemente la represión de la tenencia de drogas con el fin exclusivo de consumo personal. Tales argumentos no son, en absoluto, irrazonables, y es muy torpe suponer que la mera adhesión a ellos —sobre todo a los dos últimos— implica, por sí misma, una profesión de fe autoritaria.

Sin embargo, cada uno de los argumentos que hemos discutido plantea sucesivamente dificultades adicionales que exigen ir precisando el alcance del derecho básico que deriva del principio de autonomía. Mientras el argumento perfeccionista puede ser objetado por desconocer directamente aquel dere-

cho, el argumento paternalista sólo lo es en cuanto la protección de los intereses genuinos de los individuos difícilmente puede llevarse a cabo en este caso sin imponer, indirectamente, intereses que no son reconocidos por sus supuestos titulares; por su parte, el rechazo del argumento de la defensa social requiere mostrar, adicionalmente, que ella puede ejercerse, sin mengua del derecho aludido, acotando con cierto rigor los actos que generan los perjuicios sociales que se busca legítimamente prevenir.

Como es fácil advertir, el problema que debe preocuparnos no es principalmente el de si es admisible que se castigue a unos cuantos individuos que son hallados con cierta cantidad de drogas para su consumo personal (la mayoría de nosotros estamos tentados a tolerar ese castigo como un mal menor ante la opresiva realidad de la propagación de la drogadicción), sino el problema de si ese castigo puede ser justificado sin desnaturalizar el reconocimiento de un ámbito infranqueable de libertad personal, que está plasmado en el principio de autonomía de la persona. Por las consideraciones expuestas, me temo que la respuesta es negativa y que la justificación del castigo de la tenencia de drogas para el propio consumo puede, por razones de coherencia lógica, conducir a justificar otras interferencias en la vida de la gente que han sido tradicionalmente consideradas proscriptas en el marco de una sociedad liberal. Un buen test de la firmeza de nuestra actitud de adhesión al principio de autonomía consiste en verificar si estamos dispuestos a tolerar no sólo las formas de vida que nos parecen nobles e inspiradas sino también las que nos chocan por aberrantes o estúpidas.

CAPÍTULO XI

LOS LÍMITES DE LA INTERFERENCIA ESTATAL: EL CASO DE LA PENA DE MUERTE

1. INTRODUCCIÓN

En este capítulo me propongo discutir otro tipo de limitación a la interferencia estatal de los individuos.

En el capítulo III se sostuvo que uno de los elementos distintivos del derecho y uno de los medios a través de los cuales éste cumple sus funciones de disminuir los conflictos y facilitar la cooperación es la *coacción*. En el capítulo IX, se dijo que la existencia de un orden jurídico apoyado en la coacción se justifica sólo en tanto y en cuanto él sea necesario y eficiente para preservar derechos individuales básicos, sin que sus operaciones dirigidas a tal fin menoscaben a su vez tales derechos. En el capítulo VIII se indicaron diferentes vías para preservar derechos sin violar otros derechos, la principal de las cuales consiste en matener una distribución igualitaria de la autonomía garantizada por ciertos derechos básicos. Otra vía es la de tomar en cuenta el consentimiento de los supuestos afectados. En el capítulo VII se había ya analizado la relevancia moral del consentimiento y se había hecho una referencia sucinta a cómo él interviene para legitimar, en ciertas condiciones muy estrictas, el caso central de coacción estatal: el que está constituido por la imposición de *penas*.

Aquí me propongo profundizar las consecuencias que tienen para la justificación de la pena los principios de moralidad social que he defendido. Ello lo haré a través del examen de un caso límite de pena: el de la pena capital. Este caso consti-

tuye un buen test de los principios que se han presentado, puesto que una de las convicciones firmes de quienes están inspirados por una concepción humanista y racional de la sociedad es que esta pena es moralmente ilegítima. Por lo tanto, si los principios en cuestión no fueran por lo menos compatibles con esa conclusión, esto sería un indicio –por cierto no concluyente– de que tal vez se cometió algún error en la inferencia o en la formulación de los principios de filosofía política propuestos. El *desideratum* de equilibrio reflexivo amplio que fue expuesto en el capítulo III presionaría, en tal hipótesis, en favor de una revisión de aquellos principios y eventualmente, de nuestro cuadro de aquellos aspectos procedimentales del discurso moral que supuestamente los generan.

La justificación moral de la pena de muerte depende, en parte, de los principios que permiten justificar las sanciones penales en general. Una posibilidad es que los mismos principios que justifican la actividad punitiva del Estado (si es que hay tales principios) impliquen o bien la permisibilidad o bien la ilegitimidad de la pena de muerte. La otra alternativa es que tales principios sean insuficientes para inferir una solución respecto de la corrección moral de esta clase de pena y que debamos, en consecuencia, explorar la relevancia para este caso de otros principios adicionales. De cualquier modo, comenzar a encarar la cuestión por el lado de la justificabilidad de las penas en general sirve al menos para aislar los puntos críticos que provocan especial perplejidad en la discusión acerca de la pena de muerte. Esto me obliga a recorrer de nuevo, en parte de este capítulo, un camino que ya he explorado en otras ocasiones¹.

2. RETRIBUCIÓN Y MUERTE

Las diferentes construcciones teóricas que se han formulado para justificar el castigo estatal pueden agruparse, con mayor o menor comodidad, en el marco de dos grandes concepciones: el retribucionismo y el utilitarismo².

¹ Ver Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, cap. III.

² Ver un cuidadoso estudio de estas concepciones en Rabossi, Eduardo A., *La justificación moral del castigo*, Bs. As., Astrea, 1976.

La concepción retribucionista, de la cual hay, desde luego, versiones radicalmente diferentes, sostiene, en líneas generales, que es intrínsecamente justo que el que ha hecho un mal sufra otro mal de entidad equivalente, cualesquiera que sean las consecuencias para los individuos involucrados en el hecho o para la sociedad en conjunto.

Así expuesta, esta teoría parece no sólo legitimar sino también exigir la pena de muerte para el caso de homicidio, ya que en pocas situaciones como en ésta se vislumbra con alguna claridad la equivalencia requerida entre el delito y la pena (cosa que no ocurre, p.ej., en el caso de la pena de prisión por el delito de violación).

Sin embargo, la validez de la teoría retribucionista de la pena es por demás dudosa. Ella es sólo defendible en el contexto de una concepción moral de índole formalista (o sea una concepción moral según la cual los actos o instituciones tienen valor o disvalor moral con independencia de sus consecuencias) que apele a la intuición en un nivel muy bajo de generalidad. Es muy posible que la justificación de ninguna concepción moral pueda prescindir de recurrir a nuestras convicciones intuitivas en apoyo de algún punto del sistema (ver capítulo III), pero son preferibles aquellas concepciones respecto de las cuales se acude a la intuición sólo para respaldar consecuencias que se infieren de principios muy generales, y no para convalidar diferentes soluciones aisladas de cuestiones específicas³.

Hasta ahora no se ha mostrado persuasivamente que el principio retribucionista derive de otro principio que sea considerablemente más general y que no consista en alguna vacuidad o en una formulación diferente del mismo principio retribucionista. Por ejemplo, el principio kantiano que prescribe tratar a los hombres como fines en sí mismos y no como meros medios constituye, como luego veremos, una razón poderosa para descalificar la concepción rival del castigo estatal (y en este sentido fue invocado por Kant), pero de él nada se infiere que respalde positivamente la concepción retribucionista de la pena.

³ Ver una crítica de este tipo de intuicionismo en Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 87.

El principio de que un mal debe retribuirse con un mal equivalente no parece, entonces, que pueda ser defendido si no es apelando a nuestra intuición directa sobre la justicia intrínseca de la situación que se está valorando; necesitamos “ver” como inherentemente justo que al mal que provoca una persona se le responda con otro mal comparable. Esto es bastante poco satisfactorio como justificación de un punto de vista moral, pero lo es aun menos cuando se advierte que la intuición en cuestión está bastante menos extendida de lo que los defensores del retribucionismo suponen. Muchos no vemos claro cómo la suma de un mal más otro mal puede dar como resultado, no dos males, sino un bien. Tampoco percibimos nítidamente una diferencia sustancial entre la pena retributiva y un hipotético sistema de venganza en gran escala organizado en forma monopólica por el Estado (quizás esto le sirva a alguien para sugerir que, al fin de cuentas, la venganza no es tan mala cuando se lleva a cabo en forma prudente y organizada).

El retribucionismo presenta otro inconveniente que es más difícil de percibir, pero que es, tal vez, todavía más desalentador: presupone una moralización del derecho penal en un sentido que parece inconciliable con una concepción liberal acerca de los límites del poder punitivo estatal⁴. Cuando el principio estipula que es justo que quien ha hecho un mal sufra otro mal de magnitud equivalente, es obvio que el primer “mal” al que se alude no puede tener una configuración puramente convencional que dependa de los dictados del sistema jurídico. De lo contrario, el principio se limitaría a establecer que es justa cualquier pena dispuesta por el sistema jurídico como consecuencia de un acto que él prohíbe, lo que es, en definitiva, reducible al principio más general de que es moralmente lícita cualquier medida que el orden jurídico disponga en las condiciones que él estipule (cualquiera que sea la plausibilidad de este principio, difícilmente se aceptaría que él provee una justificación retribucionista de la pena). El mal que, según esta concepción, debe retribuirse, es entonces un mal moral; lo que el

⁴ Esto es analizado en Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 263 y siguientes.

principio establece es que es justo imponer un mal al que ha realizado un acto moralmente malo. Como hay una razón *prima facie* para materializar cualquier estado de cosas que se considere justo, el principio aludido implica que toda inmoralidad debe ser reprimida por el derecho, lo que como vimos en el capítulo IV, violenta convicciones asociadas con la concepción liberal de la sociedad, según las cuales sólo determinada clase de actos inmorales deben ser objeto de interferencia jurídica. Por otra parte, la aparente plausibilidad del principio retribucionista depende también de una interpretación subjetiva del mal al que se refiere el principio: no es la producción objetiva de un estado de cosas disvalioso lo que parece justificar que se haga sufrir a un individuo, sino, como se dijo en el capítulo VII, su actitud reprochable al intentar causarlo (o al ser indiferente o negligente respecto de su materialización). Esto conduce, cuando es desarrollado en sus consecuencias, a una intrusión del derecho en la valoración de la personalidad moral de la gente, lo que es todavía claramente incompatible con el principio de autonomía de la persona que expuse en el capítulo V.

De modo que si la defensa de la pena de muerte presupusiera abrazar la justificación retribucionista del castigo estatal, esa defensa tendría una base bastante poco firme y conduciría, además, a comprometerse con un enfoque de la relación entre derecho y moral que es, por lo menos, cuestionable. Pero se puede alegar que la pena de muerte es perfectamente justificable en el marco de la otra concepción vigente acerca de la pena.

3. PREVENCIÓN Y MUERTE

La justificación utilitarista de la pena consiste en sostener que el castigo estatal es justificable si y sólo si el balance de sus consecuencias es más beneficioso que perjudicial para el conjunto de la sociedad. Esto se da sólo cuando la pena logra prevenir males mayores que los que ella involucra, sin que sea posible evitar aquellos males por medios menos nocivos. Esta justificación debe apoyarse en algunas de las funciones que se atribuyen a la pena: desalentar al penado o a la gente en gene-

ral a cometer hechos semejantes en el futuro, incapacitar al penado para cometer nuevos delitos, rehabilitarlo psicológicamente para evitar que reincida, etcétera. Tres son las condiciones que esta teoría exige para que una pena cualquiera sea un medio racional de protección social: a) ella debe implicar un mal menor que el que intenta prevenir; b) debe ser eficaz para prevenir ese mal; c) debe ser necesaria para evitar el mal (en el sentido de no ser sustituible por un medio menos costoso e igualmente eficaz).

Como resulta fácil advertir, la justificación utilitarista de la pena no convalida ni descalifica *a priori* la pena de muerte. Ella resultará o no legítima según constituya o no un medio necesario y eficaz para ahorrarle al conjunto de la sociedad perjuicios más serios que los que la imposición de esa pena ciertamente envuelve (teniendo en cuenta que la privación de la vida de un miembro del grupo social implica, necesariamente, un mal para ese grupo, ya que el bienestar de éste se compone del de sus miembros). De este modo, la determinación de la legitimidad de la pena de muerte dependerá en parte de las cuestiones empíricas de necesidad y eficacia y en parte de la cuestión valorativa de contrapesar los bienes en conflicto. Sin embargo, si se demostrara empíricamente que la ejecución de los que cometen cierto tipo de homicidio previene en forma efectiva un mayor número de muertes que las que resultan de las ejecuciones (y se supone que no hay otros bienes para tomar en cuenta), parece que un criterio meramente cuantitativo de comparación entre vidas humanas conduce a la conclusión de que la sociedad en conjunto resultará beneficiada con la pena de muerte. Esto implica que, bajo la justificación utilitarista de la pena, las principales dificultades para legitimar la prescripción de la pena de muerte para el homicidio son de índole empírica: ¿es la pena de muerte eficaz para prevenir un número de homicidios mayor que el de gente ejecutada? ¿No podrían ser prevenidos esos homicidios por medios menos cruentos? ¿La posible ventaja en eficacia preventiva de la pena de muerte compensa posibles efectos colaterales nocivos que ella puede tener?

