



ENTRE LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD

Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez

Tomo I

JORGE CERDIO
PABLO DE LARRAÑAGA
PEDRO SALAZAR

Coordinadores



ITAM

ENTRE LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD
Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez
TOMO I

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 806

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Isidro Saucedo
Diana Luján Verón
Cuidado de la edición

Isidro Saucedo
Formación en computadora

Óscar Martínez González
Apoyo editorial

Edgar Daniel Martínez Sánchez
Elaboración de portada

ENTRE LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD

*Ensayos críticos sobre la obra
de Rodolfo Vázquez*

TOMO I

JORGE CERDIO
PABLO DE LARRAÑAGA
PEDRO SALAZAR
Coordinadores



ITAM

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

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

Primera edición: 5 de octubre de 2017

DR © 2017. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Impreso y hecho en México

ISBN obra completa: 978-607-02-9517-1

ISBN tomo I: 978-607-02-9525-6



RODOLFO VÁZQUEZ

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

CONTENIDO

Presentación	XI
Jorge CERDIO	
Pablo de LARRAÑAGA	
Pedro SALAZAR	

CEREMONIA DE HOMENAJE

<i>Laudatio</i> a Rodolfo Vázquez.....	3
Jorge CERDIO	
Mi amistad con Rodolfo Vázquez.....	11
Ernesto GARZÓN VALDÉS	
Laicidad y feminismo en Rodolfo Vázquez	15
Marta LAMAS	
Rodolfo Vázquez: liberal igualitario	19
José WOLDENBERG	
Palabras en el homenaje a Rodolfo Vázquez.....	25
Ulises SCHMILL	
Agradecimiento	31
Rodolfo VÁZQUEZ	

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

Una justificación <i>mayoritaria</i> del control judicial de constitucionalidad: la representación argumentativa en la democracia deliberativa	37
Ana Micaela ALTERIO	

¿Existe la Constitución? Un comentario acerca de la función de los jueces constitucionales	61
Ricardo CARACCIOLLO	
Constitución democrática y modificaciones imposibles: la dimensión proteica de la soberanía popular	85
Ricardo CUEVA FERNÁNDEZ	
Debatiendo sobre justicia transicional: memoria, perdón y castigo . .	99
Rafael ESCUDERO ALDAY	
Los límites del control judicial de constitucionalidad en el Estado democrático de derecho	117
Francisco Javier EZQUIAGA GANUZAS	
Legitimación, concentración y despolitización: tres consecuencias de los derechos en la Constitución	137
Daniel Antonio GARCÍA HUERTA	
El <i>test madisoniano</i> en la evaluación del trabajo de Rodolfo Vázquez: alcances y límites prácticos de una filosofía político-constitucional.	151
Roberto GARGARELLA	
Lecciones y tensiones del nuevo constitucionalismo mexicano	167
Roberto LARA CHAGOYÁN	
Rodolfo Vázquez sobre la justicia constitucional	201
José Juan MORESO	
Entre el liberalismo y el igualitarismo. Análisis del discurso de la Suprema Corte en la jurisprudencia sobre matrimonio igualitario . . .	229
Roberto NIEMBRO ORTEGA	

ÉTICA, BIOÉTICA Y DERECHO

Un comentario sobre el concepto de dignidad	267
Manuel ATIENZA	
Más allá de la teoría.	277
Bernardo GARCÍA CAMINO	
Robert T. HALL	

Entre filósofos: un diálogo con la perspectiva moral de Rodolfo Vázquez.....	289
René GONZÁLEZ DE LA VEGA	
Liberalismo y gestación por sustitución.....	301
Martín HEVIA	
Cientificidad, laicidad y pluralismo democrático en relación con el aborto. Una reflexión a la luz del pensamiento de Rodolfo Vázquez	313
Marta LAMAS	
Ética, conocimiento técnico-científico y decisiones políticas	327
Jorge F. MALEM SEÑA	
Regulación basada en principios de una bioética liberal.....	347
María de Jesús MEDINA ARELLANO	
El equilibrio reflexivo en el pensamiento bioético de Rodolfo Vázquez	361
Javier ORTIZ FLORES	
¿Tienen derechos los animales?	385
Gustavo ORTIZ MILLÁN	
El argumento del riesgo en la clonación y la modificación genética en línea germinal	411
Eduardo RIVERA LÓPEZ	
El binomio mujer-madre frente al aborto	427
Dennia Aline TREJO PEREA	

PRESENTACIÓN

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

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

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

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

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

Jorge CERDIO
Pablo de LARRAÑAGA
Pedro SALAZAR

CEREMONIA DE HOMENAJE

LAUDATIO A RODOLFO VÁZQUEZ

Jorge CERDIO*

Buenas noches tengan todos ustedes. Les doy la más cordial bienvenida al Coloquio “Entre la Libertad y la Igualdad”, un diálogo con la obra del profesor Rodolfo Vázquez. Este es un coloquio organizado por el Departamento Académico del ITAM y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. El día de hoy tenemos el gusto de que nos acompañen en la mesa de honor los profesores Marta Lamas, José Woldenberg, Ulises Schmill y nuestro homenajeado, el profesor Rodolfo Vázquez. En primer lugar, diré algunas palabras sobre nuestro querido profesor y amigo; seguido de lo cual le daré la palabra a los miembros de la mesa de honor, iniciando por la profesora Lamas, el profesor Woldenberg, el profesor Schmill y, finalmente, el profesor Vázquez dirigirá un breve mensaje.

“Soy profesor universitario”

Si me preguntas ¿a qué te dedicas Rodolfo?, a ser profesor universitario y ¿qué hace un profesor universitario?, formar buenos ciudadanos. Y si me dijeran que soy eso, sería un gran halago, un enorme halago; y “buenos ciudadanos” quiere decir individuos con ciertas características: (1) con un sentido de responsabilidad; (2) comprometidos con los más vulnerables; (3) laicos, es decir, mantener la imparcialidad del Estado con relación a las creencias religiosas; (4) liberales igualitarios; (5) demócratas y (6) solidarios. Y es que mi concepción de la universidad es formar buenos ciudadanos. Si bien es importante especializar, liderar, emprender y formar técnicos; si no son buenos ciudadanos, fracasamos como empresa educativa, fallamos como educadores.**

* Instituto Tecnológico Autónomo de México.

** Todas las citas fueron tomadas de la entrevista que sostuve con el profesor Vázquez el 13 de septiembre de 2016, en el restaurante “Fonda San Ángel”, ubicado en Plaza San Jacinto, núm. 3, San Ángel, Álvaro Obregón, Ciudad de México.

Y en esto, el profesor Vázquez es un maestro que domina la práctica de la enseñanza dentro y fuera de las aulas. En la forma de un aforismo simplificador, suele decirse que el talento natural se hace manifiesto después de una inversión considerable de tiempo; que reconocemos a los grandes maestros por su trayectoria en el tiempo: la llamada regla de las diez mil horas bajo la que coinciden grandes mentes de nuestro tiempo. Una regla que ha sido rebasada por el profesor Vázquez, quien ha pasado, sólo en el ITAM, cerca de 11,000 horas de clases, y quien ha interactuado con poco más de 6,840 alumnos de la población actual de todo el ITAM.

Y lo ha hecho con excelencia y ejemplaridad. Desde que se lleva registro digital de las evaluaciones practicadas por alumnos a los profesores, encontramos que el profesor Vázquez tiene un récord impresionante, 4.89 puntos sobre cinco posibles, es su media; después de leer todas las evaluaciones he encontrado varios comentarios repetidos, con variantes, a lo largo de ellas: “Excelente profesor”; “Ha despertado el amor por la Filosofía del derecho”; “Gracias por su compromiso y vocación”; “Me ha encantado el curso”; “Es uno de los mejores profesores de toda mi vida”. Miles de comentarios de sus alumnos que inspiran y muestran su calidad docente.

Pero para el profesor Vázquez un profesor universitario tiene que ser, él mismo, un buen participante de su comunidad académica, debe esforzarse por aportar, por construir espacios y llenarlos de conocimiento, debe ser un constructor dentro de su propia institución. Esto, sin duda, ha sido el profesor Vázquez para el ITAM.

En 1978 llegó al Departamento de Estudios Generales como profesor de asignatura para después integrarse como profesor de tiempo completo en 1979, con tan solo 23 años. Por ese entonces el ITAM había adoptado el modelo de los *estudia generalia*, *The Great Books*, inspirados por Mark van Doren, Robert Hutchins y Mortimer Adler, de la Universidad de Columbia, Chicago y St Johns's College en Annapolis. Las materias de Ideas e instituciones políticas y sociales daban cuerpo a este modelo. El profesor Vázquez se ocupó de leer y seleccionar los textos que se impartirían en tres materias; en un recorrido que iba desde Platón hasta Heidegger, por toda la filosofía occidental. Materiales que hoy en día siguen siendo el pilar de las materias de Estudios Generales en el ITAM.

En 1983 fue nombrado Jefe del Departamento de Estudios Generales. Hasta 1991. Ocho años donde le dio un nuevo impulso al Departamento con el ofrecimiento de materias optativas que echaron mano de la excelente y variada planta de profesores filósofos y literatos e innovó en la apertura de distintos diplomados del área de humanidades. Para 1987, el ITAM sufrió una reforma interna por la que los departamentos académicos se agruparon

por divisiones generales; para que Estudios Generales tuviera una División propia requería de un programa de estudios. El profesor Vázquez fundó la División de Estudios Generales e Internacionales. Creó junto con Rafael Fernández de Castro y Emilio Zebadúa, la licenciatura en Relaciones Internacionales; consiguió así fundar la División General de Estudios Generales y Relaciones Internacionales, de la cual fue su primer director general por dos años; y dentro de ese mismo contexto fue también el Fundador del Centro de Lenguas en el verano de 1987.

Pero quizás este impulso constructor ha sido extendido más allá de los cargos y de las estructuras que ha ocupado. Una vez en el Departamento Académico de Derecho ha sido el creador o el impulsor junto con otros de espacios de discusión y de reflexión de la Filosofía del derecho para todo México. Y ha sido una tarea que ha hecho incluyendo, deliberadamente, a otras instituciones, a otros profesores y a sus alumnos. El profesor Vázquez ha sido un pavimentador de los caminos de la filosofía del derecho en México.

Corría el año de 1989, en algún lugar de Xalapa, Veracruz, se organizó un congreso de filosofía. El profesor Vázquez acudió impulsado por su entonces director de tesis Fernando Salmerón a encontrarse con Ernesto Garzón Valdés. En ese congreso el profesor Vázquez organizó dos mesas de discusión, con Enrico Pattaro, Eusebio Fernández, Ernesto Garzón Valdés, Samuel González Ruiz y Miguel Villoro. Como espectadores, y atraídos por los temas, aparecieron los filósofos argentinos Farrell y Rabossi. Ese fue un gesto de experimentación que marcaría el inicio de una larga lista de esfuerzos del profesor Vázquez por impulsar la filosofía del derecho en México. Con fortuna, por coincidir con la frustración de Ernesto Garzón, quien a decir del profesor Vázquez decía: “Ernesto se quejaba de tantas veces que había venido a México y que no podía formar ningún grupo en filosofía del derecho; que esto no tenía futuro en México”. Porque si bien es cierto que por esa época otros filósofos del derecho circulaban por el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM invitados por el propio Salmerón; lo cierto es que la invitación procedía de la filosofía práctica o moral: como fue el caso de Carlos Santiago Nino. De esas mesas y del encuentro siempre generoso de Garzón Valdés, a éste se le ocurrió organizar dos seminarios en el ITAM. Uno de ellos a su cargo; todavía no aparecía *Derecho, ética y política*, pero trataba sus temas. El otro curso estuvo a cargo de Manuel Atienza en la agenda que sería el libro *Las razones del derecho*. Con esos cursos el profesor Vázquez trató de juntar personas trabajando en filosofía: Oscar Correas, Rolando Tamayo y Salmorán; así como algunos estudiantes de Derecho de distintas universidades. En lo que sería el germe del Seminario de Teoría y

Filosofía del Derecho “Eduardo García Maynez”, que el próximo año celebra su edición número XXV.

A este seminario se suman otros espacios que a lo largo de tres décadas el profesor Vázquez ha construido, impulsado y abierto:

- De 2003 a la fecha (con Ruth Zimmerling hasta 2012 y desde entonces con Jorge Gaxiola y Pedro Salazar) la Cátedra “Ernesto Garzón Valdés”.
- En 2007 y hasta la fecha (con Saúl López Noriega, y a partir de 2013, con Carlos Bravo, Claudio López-Guerra, Andrea Pozas y David Peña) el Seminario: “Lectura contemporánea de los clásicos”.
- En 2009 (primavera) y hasta la fecha (con Jorge Cerdio y Germán Súcar) el Seminario “Luigi Ferrajoli” sobre Teoría y dogmática penal contemporáneas.
- En 2010 (primavera) y hasta la fecha (con Francisca Pou y Luz Helena Orozco) el Seminario “Felipe Tena Ramírez” sobre Teoría y derecho constitucional comparado.
- De 2010 a 2013 (con René González de la Vega) el Seminario Jurídico Latinoamericano.
- En 2013 y hasta la fecha (con Jorge Cerdio, Fernando Franco y Jorge Gaxiola) la Cátedra “Ulises Schmill” patrocinada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Escuela Libre de Derecho y el ITAM.

Han sido esfuerzos, por cierto, que el profesor Vázquez ha diseñado de manera incluyente, con otras instituciones y con otros profesores y colaboradores que en distintas épocas participaron en la coordinación de estos seminarios y cátedras. De 1989 a 2016 el panorama de la filosofía del derecho en México ha cambiado de ser un yermo a ser un lugar vivo, fructífero, vibrante y con futuro. Por esto, creo que todos le debemos al profesor Vázquez un indudable reconocimiento.

“Desde que seleccioné los textos para Estudios Generales me quedó ese saborcito de hacer selecciones de textos”

Ese gusto por la selección de textos, por la edición de ideas y por la puesta en marcha de proyectos colectivos es un signo de la trayectoria del profesor Vázquez. No solamente por los 35 libros que ha editado, sino por

las colecciones que coordina o que co-coordina; entre las más destacadas están la de “Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política”; la de “Doctrina Jurídica Contemporánea”; la de “Derecho, Salud y Bioética”. Todas ellas editadas por Fontamara, México; “Lectura contemporánea de los clásicos”, editada por INE-ITAM-ELD (México); la colección “Género, derecho y justicia”, editada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fontamara; y la colección “Coloquio Jurídico Europeo”, editada por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara (Madrid-México). Los contenidos e ideas han abierto puertas a los lectores latinoamericanos; así como espacios de publicación a toda una generación de filósofos y teóricos del derecho.

Quizás el espacio de publicación que sigue a la fecha siendo el testigo histórico del trabajo constante por publicar filosofía del derecho es *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, que fundó y dirigió el profesor Vázquez de octubre 1994 a octubre 2006; y quien a la fecha se mantiene como miembro activo del Consejo Editorial. Siempre atento, puntual en las reuniones, presto a hacer comentarios constructivos, lector inagotable de todos los textos. *Isonomía*, en su número 45 actualmente, es otra muestra más de la capacidad agregadora del profesor Vázquez; es una revista que tiene un consejo editorial plural; que ha sido dirigida o co-dirigida por profesores de distintas instituciones y que actualmente edita el ITAM junto con la Escuela Libre de Derecho.

“Apasionado y atento a mis circunstancias”

Un profesor universitario como el profesor Vázquez es sin duda una persona comprometida con la curiosidad intelectual; y valiente de tomar los giros que sean necesarios. El mismo profesor Vázquez reconoce que “No me he fijado una meta de investigación pura, he escrito más bien respondiendo a los intereses y circunstancias”. Esto se aprecia en su obra, variada, dispersa en los 12 libros que ha escrito, en los 87 artículos académicos y en los más de 58 capítulos de libros. Sin embargo, todos ellos tienen en común un modo de hacer filosofía, práctica, que atiende a los problemas, que trata de ofrecer soluciones; y todos los escritos tienen un mismo referente normativo en común: el modelo liberal e igualitario. Un modelo que inicia en 1986, a sus 30 años de edad; y que desarrolla en su libro *Educación liberal*. Al hacerlo, deja atrás todo el iusnaturalismo, Santo Tomás, y Platón; todas las ideas del cristianismo social que lo habían signado desde sus primeros años en el IUCE y en la Universidad Iberoamericana. En *Educación liberal*, el profesor Vázquez encuentra un modo de analizar los problemas que parten de hacer

patente las bases meta-éticas de las ideas; rechaza las bases escépticas del liberalismo libertario, o del comunitarismo, para suscribir una meta-ética constructivista, que implica un objetivismo moral mínimo, comprometido con la idea de necesidades y capacidades básicas. El liberalismo igualitario así fundamentado —vuelto un verdadero método de filosofía práctica— es transversal en todas las temáticas de la obra del profesor Vázquez. Y desde estas bases ha incursionado en problemas que van desde la educación hasta el Estado de derecho y los grupos vulnerables, el feminismo o los derechos sociales.

Con todo, el profesor Vázquez siempre está dispuesto a poner a prueba sus ideas; en un afán por rever y repensar; en un ejercicio de libertad anárquica para retornar siempre seguro al liberalismo igualitario. Esta puesta a prueba fue sin duda la huella que dejarían algunos de sus colegas en el Departamento de Estudios Generales, Carlos de la Isla, pero en especial dos colegas, amigos entrañables, Alberto Sauret y Julián Meza. El primero con una vena contestataria, irónica y anárquica; el segundo un furibundo crítico de todas las visiones totalitarias; de ellos dice el profesor Vázquez:

[sus discusiones] las observaba con un placer enorme porque quizás las personas que puedan hacer tambalear todo mi edificio filosófico sean estas personas. Me revelan la condición humana en toda su fragilidad y disruptivas. Aun cuando mi propuesta normativa no va en esa dirección.

Lejos de ser un conformista con la madurez de sus ideas, el profesor Vázquez siempre se mantuvo abierto y expuesto a la posibilidad de rever, de sentir la propia teoría tambalear: “todo el tiempo, gratamente, sin angustia, sus ideas me ponen a prueba, por la narrativa que tienen me provoca una enorme alegría intelectual”.

“Filosofía orientadora, resolutiva de conflictos, propiciadora de consensos. La etapa descriptivista de las normas me parece solo un prolegómeno para una etapa justificadora de las mismas. La Filosofía del derecho es conocimiento práctico”

El profesor Vázquez ha sido, también, así un activista.

Es una actitud que quizás vino del tiempo que estuvo expuesto en su juventud a la comunidad de La Toma, en la provincia de San Luis, Argentina, donde hacía trabajo social; es una mirada que impone ver el derecho con una dimensión social muy en la línea de su iniciador en el derecho, Efraín González Morfín; en sus palabras, “la justificación adecuada debe

ser acompañada de un activismo”. El profesor Vázquez ha sido un liberal igualitario que siempre ha buscado incitar a la acción. Este activismo se ha manifestado con mayor fuerza quizás en la fundación del Colegio de Bioética; un lugar creado al lado de Ricardo Tapia, Ruy Pérez Tamayo, Rubén Lisker y Marta Lamas. “Un lugar que funda, en México, una bioética laica, liberal, incluyente, con mucha perspectiva de género y con la mirada puesta en los menos aventajados”. A decir del propio profesor Vázquez: “si con algún activismo me he compenetrado es con la idea de construir desde la bioética una sociedad laica y liberal”.

Rodolfo Vázquez encarna a un profesor universitario en los propios términos que él mismo define, es el caso paradigmático de su propio paradigma:

Docente, constructor de esta universidad, de espacios, incluyentes, de lugares para la filosofía del derecho, para las generaciones de estudiantes curiosos, filósofo liberal, igualitario, activista; comprometido con los más vulnerables, laico, demócrata, solidario y generoso. Por todo esto, le digo, profesor Vázquez que es Usted un gran *profesor universitario*. Todo mi reconocimiento, gratitud y admiración a nombre de la comunidad académica.

Muchas gracias.

MI AMISTAD CON RODOLFO VÁZQUEZ

Ernesto GARZÓN VALDÉS*

I

Hace ya muchas décadas (a mi edad el pasado es largo y las décadas vividas también), en un homenaje a Fernando Salmerón que tenía lugar en una ciudad cerca del Caribe (cuyo nombre no recuerdo y el olvido es aquí irrelevante), conocí a un joven argentino-mexicano que, con tímida y amistosa sonrisa, me preguntó qué debía hacer para practicar con éxito la vida intelectual y procurar contribuir en algo al desarrollo de la filosofía del derecho en el mundo de habla hispánica. Su actitud, ya entonces, ponía de manifiesto la seriedad intelectual y el deseo de participar honestamente en esa empresa común que constituye el cultivo del pensamiento en toda sociedad. Ya en ese momento me atrajo su actitud de modesta seriedad y su expresión de un auténtico interés intelectual.

En aquel entonces procuré darle alguna información acerca del estado de nuestra disciplina y le propuse que participara en esa empresa que consiste en precisar conceptos y aceptar la crítica honesta que nos ayuda a cometer menos errores, pues siempre habrá algo que nos faltará para alcanzar la plenitud de lo querido. Rodolfo Vázquez (así se llamaba mi interlocutor) me aseguró que así lo haría. *¡Y desde luego que lo hizo!* Hasta tal punto que hoy no sería posible presentar el desarrollo de la filosofía del derecho en nuestro ámbito hispano-americano sin tomar en cuenta su entusiasta contribución, que intenta ocultar —sea todo dicho— bajo el manto de una infrecuente modestia que no acepta ni elogio ni reconocimiento. Pero en este punto su éxito es nulo. Existe suficiente testimonio de lo que ha significado y sigue significando su actuación en este campo, así como su generosidad humana e intelectual. Por ello, lo que aquí escribo no es mero elogio de ocasión sino, antes bien, el testimonio fragmentario de alguien que ha tenido la buena

* Universidad Johannes Gutenberg de Maguncia, Alemania.

suerte de conocer con algún detalle buena parte de la vida y la obra de Rodolfo Vázquez.

Por lo pronto, pienso que es oportuno tener en cuenta que la relación entre vida y obra no es en este caso la fácil vinculación que puede existir entre lo que se tiene y lo que se gana. Sé que no me equivoco si afirmo que todo lo alcanzado humana e intelectualmente por Rodolfo es el fruto de una entrega sin retaceos a la realización de un estilo de vida y de pensamiento cultivado a lo largo de años. Creo que si hubiera que mencionar un rasgo básico de Rodolfo habría que colocar en primer lugar su generosidad sin límite y su modesta apertura intelectual a todo lo que pueda significar una mejor comprensión de nuestra vida y su mundo. Y esto, en efecto, no es poco.

No intentaré presentar aquí una versión completa del pensamiento jufilosófico de Rodolfo Vázquez. Probablemente, tampoco procede. Una empresa de tal envergadura acarrearía, sin duda alguna, en el mejor de los casos subestimarlo y, en el peor, traicionarlo. Me limitaré por el contrario a considerar un aspecto que permita insinuar el resto de su obra. Por avatares del destino, personales y extraordinarios que ahora explicitaré, me serviré de su último libro.

II

No hace mucho tiempo, Rodolfo tuvo la gentileza de enviarme un ejemplar de su libro *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. Se trata de un excelente ensayo sobre un tema que justamente yo acababa de tratar y que no había tenido oportunidad de hacerle llegar. Lo mío era un intento más de acotamiento del tan manido concepto de la “dignidad humana”.

En honor a la verdad, tengo que confesar que el texto de Rodolfo es mucho más completo que el referido, ya que incluye una serie de temas que yo ni siquiera había contemplado. Tal es el caso, entre otros, de los derechos fundamentales de las mujeres y de los menores de edad, o de la vigencia de los derechos sociales. Comparado con su ensayo, el mío resulta una aproximación mucho menos completa y sugestiva. La verdad es que no se me había pasado por la cabeza la posibilidad de incluir una serie de temas que, no por alejados, están íntimamente vinculados con el concepto de dignidad.

No es mi propósito hacer ahora un resumen de las consideraciones de Rodolfo. Ello no tendría mayor mérito, ya que no toda glosa resulta interesante o provechosa. En cambio, sí lo sería, tal vez, subrayar lo pensado y

bien formulado que uno encuentra en esta versión del problema de la dignidad humana.

Curiosamente, en su misma línea de pensamiento, había pretendido yo también expresar que el concepto de dignidad humana está en el origen de los derechos humanos y la democracia. Sé que coincido plenamente con Rodolfo en este tema, al igual que en muchos otros que se tratan en la filosofía del derecho. Y es que, a estas alturas, las coincidencias no son casuales y ponen de manifiesto, entre otras cosas, una cierta afinidad intelectual como reflejo acaso de lo que se es, se sabe o se siente. El excelente libro de Rodolfo —lo repito una vez más— merece ser tomado en serio; es más, puede que buena parte de lo allí expresado constituya un cabó excepcional para adentrarse en su particular manera de hacer filosofía.

Y todo esto no es fruto de la casualidad. Es obvio, para quien conozca la personalidad de este valioso representante de la intelectualidad latinoamericana, que su tratamiento de los derechos humanos no puede ser tratado con coherencia y éxito si no se tiene en cuenta que el punto de partida no es el de una ideología más o menos atractiva, sino el propósito firme de sacar las conclusiones que impone la coherencia de pensamiento y la modestia de la inferencia rigurosa.

Quien como Rodolfo adopte semejante seriedad intelectual, y asuma que la ética no permite desviaciones de aquello que implica la aceptación de la dignidad como característica definitoria de lo humano, no mostrará problema alguno en saber que en el libro que aquí comento hay mucho que aprender.

Todo lo subrayado anteriormente no es poco y es motivo suficiente para agradecer a Rodolfo su interlocución y su pensamiento. Si a ello se suma el ejemplo de una vida de ejemplar honestidad intelectual y de coherente relación entre lo que se piensa y lo que se vive, toda posible loa —como esta que intento— ha de quedar inexorablemente corta y, por tanto, injusta. Así y todo, con la palabra “gracias” —fin de este breve texto— pretendo remediar la deuda expresada.

Gracias.

LAICIDAD Y FEMINISMO EN RODOLFO VÁZQUEZ

Marta LAMAS*

Agradezco la oportunidad de decir unas palabras sobre un aspecto del trabajo de mi maestro y amigo Rodolfo Vázquez. Además de sus responsabilidades académicas, Rodolfo Vázquez ha intervenido en eso que se califica como el “segundo circuito de la política”,¹ constituido por las asociaciones ciudadanas que trabajan para lograr la satisfacción de una necesidad pública. Rodolfo Vázquez es uno de los motores que impulsaron la creación del Colegio de Bioética, una agrupación interdisciplinaria de científicos e investigadores que, preocupados por el sesgo conservador que mostraban las iniciativas legislativas sobre temas de bioética, inició sus trabajos desde 2002. Consciente de que el desarrollo tecnológico y científico avanza mucho más rápido que las normas jurídicas, el grupo de científicos e intelectuales que impulsó la creación del Colegio de Bioética se preocupó por las personas que necesitan tomar decisiones bioéticas sobre sus vidas y sus muertes, pero no cuentan con la protección legal para hacerlo. ¿Qué hacer cuando un grupo de ciudadanos considera atrasada la legislación que los rige, y cuando los códigos existentes violentan sus expectativas existenciales y su libre albedrío? Pues toca cambiar la ley, para lo cual hay que organizarse, protestar, cabildear, incluso plantear demandas y litigios jurídicos. Y justamente para este tipo de acción ciudadana resulta invaluable la fuerza que otorga el respaldo de científicos e intelectuales.

El otro aspecto que quiero destacar de la labor de Rodolfo Vázquez es el de su acompañamiento a las organizaciones civiles que coordinaron acciones para la despenalización del aborto en la Ciudad de México, en particular, el apoyo que dio —y sigue dando— a GIRE. Si algo ha caracterizado a nuestro maestro y amigo es su esfuerzo porque el conocimiento que se produce sea conocido, discutido y retomado en el espacio público. Lo

* Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Ardití, Benjamín (ed.), *Democracia post-liberal?: el espacio político de las asociaciones*, Barcelona, Anthropos-Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, 2005.

público es lo que nos concierne a todos, y la política democrática moderna requiere de una sociedad civil con vocación de interés por lo público.² Al abordar problemas de interés público, organizaciones de la sociedad civil, como las que integran la Alianza Nacional por el Derecho a Decidir, provocan una “expansión de la democratización”³ que nos beneficia a todos los ciudadanos. Las demandas de interés público y la denuncia de problemas ignorados o silenciados requieren (además del cabildeo y la presión política) de la discusión intelectual y política. Por eso no es lo mismo el apoyo político puntual que muchos intelectuales y científicos proporcionan a ciertas causas, que el desarrollo de un vínculo consistente como lo ha hecho Rodolfo Vázquez. La participación ciudadana “construye ciudadanía”,⁴ y es necesario que los grupos de la sociedad nutran su accionar con reflexión y conocimiento. Rodolfo Vázquez ha funcionado como un puente entre el conocimiento académico y el activismo de estas organizaciones ciudadanas.

En la sociedad existen “configuraciones problemáticas” que son “cuestiones que perturban la vida social, dislocan el funcionamiento de las instituciones, amenazan con invalidar categorías enteras de sujetos sociales”.⁵ Esas “configuraciones problemáticas” son la trama de las preocupaciones y sufrimientos de una multitud de personas que, las más de las veces, las viven con incomprendición y desamparo. Con su riguroso trabajo de investigación y reflexión Rodolfo Vázquez ha contribuido a alimentar un debate razonado sobre la *configuración problemática* del aborto. Algunos académicos discrepan del uso político que los activistas de las organizaciones sociales hacen de su trabajo, pues con frecuencia lo simplifican. Sin embargo, hay quienes plantean que es preferible correr riesgos que constreñirse a una interlocución reducida a un pequeño grupo de especialistas. Por ejemplo, para Robert Castel es mejor que “un trabajo riguroso de investigación contribuya a alimentar el debate público, así fuere al precio de simplificaciones, hasta de deformaciones, más que quedarse aislado en la confidencialidad de los intercambios entre iniciados”.⁶ La rigurosa reflexión de Rodolfo Vázquez ha

² Rabotnikof, Nora, *En busca de un lugar común: el espacio público en la teoría política contemporánea*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2005.

³ Puga, Cristina, “Una doble mirada a las asociaciones: perspectivas teóricas y la experiencia mexicana”, en Ardití, Benjamín (ed.), *¿Democracia post-liberal?...*, cit., pp. 71-106.

⁴ Melucci, Alberto, *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia*, México, El Colegio de México, 1999.

⁵ Castel, Robert, “La sociología y la respuesta a la demanda social”, en Lahire, Bernard (dir.), *¿Para qué sirve la sociología?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2006, pp. 89-100.

⁶ *Ibidem*, p. 92.

fortalecido las intervenciones políticas que hacen muchas feministas cuando abordan la problemática social que plantea la ilegalidad del aborto.

Recuerdo especialmente su intervención durante el proceso deliberativo sobre la acción de inconstitucionalidad de la reforma en la CDMX relativa a la interrupción legal del embarazo. Su argumento de que hay que discutir y/o dialogar sobre temas controvertidos en el campo de la bioética, como es el aborto, aceptando normativamente los valores de científicidad, laicidad y pluralismo democrático enmarcó de forma trascendente el debate en la Suprema Corte de Justicia. Rodolfo Vázquez jugó un papel fundamental en el proceso de debate, no solamente en la audiencia pública con los ministros sino también en la discusión interna de las organizaciones de la Alianza Nacional por el Derecho a Decidir, en especial, en la construcción del discurso de GIRE.

Si en algo ha insistido Rodolfo Vázquez es en la importancia de que la bioética sea, además de laica, reflexiva y polemista. No resulta fácil asumir los dilemas que la razón, la democracia y la libertad plantean en un país como el nuestro, con una población con arraigados esquemas religiosos, y con ministros, legisladores, jueces y hasta integrantes de asociaciones feministas que comparten dichas creencias religiosas. Y aunque tenemos la esperanza de que a la larga prevalecerá lo que sabe la ciencia, por lo pronto para asumir el desafío que nos formulán los dilemas que se desprenden de la libertad individual y la responsabilidad social, hay que seguir la propuesta de Rodolfo Vázquez de discutir públicamente desde una perspectiva que incluya la científicidad y la laicidad. Solamente así podremos, como sociedad, pensar más democráticamente respecto al conjunto de decisiones que las personas deben tomar en torno a sus vidas y sus muertes.

Rodolfo Vázquez se ha caracterizado por su congruencia personal y política. Por eso sus reflexiones académicas y sus intervenciones públicas consisten en eso que él siempre ha subrayado como indispensable: son polémicas fundamentadas en el conocimiento, además de ser respetuosas y razonadas. Asimismo, sus escritos y presentaciones han sido una valiosa y eficaz forma de nutrir la incidencia política de las organizaciones feministas. Quienes hemos tenido la fortuna de aprender de su pensamiento le estamos profundamente agradecidas, y lo vemos como un ejemplo del intelectual que requerimos hoy más que nunca: un intelectual comprometido con los problemas de su sociedad y su tiempo.

¡Larga vida y muchos éxitos más a Rodolfo Vázquez!

RODOLFO VÁZQUEZ: LIBERAL IGUALITARIO

José WOLDENBERG*

Es tan vasta y sugerente la obra de Rodolfo Vázquez que decidí en esta ocasión hacer unas notas sobre uno de sus libros.** Una serie de ensayos cuyo eje son los derechos y la forma de hacerlos realidad. Creo que en una época en la que la visibilidad pública de muchos académicos está más ligada a sus rasgos de personalidad, vale la pena recordar que lo nodal, lo relevante, siempre es su obra.

1. El libro inicia con una especie de declaración de principios:

Un pensar socialdemócrata progresista y liberal que entiende al liberalismo no en un sentido libertario, que aboga por las libertades a ultranza, sino más bien igualitario, para el cual las libertades individuales son frágiles y vacías si no se logra igualar a las personas en la satisfacción de sus necesidades básicas, y por lo tanto, en el abatimiento de la pobreza y la desgarradora polarización social. Al mismo tiempo, una defensa de la Constitución que no entiende los derechos humanos sólo como derechos negativos, protegidos por un Estado mínimo y gendarme, sino que amplía el horizonte de los derechos humanos hacia los derechos sociales con una decidida intervención del Estado para su protección y garantía.

Rodolfo Vázquez se asume como liberal, pero me parece innegable que bajo ese manto caben muy diferentes corrientes que tienen un impacto igualmente distinto en la vida política y social. Hay un liberalismo que en efecto da la espalda —incluso de manera radical— al tema de la igualdad. Un liberalismo que demanda del Estado seguridad, contención y garantías para que los individuos puedan hacer su libre voluntad. Jamás repara en que las condiciones materiales y culturales de vida condicionan las posibilidades de ejercer las libertades, jamás se detiene a pensar que las asimetrías

* Universidad Nacional Autónoma de México.

** Vázquez, Rodolfo, *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, ITAM-Fontamara, 2012.

en ingreso, educación, información, riqueza, influyen en las posibilidades de apropiarse de los derechos, sean éstos civiles, políticos o sociales. Un liberalismo que en términos prácticos conviene a los fuertes y se desentiende de los débiles.

Rodolfo, sin embargo, es un liberal de otra estirpe. Alguien que con razón pondera y defiende las libertades individuales —sin las cuales se edifican auténticos infiernos en la tierra—, pero que intenta que esas libertades y los derechos humanos sean el piso de la convivencia de todos —no sólo de unos cuantos—, por lo cual no se puede omitir la desigualdad que escinde a las sociedades y la pobreza que imposibilita a hombres y mujeres para convertirse en auténticos ciudadanos. Por eso se autodefine como un liberal igualitario, que se acerca, como quería Bobbio, a la socialdemocracia.

En esa misma vertiente entiende que el orden constitucional debe preservar y apuntalar los llamados derechos negativos, es decir, aquellos que para ejercerse sólo requieren de la abstención o la no intervención estatal, pero también los que reclaman una injerencia eficiente y decidida de las instituciones estatales. Ya lo sabemos, para que un grupo de personas pueda apropiarse del derecho a la organización, basta que el Estado no se interponga en su voluntad; pero para contar con una educación y una salud de calidad, el Estado está obligado a desplegar sus potencialidades para garantizar a los más (a todos) el ejercicio de esos derechos.

2. También tiene razón Rodolfo Vázquez cuando señala que a partir de la década de los noventa (y aun antes) en América Latina (que incluye por supuesto a México) se dio una revaluación de la democracia constitucional. Izquierdas y derechas, por motivos distintos, viraron hasta adquirir el compromiso de edificar democracias constitucionales. Escribe:

Para el sector de la izquierda, la ola dictatorial de los años precedentes, traducida en términos de tortura, desapariciones, ejecuciones extrajudiciales y otras violaciones a los derechos humanos, llevó a este sector a valorar instituciones constitucionales como el *hábeas corpus* o el debido proceso. Asimismo, la caída de los socialismos reales planteó a la izquierda la necesidad de promover los derechos fundamentales, y consagrarlos en las cartas constitucionales, como un elemento necesario de cualquier régimen político razonable. Por el sector de la derecha, el pragmatismo económico les condujo a la convicción de que “sin un Estado de derecho sólido que estableciera derechos de propiedad claros, un Poder Judicial independiente y una fuerza pública bien organizada los países más atrasados no alcanzarían el desarrollo económico” (Javier Couso).

Es decir, por razones eminentemente políticas la izquierda, y por razones eminentemente económicas la derecha, se dio una convergencia que puso en el centro de las aspiraciones sociales, como tema hegemónico, el restablecimiento o la creación de regímenes democráticos constitucionales. Para la izquierda fue claro, después de infinidad de experiencias traumáticas en el continente, que de ninguna manera resultaba irrelevante el tipo de Estado bajo el cual vivía, se reproducía y desplegaba sus iniciativas. No era cierto que las modalidades de eso que se llamaba el Estado burgués fueran anodinas. En un Estado constitucional de derechos la izquierda podría moverse con libertad, ejercer sus derechos, tender puentes de comunicación con amplias capas de la población, estar presentes en los circuitos de representación y eventualmente gobernar. Mientras, bajo las dictaduras militares o los regímenes autoritarios eso mismo, simple y llanamente se volvía imposible. Por su parte, la derecha moderna, de matriz empresarial, requería de garantías suficientes para dilatar sus intereses, certezas en materia de propiedad y una institucionalidad en la que pudiera litigar sus causas de manera profesional e imparcial, no sujeta a los caprichos y veleidades de un poder sin controles. Y en efecto, parecía que “la democracia constitucional se presentaba como la única alternativa posible para alcanzar los consensos necesarios de gobernabilidad”.

Rodolfo Vázquez enumera seis ejes a partir de los cuales se empezó a construir el horizonte democrático en América Latina: 1) un Estado de derecho capaz de reconocer el “amplio elenco” de los derechos humanos (civiles, políticos, sociales, económicos y culturales); 2) la salvaguarda de los mismos desde la propia norma constitucional; 3) la edificación de “un cuerpo judicial progresista, independiente e imparcial” que garantizara la “juzgabilidad” de los derechos; 4) la construcción de una democracia incluyente capaz de reconocer a las minorías étnicas, grupos vulnerables y “los colectivos mayoritarios, históricamente excluidos”, 5) “el empoderamiento de estos grupos mediante mecanismos procesales”, y 6) todo ello, con la finalidad de “construir una sociedad más homogénea y plural a partir de la instrumentación de políticas públicas que hicieran valer el principio de igualdad para tutelar las diferencias y reducir las desigualdades económicas y materiales”.

Como se ve, se trata de una lectura desde los derechos y el derecho. Y creo que en efecto ese parecía ser el horizonte al que debían acercarse las nuevas o renovadas democracias latinoamericanas. No obstante, como el propio Rodolfo Vázquez señala, esas promesas no se han cumplido o —para no ser tan drásticos— no se han cumplido con suficiencia. Y ello, digo yo, puede erosionar y está erosionando el aprecio por los instrumentos

que hacen posible los régímenes pluralistas, democráticos (partidos, políticos, congresos, gobiernos) y lo que es más preocupante, la adhesión a la propia causa democrática,

Ello es así, porque hemos prestado mucha atención a la agenda —absolutamente pertinente— liberal-democrática y de manera muy tangencial a la socialdemócrata. Trato de explicarme. Estamos empeñados y con razón en fortalecer las libertades individuales frente a eventuales o reales invasiones de las instituciones públicas; hemos empeñado esfuerzos importantes en acotar a esas mismas instituciones, las hemos dividido, pretendemos vigilarlas, hacerlas transparentes, hemos creado dependencias autónomas, intentando que no funcionen bajo la lógica de los poderes políticos tradicionales, y, por supuesto, que todas y cada una de sus acciones puedan ser recurridas ante tribunales. E insisto: esos esfuerzos e iniciativas resultan adecuados, necesarios, actuales, para trascender la opacidad, discrecionalidad y autoritarismo, con que el Estado funcionó en el pasado. Pero en sociedades tan abismalmente escindidas como las latinoamericanas eso no basta. Los temas del empleo, los salarios, la informalidad, el acceso a la salud y la educación, a la vivienda y el transporte, no han logrado la centralidad que reclaman. Y mientras no seamos capaces de construir un piso de satisfactores materiales en esas materias, el ejercicio de los derechos, seguirá polarizando a la sociedad. Porque no basta “judicializar” esos derechos, hay que crear las condiciones que hagan posible su usufructo.

3. En el libro que estoy comentando hay algunos ensayos magistrales sobre temas tan relevantes como el derecho de las mujeres a interrumpir su embarazo o el de los asuntos espinosos pero nodales que deben abordarse desde el presupuesto de una República laica (educación, la píldora del día siguiente, la clonación terapéutica o la investigación en embriones humanos, el matrimonio entre personas del mismo sexo y otros). Pero creo que en un párrafo pueden resumirse los afanes de Rodolfo Vázquez. Escribe:

Una sociedad decente debe ser el preámbulo para una sociedad justa. En ésta no sólo se ha eliminado la crueldad física y la humillación, sino que se ejercen acciones que permiten una adecuada distribución de bienes, recursos y derechos que exigen del Estado acciones de bienestar decididamente positivas.

De tal suerte que más que optar por las añejas dicotomías Estado-mercado, libertad-igualdad, derechos-obligaciones, habría que tratar de conjugarlas en una perspectiva socialdemócrata o liberal igualitaria: un mercado “adecuadamente regulado”, “una democracia representativa acotada por los límites infranqueables que establecen los derechos humanos en el marco

de un Estado constitucional”, capaz de garantizar el más amplio ejercicio de las libertades y derechos, al tiempo que se construyen las condiciones para una convivencia capaz de superar la pobreza y las abismales desigualdades que, como señala Rodolfo Vázquez, generan patologías que nublan y perturban la vida en común.

PALABRAS EN EL HOMENAJE A RODOLFO VÁZQUEZ

Ulises SCHMILL*

En primer término, quiero expresar la gran alegría que siento de poder participar en este homenaje a Rodolfo Vázquez, con el objeto de presentar a ustedes el significado que para mí tiene la incansable labor docente y editorial de Rodolfo y los efectos que ha tenido en la cultura filosófica y jurídica de México. Para trasmitir la concepción que tengo al respecto, es necesario exponer brevemente el ambiente cultural en el que me formé y desarrollé como jurista.

En el libro *Filosofía del derecho contemporánea en México*, editado y compilado por Rodolfo Vázquez y José María Lujambio, tuve la oportunidad de exponer la profunda insatisfacción que sentía “sobre la forma y el contenido de las cátedras en la Facultad de Derecho de la UNAM, entre 1954 y 1960, en donde se podían oír frases como la siguiente, en boca de pocos maestros que gozaban de gran fama y prestigio:

La historia de la cultura occidental puede tirarse al cesto de la basura con tal de que se mantenga incólume y se vuelva forma de vida ¡el Sermón de la Montaña! Yo pensaba y pienso que con esta clase de conceptos y maestros no se podía entender ni adelantar nada. Además comprendí que a estas ideologías correspondía una posición ante la vida y la política que para mí era profundamente repugnante: el autoritarismo de cualquier clase.

Con lo anterior ya hemos tocado el trasfondo y el contraste que quiero exponer. En esos años, en la Facultad de Derecho de la UNAM, privaba un ambiente autoritario y discriminador de todas aquellas posturas académicas que no coincidieran con las que profesaban los maestros que en aquellos tiempos daban clases. Era claramente observable la división ideológica entre el profesorado y los disidentes, porque no se ajustaban a la ideología iusnaturalista dominante y, claro está, las tesis de Hans Kelsen eran brutal-

* Instituto Tecnológico Autónomo de México.

mente rechazadas, lo cual puede ser correcto teóricamente si se está convenido de ello, pero esto tenía efectos de carácter administrativo y profesional, que no es necesario relatar en este momento. Hubo un profesor muy prestigiado en México que le impuso al profesor Guillermo Héctor Rodríguez, principal exponente en esa época de la *Teoría pura del derecho*, el mote de “el Papa negro”. Los alumnos de Rodríguez, en correspondencia, actuábamos belicosamente y esgrimíamos argumentos muy claros contra el iusnaturalismo, tal como habíamos aprendido de Kelsen.

Desde 1961 ingresé como profesor en la Facultad de Derecho y pude experimentar por parte de algunos profesores la hostilidad y el dogmatismo imperante en esa institución educativa. Nunca pude entrar en los institutos de investigación, ni pude dedicarme al trabajo académico de tiempo completo, teniendo que desarrollar mi labor jurídica en diversas instituciones del Estado, hasta 1985 en que se me concedió la oportunidad de ingresar como investigador en el ITAM. Y es precisamente aquí donde encuentro el ambiente académico antitético al prevaleciente en la Facultad de Derecho de la UNAM.

No sé en qué medida esto se debe al doctor Vázquez, seguramente en parte, pero hay algo que debemos destacar: la creativa imaginación de Rodolfo para generar publicaciones y seminarios que han cambiado la cultura jurídica de México. De la unilateralidad y el dogmatismo me encontré con la pluralidad y la apertura cultural. Baste mencionar las publicaciones creadas por Rodolfo y otros académicos, que han abierto las puertas de la cultura jurídica a las diversas corrientes del pensamiento contemporáneo: la revista *Isonomía*, la *Biblioteca de Ética*, *Filosofía del Derecho y Política*, *Filosofía y Cultura Contemporánea*, *Doctrina Jurídica Contemporánea*, *Género*, *Derecho y Justicia*. En estos libros han colaborado las mentes jurídicas más conspicuas y las corrientes doctrinales más discutidas en el mundo, con independencia de lo acertado o no que se consideren sus tesis y aportaciones. Lo importante es la diversidad y pluralidad de las posiciones. Ha reunido y publicado trabajos de autores tan conocidos como Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli, Norberto Bobbio, Hans Kelsen, Ernesto Garzón Valdez, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Robert Alexy, Paolo Comanducci, Ricardo Guastini, Ángeles Roldenes, Cristina Redondo y decenas de más nombres de académicos.

Las inquietudes filosóficas de Rodolfo son múltiples, como las publicaciones que patrocina y la orientación de sus intereses académicos tienen varias direcciones. No es posible mencionar todas ellas. Sólo quiero exponer brevemente una problemática académica poco conocida de Rodolfo, que a mí me es particularmente grata.

Este año tuve la oportunidad de publicar un libro que lleva el título de *Los lenguajes de la jurisprudencia, la sociología y la ética*, que para fortuna mía le di a leer a Rodolfo, el cual amablemente accedió a decir algunas palabras en la presentación de dicho libro. Son a estas palabras, muy originales, a las que quiero referirme brevemente en esta ocasión. Dije anteriormente que me parecía muy imaginativa la labor editorial de Rodolfo y la decisión de publicar muchos trabajos de una multiplicidad muy grande de autores. Pues bien, en las notas que escribió sobre mi libro, desarrolla algunas ideas verdaderamente interesantes y que revelan su interés por muchos temas y son el producto de su imaginación creadora.

En mi libro, cuando analizo el lenguaje, o mejor, los lenguajes de la ética, expongo con cierto detalle la clasificación de las éticas de Max Weber, contenida en la conferencia pronunciada en 1919, cuyo título es *La política como vocación*. En esta conferencia Weber presenta dos tipos sociológicos posibles de éticas, que pueden determinar la conducta social de los hombres. Weber las llama “ética de la convicción” y “ética de la responsabilidad”, a las que presenta en el siguiente párrafo:

Pero sí hay una diferencia abismal entre obrar según la máxima de una ética de la convicción, como la que ordena (religiosamente hablando) “el cristiano obra bien y deja el resultado en manos de Dios”, o según una máxima de la ética de la responsabilidad, como la que ordena tener en cuenta las *consecuencias* previsibles de la propia acción... Cuando las consecuencias de una acción realizada conforme a una ética de la convicción son malas, quien la ejecutó no se siente responsable de ellas, sino que responsabiliza al mundo, a la estupidez de los hombres o a la voluntad de Dios que los hizo así. Quien actúa conforme a una ética de la responsabilidad, por el contrario, toma en cuenta todos los defectos del hombre medio.