Pero para que tenga sentido encarar una investigación que permita responder a estas preguntas, debe antes establecerse

la validez de este enfoque utilitarista respecto de la pena. Esa validez ha sido cuestionada con diversos argumentos⁵.

Algunos de esos argumentos (como el que sostiene que la concepción utilitarista justificaría la pena de muerte por los delitos más triviales si ello es necesario para prevenirlos) muestran una notable incomprensión de los presupuestos de esta teoría⁶, pero hay otros que parecen persuasivos en cuanto ponen de manifiesto que la concepción utilitarista tiene implicaciones que contrarían seriamente algunas de nuestras convicciones morales más firmes. Tales son los argumentos que invocan el hecho de que, en ciertas condiciones, esta justificación de la pena hace permisible establecer delitos de responsabilidad objetiva (como se ha hecho en Gran Bretaña en el caso de delitos menores, sobre la base, precisamente, de esa justificación) o incluso castigar a inocentes. En efecto, si lo único relevante es que la pena de muerte logre prevenir males mayores que los que ella implica, habrá circunstancias, reales o posibles, en que penar a quien no supo ni podía saber lo que hacía, o a quien no ejecutó la acción delictiva, constituya el mal menor (p.ej., penar a gente inocente haciéndolos aparecer como culpables puede ser la única forma, si los verdaderos delincuentes no pueden ser hallados, de contener una ola de criminalidad, con más beneficio neto para el conjunto social que el perjuicio generado).

Aunque estas críticas tienen algún peso, creo, como lo he expuesto en *Los límites de la responsabilidad penal*⁷, que el problema fundamental de la justificación utilitarista de la pena no reside en que ella permita castigar a quienes objetiva o subjetivamente son inocentes. El inconveniente principal de esta concepción se presenta aun en el caso del castigo a culpables. Ese inconveniente es el mismo que, según vimos en el capítulo VI al estudiar el principio de inviolabilidad de la persona, padece el utilitarismo en general, y consiste en que él conduce inexorablemente a justificar el sacrificio de los bienes o intereses de ciertos individuos si ello redunda en un beneficio mayor

⁵ Ver estos argumentos en Kabossi, *La justificación moral del castigo*.

⁶ Ver Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 215 y siguientes.

⁷ Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 218 y siguientes.

para la sociedad en conjunto, o sea, en definitiva, para otros individuos. En el caso de la pena, si lo único que la justificara fuera su capacidad para prevenir futuros delitos, y si lo que han hecho en el pasado los destinatarios de las medidas punitivas fuera moralmente irrelevante (aunque sea causalmente relevante para asegurar la eficacia de la pena), entonces esa justificación implicaría que es legítimo sacrificar a algunos individuos cada vez que se demuestra que otros individuos se verán beneficiados con ello en una medida mayor que la del perjuicio que sufren los primeros (lo que puede darse por el solo hecho de que sean más los beneficiados que los perjudicados).

Si se rechaza esta implicación antiindividualista del utilitarismo, queda descartada la posibilidad de justificar cualquier pena –y sobre todo la de muerte– sobre la sola base de los efectos benéficos que ella pueda generar para la sociedad en conjunto.

4. LA TEORÍA CONSENSUAL DE LA PENA

Como acabamos de ver, la concepción utilitarista proporciona una razón para imponer penas –la protección de la sociedad contra males mayores que los que ellas involucran–, pero carece de un principio de distribución que justifique la imposición de esas penas a ciertos individuos (así como en el famoso caso “Dudley” los marineros tenían una buena razón para comerse a uno de ellos y evitar que un mayor número muriera de hambre, pero tal vez no tenían una razón válida que justificase sacrificar a uno de ellos en particular, tal como el pobre grumete). El retribucionismo padece del defecto inverso: si bien incluye un principio de distribución de penas a ciertos individuos –principio que, por estar basado en el demérito moral, es, como vimos, cuestionable–, no proporciona, sin embargo, una razón convincente de por qué habría que imponer en general penas (del mismo modo que se puede tener razones para justificar quiénes deben ir a luchar en una guerra, si es que se debe luchar en esa guerra, pero no tener razones para justificar esto último).

En *Los límites de la responsabilidad penal*⁸ expuse con cierto detenimiento mi opinión de que puede haber una forma

⁸ Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, p. 224 y siguientes.

de combinar, en una justificación coherente de la pena, los aspectos positivos del utilitarismo y del retribucionismo, evitando al mismo tiempo los defectos que acabo de mencionar. El enfoque resultante constituye una teoría consensual de la pena, cuyos lineamientos ya he adelantado en el capítulo VII.

Mi estrategia consistió en complementar la justificación utilitarista basada en la protección social, con un criterio de distribución de derechos y obligaciones, de beneficios y privaciones, de bienes y cargas sociales que goza de una amplia aceptabilidad en otras áreas de la vida social y que deriva del principio de dignidad de la persona. Ese criterio de distribución es el que está fundado en el consentimiento de los individuos afectados.

La imposición a un individuo de un deber, carga o sacrificio socialmente útil o beneficioso para un tercero está *prima facie* justificada si es consentida por aquél en forma libre y consciente. Éste es, como vimos en el capítulo VII, un principio que gobierna una vasta gama de relaciones sociales, entre las que se destacan las de índole contractual.

Como ya se dijo, lo que materializa el consentimiento de la persona afectada es la realización por parte de ella de un acto voluntario cualquiera con conocimiento de que ese acto tiene como consecuencia la relación jurídica que se dice consentida. Ese acto puede ser firmar un pagaré o un contrato, tomar un objeto de las manos del vendedor, levantar un dedo en un remate, ascender a un medio de transporte colectivo, ascender a un vehículo conducido por una persona en evidente estado de embriaguez, etc. (en los cuatro primeros ejemplos el acto en cuestión puede implicar consentimiento respecto de la obligación de pagar algo; en el último, el acto implica, en algunos sistemas, el consentimiento de renunciar a una acción por daños y perjuicios en caso de accidente provocado por la ebriedad del conductor). Por supuesto que una vez que se ha materializado el consentimiento, éste es irrevocable y perdura sin que sea necesaria la persistencia de una cierta actitud subjetiva en el individuo en cuestión.

Hay que aclarar que la consecuencia del acto voluntario que se consiente con la realización de ese acto es una consecuencia normativa —una relación jurídica— y no una consecuen-

cia fáctica. El individuo que firma un pagaré consiente en asumir la obligación de pagar cierta suma de dinero; no necesariamente tiene la misma actitud subjetiva relevante respecto del acto de pagar la suma de dinero (p.ej., si el individuo intenta eludir el pago cuando llegue el momento, no se puede decir que consiente en pagar, salvo con un sentido equivalente al de consentir asumir la obligación de pagar). Esto es consecuencia de otra distinción importante: para que una consecuencia de un acto se considere consentida por el agente, éste debe prever esa consecuencia como un efecto necesario de su acto (o estar dispuesto a actuar lo mismo en el caso en que lo previera como necesario) y no como un efecto meramente posible. El que prevé un efecto meramente posible de su acto voluntario consiente el *riesgo* de que ese efecto se produzca, pero, si está dispuesto a abstenerse en el caso de que el efecto fuera cierto, entonces no consiente el efecto mismo. Mientras la asunción de la obligación de pagar una suma de dinero es una consecuencia necesaria, en ciertas condiciones, del acto de firmar un pagaré, el que el individuo satisfaga efectivamente su deuda es sólo una consecuencia eventual de ese acto. Pero, para justificar hacer efectiva cierta relación jurídica —ejecutando, p.ej., los bienes del deudor—, basta con que el individuo haya consentido en asumir tal relación; no es necesario que haya consentido también en que se le haga efectiva.

Como se dijo en el capítulo VII, para que haya consentimiento libre del individuo afectado no sólo debe ser voluntario el acto del cual es consecuencia la relación que se considera consentida, sino también ese acto debe ser tal que su omisión no acarree consecuencias que sólo puedan justificarse también sobre la base del consentimiento del agente (si esa omisión tiene consecuencias gravosas, ellas deben poder justificarse en forma independiente del consentimiento del agente). De lo contrario, haga lo que hiciere el individuo, su conducta podría implicar siempre consentimiento de asumir ciertos deberes, responsabilidades, cargas, etcétera.

Resulta claro, como vimos en el capítulo VII, que el consentimiento, así caracterizado, se puede dar también respecto de la asunción de responsabilidad penal (concebida ésta como una relación jurídica diferente del estado de cosas fáctico de

sufrir una pena), siempre que se den las siguientes condiciones: a) que el individuo realice un acto voluntario; b) que sepa que la asunción de cierta responsabilidad penal (o sea la pérdida de la inmunidad contra la pena de la que los ciudadanos normalmente gozan) es una consecuencia necesaria de ese acto voluntario, o esté dispuesto a actuar lo mismo en el caso de que así lo creyera (lo que exige conocimiento de los hechos y del derecho y excluye las leyes retroactivas); c) que la responsabilidad penal lo sea o bien por actos cuyas omisiones no importen restricciones, cargas o sacrificios o, si lo hacen, que ellos estén justificados independientemente del consentimiento de los individuos afectados. Si para la imposición efectiva de penas se exigen las condiciones mencionadas, entonces esa imposición puede considerarse como la ejecución de una responsabilidad penal que fue libre y conscientemente asumida por el individuo afectado.

Este consentimiento respecto de la pérdida de la inmunidad contra la pena es, creo yo, lo que nos permite justificar moralmente la imposición, a ciertos individuos, de penas que sean necesarias y efectivas para prevenir males sociales mayores que los que ellas involucran. El principio que requiere para la imposición de penas la asunción libre y consciente de la respectiva responsabilidad penal constituye un principio de distribución que, una vez combinado con el principio utilitarista de la protección social, provee una justificación satisfactoria del castigo estatal.

Apoyándose en el consentimiento convalidado por el principio de dignidad de la persona, esta concepción de la pena evita infringir el principio de inviolabilidad de la persona, como lo hace el prevencionismo, y el de autonomía de la persona, como lo hace el retribucionismo. Sin embargo, esta justificación exige requisitos muy severos para la admisibilidad moral de una cierta práctica punitiva. En primer lugar, deben satisfacerse las condiciones de necesidad, eficacia y economía que requiere una protección prudencial de la sociedad (o sea una protección que no genere para la sociedad más perjuicios que los que se intenta prevenir). En segundo término, debe satisfacerse el requisito de consentimiento de los individuos afectados.

En las dos secciones siguientes intentaré explorar hasta qué punto la pena de muerte satisface cada uno de los requisitos que acabo de mencionar.

5. ¿PROTEGE LA PENA DE MUERTE A LA SOCIEDAD?

Antes de intentar responder a la primera pregunta sobre si la pena de muerte es un medio necesario y eficaz para prevenir males mayores para la sociedad de los que ella implica, es bueno enfatizar cuál es la relevancia de esta pregunta.

Ninguna pena es un remedio absolutamente inocuo para la sociedad que está destinada a proteger: el destinatario de la pena es (como la víctima de un delito) un miembro de la sociedad⁹, en aras de la cual la pena se impone, y, en consecuencia, el mal que él padece debe computarse como un mal que sufre la sociedad (así como se computa como un beneficio para la sociedad el que algunos de sus miembros estén, gracias a la institución de la pena, menos expuestos a sufrir delitos). Por lo tanto, si no se demuestra que una cierta pena, como la de muerte, genera para la sociedad mayores beneficios que los perjuicios directos e indirectos que ella ciertamente produce en esa misma sociedad, entonces el recurrir a tal pena no sólo es moralmente injustificado: es sencillamente irracional, puesto que implica frustrar el mismo objetivo que se persigue con la medida en cuestión (es como demoler una casa para evitar que sea dañada por un terremoto)¹⁰.

⁹ Hay autores, como J.J. Rousseau (ver *The Social Contract*, en Baker, E., ed., "Social Contracts", p. 220), que defienden la idea de que el delincuente deja de ser miembro de la sociedad, lo que justificaría que el daño que sufre a través de la pena no se compute en el cálculo de beneficios sociales. Ver una discusión de esta idea en Nino, *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, p. 50.

¹⁰ Además de la idea contraintuitiva, mencionada en la nota 9, del "extrañamiento social del delincuente", hay otra idea que puede subyacer a la negativa a computar el daño que se le inflige a través de la pena en el cálculo del beneficio social: ella es que los intereses del delincuente se desvalorizan en la medida de su culpabilidad. Pero esta idea, como alego en *La fundamentación de la legítima defensa*, en "Doctrina Penal", 1979, n° 6, siguiendo a Alan Goldman (*The Paradox of Punishment*, en "Philosophy & Public Affairs", 1979), implica violar el principio *non bis in idem* al descalificar doblemente los intere-

De modo que la pena de muerte constituiría un recurso irracional en relación con el objetivo de defender a la sociedad si no se demostrara que ella genera, efectivamente, ciertos beneficios, que esos beneficios no pueden obtenerse por medios menos cruentos, y que los perjuicios que causa son menores que aquellos beneficios.

Todas éstas son en buena parte cuestiones empíricas que los defensores de la pena de muerte como medio idóneo de protección social tienen la carga de dilucidar satisfactoriamente. Dado que la pena de muerte, más que cualquier otra pena, acarrea infaliblemente al menos un grave perjuicio para la sociedad en conjunto, los que la propugnan no pueden contentarse con que no se haya demostrado que ella es más perjudicial que beneficiosa; son ellos los que deben demostrar que es más beneficiosa que perjudicial para la sociedad que se busca proteger.

Hay varias circunstancias que permiten dudar *a priori* del éxito de la empresa que deben encarar los partidarios de la pena capital.

La primera y tal vez más importante de esas circunstancias es simplemente que hasta ahora no se ha demostrado en forma convincente que la pena de muerte tenga una eficacia preventiva significativamente mayor que otras penas menos nocivas.

Hay un problema metodológico importante para determinar la eficacia preventiva de la pena capital: no es fácil elaborar un marco de comparación adecuado, ya que los países que difieren entre sí respecto de la vigencia o no en ellos de la pena de muerte también difieren entre sí en otros aspectos que pueden tener incidencia en la criminalidad (lo mismo puede ocurrir cuando se comparan dos períodos de un mismo país, antes y después de la abolición de la pena capital, ya que este cambio puede ir acompañado de otros que pueden influir en la frecuencia de homicidios). Los estudios más serios que han intentado superar este problema metodológico (tomando, p.ej.,

ses del delincuente: primero cuando se admite su sacrificio a través de la pena en aras del mayor beneficio de la comunidad; segundo, al valorar en menos aquellos intereses que los de otra gente.

como base comparativa a dos Estados norteamericanos con configuración social bastante similar pero que difieren en cuanto a la vigencia de esta pena), no han podido establecer con fehcencia que la introducción de la pena de muerte haya incidido sustancialmente en la disminución de la criminalidad. En Gran Bretaña, por ejemplo, la Comisión Real sobre la pena capital realizó entre 1949 y 1953 un exhaustivo estudio del tema, consultando numerosas estadísticas, visitando diversos países, recogiendo la opinión de expertos; el resultado de esta investigación fue que: "La conclusión general a que hemos arribado es que no hay pruebas claras, en ninguna de las estadísticas que hemos examinado, de que la abolición de la pena de muerte haya conducido a un incremento en el índice de homicidios, o que su reintroducción haya conducido a una caída de tal índice"¹¹. Un estudio de las estadísticas posteriores realizado por el profesor H. L. A. Hart¹² arrojó el resultado de que la sub-siguiente restricción de la pena de muerte en Gran Bretaña —como consecuencia de la legislación a que condujo el informe aludido— tampoco había producido un aumento perceptible en el índice de homicidios (la pena de muerte sólo fue abolida allí para todo tipo de homicidios en 1965).

Frente a estas verificaciones se alza la aparente impresión de sentido común de que la perspectiva de ser ejecutado tiene necesariamente que ejercer mayor influencia disuasoria en delincuentes potenciales que la expectativa de ser privado de la libertad. Esta impresión fue expresada por el juez victoriano James F. Stephen con las palabras siguientes:

"Ninguna otra pena desalienta a los hombres tan efectivamente a cometer delitos como la pena de muerte. Ésta es una de esas proposiciones que es difícil de probar, simplemente porque ellas son en sí mismas más obvias que lo que las puede hacer cualquier prueba. Es posible desplegar cierto ingenio para argumentar en contra de tal proposición, pero eso es todo. Toda la experiencia de la humanidad va en la dirección opuesta. La amenaza de muerte instantánea

¹¹ Ver la parte pertinente del informe de esta Comisión en Ezorsky, Gertrude, comp., "Philosophical Perspectives on Punishment", New York, 1972, p. 259.

¹² Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1973, p. 65-85 y notas en p. 245-249.

es a la que siempre se ha recurrido cuando hubo una absoluta necesidad de producir cierto resultado... Ninguno se dirige hacia una muerte cierta e inevitable si no es por compulsión. Pongamos las cosas al revés: ¿hubo alguna vez un delincuente que, cuando condenado a muerte o expuesto a ella, rehusara la oferta de una conmutación de su condena por la pena de cárcel más severa? Seguramente que no. ¿Por qué es eso? Sólo puede ser porque 'todo lo que el hombre tiene lo daría él por su vida'. En el caso de cualquier otra pena, por terrible que sea, hay esperanza. Pero la muerte es la muerte; su terror no puede describirse con más fuerza"¹³.

A pesar de la convicción que emana de esta forma de describir la impresión de sentido común, esta posición ha sido fuertemente cuestionada. Por ejemplo, Hart¹⁴ ha sostenido que las palabras de Stephen encierran una *suggestio falsi*, de modo que, cuando ella es detectada, la aparente solidez del argumento se desvanece. El argumento supone que hay un paralelo entre la situación del condenado a muerte a quien se le ofrece la alternativa de ser ejecutado o ir a la cárcel y la situación del homicida potencial que delibera acerca de su conducta futura. No hay tal paralelo, porque en este último caso la perspectiva de morir no es ni inmediata ni cierta (en Inglaterra la probabilidad de un homicida de ser ejecutado, cuando regía la pena de muerte, era de una sobre doce), lo que es muy relevante en la estimación de la posible eficacia preventiva de la pena capital. Por otro lado, agrega Hart, el argumento de Stephen pasa por alto que los que cometen homicidios distan mucho de constituir un modelo de racionalidad en el cálculo de los costos de su acto; en muchos casos los homicidas son insanos (en Inglaterra entre 1900 y 1949 hubo más homicidas declarados insanos, según criterios muy estrictos, que aquellos que fueron condenados a muerte), y, en otros muchos casos, el homicidio es cometido impulsivamente o por móviles que difícilmente serían contenidos por la previsión de las consecuencias del acto.

A estos argumentos de Hart conviene agregar un par de consideraciones. En primer lugar, no es tan cierto que, como

¹³ Citado en el informe de la Royal Commission on Capital Punishment, en Ezorsky, comp., "Philosophical Perspectives on Punishment", p. 252.

¹⁴ Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, p. 86.

suponía Stephen, nadie opta por morir ejecutado frente a la perspectiva de una larga pena de prisión (todos recordamos un caso en los Estados Unidos en el que un condenado a muerte fue ejecutado tras rehusarse persistentemente a apelar o a solicitar una conmutación de la pena). En segundo término, la falta de certeza de ser ejecutado no es un hecho contingente que puede ser fácilmente superado: refleja la tendencia de jueces y jurados —donde los hay— de buscar la forma de absolver al procesado cuando la condena implica inevitablemente la pena de muerte. Este hecho fue claramente advertido en el siglo pasado por Charles Dickens en su alegato periodístico por la abolición de la pena capital: “Yo puedo mencionar seis u ocho casos de mi propio conocimiento en que individuos fueron absueltos puramente sobre la base de que la pena era de muerte... Sé que los jurados han absuelto a hombres que eran clara e indudablemente culpables de homicidio, y de algunos de los peores asesinatos cometidos en la historia de este país, y que lo han hecho así simplemente porque la pena era la pena capital. Ellos hubieran condenado a los procesados si la pena hubiera sido de prisión perpetua o cualquier otra pena que no consistiese en privar de su vida a un hombre, y se han aferrado a cualquier excusa antes de ser agentes de la puesta en práctica de la pena de muerte”¹⁵. Por supuesto que esta circunstancia no sólo resta eficacia disuasoria a la pena capital sino que, como surge de las palabras de Dickens, tiene un efecto secundario marcadamente nocivo, pues el incremento de absoluciones injustificadas para eludir la pena de muerte puede afectar la eficacia preventiva de las normas penales en un grado mayor que cualquier supuesta ganancia en esa eficacia que se obtuviera sustituyendo la amenaza de prisión por la amenaza de ejecución.

Esta última consideración nos introduce en el tema de los efectos secundarios perniciosos que la implantación de la pena de muerte puede generar. Los estudios que se han hecho en esta materia no sólo permiten cuestionar el alegato beneficio social que se obtendría con la pena de muerte a través de su

¹⁵ Citado por Gilpin, *Speech against Capital Punishment*, en Ezorsky, G., comp., *Philosophical Perspectives on Punishment*, p. 226.

mayor eficacia preventiva, sino que también han puesto de manifiesto que este tipo de práctica punitiva puede tener efectos colaterales considerablemente nocivos, además, claro está, del perjuicio directo y cierto constituido por la muerte de algunos miembros del grupo social.

Uno de estos efectos colaterales perniciosos es el riesgo para terceros inocentes de ser alcanzados, por error judicial, por una medida que es irreversible. Este temor no es producto de la fantasía sino que responde a una realidad tangible. Por ejemplo, el Ministro de Justicia de Alemania Federal declaró ante el Consejo de Europa en 1953 que en el último siglo hubo en su país 27 condenas a muerte producto de errores judiciales¹⁶. Por su parte, el ex secretario del Interior de Gran Bretaña, Chuter Ede, declaró en 1956 que él se había negado a indultar a un condenado a muerte cuya inocencia se demostró luego de su ejecución¹⁷. El peso negativo que esta posibilidad de errores judiciales irreversibles tiene para la justificabilidad moral de la pena de muerte no está dado sólo por la evidente y terrible injusticia involucrada en estos hechos, sino también, desde un punto de vista meramente prudencial de protección de la sociedad, por el daño social constituido por la generación en la población de un temor fundado de ser víctima inocente de tales errores.

Debe también mencionarse entre los efectos colaterales socialmente perniciosos de la pena de muerte el pesado estigma que recae sobre los allegados inocentes de un ejecutado, estigma que es considerablemente mayor que en el caso de otras penas, entre otros factores, por la extensa publicidad que las ejecuciones desencadenan (difícilmente puede pretenderse que esta publicidad sea restringida, ya que los que suponen que la pena de muerte tiene una eficacia preventiva sustancialmente mayor que la de prisión, no pueden dejar de apoyarse en la amplia difusión que merecen las ejecuciones).

Tampoco puede desdeñarse como consecuencia secundaria

¹⁶ Dato mencionado por Glover, *Causing Death and Saving Lives*, p. 234.

¹⁷ Dato tomado de Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, p. 89.

nociva de la aplicación de la pena de muerte la atracción que ejerce en ciertas mentes inestables, en busca de fama y de martirio, la perspectiva de ser el protagonista principal de la gran tragedia que constituye todo proceso por un delito capital. Hay algunas pruebas que parecen demostrar que tal atracción es real, y tales pruebas han motivado el siguiente comentario de Hart: "Al presente, las teorías de que la pena de muerte puede operar como un estimulante, consciente o inconsciente, para cometer homicidio, cuentan con ciertas pruebas detrás de sí. El uso de la pena de muerte por el Estado puede disminuir, no fortalecer, el respeto por la vida. Un gran número de homicidas son mentalmente inestables, y al menos en ellos puede operar como una fuerza de atracción, no de repulsión, el pensamiento de la ejecución, el drama y la notoriedad de un proceso, el aspecto de gladiador que adquiere un homicida luchando por su vida. Hay casos reales de homicidios motivados de ese modo, y las teorías psicológicas que se apoyan en ellos deben contrapesarse con la teoría de que la pena de muerte crea o fortalece nuestra inhibición contra el homicidio"¹⁸.

Hay una frase incidental de este pasaje de Hart que apunta, en realidad, a otro efecto colateral de la pena de muerte cuyos alcances son tal vez más perniciosos que los de las otras consecuencias nocivas que se han mencionado. Hart dice que la pena de muerte puede disminuir y no fortalecer el respeto por la vida. Esto puede ocurrir no sólo en el caso que comenta Hart, de gente mentalmente inestable que busca notoriedad, sino también en muchos otros casos en que la conducta homicida no es fácilmente imputable a una inestabilidad psíquica. La disminución del respeto por la vida puede manifestarse en gente que intenta guiar su conducta por el mismo principio que está subyacente al empleo de la pena de muerte como un medio de protección social: éste es el principio de que es legítimo privar de la vida a alguien cuando con ello se obtienen beneficios sociales que son más importantes que las vidas que se sacrifican.

Si se acude oficialmente, para justificar la pena de muerte, al principio de que la vida de los hombres es un instrumento

¹⁸ Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*, p. 88.

idóneo (con las restricciones que se quiera) para perseguir fines colectivos, tal como la disminución del índice de homicidios, se favorecerá que el principio se difunda en la sociedad como pauta legítima de conducta. La generalización de una actitud instrumentalista hacia la vida de los hombres envuelve un serio riesgo para la paz social, puesto que es inevitable que algunos individuos o grupos juzguen a su manera (con diferentes dosis de irracionalidad, cinismo o confusión mental) que el sacrificio de un cierto número de vidas es un medio necesario y eficaz para alcanzar un objetivo pretendidamente valioso. No es necesario subrayar el hecho de que nuestra civilización sufre actualmente los aterradoros efectos de esta visión de la vida humana.

Es muy posible que el principio de santidad de la vida de los hombres no pueda ser defendido como un principio absoluto que no admite excepción alguna (una posición como, p.ej., el pacifismo radical, probablemente conduce a paradojas insolubles). Sin embargo, hay razones para pensar que debe promoverse (aun por medio del derecho) que el principio en cuestión sea adoptado como una pauta de conducta que sólo admite excepciones en un conjunto muy limitado de circunstancias que puedan ser identificadas con relativa facilidad (tales como las que configuran la situación de legítima defensa).

La necesidad práctica de promover actitudes sociales que concedan a la vida de los hombres una especie de halo de intangibilidad tal vez provea otra justificación (además de la que podría estar fundada en la indisponibilidad de la vida por las razones que veremos en la sección siguiente) para persistir en una política moderadamente restrictiva respecto de actos contra la vida de otro en los que interviene la voluntad del individuo afectado. La interferencia (dentro de ciertos límites que habría que considerar) con tales actos podría, quizá, defenderse sobre la base de que ella promueve el respeto (y, *a fortiori*, muchos menos sin él) para satisfacer fines supuestamente valiosos.