De manera muy clara, Rodolfo expone las consecuencias que en mi opinión se derivan de la asunción de cualquiera de las máximas específicas de cada una de las éticas weberianas. Tratándose de una ética de la convicción, sociológicamente se considera que

1. Lo debido nunca se encuentra determinado por las situaciones externas.
2. La desatención del mundo externo produce una actitud despreciadora del empirismo y una proclividad al apriorismo y al absolutismo.
3. Lo bueno consiste en seguir al pie de la letra la máxima o norma de conducta.
4. Dogmatismo en relación con las normas.

5. Autocracia como correlato político.

Por el contrario, actuar con base en la máxima de una ética de la responsabilidad tiene las siguientes derivaciones:

1. Lo debido de una conducta se encuentra determinado por las situaciones exteriores.
2. La atención al mundo externo produce una tendencia favorable al empirismo.
3. El criterio fundamental de lo bueno consiste en seguir las reglas morales que tiendan a considerar la bueno o lo útil de las consecuencias.
4. Se establece un criterio relativo de lo que es bueno.
5. Las éticas de la responsabilidad son relativas, empíricas y antidogmáticas y, por congruencia, la democracia es el correlato político.

Todo esto puede desprenderse de una lectura atenta de Weber. Lo interesante de todo esto es la forma como Rodolfo ha relacionado diversas obras mías y ha ilustrado las dos éticas con personajes literarios e históricos. El demagogo Cleón, en la Atenas del siglo V antes de Cristo, es el personaje que ejemplifica de manera rotunda a un sujeto que políticamente adopta una ética de la convicción retributiva. Recuérdese que Atenas sufría una peste que diezmó a más de la mitad de sus habitantes, de la cual una de sus víctimas fue el propio Pericles, que no la sobrevivió y Tucídides, que sí sobrevivió a su infección. La situación era crítica en extremo y, en ese momento, la ciudad de Mitilene de la isla de Lesbos, decide separarse de la Confederación de Delos, capitaneada por Atenas. Esta ciudad envía tropas a Mitilene y logran sofocar la rebelión. Pero la asamblea democrática ateniense aprueba una resolución por la cual se ordenaba pasar a cuchillo a todos los varones y vender como esclavos a las mujeres y a los niños, para lo cual enviaron un barco a Mitilene llevando las órdenes para que el ejército vencedor de la rebelión ejecutara la orden de la Asamblea.

El pueblo ateniense aceptó revisar la resolución del día anterior. En la segunda Asamblea habló Cleón, defendiendo su postura retributiva: ética de la convicción. Y Diódoto también habló, defendiendo una postura política consecuencialista, incluso de carácter utilitarista, proponiendo la decisión de aceptar en la resolución revocatoria las consecuencias que beneficiarían mayormente al pueblo ateniense, tanto económica como políticamente: imponer una fuerte multa a los mitilenos para reparar el daño causado y obligarlos a pagar anualmente el tributo como miembro de la Confederación de Delos.

También Rodolfo acepta la idea que expuse en mi libro sobre Shylock, el judío del personaje de Shakespeare en *El mercader de Venecia*, quien tercamente insistía que, en cumplimiento de un contrato, lo indemnizaran con una libra de carne del cuerpo de Antonio, un cristiano antisemita, sin aceptar argumento alguno en contra. Ética de la convicción.

Por lo tanto, Rodolfo califica a estas dos posturas de la siguiente manera muy imaginativa: *Ética de la convicción o modelo “Cleón-absolutista”* y *Ética de la responsabilidad o modelo “Diódoto-utilitarista”*.

Esto lo conduce, muy imaginativamente, a postular una ética a la que denomina *Ética de la cooperación o modelo “Pericles-objetivista”* teniendo como personaje que encarna esta posición ética de Rodolfo al gran estadista griego Pericles, con base en la oración fúnebre que pronunció frente al pueblo ateniense en el tercer año de la Guerra del Peloponeso. Expone su concepto de esta ética de la siguiente manera:

Entre el absolutismo moral y el subjetivismo cabe la posibilidad de un objetivismo (mínimo) muy ajeno al dogmatismo y, por el contrario, anclado fuertemente en premisas empírico-racionales, en el marco de una tradición hobbesiana-kantiana... Ambas tradiciones, la hobbesiana y la kantiana, aparecen conectadas en lo que podríamos llamar “la práctica social de la discusión moral” que, por una parte, satisface ciertas funciones relacionadas con la superación de los conflictos y el facilitamiento de la cooperación a través del consenso y, por otra, comprende ciertos presupuestos procedimentales y aun sustantivos —derechos humanos exigibles como precondiciones del propio discurso moral— apropiados para satisfacer tales funciones.

No todo diálogo conduce a la cooperación. Véase lo siguiente: varios años después del debate sobre Mitilene, los atenienses invadieron la isla de Melos y tuvieron un diálogo muy impresionante con los principales representantes y aristócratas de la isla, que los condujo a decidir lo que se habían abstenido de hacer con la población de Mitilene, es decir, matar a toda la población masculina y vender como esclavos a las mujeres y a los infantes, diálogo que concluyó de la siguiente manera:

Vuestra enemistad no nos perjudica tanto como vuestra amistad, que es para nuestros vasallos un signo manifiesto de nuestra debilidad, mientras que vuestro odio lo es de nuestro poder... la justicia prevalece en la raza humana en circunstancias de igualdad, y que los poderosos hacen lo que les permiten sus fuerzas y los débiles ceden ante ellos. (Tucídides V: 95 y 89)

No quiero extenderme más en estos comentarios, que hacen patente la imaginación creadora en materia filosófica de Rodolfo Vázquez. Yo personalmente no creo que la tercera ética de Rodolfo sea una alternativa viable para las dos éticas de Weber, sociológicamente entendidas. La “Nota” a mi libro hecha por Rodolfo y la aclaración conceptual que creo llevar a cabo, serán publicadas en el ejemplar de la revista *Doxa* de este año, publicada por la Universidad de Alicante, España.

AGRADECIMIENTO

Rodolfo VÁZQUEZ*

No tengo más que palabras de gratitud para mis tres entrañables amigos y colegas universitarios, Jorge Cerdio, Pablo Larrañaga y Pedro Salazar, por la iniciativa y organización de este Coloquio; gratitud a la que se suma el trabajo inteligente y siempre eficaz de Rosa María Vargas. Agradezco, igualmente, a quienes hoy nos acompañan en la mesa de honor y que, en sus respectivos campos académicos, la bioética, la filosofía del derecho y la ciencia política, han sido ejemplo e inspiración, y que me honran con su amistad: Marta Lamas, Ulises Schmill y José Woldenberg. Sólo la amistad explica la exageración de sus palabras.

Jorge se dio a la tarea de preparar una *laudatio* que se debe, sin duda, a su total generosidad. Yo sólo me permitiría añadir algo que Jorge no mencionó y que un querido amigo siempre me hacía recordar, entre tangos y unos buenos vinos: “tuvimos una infancia difícil, me decía, nos ha tocado vivirla entre puros argentinos”.

Debo confesar que todo esto me ha tomado por sorpresa. Un día un alumno se acercó con su *tablet* y me mostró un correo en el que se anunciaba un coloquio-homenaje con mi nombre, firmado por Jorge Cerdio. Por supuesto, mi primera reacción fue de incredulidad, y luego de cierto enfado, me pregunté quién me estaría gastando una mala broma abusando, como es claro, de mi ego porteño. Así que al regresar a mi oficina le escribí inmediatamente a Jorge para comentarle esta situación, y señalarle que quizás algún vivo estaba usando su nombre y dando difusión a algo con mucha mala fe. Aún conservo su respuesta, que a la letra me decía: “No es una broma, y sí es de mala fe: aquí copio a los otros culpables para su descargo (Pablo Larrañaga y Pedro Salazar). Vale la pena y con mucho. Así que, ni modo, tendrás que ayudar, dejándote de embromar, de un lado, y dejándonos organizar, del otro!”

* Instituto Tecnológico Autónomo de México.

Por supuesto, como se pueden imaginar, sigo emocionado y el enfado inicial se ha convertido en un agradecimiento interminable, que se ha extendido a tantas y tantos queridos amigos y amigas en México y fuera de México, y que hoy, muchos de ellos, me honran con su presencia. También agradezco a las dos universidades que han unido esfuerzos para hacer posible este coloquio, mismas que han formado parte de mi vida académica: el ITAM, mi universidad de asignación profesional, y la UNAM, mi universidad de adopción, nuestra querida universidad nacional.

A estas alturas de la vida si alguien me preguntara a qué me dedico, le respondería sin titubear, y con orgullo, a ser o a intentar ser un profesor universitario. Y si me preguntaran todavía a qué se dedica un profesor universitario, respondería enfáticamente: a esforzarse por preparar buenos ciudadanos, no ciudadanos buenos, sino buenos ciudadanos. Es verdad que las necesidades urgentes del país nos demandan egresados con habilidades muy especializadas, emprendedores, técnicos, líderes, pero si no son buenos ciudadanos hemos fracasado en nuestra empresa educativa. Hace ya varios años, en este mismo auditorio, el historiador Luis González refiriéndose a los egresados universitarios decía estas palabras que hago mías:

Mucho más preocupante que la devaluación del peso debe ser la devaluación de los valores de la cultura mexicana. No serán los hombres-máquina-de-hacer-dinero, ni los lanza órdenes y penas, ni los científicos y tecnólogos los que saquen a México de la crisis de fondo, los que suban e igualen el nivel de vida de los mexicanos. Como quiera, todos ellos pueden coadyuvar a la obra de salvamento a través del liderazgo de los frailes del siglo XX que deben caracterizarse por las pestañas quemadas en el estudio, por los sentimientos humanitarios y por la voluntad de servir al prójimo.

Creo que tenía razón. En los últimos 25 años he intentado darle un marco teórico a esa noble actividad de educar, que comenzó de manera formal en agosto de 1977 en el primer curso de lógica que impartí a alumnos del primer año de preparatoria. Educar, con el fin de formar ciudadanos con una clara conciencia de su situación histórica y cultural, y comprometidos con la construcción y consolidación de una sociedad más justa. He caracterizado a esa enseñanza como liberal, democrática, igualitaria, laica, incluyente con perspectiva de género y solidaria.

Es un enfoque que, en líneas generales, entiende al liberalismo, no en un sentido libertario, que aboga por las libertades a ultranza, sino igualitario, para el cual las libertades individuales son frágiles y vacías si no se logra igualar a las personas en la satisfacción de sus necesidades básicas y, por

tanto, en el abatimiento de la pobreza y la injustificada “brecha de desigualdad” social. Al mismo tiempo, defiende una concepción de los derechos humanos entendidos no sólo como derechos negativos, protegidos por un Estado mínimo y gendarme, sino que amplía el horizonte de su comprensión hacia los derechos sociales con una decidida intervención del Estado para su protección y garantía. Los derechos sociales, culturales y ambientales —como los derechos a la salud, a una vivienda digna, a la seguridad social, a un salario justo, a la educación, al acceso al patrimonio cultural, a un medio ambiente sustentable, etcétera—, son una extensión natural de los derechos individuales y, en este sentido, sería inconsistente reconocer derechos referidos a la vida, a la integridad física o a las libertades y no admitir que los mismos resultan violados cuando se omite generar las condiciones y otorgar los medios necesarios para su goce y ejercicio.

Este enfoque toma distancia de los excesos populistas, de la cerrazón nacionalista y del despotismo autoritario, reafirmando su convicción por una democracia plural, incluyente, deliberativa y representativa; y entiende, también, que deben ponerse límites éticos y jurídicos a los excesos de la clase política, del poder tecnocrático y, también, de una clase empresarial, que cree dogmáticamente en el mercado sin regulaciones y en una competencia desenfrenada en perjuicio de los trabajadores. Al mismo tiempo, se compromete con un liberalismo laico que comprende que el ámbito propio de las convicciones religiosas es el privado y que, de ninguna manera, el Estado debe intervenir coactivamente en las decisiones íntimas de las personas, y que, muy por el contrario, debe acompañar en el ámbito público el avance y el progreso de la ciencia en aras del propio bienestar del individuo y de los colectivos histórica y socialmente menos aventajados.

Se trata nada menos, que de construir una sociedad justa y decente. Una sociedad decente, decía Margalit, es aquella en la que las instituciones no humillan a las personas. Si queremos construir una sociedad de este tipo entonces debemos exigir que nuestras autoridades e instituciones no nos humillen. El concepto de humillación tiene que ver con una “pérdida de control”, con una temerosa impotencia de la víctima de proteger sus propios intereses y, finalmente, con la destrucción de la misma autonomía personal.

Sin duda, son tiempos difíciles, de enorme indignación y de una creciente demanda de justicia, pero no hay soluciones mágicas, ni mucho menos redentores populistas o magnates con inclinaciones misóginas, racistas y xenófobas. De cara al futuro, la tarea más bien, es recuperar y fortalecer la “fe democrática”, la convicción en los derechos humanos y la voluntad de vivir bajo un Estado *de* derecho y no sólo *con* derecho.

Si miro hacia atrás, creo que a fin de cuentas no he hecho en mis trabajos más que darle vueltas a esas ideas, quitando y afinando lo necesario. Las mesas del día de mañana serán una ocasión inigualable para dar continuidad a esa tarea de corrección y ajuste. No espero para los siguientes años, en mi actividad académica, cambios muy abruptos, pero si el gran Picasso tenía razón al decir que se comienza a ser joven a los sesenta, pues le tomaré la palabra, así que lo bueno está por venir.

Muchas, muchísimas gracias por tanta generosidad y cariño.

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DEMOCRACIA

UNA JUSTIFICACIÓN MAYORITARIA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD: LA REPRESENTACIÓN ARGUMENTATIVA EN LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Ana Micaela ALTERIO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La representación argumentativa*. III. *Reflexiones en relación con la democracia deliberativa*. IV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Entre las mayores satisfacciones que nos da la vida académica se cuenta encontrarse con personas de la talla de Rodolfo Vázquez abriendo el camino en la lucha por las mismas causas morales que una enarbola. La admiración, el respeto y el agradecimiento por todas las “armas” que nos va prestando para defender una sociedad más justa e igualitaria son infinitos. Pero sobre todo el desafío al que nos enfrenta cuando de elegir “tácticas y estrategias” se trata, nos obliga a pensar y repensar nuestras propuestas y argumentos una y otra vez para estar a la altura. En ese ejercicio me encuentro al escribir este artículo, consciente de las discrepancias que el profesor tendrá con algunas de estas ideas, pero confiada en que las preocupaciones que las inspiran son justo homenaje a las que él ha dedicado gran parte de su labor.

El profesor Vázquez ha estudiado con atención el constitucionalismo, adscribiéndose —diría yo— a la corriente llamada neoconstitucional¹ caracterizada en teoría por una afiliación al *principialismo*, anclado en el objetivismo moral y en lo institucional a la defensa de un constitucionalismo “fuerte” determinado por el establecimiento de un “coto vedado” de dere-

* Instituto Tecnológico Autónomo de México.

¹ Véase Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 381-402.

chos² y un control de constitucionalidad de las leyes con supremacía judicial.³ Consecuente con su pensar riguroso, el profesor no ha dejado de lado las objeciones democráticas que tales arreglos “contramayoritarios” despiertan a la crítica.⁴ De allí sus trabajos intentando ofrecer una justificación de la justicia constitucional y del papel de la judicatura⁵ en una democracia deliberativa y con valor epistémico.⁶

En este artículo quisiera hacer algunas reflexiones que problematizan su adhesión a la idea *alexiana* de “representación argumentativa” como justificación del control judicial de constitucionalidad en una democracia.⁷ Vale antes apuntar que esta noción para Alexy viene a justificar el control judicial de constitucionalidad en su vertiente *procedimental*, mientras que en lo *sustantivo*, dicho control se justificaría sobre la base de la teoría de los principios, que no trataré aquí.⁸ Con respecto a la posición de Vázquez también encontramos diferentes justificaciones para el control de constitucionalidad.⁹ Una primera justificación estaría relacionada con el propio valor epistémico de la democracia y, siguiendo a Nino, daría a la judicatura el papel de custodia de la autonomía personal. Una segunda justificación estaría en la función de los jueces y juezas de ser controladoras del mismo procedimiento.

² Tomando la expresión de Garzón Valdés, véase Vázquez, Rodolfo, “Democracia y derechos humanos”, *La Universidad y los derechos humanos en América Latina*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-Unión de Universidades de América Latina, 1992, p. 136.

³ Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 185 y ss. Entendiendo por “supremacía judicial” al diseño institucional según el cual los y las juezas tienen la última palabra cuando se trata de interpretar la Constitución, determinando en sus decisiones el significado de la Constitución para todas las personas. Kramer, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 125.

⁴ Véase Vázquez, Rodolfo, “Constitucionalidad y procedimiento democrático”, *Theoría*, México, núm. 3, marzo de 1996.

⁵ Véase Vázquez, Rodolfo, “Jueces y filosofía”, en Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *Homenaje a Jesús Ángel Arroyo Moreno*, México, Themis, 2014.

⁶ Vázquez, Rodolfo, “Constitucionalidad y...”, cit., p. 89.

⁷ Este argumento es tomado en sus trabajos citados. Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad...*, cit., pp. 188 y ss.; id., “Justicia constitucional...”, cit., pp. 399 y ss., entre otros.

⁸ Alexy, Robert, “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”, en Henao, Juan Carlos (ed.), *Diálogos constitucionales con el mundo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 50. Cada una de estas justificaciones respondería a una cuestión diferente respectivamente: la cuestión institucional, que se pregunta si es o no compatible con la democracia que a un tribunal constitucional le sean otorgados poderes para intentar conseguir la mejor respuesta posible (vertiente procedural) y la cuestión metodológica o de tipo teórico-argumentativo que se pregunta si tiene sentido, en casos de desacuerdo, intentar encontrar esa respuesta (vertiente sustantiva).

⁹ Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad...*, cit., pp. 186 y ss.

miento democrático “*a la Ely*”,¹⁰ y el último argumento justificatorio sería el compartido con Alexy de la representación argumentativa que trataré aquí.

Estas tres justificaciones que toma Vázquez apuntan a cuestiones y problemas muy diferentes. Muy sintéticamente podría decirse que el primer argumento se yergue como un límite a las decisiones de las mayorías que proscribe interferir con la libre elección de los individuos de ideales de excelencia humana y de planes de vida basados en ellos.¹¹ Puesto que la validez de los ideales personales no depende de la satisfacción de la exigencia de imparcialidad, una decisión colectiva no contribuye a acrecentar el valor epistémico de la solución que se alcanza. Así, la judicatura no tiene razones para observar una norma jurídica de origen democrático que esté fundada en ideales personales, debe por el contrario, descalificar las normas de índole *perfeccionista*.¹²

La segunda justificación —también utilizada por Nino— se basa en la concepción dialógica de la democracia, que maximizará su capacidad epistémica si se cumplen algunas condiciones. Los y las juezas son quienes estarían obligadas a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que dan valor a las decisiones tomadas por el procedimiento democrático.¹³ Este argumento nos enfrenta al problema de determinar cuáles serían esas condiciones o derechos *a priori* que las juezas deberían garantizar y, con éste, a la paradoja de las “precondiciones” de la democracia.¹⁴ En ambos casos tenemos un intento de justificación de decisiones “contramayoritarias”,¹⁵ es

¹⁰ Ely, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. de Magdalena Holguín, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997, especialmente cap. IV, pp. 97-131.

¹¹ Véase Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 278.

¹² Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y Debates*, Madrid, núm. 29, 1991, p. 130. Vázquez, al igual que Nino, insiste en distinguir entre una moral privada o autorreferente y la moral intersubjetiva, calificando de *perfeccionistas* aquellas decisiones que interfieren con la primera y que serían propias de regímenes totalitarios. *Id.*, “¿Es éticamente justificable penalizar la posesión de drogas para consumo personal?”, en Vázquez, Rodolfo (coord.), *¿Qué hacer con las drogas?*, México, Colegio de Bioética-ITAM-Fontamara, 2010, pp. 62 y 63.

¹³ Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad...*, *cit.*, p. 187. Algunas condiciones son: “la amplitud de participación de las afectadas por las decisiones o medidas que se discuten; la libertad para expresarse en el debate y en la discusión; la igualdad de condiciones con que se participa; la exigencia de justificación de las propuestas, etcétera”.

¹⁴ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *cit.*, p. 396. El tratamiento de Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos...”, *cit.*, p. 127; *id.*, *La Constitución...*, *cit.*, p. 194.

¹⁵ En palabras de Bickel: “...cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, tuerce la voluntad de los representantes

decir se intenta dar argumentos en favor de fallos de los tribunales que van en contra de decisiones democráticas que en principio reflejan a la mayoría.

El último argumento en cambio aborda un problema diferente. Al sostener que la judicatura ostenta una representación argumentativa, tanto Vázquez como Alexy intentan reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia considerando que aquél constituye también una forma de representación del pueblo.¹⁶ Aquí entonces no se trata de salvar una actuación contramayoritaria por parte de los y las juezas, sino de justificar la función judicial como representativa de las mayorías. En otras palabras, se trataría de garantizar el verdadero carácter mayoritario (y democrático) de las decisiones judiciales que no se habría visto reflejado en las que tomaron los poderes políticos.¹⁷ En este caso, se justificaría el control para todos los derechos constitucionales, no sólo aquellos relevantes para el proceso democrático.¹⁸

En este trabajo propongo dilucidar qué tipo de “representación” sería la que estarían ejerciendo los y las juezas en su papel de representantes argumentativos del pueblo y si este papel es realmente compatible con la idea de democracia deliberativa que asume el profesor Vázquez en sus construcciones.

II. LA REPRESENTACIÓN ARGUMENTATIVA

Según Alexy —en una concepción compartida por Vázquez— un esquema democrático que comprenda exclusivamente un sistema de toma

del pueblo real de aquí y ahora... ella ejerce control no en nombre de la mayoría prevaleciente sino en su contra”. Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962, p. 675. Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad...*, cit., p. 186.

¹⁶ Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Ibáñez, Perfecto Andrés y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, 2006, p. 13.

¹⁷ Sobre la distinción en el accionar de los jueces véase Barroso, Luis Roberto, “La razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales”, en Gargarella, Roberto y Niembro, Roberto (coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016; donde el autor explica: “la jurisdicción constitucional por supremas cortes o tribunales constitucionales en el mundo envuelve dos tipos de actuación: la contramayoritaria y la representativa”, entendiendo por actuación contramayoritaria la invalidación de actos del Poder Legislativo y Ejecutivo; y por actuación representativa, la toma de decisiones por parte de los tribunales que reflejan la voluntad mayoritaria a través de argumentos sólidos y correctos que las personas racionales son capaces de aceptar, es decir, se trata de una actuación que se inclina en favor de las posiciones mayoritarias de la sociedad.

¹⁸ Alexy, Robert, “Control judicial...”, cit., p. 61.

de decisiones basado en los conceptos de elecciones y de regla de la mayoría sería un modelo puramente “decisionista” de democracia y, por tanto, inadecuado. Un modelo adecuado, en cambio, debe incluir no sólo decisión sino también “argumentación”, tornándose una democracia deliberativa.¹⁹

En palabras de Alexy: “La democracia deliberativa es un intento de institucionalizar tanto como sea posible el discurso como un medio para la toma de decisiones públicas”. Por esta razón, la relación entre el pueblo y el Parlamento no se circumscribe solamente a las elecciones y los votos, sino también a los argumentos esgrimidos en sustento de las decisiones. Así, “la representación del pueblo por el Parlamento es, al mismo tiempo, volitiva o decisional, y argumentativa o discursiva”.²⁰ Y continúa, con respecto al tribunal constitucional *la representación del pueblo es puramente argumentativa*.²¹

Ahora bien, la definición que da Alexy sobre la representación no es muy acorde con la doctrina mayoritaria y más bien desentonan con los principios de la representación en sí.²² No es este el lugar para hacer un desarrollo sobre las múltiples teorías de la representación, baste con señalar que la vinculación entre representación y democracia ha sido (y es aún) problemática y requiere de justificación. Y si bien es cierto que a esta altura ya ha adquirido un estatus de institución democrática, este carácter se debe a su relación con el comportamiento electoral y como mecanismo para determinar la responsabilidad gubernamental, dos aspectos que no se encuentran en la representación argumentativa *alexyana*.²³

¹⁹ Alexy, Robert, “Ponderación, control...”, *cit.*, p. 14; Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad...*, *cit.*, p. 188.

²⁰ Alexy, Robert, “Control judicial...”, *cit.*, p. 62.

²¹ Alexy, Robert, “Ponderación, control...”, *cit.*, p. 14.

²² Al menos en sentido moderno, pues hay concepciones “orgánicas” de la representación que responden a otros principios, viendo a la representación “as a transcription of a pre-or nonpolitical identity”. Urbinati, Nadia, “Representation as Advocacy. A Study of Democratic Deliberation”, *Political Theory*, 28 (6), diciembre de 2000, pp. 775 y 776. En esa concepción, atribuible a Schmitt, lo representativo sería precisamente el elemento no-democrático en la democracia, pues viene a ser necesariamente la expresión de unidad y no de división, véase Greppi, Andrea, *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Madrid, Trotta, 2012, p. 49.

²³ Véase Urbinati, Nadia, *Representative Democracy. Principles & Genealogy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2006, pp. 17 y ss.; Bernard, *The Principles of Representative Government*, Nueva York, Cambridge University Press, 2002; *id. et al.*, “Elections and Representation”, en Przeworski, Adam *et al.* (eds.), *Democracy, Accountability and Representation*, UK, Cambridge University Press, 2003, pp. 29-54, donde claramente afirman: “The claim connecting democracy and representation is that under democracy government are representative be-

Para el autor alemán la representación consiste en una relación entre dos partes: representado y representante. Esa relación tendría una dimensión volitiva o decisional (que representa el lado real) y otra dimensión argumentativa o discursiva (que representa el lado ideal de la representación).²⁴ Así, un concepto “adecuado” de representación debe referirse a ciertos “valores ideales”,²⁵ por lo que no se agota en una procuración mediante poderes (como según él propone Kelsen) y es más que una transformación de las representadas en algo existente (como mantendría Schmitt). A su criterio, la representación incluye elementos de ambas ideas pero estos elementos no agotarían el concepto.²⁶ “La representación expresa necesariamente una pretensión de corrección. Por lo tanto, un concepto de representación bien

cause they are elected... then government will act in the best interest of the people”, p. 29. Luego los autores explican sucintamente dos concepciones de la representación: como mandato, según la cual las elecciones sirven para elegir las políticas y los políticos; y como responsabilidad, según la cual las elecciones sirven para responsabilizar a los gobernantes por el resultado de sus acciones pasadas. Pitkin, Hanna, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1972, p. 209, podría resumirse diciendo “representing here means acting in the interest of the represented, in a manner responsive to them”.

²⁴ Alexy, Robert, “Control judicial...”, cit., pp. 61-63.

²⁵ Una visión similar podría encontrarse en James Mill, que basándose en Rousseau planteaba la representación como reflejo de lo que la gente tenía en común, o sea, su potencial para alcanzar el bien común. Estos autores presumían una identificación axiomática entre la libertad política y la unidad del cuerpo político. En el caso de James Mill, la representación trabajaba como un *simplificador* de intereses y un *asimilador* de sujetos: se asumía que los industriales promovían los intereses de los demás promoviendo los suyos propios, los intereses de las mujeres se incluían dentro de los de sus maridos y padres, los de los trabajadores dentro de los de los empresarios, etcétera. El modelo de James Mill socavaba la representación uniéndola a verdades objetivas en lugar de a opiniones. Pero a diferencia de Rousseau, el “pueblo soberano” era la mayoría en el Parlamento. Urbinati, Nadia, “Representation as...”, cit., p. 769. En el caso de Alexy, podríamos decir que ocurre otra traslación que diferencia su teoría de la de estos autores, cual es que el pueblo soberano se encarna en los tribunales. También es fácil encontrar similitudes con la teoría de la representación de Burke, para quien lo que se representa son intereses que tienen una realidad objetiva, impersonal e independiente (*unattached*) de las personas. Esta representación “virtual” está encarnada en una “aristocracia natural” de quien importa su capacidad para el razonamiento práctico, donde razonamiento no es sólo una cuestión intelectual sino que está íntimamente ligado con la moralidad y con lo correcto. En este sentido la representación puede existir sin elecciones. Véase Pitkin, Hanna, *The Concept...*, cit., pp. 169, 173 y ss.

²⁶ Lo que puede ser difícil de conciliar. Como adelanté, Schmitt tiene en vistas una idea de representación que proviene de la representación eclesiástica medieval en la figura del papa como cabeza visible de una unidad: la iglesia católica. Así, en su versión secular, el *führer* es la representación del pueblo como unidad orgánica. Esta idea en su radicalidad es un ejemplo de la incompatibilidad entre la idea de representación como técnica para lograr la unidad (mística) de la comunidad y la representación política democrática. Urbinati, Nadia, *ibidem*, p. 22.

definido deberá contener una dimensión ideal que relacione la decisión con el discurso”. En suma, la representación se definiría como la conexión de dimensiones normativas, fácticas e ideales.²⁷

Esta idea de representación de Alexy sería aplicable tanto al Parlamento como a los tribunales. Pero en el caso del Tribunal Constitucional, la idea de una representación *puramente argumentativa* genera más problemas. Como bien enfatiza Kumm: si no hay un vínculo volitivo/decisional entre el pueblo y los tribunales constitucionales, difícilmente pueda considerarse a éstos instituciones representativas. En tal sentido, la representación argumentativa sería compatible con la de un consejo de justicia hereditario de reyes filósofos.²⁸ Kumm, sin embargo, rescata la naturaleza representativa de los tribunales mediante un “vínculo electoral indirecto”, pues son los y las representantes elegidas de manera directa las que eligen a los miembros del tribunal. Y, más allá de eso, los y las juezas al interior del tribunal toman sus decisiones por medio del procedimiento mayoritario.²⁹ Esto haría que haya al menos una forma débil de representación volitiva.³⁰

Pero para Alexy ese no es el punto decisivo, pues la independencia de la magistratura requiere que el pueblo no tenga posibilidad de ejercer control al votar para que abandonen su cargo. Lo mismo encontramos en Vázquez, quien ve en la independencia judicial (como garantía de que los y las juezas procedan libres de presiones extrañas y sean independientes de toda autoridad) una condición *sine qua non* para la consolidación de un Estado democrático de derecho.³¹ Así entonces, se debe caracterizar la representación del pueblo por un tribunal como *esencialmente argumentativa*, es decir, para los tribunales la dimensión ideal es la dominante.³²

²⁷ Alexy, Robert, “Ponderación, control...”, *cit.*, p. 15.

²⁸ Kumm, Mattias, “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review”, en Klatt, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 206.

²⁹ No encuentro relación alguna entre el procedimiento de decisión por mayoría al interior de un tribunal y el vínculo electoral indirecto que mantendría la representatividad de los mismos, presentada por Kumm aquí.

³⁰ *Ibidem*, p. 207. Que por lo demás, explica el autor, históricamente se encuentra en otras instituciones democráticas como la Presidencia y el Senado de los Estados Unidos de América, que eran considerados instituciones representativas a pesar de que —hasta el temprano siglo XX— fueron elegidos mediante colegios electorales y legislaturas estatales respectivamente. En este sentido vale agregar que la idea misma de representación política implica la intermediación o la idea de acción política “indirecta”. Urbinati, Nadia, “Representation as...”, *cit.*, p. 758.

³¹ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *cit.*, pp. 385 y ss.

³² Alexy, Robert, “Control judicial...”, *cit.*, pp. 62 y 63.

Con esta explicación, resulta aún más difícil ver la parte “representativa” del control de constitucionalidad, al menos en el sentido de representación política que se suele asociar a la democracia. Más bien parece un argumento forzado para tratar de salvar la objeción democrática que sigue estando presente. Y creo que Alexy también lo nota, por lo que ensaya otros dos argumentos adicionales para salvar dicha objeción. Por un lado nos dice que el control de constitucionalidad como argumento o discurso no es ilimitado (1). Por otro lado, que el control de constitucionalidad en tanto representación está conectado con lo que la gente “realmente piensa” (2).³³ Veamos.

1) Alexy nos explica que los argumentos constitucionales se pueden distinguir unos de otros, en la medida en que sean buenos, malos, mejores o peores. Así, el control de constitucionalidad no admite todo, sino que se basa en una argumentación racional y por tanto objetiva.³⁴ Ciertamente —concede el autor— la teoría del discurso racional que da sustento a la argumentación no excluye el desacuerdo razonable; sin embargo, excluye la idea de que todos los desacuerdos son razonables.³⁵ Y en todo caso —según Alexy— el control judicial es un proceso de aproximación hacia la corrección o la verdad, “[e]s nuestro mejor medio para acercarnos a lo que es discursivamente necesario”.³⁶ Esta justificación creo que casa bien con la que el profesor Vázquez nos ofrece de la “legitimidad de ejercicio” de los tribunales frente a una legitimidad de origen (en tanto electos) que puedan tener los otros poderes.³⁷

2) Ahora bien, sigue Alexy, “La existencia de argumentos buenos o plausibles es suficiente para la deliberación y la reflexión, pero no para la representación. Para esto, no sólo es necesario que los tribunales sostengan que dichos argumentos son argumentos del pueblo, sino que, además, *un número suficiente de personas acepte, por lo menos a largo plazo, estos argumentos como razones de*

³³ Alexy, Robert, “Ponderación, control...”, *cit.*, p. 16.

³⁴ Este argumento entra en combinación con otro que Alexy llama de la “discrecionalidad” y que viene a decir que en los casos de “empate” o “punto muerto”, o sea, en los que no sea claro qué argumento es mejor o en los que falte certeza empírica o normativa, debe darse deferencia al Legislativo. En otras palabras, el Parlamento es libre para decidir lo que deseé. Alexy, Robert, “Control judicial...”, *cit.*, p. 56.

³⁵ *Ibidem*, p. 63. Lo que ocurre es que ante estas diferencias de apreciación, el que tiene la última palabra es el Tribunal Constitucional, que según Alexy controla los límites de la competencia del Legislativo, sobre unos parámetros que aunque el autor diga que son objetivos, no dejan de ser controvertidos.

³⁶ *Ibidem*, p. 64.

³⁷ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *cit.*, pp. 389, 400 y 401.

corrección”.³⁸ Así para el profesor alemán, el nivel ideal de la argumentación y corrección, se conecta con el nivel *real* de la aceptación actual.³⁹

Ese nivel real —antes obviado—⁴⁰ se trasladaría de la elección a la aceptación, es decir, a una especie de convalidación *ex post facto* que reuniría dos condiciones fundamentales a fin de ser una verdadera representación argumentativa: primero, la existencia de argumentos correctos o razonables, y segundo, la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos o razonables, por la mera razón de que son correctos o razonables. Así, concluye Alexy, el control de constitucionalidad sólo puede tener éxito si los argumentos presentados por el tribunal constitucional son razonables, y si un número suficiente de miembros de la comunidad son capaces de ejercitar sus capacidades racionales y deseen hacerlo.⁴¹ Por lo que: “si la razón justifica el constitucionalismo democrático, como pienso que lo hace, entonces el control judicial se justifica como uno de sus elementos necesarios”.⁴²

Más problemas se encuentran aquí. Por empezar con el primer argumento, difícilmente pueda salvarse el hecho del desacuerdo. Por más que Alexy admita que su teoría sirve sólo para excluir los desacuerdos *no razonables* y Vázquez nos invite a no exagerar el ámbito de los desacuerdos,⁴³ ninguno nos da una razón de por qué ante la presencia de éstos, tengan que ser los y las juezas las que tengan la última palabra, ni por qué ellas serían los que más se acercarían a la verdad o corrección.⁴⁴

³⁸ Alexy, Robert, “Ponderación, control...”, *cit.*, p. 17, las cursivas me pertenecen.

³⁹ Alexy, Robert, “Control judicial...”, *cit.*, p. 64. Aquí nuevamente nos viene a la mente Burke. Ya anuncié que para este autor los intereses a representar son completamente independientes de los deseos o las opiniones de los y las representadas. De allí que, por un lado, una representante inteligente y honesta puede identificarlos, y por el otro, las representadas eventualmente los aceptarán. Si se dan el tiempo y la posibilidad de deliberar suficientes, cualquier persona razonablemente inteligente y no prejuiciosa coincidirá con éstos. Pitkin, Hanna, *The Concept...*, *cit.*, p. 180.

⁴⁰ Pues como se dijo, Alexy habla de una representación *puramente argumentativa*, donde la dimensión ideal es dominante. Aunque aquí dice que esa dimensión ideal no es suficiente para que haya representación.

⁴¹ Alexy, Robert, “Control judicial...”, *cit.*, p. 64; *id.*, “Ponderación, control...”, *cit.*, p. 17.

⁴² Alexy, Robert, “Control...”, *ibidem*, p. 64.

⁴³ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional”, *cit.*, p. 398.

⁴⁴ Para Alexy, los argumentos del tribunal como razones de corrección son los argumentos correctos o razonables que tienen ese carácter porque derivan de un procedimiento en el que se cumplen las reglas y las formas de la argumentación, pero que no pueden producir ninguna certeza definitiva, por lo que son provisionales y refutables. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2a. ed.,

Es que aun cuando los tribunales sean deferentes a las legislaturas en muchos casos (en aplicación de la tesis de la discrecionalidad), en definitiva serán los propios tribunales los que decidan ese grado de deferencia.⁴⁵ Sin contar con que, de acuerdo con las propias tesis de la teoría discursiva que ambos autores sostienen, una participación incluyente e igualitaria es condición básica para alcanzar soluciones más correctas.

Es importante resaltar que la noción de representación vinculada a la deliberación tiene poco que ver con esta búsqueda de corrección *alexiana*. Como enseña Manin, si se indaga en los orígenes de la vinculación entre representación y deliberación, se encuentra que la idea era que estén presentes, antes de tomar una decisión, la pluralidad que implicaba la sociedad moderna. De esta manera, a diferencia de la democracia directa que presuponía sociedades pequeñas y homogéneas, la democracia representativa se ligó a la aceptación de esa diversidad social.⁴⁶ La representación se proponía como técnica que permitía el establecimiento de un gobierno emanado de la gente en su heterogeneidad. Mientras la deliberación se justificó como forma de transparentar los diferentes puntos de vista pero sin remplazar a la decisión que se tomaba por consenso mayoritario, donde todas las voluntades valían lo mismo.⁴⁷ Así representación y deliberación se vinculan al desacuerdo y a la libertad de expresión. Estos son los elementos que, por lo demás, dan sentido a la votación, que presume la evaluación y discriminación entre opiniones articuladas.⁴⁸ Así se establece un *continuum* entre parti-

trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 36-38, 137, 177, 201, 238, 264, 278 y 279.

⁴⁵ Como señala Kumm, “*Disagreement over a particular issue is reasonable, if and only if it falls within the domain of discretion defined as the result of balancing the relevant substantive and procedural principles*. This means that it is not possible to define the domain of reasonable disagreement in some abstract way”, Kumm, Mattias, “Alexy’s Theory...”, cit., pp. 211 y 212. Las cursivas en el original.

⁴⁶ Explica Manin, en sus orígenes la idea del gobierno representativo estaba justificado como “government by discussion”. Con sus palabras: “The link between representation and discussion can be understood only by introducing the intermediary notion of assembly”. Manin, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Nueva York, Cambridge University Press, 2002, p. 184.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 186 y ss. Vale aclarar que esta concepción que se origina en Siéyès no tomaba ese consenso como universal y menos aún como expresión de alguna verdad, p. 189. En palabras de Manin: “The principle of representative government must therefore be formulated as follows: no proposal can acquire the force of public decision unless it has obtained the consent of the majority after having been subjected to trial by discussion. It is the consent of the majority, and not debate, that makes the law”, p. 190.

⁴⁸ Urbinati, Nadia, “Representation as ...”, cit., p. 765.

cipación y representación, que es imposible de establecer en la concepción argumentativa.

Para romper este *continuum* de forma “justificada” Alexy esgrime un argumento “formal”, que es tangencial y que remite a un argumento que ya esbozara Dworkin en sus primeros trabajos, cual es el *nemo iudex in sua causa* o lo que es lo mismo, “nadie puede ser juez de su propia causa”.⁴⁹ Así, dice distinguir el problema de la última instancia del problema del control: “Si no hay revisión judicial de constitucionalidad, no hay control del Poder Judicial con respecto a la cuestión de si —al seguir sus propias evaluaciones de los requisitos de los derechos constitucionales— [el Legislativo] ha violado estos derechos”. En efecto, que la última instancia no tenga a su vez un control sobre sí, no significa que no se puedan controlar instancias que no son definitivas.⁵⁰

Pero la cuestión así planteada, en términos dicotómicos, es una falacia.⁵¹ Se pueden articular distintas formas de control, incluso la de los tribunales, sin tener que sacrificar el autogobierno ni caer en respuestas objetivistas. Por un lado, piénsese en las ideas que propusieron los radicales cuando discutían con los liberales en ocasión de la redacción de la Constitución estadounidense de 1776.⁵² Ante la necesidad de establecer controles, tanto frente al peligro de que los legisladores tomasen decisiones “precipitadas,

⁴⁹ Dworkin perfiló este argumento. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 2002, p. 223. Según él, “hacer que la mayoría sea juez en su propia causa parece incongruente e injusto”. El argumento fue rebatido por Waldron, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006. pp. 1400 y ss., aunque creo que no de manera satisfactoria. Es que si bien es cierto —como afirma Waldron— que los derechos de los y las juezas de las cortes supremas también se ven afectadas por las decisiones que ellas mismas toman, eso no quiere decir que la decisión que juzgan —la ley— haya sido expedida por ellas. En suma, se trata de evaluar una de las posibles interpretaciones de esos derechos que hizo la mayoría parlamentaria. Un desarrollo de esta crítica en Niembro Ortega, Roberto, “El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano”, *Foro, Nueva Época*, vol. 16, núm. 2, 2013, pp.11-56.

⁵⁰ Alexy, Robert, “Control judicial...”, cit., p. 58.

⁵¹ Con esto me refiero a la afirmación de Alexy de que “La inseguridad relativa a los resultados que tiene el discurso iusfundamental, conduce a la necesidad de una decisión iusfundamental autoritativa. Si la mayoría parlamentaria no ha de auto-controlarse, lo que significaría ser juez en su causa propia, queda sólo la posibilidad de un control por parte del Tribunal Constitucional, cualquiera que sea su forma”. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 509, la cursiva me pertenece. Lo que implica no considerar ninguna otra alternativa como posible.

⁵² Para este punto sigo a Gargarella, Roberto, “La lectura mayoritaria del Estado de derecho”, en Melero, Mariano (coord.), *Democracia, deliberación y diferencia*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2007, pp. 17-35.

repentinas e impulsivas”, cuanto sobre los funcionarios públicos mismos para evitar la expansión constante de poder; los radicales favorecieron los controles externos o exógenos, es decir, aquellos provenientes de la masa del pueblo.⁵³ Así propiciaron la publicidad de los actos del Legislativo y sus motivaciones, la apertura en sus discusiones, el acercar a la ciudadanía a sus representantes y una variedad de mecanismos institucionales que no viene al caso traer aquí.

Por otro lado, incluso manteniendo un control judicial, se puede pensar en sistemas débiles donde la última palabra no quede en manos de esos mismos tribunales.⁵⁴ Así cabría la posibilidad institucional de que el Parlamento por medio de sus representantes responda a las sentencias, revisando las razones que las sustentan y fomentando un diálogo inter-orgánico (*ongoing discussion*) mucho más acorde con los principios que los autores estudiados parecen sostener.⁵⁵

En realidad, lo que tanto Alexy como Vázquez propician es el control constitucional con supremacía judicial sobre el poder representativo; en esa lógica, el tipo de representación argumentativa que proponen es más problemática aún, pues expulsa el elemento de control que tiene ínsita toda representación. Como ya apunté *supra*, el que la representación esté vinculada a las elecciones, hace que cumpla una función de control sobre la actividad

⁵³ Algo que, en muchos casos, venía acompañado de una fuerte sospecha del propósito real y el efecto de los mecanismos contramayoritarios. Gargarella cita a Samuel Williams de Vermont, quien expuso claramente esta postura. Afirmó: “la seguridad del pueblo no se deriva de la aplicación bella e ideal del sistema de frenos y contrapesos, y de los poderes mecánicos entre las diferentes partes del gobierno, sino de la responsabilidad y dependencia de cada parte del gobierno, sobre el pueblo”. El principal mal a remediar era entonces “la tiranía de la minoría”. Así Vermont explicaba: “[T]an pronto como el poder delegado se aleja de las manos del poder constituyente... la tiranía se establece en algún grado”.

⁵⁴ Incluso Alexy ensaya una solución prometedora al decir: “Ante tal estado de cosas [refiriéndose a la dificultad de llegar a respuestas correctas en casos controvertidos], el discurso en varios niveles entre el Tribunal Constitucional, el legislador, la opinión pública y la ciencia, y en el que la decisión aquí esbozada no habrá de ser la última palabra, resulta más adecuado para el problema que la decisión de una mayoría simple en el Parlamento, pues éste decidiría como juez en su propia causa”. Alexy, Robert, “Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 47. Lamentablemente, esta propuesta no se desarrolla y pierde fuerza si se considera el resto de las formulaciones de Alexy.

⁵⁵ Incluso se podría fomentar una combinación de controles endógenos y exógenos. En el mismo sentido Elías Díaz, admitiendo la necesidad ineludible de controles para la existencia de un Estado de derecho nos propone que “la fiscalización (a la Administración) se realice desde la ley y, además, que la voluntad popular —el electorado— aparezca como fuente primaria de legislación y como último y decisivo órgano de control político”, en Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 3a. ed., Madrid, Taurus, 1998, p. 108.

pasada de los y las representantes, pudiéndoseles “premiar o castigar” por medio del voto. Al desvincular la representación de la voluntad popular, se deja a los tribunales sin ninguna instancia de control por sus actos y se menoscopia la importancia que puede tener continuar el procedimiento discursivo con posterioridad a la sentencia.

Esto hace mucho ruido en el pensamiento de Vázquez, pues parte importante de sus reflexiones han ido dirigidas a establecer responsabilidad en el servicio público (dentro de éste, los y las juezas) para evitar la corrupción. Con sus palabras, la ecuación básica de la corrupción sería: “monopolio de la decisión pública + discrecionalidad de la decisión pública – responsabilidad”.⁵⁶ Esto haría *ad initio* peligroso el lugar institucional pensado para la judicatura. Si por responsabilidad se entiende “una actitud esencialmente dialógica”⁵⁷ en la que quien toma la decisión debe rendir cuentas de sus acciones ante la ciudadanía y luego se quita cualquier medio institucional de control a esa ciudadanía⁵⁸ (o sus representantes electos), no se ve cómo es que la judicatura puede participar de ese diálogo que propone Vázquez.

Volveré ahora a considerar el segundo argumento presentado por Alexy y seguido por Vázquez. La idea de una aceptación popular *ex post facto* como elemento *real* de la representación complica aún más las cosas. Ninguno de los autores da un parámetro efectivo de comprobación de esa aceptación, sino que más bien dan por sentado que ocurrirá. Así, no nos dicen qué número de personas tendrían que aceptar los argumentos del tribunal como razones de corrección para que la representación se diera de modo “suficiente” (y con ésta, la justificación del control de constitucionalidad). Vázquez incluso agudiza los problemas de este argumento pues en su reconstrucción ya no es “el pueblo” el sujeto idóneo para la aceptación racional y razonable de la argumentación judicial, sino “una ciudadanía activa que incluye a los responsables de los medios de comunicación y, por supuesto, a

⁵⁶ Aunque sobre el punto tome los desarrollos de Klitgaard, *Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema de fin de siglo*, Buenos Aires, Sudamericana, 1988. Citado en Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad...*, cit., pp. 200 y ss.

⁵⁷ Camps, Victoria, *Virtudes públicas*, Madrid, Espasa Calpe, 1990, p. 66; Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad...*, cit., pp. 203-205.

⁵⁸ Vale resaltar que cuando pienso en medios institucionales de control, no sólo estoy pensando en el voto. Se puede, como adelanté, pensar en propuestas dialógicas que no quiten la parte de decisión a la ciudadanía, ni tampoco a la judicatura, sino que los coloquen en una situación de diálogo igualitario. Estas propuestas han sido elaboradas por el llamado *new commonwealth model of constitutionalism*, véase Gardbaum, Stephen, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001, pp. 707-760.

la comunidad académica y universitaria... ”,⁵⁹ por lo que a la pregunta sobre el “número” de personas que eventualmente acepten, se agrega la calidad de las mismas (¿quienes aceptan o no?).

Tampoco nos dicen qué plazo tendríamos que esperar para que esa aceptación fuera efectiva. Alexy alega que aunque sea debe darse en el “largo plazo”, pero por mientras ¿qué sucede? ¿Estaría el control de constitucionalidad justificado o no? Y, en todo caso, si hay razones de corrección para aceptar las decisiones de los tribunales (lo que implica que se cumplió con el procedimiento deliberativo), ¿por qué sería necesario que un número suficiente de personas las aceptaran? Y por el contrario, si a la postre esa aceptación no se da. ¿Cómo podríamos saberlo? ¿Y si la gente “acepta” las decisiones del tribunal no por razones de corrección sino por inercia, o porque no cuenta con mecanismos efectivos para hacer valer su desacuerdo?⁶⁰

Como se puede ver, muchas cosas quedan en el aire. Supongo que la idea ante decisiones judiciales impopulares, no aceptadas o incorrectas, es que la gente se movilice de tal forma que logre una reforma constitucional. Pues como dice Alexy:

⁵⁹ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, cit., p. 400; id., “Justicia constitucional, derechos humanos y el argumento contramayoritario”, en Vázquez, Rodolfo (ed.), *Normas, razones y derechos. Filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 237-256.

⁶⁰ Otros defensores del control judicial de constitucionalidad han intentado minimizar la objeción democrática por el camino de demostrar, empíricamente, que a la postre “el pueblo” termina avalando/legitimando las decisiones judiciales. Así, Barry Friedman con su teoría del “constitucionalismo popular mediado” desarrolla un estudio por el que pretende probar la tendencia congruente que existiría entre decisiones judiciales y opiniones mayoritarias, más el respaldo popular que existiría hacia la práctica del control judicial, incluso ante casos en donde la opinión pública fuera contraria a la decisión de la Suprema Corte estadounidense. Véase Friedman, Barry, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Nueva York, Farrar-Straus and Giroux, 2009; id., “Mediated Popular Constitutionalism”, *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003. Una idea que también ha recibido numerosas críticas, véase Gargarella, Roberto, “Acerca de Barry Friedman y el «constitucionalismo popular mediado»”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, núm. 1, 2005, pp. 161-167. De cualquier modo y a pesar de las similitudes, no es este el camino que toma Alexy, que en ningún momento pretende demostrar su tesis empíricamente y aunque así pudiera, no encuentra allí el fundamento para su posición. De hecho afirma que “Las valoraciones de la colectividad no se pueden determinar con exactitud en muchos casos. Incluso con la ayuda de los métodos de las ciencias sociales aparecen con frecuencia valoraciones que no son lo suficientemente concretas como para poder servir como fundamento de la decisión”. Por lo que concluye: “se debe exigir un modelo que, por un lado, permita tener en cuenta las convicciones extendidas y los resultados de las discusiones jurídicas precedentes y, por otro lado, deje espacio a los criterios de lo correcto”. Alexy, Robert, *Teoría de la..., cit.*, p. 31.

[q]uien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales —esto es, en la práctica, quien logre que sea la adoptada por el Tribunal Constitucional Federal—, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo *habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política*, de modo que habrá convertido en insuficiente una mayoría parlamentaria simple y tan sólo el propio Tribunal Constitucional Federal o bien la mayoría de los dos tercios exigida para la reforma constitucional por el artículo 79.2 LF podrán alterar un tal estado de cosas.⁶¹

Pero la dificultad y los costes de “alterar un tal estado de cosas” que decidió el Tribunal a través de una reforma constitucional, más bien hacen pensar que su posición será la que primará por defecto, independientemente de su corrección o la aceptación que pudiera lograr.

En definitiva considero que todos estos problemas surgen porque se intentan incorporar dos parámetros diferentes de legitimidad en una misma fórmula: la corrección moral y la aprobación popular, siendo que naturalmente se encuentran en tensión. Importa que las decisiones sean “correctas”, con las dificultades epistémicas y metodológicas que ello conlleva; y que sean tomadas por las personas afectadas atendiendo al procedimiento para lograrlo, en este caso, a la aceptación popular suficiente aunque sea a largo plazo.⁶² Pero sin terminar de considerar que puede darse la una y no la otra; en ese caso, se tendrá que buscar un procedimiento para resolverlo, sin hacer de cuenta que el problema no existe.

Los autores en estudio son más que conscientes de este problema. Alexy lo plantea claramente cuando analiza la relación entre derechos humanos y democracia. En efecto, explica que existen tres formas de contemplar esta relación: una *forma ingenua*, según la cual no existen conflictos. Una *concepción idealista* (o modelo *rousseauniano*) que reconoce el conflicto pero considera que la reconciliación no se halla en este mundo, sino en el ideal de una sociedad bien ordenada, donde tanto el pueblo como sus representantes políticos, no están en absoluto interesados por lesionar los derechos fundamentales de ciudadana alguna por medio de decisiones parlamentarias mayoritarias, sino todo lo contrario. Este modelo resulta inalcanzable según el autor. Por esta razón, considera correcta sólo la *concepción realista*, según la cual la relación entre derechos humanos y la democracia se caracteriza por dos constataciones opuestas: 1) Los derechos fundamentales son profunda-

⁶¹ Alexy, Robert, “Los derechos...”, *cit.*, pp. 36 y 37. La cursiva es mía.

⁶² Suponiendo que este parámetro logra dar en el blanco de la legitimidad democrática.

mente democráticos. 2) Los derechos fundamentales son profundamente antidemocráticos; la cuestión será cómo hallar una vía media entre ambas posiciones.⁶³

Su vía intermedia es la representación argumentativa, pero, insisto, esta vía no resuelve de ninguna manera la objeción democrática. Claramente no lo hace en los casos en donde las decisiones judiciales no son aceptadas por la población, ni siquiera en el largo plazo —tornando las decisiones no representativas—. En tal sentido, ni tomando prestada la idea de Dworkin de que es dable esperar que “[las] decisiones verdaderamente impopulares [de los tribunales resulten] erosionadas por la renuncia de la adhesión pública”,⁶⁴ se justifica que mientras tanto tengan la autoridad final para anular acciones del Parlamento. Pero tampoco la resuelve en los casos en que se comprobara la aceptación posterior de las personas, pues deja a la ciudadanía en un papel de mera ratificadora de decisiones tomadas por otros, que podría darse también en caso de que las decisiones las tomara una dictadura benevolente, un consejo de reyes filósofos, etcétera.

Lo que en el fondo avala las justificaciones de Alexy y Vázquez del control judicial es una idea más profunda que diferencia lo *argumentativo* (como jurídico) de lo *político*. Así, según Alexy, lo argumentativo estaría en el campo de la “reconciliación”, pues representaría “aquellos que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple legislador no pueda decidir sobre ello”.⁶⁵

Sobre esto, además de llamar la atención de que en la cita se encuentran dos ideas distintas que no se siguen una de otra: la una, que existan condiciones de cooperación social justa compartidas por las ciudadanas racionales y, la otra, que tengan que ser sacadas del ámbito de decisión del Legislativo. Me interesa cuestionar la diferenciación misma entre estas supuestas condiciones jurídicas y lo *político*, donde parece que sí valdría el pluralismo y por ello el desacuerdo. Es que si bien se admite cierta “relación”

⁶³ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

⁶⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos...*, cit.; Gargarella, Roberto, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, núm. 6, abril de 1997, p. 66.

⁶⁵ Alexy, Robert, “Derechos fundamentales...”, cit., p. 40. Pero, como apunta García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, p. 116, la viabilidad (legitimidad) de una concepción como esta en el plano político depende de la posibilidad de establecer alguna instancia de objetividad (semántica y ética) que permita fiscalizar las decisiones jurisdiccionales. En Vázquez esta idea se puede encontrar en sus múltiples referencias a las ideas de “coto vedado” de Garzón Valdés o del “ámbito de lo indecidible” de Luigi Ferrajoli.

entre ambos terrenos, se postula que el derecho constitucional, materia de argumentación y racionalidad, trata sobre los límites de la política. Esto haría pensar que la representación argumentativa no es representación política, y por tanto, no entiendo en qué punto seguiría siendo representación democrática.⁶⁶

En conclusión, frente a la tensión que genera el control judicial de constitucionalidad con la democracia, se sacrifica esta última en pro de una solución sustancialista, atada a la corrección moral que se supone se encuentra en manos de los tribunales. De allí en más, no se encuentran mayores justificaciones, dado que la idea de representación argumentativa está lejos de ser una idea con bases sólidas y no explica por qué no podrían encontrarse soluciones correctas y aceptables en el marco de la representación política del Parlamento, que sí es electa, responsable y que se da por sentado es democrática, máxime cuando es el foro que más se compadecería con la teoría del discurso de la que se parte.

III. REFLEXIONES EN RELACIÓN CON LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Problematizada la concepción de la representación argumentativa en sí misma como una justificación sólida para el control judicial de constitucionalidad de las leyes, me gustaría realizar algunas reflexiones sobre la relación de esa concepción con las otras justificaciones que ofrece el profesor Vázquez y con la noción de democracia deliberativa que sostiene.

Como se sabe, Vázquez se adhiere en gran medida a la concepción de democracia deliberativa con valor epistémico de Nino. En esa lógica encuadrán sin fricciones las primeras dos justificaciones que nos da para el control judicial de constitucionalidad que, vale recordar, coinciden con las que excepcionalmente aceptara Nino.⁶⁷ Pero no ocurre lo mismo con la idea de representación argumentativa de Alexy. Permítaseme explicarlo.

En la teoría de la democracia de Nino, la representación es vista en el mejor de los casos como “un mal necesario”.⁶⁸ En efecto, explica que para

⁶⁶ A no ser que se tomara una concepción orgánica de representación, que creo incompatible con los postulados discursivos de los autores.

⁶⁷ Nino agrega una tercera justificación para el control judicial de constitucionalidad que tiene que ver con la protección de la constitución como resultado de la acción colectiva y que se relaciona con la eficacia de las decisiones democráticas. Véase Nino, Carlos Santiago, “Los fundamentos...”, *cit.*, pp. 131 y ss. Esta justificación ha sido muy criticada por la doctrina por inconsistente, por lo que es lógico que Vázquez no la haya tomado para sí.

⁶⁸ Nino, Carlos Santiago, *La Constitución...*, *cit.*, p. 184.

“las concepciones deliberativas de la democracia, la existencia de un reducido grupo de individuos que toma decisiones que afectan al grupo en su totalidad implica un hiato en el proceso de deliberación”. En otras palabras: “[...]a mediación a través de representantes es una de las distorsiones principales de la democracia que la alejan del valor epistémico máximo dado en la discusión moral ideal”.⁶⁹

Al modo de ver de Nino, las y los representantes en general pertenecen a sectores bien definidos de la sociedad y, si bien pueden contar con mayor conocimiento técnico, pueden carecer de la experiencia referida a modos de vida que determinan otras preferencias.⁷⁰ Por eso el iusfilósofo argentino considera que la intermediación en la discusión y decisión que implica la representación, debilita la conciencia y la consideración de los intereses de la gente involucrada en diferentes conflictos, algo crucial para la imparcialidad; por lo que “resulta imperativo buscar formas de democracia directa bajo la concepción deliberativa de democracia”.⁷¹

Según se puede apreciar, en la noción deliberativa de Nino, el valor a preservar es la inclusión y participación en la discusión y toma de decisiones como un modo de garantizar la imparcialidad y el valor epistémico de la democracia, para la cual el control de constitucionalidad —que no tiene el fundamento epistémico correcto— es excepcional.⁷² En cambio, para Alexy, basta con que los presuntos valores compartidos por la sociedad (postura que asume la convergencia) sean encarnados por la judicatura para que ésta, mediante unos argumentos que reflejen correctamente aquellos valores, tenga legitimidad democrática deliberativa a través de la “representación argumentativa”, incluso por encima del Parlamento. En otras palabras, para este tipo de legitimidad democrática no importaría la inclusión y participación en la deliberación ni en la toma de decisiones (cuestión que contradice las propias reglas del discurso que, por otro lado, Alexy propicia),⁷³ sino únicamente

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 204 y 205.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 184. Sin contar con que la intermediación siempre conlleva la posibilidad de que el representante anteponga sus propios intereses a los de los representados.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 185-205. Reafirmando: “la democracia directa debe ser obligatoria siempre que sea posible”. Esta idea también es muy criticada, no sólo por negar la esencialidad de la representación para las democracias modernas, sino por no dar cuenta del vínculo existente entre representación y deliberación (un vínculo no sólo necesario, sino también deseable —normativo—); Urbinati, Nadia, “Representation as...”, *cit.*, pp. 758-786, donde afirma “A deliberative form of politics favors representation”, p. 761.

⁷² Aunque Nino no lleva este razonamiento a sus últimas consecuencias, en tanto termina aceptando el control judicial de constitucionalidad casi como regla.

⁷³ Recordemos que la primera regla del procedimiento del discurso (que es de tipo nomológico) es que “Todo hablante puede participar en el discurso”, de donde se sigue que

los contenidos de esa discusión y decisión (las razones) que se den dentro de un foro reducido, como es el Tribunal Constitucional. Un contenido que, por lo demás, no debería ser contestado.

Dicho esto tiene sentido que en Alexy las justificaciones al control judicial de las leyes sean el sustantivo y el de la representación argumentativa. No es necesario nada más, pues por estos conductos se puede controlar cualquier decisión con base en su contenido, incluso sin una norma constitucional que avale el fallo judicial.⁷⁴ No sucede lo mismo con Nino, ya que al otorgarle un valor epistémico a las decisiones democráticas bajo ciertas condiciones, el poder revertir esas decisiones (aceptando en su lugar otras “contramayoritarias”) tiene que estar más que justificado (en términos epistémicos) y ser excepcional. De ahí que esta combinación de argumentos que realiza Vázquez resulte difícil de comprender.

En lo que sí coinciden los tres autores es en el tipo de postura que asumen en un debate aún más amplio respecto de la democracia deliberativa y para la cual quisiera, por último, mencionar algunos reparos.⁷⁵ En esta disputa algunos proponen una concepción de la deliberación que tiene reminiscencias a un diálogo platónico en el que a las interlocutoras se les permite sostener ideas “incorrectas” siempre que renuncien a las pasiones que impiden la consecución de la verdad. Ellos toman la deliberación en razón de los resultados, que esperan reduzcan las diferencias corrigiendo las interpretaciones “distorsionadas” del bien público. A este modelo, en el que podríamos encontrar a Alexy pero también a Nino y Vázquez, se lo conoce como el modelo del “consenso” (*consensus model of deliberative democracy*).⁷⁶

“Todos pueden cuestionar cualquier aserción. Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso. Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades”. Así se intenta lograr la imparcialidad de la argumentación práctica y con ello el de la formación práctica de juicios que en ella se basa. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 137 y 138. Esto es parte de la definición de Alexy del discurso ideal (que es la idea regulativa para los discursos reales), donde se encuentra la participación ilimitada en aras de producir una completa claridad lingüístico-conceptual y la capacidad y disposición completa para el cambio de roles, entre otros, como rasgos fundamentales. Véase Alexy, Robert, “Postfacio”, *Teoría de la..., cit.*, pp. 300 y ss.

⁷⁴ Aquí no es determinante la supremacía constitucional en contradicción con la norma impugnada, pues lo que se prioriza son los derechos fundamentales en tanto derechos humanos y morales: “la justificación del control judicial de constitucionalidad no está limitada... a una apelación a la estructura jerárquica del derecho positivo. Más allá de esto, la justificación del control judicial de constitucionalidad se puede basar en razones morales”. Alexy, Robert, “Control judicial...”, *cit.*, p. 59.

⁷⁵ Sigo en este punto a Urbinati, Nadia, “Representation...”, *cit.*, pp. 773 y ss.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 773.

Otras teóricas, en cambio, no tienen problemas con la persistencia de las diferencias porque las ven como necesarias para que la deliberación suceda. Ellas rechazan el “vicio” racionalista, rechazando la dicotomía entre razón y voluntad. Así ponen énfasis en el momento crítico del proceso más que en un consenso racional sobre la definición final del bien común.⁷⁷ A este modelo, en el que podríamos claramente enmarcar a Waldron, Urbinati y, según esta última autora, a la teoría de la democracia representativa de John S. Mill, se lo llama modelo agonista de la democracia deliberativa (*agonistic model*).⁷⁸

Si se toma el primer modelo, el procedimiento por el que se llegue al resultado “correcto” pierde un poco de relevancia y por tanto puede preferirse un procedimiento *menos* democrático o no-democrático en tanto garante (si es que lo hace) dichos resultados. Una concepción como ésta tiene otros problemas, aunque me interesa destacar entre ellos la posibilidad de que la gente pierda su interés o lealtad al sistema democrático de toma de decisiones (en definitiva, la judicatura puede revertir sus resultados), que finalmente no representa sus intereses.⁷⁹

Si nos decantamos por el modelo llamado agonista, las *visiones u opiniones individuales sobre el bien común* son consideradas moneda corriente de la política y, en consecuencia, se convierte a la votación en la culminación natural de la deliberación.⁸⁰ Así es como Waldron insiste en que en política es probable que se presenten una diversidad de opiniones imparciales sobre

⁷⁷ Dentro de este modelo, el bien común es sólo un ideal regulativo. Así, no se puede encontrar antes del debate público, ni tiene una ubicación definitiva, precisamente porque no puede ser definido de una vez y para todos.

⁷⁸ Urbinati, “Representation...”, cit., p. 774. Se podría decir que también para los autores que estudiamos el resultado correcto es un ideal regulativo, de hecho Alexy así lo expresa, pero las consecuencias de su teoría y el identificar lo correcto con la objetividad de lo moralmente correcto, hacen que sea contradictorio con esta postura agonista y más bien se enmarque en la consensual primera.

⁷⁹ Sobre el punto expresa Urbinati: “accustoming people to seek solutions through open discussion strengthens their loyalty to democratic procedures, because these procedures are responsible for the rivalry that people come to value”. Por el contrario: “deliberators who are exclusively rationalizers are not deliberators —even if they produce rational justifications”. *Ibidem*, pp. 775 y 776.

⁸⁰ En este sentido Greppi, Andrea, “Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia”, *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, marzo-agosto 2013, pp. 42-72, dice: “Sólo tiene sentido acudir al método democrático cuando nos enfrentamos a decisiones sobre las que existe diversidad de opiniones e intereses, y cuando carecemos de un método objetivamente cierto para componer las diferencias. Únicamente deliberamos sobre aquello que podría ser de otra manera y votamos sobre aquello en lo que discrepamos”.

la justicia y el bien y que el consenso no sea esperable.⁸¹ En ese contexto la representación de esas diferencias tiene sentido y no una representación independiente de ellas.

La democracia así vista es un circuito cerrado sin referencias externas, por lo que puede generar decisiones correctas y otras que no lo sean, pero en cualquier caso protege la igual libertad si los procedimientos son seguidos por todas las personas. Para esta postura, que comparto, el objeto de la democracia es entonces la opinión y no la verdad. Es que apelar a la verdad no contribuye a la acomodación y el compromiso, por lo que en contextos de pluralismo no transitorio, fomenta la intolerancia e incluso la violencia.⁸² En suma, un modelo epistémico de democracia como el que sostienen Vázquez, Nino o Alexy, apareja el peligro de fomentar principios aristocráticos basados en criterios de competencia,⁸³ o lo que se conoce como “elitismo epistémico”, y pareciera que en el fondo ese es el único fundamento que tiene el control judicial de constitucionalidad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, “Control judicial de constitucionalidad como representación argumentativa”, Henao, Juan Carlos (ed.), *Diálogos constitucionales con el mundo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- , *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 2a. ed., trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- , “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en IBÁÑEZ, Perfecto Andrés y ALEXY, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, 2006.
- , *El concepto y la validez del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Gedisa, 2004.
- , “Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- , *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁸¹ Waldron, Jeremy, “Deliberación, desacuerdo y votación”, en Hongju Koh, Harold y Slye, Ronald C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 259.

⁸² Saffon, María Paula y Urbinati, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, *Political Theory*, 41 (3), 2013, pp. 447 y 448.

⁸³ *Ibidem*, p. 449.

- BARROSO, Luis Roberto, “La razón sin voto: la función representativa y mayoritaria de las cortes constitucionales”, en GARGARELLA, Roberto y NIEMBRO, Roberto (coords.), *Constitucionalismo progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas 2016.
- BICKEL, Alexander, *The least dangerous branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.
- DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, 3a. ed., Madrid, Taurus, 1998.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 2002.
- ELY, John Hart, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. de Magdalena Holguín, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes, 1997.
- FRIEDMAN, Barry, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Nueva York, Farrar-Straus and Giroux, 2009.
- _____, “Mediated Popular Constitutionalism”, *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.
- GARDBAUM, Stephen, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001.
- GARGARELLA, Roberto, “La lectura mayoritaria del Estado de derecho”, en MELERO, Mariano (coord.), *Democracia, deliberación y diferencia*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2007.
- _____, “Acerca de Barry Friedman y el «constitucionalismo popular mediado»”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6, núm. 1, 2005.
- _____, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, núm. 6, abril de 1997.
- GREPPI, Andrea, “Concepciones epistémicas y concepciones doxásticas de la democracia”, *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, marzo-agosto de 2013.
- _____, *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Madrid, Trotta, 2012.
- KRAMER, Larry, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

- KUMM, Mattias, “Alexy’s Theory of Constitutional Rights and the Problem of Judicial Review”, en KLATT, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- MANIN, Bernard, *The Principles of Representative Government*, Nueva York, Cambridge University Press, 2002.
- et al., “Elections and Representation”, en PRZEWORSKI, Adam et al. (eds.), *Democracy, Accountability and Representation*, UK, Cambridge University Press, 2003.
- NIEMBRO ORTEGA, Roberto, “El paradigma discursivo y el nuevo procedimiento dialógico para la declaratoria general de inconstitucionalidad en el amparo mexicano”, *Foro, Nueva Época*, México, vol. 16, núm. 2, 2013.
- NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- , “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y Debates*, Madrid, núm. 29, 1991.
- PITKIN, Hanna, *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press, 1972.
- SAFFON, María Paula y URBINATI, Nadia, “Procedural Democracy, the Bulwark of Equal Liberty”, *Political Theory*, 41 (3), 2013.
- URBINATI, Nadia, *Representative democracy. Principles & Genealogy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2006.
- , “Representation as Advocacy. A Study of Democratic Deliberation”, *Political Theory*, 28 (6), diciembre de 2000.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, “Jueces y filosofía”, en Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *Homenaje a Jesús Ángel Arroyo Moreno*, México, Themis, 2014.
- , “Justicia constitucional, derechos humanos y el argumento contramayoritario”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (ed.) *Normas, razones y derechos. Filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 2011.
- , “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.
- (coord.), *¿Qué hacer con las drogas?*, México, Colegio de Bioética-ITAM-Fontamara, 2010.
- , *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 2006.
- , “Constitucionalidad y procedimiento democrático”, *Theoría*, México, núm. 3, marzo de 1996.

- , “Democracia y derechos humanos”, *La Universidad y los derechos humanos en América Latina*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos- Unión de Universidades de América Latina, 1992.
- WALDRON, Jeremy, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006.
- , “Deliberación, desacuerdo y votación”, en HONGJU KOH, Harold y SLYE, Ronald C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004.

¿EXISTE LA CONSTITUCIÓN? UN COMENTARIO ACERCA DE LA FUNCIÓN DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES

Ricardo CARACCIOLI*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El argumento contramayoritario.* III. *La existencia objetiva de una Constitución.* IV. *El argumento del escepticismo.* V. *El recurso de la ponderación.* VI. *Conclusión.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

1. Es para mí una genuina satisfacción y un honor participar con algunas ideas en un merecido homenaje al profesor Rodolfo Vázquez, un intelectual comprometido con la elucidación de los complejos problemas filosóficos, éticos y políticos que generan las circunstancias del mundo contemporáneo, en especial las de América Latina. Es, por cierto, un lícido defensor de la democracia y de los derechos humanos, que utiliza sus herramientas intelectuales para promover el diseño de una sociedad más justa, libre e igualitaria. Me congratulo, además, por la amistad que nos vincula desde hace tantos años y, por ello, este escrito es también y principalmente un tributo a un amigo.

2. Como se sabe, Rodolfo Vázquez se ha ocupado de múltiples cuestiones en los ámbitos de la filosofía política, la bioética y la filosofía del derecho, en todas ellas con la mira puesta en proponer respuestas con las consecuencias directas en la práctica cotidiana de la vida política democrática. Habida cuenta de mi concordancia con sus concepciones liberales e igualitaristas expuestas en sus trabajos, me ha resultado harto difícil encontrar un espacio para el debate y la controversia. Lo mismo ocurre con la cuestión por la que, finalmente, he optado para proponer a la discusión. Se trata del problema suscitado en filosofía política por el denominado “argumento

* Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

contramayoritario” el que, como se sabe, pone en cuestión, en cuanto resultarían incompatibles con la regla democrática de la mayoría legislativa, a los diseños institucionales que incluyan tribunales con competencia para pronunciarse acerca de la conformidad de las leyes con una Constitución. Vázquez, finalmente, defiende no sólo la tesis —puesta también en tela de juicio en algunas versiones de ese argumento— según la cual una concepción plausible de la democracia requiere una Constitución rígida que funcione como garantía de una nómina de derechos básicos. A la que denomina, siguiendo a Garzón Valdés, el “coto vedado” a la intervención legislativa. Sostiene también que la concesión de competencia a jueces especializados —una Corte Constitucional— encargados de aplicarla constituye, asimismo, una condición necesaria, aunque no suficiente, de semejante concepción.¹ Aunque concuerdo básicamente con esa propuesta central, es notorio que requiere la elucidación de una cuestión previa de alcance más general, esto es, el interrogante acerca de las condiciones de existencia de una Constitución, o sea ¿qué quiere decir que existe una Constitución? Como es claro, la existencia de jueces constitucionales parece *suponer* la existencia de una Constitución. Mi tarea será comentar brevemente algunas alternativas de respuesta. Y el alcance de ese supuesto.

II. EL ARGUMENTO CONTRAMAYORITARIO

3. Esta discusión importa aquí porque Vázquez, al tomarse en serio el argumento contramayoritario, parece admitir alguna de sus formulaciones, las que en una cierta lectura, implican una versión del escepticismo acerca de la *posibilidad* de la existencia objetiva de una Constitución. Lo que, por cierto sería incompatible con esa propuesta. Así, por ejemplo, J. C. Bayón desestima una tradicional idea destinada a defender el control jurisdiccional de las leyes, de acuerdo con la cual cuando los jueces invalidan leyes democráticamente adoptadas se limitan a imponer la supremacía de la Constitución, y no sus propias *creencias o concepciones* morales o políticas. Esta idea no es convincente —dice Bayón— porque:

...se basa en una concepción *objetivista* de la interpretación constitucional difícilmente sostenible. La idea de que los jueces constitucionales tan sólo hacen

¹ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, en Vázquez, Rodolfo (ed.), *Normas, razones y derechos*, Madrid, Trotta, 2011, p. 241; Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 130.

valer frente al legislador límites claramente establecidos pasa por alto la “brecha interpretativa” que existe entre el texto constitucional y las decisiones que lo aplican....²

4. Ello es así, insiste Bayón, habida cuenta que los textos constitucionales, en especial, los que establecen los derechos básicos, se formulan en términos vagos y abstractos, de manera que —de acuerdo con R. Dworkin— su *aplicación* torna inevitable su “lectura moral. Por lo tanto, si no hay forma de recurrir a una reforma constitucional, “los jueces constitucionales tienen *de facto* la última palabra sobre el contenido de los derechos básicos”.³ Por supuesto, como lo ha indicado Hart, el carácter definitivo de las decisiones de una Corte Constitucional no implica su infalibilidad.⁴ Ello significa que los jueces pueden *de hecho* cometer errores en la aplicación de la Constitución. Pero, se sigue de ese argumento contramayoritario que, habida cuenta que la interpretación plausible de la Constitución, al menos en relación con los derechos básicos, no puede ser objetiva, tampoco puede haber un criterio objetivo para evaluar el *error* de los jueces, un criterio que tendría que depender del contenido de la Constitución. Por lo tanto, tampoco puede haber un límite objetivo a sus decisiones. Lo que equivaldría a decir que no existe la Constitución, al menos no existe como garantía de los derechos básicos.⁵ Va de suyo, sin embargo, que un defensor del papel institucional de los jueces de una Corte Suprema, como es el caso de Vázquez, tiene que suponer la existencia de una Constitución y la posibilidad *empírica* de su aplicación correcta, en principio, en *todos* los casos constitucionales.

5. Que esta “brecha interpretativa” implica también la imposibilidad de imponer legítimamente límites a la actividad legislativa democrática se muestra⁶ en la discusión de Bayón a tenor de la cual cuando existe un tri-

² No está muy claro cuál es el alcance de esta crítica de Bayón. Aunque parece decir que sólo se aplica a los “casos difíciles”, la “brecha interpretativa” tiene que postularse en todos los casos si cualquier aplicación de la Constitución requiere su interpretación. La fórmula escéptica que Bayón presenta a continuación no distingue entre clases de “casos”. De cualquier forma, como resulta del texto, supone que todas las defensas judiciales de derechos básicos conducen a controversias, es decir, a “casos difíciles”. Más adelante se aborda esta distinción. Bayón, Juan Carlos, “Derechos, democracia y Constitución”, *Discusiones*, núm. 1, 2000, p. 69, cursiva mía.

³ *Idem*, cursiva mía.

⁴ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, Clarendon Law Series, 1961, pp. 138 y ss.

⁵ Más adelante voy a discutir brevemente el problema del carácter derrotable de los principios.

⁶ Si no es posible una interpretación “objetiva” de la Constitución es difícil saber de qué manera se pueden defender *jurídicamente* los derechos básicos.

bunal constitucional la regla de decisión colectiva no es “lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere derechos básicos, sino —en la práctica— «lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos»”.⁷

Esta afirmación no es otra cosa que una versión del escepticismo que se manifiesta en el conocido eslogan “la Constitución dice lo que los jueces constitucionales dicen que dice”. Lo que hay que rechazar —según Bayón— no es la regla de la mayoría con límites, sino la competencia de los jueces en su determinación. Sorprendentemente, no advierte que la existencia de límites requiere de hecho la existencia de jueces, porque de lo contrario la regla de decisión colectiva tendría que formularse así: “lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que la mayoría entienda que constituye el contenido de los derechos constitucionales”.

Lo cual supone que, de hecho, no existe límite alguno a las decisiones de la mayoría, esto es, no existe la Constitución. Porque si existe una Constitución, no es verdad que esos límites son impuestos por la ideología de los jueces, como tampoco lo es que su imposición resulte de las decisiones legislativas: habría, en cambio, que considerar que semejantes límites son los que resulten del *contenido* de la Constitución, cualesquiera sean las decisiones erróneas que los jueces adopten en la práctica y las dificultades para identificarlo. Si ello se acepta habría también que admitir que la jurisdicción constitucional constituye un ingrediente necesario de un diseño que incluya una Constitución rígida, como sostiene Vázquez.

6. Vázquez, al tomarse en serio este argumento contramayoritario, parece asumir también que, habida cuenta que los textos constitucionales, en materia de derechos básicos incluyen “conceptos esencialmente controvertidos”, no podría decirse “que el juez sólo se limita a aplicar la ley o la Constitución”. Si ello fuera posible, “la falta de legitimidad democrática del juez parecería no ser relevante”.⁸ Pero:

...si se acepta que la tarea del juez es *sustancialmente valorativa* —ponderación de los principios básicos de moralidad social y en los distintos pasos de la interpretación jurídica— surge la siguiente pregunta: ¿quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones?⁹

⁷ Bayón, Juan Carlos, “Derechos, democracia...”, *cit.*

⁸ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *cit.*, p. 241.

⁹ *Idem.*

Aunque voy a retornar más adelante a la cuestión de valor que puede estar involucrada en la aplicación de la Constitución, es notorio que este argumento elude la respuesta que habría que formular a este interrogante *si se admite* su existencia: los juicios de valor relevantes son los incorporados en su contenido con respecto a los cuales los jueces (y los legisladores) *sólo* deben cumplir la función de correas de transmisión. Otro asunto es preguntarse si, de hecho, esto es, en la práctica de las decisiones de los jueces y de los legisladores, se respeta esta exigencia normativa. Es más, la cuestión del activismo judicial tendría que formularse de otra manera, porque si los jueces se limitan a aplicar la Constitución, no puede haber distinción entre jueces conservadores y jueces activistas. Lo que puede suceder es que, o bien la Constitución existente es conservadora, o bien es progresista.

7. En verdad, *supuesta* la existencia de una Constitución, y habida cuenta de la distinción entre *creación* y *aplicación* del derecho, la justificación del procedimiento judicial de revisión de las leyes para evaluar su conformidad con ese básico marco normativo, se sigue de manera no problemática, de otro indudable principio democrático: el requerimiento de separación de poderes o funciones. En palabras de David Brink: “It is the function of the courts to apply the law, and it is the function of the legislature to make law—subject to certain constitutional limits. Since the Constitution is a law, it is the job of the courts to decide whether the legislature has heeded its constitutional limits”.¹⁰

Esto es, de conformidad con ese principio *no es aceptable* que los legisladores sustituyan a los jueces, como tampoco lo es que los jueces sustituyan a los legisladores en sus respectivas funciones. Cuando los jueces transgreden su competencia llevan a cabo una revisión ilegítima de las leyes, a la que Brink denomina “noninterpretative judicial review”¹¹ (más adelante retorno a esa distinción). Inversamente, cuando la legislatura va más allá de esos límites, promulga leyes inconstitucionales. Ello es así, si existe una Constitución, o lo que equivale a lo mismo, si es posible articular la distinción entre “creación” de la Constitución, lo que compete al legislador constitucional, y su “aplicación” judicial, que le corresponde—en última instancia— a un tribunal constitucional. Lo que parece resultar del argumento contramayoritario, arriba esbozado, es la tesis según la cual esa distinción no se puede realizar, al menos, en la práctica.¹²

¹⁰ Brink, David, “Legal Theory, Legal Interpretation and Judicial Review”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 17, núm. 2, 1988, p.136.

¹¹ *Idem*.

¹² Como se sabe, esa distinción —según indicaba Kelsen— se puede relativizar toda vez que la legislatura también determina su competencia para promulgar leyes aplicando la

III. LA EXISTENCIA OBJETIVA DE UNA CONSTITUCIÓN

8. La idea de aplicación judicial del derecho —incluyendo a la Constitución— incorporada en la tradición jurídica, da por supuesto, obviamente, la existencia objetiva del derecho, una noción opuesta a la alternativa posible de una existencia subjetiva, entendida como un conjunto de estados mentales, *e. i.* creencias, de ciertos individuos que tengan que aplicarlo. La existencia “subjetiva” de una norma no puede ser otra cosa que la creencia de que ciertas conductas deben ser realizadas de acuerdo al derecho, *v. g.* la Constitución (o por lo que aquí importa, de acuerdo con la moral). Por lo tanto, la eventual existencia objetiva del derecho incluyendo a la Constitución, implica que ese contenido es *independiente* de semejantes creencias, y también de los deseos o valoraciones de los jueces que tengan que aplicarlo. Por supuesto, semejante independencia no se puede postular respecto a los “creadores” del derecho que tiene que ser aplicado, porque, precisamente, su existencia constituye una función de semejantes estados mentales, toda vez que el derecho existente en los hechos sólo puede ser un *constructo social*. Se sigue de semejante requerimiento también una hipótesis epistemológica, a saber, que no cabe postular de los jueces —ni de los legisladores ni de ningún otro individuo— algún privilegio epistémico con relación al contenido de la Constitución, bajo el supuesto que los jueces, ni los legisladores, son sus “creadores”. Esto, en vista de esa independencia, significa —como ya se dijo— que los jueces no son infalibles. Pueden, de hecho, cometer errores.¹³ De la existencia objetiva de una Constitución, se sigue que no es posible su aplicación sin llevar a cabo una actividad cognoscitiva, esto es, sin la adopción de creencias, verdaderas o falsas., acerca de su contenido.¹⁴ Los estados

Constitución, a la vez que los jueces, para cumplir su función, tienen que emitir sentencias, *i. e.* “crear” normas individuales. Como es claro, la cuestión de la separación de poderes versa más bien acerca del alcance de las respectivas competencias: a las legislaturas les corresponde emitir normas generales y no pueden dictar sentencias, *i. e.*, normas individuales, mientras que los jueces sólo pueden dictar sentencias y no “crear” normas generales. Por supuesto, se trata de un modelo normativo, tal como figura en el diseño constitucional. El escepticismo puede ser entendido como la tesis que niega que ese modelo se pueda satisfacer de hecho.

¹³ Por ello, tiene razón Vázquez cuando afirma que no hay ninguna razón para sostener que los jueces constitucionales pueden cometer menos errores que los legisladores. Pero tampoco —salvo el caso de una democracia ideal, que no puedo discutir aquí— existe alguna razón para decir que los legisladores empíricos, pueden cometer menos errores que los jueces. Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *cit.*, pp. 241 y 242.

¹⁴ Redondo, María Cristina, “Sobre la justificación de la sentencia judicial”, en Redondo María Cristina *et al.*, *Estado de derecho y decisiones judiciales*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

mentales de los jueces que acompañan la aplicación de la Constitución, no podrían, entonces, consistir solamente en valoraciones, como parece suponer Vázquez, incluso en los supuestos de aplicación de conceptos esencialmente controvertidos.

Adicionalmente, para que sea posible su aplicación judicial, el derecho —incluida la Constitución— tiene que ser *determinado*, lo que significa que tiene que suministrar respuestas jurídicamente correctas en cualquier caso en el que los jueces tengan que intervenir. Esta es por cierto la tesis principal de Ronald Dworkin, un declarado objetivista, más allá de las relaciones necesarias que postula entre derecho y moral. Semejante exigencia, parece seguirse de la objetividad de la Constitución, toda vez que la total indeterminación —la ausencia de toda respuesta— equivale a su inexistencia.¹⁵

9. Dado que esta noción de aplicación del derecho, y también de la Constitución, requiere que las respuestas correctas para los casos individuales se deriven de su contenido, comprende una exigencia adicional con respecto a su naturaleza: tiene que estar conformado con un material que habilite arribar a respuestas concluyentes, las que, en rigor, son las respuestas genuinas. Esto es, tiene que incluir requerimientos de conducta, *v. g.* normas generales *no derrotables*. Las normas “derrotables” no permiten semejante derivación de soluciones.¹⁶ Retorno a esta cuestión al abordar la conocida distinción entre “norma” y “principio” y su vinculación con la cuestión abordada en este trabajo.

10. Es notorio que las condiciones de existencia de una Constitución que hay que discutir, dependen de un asunto no abordado hasta aquí, a saber, de una noción de “Constitución”.¹⁷ En primer lugar, si se la identifica

¹⁵ Por otra parte, algunos autores, por ejemplo Brink, identifican “objetividad” con “determinación”, lo que equivale a decir que el derecho no “existe” cuando no existe respuesta correcta. De manera que cuando la Constitución es parcialmente determinada, las soluciones definen el alcance de la Constitución existente. Brink, David, “Legal Interpretation, Objectivity, and Morality”, en Leiter, Brian (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge, Cambridge Studies in Philosophy and Law-Cambridge University Press, 2001, p. 12. Una idea que voy a discutir más adelante. Pero la total determinación, esto es, respuesta para todos los casos individuales, no constituye un requisito conceptual del derecho, como resulta, por ejemplo, de las tesis de Hart y de Alchourrón y Bulygin, desde distintos puntos de vista. Hart, H. L. A., *The Concept..., cit.*, y la “textura abierta”; Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*, Nueva York, Springer-Verlag, 1971, y la noción de “laguna”. No está claro, al menos para mí, cuál es la idea de Dworkin al respecto, si sostiene que el derecho es necesariamente determinado, o si el derecho no es necesariamente indeterminado. Parece que la segunda alternativa se puede defender de manera generalizada.

¹⁶ Alchourrón, Carlos, “On Law and Logic”, *Ratio Juris*, 1996.

¹⁷ Cfr. para los distintos sentidos posibles, Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, en Guastini R., *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, pp. 29-43.

con un texto o conjunto de textos, elaborado por ciertos individuos, *i. e.* los “padres” de la Constitución, de acuerdo con ciertas reglas o procedimientos, en un cierto momento de la historia institucional de un país, su existencia objetiva *empírica* no puede, en general, ponerse en duda.¹⁸ Pero esta idea es totalmente insatisfactoria si lo que importa para caracterizar a un texto “constitucional”, es su *contenido*. Se admite que ese contenido consiste en la formulación de reglas para la organización política de un Estado, mediante la determinación de la competencia de sus órganos de gobierno, básicamente —como indicaba Kelsen— para la “creación” de normas generales. Pero no sólo de normas de este tipo: normalmente también se regula las funciones de los miembros del Ejecutivo y de la rama judicial. En última instancia, es la manera en que se habrán de adoptar decisiones colectivas, es decir, imputables al gobierno o al Estado. Lo que importa, sin embargo, es que semejante distribución de poder normativo, se sustenta en una cierta ideología o concepción política y moral a largo plazo acerca de cómo debe ser el ideal de una vida comunitaria. En una comunidad democrática —y eso es lo que está en discusión— las competencias del gobierno tendrían que estar limitadas, entonces, de un modo sustancial, de acuerdo al proyecto político-moral incorporado en la Constitución. Si existen esos límites, no le está permitido avanzar en ámbitos de autonomía personal, ámbitos que configuran los derechos y garantías básicos. De manera que, en rigor, los casos individuales constitucionales tienen que ver todos con cuestiones de competencia, en última instancia: o bien se trata de conflictos interjurisdiccionales, o bien, se trata de conflictos en torno a la vulneración de derechos.

11. La existencia objetiva de “reglas” implica la idea según la cual se cuenta objetivamente con criterios generales de corrección con respecto a acciones o decisiones de la clase de individuos comprendidos en su alcance, o lo que es lo mismo, las acciones que pueden, que deben o no deben realizar. De esta manera, la Constitución no puede ser entendida entonces, como sólo ciertos “textos”, sino que tiene que ser identificada, más bien, con el contenido de esos textos, es decir, con sus significados. De modo que la existencia objetiva de la Constitución requiere la existencia objetiva de

¹⁸ Se trata de una identificación común en la vida cotidiana. Por otra, parte es tal vez, la única idea de existencia *objetiva* de una Constitución que resulta aceptable para el escepticismo. Cf., por ejemplo: “I mean that law-giving authorities issue not meanings (rules) but just sentences, whose normative meaning contains —*i.e.* the expressed rules— are to be detected by means of interpretation”. Guastini, Riccardo, “A Sceptical View on Legal Interpretation”, *Analisi e Diritto*, 2005, p. 141. Según esta tesis, antes de la interpretación (por los jueces) no existe ningún significado definido de los textos.

esos significados, cualquiera que sea lo que se quiera decir con esta noción de “existencia”, y la “interpretación” de esos textos —al menos en uno de los sentidos de esa esquiva expresión, tiene que considerarse dirigida al conocimiento de esos significados. Es por ello —como ya se indicó— que la aplicación de una Constitución no puede, entonces, consistir solamente de valoraciones.¹⁹ Por consiguiente, suponer que no se puede interpretar objetivamente la Constitución, es lo mismo que suponer que no existe una Constitución asociada al texto constitucional, o bien que es imposible su conocimiento. Ambas son alternativas del escepticismo.

12. En último lugar, se identifica la Constitución —como el derecho— con una práctica específica, esto es, un conjunto de acciones y decisiones llevadas a cabo en un cierto lapso y por ciertos individuos, en lo que aquí interesa, por los jueces constitucionales, pero también por los legisladores u otros miembros del gobierno. En la literatura actual, esta idea parece disfrutar de un cierto consenso generalizado, a partir de los trabajos de Hart y de R. Dworkin. La existencia de una cierta Constitución no podría, entonces, ponerse en duda, si es que se la identifica con la ocurrencia de definidos datos empíricos. Sin embargo, la noción de “Constitución” entendida como conjunto de reglas tiene, claramente, primacía conceptual toda vez que la práctica constitucional, en ese sentido, tiene que ser comprendida como una práctica reglada: no se puede identificar las acciones y decisiones que la constituyen sin referencia a reglas. Esto es, sin referencia a la Constitución. De manera que sólo tendrían que contar para integrarla, aquellas que pueden considerarse resultados de su cumplimiento. Esta idea sirve también para conceder sentido a la pretensión de existencia objetiva de significados: la Constitución entendida como un conjunto de significados existe porque se cumple en los hechos de manera generalizada con sus requerimientos.

13. Se tiene al menos dos áreas de problemas abiertos y correlacionados a los que hay que suministrar una cierta respuesta, si se sostiene la existencia, en este sentido, de una Constitución: a) el problema de la naturaleza de su interpretación, y b) el problema del carácter discrecional de las decisiones de los jueces constitucionales. Se trata de cuestiones complejas y aquí puedo sólo presentar un esquema de discusión. Por cierto, puede haber otros, de los cuales no voy ocuparme en este trabajo. Con respecto,

¹⁹ Habida cuenta que las valoraciones no constituyen actos cognoscitivos, decir que los jueces, dado que se enfrentan a problemas prácticos, se limitan en cualquier caso a valorar cuál es la respuesta correcta, es lo mismo que afirmar que no aplican una Constitución preexistente. Más adelante, retorno a esta cuestión. Cfr. Redondo, María Cristina, “Sobre la justificación de la sentencia judicial”, en Redondo, María Cristina *et al.*, *Estado de derecho y decisiones judiciales*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 63-101.

entonces, al primer problema,²⁰ este tiene que ver, como ya fue indicado, con las condiciones de posibilidad de una interpretación que se pueda clasificar de “objetiva”. Aquí habría que admitir, de manera plausible, que todos los textos constitucionales tienen incorporado un significado en todas sus cláusulas desde el momento en que son promulgados, al menos, porque son el resultado de actos intencionales, con respecto a los cuales el lenguaje constituye la herramienta necesaria de comunicación con los destinatarios de la Constitución. De otra manera, habrían realizado acciones sin sentido. Entonces, parece que la respuesta a la cuestión de si su interpretación puede ser objetiva, depende a su vez de una tesis semántica relativa a la naturaleza del contenido conceptual, *e. i.*, del significado de los textos en los que se formula. Como es obvio, no puedo aquí en incursionar en el tema de manera exhaustiva, pero voy en lo que sigue a presentar tres opciones disponibles en la literatura: en la primera, la interpretación *jurídica* correcta puede ser objetiva sólo de manera parcial, en la segunda; es posible en todo caso arribar a una interpretación objetiva en el derecho, en la última —el escepticismo radical— todas la interpretaciones de los textos sólo pueden ser subjetivas, o lo que equivale a lo mismo, no existen respuestas objetivamente correctas.

14. Si se entiende que los lenguajes empíricos son el resultado de un proceso histórico de asignación de significado, entonces se puede decir que los textos formulados en ese lenguaje significan lo que significan por convención, en el sentido según el cual los conceptos e ideas utilizados que se expresan en ese lenguaje podrían haber sido otros, si la práctica de uso hubiera sido otra. El acuerdo de sus usuarios, esto es, de los miembros de la respectiva comunidad lingüística, marca el límite de lo que se puede expresar con sentido, o dicho de otra manera, determina los ámbitos en los que esos conceptos —y las expresiones que los utilizan— se aplican, esto es, definen sus denotaciones.²¹ Así, si la expresión “prohibidas las penas crueles e inusuales”, aparece en un texto constitucional, es ese consenso

²⁰ Se trata de la conocida polémica acerca de la cuestión de saber si la “interpretación” de textos consiste en descubrir significados o en asignar significados. La presentación de ambas como alternativas excluyentes, no advierte que la expresión en cuestión puede, a su vez, tener varios sentidos. La cuestión es aquí si al menos existe o es posible una alternativa cognoscitiva.

²¹ A veces el escepticismo toma en cuenta a la ambigüedad como un dato que vendría a mostrar la imposibilidad de respuestas objetivamente correctas. Sin embargo, las alternativas posibles —el marco al que aludía Kelsen— también dependen de la convención lingüística —un dato objetivo—, y no de una elección subjetiva. La ambigüedad, que no se puede eliminar contextualmente, sólo muestra que cada opción es compatible con la Constitución, y que por lo tanto se puede suponer que los jueces están facultados a elegirla

semántico acerca de la noción de “crueldad” o de la idea de “inusual” el que determina el alcance de semejante prohibición. Como se sabe, esta idea conduce al fenómeno de la vaguedad inescapable de las expresiones generales de los lenguajes no formalizados; a situaciones en los que no hay acuerdo entre los usuarios con relación a la aplicación correcta de un concepto. Es decir, se arriba entonces a una situación de incertidumbre con relación a esa cuestión. Es, por supuesto, Hart el que extrapolá la discusión de este rasgo al ámbito del derecho.