En síntesis, hay razones para cuestionar que la pena de muerte sea un medio racional de protección de la sociedad, no sólo porque no se ha demostrado su superior eficacia preventiva, sino también porque, además del daño social directo que

ella necesariamente implica¹⁹, parece generar efectos colaterales perniciosos que pueden sobrepasar una hipotética ventaja en el poder disuasorio de este tipo de pena. Entre esos efectos hay que destacar el debilitamiento del respeto hacia la vida que genera la difusión de una actitud instrumentalista frente a ella.

De cualquier modo, dada la contingencia de esta respuesta negativa conviene discutir si la pena de muerte satisface la segunda condición para su justificación.

6. ¿PUEDE RENUNCIARSE A VIVIR?

Si la pena de muerte está claramente estipulada para cierta conducta en una ley no retroactiva, si la omisión de la conducta en cuestión no involucra una restricción que sólo sea moralmente aceptable sobre la base del consentimiento del agente, y si un individuo ejecuta voluntariamente esa conducta sabiendo que ella genera como consecuencia jurídica necesaria la potestad del Estado de privarlo de su vida, entonces el individuo consiente tal consecuencia (por más que en el momento de actuar supusiera que ella no sería hecha efectiva). De acuerdo con el desarrollo anterior, ese consentimiento podría justificar moralmente la imposición a un individuo de la pena de muerte, siempre y cuando se satisfagan, además, las condiciones de prudencia racional en la protección de la sociedad que fueron examinadas en la sección anterior.

Sin embargo, en el caso específico de la pena de muerte aparece una seria dificultad que no se presenta con igual gravedad respecto de las otras penas: el consentimiento de un individuo para que sea privado de un bien del que es titular sólo es moralmente relevante cuando el bien en cuestión es un bien disponible, o sea, un bien del que su titular puede renunciar a voluntad.

Pocos negarían que la propiedad es un bien disponible y la

¹⁹ En la apreciación del daño social que presuntamente causaría la abstención de recurrir a la pena de muerte (en contraste con el que causa su imposición) hay que tomar en cuenta las consideraciones del cap. VIII sobre la adscripción de efectos causales a las omisiones.

mayoría aceptaría –aunque, quizá, con algunas reservas importantes– que la libertad también lo es (al fin y al cabo todos renunciamos temporariamente a nuestra libertad de movimientos cada vez que usamos un medio de transporte público). Pero, como es notorio, la renunciabilidad a la vida propia es una cuestión mucho más controvertida.

La controversia no se ha localizado, en general, en torno a la pena de muerte –ya que ésta no se suele asociar, como aquí se lo hace, con el consentimiento de disponer de la propia vida–, sino, principalmente, alrededor del duelo, de la eutanasia voluntaria, de la instigación y ayuda al suicidio, etcétera²⁰.

Se han planteado diversos argumentos para justificar que el Estado interfiera los actos lesivos a la vida en los que está involucrada, directa o indirectamente, la voluntad de la persona afectada.

Algunos de esos argumentos (como los que están relacionados con la dificultad de probar la voluntariedad, el peligro para terceros inocentes, la usurpación de justicia en el duelo, etc.) no implican lisa y llanamente la negación de la facultad de disponer de la propia vida, aunque, en la práctica, conducen a serias restricciones en el ejercicio de esa supuesta facultad. Los argumentos de esta índole no son generalmente aplicables a la pena de muerte, y podrían servir, en consecuencia, para justificar una prohibición de las conductas mencionadas sin que ello sea inconsistente con una justificación consensual de la pena capital. Sin embargo, este tipo de consideraciones, aun cuando son en muchos casos razonables y valederas, tiene una fuerza de convicción limitada para convalidar una prohibición absoluta del duelo, la eutanasia voluntaria, la ayuda al suicidio, etcétera. Las circunstancias en que estos argumentos se basan son tales que dejan abierta la posibilidad de que las conductas en cuestión sean permisibles si se dan ciertas condiciones (tales como pruebas fehacientes de la voluntad del individuo afectado, realización del acto en un ámbito que sea suficientemente

²⁰ Sobre la eutanasia, ver el lúcido artículo de Farrell, Martín D., *La justificación de la pena en los casos de eutanasia. Un análisis ético*, en "Doctrina Penal", ene.-mar., 1983, n° 21.

seguro para terceros, etcétera). Si se pretende, en cambio, defender una prohibición absoluta de esas acciones, el camino más seguro parece ser el de negar la disponibilidad de la propia vida (uno sospecha que los argumentos anteriores son planteados, a veces, como una forma de eludir la defensa explícita de esta última idea, defensa que puede implicar la adopción de ciertos principios morales cuyas consecuencias no siempre parecen aceptables a quienes asumen este punto de vista). Claro está que, si se sostiene que el Estado tiene derecho a interferir actos como los mencionados sobre la base de que nadie puede renunciar a su propia vida, se presenta la dificultad de determinar si el principio del cual se infiere tal prohibición es compatible con la justificación de la pena de muerte.

La indisponibilidad de la propia vida fue muchas veces defendida con el fundamento de que la vida del individuo pertenece al Estado. Esta idea fue el presupuesto que, históricamente, condujo a transitar de la concepción del homicidio como un delito privado reparable a la concepción de acuerdo con la cual se trata de un delito contra el Estado, tránsito que se observa, por ejemplo, con las leyes de Eduardo el Confesor en el siglo xi en Inglaterra²¹. De ser moralmente admisible esta forma extrema de la visión totalitaria de la sociedad civil, se explicaría perfectamente que haya una distinción radical entre la ayuda al suicidio, el duelo y la eutanasia voluntaria; por un lado, y la pena de muerte, por el otro. Esta última sería, como se decía en la memoria de la comisión nazi de reforma al Código Penal alemán, “la afirmación más perfecta, más seria y más solemne de la absoluta supremacía del Estado sobre el individuo”²², mientras que los actos que atentan contra la propia vida podrían ser, coherentemente, considerados como usurpatorios de aquella supremacía estatal. Sin embargo, esta forma de hacer coherente la legitimidad de la pena capital con la prohibición de los actos aludidos no requiere mayor examen en este lugar, ya que, lejos de ser compatible con la justificación consensual de la pena que estamos presuponiendo, ella consti-

²¹ Ver este punto en Stell, L.K., *Dueling*, en “Ethics”, vol. 90, nº 1, p. 17.

²² Citado por Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 370.

tuye una versión exagerada de la concepción utilitarista del castigo estatal, que ha sido aquí cuestionada.

También se ha defendido la indisponibilidad de la vida propia sobre la base del perjuicio para terceros que resulta de la muerte de un individuo, perjuicio que se materializaría con la cesación de la contribución económica, intelectual, afectiva, etc., que un individuo suele prestar a otros y a la sociedad en conjunto. Si se adopta esta línea de argumentación, sólo se puede hacer compatible la prohibición del duelo, la eutanasia voluntaria, etc., con la legitimidad de la pena de muerte si se asume que, mientras la pena de muerte puede eventualmente generar más beneficios que daños para la sociedad, aquellos hechos son generalmente dañosos para terceros en un grado tal que justifica su prohibición jurídica. Sin embargo, dado que la privación de la propia vida involucra, presumiblemente, intereses muy serios del individuo que ha llegado a esa decisión extrema, hay que ser cautelosos en la apreciación de los perjuicios para terceros que deben contrapesarse con esos intereses. Considerando que esos perjuicios derivan de una omisión, debe advertirse que, como vimos en el capítulo VIII, la adscripción causal de efectos nocivos a las omisiones requiere una fuerte expectativa justificada de actuación positiva (cosa que indudablemente se verifica en el caso de abandono de los dependientes inmediatos —en el que es correcto atribuir los perjuicios consiguientes a quien ha dispuesto de su vida—, pero que no puede proyectarse ilimitadamente hacia la sociedad; como decía Hume, “el hombre que se retira de la vida no hace daño a la sociedad; él sólo deja de hacer bien, lo cual, si constituye un perjuicio, lo es sólo de la más ínfima especie”²³). Estas consideraciones sugieren que la presente línea de argumentación no permite hacer una distinción tajante entre el duelo, etc., por un lado, y la pena de muerte ejecutada sobre quien consintió en perder la respectiva inmunidad, por el otro: en ambos tipos de casos la valoración del acto o medida dependerá, según este punto de vista, de un balance que no puede definirse *a priori* en términos genéricos.

²³ Hume, David, *Essay on Suicide*, London, 1783.

Una posición que rechaza la facultad de los individuos de disponer de su propia vida con absoluta independencia de cualquier cómputo de beneficios y perjuicios es la de Kant²⁴. Este filósofo fundamentó esa posición con dos argumentos que corresponden a cada una de las dos primeras formulaciones de su imperativo categórico. En relación con la formulación que exige la universalización de cualquier máxima con que se pretende justificar una cierta acción, Kant sostuvo que la máxima subyacente al suicidio no es universalizable: ella es autocontradictoria como principio general de conducta, pues el suicidio está determinado por un sentimiento egoísta de autoestima cuyo fin no es destruir sino fomentar la vida (o sea que el suicidio frustra el fin del propio sentimiento que lo motiva). En cuanto a la formulación que prescribe considerar a la humanidad como fin en sí misma, Kant arguyó que el que destruye su vida para escapar de una situación desagradable toma a su persona como un mero medio, como si se tratara de una simple cosa. Estos argumentos de Kant distan mucho de ser concluyentes. En primer lugar, parece que puede haber circunstancias en que el suicidio no implique una actitud de desprecio hacia la vida que sea incompatible con el supuesto fin del sentimiento de autoestima (como en el caso de quien se suicida para evitar una muerte cierta a través de terribles torturas). En segundo término, no es claro que sea moralmente relevante si la función "natural" del sentimiento de autoestima es o no la de fomentar la vida (aun si, p.ej., la excitación que acompaña al miedo tuviera la función natural de hacer más ágil la huida, no habría nada objetable si en algunos casos le sirve a alguien para enfrentar con más energía el peligro). También se puede señalar, por último, que no todo suicidio está motivado por un sentimiento de autoestima (no es fácil ver, p.ej., cómo juega ese sentimiento en el caso común de quien se suicida para que su familia cobre un seguro sobre su vida). En relación con el segundo argumento, no es obvio por qué el que decide libremente quitarse la vida está usando su persona como un

²⁴ Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, p. 73, 84 y 85.

mero medio. En todo caso, como lo señala L. K. Stell²⁵, Kant es aquí incoherente pues admite, sobre la base del consentimiento, la legitimidad del duelo determinado por motivos de honor. Podría ser un interesante ejercicio determinar si la pena de muerte aplicada a alguien que consintió en asumir la respectiva responsabilidad penal se parece más al suicidio que al duelo o a la inversa, pero el ejercicio resultará, en definitiva, ocioso si no se pueden determinar diferencias moralmente relevantes entre los dos últimos casos. Kant no ha conseguido, a mi juicio, dar una fundamentación persuasiva de su posición contraria a la disponibilidad de la vida propia, lo que nos impide inferir de esa posición un principio coherente para ser aplicado a las distintas situaciones que estamos considerando.

El argumento más difundido y menos vulnerable a la inquisición filosófica en contra de la facultad individual de renunciar a la propia vida es el argumento teológico de que la vida de los hombres pertenece a su Creador, que es el único que puede disponer de ella. Locke, entre muchos otros, expuso este argumento diciendo que, si bien los hombres tienen una absoluta libertad de disponer de su persona y posesiones como lo crean conveniente, ellos no tienen libertad de destruirse o consentir en ser muertos, ya que "siendo los hombres obra de un Hacedor omnipotente e infinitamente sabio... ellos son la propiedad de Aquel de quien son obra y están hechos para durar tanto como lo disponga Su voluntad y no la de éste o aquel hombre"²⁶. Este argumento fue contestado por Hume en los siguientes términos: "Si la disposición de la vida humana estuviera reservada como provincia exclusiva del Todopoderoso a tal punto que el que los hombres dispusieran de su propia vida constituyese una usurpación de ese derecho, entonces sería tan criminal actuar para la preservación de la vida como para su destrucción. Si yo desví una piedra que está cayendo sobre mi cabeza, perturbo el curso de la naturaleza e invado la provincia exclusiva del Todopoderoso al alargar mi vida más allá del período que Él le ha asignado a través de las leyes genera-

²⁵ Stell, *Dueling*, en "Ethics", vol. 90, n° 1, p. 21.

²⁶ Locke, John, *An Essay Concerning the True Origin, Extent and End of Civil Government*, en Baker, E., ed., "Social Contract", Oxford, 1971, p. 6.

les de la materia y del movimiento”²⁷. Ésta es una complicada controversia que excede ampliamente los límites de este capítulo. Lo que aquí importa es que este argumento teológico en contra de la disponibilidad de la propia vida, cuando va unido a una concepción individualista de la actividad punitiva estatal —tal como la teoría consensual que he expuesto—, implica que la pena de muerte es ilegítima. Esto lo vio claramente Locke cuando sostuvo que el gobierno nunca puede adquirir el derecho de disponer de la vida de los súbditos, ya que, al no tener los mismos individuos esa facultad, no la pueden ceder a otros y tampoco al soberano²⁸; nadie puede transferir un mejor derecho del que tiene. Para eludir esta conclusión, manteniendo la tesis teológica de la indisponibilidad de la propia vida, hay que adoptar una concepción antiindividualista de la sociedad civil y, en especial, de la potestad punitiva estatal, de modo de justificar tal potestad como independiente de los derechos de los individuos que integran la sociedad.