15. Si se acepta esta versión convencionalista, se tienen dos consecuencias que hay que indicar. El “acuerdo” o práctica de uso, con respecto al lenguaje en el que se expresan las reglas determina cuáles son los criterios de corrección con relación a cierta clase de casos —los denominados casos “fáciles”—; en contraposición, la ausencia de acuerdo en ciertos supuestos, esto es, los casos “difíciles” (los casos de la²² “zona de penumbra” a tenor de la conocida metáfora), implican la ausencia de soluciones jurídicas.²³ Por lo demás, las controversias o desacuerdos acerca de cuál es la solución correcta, esto es, la incertidumbre acerca de esa pregunta, constituyen aquí indicadores de la indeterminación del derecho, *v. gr.* de la Constitución. En consecuencia, habrá supuestos de conflictos constitucionales²⁴ que carecen de solución. Así, mientras puede arribarse a su interpretación objetiva en los casos constitucionales fáciles, ello no es posible en los casos difíciles, sencillamente, porque no existe a su respecto la “Constitución”. Si ello se acepta, el conjunto de casos “fáciles” marca el límite objetivo de su existencia. Por consiguiente, también en la versión convencionalista, si existe la Constitución siempre es posible su interpretación objetiva, e inversamente, si es posible su interpretación objetiva entonces existe la Constitución.

16. Puede parecer inadmisible pensar que cualquier controversia constitucional equivale a su inexistencia. En vista de ello, la posibilidad de respuesta en todos los casos constitucionales, esto es, la posibilidad de la *determinación* total, puede defenderse si se adopta otra versión acerca de la

²² Es posible sostener —como lo hace Vázquez— que las directivas o reglas constitucionales se expresan mediante conceptos esencialmente controvertidos, por ejemplo, el concepto de “pena cruel”, de manera que se puede afirmar —a tenor de la distinción entre “concepto” y “concepción”— los desacuerdos constitucionales tienen que versar acerca de cuál es la concepción correcta. Pero, si “correcto” quiere decir “incorporada” a la Constitución, la indeterminación es inevitable, si se sostiene que su contenido sólo se expresa mediante conceptos y se acepta que sólo de los conceptos controvertidos no se sigue, por ejemplo, cuáles son las “penas crueles”.

²³ Pero no, necesariamente, de una solución moral.

²⁴ Son los que resultan, de acuerdo con Hart, de la “textura abierta” de la regla de reconocimiento. Hart, H. L. A., *The Concept...*, cit., pp. 144 y ss.

naturaleza del lenguaje y de los conceptos incorporados en una Constitución, una versión que puede denominarse objetivista y que traslada al espacio jurídico una teoría semántica semejante a la propuesta con relación a los conceptos de clase natural.²⁵ David Brink es un excelente exponente de esta alternativa.²⁶ En lo que aquí interesa, la idea central es la distinción entre las creencias de los usuarios del lenguaje acerca de la extensión de un concepto y su *real* denotación o alcance. Cualesquiera sean las creencias acerca de la aplicación de un concepto, la corrección de su uso depende de los datos del mundo, es decir, de hechos. Así como la aplicación correcta de la noción de “agua”, por ejemplo, está determinada por el hecho de que agua es H₂O, el uso correcto del concepto de “pena cruel” está determinado por el hecho de que ciertas penas son efectivamente “cruel”, esto es, por rasgos objetivos de ciertas acciones. La convención juega un papel en punto a la elección de los textos, *i. e.* el lenguaje que se utiliza, pero no en cuanto a la referencia de los conceptos. Entonces, las controversias o desacuerdos acerca de ese uso, es decir, la incertidumbre acerca de la solución correcta en un caso, no implican en modo alguno indeterminación.²⁷ Sólo se sigue que algunas creencias de los hablantes son falsas, mientras que otras pueden ser verdaderas, con relación al rango de aplicación de las reglas. Si se tiene en cuenta en este contexto objetivista la distinción entre “concepto” y “concepción”, una discusión en torno a la aplicación de un concepto “controvertido” tiene que ser comprendida, entonces, como un debate epistémico acerca de cuál es la concepción incorporada en la Constitución.²⁸ El concepto sólo constituye el punto de partida de semejante discusión. Porque suponer que todas las concepciones del concepto son admisibles, equivale a dejar librada la elección a los jueces constitucionales, o lo que es lo mismo, a suponer que no existe, previamente, una Constitución.

17. De manera que la interpretación es aquí una actividad dirigida al conocimiento de la Constitución; si es correcta, es la interpretación objetiva del texto constitucional. Por lo tanto, los jueces constitucionales aciertan

²⁵ Putnam, Hilary, “Meaning and Reference”, *The Journal of Philosophy*, núms. 70-19, 1973, pp. 699-711.

²⁶ Brink, David, “Legal Theory...”, *cit.*; *id.*, “Legal Interpretation...”, *cit.*

²⁷ Esta versión de la “interpretación tampoco implica que el derecho —incluyendo a la Constitución— es necesariamente determinado, pero sí que la ausencia de soluciones no depende de la vaguedad del lenguaje, la que también tiene que ser comprendida como un déficit epistémico”. Brink, David, “Legal Interpretation...”, *ibidem*, pp. 54 y ss.

²⁸ A la que, creo que de manera equivalente, Brink denomina “the abstract intent” de la Constitución. Ello significa también —según Brink— que el análisis semántico, no agota lo que es preciso realizar para interpretar la Constitución. *Ibidem*, pp. 25 y ss.

en sus decisiones cuando sus creencias son verdaderas. Lo que le permite a Brink distinguir entre una legítima revisión de la legislación sustentada en la interpretación de la Constitución (“interpretative review”), de una ilegítima, derivada de la ideología de los jueces (non-interpretative review).²⁹ La práctica de aplicación de la Constitución —al igual que la práctica de la ciencia— puede así concebirse como un proceso que se extiende a lo largo del tiempo, en la que sucesivos jueces procuran corregir los errores del pasado y conservar los aciertos. Es decir, como un progreso. Desde este punto de vista, un precedente novedoso, o uno que procura modificar el sentido de decisiones del pasado, no conduce —o al menos, no necesariamente— a una modificación de la Constitución, es decir, a una que implique una revisión ilegítima de las leyes. Esto supone, claramente, que la Constitución originaria no se altera en su identidad en el transcurso de la práctica de su aplicación, o lo que significa lo mismo, que las decisiones de los jueces son irrelevantes para determinar su contenido.³⁰ Parece claro que esta concepción de la interpretación de una Constitución, o alguna semejante, suministra un trasfondo filosófico más que adecuado para defender la función de los jueces constitucionales, toda vez que ofrece las herramientas para postular su existencia objetiva, en cualquiera de sus aplicaciones, incluyendo conflictos de derechos.

IV. EL ARGUMENTO DEL ESCEPTICISMO

18. En contraposición, otra tesis filosófica, una que sirva para postular la inexistencia de cualquier interpretación objetiva, tiene que oponerse no sólo a la que sostienen autores como Brink, sino a la versión convencionalista que admite la determinación parcial del derecho, toda vez que esta última no elimina del todo una alternativa objetivista. La cuestión que creo conduce al escepticismo es una que hay que tomarse en serio. Se trata de la propia noción de “regla” y las condiciones de existencia de reglas. Una provocada por la concepción wittgensteniana del lenguaje. Porque sólo cuando

²⁹ Brink, David, “Legal Theory...”, *cit.*, pp. 136 y ss.

³⁰ La concepción de Brink es harto más compleja que la exposición que aquí se ofrece. En especial, como ya se indicó en la nota anterior, porque sostiene que el análisis del lenguaje no agota lo que puede denominarse “interpretación objetiva de la Constitución”: dado que se trata de un producto de actos intencionales, hay que lograr también para resolver situaciones de incertidumbre o desacuerdo, la determinación cognoscitiva de cuál ha sido la intención “abstracta” de sus autores, intención que no se identifica con estados mentales. Brink, David, “Legal Interpretation...”, *cit.*, pp. 30 y 31.

se identifican criterios de corrección, en lo que aquí interesa, de decisiones judiciales, se pueden decir con sentido que los jueces siguen reglas. Pero en los contextos de discusión acerca de la aplicación de una regla por un juez, surge necesariamente la pregunta acerca de cuál es la que se ha procurado seguir, al adoptar una decisión para suministrar una solución a un conflicto judicial. Sin una respuesta a este interrogante, no se puede saber si la decisión es o no correcta. Y tampoco si la regla en cuestión es la que se debe seguir. Si la respuesta es, a la manera de Wittgenstein, que la regla se muestra en la decisión, parece que no se la puede identificar de antemano. Entonces, si ello se extiende a todas las decisiones, habría que concluir que es la práctica de los jueces —esto es, el conjunto de sus decisiones— la que determina cuáles son las reglas que se siguen y no a la inversa. Lo que conduce a una especie de razonamiento circular: la práctica de los jueces es la determinada por las reglas del derecho, *v. gr.* la Constitución, las que a su vez son las reglas del derecho, *v. gr.* la Constitución porque son las que se siguen en la práctica. Se trata exactamente lo que resulta de la cita de Bayón: serían las decisiones de los jueces, su ideología circunstancial, la que vendría a determinar el contenido de una Constitución y, en especial, de los derechos básicos. No se advierte, sin embargo, que al mismo resultado se llega si son los legisladores los que se encargan de determinar ese contenido.

19. Este argumento del escepticismo —como se sabe— se sustenta en que cada caso particular que conforma el material sometido al conocimiento de un juez, puede ser defendido como uno de aplicación de una definida regla, *v. gr.* de una incorporada en la Constitución, o como uno en el que la regla es inaplicable, toda vez que su significado depende, a su vez, de las reglas del lenguaje que no son formuladas.³¹ Como cada caso particular es, por definición, distinto a los otros, siempre es posible decir que la diferencia es relevante para la regla aplicada, o que es irrelevante.³² Ninguna “interpretación” de las reglas puede resolver el desacuerdo porque, de acuerdo con el conocido *dictum* de Wittgenstein, ninguna interpretación determina

³¹ Es por ello que el recurso a la idea de “convención implícita” que se ha utilizado para explicar la manera en que se podrían resolver los desacuerdos de interpretación parece que no sirve para ello, porque es precisamente el hecho de que las reglas son implícitas el que conduce al problema del seguimiento de reglas en la filosofía de Wittgenstein y de esta manera —si se la acepta— a la indeterminación.

³² En el modelo de reconstrucción de sistemas normativos propuesto por Alchourrón y Bulygin, la relevancia, en efecto, es una función del contenido de las normas del sistema. Por eso, se supone un material lingüístico ya interpretado, independientemente que la interpretación sea “objetiva” o “subjetiva”, es decir, semejante modelo no abre ninguna clase de juicio sobre la cuestión que se aborda en este trabajo. Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Normative..., cit.*

el significado. Porque para ello habría que saber, de manera independiente, que la interpretación es correcta y ello es precisamente lo que no se puede determinar en un metalenguaje.³³ Se sigue, si se acepta esta concepción, que el problema consiste en que no existe criterio objetivo para distinguir los casos “fáciles” de los casos “difíciles” y, por lo tanto, el lenguaje usado en los textos es básicamente indeterminado en lo relativo a su aplicación. Como se sabe, este problema conduce a negar la posibilidad de existencia objetiva de reglas, o normas generales, incluyendo a las supuestamente incorporadas en la Constitución. Más adelante voy a retornar a este problema, pero es claro que constituye uno al que hay que dar respuesta si se quiere defender la existencia objetiva de una Constitución.

20. También, y asociado con semejante escepticismo, se tiene el segundo problema, que tiene que ver con la naturaleza de las decisiones judiciales: ¿son discretionales las decisiones de los jueces y, en especial, las de los jueces constitucionales? La respuesta, como es claro, depende de lo que se entienda por decisión discrecional. Como indicaba Hart, la discretionabilidad de los jueces —y la de otros funcionarios— comienza a operar cuando no existen reglas generales claras que indiquen cuál es el resultado óptimo en una situación en la que hay que optar entre alternativas en conflicto. Es decir, cuando hay que enfrentar una cuestión práctica acerca de lo que se debe hacer. Por lo tanto, cuando hay que actuar de acuerdo con los propios criterios de evaluación de las circunstancias relevantes y acerca de cuál es la respuesta correcta.³⁴ Es decir, el resultado es aquí producto de una valoración del actor, que no supone arbitrariedad. Es notorio, entonces, que en los supuestos en los que la Constitución es indeterminada, el juez sólo puede actuar discretionalmente, esto es —como lo indicaba Hart—, al margen del derecho.³⁵ Y desde el punto de vista empírico, necesariamente es así si no existe la Constitución, si es que su lenguaje es, en esencia, indeterminado.

21. Pero sustentar el escepticismo en la tesis que afirma que todas las decisiones de los jueces son discretionales, es un recurso relativamente independiente de la concepción que se tenga del lenguaje de la Constitución, aun cuando es lo que se sigue si la indeterminación es radical. Sin embargo, cabe preguntarse si se trata de una tesis empírica o conceptual. Uno puede formular la idea general de la siguiente manera: a) toda supuesta

³³ Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. de Alfonso García Suárez y Ulises, Moulines, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1988 pp. 199-201.

³⁴ Hart, H. L. A., “Discretion”, *Harvard Law Review*, vol. 127, 2013.

³⁵ Lo que no significa necesariamente actuar al margen de la moral.

aplicación de una Constitución, o de cualquier otra norma general, consiste en realizar una elección, esto es, en adoptar una decisión en el dominio de la práctica, incluyendo su remota aplicación originaria; b) para resolver una cuestión práctica —arribar a una respuesta correcta— es necesario, y suficiente, efectuar *una valoración*; c) por lo tanto, si es necesario interpretar la Constitución para aplicarla, semejante interpretación tiene que resultar, necesariamente, de juicios de valor; la dimensión epistémica del acto interpretativo, o bien es inexistente, o bien es irrelevante;³⁶ y, d) como no existen juicios de valor objetivos, las decisiones de los jueces sólo pueden ser discretionales, esto es, sustentadas en sus propios criterios de evaluación. Se sigue que decir que se aplica la Constitución es sólo una manera de hablar. Recuérdese que una idea semejante parece invocar Vázquez al sostener la naturaleza valorativa de la interpretación de la Constitución (¿de cualquier “interpretación” judicial?), en tanto afirmación atendible del argumento contramayoritario.

22. Por consiguiente, en este esquema, no hay espacio para plantearse la cuestión de saber cuál es la Constitución objetivamente existente en un cierto tiempo, porque la respuesta requiere actos de conocimiento, esto es, una descripción verdadera de su contenido y todas las interpretaciones de los jueces, como resultado de un juicio de valor, sólo pueden ser adjudicaciones de significado a los textos constitucionales y no pueden ser verdaderas ni falsas.³⁷ Por cierto, como el propio Guastini señala, se pueden describir las asignaciones de sentido que resultan de las decisiones de los jueces³⁸ pero ello no equivale, en modo alguno, a describir la Constitución porque para ello habría que admitir que, sí, algunas de aquellas interpretaciones son verdaderas o que algunos juicios de valor son objetivos. Presentada de esta manera la tesis en cuestión, se asemeja a un postulado conceptual, porque de acuerdo con ella, parece que habría que concluir que las decisiones de los jueces son necesariamente discretionales porque pertenecen al dominio de la práctica.

23. Sin embargo, en el escepticismo “realista” se confunden dimensiones empíricas y conceptuales que es preciso diferenciar. Habida cuenta que

³⁶ Dice, por ejemplo, Guastini: “As a consequence, any interpretative decision —i. e. any act of interpretation accomplished by subjects, such as judges, who apply the law— supposes a choice between competing possibilities. This amounts to saying that interpretation is not an act of knowledge but rather an ‘act of will’, which always implies *discretion*”, Guastini, Riccardo, “A Sceptical View...”, *cit.*, pp. 139 y 140, la cursiva mía.

³⁷ *Ibidem*; Guastini, Riccardo, “A Realistic View on Law and Legal Cognition”, *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, núm. 27, 2015, pp. 45-55.

³⁸ *Idem*.

la decisión discrecional consiste en arribar a un resultado con sustento en los propios juicios de valor, cualquier juez puede, de hecho, actuar discrecionalmente. Ello así, porque son *agentes*, y en tanto tales tienen, por definición de lo que es un “agente”, la capacidad de elegir sus propias acciones. La “discreción” de los jueces es así inescapable y ninguna norma la puede eliminar porque se sigue del concepto de “agente”. Pero hay que advertir que cuando existen normas, *v. gr.* una Constitución, de las que los jueces son destinatarios, se tienen dos tipos de juicios de valor involucrados, esto es, dos valoraciones o, si se quiere, dos clases *posibles* de decisión discrecional. En la primera, el juez tiene que elegir entre la opción de usar las normas, *v. gr.* la Constitución, para arribar a una respuesta acerca de la solución normativa que va incorporar en la sentencia a emitir, o no usarlas, es decir, decidir si va a actuar o no al margen del derecho.³⁹ De acuerdo con la idea de decisión discrecional, su elección aquí también tiene que estar determinada por una valoración, esto es, por un juicio de valor. Pero es claro que, si decide aplicar el derecho, *v. gr.* la Constitución, es necesario conocer su contenido, y si ello significa interpretarla, su interpretación tiene que resultar de un acto cognoscitivo. Por lo tanto, si elige esta opción, la respuesta al litigio sometido a la decisión judicial, está determinada por el derecho, aunque también sería correcto decir que las decisiones de los jueces son siempre producto de una valoración. Pero esta clase o tipo de “decisión discrecional” da, por supuesto, la existencia objetiva del derecho, *v. gr.* de la Constitución. Por consiguiente, esta clase de decisión discrecional no sirve como argumento a favor del escepticismo.

24. En el segundo tipo de “decisión discrecional”, el juez elige directamente sin intermediación alguna, y de acuerdo a sus propios criterios subjetivos de valoración, la respuesta que considera correcta para la controversia que tiene que resolver. Ninguna regla está involucrada aquí en su decisión, incluyendo a las reglas de una Constitución. Si la decisión es de este tipo, entonces, de nuevo, la “interpretación” de un texto sólo puede ser una asignación de sentido, encubierta en la invocación al “derecho” para avalar una elección subjetiva. Si ello fuera así, entonces también la calificación de un caso como “fácil” o “difícil” sería un mero artificio retórico, tendiente a encubrir un juicio de valor.⁴⁰ Es decir, sólo vendrían a existir en la práctica valoraciones de los jueces. Pero pienso que es un error inferir sólo de esta

³⁹ Por supuesto, aquí la elección se realiza entre las alternativas de *obedecer* o *no obedecer* al derecho, *v. gr.* a la Constitución. Lo que es equivalente a preguntarse si es, o no, correcta su aplicación desde el punto de vista de un juicio de valor *externo* a la Constitución.

⁴⁰ Guastini, Riccardo, “A Realistic...”, *cit.*

alternativa de entender la idea de discrecionalidad judicial, la inexistencia del derecho, *v. gr.* de la Constitución. Porque decir que los jueces siempre deciden discrecionalmente en este sentido, es aquí una afirmación sobre los hechos, es decir, suscita una cuestión empírica, distinta aunque relacionada con la existencia de una Constitución. Semejante afirmación general tendría, entonces que ser corroborada de otra manera. Si la Constitución no existe es por cierto verdad que las decisiones judiciales sólo pueden de hecho, ser discretionales.⁴¹ Pero no se trata aquí de una cuestión conceptual. Inversamente, si la Constitución existe, tiene que ser falso que todas las decisiones son producto de elecciones ideológicas y subjetivas, Porque una Constitución existe en los hechos solamente si existe la práctica de su aplicación, esto es, si al menos algunas de las decisiones de los jueces constitucionales no son discretionales en este sentido, o lo que es lo mismo, si siguen las reglas constitucionales.

V. EL RECURSO DE LA PONDERACIÓN

25. Pero es posible insistir en afirmar que las decisiones de los jueces, al menos en los casos difíciles, sólo pueden ser discretionales, sin admitir por ello la indeterminación del derecho. Ello vale especialmente, como lo señala Vázquez, de acuerdo con Dworkin, para los supuestos de conflictos de derechos básicos, en los que hay que arribar a la solución correcta, prevista en la Constitución. Porque para ello hay que ponderar los principios de moralidad política⁴² o, en otros términos equivalentes, hay que efectuar un balance —una suerte de equilibrio con relación al requerimiento de respeto a la Constitución— entre los derechos involucrados, cada uno de los cuales depende de un principio constitucional. Aquí, la evaluación incorporada en la idea de “decisión discrecional” equivale a un ejercicio de discernimiento —dice Dworkin, postulando una metáfora— que tiende a determinar el

⁴¹ Por supuesto, “discretionales” con respecto al derecho o la Constitución, pero la idea de que, entonces, los jueces recurren con sus propios criterios de valoración, comprende el caso en el que deciden de acuerdo con sus propias creencias morales, lo que se encuentra implícito en la tesis según la cual en los casos de desacuerdos hay que recurrir a una lectura “moral” de la Constitución. Lo que, en cierta lectura quiere decir que hay que aplicar directamente la moral. La cuestión de la diversidad de sentidos en los que una decisión puede ser “discrecional”, aquí se reproduce en una dimensión de la metaética, porque si la moral es objetiva, algunas de esas creencias serán verdaderas y otras falsas. Así, la tesis de que no hay parámetros externos de corrección supone una versión relativista o subjetivista de la moral.

⁴² Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *cit.*

peso relativo de cada principio en cada caso particular.⁴³ Esto significa que no existe de antemano una solución concluyente al conflicto que pueda ser alcanzada mediante una aplicación mecánica del derecho, una visión que atribuye al tipo de “positivismo” que lo concibe únicamente en términos de reglas. Creo que hay que admitir una cierta manera de pensar la naturaleza del derecho, que constituye el supuesto que fundamenta esta distinción entre “reglas” y “principios”. Para dar cuenta de esta idea se puede recurrir a otra metáfora: el material jurídico en que consiste, *v. gr.* una Constitución, puede ser pensado como un conjunto de herramientas que hay que utilizar en cada ocasión particular que requiere una solución jurídica. Se trata de una compleja tarea de construcción intelectual, en especial, porque el uso de las herramientas —al igual que la wittgensteniana idea de “juego de lenguaje”— permite alternativas diversas de combinación y no hay evidencia inmediata acerca de cuál conduce a la respuesta correcta, si es que la hay.⁴⁴ Las herramientas básicas, en la teoría de Dworkin, son los principios.

26. Se puede estar de acuerdo con una propuesta de este tipo, pero para conservar la idea de que resulta compatible con la determinación del derecho, *i. e.* una Constitución, esto es, con su existencia objetiva, hay al menos tres observaciones a formular. En primer lugar, de acuerdo con Dworkin, las reglas habilitan la derivación de soluciones concluyentes, mientras los principios sólo son *prima facie*, es decir, son derrotables y por tanto inaplicables en forma inmediata. De su contenido no se sigue solución alguna. Esto es, precisamente, lo que permite en casos de conflicto entre derechos evitar el colapso de reconocer la inconsistencia básica de la Constitución. Sin embargo, para resolver el conflicto entre principios, los jueces no tienen otra manera que decir que en las definidas circunstancias del caso, el derecho D prevalece sobre el derecho D1, esto es, que el principio P tiene más *peso* que el principio P1, y generalizar la solución a las mismas circunstancias, *i. e.* hay que formular una regla, si es se proponen aplicar la Constitución. Entendida de esta manera, la “decisión discrecional” o, si se quiere, el “balance”, entre principios, no consiste en otra cosa que el resultado de una actividad epistémica, una dirigida a conocer cuáles son las reglas incorporadas en la Constitución. La alternativa de no generalizar la solución a otros casos semejantes no es admisible para los que sostienen la existencia de una

⁴³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

⁴⁴ Esta es una razón para poner en cuestión la distinción entre clases de casos. Un caso aparentemente fácil, porque hay acuerdo previo acerca de la solución, puede tornarse difícil si se discute la combinación del material efectuada por el juez, esto es, el sistema particular que propone para fundamentar su decisión.

Constitución, porque supone que la solución correcta es particularista y que, por lo tanto, no se deriva —y no puede derivarse— de la Constitución.

27. En segundo lugar, y por la misma razón, el *peso* de un principio P no puede ser relativo a un caso C: hay que admitir que lo conservan en todos los de la clase a la que pertenece C, esto es, en las circunstancias previstas en la regla que el juez, finalmente aplica. Por último, el *peso* no puede ser concebido en términos subjetivistas, porque ello tendría que conducir a afirmar que lo único que existen son juicios subjetivos de valor y que las decisiones de los jueces son directamente discretionales. Lo que hay que postular, entonces, es la noción de un *peso* objetivo, avalado por el contenido de la Constitución.

28. Finalmente, para culminar el análisis precedente, habría que proponer un intento de reconstrucción conceptual acerca de que se quiere decir cuando se afirma que existe una Constitución en un cierto espacio y un cierto tiempo, lo que parece requerir, a su vez, un criterio para identificar el contenido de la Constitución existente. En vista de los problemas que suscita este interrogante, la tarea es notoriamente compleja. Pero, de nuevo, es preciso distinguir esta pregunta de un modelo normativo que procure determinar cuál debe ser ese contenido, o lo que es equivalente, cuál es la Constitución que debería existir. Porque los jueces constitucionales —a tenor de esta propuesta— aplican la Constitución en el tiempo T, si y sólo si, siguen la Constitución existente en el tiempo T-1, esto es, si siguen la práctica.⁴⁵

VI. CONCLUSIÓN

29. Entonces, habría que admitir que la propuesta objetivista de la interpretación no parece útil para esta reconstrucción, porque implica que el conjunto de las decisiones de los jueces, aun cuando se asuman de manera compartida durante un lapso prolongado, es irrelevante para determinar ese contenido. Esto es, el contenido de la Constitución sería así independiente de la práctica: su identidad tendría que considerarse definida por el aparato conceptual originario que resulta del lenguaje utilizado por los *padres* de la Constitución, incluyendo a sus concepciones morales. Es por cierto correcto decir que las primeras decisiones de los jueces —el punto de partida de *una* práctica— sólo pueden *aplicar* la Constitución definida de esta manera. Pero de ello no se sigue que la que aplican permanezca inalterada

⁴⁵ Creo que esta idea se corresponde a la de concebir al derecho como “integridad”, defendida por Dworkin.

a lo largo del tiempo, lo que, por cierto, se trata de una cuestión empírica. Ello parece depender de la subsistencia de una cierta cultura política. Pero puede suceder de hecho, a lo largo de la historia de una comunidad, que los jueces alteren —de nuevo de manera conjunta—, aquellos significados, de modo que se pueda decir con sentido que se modifica la práctica, o lo que es equivalente, que los jueces siguen otras reglas, es decir, otra Constitución. La concepción objetivista no puede dar cuenta de esta situación, porque a pesar de semejante alteración, los cambios tendrían que contar como errores de los jueces.

30. Por lo demás, tampoco se puede reconstruir esa noción desde la perspectiva del escepticismo. También aquí la práctica de los jueces resulta irrelevante para establecer la existencia empírica de una Constitución. Sencillamente, porque de acuerdo con ella, el conjunto de decisiones de los jueces no puede considerarse una práctica de seguimiento de reglas. Ello, habida cuenta que no existen las reglas, si es que éstas —como tiene que ser el caso— suministran criterios de corrección de las sentencias. Lo que equivaldría a decir que algunas interpretaciones de los textos de la Constitución son verdaderas en cuanto dependen del conocimiento de las reglas, y otras falsas; se trata de una conclusión vedada, por definición, por el escepticismo, porque de acuerdo con esta concepción, no existen semejantes criterios objetivos. Ello no significa la imposibilidad de un acuerdo generalizado en la comunidad de los jueces constitucionales en punto a la asignación de un cierto contenido a esos textos, pero semejante circunstancia tendría que explicarse por la existencia de una ideología compartida por los individuos que componen circunstancialmente el tribunal constitucional.⁴⁶

31. Parece entonces, que para dar cuenta de la idea de existencia de una Constitución en términos de la práctica de los jueces, hay que recurrir a alguna versión del convencionalismo con relación a la asignación de significado. Si fuera así, la propuesta hartiana del concepto de regla de reconocimiento debería entenderse en un sentido sustantivo con respecto al contenido de una Constitución y no, meramente, como una convención relativa a las fuentes formales del derecho. Sin embargo, habida cuenta de la complejidad del problema que provoca la pregunta acerca de la extensión de los conceptos involucrados en los textos constitucionales, es ciertamente un error identificar el desacuerdo o controversia acerca de la respuesta correcta en un caso o una clase de casos como un indicador de la indeter-

⁴⁶ Lo que habilita a conceder sentido a una eventual discusión acerca de si los jueces deben ser progresistas o conservadores, esto es, una controversia política suscitada al margen del contenido de una Constitución.

minación de la Constitución. Todos los jueces se enfrentan a la cuestión de saber si el caso particular en el que tienen que actuar está o no incluido en las cláusulas generales de la Constitución y la respuesta puede ser más o menos difícil, pero la dificultad no parece que pueda identificarse, sin más, con ausencia de respuesta. Puede ser, además que en la búsqueda de semejante solución a un conflicto se tenga que recurrir a una “lectura moral” de la Constitución, porque se sustenta —como ha insistido Dworkin— en una cierta concepción político-moral. Pero la posibilidad de este recurso implica, precisamente, la posibilidad de una interpretación objetiva y no a la inversa, como podría suponerse si se cree que todos los juicios de valor son subjetivos. Ello es así, si se admite que la “moral” se refiere a la incorporada de hecho en la Constitución. Es decir, a la Constitución que los jueces siguen de hecho, en las decisiones que constituyen la práctica. Por lo tanto, no se puede excluir que, a pesar de su acuerdo con la Constitución, semejantes decisiones tengan que ser calificadas de inmorales desde algún punto de vista externo a la práctica constitucional, como lo reconoce también un objetivista como Brink.⁴⁷

32. Es indudable que esta noción de “existencia” de una Constitución, esto es, una que depende de la práctica, pone en cuestión la postulada objetividad de la Constitución, toda vez que su contenido no es independiente de las decisiones de los jueces. Sin embargo, es verdad que se trata de la Constitución “vigente” en el sentido de A. Ross, o la Constitución “eficaz” en el sentido de Kelsen, relativa a un cierto momento histórico. Así, su existencia es un dato empírico que es independiente de la decisión de cada juez individual, con respecto a la cual es efectivamente un criterio de corrección. Por lo tanto, es mínimamente objetiva, en el sentido de que ninguna decisión individual puede modificarla. Alguien que defienda la función institucional de los jueces constitucionales, tiene que aceptar, al menos, esta noción de existencia de una Constitución.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN, Carlos, “On Law and Logic”, *Ratio Juris*, 1996.

_____ y BULYGIN, Eugenio, *Normative Systems*, Nueva York, Springer-Verlag, 1971.

⁴⁷ Así puede pensarse el caso de la pena de muerte: todas las ejecuciones son penas “crueltes” desde un punto de vista moral, a pesar de las decisiones de una práctica judicial que niega que ese castigo esté incluido en la extensión del concepto de “crueldad”. Brink, David, “Legal Interpretation...”, *cit.*, pp. 55-57.

- BAYÓN, Juan Carlos, “Derechos, democracia y Constitución”, *Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional*, Alicante, núm. 1, 2000.
- BRINK, David, “Legal Interpretation, Objectivity, and Morality”, en LEITER, Brian (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge, Cambridge Studies in Philosophy and Law-Cambridge University Press, 2001.
- , “Legal Theory, Legal Interpretation and Judicial Review”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 17, núm. 2, 1988.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- GUASTINI, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución”, en GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.
- , “A Sceptical View on Legal Interpretation”, *Analisi e Diritto*, 2005.
- , “A Realistic View on Law and Legal Cognition”, *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, núm. 27, 2015.
- HART, H. L. A., “Discretion”, *Harvard Law Review*, vol. 127, 2013.
- , *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, Clarendon Law Series, 1961.
- PUTNAM, Hilary, “Meaning and Reference”, *The Journal of Philosophy*, núms. 70-19, 1973.
- REDONDO, María Cristina, “Sobre la justificación de la sentencia judicial”, en REDONDO María Cristina *et al.*, *Estado de derecho y decisiones judiciales*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- , “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (ed.), *Normas, razones y derechos*, Madrid, Trotta, 2011.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. de Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1988.

CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA Y MODIFICACIONES IMPOSIBLES: LA DIMENSIÓN PROTEICA DE LA SOBERANÍA POPULAR*

Ricardo CUEVA FERNÁNDEZ**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La multitud.* III. *El poder constituyente.*

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la filosofía del derecho más o menos conectada a reflexiones de índole constitucional, a menudo ha sido discutida la cuestión sobre el posible contramayoritarismo del ordenamiento supralegal existente en gran parte de las democracias, y de manera muy especial en aquellas que mantienen un documento de carácter rígido, difícil de reformar, y añaden además a tal extremo la existencia de un control de constitucionalidad de las leyes atribuido a determinado tribunal u órgano. El debate al respecto ha sido sumamente amplio, y la contribución de profesor Vázquez muy significativa. De esta forma, en una de sus más destacados artículos sobre el tema, “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”,¹ ha vertido un buen compendio de sus opiniones acerca de él.

En dichas páginas, y aun a riesgo de ser excesivamente sucintos, puede señalarse que el profesor Vázquez se hace eco de cierta polémica de gran calado cuando apoya la idea de que debe haber un control constitucional de las leyes que permita la protección de varios derechos civiles y políticos, favoreciendo así el adecuado discurrir de los procedimientos democráticos pero, por otra

* Este texto se enmarca en el proyecto DER2015-69217-C2-1-R, “Reforma constitucional: problemas filosóficos y jurídicos”, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

** Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Vazquez, Rodolfo, “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, núm. 44, 2010.

parte, se opone a que los jueces y tribunales puedan decidir sobre la implementación de derechos sociales de manera discrecional, aunque no de que figuren en las cartas constitucionales. Sin embargo, la discusión académica general sobre el contramayoritarismo de la justicia constitucional en España ignora hasta el momento dos auténticos problemas de fondo de nuestro sistema político durante los últimos tiempos, a saber, el claro retroceso de la igualdad social y de los derechos que eran amparados por el Estado del bienestar y, en segundo término, los conflictos territoriales. Ambos factores, sobre todo a la luz de las consecuencias sociales y políticas que conllevan, parecen invitarnos a reconsiderar qué debe entenderse por precondiciones de una democracia en sociedades que pretendan ser igualitarias y plurales.

En primer lugar, resulta claro que en la historia de la filosofía política y del pensamiento constitucional, la democracia y la separación de poderes marcharon por senderos distintos inicialmente. En este sentido, se puede afirmar que la teoría de la democracia ha sido diferente de la teoría acerca de los límites del poder. Esto, a su vez, para nada implica que sea posible distinguir modelos políticos antiguos en los que ambos conceptos estuvieran separados de manera diáfana. Así, si nos detenemos en la democracia ateniense observaremos que en ella cierta división del poder aparece en diversas instituciones de la *polis*, tal y como ocurría con los *estrategos* o la *boulé*. Pero es que, además, sistemas con tradición en la división de poderes, como los comentados acerca de la nobleza de toga por Montesquieu en su *Espíritu de las leyes*, no conservaban legitimidad democrática alguna.

¿Por qué, entonces, solemos reunir ambos elementos en nuestras discusiones actuales? Tal y como he intentado explicar en trabajos anteriores,² se puede hablar de una confluencia de aquéllos a través de cierta experiencia histórica que atravesó diversas formas de gobierno en el continente europeo, y de manera muy especial en el siglo XVII. Así, y en primer lugar, el cuestionamiento de la legitimidad divina del poder trajo de la mano polémicas como las de los monárcomacos o los llamados constitucionalistas franceses, y el procesamiento de Carlos I en Inglaterra supondría uno de los episodios más significativos que conducirían a buscar nuevas fórmulas políticas.

De esta forma, y sólo ya tardíamente, a partir de finales del siglo XVIII y merced a las revoluciones estadounidense y francesa, se alcanza lo que podría denominarse “democratización de la república”, que llegará a conjugarse así con la ubicación de límites al poder democrático, permitiendo la

² “Republicanismo y autogobierno”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 154, 2011, pp. 41-70.

emergencia de Constituciones con una nueva significación en la historia del pensamiento jurídico y político.

II. LA MULTITUD

En los estudios acerca de este nuevo alcance, y precisamente por situar su punto álgido a finales del siglo XVIII, se olvida a un autor anterior cuya forma de pensar es precursora de numerosas posturas ilustradas y que mantuvo una perspectiva crítica que luego resultaría caladero para muy distintos filósofos, desde Fichte y Hegel hasta Deleuze, Althusser o Antonio Negri. Me estoy refiriendo al célebre librerepensador de origen judío Baruch de Spinoza, quien mantuvo sin duda ya hacia mediados del siglo XVII una teoría sustantiva sobre la democracia. Antes de aquel entonces todo lector de filosofía política estaba acostumbrado a que la democracia fuera menospreciada y nadie había optado por defenderla abiertamente, considerada como lo era en exceso impracticable y extrema, incompatible con el orden divino o natural. Los ejemplos son numerosos y de todos conocidos, y abarcan desde Platón,³ hasta Tomás de Aquino,⁴ pasando por Cicerón⁵ y otros. La democracia constituía así el gobierno de los peores, los ignorantes, la muchedumbre miserable e ignorante.

Spinoza, por el contrario, quiso introducir para su defensa el concepto de “multitudo”, y precisamente arrancando, aunque sólo inicialmente, de la utilización que había hecho antes del mismo Thomas Hobbes en 1651 con su *Leviatán*. Al eminente autor inglés la multitud le servía para fundamentar la “soberanía”, comprendida como perpetua e indivisible, es decir, a la manera de Jean Bodin, el autor de *Los seis libros de la República*, pero sin la posteridad a la que el francés la sometía merced al derecho consuetudinario o los principios o corporaciones tradicionales. Hobbes ampararía dicha soberanía en el pacto político por el cual la *multitudo* vendría a convertirse en una sola persona cuando resultara *representada* mediante el consentimiento de los miembros de la sociedad.⁶ El Estado aparecía, de esta forma, cuando

³ Platón, *La República*, trad. de José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano, Madrid, Alianza, VI, 5, 492a, 1998, p. 331.

⁴ Aquino, Tomás de, *La Monarquía*, trad. de Laureano Robles y Ángel Chueca, Madrid, Tecnos, I, 6, 18, 1989, p. 30.

⁵ Cicerón, Marco Tulio, *Sobre la República. Sobre las leyes*, trad. de José Guillén, Madrid, Tecnos, I, 25, 1986, p. 27.

⁶ *Leviathan: Or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, trad. de Carlos Mellizo, *Leviatán: la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Madrid, Altaya, I, 16, 1994, p. 137.

una multitud estableciera un convenio por el cual otorgara “a un hombre o asamblea” el derecho a personificar al grupo.⁷ El soberano de Thomas Hobbes nace así mediante un pacto de sujeción en el que los individuos acuerdan a la vez y bajo la misma condición someterse de manera absoluta a un tercero a quien se le puede tratar como representante. Además, ese acuerdo no puede abolirse y así regresar a la confusión propia de una multitud sin unidad, pues tal engendro no configuraría una auténtica “persona”.⁸ Establecer un pacto con tal entidad resultaba imposible, ni tomada como una de las partes del convenio; tampoco en caso de procederse a pactar con cada uno de los individuos específicamente.⁹ Así que el acuerdo de sujeción era necesario para los seres humanos, y esto por causa de la deficiente condición que Hobbes observaba en ellos en el estado de naturaleza, en donde cada uno tenía derecho a todo, incluyendo aquí la posibilidad de “disponer del cuerpo de su prójimo”, y sin que en tal situación existiera seguridad para nadie;¹⁰ ni para sus bienes, su integridad física o su vida.

En principio, Spinoza compartía una noción de estado natural muy próxima a la del autor inglés; lo percibía como una circunstancia negativa de la cual se podía escapar mediante el convenio ya citado entre los individuos. De esta forma, y para vivir seguros y lo mejor posible, los hombres tuvieron que unir necesariamente sus esfuerzos, estableciendo con la máxima firmeza y mediante un pacto, encauzarlo todo por “el solo dictamen de la razón”, con el fin de frenar así “el apetito” cuando aconsejara algo en perjuicio de otro, no haciendo a nadie lo que uno no querría que le hicieran a su vez a él y defendiendo, por último, tanto el derecho ajeno como el propio.¹¹ “El derecho natural de toda la naturaleza y, por lo mismo, de cada individuo, se extiende hasta donde llega su poder”,¹² ya que “cada cosa se esfuerza, cuanto está a su alcance, por perseverar en su ser”, es decir, “se

⁷ *Ibidem*, II, 18, p. 146.

⁸ *Idem*.

⁹ *Ibidem*, II, 18, p. 147.

¹⁰ *Ibidem*, I, 14, p. 111.

¹¹ Spinoza, B., *Tratado teológico-político*, G III, 191, p. 335. Las siglas habituales para las obras de Spinoza son: TTP= Tratado teológico-político, E= Ética, TP=Tratado Político, y por último, TIE= Tratado sobre la Reforma el Entendimiento. Las traducciones son de A. Domínguez (Madrid, Alianza, 1986), excepto para la *Ética* (Vidal Peña, Madrid, Editora Nacional, 1980). En ellas aparecerá, después de la obra, el volumen y paginación de la famosa compilación Gebhardt, y por último la página de la traducción al castellano (excepto en el supuesto de la *Ética*, en donde la paginación de este editor será sustituida por una referencia a la parte del libro y la proposición, escolio o apéndice de Spinoza).

¹² Spinoza, B., *Tratado político*, G III, 277, p. 85.

opone a todo aquello que pueda privarle de su existencia” (“*conatus*”).¹³ Con lo cual en tal estado de naturaleza cada individuo es autónomo sólo mientras que pueda evitar ser oprimido por otro, algo imposible respecto de *todos* los seres humanos precisamente mientras la situación “asocial” persista.¹⁴

Pero en lo relativo los límites del pacto, mientras que Hobbes entendía que el acuerdo era irrevocable, excepto cuando el soberano no pudiera proteger *de facto* a sus súbditos,¹⁵ Spinoza señalaba más excepciones, como la de que nadie estaba obligado a observar los convenios a no ser “por la esperanza de un bien mayor o por el miedo de un mayor mal”,¹⁶ o que podían ser violados si el bien común así lo exigía. Además, si esas leyes se conservaban de modo que en realidad el miedo de la mayoría de los ciudadanos se transformase en indignación, la sociedad se disolvía automáticamente y expiraba el acuerdo inicial.¹⁷

Spinoza, pues, sostiene que la legitimación de los régimes políticos descansa en última instancia en la multitud, igual que Hobbes, pero su comprensión de dicho fenómeno es muy distinta. Spinoza comprende a la *multitudo* como potencia y no como potestad, ya que “el derecho de la sociedad” y que se define “por el poder conjunto de la multitud”,¹⁸ resulta ser de carácter “natural”, extrajurídico, fuera de cualquier ordenamiento.¹⁹ En consecuencia, y al margen de la transmisión o delegación de poderes que la multitud pudiera asignar a específicas instituciones o a sus propios agentes, percibe como posible que el pacto quede retenido en última instancia en los propios individuos que colectivamente convengan, que resulte horizontal de forma completa. En ese acuerdo va poder considerarse que el derecho a todas las cosas, que cada uno tenía por naturaleza, pueda ser detentado *colectivamente*, es decir, de acuerdo con “el poder y la voluntad de todos a la vez”,²⁰ y originando así que el “Estado democrático” disponga de la conjunta propiedad de lo que cada uno tenía por separado antes de su celebración. Tal Estado sería así el más próximo a la libertad concedida por la naturaleza a los individuos, porque en él nadie transfiere a otro su derecho natural has-

¹³ Spinoza, B., *Ética*, III, pr. 6, pp. 191 y 192.

¹⁴ Spinoza, B., *Tratado político*, G III, 281, p. 92.

¹⁵ Mellizo, Carlos, *Leviatán: la materia...*, cit., p. 181.

¹⁶ Spinoza, B., *Tratado teológico-político*, G III-193, p. 337.

¹⁷ Spinoza, B., *Tratado político*, G III-294, pp. 116 y 117.

¹⁸ *Ibidem*, G III-288, p. 106.

¹⁹ Negri, T., *Il potere costituente, aggio sulle alternative del moderno*, Carnago, 1992; hay trad. de S. Frabotta y R. Sánchez, por donde se cita, *El poder constituyente: ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2015, p. 59.

²⁰ Spinoza, B., *Tratado teológico-político*, G III-191, p. 335.

ta el punto de que no se le consulte nada en lo sucesivo, “sino que lo entrega a la mayor parte de toda la sociedad”.²¹

La democracia es, pues, “la asociación general de todos los hombres, que posee colegialmente el supremo derecho a todo lo que puede”²² y aun cuando quepan distintas mayorías a lo largo del tiempo, y con los diferentes individuos conformando una u otras, en cualquier caso todos ellos siempre tendrán la misma relevancia, pues, en este sentido, siguen siendo iguales, “como antes en el estado natural”.²³ Para Spinoza no cabe otra solución mejor, además, puesto que sin la cooperación los hombres viven necesariamente en la miseria y careciendo de posibilidades para poder cultivar la razón.²⁴ La ayuda mutua que conserven hará, incluso, que la comunidad de seres humanos mantenga cierto poder sobre la naturaleza, porque “si dos se ponen mutuamente de acuerdo y unen sus fuerzas, tienen más poder juntos y, por tanto, también más derecho sobre la naturaleza que cada uno por sí solo”, de manera que cuantos más fueran los que estrechasen sus vínculos, más derecho tendrían en este sentido todos juntos.²⁵ Las conclusiones del pensador nos conducen así a sostener sin demasiadas dificultades su claro apego por la democracia frente a otros sistemas políticos, que no llegarían a recoger la dimensión completa del ser humano.

Pero, sobre todo, podemos extraer de la teoría espinozista diversos elementos que van a servir para desarrollar nuestra breve exposición. Según el escritor holandés, así, existen tres fundamentos para el procedimiento democrático, como ha podido comprobarse:

- Conseguir la coordinación social de la conducta humana de manera óptima.
- Procurar un vínculo estable y más allá de coyunturas entre los miembros del cuerpo social.
- Mantener cierto modelo de sociedad erigido sobre la igualdad en todos los ámbitos posibles.

Estas pretensiones nos conducen, a su vez y sin duda, a otra serie de problemas:

- ¿Qué se entiende por resultado “óptimo”? La teoría epistémica de

²¹ *Ibidem*, G III-195, p. 341.

²² *Ibidem*, G III-193, p. 338.

²³ *Ibidem*, G III-195, p. 341.

²⁴ *Ibidem*, G III-191, p. 334.

²⁵ Spinoza, B., *Tratado político*, G III-281, p. 92.

la democracia aclararía que sería el señalado por la mayoría, basándose así en la sabiduría de la multitud que Spinoza también sostiene. Las mejores decisiones, en este sentido, serían aquellas tomadas conjuntamente y en igualdad.

- ¿Es relevante conseguir un vínculo estable entre los miembros de la sociedad? De acuerdo con la concepción sobre la vida humana, sería algo de carácter positivo sin duda, ya que reduciría la incertidumbre en las relaciones interpersonales y en los cauces institucionales, aumentando de esta forma la percepción de la seguridad y la cohesión de los individuos que conformaran el colectivo.

III. EL PODER CONSTITUYENTE

Ahora bien, expuesto todo esto, cabe preguntarse qué lugar ocupa el soberano en un enfoque que pudiéramos proponer aquí de carácter “espinozista”. Recordemos brevemente algunos episodios históricos que servirían para redefinir los términos.

En primer lugar, y como punto de aproximación a Spinoza y de alejamiento de Hobbes; fruto de la preocupación arriba señalada sobre los límites al poder, podemos recordar la división entre poder constituyente y poder constituido que apuntaría la Constitución estadounidense de 1787 y sostendría ya abiertamente la francesa de 1791. En la primera, el frontispicio *“We, the People”*, confirma la intención de la Convención reunida en Filadelfia de dotar de legitimidad popular el documento aprobado allí. El texto, además, recogía precisamente las corrientes democratizadoras que habían vivido los colonos antes de la independencia. Las diversas Constituciones estatales previas, como la pensilvana de 1776, ya habían sostenido que todo poder político residía en el pueblo y derivaba de él, identificándolo asimismo mediante un extenso sufragio. En todas las Constituciones, asimismo, se había establecido el control de los gobernantes y de los cargos públicos principales, habilitando fórmulas como el juramento o promesa del cargo, los mandatos muy cortos (preferentemente anuales, que aseguraran la *renovación del consentimiento popular*), la *rotación* (no era posible que una misma persona pudiera renovar su permanencia en el puesto público correspondiente más de cierto número de ocasiones, dentro de un periodo mayor), diversas inelegibilidades e incompatibilidades (las más numerosas, referidas a la imposibilidad de ocupar dos cargos públicos al mismo tiempo), el establecimiento de remuneraciones (para mantener a quienes fueran titulares del poder público apartados de su posible corrupción por terceros o de que

pertenecieran exclusivamente a las clases más pudientes), y sistemas de control llevados a cabo por las cámaras legislativas sobre cualquier persona que sirviera a la administración (*accountability*, o rendición de cuentas en general, e *impeachment*, encaminado a un juicio de responsabilidad). En la Constitución federal se previeron precisamente este tipo de resortes, aunque algo más recortados, en los artículos I (secs. 2, 3 y 6) y II, sec. 1, principalmente. El pueblo era quien se autoimponía aquella norma suprema, entendiendo como tal a “la gran masa del pueblo”, no “una parte inapreciable”, ni “una clase privilegiada” de la comunidad o “república”.²⁶

Sin embargo, la Constitución estadounidense de 1787 vino a crear una serie de salvaguardas en aras de la estabilidad institucional, principalmente dos. Así, y en primer lugar, el texto elaborado por la Convención era el último fundamento *normativo* de la comunidad (artículo IV), pero esa norma suprema iba a resultar ratificada por delegados *expresamente* nombrados para ello por el propio pueblo²⁷ y con este apoyo en la legitimidad popular se justificarían parámetros de *rigidez* que impidieran modificar la Constitución fácilmente.²⁸ Ya no se trataba, pues, sólo de reconocer una supremacía a la norma superior, sino también de ponerla a salvo de reformas más o menos frecuentes. La Constitución entiende que el pueblo se *manifiesta* en el momento en que hay, si no ya un consentimiento unánime, sí al menos una mayoría muy reforzada que quiera modificar el texto fundamental.

En segundo término, y aunque el Poder Judicial no estaba propiamente configurado en las Constituciones estatales (con gran disparidad de sistemas para seleccionar jueces y la inclusión del jurado por doquier), la de carácter federal insertó un Tribunal Supremo que aparecía con poderes inusuales, bajo toda una reinterpretación de la separación de poderes de Montesquieu; la intención de los federalistas, en este punto, resultaba clara: los jueces deberían “*declarar nulos* todos los actos contrarios al *sentido evidente* de la Constitución”.²⁹ Sus textos defienden una interpretación que no sea sólo de acomodo, sino que también sostengan la supremacía constitucional, bajo el principio de precedencia jerárquica. De su artículo VI no se desprende una papel relevante del Tribunal Supremo y la judicatura federal, pues el control se queda en los magistrados *estatales*, pero tal extremo no arredraría a Hamilton, quien afirmó que tal consecuencia se desprendía de por sí de “la

²⁶ Todas las citas de *El Federalista* son referentes a Hamilton, A., Jay, J., y Madison, J., *The Federalist Papers* (1787-1788), siguiendo la trad. de Gustavo R. Velasco, *El Federalista*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

²⁷ *El Federalista*, núm. 39.

²⁸ *El Federalista*, núm. 43.

²⁹ *El Federalista*, núm. 38.

teoría general de una Constitución limitada”.³⁰ Así los federalistas apoyan una interpretación extensiva de los poderes de la judicatura federal, a fin de controlar a los estados, y que con el tiempo se apuntalaría en el país, sobre todo a partir de *Marbury vs. Madison*.

La Revolución Francesa configura, asimismo, un momento en el cual queda refrendada institucionalmente la separación entre poder constituyente y poder constituido, aun bajo otro aspecto, ya que no quedaría establecido un Tribunal Supremo al modo americano. La Constitución que entra en vigor el 13 septiembre 1791 resultaba rígida por su gran dificultad de reforma (título VII-artículo 1o.: “la nación tiene derecho imprescriptible a cambiar su Constitución”, título VII: impedimento para cambiarla en dos legislaturas siguientes, exigencia de tres legislaturas consecutivas pidiendo la mutación y de una cuarta conformada de manera diferente a lo habitual y muy complicada), sistema que a su vez dejaba claro la diferencia de la que habló Sièyes en los debates (el título VII-artículo 8o. dice que la asamblea de revisión final deberá disolverse después y que ninguno de los poderes luego instituidos podrá reformar parte alguna de la Constitución). El rango normativo de la Constitución no se subrayaba a través de más mecanismos, aunque estuviera suministrado implícitamente por la rigidez citada. En su lugar, durante todo el proceso constituyente y su antecesora los miembros de la Asamblea hicieron hincapié en la ley, favoreciendo así un nuevo legicentrismo. Sièyes, para quien pueblo y nación es lo mismo en las sesiones constituyentes de julio de 1789, es decir, una comunidad primigenia, sin duda se encontraba en el sustrato ideológico de los constituyentes: “la soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible, pertenece a la nación: ninguna sección del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio” (título III, artículo 1o.).

La inauguración de la división entre poder constituyente y poder constituido y su respaldo a través de los sistemas de reforma constitucional y control de supralegalidad da lugar luego a diversos modelos políticos en el derecho comparado, y que sin ánimo de ser prolijos podemos dividir en los siguientes:

- El de los derechos atrincherados totalmente. El caso más típico es el de ciertas libertades contenidas en la ley Fundamental de Bonn.
- El de la necesidad de mayorías reforzadas y no solamente simples, que guarda como horizonte “ideal”, y a falta de un criterio decisivo que pueda anclar su proporción, el de la unanimidad.

³⁰ *El Federalista*, núm. 81.

Estos mecanismos de sostenimiento de la rigidez constitucional se encuentran con varias críticas, entre las cuales se hallarían principalmente:

- La que señala una vulneración de la igualdad en la toma de decisiones políticas centrales si se asumen aquellos criterios. Esta injusticia sería tanto de carácter sincrónico como diacrónico. Ambas son tan antiguas como la Constitución federal de 1787. En el primer supuesto, formulado por los antifederalistas frente a la Convención de Filadelfia, una minoría podría bloquear cualquier cambio, de manera que sus componentes dispondrían de votos con mayor peso decisorio sobre el conjunto. El segundo, señalado por Thomas Jefferson, implica que cierta generación determinaría las reglas de juego de las restantes de manera que obstaculizaría su capacidad para cambiarlas.
- La crítica del contramayoritarismo de la justicia constitucional. Los magistrados constitucionales, o incluso los jueces en general, no gozan de legitimidad popular alguna, pues no son seleccionados por los ciudadanos. En este sentido, su capacidad para controlar la constitucionalidad de las leyes resultaría desmedida y no respondería al principio democrático.

Las réplicas a estas críticas, a su vez, que impugnan los régímenes de reforma flexible de la Constitución y que por tanto sostienen su rigidez, serían las siguientes:

- Los derechos de las minorías corren peligro si se dejan todas las decisiones colectivas en manos de una mayoría simple, pues resulta que “en una república no es sólo de gran importancia asegurar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino proteger a una *parte* de la sociedad contra las injusticias de la otra *parte*”.³¹
- No existe forma de localizar territorialmente con claridad un único *demos* en un marco plural de convivencia interno y tampoco de forma tajante en relación con una órbita externa en la que el Estado forma parte de organismos supranacionales. En consecuencia, tampoco resulta posible reconocer una sola mayoría a la que le fuera factible modificar a discreción la norma constitucional. En realidad, habría varias concurrentes en todo caso.

³¹ *El Federalista*, núm. 51.

En consecuencia, los defensores de estas dos posturas, (a) y (b), a su vez conducen a diversos mecanismos que también esquematizo aquí:

a) Protección de derechos de las minorías.

a.1. Con el fin de obtenerla, establecer, junto con el reconocimiento de esos derechos, diversas dificultades para la reforma constitucional mediante la exigencia de mayorías cualificadas, ya sea en una circunscripción única o bien en varias demarcaciones de carácter territorial. Pero, ¿por qué *siempre* las mayorías cualificadas vendrían a proteger mejor los derechos que las simples? Podemos imaginar situaciones de colusión en las que varios grupos lleguen a unirse contra un tercero. De hecho, ni siquiera habría probabilidad de alejarse de este escenario, y pese a la opinión de Madison,³² si no se partiese de algún punto de arranque que previera, al menos provisoriamente, los factores tendentes a esta eventualidad para así desactivarlos. Y tampoco ha de rechazarse la posibilidad de que se diera en todo caso la suma de “todos contra uno”, es decir, de que una sola persona o un grupo reducidísimo viera vulnerados sus derechos, por mucho que se procurara un juego de mayorías (grandes) que se comportaran imparcialmente entre sí.

a.2. Blindar totalmente ciertos derechos (como la Ley Fundamental Bonn). El problema que se suscita aquí es el de aclarar qué derechos: ¿solo los de carácter civil y político contenidos en los pactos internacionales? ¿Cuáles serían exactamente? ¿Acaso no hay continuidad entre todos los derechos, incluyendo los sociales? ¿Los sociales son solamente los derechos de prestación? ¿Acaso los otros son menos “sociales”?

b) Por la imposibilidad de localizar claramente la soberanía, es decir, de delimitar al “demos” definitivamente, caben dos opciones exactamente contrarias:

b.1. No blindar nada, ceder siempre las posibles modificaciones a una mayoría simple de la población existente en el Estado del que se trate y precisamente porque, de un lado, no es posible identificar comunidades homogéneas dentro de él (pese a reconocerse la pluralidad que alberga, que resulta de todas formas imposible de articular) y, por otro, presuponiendo que en todo caso hay compromisos internacionales que el gobierno nunca ha de ceder al refrendo de sus ciudadanos. Uno y otro plano, en resumidas cuentas, se reducen a reforzar la unidad de actuación gubernamental, a saber, la de un Estado ya dado y con una voluntad internacional concertada con anticipación. Ni qué decir tiene que esta propuesta es severamente con-

³² La de que en el territorio extenso de una república moderna, dada la gran variedad de “partidos e intereses”, sería menos posible que una mayoría aplastase a los demás grupos e individuos. *El Federalista*, núm. 10.

servadora, pues ampara el *statu quo* e imposibilita cualquier cambio, pudiendo favorecer consolidaciones de un poder central fuerte de modo especial, combinado con otro externo de escasa legitimidad popular.

b.2. Poner dificultades a la reforma, mediante la exigencia de mayorías reforzadas y otros mecanismos para que no pueda haber modificaciones que, trastocando la Constitución, debiliten la acción gubernamental: se supone la existencia previa e indiscutible de un Estado cuya acción debe ser de nuevo unitaria tanto hacia dentro como en relación con el exterior. El resultado, pues, quizás lleve a las consecuencias del caso conservador antes ya citado, aunque en la medida en que la Constitución original favoreciera menos la centralización o la concesión de potestades a un organismo internacional, al menos podría impedir fenómenos de recentralización o de abandono de la soberanía a entidades supranacionales sin legitimidad democrática.

Pero regresemos por un momento al esquema de trabajo espinozista con el que hemos abierto estas páginas, con el fin de saber si los problemas suscitados sobre la rigidez constitucional y que se han señalado pueden resolverse de alguna manera. Recordemos que según aquella lectura la teoría sustantiva de la democracia escogería tres fundamentos para el procedimiento democrático: I) coordinación social óptima, II) mantenimiento de un vínculo estable entre los miembros del cuerpo social, y III) procuración de la mayor igualdad entre ellos y en el mayor número de ámbitos posibles. Así, y en relación con I), lo más adecuado sería optar por a.2 (el blindaje de ciertas libertades), incluyendo aquí los de participación política (que abarcarián asimismo la posibilidad de referenda vinculantes para impedir la parálisis del sistema) y también, desde luego, los derechos civiles, sobre todo los que conforman la opinión pública en una democracia (libertad de expresión e información, frente a la detención arbitraria, libertad religiosa y de conciencia, inviolabilidad de domicilio y comunicaciones, derecho de asociación, reunión y manifestación). Pero habría que blindar ciertos otros derechos que contribuirían a la vinculación estable de los ciudadanos, que sería incluso intergeneracional, y ya apuntada en II): pensiones públicas, educación y asistencia sanitaria, así como renta básica, trabajo garantizado o seguro de desempleo de larga duración.

En cuanto al problema planteado en (b), a saber, la imposibilidad de delimitar el “*demos*” o un tratamiento unitario del mismo de una vez por todas y para siempre, las premisas espinozistas I, II y III, reunidas, supondrían, bajo la protección para todo ciudadano de los derechos blindados ya expuestos (y correspondientes a un *demos* construido alrededor de ellos, virtual y juridificado), que habría que facilitar la interrelación entre los *demos*.

que integren la unidad estatal de que se trate (propiamente políticos y, por tanto, dotados de autogobierno). Tal objetivo se obtendría mediante la institución de compromisos revisables periódicamente entre las distintas unidades políticas o comunidades que compusieran el Estado. Para ello deberían respetarse los principios de respeto mutuo, reconocimiento, dignidad, tolerancia, reciprocidad e integridad.³³ Ésta sería la esencia de un federalismo plural que hiciera frente a los desafíos, tanto de la disgregación como de la hegemonía unilateral, asegurando una cultura federal que sostuviera la continuidad del pacto o pactos, y de forma que pudiera entenderse el federalismo como un auténtico proceso de identificación colectiva. Los parámetros para delimitar esas comunidades podrían ser varios, pero los que gozan de mayor predicamento son:

- El hecho lingüístico.
- La afirmación de la propia identidad política y cultural, a lo largo del tiempo y de forma persistente.
- La percepción del fenómeno desde el “exterior” del Estado: marco de relaciones internacionales existente, tratamiento de situaciones similares en contextos pacíficos de terceros países, etcétera.

Esta modesta propuesta espinozista intenta rescatar el sustrato igualitario de la democracia en un sentido profundo y también la preocupación del constitucionalismo por poner límites al poder, de forma que el *demos* juridificado pudiera avanzar de forma conjunta con el pacto entre los *demoi* de carácter político, recogiendo el ingrediente deliberativo de la democracia y el compromiso auspiciado por la responsabilidad de los iguales, pero también los derechos que le son indispensables a toda sociedad que se precie de buscar el bien común bajo cohesión y solidaridad. En suma, la multitud, diversa y plural, frente al soberano indivisible y perpetuo.

³³ Gagnon, Alain-G., *Época de incertidumbres: ensayo sobre el federalismo y la diversidad nacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 184.

DEBATIENDO SOBRE JUSTICIA TRANSICIONAL: MEMORIA, PERDÓN Y CASTIGO

Rafael ESCUDERO ALDAY*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *¿Por qué recurrir a la justicia transicional?* III. *Los conflictos a la hora de aplicar medidas de justicia transicional*. IV. *La participación de las víctimas y la ciudadanía, ¿derecho de voto?* V. *Recapitulación: cuestiones para el debate*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN¹

En su trabajo “Memoria, perdón y castigo”,² el profesor Rodolfo Vázquez defiende la tesis de que, en situaciones de transición de dictaduras a democracias, debe apelarse a la memoria y practicar el “castigo garantista” frente a alternativas que van desde el olvido hasta el “castigo ejemplarizante”, pasando por la tolerancia, el perdón o la reconciliación.

Todas y cada una de estas posibilidades presentan numerosas cuestiones a debatir. En primer término, Rodolfo Vázquez plantea la relativa a los contenidos y límites de las denominadas políticas de reconciliación. ¿Deben éstas sustituir a la justicia en esas especiales situaciones que son los procesos de transición política de dictadura a democracia? ¿Es la reconciliación, como sucedió por ejemplo en España, un concepto que puede utilizarse para imponer y legitimar un pacto de silencio sobre el pasado?

Por otro lado, resultan también ineludibles las cuestiones sobre el papel de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en

* Universidad Carlos III de Madrid.

¹ Este trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de I+D de la Dirección General de Universidades e Investigación de la Comunidad de Madrid titulado “New Trust-CM. Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad” (S2015/HUM-3466).

² Vázquez, Rodolfo, “Memoria, perdón y castigo”, en Vázquez, Rodolfo, *Las fronteras morales del derecho*, México, Fontamara, 2009, pp. 65-77.

el pasado a la hora de determinar estrategias de perdón y reconciliación de cara al futuro. Así, ¿es exigible a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos una aceptación del perdón y arrepentimiento mostrado por los victimarios, una vez probado su carácter sincero y demostrada la voluntad de arrepentimiento por parte de aquéllos? ¿Hasta dónde llega el rol de las víctimas a la hora de diseñar políticas de reconciliación tras un pasado conflictivo y violento? La línea entre lo público y lo privado debe ser aquí cuanto menos planteada y debatida.

Por último, en el trabajo de Rodolfo Vázquez se plantea la dialéctica entre el castigo prudencial y el castigo garantista para enfrentar las violaciones de derechos humanos. Desde una clara preferencia por el segundo, son múltiples las dudas que surgen a la hora de implementarlo: ¿hasta dónde debe llegar el castigo? ¿Quién y en qué ámbito debe ejercerlo? ¿Es diferente el castigo bajo el marco de la llamada justicia transicional? ¿Es compatible castigar graves violaciones de derechos humanos con medidas de justicia restaurativa que pudieran eludir la pena de prisión? Son éstas algunas de las preguntas que surgen a la vista de procesos no ya del pasado, sino actuales y en marcha, como el que se dirime estos días en Colombia.

Abordar estas cuestiones para debatirlas a partir de los argumentos esgrimidos por Rodolfo Vázquez es el objetivo de mi contribución a su libro-homenaje.

II. ¿POR QUÉ RECURRIR A LA JUSTICIA TRANSICIONAL?

Vivimos tiempos en los que la justicia transicional está de moda. Tanto para referirse a procesos de transición política desde régimes dictatoriales a otros basados en la democracia y el *rule of law*, como para articular agendas de consolidación de la paz que superen conflictos internos o internacionales, se recurre al concepto de justicia transicional con un doble objetivo. Por un lado, para desarrollar políticas públicas que permitan reparar a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado, bien por las autoridades de régimes dictatoriales bien en el marco del conflicto que se pretende superar. Por otro, para diseñar estrategias que permitan consolidar sociedades democráticas basadas en el respeto al *rule of law* y a los derechos humanos. Sólo así podrá alcanzarse la ansiada paz y la reconciliación social.

De acuerdo con Naciones Unidas, la justicia transicional se define como “el conjunto de procesos y mecanismos asociados con el intento de una sociedad de enfrentarse y superar un pasado de abusos a gran escala para

asegurar responsabilidad, obtener justicia y lograr la reconciliación”.³ Entre sus medidas se incluyen mecanismos judiciales y extrajudiciales para castigar a los culpables de graves violaciones de derechos humanos, sistemas de acceso a la justicia penal para las víctimas, la búsqueda de la verdad, así como un conjunto de medidas dirigidas a conseguir la reparación integral de las víctimas, tanto económicas como morales.⁴

En la actualidad, el concepto de justicia transicional goza de gran predicamento entre sectores académicos y ciudadanos.⁵ Tanto es así que su grado de implantación y desarrollo se configura ya como un auténtico test a la hora de valorar el éxito de los procesos de democratización o de superación de pasados conflictivos y violentos. En este sentido, son dos las variables utilizadas a la hora de calibrar el éxito: por un lado, la satisfacción de los derechos de las víctimas de las violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado; y, por otro, la consolidación de sociedades democráticas, con respeto al *rule of law* y a la cultura de los derechos humanos.

1. Los contenidos de la justicia transicional: derechos y políticas públicas

En cuanto a los contenidos de la justicia transicional, ha devenido un lugar común en la doctrina su clasificación en función de los derechos a que pretenden dar satisfacción. Se habla así de los derechos a la verdad, la justi-

³ Véase el informe del secretario general de Naciones Unidas al Consejo de Seguridad, “The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies”, 23 de agosto de 2004 (S/2004/616), disponible en: <https://www.un.org/ruleoflaw/files/2004%20report.pdf>(consultada el 25 de julio de 2016).

⁴ Téngase en cuenta el carácter ambiguo del término justicia transicional. En efecto, con el mismo no sólo se hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos y políticos, sino también a la disciplina dedicada a su estudio. Además de juristas de diferentes ramas —como internacionalistas, penalistas, constitucionalistas o iusfilósofos—, historiadores, politólogos y filósofos se ocupan de su estudio. Bengoetxea, J., “Transitional Justice versus Traditional Justice: The Basque Case”, *Journal of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, vol. 12, núm. 2, 2013, pp. 30-58.

⁵ El origen del concepto de justicia transicional se sitúa en la década de los noventa del siglo pasado. En concreto, su maternidad suele atribuirse a Teitel. No obstante, con el mismo se hace referencia a un conjunto de instrumentos que ya se venían poniendo en marcha desde finales de la Segunda Guerra Mundial; en concreto, desde los juicios de Nuremberg. Teitel, R., “Transitional Justice Genealogy”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 16, 2003, pp. 69-94.

cia y la reparación, cuya titularidad corresponde las víctimas de esas graves violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado.⁶

El derecho a la verdad se satisface mediante la adopción de políticas públicas que indaguen en lo sucedido y saquen a la luz todos los aspectos de las violaciones de derechos humanos acaecidas en el pasado. Quiénes son las víctimas y los victimarios, cuál fue la génesis del conflicto o las causas reales de esa victimización, o cuál fue su alcance real, son preguntas ante las que el Estado debe ofrecer una amplia respuesta no sólo a las víctimas, sino incluso al conjunto de la sociedad. Y para ello la medida que hasta la fecha con más éxito se ha implantado consiste en la creación de comisiones de la verdad dirigidas a reconstruir y presentar públicamente el relato de las violaciones de derechos humanos. Desde la base de tratarse de organismos independientes de las instituciones de gobierno del Estado, cuál sea el diseño, organización y forma de funcionamiento de estas comisiones es algo que dependerá del contexto y realidad de cada país.⁷

La satisfacción del derecho de las víctimas a la justicia requiere la investigación oficial de los hechos violentos, el procesamiento de sus autores y la imposición de la correspondiente sanción, si procede, en el marco de un proceso penal ajustado a los principios del debido proceso y el juicio justo. Es decir, mediante un “castigo garantista”, siguiendo los términos de Rodolfo Vázquez.⁸ Asimismo, la consecución de la justicia incluye el derecho de las víctimas a interponer recursos efectivos para la puesta en marcha de esta investigación de carácter penal; recursos que deben ser articulados en las legislaciones internas como instrumentos de lucha contra la impunidad.

Finalmente, las víctimas son titulares de un derecho a la reparación integral por el daño sufrido, lo que supone no sólo medidas de reparación económica (indemnización, restitución y rehabilitación), sino también medidas de satisfacción o reparación moral (declaraciones de asunción de responsabilidades, peticiones institucionales de perdón, reconocimiento al más alto nivel institucional del daño causado, etcétera). De nuevo, el cariz y extensión de estas políticas de reparación es algo que dependerá de las cir-

⁶ Desde diferentes fuentes (derecho internacional consuetudinario, tratados internacionales o declaraciones de *soft law*), se ha ido construyendo todo ese cuerpo normativo que ha cristalizado en este sector emergente del derecho internacional que resulta ser la justicia transicional.

⁷ Medidas como la apertura de archivos, el acceso a documentos oficiales tanto por víctimas como por especialistas interesados en el estudio del pasado, o el fomento de investigaciones de carácter historiográfico, sociológico o politológico, también se dirigen a satisfacer el derecho a la verdad.

⁸ Vázquez, R., “Memoria, perdón...”, *cit.*, p. 66.

cunstancias concretas de cada país y cada momento, pero sí parece haber cierto consenso en la necesidad de que las víctimas estén presentes desde un primer momento en su diseño e implementación.

El contenido de la justicia transicional se completa con un conjunto de medidas adicionales dirigidas a garantizar la no repetición de las situaciones violentas. Así, junto a políticas educativas, dirigidas a concientizar a la población sobre la necesidad de fortalecer una cultura de los derechos humanos, se reclaman medidas de reforma institucional, dirigidas a erradicar de sus funciones públicas a personas y dirigentes que desde los diferentes poderes del Estado (por ejemplo, ejército, cuerpos de policía o Poder Judicial) participaron y/o colaboraron activamente con la presión y la violencia. El cambio de personas —por supuesto, mediante procesos sancionatorios administrativos donde quede acreditada tal colaboración— resulta decisivo para un cambio de prácticas y de mentalidades, fortaleciendo así la necesaria cultura de los derechos humanos sin la que ninguna sociedad democrática puede desarrollarse plenamente.

2. Los objetivos de la justicia transicional: individual y colectivo

De acuerdo con los contenidos señalados con el epígrafe anterior, pueden distinguirse dos objetivos de la justicia transicional. En primer lugar, restablecer la dignidad y reparar a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos (un objetivo que podría denominarse individual). Éstas son, en este ámbito, las destinatarias de sus medidas, dirigidas pues a repararlas y a castigar a los culpables de tales violaciones. En segundo término, garantizar el *rule of law* y lograr la reconciliación social (un objetivo que podría denominarse colectivo). Las garantías de no repetición pueden encuadrarse bajo este objetivo. En este segundo ámbito las medidas de la justicia transicional no se dirigen tan sólo a las víctimas, sino también a toda la sociedad.

El tránsito de lo individual a lo colectivo ha caracterizado la evolución de la justicia transicional. De un enfoque inicial basado en la justicia retributiva (del cual los juicios de Nuremberg son un buen ejemplo) se evolucionó hacia otro basado en la justicia restaurativa. Así, de los enjuiciamientos penales como elemento central se pasó a las comisiones de la verdad y a las medidas restitutivas. En efecto, los ejercicios de búsqueda de la verdad, memoria histórica y las políticas de retribución integral a las víctimas han sido centrales en el devenir de la justicia transicional y en la forma como ésta se entiende en la actualidad.

La razón de esta evolución se encuentra en la vinculación de la justicia transicional con la consolidación del Estado de derecho y la normalización democrática.⁹ Los procesos transicionales llevados a cabo en Latinoamérica y en la Europa del Este en el último cuarto del siglo pasado son un buen ejemplo de este cambio de perspectiva. En este contexto histórico, la aparición de las amnistías, como instrumento de consecución de la paz, se presenta como el caso paradigmático de la supeditación de la justicia penal en favor de esa reconciliación social que permita construir un futuro en términos democráticos.

Esta evolución permite apreciar con claridad los dos objetivos o fines de la justicia transicional, uno de carácter individual y otro colectivo. Aunque permite apreciar también la interacción que se produce entre ambas dimensiones; garantizar los derechos de las víctimas, por un lado, y alcanzar la reconciliación social desde premisas democráticas, por otro. Pero, como se verá más adelante, la necesidad de satisfacer ambos fines hace que puedan surgir conflictos a la hora de adoptar tal o cual medida. Por citar tan solo un ejemplo, las amnistías pueden contribuir a la paz social colectiva, pero afectar negativamente al derecho de las víctimas a la justicia. Cómo se seleccionen medidas, momentos y fines es algo que dependerá de cada contexto político.

Así, una agenda basada en la justicia transicional sólo tendrá éxito si ambos objetivos son desarrollados conjuntamente, aunque no todas sus medidas sean implementadas con la misma extensión e intensidad. La justicia transicional requiere de un enfoque holístico. La complementariedad a la hora de desarrollar sus medidas resulta decisiva a la hora de lograr una exitosa implementación. No parece que en su conjunto puedan funcionar, alcanzando los objetivos para los que fueron diseñadas, si no es a través de la interrelación entre ellas.¹⁰ En efecto, los juicios penales deberían ir acompañados de políticas de reparación económica y moral a las víctimas, de la misma forma que las comisiones de la verdad deberían complementarse con juicios penales. Por tanto, la forma como una sociedad ponga en marcha y desarrolle políticas públicas de justicia transicional debería ser evaluada de acuerdo con el grado de cumplimiento de estos dos objetivos.

⁹ Teitel, R., “Transitional Justice...”, *cit.*

¹⁰ Así lo entiende el International Center of Transitional Justice de Nueva York. Véase el informe “What is Transitional Justice?”, disponible en: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-English.pdf> (consultada el 25 de julio de 2016).

III. LOS CONFLICTOS A LA HORA DE APLICAR MEDIDAS DE JUSTICIA TRANSICIONAL

Quizá sea ésta doble dimensión (individual, destinada a las víctimas, y colectiva, dirigida a toda la comunidad) el elemento que caracteriza a la justicia transicional. En todo caso, sí es uno de sus puntos más conflictivos. Parece claro que las denominadas dimensiones individual y colectiva de la justicia transicional pueden entrar en conflicto entre sí. Satisfacer una puede suponer ignorar o menospreciar la otra. Por un lado, la consecución del objetivo de reparar a las víctimas mediante juicios penales puede hacer peligrar el objetivo de alcanzar la paz social. Por otro lado, la búsqueda de la paz social puede requerir sacrificios —llámense amnistías— en todo lo relativo a la consecución de la justicia penal.

Dada la complejidad que supone poner en marcha a la vez y con similar intensidad todas las medidas que conforman la justicia transicional, dependerá de las particulares circunstancias de cada caso la decisión sobre por cuáles de ellas comenzar y cuáles postergar o, incluso, cuáles no implementar. Recuérdese el contexto en el que estas medidas se van a aplicar: sociedades recién salidas de regímenes dictatoriales o de períodos de conflicto interno. Un contexto que, como parece obvio, no pone nada fácil su implementación.

Las decisiones al respecto son manifiestamente políticas. Pero, ¿sin límites? ¿Todo vale con el objetivo de alcanzar la deseada reconciliación social? O, por el contrario, ¿hay “líneas rojas” que no deben ni pueden ser traspasadas, y que tienen que ver con los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado? En suma, ¿debe el derecho establecer un límite a la libre voluntad colectiva de una sociedad a la hora de poner en marcha su proceso de transición política a la democracia?

1. *La justicia transicional, ¿frente a la justicia penal garantista?*

Un primer bloque de problemas se plantea con relación a cómo encajar los instrumentos de lucha contra la impunidad con los parámetros propios del derecho penal garantista requeridos en toda sociedad democrática. Se asume por la doctrina —y así lo viene reconociendo el emergente derecho internacional penal— que las graves violaciones de derechos humanos no pueden quedar impunes. Afectan a la conciencia de la humanidad y de aquí que sus víctimas no sean sólo las personas cuyos derechos se ven inmediata

y directamente vulnerados, sino más bien todos nosotros. Son “crímenes contra la humanidad” y como tales deben articularse instrumentos jurídicos para el castigo de sus autores. Como afirma Rodolfo Vázquez, “el reconocimiento de los derechos humanos y su flagrante violación, son un límite al ejercicio de la tolerancia”.¹¹

Su condición de intolerables justifica la inclusión de instrumentos jurídicos para su castigo, sea cual sea el momento y lugar donde se hayan producido. En favor de ello se alega la tesis moral de la universalidad de los derechos humanos. Si las personas nacen y permanecen iguales en derechos, si éstos son previos al Estado y este únicamente reconoce una pretensión moral derivada del principio de dignidad humana, entonces lo coherente es establecer una serie de mecanismos jurídicos que hagan posible su efectividad en todo tiempo y lugar. Instrumentos que protejan estos derechos y que castiguen su violación más allá del momento en que se cometieron (por ejemplo, la imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad y su carácter de no amnistiables) o del lugar donde se produjeron (mediante la extensión del principio de jurisdicción universal).

Pero esta lucha contra la impunidad implica excluir categorías propias de un derecho penal garantista como la prescripción de los delitos. Esta exclusión supone sacrificar el principio de seguridad jurídica —un principio clásico del Estado de derecho— en favor de las dimensiones individual y colectiva de la justicia transicional. En efecto, el citado principio cede ante la necesidad de evitar la impunidad de graves violaciones de derechos humanos que deben ser perseguidas por el nuevo sistema si éste quiere asentarse desde bases democráticas y la cultura de los derechos humanos. Sin duda, es difícil encontrar el equilibrio entre todos estos principios en juego, pero lograrlo es otro de los elementos característicos de esta forma de hacer justicia, que viene a ser la justicia transicional.

En apoyo del argumento moral que acaba de reseñarse, acude también un argumento político. Las medidas de la justicia transicional contribuyen a forjar una democracia de mayor calidad, donde primen el *rule of law* y la cultura de los derechos humanos. Es decir, que son mejores democracias aquellas en las que, tras períodos conflictivos o dictatoriales, se han llevado a cabo políticas de justicia transicional y, especialmente, enjuiciamientos penales a los victimarios. Por ejemplo, la búsqueda de la justicia en la Latinoamérica de los años ochenta del siglo pasado no dificultó la consolidación de la democracia, sino todo lo contrario. Las sociedades que llevaron a cabo esos juicios —como la argentina— se han fortalecido más que aquellas en

¹¹ Vázquez, R., “Memoria, perdón...”, *cit.*, p. 69.

las que no se produjeron, de manera que hoy se encuentran en mejores condiciones para evitar la repetición de hechos violentos en el futuro.¹²

Frente a esta conclusión, se arguye una tesis escéptica,¹³ según la cual no existe prueba empírica veraz sobre los efectos disuasorios y positivos de estas condenas. Dejando al margen las estadísticas, lo relevante en este punto es conectar el castigo no sólo con la clásica función retributiva, sino también con otra de carácter preventivo y socializador. Juicios y penas tienen también un valor educativo, de cara a la comunidad y a construir su relato colectivo;¹⁴ un relato, donde la memoria de las víctimas y su sufrimiento ocupe un lugar central, que contribuya a sentar las bases democráticas y de respeto a los derechos humanos para esa nueva sociedad que está en vías de construcción.

Los enjuiciamientos penales contribuyen a forjar esa memoria colectiva de la que hablaban autores como Walter Benjamin. Sirven para hacer públicas aquellas historias que quedaron al margen de las páginas de los libros de historia. Igualmente son instrumentos que visibilizan a las víctimas, sacándolas del olvido o desamparo en el que pudieran haber quedado tras su victimización (es decir, tratarlas como “ciudadanos de primera”).

No obstante, a la hora de buscar y configurar ese relato colectivo sobre lo sucedido en el pasado, quizá las comisiones de la verdad puedan ser instrumentos más útiles y estratégicamente mejores que los enjuiciamientos y las condenas penales. Suelen alegarse las siguientes razones: descubren el daño causado desde la perspectiva de la víctima; evitan una actuación estratégica del victimario que previsiblemente sí se produciría en un juicio penal; y suponen una opción por la justicia restaurativa frente a la retributiva que fortalece a las víctimas (perspectiva individual) y tiene efectos educativos sobre toda la comunidad (perspectiva colectiva). Además, al promover la rendición de cuentas, pueden servir para preparar el camino útil a una posterior persecución penal de hechos delictivos (aunque ello suponga, de nuevo, cuestionar otro de los tradicionales principios del derecho penal garantista: en este caso, el derecho a no declarar contra sí mismo). Y, sobre todo, se convierten, al trazar la línea de separación entre pasado y futuro, en un instrumento de legitimación del nuevo sistema.

¹² Sikkink, C., *The Justice Cascade. How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, Nueva York, W.W. Norton & Company, 2011.

¹³ Forcada, I., *Derecho internacional y justicia transicional. Cuando el derecho se convierte en religión*, Pamplona, Civitas, 2011, pp. 33-36.

¹⁴ Landsman, S., “Alternative Responses to Serious Human Rights Abuses: of Prosecution and Truth Commissions”, *Law & Contemporary Problems*, vol. 59, 1996, p. 83.

Este alegato final en defensa del papel de las comisiones de la verdad frente a los juicios penales nos pone en situación de abordar el siguiente bloque de conflictos que se presentan a la hora de abordar una agenda de justicia transicional: la posibilidad de dejar a un lado las medidas de justicia retributiva frente a otras de carácter restaurativo que excluyan o limiten drásticamente los juicios penales.

2. La justicia transicional, ¿frente a los derechos de las víctimas?

La justicia transicional no sólo puede utilizarse para justificar un alto estándar punitivo, como se ha visto en el epígrafe anterior. También ofrece argumentos para justificar la rebaja de ese estándar punitivo cuando sea necesario para alcanzar los fines colectivos que la caracterizan. Puede suceder que una determinada sociedad tenga que postergar las persecuciones penales por diversos motivos, coyunturales o determinados por las relaciones de poder existentes en ella tras un largo periodo dictatorial o conflictivo. En efecto, la situación política en el momento de la transición puede ser tan frágil que ésta se ponga en peligro si se adoptan drásticas medidas penales sobre los responsables del régimen dictatorial o de las violaciones de derechos humanos cometidas. Lo cierto es que la validez de este argumento —muy usado en los años ochenta del siglo pasado—¹⁵ quedó pronto en entredicho, porque tales predicciones no se cumplieron en los países donde sí se han implementado estas medidas de justicia penal.¹⁶

En todo caso, es cierto que la inestabilidad política afecta y determina las medidas de carácter penal a aplicar. Que éstas no serán las mismas, ni cumplirán igualmente sus objetivos, en todos los casos. El equilibrio de poderes determinará su cariz, grado de implantación y éxito. No es lo mismo aplicar estas medidas penales en un contexto donde la violencia ha terminado que en otro donde el conflicto sigue vivo. Justicia y paz son en este caso elementos en conflicto. Ante esto, lo único que puede afirmarse con carácter general es que el conflicto habrá que resolverlo caso a caso; y probablemente, momento a momento.

¹⁵ Y en el caso español. Véase Escudero, R., “Road to Impunity. The Absence of Transitional Justice Programs in Spain”, *Human Rights Quarterly*, vol. 31, núm. 1, 2014, pp. 123-146.

¹⁶ Frente a quienes sostienen la tesis escéptica, cabe argüir que del mismo modo que resulta difícil saber si la implementación de políticas de justicia transicional es causa relevante del éxito en la creación de sociedades democráticas, también lo es determinar si el olvido (es decir, la inaplicación de políticas de justicia transicional) es o ha sido la razón del éxito de transiciones como la española basadas en él.

Ello muestra que en ocasiones quizá sea necesario rebajar el tenor punitivo de las medidas a aplicar en los procesos transicionales —y, por tanto, la intensidad de la protección del derecho a la justicia de las víctimas— con el objeto de alcanzar el objetivo colectivo de la paz y reconciliación social. En efecto, es la doble finalidad lo que condiciona toda la aproximación a la justicia transicional. Esto hace que en algunas circunstancias pueda aumentarse la punibilidad, mientras que en otras pueda rebajarse. En ella lo individual (los derechos de las víctimas) no tiene por qué primar siempre frente a lo colectivo (lograr la paz o la reconciliación social). De la misma forma que alcanzar el fin colectivo, no puede implicar dejar a las víctimas en el olvido y los graves crímenes en la impunidad.

Así, el margen de libertad o discrecionalidad que tiene un Estado a la hora de aplicar o inaplicar mecanismos de justicia (especialmente, en el ámbito penal) es mayor en situaciones transicionales que en aquellas que no lo son. No entender esto último implica, en mi opinión, distorsionar lo que significa la justicia transicional. Situados en este punto, la pregunta sería la siguiente: ¿cuáles son los límites que nunca deben traspasarse a la hora de determinar las políticas por parte de los poderes públicos de un Estado en transición?

Hay consenso en la doctrina internacionalista sobre los límites fijados por el derecho internacional. No todo vale para garantizar esos objetivos colectivos señalados anteriormente. Su normativa prohíbe las amnistías que anulen por completo el derecho de las víctimas a un recurso efectivo y a conocer la verdad, es decir, que vulneran la correlativa obligación de los Estados de investigar, juzgar y castigar penalmente a quienes sean declarados culpables de graves violaciones de derechos humanos (crímenes de guerra y de lesa humanidad). Aparece, pues, un claro límite impuesto por normas de derecho internacional: quedan prohibidas las *blanket amnesties*, es decir, aquellas que debido a su carácter absoluto e incondicionado actúan como instrumentos de impunidad, y no como favorecedoras del proceso de paz y reconciliación. Así son las “incondicionadas” (impiden la investigación de lo sucedido), las que amnistían crímenes contra la humanidad (incluidas las desapariciones forzadas, consideradas delito continuado cuyos efectos se producen en tanto no se dé razón del paradero de las víctimas), o las “autoamnistías” (concedidas por las autoridades bajo las que se produjo la violencia). Su prohibición se sustenta en normas de derecho internacional consuetudinario y convencional, de manera que no cabe pacto en contrario, ni tan siquiera alegando una supuesta legitimidad democrática o acuerdo popular sobre la amnistía.

Pero hasta aquí llegan los límites que marca el derecho internacional con relación a las amnistías. Más allá no existe una prohibición legal para amnistías de otro tipo. Por ejemplo, las denominadas “amnistías condicionadas”, es decir, aquellas dirigidas a superar el conflicto y articular las bases del nuevo régimen político. Son en las que la no aplicación efectiva de la condena penal se condiciona al cumplimiento de ciertos requisitos y a la realización de determinadas conductas por parte de los sujetos participantes en el proceso.¹⁷ Su aplicación estaría justificada en la necesidad de responder a ese objetivo colectivo propio de la justicia transicional: favorecer el clima de paz y reconciliación social que haga posible la construcción de un Estado de derecho. Aunque ello suponga, como podría suceder en estos casos, rebajar el nivel de satisfacción del derecho a la justicia de las víctimas, bien concediendo amnistías bajo estas condiciones bien sustituyendo las penas de prisión por medidas de justicia restaurativa (reconocimiento de responsabilidad, petición de perdón y reparación económica y moral a las víctimas). Así, forma parte del margen de decisión política de un Estado la aplicación de amnistías condicionadas, la postergación del cumplimiento de las penas de prisión a cambio de medidas restaurativas o, en suma, las rebajas de los estándares punitivos típicos de la justicia penal tradicional.¹⁸

En todo caso, la adopción de estas medidas requiere de la participación de víctimas y victimarios en el proceso. En lo que a estos últimos se refiere, favorecerse de una amnistía (o la sustitución de una pena de prisión por otra de justicia restaurativa) exigirá su colaboración activa en el proceso de justicia transicional, tanto en su dimensión individual como en la colectiva. Así, el disvalor para el derecho a la justicia ha de compensarse con una mayor implicación en la satisfacción de los otros dos derechos: verdad y reparación. Los victimarios deben cumplir condiciones de carácter táctico (desmovilizaciones o entrega de armas), resarcitorio (reconocer su responsabilidad, así como el daño causado, e indemnizar a las víctimas), moral (arrepentimiento o perdón público), o educativo (participación en las comisiones de la verdad), entre otras. Solo así podrá llenarse ese vacío en términos de

¹⁷ Desde el ámbito académico se han elaborado construcciones doctrinales sobre los requisitos y límites de estas amnistías condicionadas. Véase “Las pautas de Belfast sobre amnistía y responsabilidad”, elaboradas por un grupo de reconocidos expertos en la materia, disponible en: http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/TO/331.pdf (consultada el 25 de julio de 2016).

¹⁸ Es sabido que la aplicación de una sanción penal también tiene una dimensión colectiva como es la de reparar el orden social roto por la infracción acaecida, pero en este caso lo notorio es que el restablecimiento del orden social puede requerir no aplicar, sino más bien todo lo contrario: inaplicar una sanción debida y dejar sin efecto una infracción del orden legal.

cumplimiento del fin individual de la justicia transicional en favor de una satisfacción del fin colectivo.

IV. LA PARTICIPACIÓN DE LAS VÍCTIMAS Y LA CIUDADANÍA, ¿DERECHO DE VETO?

Las víctimas también tienen mucho qué decir en relación con las amnistías y rebajas de los estándares punitivos. Como advierte Rodolfo Vázquez, si no existe reconocimiento del daño por parte del culpable de las violaciones de derechos humanos, “el perdón es gratuito, y exigirlo a una víctima del delito sería imponerle una acción altruista injustificada”.¹⁹ Sin esa aceptación de un perdón sincero, la reconciliación se antoja imposible.

De acuerdo con este principio, la participación de las víctimas es necesaria en el diseño, implementación y control de estas medidas de amnistía, postergación de penas o enjuiciamientos selectivos.²⁰ El proceso no puede desarrollarse sin su participación institucional. Por ejemplo, mediante su presencia en las comisiones de la verdad o su participación en la elaboración de la normativa que regule las políticas públicas a adoptar. Su participación por vía institucional legitima en cierta medida estos procesos políticos.

Pero, ¿hasta dónde alcanza ese deber de dar entrada institucional a las víctimas? ¿Llega, por ejemplo, hasta concederlas una suerte de “derecho de veto” que afecte a la política legislativa que se adopte al respecto? O, ¿tiene su opinión carácter vinculante a la hora de aceptar testimonios y asunción de responsabilidades por victimarios?

Antes de responder a estas preguntas, conviene no perder de vista con carácter previo una cuestión relacionada con los aspectos procedimentales que han de presidir la aprobación del cuerpo normativo en el que se desarrollen estas medidas alternativas a las sanciones penales. Éstas deben ajustarse a los requisitos de publicidad y participación pública y abierta en el debate sobre su aprobación y contenidos. No sólo las víctimas, sino también todos los ciudadanos deben tener la posibilidad real de participar en él, en tanto —recuérdese— sus medidas no afectan única y directamente a aquéllas sino a toda la comunidad. Además, esta participación servirá para dotar a las medidas de justicia transicional de una legitimidad especialmente importante cuando se trata de fortalecer en forma social las medidas que reba-

¹⁹ Vázquez, R., “Memoria, perdón...”, *cit.*, p. 71.

²⁰ Orentlicher, D., “Settling Accounts Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency”, *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, núm. 1, 2007, pp. 10.

jan el estándar de punibilidad. En ámbitos como los delitos a amnistiar, su ámbito temporal o a quiénes afectan las amnistías y quiénes por el contrario quedan excluidos de sus beneficios, la participación pública de víctimas y ciudadanía en general resulta decisiva.

Pero esta participación no puede llevar a conceder a las víctimas un derecho de voto, ni una posición dominante en cuanto al diseño y aprobación de políticas penales o penitenciarias se refiere. Ello supondría hacer predominar tanto el fin individual de la justicia transicional que supondría reducir a su mínima expresión al fin colectivo hasta prácticamente hacerlo desaparecer.

Una conclusión similar puede argüirse frente a los que defienden en este ámbito el argumento democrático.²¹ De acuerdo con él, la decisión de la mayoría libremente expresada a través de cauces democráticos sería soberana a la hora de decidir la política de justicia transicional que más adecuada y conveniente resultara para esa comunidad. No cabría, pues, que esta decisión mayoritaria pudiera ser invalidada por tribunales nacionales o internacionales en aplicación de una supuesta normatividad jerárquicamente superior e inviolable (las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, por ejemplo).

En mi opinión, el cumplimiento de la doble finalidad de la justicia transicional también correría peligro si se aplicara en toda su extensión este argumento democrático. El contrargamento es sobradamente conocido: las mayorías no pueden disponer de los derechos fundamentales.²² Así, una decisión mayoritaria no podría legítimamente alcanzar la solución de excluir del proceso transicional la satisfacción de los derechos de las víctimas. Los derechos fundamentales, entre los que se encuentran los de las víctimas a la verdad, justicia y reparación, son “contrapoderes” que se ejercen precisamente frente al poder. En este caso, frente a las instituciones de gobierno o poderes públicos. De ahí que, según mi opinión, una decisión mayoritaria no podría vetar e impedir políticas de justicia transicional que redujeran la punibilidad, siempre y cuando éstas cumplan —claro está— con los requisitos que se han ido desgranando a lo largo de estas páginas.

De permitirlo, se pondría en riesgo la pacificación y reconciliación social, es decir, ese objetivo colectivo que caracteriza a la justicia transicional. Un objetivo que políticamente se articula en la defensa de la democracia,

²¹ Gargarella, R., “La democracia frente a los crímenes masivos: una reflexión a la luz del caso Gelman”, *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, núm. 2, 2015, disponible en: <http://www.revistaladi.com.ar/numero2-gargarella/?output=pdf> (consultada el 25 de julio de 2016).

²² Ferrajoli, L., “La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna”, *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 10, 2016, pp. 146-161.

entendida ésta no sólo en un sentido formal (procedimiento de toma de decisiones basado en el principio de las mayorías) sino también material (protección de los derechos fundamentales), y que jurídicamente en algunos sistemas (como el colombiano) se articula en el derecho fundamental a la paz. Un derecho “contramayoritario” que no puede ser sometido a una consulta ciudadana que llegara como resultado a “vetar” políticas y normas transicionales dirigidas a hacerlo efectivo (o la solución negociada de un conflicto). Participación ciudadana y de las víctimas, sí, pero sin que ello incluya ni derecho de veto ni capacidad unilateral de dirección de las políticas públicas.

En definitiva, la paz, la reconciliación social y el compromiso con la democracia constitucional son objetivos políticos y obligaciones jurídicas prioritarias y previas para cuya satisfacción se articulan (y justifican) estas medidas de justicia transicional diferentes a las típicas de la justicia penal ordinaria.²³ Trasladar el terreno de juego de ésta a aquélla es, en definitiva, la mejor opción para hacer viable la satisfacción conjunta de las dimensiones individual y colectiva de la justicia transicional.