La revisión de estos argumentos nos permite concluir que, si se acepta una justificación consensual de la pena (o, en realidad, cualquier concepción no totalitarista del poder estatal de castigar), difícilmente puede defenderse coherentemente tanto la proscripción del duelo, la ayuda al suicidio, etc., como la legitimidad de la pena de muerte. Si se sostiene que el consentimiento del condenado torna legítima una pena de muerte que es necesaria y eficaz para proteger a la sociedad contra males mayores que los que ella implica, entonces debe restringirse severamente la interferencia estatal en actos contra la vida en los que la voluntad del individuo afectado está involucrada. Si se persiste, en cambio, en considerar legítima la interferencia del Estado con la disposición de la propia vida, ello implica que el consentimiento del interesado es moralmente irrelevante cuando de su vida se trata, y, en consecuencia, que la justificación de la pena de muerte no puede apoyarse en ese consentimiento. Si se admite, además, que el principio más plausible de distribución de medidas punitivas que son idóneas para pro-

²⁷ Hume, *Essay on Suicide*

²⁸ Locke, *An Essay Concerning the True Origin, Extent and End of Civil Government*, en Baker, ed., “Social Contract”, p. 78

teger a la sociedad requiere el consentimiento de los destinatarios, entonces la conclusión inescapable es que la pena de muerte es moralmente ilegítima aun en la hipótesis de que sea un medio necesario y efectivo para proteger a la sociedad contra daños mayores que los que ella envuelve.

La conclusión anterior es de carácter hipotético, no sólo porque está supeditada a la aceptación de la teoría consensual de la pena sino también porque está condicionada a la posición que se adopte respecto de la interferencia estatal en actos de disposición de la propia vida. Éste es un argumento que apela a la coherencia y que, en consecuencia, hace depender la posición que se adopte en materia de pena de muerte, de la que se adopte en materia de suicidio, eutanasia, etc., pero sin abrir juicio sobre la posición que debe adoptarse.

Si se quiere llegar a una conclusión menos relativa debe tomarse en cuenta que, como se ha dicho en el capítulo V, parece implicar la disponibilidad por su propio titular de aun aquellos bienes que son, en general, imprescindibles para la persecución de casi todos los planes de vida que los individuos suelen proponerse, pero que, para un cierto individuo, pueden resultar frustratorios de sus peculiares proyectos personales. Esta conclusión es posible sólo una vez que se toma seriamente en cuenta la voluntad de los individuos, de acuerdo, tal como se vio en el capítulo VII, con lo prescripto por el principio de dignidad de la persona humana.

La disponibilidad en cuestión sería aplicable a *cualquier* bien, incluso a la vida, la integridad física y la libertad de movimientos (esta disponibilidad sólo estaría restringida en las circunstancias que, según vimos en el capítulo anterior, hacen legítimo un paternalismo estatal). Pero hay, sin embargo, un tipo de consideración, insinuada en el capítulo precedente, que puede limitar esa disponibilidad sin menoscabar los principios de autonomía y dignidad de la persona: me refiero a consideraciones basadas en una *teoría de la identidad personal* como la que defiende Derek Parfit, según vimos en el capítulo VI. Recordemos que, para esa teoría la identidad personal es una cuestión de grado y no una circunstancia que se da o no se da en forma tajante, ya que depende, no de una propiedad simple, sino de una continuidad corporal y psicológica a lo largo del

tiempo. Esto permite que, dado que la conexidad entre memorias, intenciones, rasgos de carácter, etc., se puede ir diluyendo a lo largo de la vida de un individuo, tenga sentido hablar de diferentes "yoes" en distintos momentos de esa vida.

Según el mismo Parfit²⁹, y como vimos en el capítulo anterior, una teoría de la identidad personal como la que él defiende podría servir de base para justificar políticas paternalistas, aun en el marco de una sociedad liberal, dado que ellas tenderían a proteger el yo futuro de un individuo (tomando aquí la expresión "individuo" en su sentido usual) contra actos dañinos de su yo presente. Como vimos en el capítulo VI, esto sería sólo una extensión de los principios que rigen relaciones interpersonales, por lo que una limitación de las posibilidades de acción de un individuo no infringiría (tal como se dijo en el capítulo V) el principio de autonomía sino que estaría endosada por él, puesto que tiende a maximizar esta autonomía de un modo que sea compatible con el principio de inviolabilidad de la persona (o sea, de la manera propuesta en el capítulo VIII).

Esto se aplicaría especialmente a aquellos actos de disposición de bienes que son por naturaleza irreversibles: tal es el caso, precisamente, de la disposición de la vida o de ciertos órganos irremplazables, de la cesión perpetua de la libertad personal (como ocurre cuando alguien se vende en esclavitud), etcétera. Aun cuando el yo presente de un individuo juzgue que al disponer de estos bienes realiza en grado máximo un ideal o proyecto personal, un eventual yo futuro, determinado por valoraciones, creencias, actitudes, etc., diferentes, podría sentirse grandemente frustrado por la pérdida de ese bien. En el caso de la disponibilidad de la vida, como es obvio, se impide el surgimiento de ese yo futuro, lo que podría conducir a la conclusión, con todos los problemas que le son inherentes³⁰, de que se produce un daño análogo al del homicidio (¿o al de la contracepción?)

²⁹ Como antes se dijo, estos conceptos fueron expresados por Parfit en un seminario desarrollado en Oxford, durante el Trinity Term de 1975

³⁰ Sobre los problemas para caracterizar el daño implícito en la muerte, ver Nagel, *Death*, en "Mortal Questions".

Aquí se produce una paradoja análoga a la tradicional acerca de la soberanía del Parlamento. En la medida en que se sostiene que el Parlamento es absolutamente soberano, parece que tiene capacidad para autolimitarse, obligando a sus sucesores; pero esto implica que el Parlamento pierde en el futuro su soberanía absoluta. Por el contrario, si se niega al Parlamento la facultad de autoobligarse, se está recortando su soberanía (como es obvio, ésta es la misma paradoja que se ha planteado respecto de la omnipotencia de Dios). En el caso de la autonomía del individuo, se presenta el mismo problema de si esa autonomía incluye o no la facultad de restringirla o abolirla para el futuro, lo que tiene las mismas implicaciones paradójales cualquiera que sea la respuesta.

Respecto de la paradoja de la soberanía del Parlamento, H. L. A. Hart³¹ sostiene que en ella están involucrados dos conceptos de omnipotencia parlamentaria: el concepto de omnipotencia *continuada*, que se extiende sobre todas las cuestiones que no afecten a los Parlamentos posteriores, y el concepto de soberanía *autocomprendida*, que no tiene límites pero que puede agotarse en un solo acto. Yo creo que detrás de esta distinción de Hart hay otra más profunda que él no advierte claramente y que es la misma que hemos visto en el caso de individuos: esto es la distinción entre dos concepciones sobre la *identidad* del Parlamento a lo largo del tiempo. Según una concepción —correspondiente a lo que Parfit denomina “el punto de vista simple de la identidad”—, el Parlamento inglés actual, por ejemplo, es el *mismo* que el de, digamos, 1850. Esta concepción conduce necesariamente a una noción de omnipotencia autocomprendida, ya que la restante noción es autocontradictoria (la limitación que se impone es incompatible con la omnipotencia). De acuerdo con otra concepción —que corresponde a lo que Parfit llama “el punto de vista complejo de la identidad personal”—, el Parlamento a lo largo del tiempo no es más que una *clase de distintos órganos*. Esto conduce necesariamente a la noción de omnipotencia *continuada*, puesto que la máxima capacidad de esa clase de órganos debe estar necesi-

³¹ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, p. 186

riamente distribuida entre los miembros de esa clase que se suceden en el tiempo. Esta distinción acerca de la identidad del Parlamento disuelve la paradoja que plantea la extensión de su soberanía.

El mismo tratamiento es aplicable al caso de la autonomía de los individuos: la restricción de la disponibilidad de ciertos bienes no limita sino que, al contrario, maximiza esa autonomía, de acuerdo con lo prescripto por el principio de inviolabilidad, si es que se adopta un punto de vista complejo de la identidad personal que admite que pueda haber distintas personas a lo largo de una misma vida humana.

Claro está que para que esta tesis tenga una mínima plausibilidad deben tomarse muy en cuenta estas consideraciones. En primer lugar, como se dijo en el capítulo VI, es obvio que la posible discontinuidad entre personas se daría en forma mucho más atenuada a lo largo de una vida que entre distintas vidas, por lo que los presupuestos para afirmar esa discontinuidad deberían ser mucho más estrictos, y resultaría considerablemente más débil el peso relativo de la exigencia de distribución de autonomía que deriva del principio de inviolabilidad de la persona. En segundo lugar, si no se quiere caer en una concepción perfeccionista se debería ser muy cuidadoso, tal como se sugirió en el capítulo X, en tomar en cuenta hipótesis empíricas corroborables acerca de futuras preferencias subjetivas. Esto indica la necesidad de hacer un balance razonable entre la importancia que tiene, en el presente, para los ideales y proyectos del individuo la disposición del bien en cuestión y la probabilidad de que modifique en un futuro esos ideales y proyectos, computando el grado de reversibilidad de tal disposición y el grado de importancia de la posesión del bien para un eventual futuro proyecto.

No obstante la controvertibilidad de este enfoque de la identidad personal, él parece proporcionar una vía para limitar la disponibilidad de algunos bienes en el marco de una concepción liberal de la sociedad como la que se defiende en este libro. Si ese enfoque se admitiera, él implicaría que no hay posibilidad de consentir válidamente la privación de esos bienes.

Sin embargo, tal vez haya todavía una razón más profunda —porque está conectada con la estructura misma de la justifica-

ción moral— para excluir la legitimidad moral de la supresión de vidas. Tal vez es posible articular esa razón prestando atención a estas conmovedoras palabras de George Orwell³² sobre una ejecución que presencié:

“Es curioso, pero hasta ese momento nunca advertí lo que significa destruir a un hombre saludable y consciente. Cuando vi al condenado dar un paso al costado para evitar un charco, percibí el misterio, la inefable maldad de interrumpir la vida de un hombre cuando está en pleno desarrollo. Ese hombre no se estaba muriendo, estaba vivo como nosotros. Todos los órganos de su cuerpo estaban funcionando... Él y nosotros éramos una partida de hombres caminando juntos, viendo, oyendo, sintiendo, comprendiendo el mismo mundo; y en dos minutos, con un súbito chasquido, uno de nosotros se iría, una mente menos, un mundo menos”.

Aquí quizá se esconde el germen de un argumento decisivo para condenar moralmente a la pena capital: el que señalaría que esta pena, al suprimir una mente, suprime un punto de vista que las reglas procedimentales del discurso moral prescriben tomar en cuenta. Podemos llegar a la conclusión de que ciertos intereses de un sujeto no deben moralmente ser satisfechos, pero no podemos descontar intereses destruyendo a los sujetos de tales intereses. De este modo, la vida consciente tiene un *status* especial respecto de los demás bienes que, según el principio de autonomía, constituyen el contenido de derechos: la vida consciente es una precondition para que exista un punto de vista y el principal aspecto de la exigencia de imparcialidad presupuesta en el discurso moral es el de tomar en cuenta todos los puntos de vista relevantes. Esto implica que no podemos manipular el universo del discurso moral mediante el simple expediente de suprimir puntos de vista. Las soluciones moralmente aceptables son, como vimos en el capítulo III, aquellas que serían aceptables desde el punto de vista de cada persona si fuera suficientemente imparcial, racional y conociera todos los hechos. Aunque un sujeto, en esas condiciones, llegara a aceptar que la pena de muerte se aplique contra él, y aunque la muerte, alcanzada de ésta u otra forma, hasta puede

³² Orwell, George, *A Hanging*, London, Adelphi, 1931, citado por Glover, “Causing Death and Saving Lives”, p. 228.

ser coherente con su propia concepción del bien, los demás sujetos morales no deben cooperar para suprimir a uno más frente a quien deberían continuar justificándose en el futuro; ello implicaría limitar las bases de justificación de su futura conducta. La misma relativa incertidumbre del conocimiento moral que sólo se supera parcialmente, como vimos en el capítulo IX, mediante una discusión continua entre todos los interesados, abona la ilegitimidad de excluir irrevocablemente de ella a alguien que podría haber luego demostrado que nuestra conclusión por la cual lo excluimos era, al fin y al cabo, moralmente incorrecta. Esto otorga a la vida una intangibilidad que está más allá de su relativa indisponibilidad o de la inconveniencia, por razones de beneficio social, de promover hacia ella actitudes instrumentalistas.