V. RECAPITULACIÓN: CUESTIONES PARA EL DEBATE

Enjuiciamientos por graves violaciones de derechos humanos, comisiones de la verdad y políticas públicas de reparaciones a las víctimas de tales violaciones se han extendido por el planeta desde mediados del siglo XX hasta la fecha. Y no hay visos de que la situación pueda variar en un futuro, sino más bien todo lo contrario. El cariz de los conflictos armados que se producen hoy en el mundo hace que aumenten las posibilidades de violaciones de derechos humanos y, por ende, el número de personas susceptibles de convertirse en víctimas. Así, la extensión de los conflictos ha provocado una suerte de “normalización” de los mecanismos de justicia transicional, entendidos como instrumentos diseñados y puestos en marcha para evitar que dichas violaciones de derechos humanos queden impunes.

La justicia transicional incorpora dimensiones que la diferencian de los mecanismos clásicos de la justicia, especialmente en lo que se refiere a la justicia penal. Solo así, gracias a estas diferencias, podrá alcanzar ese doble objetivo de reparar a las víctimas, por un lado, y consolidar la reconciliación social, el Estado de derecho y la cultura de los derechos humanos, por otro.

²³ *Ibidem*, pp. 148 y 161.

Pero son precisamente esas particularidades las que plantean serios interrogantes. Al ya clásico dilema entre juicios penales (garantistas, por supuesto) o comisiones de la verdad, que sitúa el foco de atención en la cuestión de los límites de las políticas de reconciliación, se han venido a sumar otros problemas como el de las amnistías, dado que éstas pueden ser vistas bien como negación de la memoria o bien como instrumentos que generan el clima necesario para la reconciliación. Además, no sólo está en debate la aplicación de amnistías o de medidas de postergación o suspensión del castigo penal, sino su sustitución por instrumentos de justicia restaurativa en favor de las víctimas. En este punto el debate abierto es el siguiente: ¿basta una petición de perdón, una asunción sincera de responsabilidades por el victimario y una reparación económica a sus víctimas para evitar una pena de prisión, aun cuando se trate de graves violaciones de derechos humanos?

Finalmente, las dudas alcanzan al papel que las víctimas, en particular, y la ciudadanía, en general, han de desempeñar a la hora de validar o legitimar los procesos de justicia transicional. Es claro que las víctimas deben participar institucionalmente en el diseño, puesta en marcha y evaluación de las políticas públicas relacionadas con el proceso transicional, pero no lo es tanto que deban tener una posición privilegiada que les permita “vetar” medidas o políticas públicas. Y algo similar podría alegarse con relación al argumento democrático: la satisfacción de los derechos a la verdad, justicia y reparación no puede quedar al azar de decisiones mayoritarias. Su carácter de “contrapoderes” así lo impediría.

En definitiva, todas estas cuestiones están presentes en el trabajo de Rodolfo Vázquez al que se hace referencia en estas páginas. Espero que mi aportación contribuya a incentivar el debate sobre su teoría.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BENGOETXEA, J., “Transitional Justice versus Traditional Justice: The Basque Case”, *Journal of Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, vol. 12, núm. 2, 2013.
- ESCUDERO, R., “Road to Impunity. The Absence of Transitional Justice Programs in Spain”, *Human Rights Quarterly*, vol. 31, núm. 1, 2014.
- FERRAJOLI, L., “La justicia penal transicional para la Colombia del posconflicto y las garantías para la paz interna”, *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 10, 2016.

FORCADA, I., *Derecho internacional y justicia transicional. Cuando el derecho se convierte en religión*, Pamplona, Civitas, 2011.

GARGARELLA, R., “La democracia frente a los crímenes masivos: una reflexión a la luz del caso Gelman”, *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, núm. 2, 2015, disponible en: <http://www.revistaladi.com.ar/numero2-gargarella/?output=pdf>.

LANDSMAN, S., “Alternative Responses to Serious Human Rights Abuses: of Prosecution and Truth Commissions”, *Law & Contemporary Problems*, vol. 59, 1996.

ORENTLICHER, D., “Settling Accounts Revisited: Reconciling Global Norms with Local Agency”, *International Journal of Transitional Justice*, vol. 1, núm. 1, 2007.

SIKKINK, C., *The Justice Cascade. How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, Nueva York, W. W. Norton & Company, 2011.

VÁZQUEZ, R., “Memoria, perdón y castigo”, en *id.*, *Las fronteras morales del derecho*, México, Fontamara, 2009.

LOS LÍMITES DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

(*A propósito de “Justicia constitucional, derechos humanos
y argumento contramayoritario” de Rodolfo Vázquez*)

Francisco Javier EZQUIAGA GANUZAS*

...si se acepta que la tarea del juez es sustancialmente valorativa... surge la siguiente pregunta: ¿quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones?

Rodolfo VÁZQUEZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Algunas dificultades de la dificultad contramayoritaria.* III. *Los límites de la función jurisdiccional de control de constitucionalidad.* IV. *La elevación del estándar motivatorio de las decisiones judiciales, sobre todo cuando impliquen la expulsión del ordenamiento jurídico de una decisión legislativa o su inaplicación al caso.* V. *El control de reformas a la Constitución inconstitucionales.* VI. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Es un gran placer y un extraordinario honor volver a mi casa del ITAM y a *Jurídicas* de la UNAM, esta gran Universidad desde el punto de vista cuantitativo pero también cualitativo, con ocasión de este merecido homenaje a Rodolfo Vázquez. Hace exactamente 25 años pisaba por primera vez México con motivo del “I Seminario Eduardo García Márquez” gracias a la iniciativa de mi hermano Samuel González Ruiz y a la generosidad de Rodolfo y Ernesto Garzón Valdés, *colándome* de manera incomprensible, salvo

* Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea.

por razones de amistad, entre Ulises Schmill, Eugenio Bulygin, Robert Alexy, Manuel Atienza y Julia Barragán. Desde aquel momento, además de surgir una entrañable amistad que aún perdura, Rodolfo Vázquez me enseñó, entre otras muchas cosas, a amar México y, como mexicano nacido en Argentina, que los mexicanos nacemos donde queremos. Deseo para comenzar dejar constancia de mi agradecimiento por su amistad, trabajo, hospitalidad, generosidad y otorgar un intenso sentido ético a todo lo que hace.

Desde hace 20 años,¹ y muy intensamente desde 2007,² Rodolfo Vázquez viene reflexionando acerca del control judicial de constitucionalidad como un requisito necesario, pero no suficiente, de un Estado democrático de derecho.³ A su juicio, los derechos civiles y políticos deben ser considerados “precondiciones” del proceso democrático y ese carácter justificaría que

¹ Salvo error por mi parte, el primer trabajo en el que Rodolfo Vázquez inició esta línea investigadora fue: Vázquez, Rodolfo, “Constitucionalidad y procedimiento democrático”, *Theoría*, núm. 3, 1996, pp. 81-91.

² Desde ese año, Rodolfo Vázquez ha publicado diferentes versiones de su posición sobre la relación entre control judicial de constitucionalidad y democracia, la dificultad contramayoritaria y la independencia judicial, sin cambios importantes en su postura desde 1996. Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario”, *Tribunales constitucionales y consolidación de la democracia*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, pp. 197-230; *id.*, “Justicia constitucional y democracia”, *Nexos*, México, núm. 358, 2007, pp. 33-39; *id.*, “Justicia constitucional y democracia”, en Ferrer-Mac.Gregor, E. y Zaldívar, A. (coords.), *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, IMDPC-Marcial Pons-UNAM, t. II: *Tribunales constitucionales y democracia*, 2008, pp. 857-870; *id.*, “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 249-264; *id.*, “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Colombia, Universidad de Externado, 2010, pp. 507-527 (reditado en Madrid, Trotta, 2010); *id.*, “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”, *El Foro*, México, Barra Mexicana-Colegio de Abogados, t. XXIV, núm. 2, 2011, pp. 363-381; *id.*, *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, Fontamara, cap. 3, 2012, pp. 61-87; *id.*, “Justicia constitucional, argumento contramayoritario y derechos humanos”, en Gómez, Rodolfo y Díez, Rodrigo (coords.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013, pp. 271-291; *id.*, “Justicia constitucional, derechos humanos y democracia”, *Ex Legibus. Revista de Derecho*, núm. 5, 2013, pp. 23-40.

Las referencias a sus ideas y mi análisis principal, salvo que se indique lo contrario, estarán en Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (que citaré como RV y la página o páginas correspondientes).

³ Con sus palabras, “el propósito de este ensayo, es argumentar a favor de la justicia constitucional como condición necesaria, pero no suficiente, para la existencia de un Estado democrático de derecho. Este último entendido bajo una concepción sustantivista de la democracia por la que el reconocimiento, garantía y promoción de los derechos humanos ocupa un lugar central” (RV, p. 251).

estén protegidos por la justicia constitucional incluso frente al Poder Legislativo.⁴ Casi tomando como excusa su estudio, pero también como punto de partida para continuarlo con algunas consideraciones por él sugeridas, me parece una buena ocasión para reflexionar acerca del papel de los órganos judiciales de control de constitucionalidad en el Estado democrático de derecho y los límites de su función.

Este análisis es especialmente relevante en México, superados ya los 20 años del inicio de la transformación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un verdadero tribunal constitucional,⁵ y tras la radical transformación (al menos desde el punto de vista normativo) del modelo de juez mexicano, que ha transitado (o mejor, está transitando) de un fuerte formalismo y una rígida sujeción a la jurisprudencia vinculante, a tener que efectuar un control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad, herramientas que dan una dimensión aún mayor a las objeciones democráticas al control judicial de constitucionalidad.⁶

⁴ Aunque su posición la va desgranando paulatinamente y está por ello expresada a lo largo de todo el trabajo, Rodolfo Vázquez la sintetiza así en la conclusión (RV, p. 264):

“A la pregunta: ¿cuál es el grado de deferencia hacia el legislador por parte del órgano encargado del control? Respondemos: si partimos de la defensa de una democracia sustantiva ‘débil’ y entendemos que el puro y simple mayoritarismo, que niega toda pre-condición de la democracia, resulta totalmente implausible; si distinguimos entre el ámbito de lo privado y lo público y situamos en un coto vedado los derechos derivados de la autonomía personal; si entendemos que los derechos de participación política suponen una precondición fundamental que es el derecho a no ser discriminado; y entendemos que tales derechos debemos atrincherarlos constitucionalmente para hacer posible el proceso democrático, entonces la custodia de los mismos supone —con una comprensión adecuada de la independencia judicial— un control judicial rígido y una intervención activa de los jueces que con base en ella, favorezca, ahora sí, el diálogo institucional incrementando la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones”.

⁵ Ese proceso se inicia, como es sabido, con la reforma judicial de 1994 (aunque entró en vigor el 27 de mayo de 1995) que otorgó a la Suprema Corte mexicana competencia en materia de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad (artículo 105 de la Constitución), continuado después con la reforma electoral de 1996, creando el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y estableciendo las acciones de inconstitucionalidad en ese ámbito (artículo 96 de la Constitución). Véase Melgar Adalid, Mario, “Hacia un auténtico Tribunal Constitucional”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 11, 2004, pp. 133 y ss. La importancia y el impacto de la reforma se aprecian observando que durante 80 años, el periodo anterior a la reforma de 1994, se presentaron ante la Corte 50 controversias constitucionales, mientras que de 1995 a 1997 fueron más de cien. *Ibidem*, p. 141, nota 24.

⁶ Sobre las reformas constitucionales y legales que han propiciado un nuevo modelo judicial en México, véase Nieto Castillo, Santiago, *Control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, TEPJF, 2014, pp. 11 y ss.

Por otro lado, la “cultura constitucional” mexicana ha consistido tradicionalmente en acometer la reforma del texto constitucional como única vía para su adaptación a los cambios sociales cuando se detectaba esa necesidad a juicio, sobre todo, del titular del Poder Ejecutivo: poner al día la Constitución ha sido en la historia moderna de México modificar su *texto*.⁷ En otros sistemas jurídicos, por el contrario, tanto con un modelo de control de constitucionalidad americano como europeo, la mayoría de las adaptaciones de la Constitución a las nuevas necesidades sociales se lleva a cabo por medio (del cambio) de la interpretación del órgano jurisdiccional de control de constitucionalidad: poner al día la Constitución consiste en modificar su *interpretación*. No es fácil alterar esas prácticas constitucionales, pero parece fuera de toda duda que tras la ya aludida reconfiguración de la Suprema Corte como un auténtico tribunal constitucional irá asumiendo de modo paulatino esa función *adaptadora* del texto constitucional, desplazándose el punto de gravedad de la determinación en cada momento de cuál es el contenido de la Constitución hacia la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo que justificaría aún más la atención hacia el control de constitucionalidad.

Mi trabajo parte de la idea de que el principal problema del control judicial de constitucionalidad en un Estado democrático de derecho no reside tanto (o no sólo) en la denominada “objeción contramayoritaria”, en cuanto el modo como se configuren el órgano de control y los límites a su función. Dicho de otro modo, la objeción adquirirá una fuerza mayor o menor dependiendo de la manera en la que se lleve a cabo el control de constitucionalidad, que dependerá a su vez de la manera en que esté regulado el órgano, su función y sus límites, y de la propia práctica de éste.

Como señala el artículo 39 de la Constitución mexicana, todo poder público (incluido por tanto el Poder Judicial), “dimana del pueblo” de donde obtienen obviamente todos ellos su legitimidad democrática. Ésta es evidente cuando la integración de los poderes es resultado de una *elección* libre,

⁷ Esta es una constante del constitucionalismo mexicano desde 1917. En casi cien años (hasta la mitad de 2015) la Constitución mexicana ha sido objeto de 642 cambios a través de 225 decretos de reforma, pero es un fenómeno que se ha acelerado los últimos 25 años: desde 1982 (es decir, durante un tercio de vida de la Constitución) se han llevado a cabo 429 reformas (es decir, dos tercios del total de las mismas), de las que casi la mitad (200) han sido durante los últimos diez años, bajo las presidencias de Felipe Calderón y de Enrique Peña Nieto. Fix-Fierro, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Anteproyecto*, México, Cámara de Diputados-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, disponible en: <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/>. Cada artículo ha sido reformado una media de 4.5 veces y sólo 27 no han sido alterados (el 19%). Fuente: Cámara de Diputados.

como pasa con los poderes Legislativo y Ejecutivo (en este último caso, en México pero no en España), pero más problemática en el caso del Judicial cuyos miembros son designados por medio de una *selección* (en principio) técnica. Ello obliga a establecer otros elementos de legitimación del Poder Judicial en general y de los tribunales constitucionales en concreto. Me centraré sobre todo en dos: los límites de la función jurisdiccional, sobre todo de control de constitucionalidad; y la elevación del estándar motivadorio de las decisiones judiciales, en especial cuando impliquen la expulsión del ordenamiento jurídico de una decisión legislativa o su inaplicación al caso, incidiendo en la idea expresada por Rodolfo Vázquez (apoyándose en José Juan Moreso)⁸ de que no todo control de constitucionalidad se ejerce contramayoritariamente.⁹ Previamente comenzaré con algunas reflexiones y matizaciones que a mi juicio requiere la dificultad contramayoritaria, y terminaré con alguna crítica y propuesta en cuanto al control judicial del contenido de las reformas constitucionales.

II. ALGUNAS DIFICULTADES DE LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA

Con su habitual capacidad de síntesis y análisis para, a partir de ellos, formular propuestas originales, Rodolfo Vázquez efectúa una presentación concisa y precisa de las principales posiciones doctrinales en relación en la compatibilidad del control judicial de constitucionalidad con un sistema democrático.¹⁰ Sin pretender realizar en absoluto una *síntesis* de su excelente *síntesis*, me fijaré sobre todo en la ya “clásica” caracterización de la dificultad contramayoritaria de la justicia constitucional realizada hace casi diez años por Víctor Ferreres.¹¹ Desde su punto de vista, el control judicial de

⁸ El fragmento tomado en consideración por Rodolfo Vázquez se encuentra en Moreso, José Juan, “Sobre el alcance del precompromiso”, *Discusiones*, núm. 1, 2000, pp. 103 y 104, aunque la misma idea está expresada ya en su trabajo en la misma revista “Derechos y justicia procesal imperfecta”. *Ibidem*, pp. 15-51.

⁹ RV, p. 260.

¹⁰ RV, pp. 253-260, donde aborda las posiciones de Bickel, Carrión, Ferreres, Dworkin, Garzón Valdés, Ferrajoli, Bayón, Ely, Nino, Alexy y Courtis, con algunas referencias más puntuales a Gargarella, Moreso, Ackerman y Laporta.

¹¹ Me atrevo a calificarla de “clásica”, ya que no sólo Rodolfo Vázquez la emplea en su trabajo (RV, p. 253), sino que es analizada también en algunos otros trabajos de referencia en la materia como los de Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, pp. 6 y 7, disponible en: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bayon-democracia.pdf (consultada el 27 de junio de 2016); Moreso, José Juan, “Sobre el alcance del precompromiso”, cit., p. 103.

constitucionalidad se convertiría en un mecanismo contramayoritario por la confluencia de tres factores: los tribunales constitucionales poseen una menor legitimidad democrática de origen que el Parlamento cuyos miembros son elegidos por sufragio universal, la rigidez constitucional que dificulta responder a la declaración de inconstitucionalidad con una reforma constitucional, y la abstracción con la que suelen estar redactadas las disposiciones constitucionales y las controversias de significado asociadas a aquélla.

En mi opinión los rasgos señalados por Ferreres reflejan bien, con carácter general, la llamada dificultad contramayoritaria pero pueden ser matizados o completados hasta llegar a conclusiones que tal vez justifiquen una consideración diferente de la admisibilidad democrática del control judicial de constitucionalidad. Veamos.

El primer factor está relacionado con la menor legitimidad democrática de los jueces constitucionales que la del Parlamento, algo completamente cierto siempre que los integrantes del tribunal constitucional no sean elegidos por sufragio universal.¹² Sin embargo, el peso de esta objeción, en primer lugar, va a estar muy conectado con el procedimiento de designación de los magistrados, ya que si son elegidos por una cámara parlamentaria (o por ambas) su legitimidad democrática será menor que la de éstas (aunque similar a la del presidente del gobierno en España, que es elegido por el Congreso de los Diputados), pero mayor que la de magistrados designados por el Poder Ejecutivo, sobre todo cuando éste es elegido por el Parlamento o por cooptación del propio tribunal constitucional, puesto que gozarían de una legitimidad de segundo o incluso de tercer grado. En segundo lugar, es preciso advertir que esa menor legitimidad democrática va a acompañada

¹² Como sucede en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia para los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, del Tribunal Agroambiental, del Consejo de la Magistratura y del Tribunal Constitucional Plurinacional:

Artículo 182: “I. Las magistradas y los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal”.

Artículo 188: “I. Las magistradas y los magistrados del Tribunal Agroambiental serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismos y formalidades para los miembros del Tribunal Supremo de Justicia”.

Artículo 194: “I. Los miembros del Consejo de la Magistratura se elegirán mediante sufragio universal de entre las candidatas y los candidatos propuestos por la Asamblea Legislativa Plurinacional. La organización y ejecución del proceso electoral estará a cargo del Órgano Electoral Plurinacional”.

Artículo 198: “Las magistradas y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia”.

habitualmente de un poder más limitado que el de los órganos legislativos,¹³ ya que el tribunal constitucional no elige los asuntos de los que desea ocuparse sino que depende de que le sean planteados por órganos, la mayoría de las veces, legitimados democráticamente por su elección directa por parte de los ciudadanos.¹⁴

Otro límite para el tribunal constitucional derivado también de su menor legitimidad democrática, y con ello entramos en el segundo factor señalado por Ferreres, es que, conforme a los diseños constitucionales, los poderes legislativos tienen siempre la última palabra al reaccionar frente a una declaración de inconstitucionalidad cambiando la Constitución, es decir el único parámetro que (tal vez junto con la controvertida cuestión de los tratados internacionales sobre derechos humanos)¹⁵ puede emplear el tribunal para su control. Es cierto, desde luego, que la rigidez constitucional puede hacer políticamente muy complicado alcanzar el consenso necesario para acometer la reforma y salvar así la regulación sometida a control de constitucionalidad, pero eso dependerá de lo complejo que sea el procedimiento de reforma de la Constitución, de las mayorías requeridas, de la relación

¹³ Por esa razón no hay riesgo, a juicio de Rodolfo Vázquez (RV, p. 264), de que el tribunal constitucional asuma funciones de legislador, ya que no tiene facultades “iniciativas” sino únicamente “controladoras”.

¹⁴ Por ejemplo, en México el artículo 105.II de la Constitución señala como competentes para la presentación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación las acciones de inconstitucionalidad (con diferentes limitaciones en cada caso), entre otros, equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, al 33% de los integrantes del Senado, el Ejecutivo Federal, al 33% de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, al 33% de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, los partidos políticos o la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Por su parte, el artículo 162 de la Constitución española establece como legitimados para presentar recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional el presidente del gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 diputados, 50 senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

¹⁵ Sobre la reforma constitucional en materia de derechos humanos me he ocupado en Ezquiaga Ganuzas, F. Javier, “La interpretación de los derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales. El nuevo artículo 1o. de la Constitución mexicana”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 32, 2011, pp. 187-206; *id.*, “Qué hacer con el artículo primero constitucional. La interpretación de los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales”, en Reyes, Joel y Castillo, Iván (coords.), *5 años de Jornadas Académicas en Michoacán. Una visión jurídica de actualidad*, Morelia, TEEM, 2014, pp. 18-47; *id.*, “Control de convencionalidad sin control de constitucionalidad. Comentario a la sentencia SUP-JDC-695/2007”, en Luna Ramos, José Alejandro y Carrasco Daza, Constantio (coords.), *Declaración de Oaxaca. Sentencias relevantes en materia de control de convencionalidad*, México, TEPJF, 2015, pp. 121-126; *id.*, *Argumentando conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Potencialidad y límites del artículo primero de la Constitución mexicana*, México, TEPJF, 2017 (en prensa).

de fuerzas en los órganos legislativos competentes e, incluso, de la cultura constitucional: la rigidez constitucional es un buen argumento para España, pero no, por ejemplo, para México. Además, el hecho de que no se alcance la mayoría política necesaria para el cambio constitucional puede significar que una parte significativa (a veces será incluso la mayoría) coincida con el sentido de lo decidido por el órgano judicial de control de la constitucionalidad, por lo que dejaría de ser un elemento relevante para justificar la dificultad contramayoritaria.

El tercer factor indicado por Víctor Ferreres es el amplio grado de abstracción que con mucha frecuencia poseen las disposiciones constitucionales, lo que ocasionaría la posibilidad de amplias controversias sobre el significado de las mismas, incrementando así el peligro de que el tribunal constitucional sustituya la voluntad de los órganos legislativos elegidos por los ciudadanos por la propia.¹⁶ Es importante tener en cuenta al respecto, que las controversias en cuanto al contenido, límites y protección de los derechos, la mayoría de las veces es de origen, es decir, que se suscita en el propio órgano constituyente, resolviéndose para alcanzar el consenso necesario para su aprobación por medio de un acuerdo lingüístico que no zanja muchas a menudo las diferentes posturas en presencia. En esos casos no hay una, sino varias voluntades del Constituyente, dejándose tácitamente en manos del tribunal constitucional decidir el contenido y los límites de los derechos y cómo se solucionan los frecuentes conflictos entre ellos. En definitiva, se deja en manos del tribunal constitucional decidir lo que no ha sido posible resolver en el ámbito político.

III. LOS LÍMITES DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Una opinión tenida en cuenta por Rodolfo Vázquez, al menos parcialmente, para construir su posición sobre la cuestión que está siendo analizada es la de John Ely, quien otorga a los jueces el papel de controladores del procedimiento democrático vigilando la participación de los afectados, la libertad para expresarse, la igualdad de condiciones de los participantes o la justificación de las propuestas.¹⁷ Aunque Rodolfo Vázquez critica

¹⁶ En un sentido similar, aunque en otro contexto, Rodolfo Vázquez (RV, p. 261) advierte del “carácter controvertible de los derechos que deberíamos considerar ‘precondiciones de la democracia’, su alcance y cómo deberían resolverse los conflictos entre los mismos”.

¹⁷ RV, p. 257. La obra fundamental para esta cuestión es Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980 (que es por donde cita

esta concepción meramente “procedimental” de la democracia, mostrándose más favorable a una concepción “sustantiva”, rescata y se apoya en la parte más material de la teoría de Ely: la referente a que quede protegido y garantizado el derecho a no ser discriminado:¹⁸

El principio de no discriminación, el derecho a no ser discriminado, es una precondición de la democracia, y no parece ser nada controvertible la incorrección que se sigue de excluir a una persona, por ejemplo, por aquellas características raciales o sexuales en cuya posesión no ha mediado acto intencional alguno. La democracia, entonces, descansa sobre una precondición que es necesario asegurar frente a los posibles embates de la mayoría o de una minoría poderosa. Creo que aceptar esta precondición no compromete aún con una concepción sustantiva “fuerte” de la democracia.

En coherencia con esa posición, cuando Rodolfo Vázquez formula su conclusión a favor de un control judicial rígido y una intervención activa de los jueces en la custodia de los derechos como precondiciones del proceso democrático, señala que “los derechos de participación política suponen una precondición fundamental que es el derecho a no ser discriminado” y que “tales derechos debemos atrincherarlos constitucionalmente para hacer posible el proceso democrático”.¹⁹

Frente a la posición de Rodolfo Vázquez, y siguiendo parcialmente en este aspecto a Ely, considero que la realidad, no sólo de la práctica seguida por todos los tribunales constitucionales tanto del modelo anglosajón como europeo, sino también de la regulación de las competencias de los órganos de control de constitucionalidad en las Constituciones contemporáneas, está muy alejada de esa propuesta. Habitualmente la competencia que se otorga a los tribunales constitucionales es para la defensa de *toda* la Constitución (si bien con diferente grado de intensidad) y no únicamente para la protección de las condiciones o derechos de los procesos democráticos.²⁰ Independientemente de la dificultad, tanto para el Constituyente como para los jueces, advertida por Rodolfo Vázquez, que implica llegar a un acuerdo acerca de

Rodolfo Vázquez, aunque hay disponible una traducción al español: Ely, John, *Democracia y desconfianza: una teoría del control judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2001.

¹⁸ *Ibidem*, p. 258.

¹⁹ *Ibidem*, p. 264.

²⁰ Para una presentación sistemática de los diferentes tipos de conflictos que pueden resolver los órganos judiciales de control de constitucionalidad, véase Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

cuáles serían esos derechos considerados precondiciones democráticas,²¹ el éxito de esta propuesta dependería de un acuerdo acerca de los límites del control judicial de constitucionalidad y, en general, de las competencias de los tribunales constitucionales, de la configuración del órgano. Límites que, como indicaré más adelante, serían tanto competenciales como referentes al contenido posible de la decisión, es decir marcando lo que cabe en la Constitución y no tanto decidiendo *el* (único y vinculante) significado de las disposiciones constitucionales.

Desde mi punto de vista, el control judicial de constitucionalidad es una consecuencia del concepto liberal de la Constitución como norma, hasta el punto de que, si bien podemos encontrar algunas excepciones, proclamar el carácter normativo de aquéllas sin que el mismo vaya acompañado de un instrumento judicial de control le quita cualquier eficacia real. Implicaría el regreso a lo que Maurizio Fioravanti denomina el “*stato di diritto della tradizione*”, en el que los jueces:

deben aplicar la ley de modo rápido, seguro y uniforme, ya que en la ley hay mucho más que la regulación de un caso concreto. En ella está contenido también, incluso antes que cualquier otra cosa, el principio de unidad política, de tal modo que la infidelidad a la ley, o la puesta en cuestión de su validez —por ejemplo por medio del control de constitucionalidad— constituye una lesión de aquel principio. Por el contrario, a los jueces no les interesa la Constitución.²²

Siguiendo en este punto a Guastini,²³ el ordenamiento jurídico liberal propio de este concepto normativo de Constitución se caracteriza por un poder político limitado por normas jurídicas y por la protección de la libertad de los ciudadanos,²⁴ siendo dos las técnicas principales para lograr esa limitación del poder: por medio de una regulación del órgano que fije los límites dentro de los cuales éste debe efectuar su control, y creando contrapoderes, como los tribunales constitucionales, para controlar el cumplimiento

²¹ RV, p. 261.

²² Fioravanti, Maurizio, “Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione”, *Quaderni costituzionali*, 1/2016, p. 13.

²³ Guastini, Riccardo, *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 143 y ss.

²⁴ Ese concepto de Constitución sería precisamente el que está presente en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Toda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”. *Ibidem*, p. 150.

por parte de los legisladores de las normas constitucionales.²⁵ Obviamente, ambos elementos se encuentran estrechamente conectados, ya que someter el ejercicio del poder a normas jurídicas constitucionales de nada vale si se confía en el autocontrol de las cámaras legislativas y no se establecen órganos externos (por ejemplo jurisdiccionales) que controlen su cumplimiento.

Por último, me parece importante resaltar que cuando se considera que adoptar mecanismos judiciales de control de la constitucionalidad de las leyes ordinarias “supone un costo democrático por el valor intrínseco de la misma democracia constitucional”,²⁶ se está tomando en cuenta una idea idealizada o, incluso, mitificada de un legislador personificado, racional y dotado de voluntad e intención que está muy lejos de las personas concretas que integran los órganos legislativos, la mayoría de las veces colegiados.²⁷ Por eso, cuando se objeta frente al control judicial de constitucionalidad que los jueces no deben intervenir en el control de las decisiones legislativas de legisladores posteriores a la fijación del texto constitucional (o incluso sustituirlas)²⁸ se está partiendo de la idea de que, tanto el legislador constituyente, como el legislador posterior constituido, están dotados de *una única*

²⁵ Véase Troper, Michel, “La máquina y la norma. Dos modelos de Constitución”, *Doxa*, núm. 22, 1999, p. 345.

²⁶ RV, p. 257.

²⁷ Acerca del postulado de racionalidad del legislador, presente no sólo en el problema que estamos analizando sino también en muchos otros aspectos de la aplicación judicial del derecho, véase Ost, François, “L’interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur”, en Ost, François y Van de Kerchove, M., *L’interprétation en droit. Apprche pluridisciplinaire*, Bruselas, FUSL, 1978, pp. 172 y ss.; Lenoble, Jacques y Ost, François *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruselas, FUSL, 1980, pp. 180 y ss.; Ziembinski, Zbigniew, “La notion de rationalité du législateur”, *Archives de Philosophie du Droit*, 1978, pp. 180 y ss.; Nowak, Leszek, “De la rationalité du législateur comme élément de l’interprétation juridique”, *Logique et Analyse*, 1969, pp. 83 y ss.; Bobbio, Norberto, “Le bon législateur”, en Hubien, H. (ed.), *Le raisonnement juridique. Actes du Congrès mondial de philosophie du droit*, Bruselas, Bruylant, 1971, pp. 243 y ss.; Wróblewski, Jerzy, “A Model of Rational Law-Making”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1979, pp. 41 y ss.; Igartua Salaverría, Juan, “El postulado del legislador racional (entre método-logía y mitología)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 28, 1990, pp. 114 y ss.; Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, *Isonomía*, núm. 1, 1994, pp. 69 y ss.

²⁸ RV, p. 254: “si se parte de la idea de que el juez sólo se limita a aplicar la ley o la Constitución sin valorarla, la falta de legitimidad democrática del juez parecería no ser relevante. Su actividad sería la de un técnico o la de un científico, y éstos no son seleccionados por el voto mayoritario. Pero si se acepta que la tarea del juez es sustancialmente valorativa —ponderación de los principios básicos de moralidad social y en los distintos pasos de la interpretación jurídica— surge la siguiente pregunta: ¿quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones?”.

voluntad que, por un lado, refleja la voluntad de (todos) los ciudadanos que los han elegido y, por otro, que queda reflejada en su producto normativo. Ello justificaría que el nuevo legislador deba sentirse “libre” de ataduras y no condicionado por decisiones normativas de un legislador anterior que serían las empleadas por el tribunal constitucional como parámetro para medir su conformidad con la Constitución.

Me parece, no sólo que en las cámaras legislativas hay integrantes que participan en las votaciones y otros que no, que han votado minoritariamente en contra del texto aprobado, que conocen el texto que se está sometiendo a votación o que simplemente siguen consignas del jefe del grupo o fracción parlamentaria, sino que, además, las intenciones por las que es apoyada una determinada regulación pueden ser plurales o, incluso, que la redacción sea fruto de un compromiso político para lograr la mayoría necesaria para su aprobación y que el acuerdo se haya logrado sólo sobre el texto pero no sobre lo que significa. En muchos de estos casos la “voluntad del legislador” es plural o simplemente no existe por lo que aludir a ella es invocar un mito:²⁹ tanto la voluntad del Constituyente que debería ser protegida frente al legislador posconstitucional, como la voluntad del legislador presente que estaría reflejando la opinión actualizada de la ciudadanía y que no debería ser condicionada por la del Constituyente.

Para completar estas ideas me parece de interés reflejar aquí, de nuevo, la opinión de Maurizio Fioravanti quien, a pesar de referirse también a un mito pero a su caída, creo que proporciona una buena explicación del fenómeno y que completa coherentemente las ideas que acabo de expresar.³⁰ Desde su punto de vista, el cambio de relación entre el legislador y los jueces, con un mayor protagonismo de estos últimos, no implica sólo un asalto judicial al poder para que el legislador pierda su preminencia, sino algo previo y más profundo “que se sitúa en aquel *prius* inicial sobre el que Rousseau situaba la emergencia de la soberana voluntad general a través de la mítica figura del legislador”.³¹ Es ese “hecho político originario” el que el Estado liberal considera presupuesto necesario para la existencia de un ordenamiento constitucional. Con el Estado constitucional se abandona toda mitificación originaria y la Constitución se convierte en un hecho histórico concreto fruto de pactos y compromisos guiados por los partidos políticos: “Privada del carácter mítico de su origen, la Constitución se aproxima a grandes pasos al

²⁹ Una ampliación del modo de funcionamiento del argumento sicológico y sus debilidades puede realizarse en Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, IVAP, 1987, pp. 193 y ss.

³⁰ Fioravanti, Maurizio, “Il legislatore e...”, *cit.*, pp. 15 y 16.

³¹ *Ibidem*, p. 16.

mundo de las normas jurídicas, como las demás normas fruto de voluntades concretas y múltiples, todas mensurables y verificables. Tiende a disolverse el mito del legislador...”.³²

IV. LA ELEVACIÓN DEL ESTÁNDAR MOTIVATORIO DE LAS DECISIONES JUDICIALES, SOBRE TODO CUANDO IMPLIQUEN LA EXPULSIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE UNA DECISIÓN LEGISLATIVA O SU INAPLICACIÓN AL CASO

Como he intentado mostrar en los puntos anteriores, la aceptabilidad democrática de órganos judiciales de control de constitucionalidad depende en buena medida de cómo se configure, los límites normativos que se establezcan y la propia práctica del tribunal. En ese sentido, la calidad y exhaustividad de la motivación de sus decisiones, además de convertirse en sí mismas en frenos a la arbitrariedad judicial, permiten la implementación de nuevos límites que mitiguen la invasión de las competencias normativas de los poderes legislativos democráticos. Utilizaré para ello la distinción entre enunciados o disposiciones normativas y la norma jurídica o significado que formula.

Rodolfo Vázquez no sólo expone y analiza la opinión de Robert Alexy sobre esta cuestión (como intentaré mostrar, en buena medida —aunque sólo parcialmente— coincidente con la que defenderé aquí), sino que además la toma en cuenta en su configuración de las condiciones que deben regir la relación entre el legislador democrático y el órgano jurisdiccional encargado del control: que la intervención activa de los jueces favorezca “el diálogo institucional incrementando la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones”.³³ Pues bien, para Alexy³⁴ la compatibilidad del control de constitucionalidad con la democracia representativa requiere el manejo de una “representación” o “democracia” argumentativa dentro de un “constitucionalismo discursivo” o “democracia deliberativa” y dos condiciones: el empleo de argumentos “correctos y razonables” y la existencia de personas racionales que acepten esos argumentos sólo porque son correctos y razonables. Entonces, “la razón y la corrección estarán

³² *Idem.*

³³ RV, p. 264.

³⁴ Sigo la exposición de la postura de Alexy efectuada por Rodolfo Vázquez (RV, p. 259).

mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control”.³⁵

En esa misma línea, aunque más cerca de la conclusión de Rodolfo Vázquez cuando habla de la obligación de los jueces constitucionales de “motivar y fundamentar con calidad sus decisiones”³⁶ que de Alexy, considero que la aceptabilidad democrática del control judicial de constitucionalidad depende en buena medida de la calidad de la motivación de sus decisiones y del respeto de los límites de su función sin la invasión a esferas de los otros poderes. Para explicarlo me parece que una aclaración terminológica y conceptual puede ser útil.

Que el control de constitucionalidad de las leyes exige la previa interpretación del texto constitucional y del texto legal es obvio. Sin embargo, distinguir entre los textos objeto de interpretación (que voy a denominar *disposiciones normativas*) y su significado como resultado de la interpretación (para lo que reservaré la expresión *norma jurídica*) me parece que puede proporcionar una buena base para fijar los límites *democráticos* del control de constitucionalidad.³⁷ Desde mi punto de vista, las decisiones que declaran la inconstitucionalidad deben tener como límite la determinación del significado de las disposiciones constitucionales o de las legales sometidas a control, es decir las normas jurídicas que se considera que expresan, para poder compararlas y establecer su conformidad o no, pero sin que la interpretación camuflle la redacción de una nueva disposición normativa que sería competencia exclusiva del Poder Legislativo (o en el ámbito de la potestad reglamentaria del Ejecutivo).

Ello implica a su vez una condición más: que el significado (la norma jurídica) que se atribuya a las disposiciones, tanto constitucional como legal, quede justificado con buenas razones, con buenos argumentos respetuosos con la voluntad o intención del legislador siempre que exista y pueda establecerse a partir del texto normativo o de otras fuentes, algo que no siempre sucede, o que no esté justificada en buenas razones la adaptación

³⁵ Véase Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Andrés Ibáñez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, 2006, pp. 17 y 18.

³⁶ RV, p. 260.

³⁷ Véase Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “El sistema jurídico” y “Las fuentes del Derecho”, en Barreré Unzueta, M. A. et al., *Lecciones de teoría del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 119 y 220; id., *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, esp. caps. 4 y 5; id., “*Iura novit curia*” y *aplicación judicial del Derecho*, Valladolid, Lex Nova, 2000, esp. cap. VI y VII, y la bibliografía citada en esas obras.

del significado a la realidad social.³⁸ Naturalmente, el estándar de calidad motivatoria y argumentativa deberá ser más alto para justificar la declaración de inconstitucionalidad que la conformidad con la Constitución de la disposición objeto de control (por imperativo de la presunción de constitucionalidad de la legislación); también para resolver cuando el enunciado es resultado de un compromiso legislativo exclusivamente acerca de su texto, sin que exprese una única intención normativa sino varias; y, por último, la motivación deberá ser igualmente reforzada para justificar el abandono de la voluntad original del legislador y adaptar el significado de la disposición constitucional o de la controlada a una nueva realidad social.

Coincido, por tanto, plenamente con Rodolfo Vázquez³⁹ (y con José Juan Moreso en quien se apoya)⁴⁰ en cuanto a que no todo control de constitucionalidad es ejercido en forma contramayoritaria. Es más, seguramente la mayoría de las veces los tribunales constitucionales resuelven intentando indagar cuál fue la voluntad o intención del legislador (muy especialmente del Constituyente), o al menos justifican su decisión por referencia a la misma. Otras veces el conflicto es entre la letra de la Constitución, como expresión de la voluntad del Constituyente, y su intención obtenida de otras fuentes, como los debates constitucionales. Y, por último, incluso cuando la realidad social se usa para justificar no seguir la intención del Constituyente y cambiarla para adaptar el significado a la actualidad, se legitima considerando que el Constituyente quiere que lo que dijo en las disposiciones constitucionales se adapte a la realidad social cambiante.

V. EL CONTROL DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN INCONSTITUCIONALES

El artículo de Rodolfo Vázquez termina con estas palabras que, a mi juicio, merecen un breve comentario:

Tales razones me llevan a pensar que en la situación límite en la que el órgano reformador de la Constitución introduzca en ésta una norma inconstitucional, que ponga en riesgo el mismo proceso democrático —y que se accione a la justicia por la vía del amparo o de la acción de inconstitucionalidad— co-

³⁸ Acerca de la conexión entre la fuerza persuasiva de los argumentos interpretativos con la racionalidad del legislador, véase Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “Argumentos interpretativo...”, *cit.*

³⁹ RV, p. 260.

⁴⁰ Moreso, José Juan, “Sobre el...”, *cit.*, pp. 103 y 104.

rresponde al órgano límite en su calidad de Tribunal Constitucional dirimir el conflicto tanto en sus aspectos procedimentales como con respecto al fondo mismo del problema y, en su caso, expulsar la norma del ordenamiento. No se trata, entonces, de asumir funciones de legislador puesto que el órgano judicial no tiene facultades “iniciativas” sino sólo “controladoras”; ni tampoco se trata de abrir las puertas al decisionismo como espero haber mostrado en este ensayo.⁴¹

Comparto plenamente la preocupación por la posibilidad de que el legislador democrático (en el sentido de haber sido elegido por los ciudadanos por medio de elecciones libres) promueva reformas constitucionales que pongan en riesgo la propia democracia. Sin embargo, mantener que en esos casos el tribunal constitucional debe servir de barrera de contención y expulsar la reforma del ordenamiento jurídico no sólo por razones procedimentales (algo incuestionable) sino también materiales, me parece que es abrir una puerta que durante todo su trabajo Rodolfo Vázquez se dedica a mantener sólo entreabierta. Me explicaré.

Si el legislador introduce en la Constitución una disposición *inconstitucional* (en el sentido que “ponga en riesgo el mismo proceso democrático”) y se admite que el tribunal constitucional pueda controlar tanto el procedimiento de reforma como el contenido de la misma, expulsándola incluso del ordenamiento jurídico, se plantea el grave problema de cómo saber que la disposición es inconstitucional, con qué parámetro lo establecerá y justificará el tribunal: ¿con las disposiciones constitucionales reformadas o sustituidas? Naturalmente sería un absurdo. Es preciso no olvidar que *toda* la Constitución es Constitución, y que referirnos a disposiciones de la Constitución *inconstitucionales* es una manera (impropia) de hablar. El parámetro para la constitucionalidad, el único que legítimamente puede emplear el tribunal constitucional, es la Constitución, por lo que para determinar que una norma incorporada a la Constitución es inconstitucional estaría empleando otro parámetro extraconstitucional que podría derivar en posiciones iusnaturalistas.

Quizás la única solución para evitar atentados a la democracia desde el propio sistema democrático sería (y de ahí su importancia y la de la reforma del 2011 a la Constitución mexicana en la materia) el derecho internacional de los derechos humanos.⁴² Los tratados y convenciones internacionales que los contemplan pueden convertirse en un adecuado parámetro para

⁴¹ RV, p. 264.

⁴² Véase al respecto mis obras ya citadas acerca de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

controlar las reformas constitucionales sobre derechos, sobre todo, como sucede con el sistema interamericano y el europeo, cuando existe un órgano jurisdiccional garante del cumplimiento de la Convención. Esta vía permite esquivar la objeción con la que iniciaba este punto, ya que es una respuesta intrasistema, puesto que implica la aplicación de una disposición constitucional (por ejemplo, el artículo 1o. de la Constitución mexicana o el artículo 10.2 de la Constitución española). Sin embargo, este tipo de control de convencionalidad (o de “regularidad” diría la Suprema Corte de Justicia de Nación mexicana) de la Constitución no podría concluir con un pronunciamiento de nulidad de la disposición constitucional reformadora. En primer lugar, la manera de proceder para el tribunal constitucional sería realizar una interpretación armónica de las disposiciones constitucionales con las de los tratados buscando la compatibilidad, siendo la resultante una norma constitucional.⁴³ En segundo lugar, en caso de que esa armonización resulte imposible, habría que ser conscientes de que confrontar las disposiciones constitucionales con las de los tratados sería equivalente a confrontar dos disposiciones constitucionales porque así lo establece la propia Constitución al remitir para la interpretación de los derechos a los tratados internacio-

⁴³ Es paradigmática sobre este tema la siguiente tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima Época, registro 160525, Pleno, tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, diciembre de 2011, t. 1, materia(s): Constitucional, P. LXIX/2011(9a.), p. 552. PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país —al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano—, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

nales. Por ello, la solución estaría en la jerarquización axiológica pero no estructural de las normas constitucionales e internacionales.⁴⁴

VI. CONCLUSIONES

Es verdad que los jueces constitucionales poseen una menor legitimidad democrática que los parlamentos, al ser, en el mejor de los casos (y salvo que se prevea su elección por sufragio universal) de segundo grado. Pero esto no es algo insólito incluso en relación con otros poderes, como el presidente del gobierno o de las comunidades autónomas en España, cuya legitimidad es igualmente de segundo grado al ser elegidos por los parlamentos elegidos directamente por los ciudadanos, sin que se plantea una objeción de este tipo. Además, esa menor legitimidad se ve compensada por una atribución de poder más limitada que, en el caso de los tribunales constitucionales y de los poderes judiciales en general, consiste en que sólo pueden pronunciarse cuando les es planteada la cuestión.

Un segundo límite al poder de los tribunales constitucionales que ha sido abordado siguiendo a Víctor Ferreres consiste en la posibilidad de que el legislador responda a la inconstitucionalidad con una reforma constitucional que, a veces, resulta políticamente difícil por la rigidez constitucional, pero tal vez expresión, cuando no se alcanza el consenso requerido, de que la decisión de inconstitucionalidad sólo es parcialmente contramayoritaria.

Las amplias controversias interpretativas acerca del significado de las disposiciones constitucionales consecuencia de su frecuente generalidad, ha sido mencionado como un factor adicional que puede incidir en la invasión por parte de los jueces del campo del legislador. Sin embargo, esa misma generalidad se encuentra a menudo en la propia redacción que en los órganos legislativos se da a las disposiciones para alcanzar las mayorías requeridas para su aprobación, impidiendo hablar de vulneración o seguimiento de la voluntad legislativa, puesto que en estos casos no existe o es plural.

El camino en ocasiones propuesto de limitar la competencia de los tribunales constitucionales a la vigilancia de las condiciones de los procesos democráticos choca con la realidad de la regulación del control de constitucionalidad en nuestro entorno. De una manera más sencilla, he querido justificarlo resaltando la conexión entre la concepción normativa de la

⁴⁴ Véase Guastini, Riccardo, “Gerarchie normative”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 1997; *id.*, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milán, Giuffrè, 2004, pp. 173 y 174; *id.*, *Interpretare e argomentare*, Milán, Giuffrè, 2011, pp. 165-167; Giorgio Pino, “Norme e gerarchie normative”, *Analisi e Diritto*, 2008, p. 288.

Constitución y el control de constitucionalidad, ya que una de las vías para limitar el poder político sometiéndolo al derecho es precisamente ese tipo de control judicial externo entendido como un contrapoder beneficioso para la democracia.

En alguna medida, resaltar el costo democrático que implica el control de constitucionalidad supone seguir manejando una imagen mitificada de un legislador personificado dotado de una única voluntad que puede ser traicionada por los jueces, algo que está muy alejado de la realidad.

Un límite importante del control de constitucionalidad, imprescindible para que no sea cuestionada su compatibilidad con el sistema democrático, es la calidad de la motivación de las sentencias del tribunal constitucional. Con objeto de establecer criterios un poco concretos en este aspecto, he propuesto que los jueces estarían dentro de su ámbito de competencia cuando determinan el sentido de las disposiciones constitucionales (y mejor aún, limitarse al techo constitucional que no puede ser superado) y de las disposiciones legales sometidas a control, pero se estarían excediendo en su función e invadiendo competencias del legislador, cuando por medio de una operación aparentemente interpretativa se redacta una nueva disposición constitucional o legal. Ello requiere adicionalmente que el significado quede justificado con buenas razones, obligación que se incrementa para motivar la declaración de inconstitucionalidad, en los casos en los que no se puede justificar la interpretación por referencia a la voluntad legislativa, y cuando se hace prevalecer la adaptación del significado a la realidad social.

De manera coincidente con Rodolfo Vázquez y José Juan Moreso, he defendido que la dificultad contramayoritaria sería aplicable sólo a algunos casos, no a la mayoría. Habitualmente la justificación por parte de los tribunales constitucionales de sus decisiones se realiza a partir de una intención legislativa, sea real o supuesta.