Pero la valoración de este eventual argumento requeriría una articulación mucho más precisa de los presupuestos del discurso moral que la que se ha ensayado en este libro.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis, *On Legal Reasoning*, Helsinki, 1977.
- Ackerman, Bruce A., *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, 1980.
- Alchourrón, Carlos E. - Bulygin, Eugenio, *Deontic Truth and Values*, en "Essays in Legal Theory in Honour of Kaarle Makkonen", XVII Oikeustiede Jurisprudentia, 1983.
- *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1974.
- *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1979.
- Apel, K. O., *The Transformation of Philosophy*, London.
- Aristotle, *The Nichomachean Ethics*, tr. D. Ross, 1925.
- Arrow, Kenneth, *Social Choice and Individual Values*, New York, 1963.
- Austin, J. L., *Is and Cans*, en "Proceedings of British Academy", 1956.
- Ayer, A. J., *Lenguaje, verdad y lógica*, tr. R. Resta, Bs. As., Eudeba, 1965.
- Axelrod, Robert, *The Evolution of Cooperation*, New York, 1984.
- Baier, K., *The Moral Point of View*, New York, 1965.
- Baker, E., ed., *Social Contract. Essays by Locke, Hume, Rousseau*, Oxford, 1971.
- Benn, S. J. - Peters, R. S., *Social Principles and the Democratic State*, London, 1959.
- Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, eds. J. H. Burns y H. L. A. Hart, London, 1970.
- Bloom, Allan, *The Closing of the American Mind*, New York, 1987.
- Brandt, Richard B., *A Theory of the Right and the Good*, Oxford, 1979.
- Bulygin, Eugenio - Farrell, Martín D. - Nino, Carlos S. - Rabossi, Eduardo A., comps., *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983.
- Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, tr. J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Bogotá, Temis, 1973.
- Carrió, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968.
- Cohen, Brenda, *Three Ethical Fallacies*, en "Mind", ene. 1977, vol. LXXXVI, n° 341.

- Collison, D., *The Free Will Problem*, Bletchley, 1973.
- Condorcet, marqués de, *Essai sur l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Paris, 1985.
- Copleston, F. C., *El pensamiento de Santo Tomás*, tr. E. C. Frost, México, 1960.
- Cranston, Maurice, *What Are Human Rights*, London, 1973.
- Daniels, Norman, comp., *Reading Rawls*, Oxford, 1975.
- Davidson, Donald, *Actions, Reasons and Causes*, en White, A., comp., "The Philosophy of Action", Oxford, 1968.
- *Intending*, en "Essays on Actions and Events", Oxford, 1982.
- Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1979.
- Doré, R. P., *Functions and Causes*, en Ryan, A., comp., "The Philosophy of Social Explanation", Oxford, 1973.
- Downs, A., *An Economic Theory of Democracy*, New York, 1957.
- Dworkin, Gerald, *Paternalism*, en Wasserstrom, R., comp., "Morality and the Law", Belmont, California, 1971.
- Dworkin, Ronald, *Hard Cases*, en "Taking Rights Seriously", Cambridge, 1977.
- *Law's Empire*, Cambridge, 1986.
- *Liberalism*, en Hampshire, S., comp., "Public and Private Morality", Cambridge, 1971.
- *The Original Position*, en Daniels, N., comp., "Reading Rawls", Oxford, 1975.
- *What is Equality*, en "Philosophy & Public Affairs", 1981, vol. 10, nº 3 y 4.
- *What Justice Isn't*, en "A Matter of Principle", Cambridge, 1985.
- Edwards, P., dir., *The Encyclopedia of Philosophy*, London, 1972.
- Ezorsky, Gertrude, comp., *Philosophical Perspectives on Punishment*, New York, 1972.
- Farrell, Martín D., *La democracia liberal*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1988.
- *La justificación de la pena en los casos de eutanasia. Un análisis ético*, en "Doctrina Penal", ene.-mar. 1983, nº 21.
- *Utilitarismo. Ética y política*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983.
- Feinberg, J., *Harman Self-Interest*, en "Philosophy & Public Affairs", 1982, vol. 11, nº 2.
- *Social Philosophy*, New Jersey, 1973.
- *The Nature and Value of Rights*, en Lyons, D., comp., "Rights", Belmont, California, 1979.
- *The Rights of Animals and Unborn Generations*, en "Rights, Justice and the Bounds of Liberty", 1980.
- Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980.
- Fishkin, James S., *The Limits of Obligation*, New Haven, 1982.
- Fitzgerald, P. J., *Acting and Refraining*, en "Analysis", 1967, vol. XXVII, p. 331.
- Foot, Philippa, *The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect*, en "The Oxford Review", 1967.

- Frankena, W. K., *Ethics*, New Jersey, 1973.
- Gauthier, David R., *Morality and Advantage*, en Raz, J., comp., "Practical Reasoning", Oxford, 1978.
- *Morals by Agreement*, Oxford, 1986.
- Gewirth, Alan, *Reason and Morality*, Chicago, 1978.
- Gilligan, Carol, *From a Different Voice*, Cambridge, 1982.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática penal?*, Salamanca, 1971.
- Glover, Jonathan, *Causing Death and Saving Lives*, Harmondsworth, 1977.
- *Responsibility*, London, 1970.
- Goldman, Alan, *The Paradox of Punishment*, en "Philosophy & Public Affairs", 1979.
- Goldman, Alvin I., *A Theory of Human Action*, Princeton University Press, 1970.
- Grofman, Bernard - Owen, Guillermo - Scott Feld, *Thirteen Theorems in Search of Truth*, en "Theory and Decision", 1983, 15, p. 261-278.
- Guariglia, Osvaldo, *¿Qué democracia?*, en "Punto de Vista", abr.-jun. 1983, año VI, n° 17.
- Gutman, Amy, *Communitarian Ethics*, en "Philosophy & Public Affairs", 1985, vol. 14, n° 3.
- Habermas, Jürgen, *Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación*, en "Conciencia moral y acción comunicativa", tr. R. García Cota-relo, Barcelona, 1985.
- *The Theory of Communicative Action*, Boston, 1981.
- Hacker, P. M. S. - Raz, J., comps., *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, 1977.
- Haksar, Vinit, *Liberty, Equality and Perfectionism*, Oxford, 1979.
- Hampshire, Stuart, *Morality and Conflict*, Oxford, 1983.
- Hampshire, Stuart, comp., *Public and Private Morality*, Cambridge, 1971.
- Hare, R. M., *Freedom and Reason*, Oxford, 1963.
- *Moral Thinking*, Oxford, 1981.
- *Rawls' Theory of Justice*, en Daniels, N., comp., "Reading Rawls", Oxford, 1975.
- *The Language of Morals*, Oxford, 1982 (versión castellana *El lenguaje de la moral*, tr. G. R. Carrió y E. A. Rabossi, México, Unam, 1975).
- Harman, Gilbert, *The Nature of Morality*, New York, 1977.
- Harris, John, *Violence and Responsibility*, London, 1980.
- Hart, H. L. A., *Bentham on Legal Rights*, en Lyons, D., comp., "Rights", Belmont, California, 1979.
- *Between Utility and Rights*, en Ryan, A., comp., "The Idea of Freedom. Essays in Honour of Isaiah Berlin".
- *Law, Liberty and Morality*, Oxford, 1963.
- *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1973.
- *The Concept of Law*, Oxford, 1961 (versión castellana *El concepto de derecho*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1963).

- Hart, H. L. A. - Honoré, A. M., *Causation in the Law*, Oxford, 1959.
- Haworth, Lawrence, *Autonomy and Utility*, en "Ethics", oct. 1985, vol. 95, n° 5.
- Hayek, F. A., *Law, Legislation and Liberty*, London, 1979.
- Hegel, Georg W. F., *Philosophy of Right*, tr. T. M. Knox, New York, 1977.
- Hill, Thomas E., *Humanity as an End in Itself*, en "Ethics", oct. 1980, vol. 91, n° 1.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*, ed., Michael Oakeshott, London, 1977.
- Hodgson, D. H., *Consequences of Utilitarianism*, Oxford, 1967.
- Hoerster, Norbert, *Rechtsethik ohne Metaphysik*, en "Juristenzeitung", 16/4/82, versión castellana de E. Garzón Valdés, *Ética jurídica sin metafísica*, a publicarse en "Sistema".
- Hohfeld, W. N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1968.
- Honderich, Ted, *Punishment. The Supposed Justifications*, London, 1976.
- Honderich, Ted, comp., *Essays on Freedom of Action*, London, 1973.
- Hume, David, *Enquires Concerning Human Understanding*, ed. P. H. Nidditch, Oxford, 1975.
- *Essay on Suicide*, London, 1783.
- Hunt, L. G., *Heroin Epidemics. A Quantitative Study of Current Empirical Data*, 1973.
- James, Susan, *The Duty to Relieve Suffering*, en "Ethics", octubre 1982, vol. 93, n° 1.
- Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Losada, 1965, t. III.
- Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, tr. M. García Morente, Madrid, 1977.
- Kauka, Gregory S., *The Paradox of Future Individuals*, en "Philosophy & Public Affairs", 1982, vol. 11, n° 2.
- Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, tr. E. Garzón Valdés, Córdoba, Argentina, 1956.
- *Teoría general del derecho y del Estado*, tr. E. E. García Maynez, México, 1950.
- *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., tr. R. Vernengo, México, 1979.
- Kenny, Anthony, *Freedom, Spontaneity and Indifference*, en Honderich, T., comp., "Essays on Freedom of Action", London, 1973.
- *Will, Power and Freedom*, Oxford, 1975.
- Kohlberg, Lawrence, *The Philosophy of Moral Development*, San Francisco, 1981.
- Lajugie, Joseph, *Los sistemas económicos*, tr. Ida D. de Guerrero, Bs. As., Eudeba, 1960.
- Lo, Ping-Cheung, *A Critical Revaluation of the Alleged "Empty Formalism" in Tiantian Ethics*, en "Ethics", 1981, vol. 91.
- Locke, Don, *Beliefs, Desires and Reasons for Actions*, en "American Philosophical Quarterly", jul. 1982, vol. 19, n° 3.

- Locke, John, *An Essay Concerning the True Origin, Extent and End of Civil Government*, incluido en E. Baker, ed., "Social Contract", Oxford, 1971.
- *Ensayo sobre el gobierno civil*, tr. A. Lázaro Ros, Madrid, 1969.
- Lomasky, Loren, *Persons, Rights, and the Moral Community*, Oxford, 1987
- Lukes, S., *Methodological Individualism Reconsidered*, en Ryan, A., comp., "The Philosophy of Social Explanation", Oxford, 1973.
- Lyons, D., *Nature and Soundness of the Contract and Coherence Arguments*, en Daniels, N., comp., "Reading Rawls", Oxford, 1975.
- *Rights, Claimants and Beneficiaries*, en Lyons, D., comp., "Rights", Belmont, California, 1979.
- Lyons, D., comp., *Rights*, Belmont, California, 1979.
- Maccormick, D. N., *Rights in Legislation*, en Hacker, P. M. S. y Raz, J., comps., "Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart", Oxford, 1977.
- MacIntyre, Alasdair, *After Virtue*, Notre Dame, Ill., 1981.
- *Historia de la ética*, tr. R. I. Walton, Bs. As., 1970.
- *Is Patriotism a Virtue?*, The Linley Lecture, University of Kansas, Department of Philosophy, 1984.
- Mac Iver, R. M., *The Web of Government*.
- Mackie, J. L., *Can There Be a Right-Based Moral Theory?*, en "Midwest Studies in Philosophy", Illinois, 1978.
- *The Cement of the Universe. A Study of Causation*, Oxford, 1974.
- Malamud Goti, Jaime, *Cuestiones relativas a la objeción de conciencia*, en Bullygin, E. - Farrell, M. D. - Nino, C. S. - Rabossi, E. A., comps., "El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1983.
- Martin, R. - Nickel, J. W., *Recent Work on the Concept of Right*, en "American Philosophical Quarterly", jul. 1980, vol. 17, n° 3.
- Marx, Karl, *El capital*, Moscú, 1961.
- Mill, John S., *On Liberty*, en Wasserstrom, Richard A., comp., "Morality and the Law", Belmont, California, 1971.
- Montefiore, Alan, comp., *Philosophy and Personal Relations*, London, 1973.
- Moore, G. E., *Ethics*, Oxford, 1966.
- Mortimore, G. D., comp., *Weakness of the Will*, London, 1971.
- Nagel, Thomas, *A View from Nowhere*, Oxford, 1986.
- *Death*, en "Mortal Questions", Cambridge, 1979.
- *Equality*, en "Mortal Questions", Cambridge, 1979.
- *Moral Conflict and Political Legitimacy*, en "Philosophy & Public Affairs", 1987, vol. 16, n° 3.
- *Mortal Questions*, Cambridge, 1979.
- *The Fragmentation of Value*, en "Mortal Questions", Cambridge, 1979.
- *The Possibility of Altruism*, Oxford, 1975.
- Nelson, William, *On Justifying Democracy*, London, 1980.
- Nino, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1980.

- *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, 1974.
- *Dworkin and Legal Positivism*, en "Mind", oct. 1980, vol. LXXIX, n° 356.
- *El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica*, en Buluygin, E. - Farrell, M. D. - Nino, C. S. - Rabossi, E. A., comps., "El lenguaje del derecho. Ensayos en homenaje a Genaro R. Carrió", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1982.
- *El voto obligatorio*, en "Segundo dictamen sobre la reforma constitucional", Bs. As., Consejo para la consolidación de la democracia, 1987.
- *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Bs. As., Eudeba, 1987.
- *Introducción al análisis del derecho*, Bs. As., Astrea, 1980.
- *La fundamentación de la legítima defensa*, en "Doctrina Penal", 1979, n° 6.
- *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, Bs. As., Astrea, 1982.
- *Los conceptos de derecho*, en "Crítica", ago., 1981, vol. XIII, n° 38.
- *Los límites de la responsabilidad penal*, Bs. As., Astrea, 1980.
- *¿Quién le teme al aspecto interno de la praxis humana?*, en "Análisis filosófico", por aparecer.
- *Razones y prescripciones*, en "Análisis filosófico", 1981, n° 1.
- *Un caso de conciencia*, en "Doctrina Penal", 1983, p. 315.
- Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974.
- *Philosophical Explanations*, Oxford, 1981.
- Parfit, Derek, *Future Generations: Further Problems*, en "Philosophy & Public Affairs", 1982, vol. 11, n° 2.
- *Later Selves and Moral Principles*, en Montefiore, A., comp., "Philosophy and Personal Relations", London, 1973.
- *Reasons and Persons*, Oxford, 1984.
- Peces-Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales. I. Teoría general*, Madrid, 1973.
- Pigou, A. C., *Socialismo y capitalismo comparados*, tr. M. Sacristán y M. Pastor, Barcelona, 1971.
- Platón, *Eutifrón o de la piedad*, 10 ed., tr. J. A. Míguez, Bs. As., 1980.
- *Protagoras*, tr. W. K. C. Guthrie, Harmondsworth, 1956.
- Popper, Karl R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, tr. E. Loedel, Bs. As., 1967.
- Quincey, Thomas de, *Confesiones de un opiómano inglés*, tr. L. M. Gassó, Bs. As., 1978.
- Quine, W. V. O., *Two Dogmas of Empiricism*, en "From a Logical Point of View", New York, 1963.
- Rabossi, Eduardo A., *El Círculo de Viena y la filosofía práctica*, en "Manuscritos", vol. V, n° 1, 1981.
- *La justificación moral del castigo*, Bs. As., Astrea, 1976.
- *Relativismo: diversidad de sistemas morales y conducta racional*, en "Cuadernos de Filosofía", jul.-dic. 1970, año X, n° 14.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford, 1971.
- *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, en "Philosophy & Public Affairs", Summer 1985, vol. 14, n° 3.

- *Kantian Constructivism in Moral Theory*, en "The Journal of Philosophy", set. 1980, vol. LXXVII, nº 9.
- *Social Unity and Primary Goods*, en Sen, A. - Williams, B., comps., "Utilitarianism and Beyond", Cambridge, 1982.
- Raz, Joseph, *Autoridad y consentimiento*, tr. M. D. Farrell y C. S. Nino, en Bulygin, E. - Farrell, M. D. - Nino, C. S. - Rabossi, E. A., comps., "El lenguaje del derecho. Ensayos en homenaje a Genaro R. Carrió", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1982.
- *La autoridad del derecho*, tr. R. Tamayo y Salmorán, México, 1982.
- *Principles of Equality*, en "Mind", jul. 1978, vol. LXXVII, nº 347.
- *The Morality of Freedom*, London, 1986.
- Raz, Joseph, comp., *Practical Reasoning*, Oxford, 1978.
- Richards, David A., *A Theory of Reasons for Action*, Oxford, 1971.
- Rorty, Richard, *Postmodern Bourgeois Liberalism*, en "The Journal of Philosophy", 1983, p. 583-589.
- Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., Eudeba, 1963.
- *Why Democracy?*, Cambridge, Mass., 1952.
- Rousseau, Jean-Jacques, *The Social Contract*, en E. Baker, ed., "Social Contract", Oxford, 1971.
- Ryan, A., comp., *The Idea of Freedom. Essays in Honour of Isaiah Berlin*.
- *The Philosophy of Social Explanation*, Oxford, 1973.
- Sandel, Michael J., *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, 1982.
- Scanlon, Thomas, *Contractualism and Utilitarianism*, en Sen, A. - Williams, B., comps., "Utilitarianism and Beyond", Cambridge, 1982.
- *Preference and Urgency*, en "The Journal of Philosophy", 1975, vol. LXXII, nº 19.
- *Rights, Goals and Fairness*, en Hampshire, S., comp., "Public and Private Morality", Cambridge, 1971.
- Scheffler, Samuel, *The Rejection of Consequentialism*, Oxford, 1982.
- Sen, Amartya, *Collective Choice and Social Welfare*, San Francisco, 1970.
- Sen, Amartya - Williams, Bernard, comps., *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, 1982.
- Shue, Henry, *Basic Rights*, Princeton, 1980.
- Singer, Peter, *Animal Liberation*, New York, 1975.
- *Democracy and Disobedience*, Oxford, 1973.
- *Practical Ethics*, Cambridge, 1979.
- *The Expanding Circle. Ethics and Sociobiology*, New York, 1982.
- Soler, Sebastián, *Estructuras objetivas y figuras jurídicas*, en "Derecho comparado", Bs. As., 1977, nº 1.
- Spector, Horacio, *Un enfoque aristotélico de la responsabilidad moral*, por aparecer.
- Stell, L. K., *Dueling*, en "Ethics", vol. 90, nº 1.
- Strawson, Peter F., *Freedom and Resentment*, en "Freedom and Resentment and Others Essays", London, 1974.

- Taylor, Charles, *Hegel*, Cambridge, 1977.
- *What's Wrong With Negative Liberty*, en Ryan, A., comp., "The Idea of Freedom. Essays in Honour of Isaiah Berlin".
- Taylor, Richard, voz *Determinism*, en Edwards, P., dir., "Encyclopedia of Philosophy", New York, 1967, vol. 1-2.
- Trammell, Richard L., *Saving and Taking Life*, en "The Journal of Philosophy".
- UNSDRI (UN-Instituto de Investigación en Defensa Social), *Investigating Drug Abuse*, Roma, UNSDRI, 1976.
- Walzer, Michael, *Philosophy and Democracy*, en "Political Theory", ago. 1981, vol. 9, nº 3.
- *Spheres of Justice*, Princeton, 1983.
- Warnock, G., *The Object of Morality*, London, 1971.
- Wasserstrom, Richard J., comp., *Morality and the Law*, Belmont, California, 1971.
- White, A., comp., *The Philosophy of Action*, Oxford, 1973.
- White, M., *What Is and What Ought To Be Done*, Oxford, 1981.
- Williams, Bernard, *Ethics and the Limits of Philosophy*, London, 1985.
- *Moral Luck*, Cambridge, 1981.
- Wilson, E. O., *Sociobiology: The New Synthesis*, Cambridge, Mass., 1975.
- Wolf, Susan, *Moral Saints*, "The Journal of Philosophy", ago. 1982, vol. LXXIX, nº 8.
- Wolff, R. P., *Understanding Rawls*, New Jersey, 1977.
- Wright, G. H. von, *Norma y acción*, tr. P. García Ferrero, Madrid, 1970.

ÍNDICE ALFABÉTICO

(los números remiten a las páginas)

A

Aarnio, Aulis: 57 y ss., 73, 92.
acción
razones para la: 141, 142.
voluntaria: 272.
Ackerman, Bruce: 44, 91, 103, 389, 415.
actos
supererogatorios: 318, 319.
y omisiones, doctrina de los: 317, 318, 320.
actuar y omitir: 318 y ss.
adscripción de responsabilidad, naturaleza de la: 273.
Alchourrón, Carlos E.: 120, 121, 331.
animales como personas morales: 360.
Apel, K. O.: 91.
argumentos retorsivos: 233.
Aristóteles: 431.
Arrow, Kenneth: 372.
asunción de responsabilidad: ver *Responsabilidad*.
Austin, J. L.: 272.
autenticidad moral: 402, 404, 405.
autoconciencia: 253, 359.
autointerés: 63, 143, 144.
autonomía: 185, 343.
grado de: 221.
valor de la: 210, 214, 221, 222.
ver también: *Principio de autonomía*.

autoridad: 99.
autorreferente: ver *Moral personal*.
Axelrod, Robert: 68.

B

Baier, K.: 91.
beneficios
agregativos: 35.
individualizados: 34.
Benn, S. I.: 376, 387.
Bentham, Jeremy: 18, 28, 317, 333.
bien
común: 261, 262, 312, 435, 436.
concepción del: 211.
hedonista del: 211.
bienes y recursos
control de: 350.
intercambio de: 350.
Bloom, Allan: 181, 193, 213.
Brandt: 227.
bueno, concepción de lo: 209.
Bulygin, Eugenio: 120, 121.

C

carácter moral: 278.
causación
carácter normativo de la: 334 y ss.
causalidad: 269 y ss., 327 y ss.
ciencia jurídica: 21
Círculo de Viena: 51.
circunstancias
básicas de la vida humana: 96.

de justicia: 96.
 coacción: 99, 447.
 Cohen, Brenda: 403.
 colectivismo: 247 y ss.
 compatibilismo: 272.
 compensación: 307.
 por pérdida de la autonomía: 307.
 comunidad: 131, 137, 138, 191 y ss.
 inmersión en: 138.
 pertenencia a una: 131.
 voluntarias: 418.
 y sociedad liberal: 192.
 comunitarismo: 129 y ss.
 ofensiva del: 130.
 concepciones de lo bueno, pluralidad de: 180.
 concepto
 de derecho moral, reconstrucción del: 31 y ss.
 densos: 140, 166, 168.
 "guiadores del mundo": 140, 168, 169.
 "guiados por el mundo": 140, 169.
 conceptualismo: 92.
 conciencia moral: 5.
 Conferencia Hart: 152.
 Conferencias Dewey: 148.
 conflictos
 de derechos: 305 y ss.
 sociales: 99, 100, 101.
 consecuencialismo: 336, 337.
 consecuencias normativas, adscripción de: 290.
 consenso: 109, 114, 125, 230, 267.
 sobrepuesto: 152, 163.
 consentimiento: 291 y ss., 310.
 alcance del: 291.
 efectivo: 310.
 expreso: 310.
 hipotético o presunto: 310, 311, 312.
 manifestaciones de: 285.
 tácito: 310.
 Constitución Nacional
 art. 18: 426.
 art. 19: 202, 223, 408, 426.
 constructivismo: 129.
 ético: 91 y ss.

kantiano: 138.
 ontológico: 389.
 contractualismo: 418.
 convencionalismo: 57, 61.
 moral: 57 y ss.
 convicciones: 144.
 cooperación: 99.
 y autointerés: 64, 65.
 corporativismo: 398, 399.
 creencias: 276, 288, 289.

D

daño: 430, 440.
 ver también *Perjuicio a terceros*.
 Davidson, Donald: 83, 232.
 deberes morales y obligación moral: 37, 38.
 debilidad de voluntad: 416, 431.
 decisiones: 289, 290.
 Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano: 2, 223, 426.
 Declaración universal de derechos humanos: 2.
 democracia: 263, 367, 370.
 como expresión de soberanía popular: 371 y ss.
 concepciones consecuencialistas: 383.
 economicistas: 384.
 justificación contractualista: 383.
 justificaciones corrientes de la: 371 y ss.
 valor epistemológico de la: 397, 417.
 y consentimiento: 377.
 y discurso moral: 387 y ss.
 derecho
 como ausencia de prohibiciones: 26.
 como correlato de obligaciones de otros: 27.
 como demanda: 28.
 como inmunidad: 29.
 como permisión directa: 26.
 moral: 31.
 natural: 15 y ss.
 obligación moral de obedecer el: 400.
 subjetivo: 25, 31.

e intereses: 34.
y manifestaciones de voluntad: 34.
derechos
alcance de los: 305 y ss.
negativo y positivo: 314 y ss.
básicos: 47.
clásicos y nuevos: 348 y ss.
conflictos de: 305 y ss.
humanos
como derechos morales: 14 y ss.
como esencias inobservables: 12.
como instrumentos creados por el hombre: 1, 6.
como límite a la persecución de objetivos sociales: 35.
concepto de: 11 y ss.
fundamentales: 40.
rasgos distintivos: 40 y ss.
status normativo: 25 y ss.
y voluntad de sus titulares: 267, 268.
individuales: 31 y ss.
alcance: 305.
básicos: 199, 307.
función principal: 261.
y bien común: 261.
morales básicos: 20.
beneficiarios de los: 356 y ss.
relevancia para la teoría y práctica jurídicas: 20 y ss.
status normativo: 25.
negativos: 315.
positivos: 315.
subjetivos: 25 y ss.
deseos: 78, 276.
desobediencia civil: 407.
determinismo: 273.
normativo: 199, 282.
tipos de: 269 y ss.
Devlin, Lord: 203.
dignidad de la persona: ver *Principio de dignidad de la persona*.
dimensión discursiva de lo moral: 103, 107.
dinámica de los derechos: 293.
Dios: ver *Voluntad divina*.
directivas: 81.

discurso moral: 103, 175, 177, 230.
aspectos estructurales: 108 y ss.
compromiso mínimo del: 231, 232.
condición de operatividad del: 231.
condiciones de preeminencia del: 231.
e instituciones liberales: 163.
estructura del: 107, 108.
evolución del: 108.
práctica del: 112, 125, 166.
procedimiento del: 104 y ss.
regla básica del: 230, 231.
y democracia: 388.
y principio de dignidad de la persona: 298 y ss.
ver también *Dimensión discursiva de lo moral*.
distribución, problemas de: 243, 244.
dogmatismo ético: 6.
drogas, punición del consumo de: 420 y ss.
Dworkin, Gerald: 432.
Dworkin, Ronald: 54, 156, 157, 158, 204, 310, 350, 352.