Considero, por último, que dar al tribunal constitucional la competencia para controlar, no sólo el cumplimiento de los procedimientos de reforma constitucional, sino también sus contenidos cuando esté en riesgo el sistema democrático, plantea la dificultad de establecer cuál debe ser el parámetro tenido en cuenta por el juez para decretar la inconstitucionalidad. Se ha propuesto como solución emplear las posibilidades de las disposiciones constitucionales que remiten a los tratados internacionales para la interpretación de los derechos, usando éstos como parámetro para juzgar el contenido de las reformas constitucionales.

LEGITIMACIÓN, CONCENTRACIÓN Y DESPOLITIZACIÓN: TRES CONSECUENCIAS DE LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN*

Daniel Antonio GARCÍA HUERTA**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Primera sección.* III. *Segunda sección.*
IV. *Tercera sección.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

La intención de este trabajo persigue dos objetivos particulares. El primero consiste en proponer que una perspectiva normativa en torno a la constitucionalización de los derechos humanos —despojada de otras consideraciones sociológicas y políticas— no resulta más un proyecto defendible. Si una Constitución puede ayudar a transformar las condiciones de una comunidad, no puede hacerlo únicamente a través de mandatos ni por medio del discurso jurídico. Por el contrario, una relación efectiva entre Constitución y derechos humanos requiere necesariamente de su involucramiento con instituciones y estructuras políticas y sociales para su posterior transformación. En esta medida, la aproximación que se ofrece en el presente texto se asocia más a una visión crítica del proceso de constitucionalización de los derechos humanos para evaluar si la tendencia creciente que le ha caracterizado durante los últimos años ha derivado o no en un impacto positivo a favor de los derechos humanos, la transformación social y el ensanchamiento de las condiciones democráticas de una sociedad.

* Este texto es una traducción adaptada y resumida del trabajo que desarrollé para obtener el título de maestro en derechos humanos en la Universidad de Edimburgo durante el periodo 2015-2016. Agradezco el apoyo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de esta investigación.

** Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos del Distrito Federal, México.

El segundo objetivo consiste en contribuir con el diálogo que el pensamiento del doctor Rodolfo Vázquez ha iniciado y fomentado a lo largo de su obra. Particularmente, este texto intenta abordar de alguna manera el fenómeno de la inflación de los derechos humanos que ha desarrollado de manera reciente.¹ Muchas de las ideas aquí expresadas son parte del aprendizaje que con el paso del tiempo he podido adquirir de sus clases y de la lectura de sus textos. Sea este trabajo una muestra de mi agradecimiento y admiración.

El texto se organiza a través de la siguiente estructura. La primera sección aborda la que considero es la visión dominante que ilumina la conceptualización de la Constitución y los derechos humanos. Con ello se explica y revisa la visión liberal-positivista que informa actualmente al proceso de constitucionalización de tales derechos. La segunda y la tercera secciones analizan el impacto de este proceso y evidencian que en su formulación intervienen al menos tres procesos: la legitimación del orden jurídico; la concentración del poder político y la despolitización de la comunidad. Estos tres procesos terminan por hacer de la constitucionalización de los derechos un desarrollo con resultados pocos favorables en su aseguramiento, que en poco contribuyen al mejoramiento de las posibilidades jurídicas y políticas para la transformación social.

II. PRIMERA SECCIÓN

La constitucionalización de los derechos: un enfoque liberal-positivista

La relación entre Constitución y derechos humanos ha sido un elemento de constante análisis en las áreas del derecho y la política. Su relevancia radica en la idea de que la conjunción entre ambos elementos contribuyen al aseguramiento de un orden social más o menos estable cuando los derechos son reconocidos y protegidos por la Constitución. Esta premisa se ha convertido en la piedra de toque del constitucionalismo moderno, al grado que hoy por hoy es posible apreciar una abrumadora tendencia a incorporar derechos en la Constitución que ha generado una importante inflación

¹ Vázquez, Rodolfo, “¿Inflación o deflación de derechos?”, en Ortiz Millán, Gustavo y Cruz Parcerio, Juan Antonio (eds.), *Lenguaje, mente y moralidad. Ensayos en homenaje a Mark Platts*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2015, pp. 151-64.

de cláusulas constitucionales o, en palabras de algunos otros autores, ha promovido la generación de un constitucionalismo aspiracional.²

Este apego por constitucionalizar los derechos hace parte de un enfoque liberal-positivista del derecho que arroja una luz particular para el entendimiento de la Constitución y de los propios derechos humanos. En el primer caso, esta perspectiva ubica a la Constitución como un acuerdo supremo que prescribe la manera en que una sociedad debe conducirse. En el caso de los derechos humanos, éstos suelen entenderse como principios abstractos que deben permanecer fuera del alcance de las voluntades populares. Es decir, representan cartas de triunfo oponibles frente a las tentaciones mayoritarias, como desafortunadamente suele entenderse lo popular.

La conceptualización de los derechos como cartas de triunfo en la Constitución es, no obstante, problemática y trae consigo importantes consecuencias teóricas y prácticas. Desde las dimensiones política y jurídica, limita la perspectiva constitucional exclusivamente a la incorporación de tales derechos en la Constitución y deja de lado otros análisis trascendentales como los de funcionalidad y efectividad constitucional. Para las dimensiones práctica y social, tal conceptualización mina la participación social y el propio desarrollo emancipatorio de los derechos.

Esto se debe a que uno de los principales problemas derivados del entendimiento liberal-positivista del binomio derechos-Constitución radica en la apreciación del sistema jurídico como un elemento coherente y bien organizado; casi en una simetría perfecta que conduce a su autorrealización. Cuando algunas corrientes teóricas adscritas a este enfoque sostienen que los derechos humanos, al incorporarse en la Constitución, adquieren el carácter de principios fundamentales que determinan la validez de otras normas y el alcance democrático de la comunidad política, sostienen también que la Constitución debe ser entendida como la norma de normas; aquella que determina lo que puede y debe discutirse dentro del Estado. Este tipo de posturas han sido ampliamente sostenidas y debatidas por autores como Luigi Ferrajoli o Ronald Dworkin, por lo que no son objeto de análisis de este trabajo. Basta decir que para estos autores los derechos humanos en la Constitución representan aquellos postulados esenciales que dan sostén al sistema jurídico y político de una comunidad.³

² García Villegas, Mauricio, “Constitucionalismo aspiracional”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 15, núm. 29, 2013, pp. 77-97.

³ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. 254; Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, núm. 34, 2011, pp. 15-53; *id.*, “El derecho como sistema de garantías”, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.

Esta premisa que respalda a la Constitución como norma fundamental que debe performar todos los elementos del sistema político y legal involucra claramente un mandato.⁴ Es decir, un conjunto de órdenes que conceptualiza a los derechos humanos como normas que dictan no sólo aquello que las autoridades deben hacer, sino también lo que los individuos deben respetar, observar y atender. La consecuencia más evidente de este enfoque es, quizás, la juridificación de los derechos como normas constitucionales y, por tanto, su incorporación en el escenario legal de la comunidad. Sin embargo, esta posición trae consigo consecuencias más amplias para el constitucionalismo pues, desde una mirada más puntual, reduce el entendimiento constitucional a una cuestión meramente normativa que, en términos de mandato, prescribe la manera en que debemos pensar y ejercer los derechos humanos.

Ello tiene su causa en el hecho de que el positivismo jurídico se ha enfocado más en el análisis en torno a la validez y naturaleza del derecho y no tanto en su funcionalidad en el plano social.⁵ Tal vez éste sea uno de los puntos más flacos de esta teoría en relación con los derechos humanos: asumirlos como normas jurídicas prescriptivas y esperar su funcionalidad y efectividad como una consecuencia inmediata derivada de su juridificación. En esta medida, el positivismo jurídico opera a través de un “fetichismo legal” pues tiende a “ignorar el abismo que separa la aprobación de una ley de su aplicación... posponiendo indefinidamente la confrontación con su falta de aplicación”.⁶ En este punto, si bien el positivismo jurídico puede ofrecer argumentos sólidos para sostener la naturaleza y validez sistemática de los derechos, poco es lo que tiene que decir respecto de su implementación y efectividad para la dinámica social.

El “fetichismo constitucional” —la idea de que la Constitución performa y transforma la realidad social por medio de su naturaleza prescriptiva— se ve reforzada por el carácter escrito de la Constitución en la medida en que comúnmente se piensa que una Constitución escrita brinda condiciones de estabilidad y seguridad a las disposiciones normativas que concentra.⁷ Así, cuando los derechos humanos son establecidos literalmente en el

⁴ Schmitt, Carl, *Constitutional Theory*, e-Duke Books Scholarly Collection-Duke University Press, 2008, p. 62.

⁵ Tamanaha, B Z., “Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence”, *Oxford Journal of Legal Studies* 21, núm. 1, 2001, pp. 1-32.

⁶ Lemaitre, Julieta, “Legal Fetishism: Law, Violence, and Social Movements in Colombia”, *Revista Jurídica de La Universidad de Puerto Rico*, 77, núm. 2, 2008, p. 333.

⁷ Waldron, Jeremy, “Constitutionalism: A Skeptical View”, *Contemporary Debates in Political Philosophy*, 2010, p. 8.

texto constitucional suele creerse que adoptan una forma sacra⁸ de protección e inviolabilidad que se traducirá en su observancia e implementación social, y que los mantendrá a salvo de posibles cambios⁹ promovidos por las mayorías.

Pese a ello, esta suposición podría no ser precisamente cierta por lo que requiere de ciertos matices. Como lo ha señalado Carl Schmitt, el carácter escrito de una Constitución no es precisamente lo que otorga a las normas su validez y legitimidad. Por el contrario, desde su teoría, una norma es fundamental cuando deriva de una autoridad reconocida y no por el hecho de verse reflejada en la Constitución.¹⁰ Así, es posible señalar que la autoridad o *la fuerza* de las normas de derechos humanos no deriva precisamente del hecho de estar plasmadas en la Constitución, sino de la decisión social y colectiva de que tales normas deban ser incorporados en el texto constitucional. Pero si la fuerza de los derechos no deriva de su posición dentro de la Constitución y su incorporación no resulta un elemento suficiente para garantizar su efectiva implementación, entonces ¿cuáles son las consecuencias de su inclusión?

III. SEGUNDA SECCIÓN

1. *Los derechos en la Constitución: un proceso de legitimación y concentración del poder político*

La constitucionalización de los derechos bajo el enfoque liberal-positivista representa un fenómeno de mayores amplitudes que involucra el ejercicio de un proceso de legitimación del orden legal y de concentración del poder político que, por un lado, limitan considerablemente el universo deliberativo en torno a los derechos y, por el otro, acarrean un proceso de despolitización por medio del cual se deja a la comunidad —al pueblo— sin medios para andar las rutas de la transformación social.

⁸ Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, núm. 1, 1993, p. 26.

⁹ Schmitt, Carl, *Constitutional Theory...*, cit., p. 68.

¹⁰ *Ibidem*, p. 69.

2. La legitimación del orden jurídico

La literalidad de los derechos en la Constitución guarda efectos particulares tanto para la interacción política y social, como para el mantenimiento del orden jurídico. En el caso de este último, el establecimiento explícito de cláusulas constitucionales sobre derechos humanos representa también un elemento de publicidad que legitima su existencia. Esta posición se encuadra en las ideas desarrolladas por Kant para quien las acciones referentes al derecho de otros hombres son injustas, si su máxima no admite publicidad.¹¹ Esto quiere decir que el establecimiento de los derechos en la Constitución otorga a las autoridades la posibilidad de actuar —o no actuar— en nombre de los derechos humanos de modo que éstos surgen entonces como una justificación de las acciones del Estado.¹²

Esta aparente legitimación es, no obstante, sólo formal en tanto que únicamente crea una expectativa respecto de la existencia de los derechos y de su funcionalidad dentro de la comunidad. Es, por tanto, una legitimación solemne y autorreferente en la medida en que descansa sobre las características formales del sistema jurídico considerado un universo coherente y cerrado. De ello se sigue que cuando los derechos son reconocidos por la Constitución, solemos creer que se encuentran protegidos en la medida en que han sido colocados en la norma suprema y fundamental. Esto otorga al sistema jurídico la posibilidad de ejercer un poder de dominio racional basado en lo que Max Weber denominó *dominación legal*.¹³ Esto es, en la posibilidad de hallar obediencia en la idea de que “cualquier derecho puede crearse y modificarse por medio de un estatuto sancionado correctamente en cuanto a la forma”.¹⁴ Así, de acuerdo con Weber, se obedece entonces “no a la persona en virtud de su derecho propio, sino a la regla estatuida la cual establece al propio tiempo a quién y en qué medida se debe obedecer”.¹⁵

De acuerdo con esta visión, los individuos obedecemos la Constitución (y creemos que tenemos derechos humanos) porque, por una parte, sabemos

¹¹ Kant, Immanuel, *The Perpetual Peace*, Slought Foundation-Philadelphia and the Syracuse University Humanities Center, 2010, p. 52.

¹² Rancière, Jacques, *Momentos políticos*, Capital Intelectual, 2010, p. 27.

¹³ Weber, Max, “The Three Types of Legitimate Rule”, *Berkeley Publications in Society and Institutions*, 4, núm. 1, 1958, pp. 1-11.

¹⁴ Weber, Max, *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 707.

¹⁵ *Idem*.

y reconocemos¹⁶ que la Constitución es la norma fundamental de nuestro entorno político, social y jurídico. Pero, por el otro, también nos sujetamos a la Constitución porque sabemos y reconocemos que en tanto norma jurídica fundamental, la Constitución prescribe por medio de mandatos jurídicos la implementación y aseguramiento de *nuestros* derechos humanos. El conocimiento y reconocimiento de tales situaciones no genera ninguna diferencia particular en cuanto a la efectiva implementación de los derechos humanos, pero definitivamente ayuda a mantener y asegurar la existencia y permanencia del orden jurídico.

3. La concentración del poder político

La constitucionalización de los derechos es un proceso de legitimación pero también una dinámica de concentración. Desde el punto de vista político, esta dinámica hace referencia a un mecanismo de codificación de lo “universal”,¹⁷ es decir, de todo aquello que pertenece y resulta trascendental para la comunidad. Se dice que los derechos humanos representan y protegen los intereses más preciados que las personas y los pueblos pueden poseer y que, por lo tanto, cuando son reconocidos en la Constitución tales elementos transitan de un interés particular a una significación universal que debe performar y moldear la vida política y social de la comunidad; esto es, conforman los aspectos esenciales para la articulación y sostenimiento de una comunidad política, jurídica y social.

Sin embargo, este proceso trae consigo dos consecuencias particulares. La primera, que su desarrollo genera condiciones para una aparente pacificación social¹⁸ en tanto se considera que lo “universal”, una vez en la Constitución, se encuentra protegido y asegurado. Al incorporar los intereses y preocupaciones más relevantes para las personas, la Constitución siempre va un paso adelante y encuentra posibilidades de prever cualquier posible conflicto para entonces reducirlo y pacificarlo por medio de la dinámica de incorporación constitucional.¹⁹ De esta manera, se hace juego con la legitimación del orden jurídico pues en el proceso de pacificación social poco

¹⁶ Para Bourdieu, un acto de obediencia presupone un acto de conocimiento que es, al mismo tiempo, un acto de reconocimiento. Bourdieu, Pierre, *On the State: Lectures at the Collège De France, 1989-1992*, 2014, p. 164.

¹⁷ *Ibidem*, p. 193.

¹⁸ *Ibidem*, p. 168.

¹⁹ Rancière, Jacques, *Momentos políticos...*, cit., p. 27.

importa la efectiva implementación de los derechos, sino que basta con su sencillo y legal reconocimiento.

Como segunda consecuencia, la constitucionalización de los derechos en tanto dinámica de concentración otorga y traslada el poder de administración de lo “universal”.²⁰ Es decir, por medio de este proceso la Constitución se erige como un instrumento que fusiona lo legal u objetivo (lo que debe ser) con lo real o subjetivo (lo que es). Así, la Constitución surge como un dispositivo para el conocimiento, reconocimiento, reproducción y adhesión a un “nuevo universal” presentado ahora como autoevidente y no controversial.²¹ Cuando lo real y lo legal coinciden, surge un problema particular: la realidad social se torna autoevidente. Para la relación derechos-Constitución esto significa el surgimiento de una percepción social vinculada con que la incorporación de los derechos en la Constitución garantiza su existencia e implementación en la medida en que han alcanzado la máxima posición en la estructura social, política y jurídica de la comunidad. Si la Constitución es la norma suprema y los derechos han sido incorporados en ella, entonces no hay nada más que hacer o demandar respecto de su reconocimiento pues la Constitución sienta las bases para la conformación y reproducción de una idea sobre la aparente autogarantía y autorrealización de los derechos en tanto elementos incorporados en ella.

IV. TERCERA SECCIÓN

La constitucionalización de los derechos: un proceso de despolitización

Considerar a los derechos humanos como principios autorrealizables en la Constitución contribuye a la pérdida de poder político en la medida en que las posibilidades de diálogo y deliberación en torno a ellos se ven considerablemente reducidas. Ello se explica en virtud de que cuando los derechos se incorporan en la Constitución, la sociedad deposita sus esperanzas en esta característica de autorrealización que los derechos adquieren a través de su constitucionalización.

La despolitización —la pérdida del poder político— representa un fenómeno que intenta neutralizar lo político por medio del bloqueo o cierre de los espacios de disenso, lo que implica a su vez la eliminación de las

²⁰ Bourdieu, Pierre, *On the State...*, cit., p. 101.

²¹ Bourdieu, Pierre, “Structures, Habitus, Power: Basis for a Theory of Symbolic Power”, *Outline of a Theory of Practice*, Cambridge University Press, 2014, p. 164.

brechas existentes entre la apariencia y la realidad.²² Este proceso —como es entendido en el presente texto— deriva del hecho de que al ser incorporados en la Constitución los derechos adquieren una naturaleza canónica, pero también una particular dimensión política que les excluye de los planos social y político en la medida en que son considerados un bloque monológico de principios intocables frente a supuestos riesgos mayoritarios. En pocas palabras, la despolitización de la comunidad surge como una consecuencia de considerar los derechos humanos en cuanto cartas de triunfo o elementos que conforman una esfera de lo indecidible.

Uno de los primeros puntos que deben ser abordados al analizar el proceso de despolitización es, como lo señala Rancière, que éste encuentra su fundamento en una situación de consenso²³ y remonta a la idea liberal del acuerdo político. Considerar a la Constitución como la norma suprema del sistema que contiene los principios fundamentales para el gobierno legal, social y político significa afirmar que nuestra existencia como comunidad política descansa y depende de un conjunto de normas legales. Es, según señala Schmitt, dar a un sistema normativo el carácter de soberano en vez de reconocer tal carácter a la comunidad o al pueblo en sí mismo.²⁴ Con ello, si la Constitución como depositaria y reguladora del poder político es quien da origen al Estado, y el Estado a través de sus instituciones protege a la Constitución, entonces el Estado surge como el ente legalmente legitimado para el ejercicio del poder político. Como consecuencia de ello, la Constitución se torna centrada en el Estado²⁵ y surge una yuxtaposición entre el Estado, la Constitución y lo político en donde el Estado emerge como algo político y lo político como algo estatal.²⁶

El fenómeno de yuxtaposición apuntado arroja una luz particular sobre los derechos humanos. Si la Constitución es considerada algo perteneciente al Estado, entonces los derechos humanos al ser incorporados en ella pertenecen también a él. En palabras más sencillas, cuando los derechos cruzan el umbral constitucional adoptan una esencia particular en cuanto principios de política que legitima al Estado a manejálos y controlarlos por medio de sus instituciones y normas. De ello deriva que comúnmente se piense

²² Rancière, Jacques, “Who Is the Subject of the Rights of Man”, *South Atlantic Quarterly*, vol. 103, núm. 2, Duke University Press, 2004, p. 306.

²³ *Idem*.

²⁴ Schmitt, Carl, *Constitutional Theory...*, cit., p. 63.

²⁵ Teubner, Gunther, “Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, 2005, p. 203.

²⁶ Schmitt, Carl, *The Concept of the Political*, University of Chicago Press, 1996, p. 20.

que el papel de una Constitución quede reducido a la limitación del poder estatal bajo el yugo del Estado de derecho, así como para la generación de límites entre lo político y los entornos sociales.²⁷

Dos aspectos merecen particular atención en torno al entendimiento de los derechos desde esta dimensión política. Primero, esta condición se relaciona con el proceso de concentración referido en la sección anterior. Desde esta perspectiva, los derechos humanos en tanto elementos de lo universal no representan sólo normas. Por el contrario, constituyen una clase de capital simbólico, es decir, elementos que los individuos valoran en tanto que están familiarizados con ellos dado que les reconocen una significación social particular derivada de su utilidad en la dinámica de estructuración social.²⁸

Así, desde una postura sociológica, los derechos humanos constituyen elementos que los individuos reconocen y valoran porque representan elementos capaces de protegerles en distintos contextos y escenarios sociales de antagonismo como los que surgen en aquellas relaciones desiguales de poder entre ricos/pobres, mujeres/hombres, gobierno/ciudadanos, etcétera. Por tanto, cuando los derechos se constitucionalizan, la Constitución surge como un recipiente del capital simbólico que, vinculado a la concentración de otras formas de poder como el militar o económico, otorga al Estado la posibilidad de acumular y ejercer lo que Bourdieu llama *meta-capital*: la acumulación de distintas clases de poder en un mismo poder centralizado que otorga la propiedad particular de su ejercicio sobre los demás tipos de capital.²⁹

El segundo elemento relevante para la conceptualización de los derechos como principios de política es la distinción que existe entre *la policía (police)* y *la política (politics)* o entre lo que se conoce como *la política (politics)* y *lo político (political)*. Esta distinción ha sido apuntada por Jacques Rancière quien considera *la policía* como el “conjunto de procesos mediante los cuales se efectúan la agregación y el consentimiento de las colectividades, la organización de los poderes, la distribución de los lugares y las funciones y los sistemas de legitimación de esta distribución”.³⁰ En cambio, Rancière reserva el término de *política* para “una actividad bien determinada y antagónica: la que rompe la configuración sensible donde se definen las partes y

²⁷ Teubner, Gunther, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, 2012, p. 17.

²⁸ Bourdieu, Pierre, “Structures, Habitus, Power: Basis for a Theory of Symbolic Power”, en Bourdieu, Pierre, *Razones prácticas sobre la teoría de la acción*, Anagrama, 1997, p. 107.

²⁹ Bourdieu, Pierre, *On the State...*, cit., p. 197.

³⁰ Rancière, Jacques, *Disagreement. Politics And Philosophy*, University of Minnesota, 1999, p. 28; id., *El desacuerdo. Política y filosofía*, Ediciones Nueva Visión, 1995, p. 43.

sus partes... esta ruptura se manifiesta por una serie de actos que vuelven a representar el espacio donde se definían las partes, sus partes y las ausencias de partes".³¹

En un sentido similar, Chantal Mouffe ha sostenido que *la política* constituye un conjunto de prácticas e instituciones por medio de las cuales se crea un orden para la organización de la coexistencia humana en un contexto de constante conflicto,³² mientras que *lo político* constituye la dimensión de antagonismo base de la Constitución de las sociedades humanas.³³ Para una mayor facilidad en la lectura, este trabajo adopta las acepciones propuestas por Chantal Mouffe y distingue *la política* de *lo político* en los términos apuntados por ambos autores.

Decir que derivado de su constitucionalización los derechos humanos adoptan una clase de principios de política implica comprender tales derechos desde la dimensión de *la política* o *la policía*. En tanto elementos simbólicos, cuando los derechos humanos se incorporan en la Constitución surge la posibilidad de que el Estado utilice esos derechos para el ejercicio y administración del poder político; es decir, para la regulación de los elementos más relevantes para la vida social y la estructuración de los esquemas políticos y jurídicos de la comunidad.

A manera de ejemplo, tomemos en consideración el derecho a la protesta social. Durante los últimos años, este derecho ha adquirido un impulso considerable sobre todo gracias al desarrollo de movimientos internacionales como "Ocuppy Wall Street", la Primavera Árabe o el Movimiento 15-M, los cuales han dejado como consecuencia la necesidad de repensar y reconceptualizar el derecho a la protesta social como un derecho autónomo. Mientras algunos gobiernos e instituciones han señalado que dicha prerrogativa no encuentra lugar en la Constitución,³⁴ otras voces han afirmado que la protesta social es un elemento derivado de la conjunción entre otros derechos como la libertad de expresión y la libertad de asociación.³⁵

³¹ Rancière, Jacques, *Disagreement. Politics and Philosophy*, cit., p. 30; id., *El desacuerdo. Política y filosofía*, cit., p. 45.

³² Chantal Mouffe, *On the Political*, 2005, p. 9.

³³ *Idem*.

³⁴ Gargarella, Roberto, "El derecho a la protesta social", *Derecho y Humanidades*, Chile, núm. 12, 2006, p. 142.

³⁵ Rabinovich, Eleonora et al. (eds.), "Vamos a portarnos mal". *Protesta social y libertad de expresión en América Latina*, 2011, p. 7. Unites Nations, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on Human Rights Defenders*, Note by the Secretary-General to the General Assembly on its Sixty-second sesión, A/62/225, 13 de agosto de 2007, pfo. 96. ECtHR, *Case of Vogt vs. Germany*. Application 1785/91. Judgment of 26 September 1995, pfo. 50-68. IAC-THR, *Case of Norín Catrimán et al. (Leaders, members and activist of the Mapuche Indigenous People) vs.*

Independientemente de la discusión apuntada, lo que resulta más interesante es que la conceptualización de este derecho —pese a su urgente y demandante relevancia social— se ha movido entre las sombras y no muchas Constituciones a lo largo del mundo le han reconocido como un derecho autónomo. De hecho, únicamente pocos países como Croacia,³⁶ Somalia,³⁷ Egipto³⁸ y Macedonia³⁹ han reservado un lugar específico en la carta de derechos de su Constitución para la protesta social, los cuales sobre señalar han atravesado por importantes contextos de lucha social para el mejoramiento de sus condiciones democráticas.

Así, el derecho a la protesta social es un buen ejemplo de la clase de gobierno de los derechos humanos ya referida y de la pérdida del poder político, pues su reconocimiento constitucional no se basa en la satisfacción de demandas sociales y colectivas, sino en la decisión de un poder soberano institucional quien tiene la facultad para decidir la manera de interpretar, reconocer y limitar su ejercicio. Sea por su rechazo o por su supuesta naturaleza híbrida, lo cierto es que el poder soberano cuenta con la posibilidad de moldear y decidir la naturaleza y alcance de las protestas sociales, y con ello, en buena medida, el alcance del desarrollo y ejercicio democrático de la comunidad. De esta manera, el reconocimiento constitucional del derecho a la protesta social no surge a partir de una decisión colectiva, sino de una determinación unilateral y pragmática, es decir, de *la política* o de *la policía*.

V. CONCLUSIONES

El constitucionalismo moderno ha descansado sobre una premisa que en nuestros días requiere de un análisis detallado en torno a su efectividad. Se nos ha dicho que constitucionalizar los derechos representa la mejor estrategia para promover el mejoramiento de las condiciones legales, políticas y sociales de una comunidad. Sin embargo, lo cierto es que la experiencia y el desarrollo de esta visión no ha hecho más que confirmar que la incorporación inmediata de estos derechos en la Constitución no ha re-

Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of May 29, 2014. Series C, núm. 279, pfo. 375. Poder Judicial de la Federación, Sentencia al Amparo Indirecto 1690/2014, Juzgado Primero de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito, México, 2014, p. 47.

³⁶ Constitución de la República de Croacia, texto consolidado, 2010, artículo 42.

³⁷ Constitución Provisional de la República Federal de Somalia, 2012, artículo 20.

³⁸ Constitución de la República Árabe de Egipto, 2014, artículo 37.

³⁹ Constitución de la República de Macedonia, 1991, revisada en 2011, artículo 21.

sultado ser una propuesta efectiva ni mucho menos positiva para equilibrar las condiciones de desigualdad que afectan aún a muchas sociedades. La experiencia del constitucionalismo latinoamericano con sus largas listas sobre derechos económicos, sociales y culturales es un gran ejemplo de esto. En dicha región, las condiciones sociales no han mejorado y los sistemas democráticos tampoco han mostrado un avance importante. Hasta el momento no existe, entonces, una relación precisamente clara entre la constitucionalización de los derechos y el mejoramiento de las condiciones sociales y políticas de una comunidad. Si bien se ha logrado apreciar la generación de algunos avances, la instrumentalización de los derechos como normas constitucionales aún requiere de mayores desarrollos que aseguren no sólo su existencia formal, sino real a través de su efectiva implementación de cara a la transformación social de sociedades desiguales.

De esta manera, el problema quizás no sea el de constitucionalizar los derechos, sino el de apreciar dicha constitucionalización desde una perspectiva casi exclusiva: la liberal-positivista. La despolitización —a la que se hizo referencia a lo largo de las líneas de este texto— coloca en riesgo el efecto útil de la Constitución y de los propios derechos humanos en la medida en que impide su apropiación y ejercicio social. Cuando ambos elementos son vistos como componentes fundamentalmente jerarquizados pierden su esencia práctica y emancipadora. Se convierten en gobierno y no en utilidad. A fin de evitar tal pérdida, es necesario desprincipializar y desmitificar los derechos de modo que no sean entendidos como cartas de triunfo sino como elementos de capital simbólico para la construcción de sociedades más plurales, independientes y participativas. Los derechos humanos son, antes que otra cosa, condiciones de apropiación para el debate, la construcción y la articulación de demandas e identidades; para la construcción de rutas de vida y existencias políticas alternativas.

EL TEST MADISONIANO EN LA EVALUACIÓN DEL TRABAJO DE RODOLFO VÁZQUEZ: ALCANCES Y LÍMITES PRÁCTICOS DE UNA FILOSOFÍA POLÍTICO-CONSTITUCIONAL

Roberto GARGARELLA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Teoría a la espera del personal adecuado: la violación del test madisoniano.* III. *Medios constitucionales y motivaciones personales.* IV. *Conclusión.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En el capítulo “Principios sobre la legislación”, que integra su libro *Political Political Theory*, Jeremy Waldron distingue fundamentalmente entre dos modos diferentes de acercarse a las cuestiones institucionales en general, desde la filosofía política.¹ Por un lado, se refiere a aquellos que han pensado en *principios sustantivos* para organizar u ordenar el sistema institucional, como es el caso de Bentham y el principio de la maximización de la utilidad general; o Rawls, y sus dos principios de justicia. Por otro lado, alude al grupo que más le interesa, que incluye a aquellos autores que se han internado en el examen de *principios procedimentales* que deben caracterizar a la organización institucional. Waldron tiene su foco de atención puesto en una parte especial de dicha organización institucional: el Congreso y la producción legislativa.²

* Universidad Torcuato di Tella y Universidad de Buenos Aires.

¹ Las posiciones que estudia Waldron incluyen también, por supuesto, la de aquellos que muestran total indiferencia frente al tema institucional, propia de una parte relevante de la academia anglosajona, que Waldron tipifica con los trabajos de Isaiah Berlin.

² Su libro trata, entonces, acerca de principios referidos a cómo es que la legislación debe ser elaborada, quiénes deben participar en ella, o el espíritu que debe guiar a quienes intervienen en su dictado. Waldron sugiere entonces una serie de principios, que incluyen varios de relevancia para quienes estamos interesados en la democracia deliberativa (sobre todo por venir de alguien que no lo está), como los de que debe darse voz y tomar información de parte de todas las “opiniones e intereses” diversos existentes en la sociedad; o el principio

La clasificación que propone Waldron resulta útil, para los propósitos de este estudio, de varios modos. Por una parte, él me ayuda a situar al trabajo de Rodolfo Vázquez —a cuya labor está dedicado este estudio— dentro de una gama de textos y autores que se han mostrado interesados en la filosofía política, pero que se han abocado al mismo tiempo al estudio particular de la organización institucional. Por otro lado, el trabajo de Waldron me permite ubicar al de Vázquez dentro de un subgrupo especial de quienes han abordado el estudio de las instituciones, y éste es el de aquellos que se han enfocado tanto en el estudio de los grandes principios de la organización social, como en los principios destinados a regular el funcionamiento de instituciones específicas.

En lo que sigue, voy a adentrarme en la clasificación ofrecida por Waldron para examinar algunas posturas diferentes sobre cómo abordar estos estudios, desde un interés particular por el modo de funcionamiento de las instituciones. De modo específico, quisiera hacer referencia a aquellos estudios que —como el de Vázquez, según diré— se muestran debidamente preocupados por los fundamentos teóricos de las instituciones, pero que fallan a la hora de traducir tales esquemas intelectuales en prácticas posibles y estables. En mis referencias a la obra de Rodolfo Vázquez, me concentraré en su último libro, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, publicado en 2015.

II. TEORÍA A LA ESPERA DEL PERSONAL ADECUADO: LA VIOLACIÓN DEL TEST MADISONIANO

Coincido con la filosofía política e institucional que se desprende del trabajo de Rodolfo Vázquez en casi todos sus aspectos. Dicha coincidencia no es una casualidad, sino el producto de preocupaciones, lecturas e influencias comunes y, además, de un diálogo provechoso que venimos prolongando —él y quien esto escribe— desde hace años. Coincido con su filosofía liberal igualitaria, su preocupación por los derechos humanos, así como la específica defensa que hace de los principios de autonomía y dignidad personal, además del principio de igualdad. Coincido también con mucho de lo que sostiene en materia de organización del poder y, en particular, sobre la relación debida entre los órganos Legislativo y Judicial. A pesar de

de “deliberación”, que incluye ciertos deberes y responsabilidades sobre cómo llevar a cabo la discusión parlamentaria; o un principio de formalidad legislativa, que incluye uno sobre la “estructura del debate”; o uno de “igualdad política y decisión mayoritaria”.

ello, tengo diferencias con lo que puedo entrever como los “detalles” (algunos salientes, en verdad) de su cosmovisión.

Vázquez sintetiza buena parte de su “credo”, tanto en materia de principios sustantivos como de principios procedimentales, en un párrafo clave dentro de su último libro. En él sostiene lo siguiente:

A la pregunta ¿cuál es el grado de deferencia hacia el legislador por parte del órgano encargado del control, si tomamos en serio el argumento contramayoritario? Respondemos: si partimos de la defensa de una democracia sustantiva y entendemos que el puro y simple mayoritarismo que niega toda precondición de la democracia, resulta totalmente implausible; si distinguimos entre el ámbito de lo privado y lo público y situamos en un coto vedado los derechos derivados de la autonomía personal; si entendemos que los derechos de participación política suponen una precondición fundamental que es el derecho a no ser discriminado, y entendemos que tales derechos debemos atrincherarlos constitucionalmente para hacer posible el proceso democrático, entonces la custodia de los mismos supone un control judicial rígido y una intervención activa de los jueces que con base en ella ahora sí favorezca, el diálogo institucional incrementando la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones.³

El párrafo citado es interesante por varias razones. En lo que hace al pensamiento de Vázquez, el mismo es revelador de muchos de los ejes centrales de sus preocupaciones, y de las respuestas que ha ido elaborando, como académico, frente a las mismas. En lo que hace al análisis de su pensamiento, el párrafo es ilustrativo acerca de las luces y dudas que puede mostrar y generar el mismo.

Las luces de las que hablo tienen que ver con el modo, en mi opinión apropiado, en que la visión de Vázquez combina principios generales y procedimientos específicos. En su obra uno encuentra una filosofía liberal igualitaria, de anclaje rawlsiano, que articula en buena medida su aproximación a los problemas de la coerción estatal y la distribución de recursos. Hay también una teoría de la democracia, de naturaleza deliberativa, que ordena las piezas más pequeñas del esquema institucional que él imagina. Hay una cierta teoría de los derechos, también, que se reconoce en éste capítulo —el capítulo sexto de su libro de 2015— como en toda la primera

³ Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, 2015, pp. 144 y 145.

parte del mismo. Y hay una teoría del control constitucional, que es la que se explicita con cierto detalle en la segunda y última parte de su libro. Más allá de ciertas diferencias —algunas de las cuales mencionaré en las páginas que siguen— siento en líneas generales un gran nivel de coincidencias con el marco y los detalles particulares de su postura.

Las dudas que, en todo caso, me aparecen, tienen que ver con cuestiones que se refieren a (pero que también trascienden largamente) las “tuercas y tornillos” del esquema institucional que propone Vázquez. Se trata, en verdad, de un tipo de diferencias que me permiten situarlo a él junto con muchos de los mejores autores contemporáneos en términos de teoría constitucional, y en relación con cuyas concepciones siento tanto atracción como resistencias. Pienso, en particular, en autores que ocupan un lugar central en el constitucionalismo moderno, y aun dentro de la propia obra de Vázquez, como Carlos Nino, John Ely u Owen Fiss.

Permitanme hacer referencia al tipo de problemas que vislumbro, que son comunes tanto en el trabajo de los autores citados como en el propio de Vázquez. Podría decir que todos ellos, de un modo u otro, desafían o dejan de lado una de las principales enseñanzas que nos legara James Madison, tal vez el gran “genio” moderno en lo que se refiere al diseño de instituciones de gobierno. En uno de los párrafos más importantes y conocidos, de uno de sus textos más influyentes —*El Federalista*, núm. 51— Madison escribió unas líneas relevantes sobre diseño institucional, en polémica con quienes eran entonces sus principales adversarios políticos, los “antifederalistas”. Madison, como muchos de los miembros de su generación, imputó a sus adversarios una cierta ingenuidad a la hora de abordar el diseño institucional. Para el virginiano, sus críticos —influidos seguramente por la filosofía política *republicana*, muy en boga en dicho momento— pensaban en las instituciones asumiendo un comportamiento políticamente *virtuoso* por parte de los funcionarios públicos que iban a desempeñarse en las mismas. Madison entendía que de ningún modo podía concebirse así al nuevo gobierno y al nuevo entramado constitucional: no podía, simplemente, asumirse que los funcionarios públicos fueran a desempeñar sus tareas de modo “virtuoso” o como si fueran “ángeles”. No podía —en otros términos— hacerse descansar el buen funcionamiento de las instituciones en tales “escasas” o excepcionales cualidades de carácter. Como diría más tarde Bruce Ackerman, debía “economizarse en virtud”.⁴ Resultaba, en todo caso, mucho más sensato pensar en las instituciones asumiendo que ellas iban a ser ocupadas por “de-

⁴ Ackerman, B., “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution”, *Faculty Scholarship Series*, núm. 149, p. 984.

monios” o, para decirlo en otros términos, concebirlas como si las mismas fueran a ser controladas por el propio adversario de uno. Si las instituciones prometían funcionar apropiadamente en ese caso —es decir, aun en el caso de que las posiciones abiertas fueran ocupadas, coyunturalmente, por los propios adversarios— entonces podría concluirse en que las instituciones estaban bien preparadas para funcionar. Éste es, podemos decir, el *test madisoniano* sobre el buen diseño de las instituciones: las instituciones pasan el test si conjugan apropiadamente ciertos “medios constitucionales” (funcionales en relación con los fines buscados) con las “motivaciones” esperables (antes que deseadas) de los funcionarios públicos; y no lo pasan si se asientan, en cambio, en incentivos institucionales inapropiados para los fines propuestos, o si requieren de funcionarios motivados como si fueran seres excepcionales, angelicales. En sus propios términos (y cito aquí a Madison en extenso):

La gran seguridad contra la gradual concentración de los distintos poderes en el mismo departamento consiste en dar a todos aquellos que administran una rama de gobierno los medios constitucionales necesarios y los motivos personales para resistir las invasiones de los demás. Las provisiones de defensa deben ser, en éste como en los demás casos, proporcionales a los peligros del ataque. La ambición debe contrarrestarse con la ambición. El interés del hombre debe conectarse con los derechos constitucionales del lugar. Es un reflejo de la naturaleza humana que tales medios sean necesarios para controlar los abusos del gobierno. ¿Pero qué es el gobierno sino la más grande de todas las reflexiones sobre la naturaleza humana? Si los hombres fuesen ángeles, el gobierno no sería necesario. Si los ángeles gobernarán a los hombres, saldrán sobrando lo mismo las contralorías externas que las internas del gobierno. Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres para los hombres, la gran dificultad estriba en esto: primeramente hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados y luego obligarlo a que se regule a sí mismo.⁵

Por razones como las expresadas en el párrafo, Madison propuso un esquema institucional basado en fuertes “contralorías internas”—lo que conocemos como un sistema de “frenos y contrapesos”—en el que la desconfianza frente al actuar (asumidamente) “autointeresado” (antes que “virtuoso”) de los funcionarios públicos, y un consiguiente esquema de estrictos controles (internos) resultarían los elementos claves.

En lo personal, no creo que los adversarios de Madison fueran tan ingenuos como él asumía —o proponía asumir— que lo eran; y por tanto no

⁵ Hamilton, A. et al., *The Federalist Papers*, Londres, Bantam Books, núm. 51, 1982.

pienso que fueran justas muchas de las críticas que él les hiciera. Entiendo que muchos de ellos proponían (antes que la ausencia de controles y la mera confianza en seres angelicales o virtuosos), *otro* sistema de controles —un sistema alternativo, basado en las “contralorías externas” o controles exógenos o populares— tanto o más plausible que el que sugería el propio Madison. Sin embargo, esta discusión no viene a cuento aquí: lo que me interesa es llamar la atención sobre el valor del test madisoniano sobre el buen diseño de las instituciones.

Conforme entiendo, muchas de las propuestas más interesantes que han realizado autores como los arriba citados (Fiss, Ely y el propio Vázquez), en materia de organización institucional, no sobrepasan el test de Madison, y en este sentido pueden clasificarse como insuficientemente “realistas”. Dicho “fracaso” (si podemos llamarlo así) se debe a no tomar en cuenta los datos centrales de la propuesta de Madison, arriba mencionados: lo que él propone, para el buen diseño, es combinar los “*medios constitucionales*”—digamos así, las propuestas acerca de cómo disponer los detalles de las nuevas instituciones, los “*incentivos*”— con los *motivos personales* —esto es, con un conocimiento adecuado acerca de los modos habituales del comportamiento humano—.

Según diré, muchas teorías constitucionales contemporáneas desafían al test madisoniano —y por tanto, tienden a fracasar o funcionar mal en la práctica— porque proponen “medios constitucionales” ambiciosos, muchas veces interesantes, pero descuidan lo concerniente a los “motivos” o móviles personales; o viceversa. Muy de manera habitual, los teóricos constitucionales parecen apostar, abiertamente o no, a que contarán con instituciones impecables, ocupadas por funcionarios públicos en consecuencia convencidos/persuadidos del valor de las teorías que ellos les proponen. La apuesta es, en consecuencia, una que se asienta tanto en la confianza en las instituciones como en la fuerza persuasiva del discurso o la doctrina jurídica —apuesta que resulta, según entiendo, habitualmente perdida de antemano—. Las propuestas institucionales hechas por el teórico deben —en mi opinión— mostrarse atentas a la necesidad de reformas institucionales, permanente y plenamente conscientes de las posibilidades y límites esperables en la conducta humana.⁶

⁶ Dos de las discusiones más interesantes y menos transitadas del debate entre Madison y sus adversarios políticos son las siguientes. La primera tiene que ver con el debate acerca de cuáles son, efectivamente, los rasgos básicos de la naturaleza humana a tomar en cuenta como presupuestos, a la hora de pensar un diseño institucional. El modelo madisoniano, reproducido en buena medida, contemporáneamente, por el modelo de la “elección racional” utilizado en la ciencia política, o por los economistas de la escuela “neoclásica”, se basaba,

III. MEDIOS CONSTITUCIONALES Y MOTIVACIONES PERSONALES

El dato según el cual buena parte de la teoría constitucional contemporánea ignora las enseñanzas de Madison, se advierte en la extraordinaria energía puesta sobre recomendaciones doctrinarias de un cierto tipo, bajo el supuesto de que los funcionarios públicos —comúnmente, el personal judicial— considerará apropiadas tales recomendaciones, al punto de sentirse motivado para llevar a cabo o poner en práctica las propuestas del caso, y sin la necesidad de ninguna ayuda relevante en términos institucionales —o aun en contra de las inercias e incentivos institucionales actualmente existentes—. Permítanme ilustrar lo dicho hasta aquí con algunos ejemplos, referidos sobre todo a dos tipos de casos, habitualmente muy vinculados entre sí, pero que llaman la atención sobre cuestiones que merecen distinguirse. Dos violaciones diferentes del test madisoniano:

- el caso de los teóricos que asumen a los jueces como debidamente motivados o suficientemente persuadidos a partir de las enseñanzas que desde la teoría o la doctrina se le transmite a los jueces, descuidando el hecho de que los jueces pueden tender a moverse por razones contrarias a las sugeridas por el teórico; y
- el caso de los teóricos que desconocen o descuidan el modo en que el sistema institucional no contribuye o directamente tiende a obstaculizar el curso de acción teóricamente propuesto.

1. ¿Contamos con jueces bien motivados?

Resulta muy común, dentro de la teoría constitucional contemporánea, asumir que la tarea del teórico consiste básicamente en proponer de nuevas interpretaciones doctrinarias a los jueces, para que los mismos modifiquen sus lecturas previas del derecho, y se ajusten a las nuevas doctrinas. Por

indebidamente diría, en el supuesto del hombre “egoísta racional”. Este esquema fue desafiado contemporáneamente por estudios diversos, con anclaje en trabajos empíricos de la psicología, que hablan de la “reciprocidad” como supuesto motivacional básico, distintivo de la conducta humana. El segundo debate tiene que ver con las posibilidades efectivas de confrontar y modificar ciertos rasgos de carácter fundamentales, atribuibles a la naturaleza humana —el egoísmo por ejemplo—. Esto es, aun si tomáramos, por caso, al egoísmo como un dato “duro” del carácter de las personas, ello no nos debería llevar a pensar, “naturalmente”, que “por tanto” el sistema institucional tiene que funcionar con ese rasgo central como “dato inmodificable”, y no, en cambio, con ese rasgo central como objetivo a “combatir” o minimizar por intermedio del sistema institucional.

supuesto, y por si hiciera falta aclararlo, el teórico no tiene por qué involucrarse, también, en la tarea de implementar las innovaciones doctrinarias que eventualmente propone: me parece claro que los constitucionalistas, en particular, debemos estar ante todo agradecidos con aquellos teóricos que innovan en el campo teórico con las interpretaciones o creaciones doctrinarias que proponen. Sin embargo, el punto que me interesa destacar es otro, y éste es que, de modo habitual, el teórico se desentiende indebidamente e injustificadamente de las implicaciones prácticas de sus propuestas, por lo que el mundo legal tiende a quedar inundado de proposiciones, muchas veces en tensión entre sí, respecto de las cuales no tenemos ninguna razón para pensar que alguna de ellas, alguna vez, vaya a ser retomada por un juez en la práctica. Si esta descripción fuera correcta, la doctrina haría bien en tomar nota de sus responsabilidades y límites, para de ese modo contribuir al desarrollo de una práctica más afín a los cambios con los que dice estar comprometida.

El déficit al que me refiero afecta aun, sino especialmente, a muchas de las más interesantes e innovadoras teorías constitucionales contemporáneas, referidas al control judicial y a sus modos de implementación. Sólo para citar algunos ejemplos de teorías de particular atractivo (para mí, tanto como para Vázquez, según entiendo), comenzaría haciendo referencia al trabajo de Owen Fiss sobre los “derechos de grupos y la cláusula de la igual protección”.⁷ En el artículo citado, Fiss confrontó la interpretación habitual de la Enmienda XIV, sobre la igualdad, incluida en la Constitución de los Estados Unidos. La lectura habitual de la misma propone una interpretación “individualista” de la citada cláusula, que Fiss entiende errada. Él propone, entonces, remplazar la lectura dominante, a la que asocia con un principio simple de “antidiscriminación”, por una alternativa que vincula con lo que llama un “principio sobre los grupos desventajados”. La interpretación apropiada de la cláusula sobre la igualdad, en su visión, debería ser consciente de la situación de subordinación socioeconómica y el estatus político inferior que la práctica le asigna a determinados grupos (en particular —está pensando él— el grupo de los afroamericanos). El esfuerzo argumentativo que hace Fiss en su texto —que, insisto, vino a contradecir a una larga y consolidada doctrina conservadora en la materia— es extraordinario, por lo cual en buena medida resulta injusto pedirle “más compromiso”, justamente, al autor que se enfrenta con el *status quo* prevaleciente dentro de la doctrina constitucional. Sin embargo, consciente de ello, me

⁷ Fiss, O., “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy and Public Affairs*, 5, 2, 1976, pp. 107-177.

interesa subrayar que no sólo Fiss, sino todos los doctrinarios interesados en su propuesta, debemos hacer algo más que elogiarla en nuestros escritos: necesitamos reflexionar acerca de cómo asegurar que la misma sea trasladada a la práctica. ¿Por ejemplo —podríamos preguntarnos— es que necesitamos impulsar cambios legales para hacerla posible? ¿Es que la Constitución debería ser reformada para incluir, de modo más explícito, referencias a los derechos de los grupos más desventajados? ¿Es que debería asegurarse la igual protección de los grupos desfavorecidos, por otros medios? ¿Es que deberíamos proveer de otro tipo de incentivos institucionales a los jueces, para favorecer los resultados que consideramos más justos (favoreciendo el litigio colectivo, o ampliando los alcances del “standing” o la legitimación para litigar, o favoreciendo la agrupación de los casos que traten de temas similares, etcétera)? Mi sospecha es que, cuando nos contentamos con la ofrenda de una cierta novedad doctrinaria a los jueces, terminamos descansando en la buena voluntad de los mismos para la implementación de la doctrina que valoramos. Más gravemente aún, de ese modo tendemos a dejar —en los hechos— abandonada a su suerte a una doctrina que consideramos de importancia, condenándola muy previsiblemente al abandono u olvido. La nueva doctrina queda así a la merced de funcionarios que van a dejarla de lado, y de instituciones que (según diré) tienden a trabajar en contra de su implementación.