E

economía
de mercado: 353.
del bienestar: 344.
sistemas: 349 y ss.
educación: 414.
emotivismo: 56.
entidades colectivas o supraindividuales: 364.
enunciados contrafácticos: 118.
equilibrio reflexivo: 105, 144, 200.
escepticismo ético: 6, 19, 49 y ss.
optimista: 57 y ss.
raíces del: 73 y ss.
espectador imparcial: 113.
estado de necesidad: 313.
Estado gendarme: 314.
estupefacientes, tenencia para consumo personal: ver *Punición del consumo de drogas*.
ética
analítica o metaética: 56.
del autointerés: 63 y ss.

descriptiva: 55.
 normativa: 56.
 sociológica: 55.
 sustantiva: 56.
 etnocentrismo: 161.
 eutanasia: 467.
 excusas: 275, 276.

F

falacia
 relativista: 402.
 seudopositivista: 402.
 Farrell, Martín D.: 314, 383.
 Feinberg, J.: 29.
 filosofía política, tarea práctica de la:
 151.
 Finnis, John: 233.
 Fishkin, James S.: 355.
 Foot, Philippa: 318.
 formalismo: 92.
 Frankena, W.: 91, 113.
 fraternidad: 157.
 obligaciones de: 157.
 vínculos de: 157.
 función de los derechos: 292 y ss.

G

Gauthier, David: 69, 242.
 generaciones futuras: 2, 62, 363.
 generalidad de los principios morales:
 110.
 Gewirth, Alan: 91, 232.
 Gilligan, Carol: 138.
 Glover, Jonathan: 2, 79, 188, 320 y ss.
 Goldman, Alvin: 276.
 gradualidad del predicado "hombre":
 43, 44.
 Gutman, Amy: 167.

H

Habermas, Jürgen: 91, 388, 389.
 Haksar, Vinit: 206, 207, 208, 210.
 Hampshire, Stuart: 141.
 Hare, R. M.: 83, 91, 114, 144, 431.
 Harman, Gilbert: 61, 115.
 Harris, John: 188.

Hart, H. L. A.: 97, 203, 316, 328,
 335, 461.
 Haworth, Lawrence: 227.
 Hayek, F. A.: 343.
 Hegel, G. W. F.: 130 y ss.
 Hobbes: 91, 196, 272.
 Hodgson, D. H.: 293.
 Hoerster, Norbert: 63 y ss.
 Hohfeld, W. N.: 25.
 holismo: 199.
 colectivista: 247.
 hombre, concepto de: 44.
 Honderich, Ted: 2, 72.
 Honoré, A. M.: 328 y ss., 335.
 Hume, David: 55, 113, 114, 272, 471.
 Hunt, L. G.: 421.

I

ideales personales: 229.
 identidad personal: 243, 363.
 como continuidad corporal y psico-
 lógica: 473.
 identificación del sistema jurídico:
 21.
 igualdad: 221.
 Iluminismo: 130, 137, 166.
 imparcialidad: 185, 188.
 imperativo: ver *Directivas*.
 categórico: 316.
 ver también *Kant*.
 impuesto
 a la herencia: 352.
 a las ganancias: 354.
 inclinaciones: 278.
 indeterminaciones
 morales: 120, 121, 122.
 normativas: 21.
 indisponibilidad de la propia vida: 468
 y ss.
 individualismo: 246 y ss.
 intereses: 256, 260, 398, 399.
 interferencia estatal
 justificación de la: 367 y ss.
 límites de la: 413 y ss., 447 y ss.
 intuicionismo: 118.
 inviolabilidad: ver *Principio de invio-
 labilidad de la persona*.
 iusnaturalismo: 14 y ss.

J

- juez, obligación moral de obedecer el derecho: 404.
- juicios
 - analíticos: 11.
 - de adhesión normativa: 23.
 - de valor: 73, 83.
 - éticos, cognoscibilidad de los: 19.
 - morales
 - como directivas: 81.
 - concepción prescriptiva: 82 y ss.
 - justificabilidad de los: 75, 77.
 - verdad y completitud: 117 y ss.
 - y deseos: 77.
 - y voluntad divina: 75.
 - reflexivos: 144.
 - sintéticos: 11.
 - valorativos o normativos: 12.
- justicia
 - del sistema de prohibiciones: 294.
 - prioridad de la: 132, 133, 178.
- justificabilidad de juicios morales basada en deseos: 77.
 - en hechos: 73.
 - en voluntad divina: 75.
- justificación: 274.
 - de la pena: ver *Pena*.
 - final de la conducta: 20, 24.
 - moral: 125, 162.
 - pública: 161.

K

- Kant: 91, 104, 109, 132, 166, 230, 239, 470.
- Kauka, Gregory: 363.
- Kelsen, Hans: 25, 52 y ss.
- Kenny, Anthony: 276.
- Kohlberg, Lawrence: 107, 138.

L

- legítima defensa: 313.
- liberalismo: 52, 201, 209.
 - agregativo: 344.
 - burgués postmodernista: 139.
 - clásico: 314 y ss.
 - conservador: 305 y ss., 344.
 - igualitario: 344.

- deontológico: 131.
- holista: 343.
- igualitario: 307, 314 y ss., 340 y ss., 348.
- kantiano: 130, 158 y ss., 167, 171.
 - desafío comunitarista al: 129 y ss.
- político: 153.
- principios básicos del: 300.
- y moral positiva: 201.
- libertad
 - de asociación: 225.
 - de espontaneidad: 272.
 - de expresión: 225.
 - de indiferencia: 272.
 - de mercado: 352.
 - de trabajo: 226.
- Locke, Don: 80.
- Locke, John: 241, 471.
- locura: 277.
- Lomasky, Loren: 181, 213.
- Lucas, J. R.: 298.

M

- Maccormick, D. N.: 36.
- MacIntyre, Alasdair: 135 y ss., 166.
- Mackie, J. L.: 330, 335.
- Malamud Goti, Jaime: 409.
- Marx, Karl: 347.
- matrimonio: 295.
- método de evitación: 184.
- Mill, John Stuart: 202, 223, 428, 436.
- minimización de males sociales: 296.
- Moore, G.: 119, 272.
- moral
 - autonomía de la: 109.
 - autorreferente: 209, 229.
 - crítica: 92 y ss.
 - funciones sociales de la: 96 y ss.
 - ideal: 87, 92.
 - intersubjetiva: 203, 229.
 - justificación de la: 125 y ss.
 - personal: 204, 209, 229.
 - positiva o vigente: 92, 93, 201, 203.
 - prioridad de la: 185, 190.
 - pública: 203.
 - social: 87, 92 y ss., 229.
 - vaciamiento conceptual de la: 86.
 - y autointerés: 65.

y consenso: 109.
y derecho: 367.
moralidad: 140.
del patriotismo: 135.
desde punto de vista externo: 169.
desde punto de vista interno: 170.
imparcial: 140.
impersonal: 187, 188.
liberal: 135.
particularista: 141.
prioridad de la: 185.
universalista: 141.
y particularismo: 158.
movimiento comunitarista: 135, 158.

N

Nagel, Thomas: 80, 91, 116, 154, 155, 185, 257, 260, 313.
Nelson, William: 373, 386.
Nozick, Robert: 46, 242, 314, 315, 316, 340.

O

objeción de conciencia: 400, 406, 407.
objetivos sociales colectivos: 261, 262.
objetante de conciencia: 320.
obligación moral de observar el derecho: 401.
obligaciones: 319.
observador ideal: 113.
ocio: 226.
omisiones
causalidad en las: 326, 327.
significación moral de las: 317 y ss.
opiniones: 288, 289.
orden jurídico, justificación moral: 369.
órdenes: ver *Directivas*.

P

Parfit, Derek: 243, 244, 363, 416, 473, 474.
Parlamento, omnipotencia del: 475.
particularismo: 158.
paternalismo estatal: 413, 414, 416, 417, 427.

patriotismo: ver *Moralidad del patriotismo*.

Peces-Barba, Gregorio: 404.

pena

de muerte: 447 y ss.
como medida de protección social: 458.
justificación moral: 447, 448.
justificación de la: 273, 447.
concepción retribucionista: 449.
concepción utilitarista: 451.
teoría consensual de la: 454 y ss.
prevencionista: 273.
retribucionista: 274.
perfeccionismo: 199, 205 y ss., 413, 424.

"perímetro protector": 27, 81.

perjuicio a terceros: 223.

persona

colectiva: 172.
concepción de la: 171.
fina de la: 171.
liberal de la: 171 y ss.
normativa de la: 174.
futuras: ver *Generaciones futuras*.
jurídica colectiva: 249.
moral: 40, 172, 359, 360.
concepto de: 40 y ss.
personalidad moral: 149, 171.
Peters, R. S.: 376, 387.
planes de vida: 229.
Platón: 431.
Popper, Karl R.: 49, 50, 51, 288.
posición originaria: 104.

positivismo

conceptual: 16 y ss.
ideológico: 16 y ss.
lógico: 51.
preferencias: 189, 220, 221, 222.
externas: 292.

"pregunta abierta" de Moore: 119.

prescriptivismo: 56.

"prescriptor universal": 114.

prevencionismo: 273, 296.

principio

de autonomía de la persona: 46, 109, 199 y ss., 237, 339, 340, 413, 476.
justificación del: 229.

de dignidad de la persona: 46, 267 y ss., 287.
 y determinismo normativo: 282 y ss.
 y discurso moral: 298 y ss.
 y principio de autonomía: 292, 293.
 de inviolabilidad de la persona: 46, 237 y ss., 306.
 justificación del: 255.
 de tolerancia: 182.
 hedonista: 227, 228.
 principios
 de conducta: 109, 110, 111.
 condiciones mínimas: 110, 111.
 de justicia, justificación de los: 143, 146.
 de moralidad social: 199, 447.
 liberales básicos: 199, 201.
 morales: 19, 20, 111.
 aceptabilidad hipotética de los: 96.
 válidos de justicia y moralidad social, implicaciones: 23, 24.
 procedimiento mayoritario de toma de decisiones: 393.
 promesa: 293.
 protección de terceros: 414, 416.
 publicidad de los principios: 110.
 pueblo
 concepto de: 371 y ss.
 significado del término: 372.
 punición del consumo de drogas: 420 y ss.
 argumento de la defensa social: 435.
 paternalista: 427.
 perfeccionista: 424.
 punto de vista moral: 113.

R

Rabossi, Eduardo A.: 51, 55.
 racionalismo: 49 y ss.
 Rawls, John: 91, 96, 104, 105, 129, 132 y ss., 142 y ss., 180, 242, 257, 346.
 Raz, Joseph: 42, 207, 213, 226, 400.
 razón pública libre: 153, 161, 166.

razones
 auxiliares: 100, 112.
 morales: 112.
 operativas que justifican la conducta: 112, 119.
 prudenciales: 71, 80, 100, 112.
 realismo: 119, 120.
 reclamos válidos: 29.
 reconocimiento de hechos morales: 75, 86.
 reconstrucción racional: 12, 108, 109.
 reglas procesales del discurso moral: 104, 108.
 relativismo: 158.
 conceptual: 161.
 ético: 19, 55, 160.
 reproche moral: 274, 275 y ss., 279.
 aspecto descriptivo del: 280.
 instrumental: 280.
 reactivo: 280.
 responsabilidad
 adscripción de: 273 y ss., 282 y ss.
 asunción de: 294.
 jurídica: 273, 275.
 moral: 274, 275.
 retribucionismo: 274, 448.
 Richards, D.: 91.
 Rorty, Richard: 139, 159.
 Rousseau, Jean-Jacques: 458.

S

Sandel, Michael: 131 y ss., 171, 172, 178 y ss.
 Scanlon, Thomas: 215, 254.
 Scheffler, Samuel: 186.
 seguridad personal: 226, 297.
 Sen, Amartya: 122, 372.
 separabilidad de las personas: 242, 257.
 ser y deber ser: 119.
 Shue, Henry: 188.
 Singer, Peter: 65, 87, 91, 107, 176, 254, 378.
Sittlichkeit: 130, 159.
 soberanía popular: 371.
 sociobiología: 107.
 Sócrates: 431.
 Soler, Sebastián: 283.

solipsismo: 116.
 Stell, L. K.: 471.
 Stephen, James F.: 202, 460.
 Strawson, Peter: 281, 286.
 subjetivismo
 ético: 19.
 individual: 61.
 social: 57, 59.
 social metaético: 61.
 suicidio: 467, 470.
 supererogatorio: ver *Actos supererogatorios*.

T

Taylor, Charles: 130, 131, 188, 205.
 tendencias: 278.
 tenencia de drogas: ver *Punición del consumo de drogas*.
 teoría del "punto de vista moral": 113.
 prevencionista: 273.
 retribucionista: 274.
 titulares de intereses: 247.

U

unanimidad: 263.
 univalencia del consentimiento: 380.

utilitarismo: 211, 212, 260, 314, 321, 448.
 crítica al: 237 y ss.
 negativo: 259.
 positivo: 259.
 utopía: 418.

V

vida, derecho a la: 223.
 humana, circunstancias básicas de la: 96.
 virtudes
 humanas: 137, 142.
 morales: 101, 102.
 voliciones: 285.
 voluntad: 267.
 divina: 75, 76.
 vulnerabilidad de los hombres: 98.

W

Walzer, Michael: 138, 188.
 Warnock, G.: 91, 96, 101.
 Wilson, Edward O.: 107.
 Williams, Bernard: 122, 140.
 Wolf, Susan: 141.
 Wolff, R. P.: 106.
 Wright, G. H. von: 25.

La fotocomposición y armado de esta edición se realizó en EDITORIAL ASTREA, Lavalle 1208, e impresa en sus talleres, Berón de Astrada 2433, Capital Federal, en la primera quincena de abril de 1989.