Piénsese, de modo alternativo, en una teoría del control constitucional como la ofrecida por John Ely, en su importante libro *Democracy and Distrust*⁸ —una teoría que Vázquez retoma aprobatoriamente en el capítulo 6 de su libro—. Ely generó una notable innovación en la teoría constitucional contemporánea, al proponer una interpretación procedural, y no sustantiva, de la Constitución estadounidense. Conforme a dicha aproximación, la tarea de los jueces debería circunscribirse al cuidado de la Constitución entendida como un “manual de procedimientos”. Esto es decir, en términos de Ely, que los jueces deberían orientar su trabajo a asegurar que la maquinaria democrática que crea la Constitución funcione, y para ello deben procurar, primordialmente, “mantener abiertos los canales del cambio político” (asegurando la celebración de elecciones periódicas, la vigencia de la libertad de expresión, etcétera), e impedir que sean “sacadas de juego” las minorías (en sus términos originales, *discrete and insular*) contra las que existan extendidos prejuicios. Aquí tenemos, de nueva cuenta, una lectura innovadora, creativa, poderosa, sobre cómo interpretar la Constitución. Otra vez, como doctrinarios de derecho constitucional, no podemos sino es-

⁸ Ely, J., *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

tar agradecidos por un aporte intelectual semejante. Sin embargo, una vez más, tenemos que retomar la pregunta que hacíamos para el caso anterior, y ésta es: ¿qué razones tenemos para pensar que los jueces van a allanarse a adoptar una interpretación constitucional como la que Ely propone y nosotros favorecemos? ¿No es —para peor— que los “motivos personales” prevalecientes (tanto como los “medios constitucionales” existentes) tienden a trabajar en contra de los cambios que predicamos?

Tal vez en este caso resulta todavía más claro el tipo de problemas a los que me estoy refiriendo. Adviértase que, si tomaran en serio una propuesta como la de Ely, los jueces deberían redireccionar seriamente sus energías para dejar de ocuparse de cantidad de casos centrales de los que hoy se ocupan —casos referidos a cuestiones “sustantivas”— y concentrar su atención, en cambio, en la resolución de un abanico más estrecho de casos, vinculados con violaciones o fallas “procedimentales”. De alguna manera, una propuesta como la de Ely implicaría que los jueces pierdan o “resignen” buena parte del poder que hoy ejercen, para abocarse, en cambio, a una serie más específica de litigios, de relevancia institucional-democrática. La pregunta que entonces hacíamos resulta ahora más clara y dramática: ¿Por qué razón es que deberíamos esperar que un juez adhiera y ponga en práctica una doctrina tal, que implica un cercenamiento de su propio poder? ¿Por qué es que los jueces —que, históricamente, han trabajado de modo consistente en la expansión de sus propios poderes— habrían de pasar, en algún momento, a desandar ese camino para adoptar el inverso, optando entonces por un sendero de “autorrestricción”? ¿No es éste precisamente el caso de una teoría que no sólo descuida los factores motivacionales que debiera tomar en cuenta, sino que ignora además que las motivaciones prevalecientes, esperables, se mueven en dirección justamente contraria a la que se sugiere?

2. *¿Contamos con incentivos institucionales apropiados?*

Un problema paralelo al anterior es el relacionado, ya no con los “motivos personales” de los que hablara Madison, sino con los “medios constitucionales” disponibles. Ocurre que, desde el momento de su creación, a finales del siglo XVIII, el modelo constitucional hoy dominante cuenta con ciertos rasgos distintivos, basados en ciertos objetivos considerados prioritarios, y ciertos supuestos relacionados con la práctica existente, que no son aptos, obviamente, para conseguir *cualquier* objetivo que nos resulte atractivo. Permítanme hacer una brevísimá referencia a tales rasgos prevalecientes, para concentrarme luego en los modos inapropiados en que hoy,

desde la teoría constitucional, se tiende a concebir al sistema constitucional vigente, y a proponer reformas sobre el mismo.

Para simplificar una historia extensa, sostendría que el sistema institucional modelado en los Estados Unidos en 1787, se dirigió fundamentalmente a favorecer la estabilidad política, entonces en crisis, y a impedir simultáneamente la “mutua opresión”, de una “facción” sobre las restantes (un objetivo que, de distintos modos, enunciaron tanto James Madison como Alexander Hamilton, esto es decir, dos de las grandes cabezas intelectuales de aquel “momento constitucional”). Dichos objetivos eran sin duda importantes, en aquella época (tal vez no los únicos ni los principales, si tomamos en cuenta, por caso, el tema de la esclavitud), y todavía hoy explican muchos de los rasgos propios del constitucionalismo moderno: el sistema de “frenos y contrapesos”, en general; la preferencia por los controles “internos” frente a los “externos”, el bicameralismo, el veto presidencial, las modalidades vigentes del control judicial, etcétera.

En América Latina, años más tarde, Juan Bautista Alberdi definió otros objetivos cruciales, que había abrazado o debía abrazar el constitucionalismo regional: la independencia no consolidada; el atraso económico; las libertades políticas limitadas, etcétera. Estos “dramas” determinaron algunos de los rasgos “nuevos” incorporados sobre el “viejo molde” estadounidense, desde América Latina: el hiper presidencialismo; los incentivos a la inmigración; las protecciones a las libertades económicas, etcétera. En el siglo XX, según sabemos, otros nuevos “dramas”—como, típicamente, el de la crisis de 1930 (que implicó la crisis entera de un modelo de organización política, económica y social)—desataron nuevas respuestas constitucionales, por ejemplo, la incorporación de los “derechos sociales” en el constitucionalismo latinoamericano.⁹

El asunto es que el sistema institucional resultante de esa sumatoria de elementos generó una maquinaria constitucional-democrática, con sus atractivos e imperfecciones, que se muestra capacitada para el logro de ciertos objetivos, e inhábil para conseguir otros. En lo personal, considero que el sistema creado originariamente en los Estados Unidos fue exitoso para canalizar institucionalmente lo que parecía ser el estallido de una “guerra civil”: internalizó y supo absorber una serie creciente de desafíos a la gobernabilidad, que eran típicos del “momento fundacional” del constitucionalismo. Tuvo éxito para “evitar la guerra” y sentar las bases para la estabilidad política futura. Sin embargo, por razones obvias, dicho sistema —y lo mismo es extensible a América Latina— no pretendió ni nació capacitado

⁹ Gargarella, R., *La sala de máquinas de la Constitución*, Buenos Aires, Katz, 2015.

para conseguir otros objetivos que hoy podríamos considerar atractivos o relevantes. Aquí podría mencionar a una multiplicidad de objetivos alternativos, pero voy a contentarme con citar sólo uno: la promoción del diálogo constitucional, entre-poderes y extra-poderes. Para decirlo de modo simple y brutal: *el sistema constitucional con el que contamos nació bien preparado para evitar la guerra, pero muy poco apto para promover el diálogo.*

Opciones institucionales como la citada resultan comprensibles, en parte irreprochables: simplemente, un mismo sistema institucional no puede lograr objetivos muy diversos a la vez, y resulta sensato que organice sus fines conforme a las prioridades más urgente dentro de la época en que se lo erige. El punto que nos interesa aquí, sin embargo, es otro, y se vincula con el modo en que el constitucionalismo contemporáneo desconoce o no le presta atención a los rasgos propios del sistema institucional con el que trabaja.

Un buen ejemplo de lo que digo está representado por la corriente del “constitucionalismo dialógico” que se ha ido formando en los últimos años, y que defiende o propone nuevas alternativas de diálogo constitucional, como las que han ido emergiendo en la práctica reciente: desde la llamada cláusula del *notwithstanding*, dentro del constitucionalismo canadiense; a las “audiencias públicas” promovidas desde los tribunales superiores, en países como Argentina, Brasil o Colombia; a la práctica del *meaningful engagement* puesta en vigencia por la Corte Constitucional de Sudáfrica.¹⁰ Obviamente, para quienes pensamos el constitucionalismo desde un compromiso particular con la democracia deliberativa —como ocurre en mi caso, o en el del propio Vázquez— novedades como las citadas no pueden sino ser objeto de clara celebración. Sin embargo, dicha celebración en ningún caso puede

¹⁰ Bateup, C., “Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective”, *Temp. Int'l L. J.*, 1, 21, 2007; Bednar, J., “The Dialogic Theory of Judicial Review: A New Social Science Research Agenda”, *The George Washington Law Review*, núm. 78, 2010, pp. 1178; Friedman, B., “Dialogue and Judicial Review”, *Mich. L. Rev.*, 577, núm. 91 1993; Gargarella, R., “We the People’ Outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances”, *Current Legal Problems*, 2014, 67 (1), pp. 1-47, 2015; Gardbaum, S., *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; Hogg, P. et al., “Charter Dialogue Revisited, –Or much Ado About Metaphors”, *Osgoode Hall L. J.*, 1, núm. 45, 2007; Liebenberg, S., “Engaging the Paradoxes of the Universal and Particular in Human Rights Adjudication. The Possibilities and Pitfalls of «Meaningful Engagement»”, *African Human Rights Law Journal*, 1, núm. 2, 2012, pp. 1-29; Roach, K., “Dialogic Judicial Review and its Critics”, *Supreme Court Law Review*, 23, núm. 49, 2004; Rodríguez-Garavito, C., “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011, pp. 1669-1698; Tushnet, M., “Dialogic Judicial Review”, *Ark. L. Rev.*, 61, 2009, p. 205; Young, K., *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

dejar de ser consciente de que prácticas dialógicas emergentes, como las señaladas, han ido apareciendo *a pesar, antes que en razón*, del tipo de sistema institucional con el que contamos. Según temo, lamentablemente, la renovada doctrina dialógica no tiende a tomar conciencia de las limitaciones institucionales en las que se mueve.

Adviértase, por ejemplo, el modo en que Rodolfo Vázquez propone re-leer o reconstruir el trabajo de John Ely, en clave “dialógica”. Dice Vázquez:

Un buen intento a favor de una participación activa de los jueces es el que se constituyan, como propone Ely, en controladores del mismo procedimiento democrático. Una concepción deliberativa de la democracia maximizará su capacidad epistémica si se cumplen algunas condiciones como las relativas a la amplitud de participación de los afectados por las decisiones o medidas que se discuten; la libertad para expresarse en el debate y en la discusión; la igualdad de condiciones con que se participa; la exigencia de justificación de las propuestas; etcétera. Las reglas del proceso democrático deben estar orientadas a garantizar la mejor disposición de estas condiciones.¹¹

En el trabajo de Vázquez, como en la mayoría de los que son propios de la corriente deliberativista contemporánea, son comunes las “instrucciones” o propuestas sobre lo que los jueces deberían hacer, en clave deliberativa, como son muy excepcionales las referencias a las condiciones institucionales necesarias para facilitar o hacer posible tales “deberes” (la última línea del párrafo citado). En seguida, el “mandato” sobre los jueces es considerado un hecho, y asumido como un rasgo necesario y esperable del sistema en el que se mueven. Para seguir con el ejemplo mencionado: los jueces —agrega Vázquez unas líneas por debajo de las recién citadas— “están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goza de una presunción de validez que a efectos de justificar una decisión permita al juez poner entre paréntesis su propia reflexión individual”. Y agrega: “[los jueces deben] promover las condiciones que otorgan valor epistémico al mismo proceso democrático”.¹² La pregunta es, en todos los casos: qué razones tenemos —si es que hay alguna— para pensar que los

¹¹ Vázquez, Rodolfo, *Derechos..., cit.*, p. 137.

¹² De modo similar, recordemos el párrafo que cité como el “credo” de Vázquez, cuando señala que: “la custodia de los (derechos) supone un control judicial rígido y una intervención activa de los jueces que con base en ella ahora sí favorezca, el diálogo institucional incrementando la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones”. *Ibidem*, pp. 144 y 145.

jueces van a llevar adelante una tarea semejante (“promover las condiciones que otorgan valor epistémico al mismo proceso democrático”), particularmente dentro de un contexto institucional que predispone todos los incentivos que organiza en dirección contraria, para favorecer el veto, el bloqueo o el control mutuo (tratando de impedir las “mutuas opresiones”), antes que al diálogo?

Sobre el final de su libro, Vázquez retoma la cuestión del control judicial, y vuelve a dejar en claro cuál es el modo apropiado en que —considera— la relación entre los poderes debe funcionar. Sostiene entonces, entre muchas otras cosas, que “lejos de un reforzamiento elitista y monológico de su actividad, la justificación última de (el control judicial) tiene que ver con la protección y reforzamiento de la deliberación democrática”.¹³ Y uno vuelve entonces a enunciar la misma pregunta de siempre: por qué es que uno debería esperar que los jueces orienten sus esfuerzos del modo en que uno lo desearía, cuando todos los incentivos institucionales existentes se orientan en dirección más bien contraria a la que sería necesaria para el logro de los fines deseados?

IV. CONCLUSIÓN

He tomado como ejemplo relevante de una filosofía política apropiada, y preocupada por la realidad constitucional, a la expuesta por Rodolfo Vázquez en su último libro, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. Considero que su trabajo es de interés, en primer lugar, porque —como propone Waldron— el mismo se ocupa (en lugar de dejar de lado) de cuestiones institucionales de primera importancia, y además porque lo hace de un modo adecuadamente abarcativo: Vázquez no preserva a su teoría como teoría meramente ideal, sino que quiere que la misma entre en diálogo con la práctica actualmente existente. Le interesa, finalmente, intervenir desde la teoría sobre dicha práctica, para asegurar —en la medida de las estrechas posibilidades con que cuenta cada uno— una sociedad más justa.

En lo personal, me siento plenamente identificado con casi todos los supuestos teóricos y recomendaciones prácticas que Vázquez enuncia en su trabajo. Sin embargo, he querido llamar la atención sobre una limitación que veo en el mismo, y que es común en muchos de los mejores trabajos que hoy conocemos, situados en la intersección de la filosofía política, la concepción deliberativa de la democracia, y la teoría constitucional. Se trata

¹³ *Ibidem*, pp. 189 y 190.

de una dificultad para pensar sobre la traducción institucional de ciertas convicciones teóricas —una dificultad que he graficado con lo que diera en llamar aquí el *test madisoniano* sobre el buen diseño de las instituciones—. En tal sentido, he señalado que muchas de las propuestas institucionales realizadas por Vázquez no superarían exitosamente dicho test, por no sopesar debidamente, ya sea los límites impuestos por la falta de funcionarios públicos motivados del modo asumido por la teoría; ya sea los límites impuestos por la falta de incentivos institucionales orientados en la dirección teórica-mente deseada.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B., “The Storrs Lectures: Discovering the Constitution,” *Faculty Scholarship Series*, núm. 149, 1984.
- BATEUP, C., “Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective”, *Temp. Int'l L. J.*, 1, 21, 2007.
- BEDNAR, J., “The Dialogic Theory of Judicial Review: A New Social Science Research Agenda”, *The George Washington Law Review*, núm. 78, 2010.
- ELY, J., *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- FISS, O., “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy and Public Affairs*, 5, 2, 1976.
- FRIEDMAN, B., “Dialogue and Judicial Review”, *Mich. L. Rev.*, 577, núm. 91, 1993.
- GARGARELLA, R., *La sala de máquinas de la Constitución*, Buenos Aires, Katz, 2015.
- _____, “‘We the People’ Outside of the Constitution: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances”, *Current Legal Problems*, 2014, 67 (1), 2015.
- GARDBAUM, S., *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- HAMILTON, A. et al., *The Federalist Papers*, Londres, Bantam Books, 1982.
- HOGG, P. et al., “Charter Dialogue Revisited, –Or much Ado About Metaphors”, *Osgoode Hall L. J.*, 1, núm. 45, 2007.
- LIEBENBERG, S., “Engaging the Paradoxes of the Universal and Particular in Human Rights Adjudication. The Possibilities and Pitfalls of «Meaningful Engagement»”, *African Human Rights Law Journal*, 1, núm. 2, 2012.

- ROACH, K., “Dialogic Judicial Review and its Critics”, *Supreme Court Law Review*, 23, núm. 49, 2004.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C., “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America”, *Texas Law Review*, vol. 89, núm. 7, 2011.
- TUSHNET, M., “Dialogic Judicial Review”, *Ark. L. Rev.*, 61, 2009.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, 2015.
- WALDRON, J., *Political Political Theory*, Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- YOUNG, K., *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

LECCIONES Y TENSIONES DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO MEXICANO

Roberto LARA CHAGOYÁN*

SUMARIO: I. *Preliminar*. II. *Introducción*. III. *Primera tensión: la Constitución de los vivos contra la Constitución de los muertos*. III. *Segunda tensión: formalismo contra activismo (o hiperactivismo) judicial*. IV. *Tercera tensión: constitucionalismo contra positivismo*. V. *Cuarta tensión: supremacía contra soberanía*. VI. *Quinta tensión: objetivismo contra no-objetivismo (escepticismo o relativismo) moral*. VII. *Algunas conclusiones*.

I. PRELIMINAR

Conocí a Rodolfo Vázquez en octubre de 1996, gracias a Manuel Atienza, a quien acababa de conocer en Guanajuato en una visita relámpago que hizo a nuestra universidad. El profesor alicantino me invitó al simposio que se realizó al finalizar el Seminario “García Méynez”, para que, entre otras cosas, conociera a Rodolfo. El propósito de ambos profesores era orientarme en mis estudios y el camino que iniciaba hacia la aventura doctoral. Ese año y el siguiente visité varias veces a Rodolfo, quien siempre me recibió, me orientó, me dio bibliografía e, incluso, me leyó. Nunca olvidaré aquellas tardes en la librería *El Parnaso* en la que me solía reunir con él. La generosidad que mostró para reunirse con un estudiante de provincia en una librería de Coyoacán es indiscutible, ya que su incansable actividad editorial, académica y docente apenas debieron permitirle algún tiempo para mí.

Más adelante, en la primavera del año 2000, tuve la gran oportunidad de coincidir con él en Génova, durante una estancia que hacíamos en el Departamento de Cultura Jurídica “Giovanni Tarello” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova. Nuevamente se mostró gentil y

* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

atento conmigo, ayudándome y orientándome con verdadero interés. Fue durante esas semanas que conocí al Rodolfo amigo; al aficionado al futbol y al tango; al conocedor de la buena comida y el buen vino. Una noche charlamos hasta entrada la madrugada en medio de música, anécdotas y risas; me abrió su pasado y su biografía, y pude encontrarme, más que con el profesor, con el ser humano. Fue una de esas noches que no se olvidan y que le ayudan a entender a uno por qué una persona como Rodolfo es como es, y piensa como piensa.

Posteriormente, cuando terminé la tesis, Rodolfo tuvo la gentileza de formar parte del tribunal que revisó mi trabajo, haciéndome comentarios y críticas por demás pertinentes que me ayudaron a afinar la investigación. Una vez en México, siguió ayudándome a convertir mi tesis doctoral en un libro, que se sumó a la prestigiosa colección “Doctrina Jurídica Contemporánea”, por él dirigida; así, *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho*, se convirtió en la obra número 13 de esa colección.

Rodolfo Vázquez me abrió las puertas de varios grupos de filósofos del derecho no sólo en el ITAM —donde inicié dando mis primeras clases en México, gracias a su apoyo y recomendación— sino también en la UNAM, la Universidad Iberoamericana, el Inacipe y el CIDE. Así, gracias a su apoyo y confianza pude ingresar primero a la Ibero como profesor, y después al Instituto Federal Electoral, como asesor de Alonso Lujambio. En suma, Rodolfo ha sido para mí mucho más que un profesor formal; ha sido todo un guía en lo profesional; un asesor en toda la regla y, sobre todo, un gran amigo.

Quiero dedicar este sencillo trabajo a Rodolfo, por haberme dado tanto; por haberme ayudado aun sin haber sido su “alumno oficial”. Su magisterio cosmopolita es por todos conocido; en mi caso, alcanzó a Guanajuato. Gracias Rodolfo.

II. INTRODUCCIÓN

México asiste, como otras naciones, al ineludible fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento y con ello a la ineludible expansión del poder de los jueces;¹ sin embargo, la tarea no resulta sencilla o pacífica, ya

¹ Rodolfo Vázquez hace un interesante recuento de los factores que explican esta expansión del poder de los jueces en México; y que de manera sucinta serían los siguientes: 1) el proceso de democratización iniciado en 1988; 2) el incremento del nivel de contenciosidad derivado de la reforma al artículo 105 constitucional, que regula las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales de 1994; 3) el redimensionamiento del Poder

que existen varios desafíos tanto teóricos como prácticos que cuestionan seriamente los avances hacia ese derrotero. Lo cierto es que el advenimiento de esta nueva forma de hacer y practicar el derecho es impostergable, pues el estado legal ya no se ajusta a las necesidades de las sociedades de la actualidad. El mundo se ha movido mucho desde el siglo XIX, especialmente por los avatares que surgieron en el siglo XX, con las guerras mundiales, las revoluciones sociales y económicas, y el acelerado cambio en la geografía política.

En este trabajo voy a referirme a algunos de esos desafíos como pares de elementos que se encuentran en constante tensión entre sí; a saber: 1) la Constitución de los muertos contra la Constitución de los vivos; 2) el formalismo contra el activismo (o hiperactivismo) judicial; 3) positivismo jurídico contra constitucionalismo; 4) supremacía contra soberanía; y 5) objetivismo contra no-objetivismo (o escepticismo) moral. A todas estas contradicciones se ha referido Rodolfo Vázquez en su vasta obra, desde la trinchera que ha venido abrazando desde hace varios años: el liberalismo igualitario.²

¿Por qué he elegido éstas y no otras tensiones o contradicciones? Por dos razones, primero, porque considero que, sin pretensiones de exhaustividad, son una muestra representativa de los desacuerdos existentes tanto en la teoría como en la práctica del derecho constitucional en México; y segundo, porque se trata de cuestiones que, al ser puestas en práctica en casos concretos, ponen a prueba algunos postulados teóricos que parecen incuestionables en principio.

A mi juicio, conviene reflexionar sobre estos desafíos porque la transición hacia el Estado constitucional de derecho es un proceso complejo que no se limita a los cambios legislativos o constitucionales, sino que demanda otro tipo de actitudes, modos de ser y de pensar de los operadores jurídicos. Esos cambios en las personas debieran pasar por reflexiones de carácter político, social, económico y jurídico.

Judicial a partir de esa misma reforma; y 4) la creciente desconfianza de la ciudadanía a los partidos políticos. Véase Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en varios autores, *Tribunales constitucionales y democracia*, 2a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, pp. 378 y 379.

² En general, por “liberalismo igualitario”, Rodolfo Vázquez se adhiere a las tesis de Carlos S. Nino, quien afirmara en su célebre *Ética y derechos humanos*, que esa corriente busca “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”. Véase Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 345; Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, México, Biblioteca Iberoamericana de Ensayo-Paidós-UNAM, 2001, p. 28.

Por todo eso, considero que vale la pena dejar a un lado la ingenuidad y la retórica simplona de los buenos deseos, para pasar directamente a una etapa de acción y operación, tanto en el estudio del derecho, la investigación y, desde luego, la práctica. Considero que discutiendo de fondo éstas y otras cuestiones, podremos sentirnos seguros de dar el siguiente paso hacia lo que puede ser el nuevo constitucionalismo mexicano del siglo XXI.

Advierto que en este trabajo no pretendo agotar todas las discusiones relacionadas con la constitucionalización, sino algo mucho más modesto: busco poner al alcance de un jurista promedio los extremos de las contradicciones o problemas, a fin de despertar la conciencia de aquellos que podrían perderse en el mar de las etiquetas conceptuales. Con la mayor claridad posible, pretendo mostrar de qué se tratan las discusiones para que cada uno actúe en consecuencia. Si tomamos en cuenta que Rodolfo Vázquez es, además de un consagrado filósofo del derecho, uno de los mejores profesores que hemos tenido en México, entonces puede tener algún grado de justificación un trabajo como éste, que tiene genuinas pretensiones didácticas.

III. PRIMERA TENSIÓN: LA CONSTITUCIÓN DE LOS VIVOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN DE LOS MUERTOS

¿Qué Constitución debe regirnos: la de los muertos o la de los vivos? La frase encierra una tensión siempre presente en la teoría constitucional. La preocupación se atribuye a Thomas Paine, uno de los padres fundadores de los Estados Unidos a finales del siglo XVIII, quien resolvió la pregunta en el sentido de que debía prevalecer el “derecho de los vivos” sobre “la autoridad de los muertos”, ya que, a su juicio, “cada generación tiene los mismos derechos que las generaciones que las precedieron, del mismo modo en que cada individuo tiene los mismos derechos que cualquiera de sus contemporáneos”.³ Thomas Jefferson —otro padre fundador— sostuvo algo parecido cuando en 1789 afirmaba que “la tierra pertenece a los vivos”, en clara referencia a la voluntad contingente que expresan las leyes constitucionales realmente;⁴ y, por lo tanto, no resulta aceptable que tengamos que ceñirnos absolutamente a las condiciones dictadas por los muertos.

³ Paine, Thomas, en Carlile, R. (ed.), *The Political and Miscellaneous Works of Thomas Paine*, vol. 1, pp. 8 y 9.

⁴ Véase Troper, Michel, “Jefferson y la interpretación de la declaración de los derechos del hombre de 1798”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 8, 2000, p. 559.

No obstante, en ese mismo tiempo, Edmund Burke sostenía exactamente lo contrario: las tradiciones de la comunidad —decía— guardan mayor valor que las ambiciones de cualquier generación particular.⁵ Ante este debate, Jefferson propuso, en sus “Notas para el estado de Virginia”, que cada generación debía tener el derecho de rehacer su Constitución en un periodo aproximado de 20 años.⁶

La teoría constitucional explica esta contradicción de la siguiente manera: si se piensa en la Constitución de los muertos y en la de los vivos como si fueran dos extremos, entonces un mayor grado de rigidez constitucional apuntaría al primero, mientras que un mayor grado de flexibilidad apuntaría al segundo. Por rigidez y flexibilidad naturalmente nos referimos a la mayor o menor dificultad legal (y política) para introducir cambios en el texto constitucional. Josep Aguiló, de la escuela alicantina, lo dice con las siguientes palabras:

Si la legislación es el instrumento ordinario para el cambio en un sistema jurídico-político, la rigidez de una constitución regulativa parece enredar al constitucionalismo en un dilema. Por un lado, si una Constitución es rígida, entonces se rompe la igualdad democrática y se somete a los vivos a la voluntad de los muertos. Se instaura el gobierno de los muertos. En el constitucionalismo rígido todo ello es más patente por dos cosas: Una, por el carácter plenamente “decisional” (deliberada o intencional) que tiene una Constitución rígida. Por definición, en una comunidad que se ha dado una Constitución rígida hay, por decirlo de algún modo, un momento 0, una decisión. Y dos, por el presupuesto de la modernidad de que la acción política racional es acción orientada al futuro, no acción anclada en el pasado (legitimación tradicional).⁷ Pero, por otro lado, si una Constitución no es rígida, es decir, si los derechos no están sustraídos al juego de las mayorías, entonces —suele decirse— los derechos no están garantizados, es decir, no hay Constitución.⁸

Rodolfo Vázquez se coloca del lado de la rigidez, junto a José Juan Moreto, al abrazar la idea de primacía de la Constitución, entendida ésta como “atrincheramiento” de determinadas cuestiones para impedir que puedan

⁵ Gargarella, Roberto, “Constitucionalismo y democracia”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, pp. 1991-2010.

⁶ *Idem*.

⁷ Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 20.

⁸ Véase Agiló Regla, Josep, “Tener una Constitución”, “Darse una Constitución” y “Vivir en Constitución”, *Isonomía. Cuadernos de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 28, abril de 2008, pp. 75 y 76.

ser modificadas por la regla de la mayoría, como son los derechos civiles y políticos e, incluso, los derechos sociales. En sus palabras:

A la pregunta que se formula Moreso: ¿está justificada la idea de primacía de la Constitución, esto es, la idea de atrincherar determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría? La respuesta, estoy de acuerdo con él, debe ser afirmativa... Este atrincheramiento no tiene que ver solamente con los derechos civiles y políticos, sino también con los llamados genéricamente derechos sociales.⁹

Pues bien, esa contradicción se ha mantenido hasta nuestros días entre quienes consideran que los textos constitucionales tienen una vocación de cambio generacional, y entre quienes niegan esa posibilidad. Así, en México, no son pocas las personas que ven a la Constitución de 1917, y al derecho legislado en general, como un baluarte que debe preservarse ante todo y ante todos, so pena de perder la esencia de nuestro ser como nación. Y para complicarlo todavía más, estas voces señalan —no sin razón— que cada reforma constitucional implica una peligrosa ruptura con el pasado, es decir, la ruptura no obedece a un solo momento, sino que es dinámica, ya que cada uno de los cambios va desdibujando poco a poco la imagen original que nos dio el Constituyente originario. Y en contrapartida, existen voces que estiman que no es posible sostener un texto constitucional que lleva cerca de 642 reformas,¹⁰ en sus casi 100 años de existencia, y que quizás es tiempo de preguntarse por un cambio integral.

En esta misma línea, quienes estamos vivos tenemos derecho a cuestionar los contenidos del texto constitucional que heredamos de los muertos; sin embargo, ese derecho debiera tener algún límite (material, de contenido), ya que tampoco podríamos desatender en absoluto algún tipo de herencia constitucional, especialmente en lo que se refiere a los valores y derechos que nadie cuestiona, y que han significado auténticos triunfos de la democracia, como la laicidad del Estado, el voto de las mujeres, las conquistas de los derechos de las comunidades indígenas, los avances en materia de no discriminación, por sólo mencionar algunos. Pero, naturalmente,

⁹ Cf. Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, cit., p. 392. La referencia del texto de Moreso, introducida por Vázquez: Moreso, José Juan, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones*, Bahía Blanca, año 1, núm.1, 2000, p. 101.

¹⁰ *Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*. Estudio introductorio. Estudio académico elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la LXII Legislatura de la Cámara de Diputados, disponible en: <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/estudio-introductorio>.

estas preocupaciones debemos discutirlas entre nosotros, los vivos, ya que los muertos lógicamente nada pueden aportar a la discusión.

Ciertamente, nosotros no estuvimos presentes en 1917, ni participamos en los debates; tampoco en una buena parte de ese siglo XX, ni en cada una de las reformas constitucionales ni como pueblo, ni como estructura política, sin embargo, seguimos viendo al texto constitucional no sólo como la máxima norma que nos rige, sino también como el valor por excelencia de nuestra vida democrática y nuestro Estado de derecho. Pero ello no supone, ni puede suponer, que dejemos de preocuparnos con la enorme deuda constitucional, es decir, la Constitución incumplida que se refleja en todos y cada uno de los atrasos y promesas cumplidas a medias o sólo para algunos. La Constitución pendiente, es decir, esa que falta por cumplirse, se conforma por nuestros actuales deseos y anhelos: el auténtico respeto y garantía de los derechos fundamentales, el desarrollo económico transversal, el avance de una cultura política en la que las elecciones dejen de ser un mero negocio, el combate a una corrupción rampante en los sectores público y privado, la construcción de una auténtica cultura de igualdad y no discriminación, la erradicación de todas las formas de tortura, una educación de calidad y, en fin, la consecución de un auténtico Estado constitucional de derecho.

Si se mira bien, estos deseos incumplidos no parecen distintos a los que tuvo el Constituyente de 1917, pero claramente podemos decir que la estructura diseñada por los muertos no ha funcionado de una manera igualitaria a lo largo de todo este tiempo.

La tensión, insisto, parece a veces insalvable, porque si nos comprometemos fuertemente con la rigidez, no habría manera de reformar la Constitución jamás, con lo cual nos situaríamos en una verdadera petrificación constitucional; sin embargo, tampoco podemos —creo— dinamitar de un plumazo toda la Constitución y hacer una reforma integral, convocando a un nuevo constituyente sin mayores reflexiones. Y es que, desde mi punto de vista, cierto grado de rigidez, en ciertas partes del texto constitucional, no viene mal mantener. Por lo demás, no debemos soslayar el hecho de que aun cuando decidieramos darnos un nuevo texto constitucional, serían las mismas fuerzas vivas de hoy (los factores reales del poder) quienes protagonizarían (patrocinaría, influirían, decidirían) esa refundación, lo que podría sugerirnos que no habría profundos y verdaderos cambios.¹¹

¹¹ Este tema, por cierto, polémico, nos recuerda a Ferdinand Lassalle, quien sugerentemente señalaba en 1862 que son los factores reales del poder los que hacen la Constitución. Me refiero al famoso discurso que pronunciara en Berlín, en abril de ese año. Véase Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, pról. de Eliseo Aja, epílogo de Alejandro Nieto, Barcelona, Ariel, 2012.

¿Cómo resolvemos, entonces, esta contradicción entre la Constitución de los vivos y la de los muertos? La respuesta está, según lo veo, en lo que la propia teoría constitucional nos sugiere mediante el diálogo racional. Se trata de una construcción inteligente, democrática, tanto en el ámbito estrictamente político como en el jurídico, mediante la cual podamos hacer los puentes y las conexiones indispensables entre los valores de una Constitución existente (la de los muertos) y los valores de la Constitución contingente (la de los vivos). Se trata de hacer cambios necesarios sin alterar los pilares fundamentales.

Pareciera pues que un mínimo de rigidez constitucional es imprescindible para preservar la esencia, y para que así, los cambios que se hagan al texto sean cambios pensados y dirigidos hacia una continuidad y evolución más que a una ruptura. Es importante que las Constituciones no se parezcan a las leyes; que sea más difícil reformarlas; que no caigan en manos del legislador ordinario, sino que tengan que pasar por un proceso más riguroso, de análisis, de contraste, de deliberación democrática. Esta rigidez, entonces, termina viéndose siempre como algo positivo, como algo que trata de preservar nuestra continuidad institucional; que trata de preservar esos valores, esos principios, esos pilares fundamentales, que alguna vez nos dimos, en cada momento de la reforma constitucional, y que nos dimos, desde luego, en 1917, cuando inició esta aventura constitucional. En palabras de Aguiló Regla:

De nuevo, y sin extenderme mucho, en mi opinión, esta tensión entre quienes “se dieron una Constitución” (los muertos) y quienes “tienen una Constitución” (los vivos) tampoco es susceptible de recibir una respuesta estructural o definitiva. La síntesis armónica entre unos y otros sólo puede expresarse mediante nociones inestables y dialécticas como la de “continuidad de una práctica” que permita eliminar los términos indeseables, por un lado, de sometimiento al pasado y, por otro, de ausencia de garantía de los derechos (de estabilización de las expectativas relativas a los derechos). Nuevamente... la solución hay que buscarla apuntando hacia las exigencias deliberativas y argumentativas y el desarrollo de las actitudes adecuadas.¹²

En suma, y utilizando un ejemplo de Michel Troper,¹³ si consideramos que la Constitución es una construcción humana comparada con una máquina, entonces es necesario hacerle ajustes con el paso del tiempo; de ahí que no podamos pensar en una máquina eterna o intocable, pues esas sólo

¹² Véase Aguiló Regla, Josep, “Tener...”, “Darse...” y “Vivir...”, *cit.*, pp. 75 y 76.

¹³ Troper, Michel, “Jefferson y la...”, *cit.*, p. 559.

sirven para los museos. Tampoco podemos inventar otra máquina nueva sin utilizar la estructura o la base fundamental con la que contamos, ya que, a final de cuentas la Constitución formal no es otra cosa que el reflejo de papel de nuestras prácticas democráticas en lo político, y argumentativas, con un criterio de corrección, en lo jurídico.

III. SEGUNDA TENSIÓN: FORMALISMO CONTRA ACTIVISMO (O HIPERACTIVISMO) JUDICIAL

Esta tensión es una de las principales preocupaciones de Rodolfo Vázquez, quien la describe elocuentemente, al hacerse cargo de la identificación de la llamada “dificultad contramayoritaria”, con las siguientes palabras:

El debate, como sabemos, se ha planteado entre dos extremos: o la *autorrestricción judicial* a partir del principio de división de poderes y de una concepción de la *democracia formalista* (los jueces carecen de legitimidad democrática y son los menos autorizados para controlar la legalidad y constitucionalidad de las normas); o bien, el *activismo judicial* y el decisionismo sin contrapesos democráticos que, pese a los riesgos, posibilitaría, entre otras cosas, la salvaguarda de los derechos fundamentales —y de manera relevante el de las minorías— consagrados en la Constitución.

Tengo la impresión que cuando se plantea este debate se hace por lo general imaginando las posiciones en estado puro y contraponiendo los antímodelos desde una u otra posición: o el tipo ideal de Parlamento *vs.* una “visión apocalíptica de la jurisdicción”; o el Parlamento convertido “en verdaderas agencias de gestión de intereses corporativos” *vs.* el ideal de juez imparcial e incorrupto. Resulta tan pernicioso hacer valer el argumento contramayoritario en países en procesos de democratización y buscar *in extremis* la legitimidad judicial de origen, digamos por vía electoral; como defender el control de constitucionalidad dando luz verde a un decisionismo judicial reaccionario y aristocrático. Creo, además, que se maneja la falsa idea, como bien lo ha demostrado Courtis, que la autorrestricción judicial conduce a decisiones de tipo conservador, mientras que el activismo judicial conduce a decisiones de tipo progresista, cuando lo cierto es que nada impide pensar que el activismo judicial tenga tintes conservadores.¹⁴

¹⁴ Cfr. Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *cit.*, pp. 385 y 386 (énfasis añadido).

Conviene precisar qué significan “formalismo” y “activismo”, con tal de entender mejor los extremos de esta tensión. Manuel Atienza se ha ocupado del problema en los siguientes términos:

El formalismo y el activismo judicial podrían considerarse como el Escila y el Caribdis que deben evitar los jueces. El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial... se refiere (implícitamente) a esas dos actitudes, que considera condenables. Al activismo, al señalar que la independencia judicial supone la obligación de los jueces de utilizar únicamente razones jurídicas. Y al formalismo, al indicar —a propósito de la equidad— que la vinculación de los jueces no es sólo al tenor literal de las normas.¹⁵

La actitud formalista, en la más oscura de sus facetas,¹⁶ implica una visión casi religiosa de la norma escrita, y está basada en una deferencia prácticamente ciega al legislador, de acuerdo con la cual el juez debe limitarse a resolver los casos al “tenor literal de la ley”, exclusivamente mediante la subsunción. Por lo que hace al activismo judicial (más adelante aclararé por qué prefiero adoptar el término “hiperactivismo”), la actitud consiste en que los jueces no resuelven los casos ni desde, ni por el derecho, sino en

¹⁵ Cfr. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 51.

¹⁶ Una interesante distinción entre los diferentes tipos de formalismo, la hace Manuel Atienza, al identificar, por un lado, al formalismo entendido, no como concepción del derecho, sino como elemento consustancial al mismo; sería lo que Max Weber llamó “racionalidad formal”, que consiste en el hecho de que, para los juristas de nuestra cultura, las razones para la acción que nos suministra el derecho son, en su mayoría, razones de tipo excluyente o perentorio. Por otro lado, estaría el formalismo entendido como una dirección o, incluso, desviación del positivismo jurídico, mediante la acentuación de uno de sus componentes básicos. Las notas características (o vicios) de esta segunda forma de entender al formalismo estarían basadas en las siguientes falsas creencias: 1) completitud y coherencia de los sistemas jurídicos; 2) creación del derecho sólo por los legisladores, como consecuencia de la doctrina de la división de poderes; 3) el carácter esencialmente estático; 4) el “verdadero derecho” o derecho válido consiste en reglas generales; 5) el derecho es tanto más perfecto cuanto mayor es su grado de generalidad y abstracción; 6) los conceptos jurídicos poseen una “lógica interna” que permite deducir de ellos soluciones sin necesidad de recurrir para ello a elementos extrajurídicos; 7) la justificación deductiva (silogismo subsuntivo) como única posibilidad; 8) la certeza y la predecibilidad (la seguridad jurídica) son los máximos ideales jurídicos; 9) la interpretación consiste solamente en describir el significado objetivo de un texto o la voluntad subjetiva de su autor, de manera que no queda espacio alguno para la discrecionalidad del intérprete; 10) no se adecua a una sociedad en transformación; 11) el derecho es un fin en sí mismo; es algo sagrado en el que se ensalzan los valores internos al derecho: el orden y la seguridad; se prescinde de cuáles pueden ser sus funciones sociales; se pretende aislar el derecho de la política; y se excluye la posibilidad de la crítica moral al derecho. Véase, Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 276 y 277; id., *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 24-27; id., *Curso de...*, cit., pp. 22 y 23.

representación de intereses ajenos a éste; intereses de algún sector (político, religioso, económico o moral) que representan y que les lleva a construir una agenda, pasando por alto los deberes de independencia e imparcialidad judiciales.¹⁷ De hecho, volviendo con Manuel Atienza, el activismo judicial, de acuerdo con el artículo 2o. del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, constituye una violación al deber de independencia judicial, porque supone que el juzgador se ha dejado influir por factores ajenos al derecho mismo.¹⁸

Abrazar el formalismo jurídico, en el caso mexicano, tiene varios inconvenientes ya que, como es de todos sabido, por un lado, el lenguaje del derecho legislado no está exento de conceptos vagos, oscuros, esencialmente controvertidos, además de términos ambiguos e imprecisos; por otro lado, el “método jurídico” con el que suele operarse en la práctica (que se refleja en la cultura del “machote”, el uso de un lenguaje oscuro y barroco, las sentencias enormes, etcétera), no es algo de lo que, por desgracia, podamos presumir en México.

El otro extremo a evitar, como señalábamos, es el activismo judicial o, mejor dicho, el “hiperactivismo judicial”. Esta aclaración no es cosa menor, ya que no es lo mismo ser un juez activista que un juez hiperactivo. El activismo judicial bien entendido se puede predicar de un juez que, sin dejar de ser independiente, apuesta seriamente por la salvaguarda de los derechos fundamentales, especialmente de las minorías, consagrados en la Constitución.¹⁹ Desde mi punto de vista, los jueces activistas, en el buen sentido de la expresión, son quienes entienden que el derecho es una empresa interpretativa que permite, razonablemente y dentro de los márgenes legales, desplegar su trabajo con un mayor grado de creatividad, en aras de salvaguardar en condiciones de igualdad los valores constitucionales. Alejandro Marianello señala que los jueces activistas se caracterizan por llevar a cabo

¹⁷ Véase Aguiló Regla, Josep, “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, abril de 1997, pp. 75-77.

¹⁸ Cf. Artículo 2o. El juez independiente es aquel que determina desde el derecho vi gente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al derecho mismo.

¹⁹ De acuerdo con Alejandro Marianello, la frase “activismo judicial” fue usada por primera vez por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en 1954, cuando se autoproclamó “activista”, bajo la presidencia del juez Earl Warren, especialmente una vez que se resolvió el famoso caso *Brown vs. Board of Education*, el 17 de mayo de 1954, en el que se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas. Cf. Marianello, Patricio Alejandro, “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”, *Pensar en derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, núm. 1, p. 125.

las siguientes acciones: a) ampliar garantías procesales; b) crear derechos no reconocidos nominalmente en la ley, mediante las sentencias interpretativas; c) dialogar con el Congreso, también mediante sus fallos, con relación a la necesidad de las reformas legales necesarias; y d) establecer sentencias o precedentes que constituyan verdaderos modelos a seguir por los ciudadanos y por el Estado.²⁰ Se trata, pues, de jueces constructivistas que persiguen en cada una de sus resoluciones el ideal dworkiniano de ver al derecho bajo su mejor luz. Con esa actitud, se oponen a los jueces autorrestringidos (literalistas o formalistas) que, por naturaleza, son “inactivos”.

En cambio, el juez hiperactivista busca “cumplir una agenda” que no es la del derecho, esto es, que toma decisiones que sencillamente no le corresponde tomar porque no tiene competencia para ello. Un juez hiperactivo no es independiente, porque para resolver conflictos utiliza algo más que razones jurídicas cuando, por ejemplo, dicta una política pública, toma decisiones presupuestarias o diseña una política legislativa en toda regla.²¹ El hiperactivismo, así entendido, se traduce en una clara violación del principio de división de poderes, porque desconoce los límites de sus propias competencias constitucionales. Alejandro Marianello se refiere al hiperactivismo como “activismo irrazonable o injusto” y sostiene que quienes lo practican “van a contramano de los preceptos axiológicos de justicia”, porque: *a)* buscan allanar los caminos procesales para facilitar y homologar el accionar del gobierno, a través de un salto de instancias; *b)* convalidan normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales; y *c)* convalidan excesos del poder en general.²²

A mi juicio, la clave para entender la diferencia entre activismo e hiperactivismo está en el *deber* de independencia de los jueces. Al respecto, Josep Aguiló distingue a los jueces de otras autoridades *centralmente las políticas*. Estas últimas —dice— actúan legítimamente en *representación* de ciertos grupos; en cambio, las autoridades jurisdiccionales no pueden actuar en representación de nadie sino en cumplimiento de un auténtico *deber de independencia*, en la medida de que sus decisiones no pueden portar intereses o fines ajenos al derecho. En sus palabras:

²⁰ *Ibidem*, pp. 129 y 130.

²¹ Un ejemplo de este “hiperactivismo judicial” es la sentencia correspondiente al amparo en revisión 159/2013, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sesión celebrada el 16 de octubre de 2013, por mayoría de cuatro votos. Un estudio de mi autoría, con respecto a esa sentencia, se encuentra en Lara Chagoyn, Roberto, “Estado de interdicción, modelos de discapacidad e interpretación conforme: un caso víctima”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 43, abril de 2015.

²² *Ibidem*, p. 130.

Este es el sentido en el que me parece que una buena concepción de la independencia debe mostrar la oposición entre ésta y la representación; y, de este modo, poder concluir que el deber de independencia trata, entre otras cosas pero muy centralmente, de preservar las decisiones judiciales de las influencias extrañas al derecho provenientes del sistema social. Si ello es así, invirtiendo algo los términos, puede extraerse el siguiente corolario: el deber de independencia de los jueces tiene como correlato el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho y no desde parámetros extrajurídicos provenientes del sistema social. Así, independiente es el juez que aplica el derecho (actúa en correspondencia con el deber) y que lo hace movido por las razones que el derecho le suministra (actúa movido por el deber).²³

No niego, por otra parte, que los jueces tengan, de hecho, alguna agenda moral, política o religiosa, ya que sería imposible que no la tuvieran puesto que no son autómatas. Sin embargo, esa agenda debe conducirse con el respeto irrestricto al deber de independencia al que me he referido. Es decir, la agenda personal puede o no coincidir con la de la Constitución; pero, en todo caso, es ésta la que debe prevalecer, en caso de conflicto con la de carácter personal del juzgador.

En suma, un juez activista no puede adoptar una actitud pasiva ante la letra de la ley, como si ésta pudiera ser interpretada exclusivamente a través del método literal; por el contrario, el juez activista es consciente de que la interpretación de los materiales jurídicos debe estar orientada hacia un propósito (pero no a cualquier propósito): los mandatos constitucionales y las razones subyacentes a ellos: la democracia, los valores de igualdad, dignidad, libertad y seguridad. Me refiero a los valores que busca proteger el “liberalismo igualitario”, como el que defiende Rodolfo Vázquez.²⁴ Sólo un juez activista, en el sentido apuntado, podría estar a la altura de las exigencias del párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se prescribe que la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos *deberá* llevarse a cabo de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo momento la protección más amplia para las personas. Si se mira bien, ni un juez formalista, ni uno hiperactivista podrían ajustarse cabalmente a este mandato: en el primer caso, porque el principio constitucional *pro persona* constituye un verdadero antídoto contra

²³ Aguiló Regla, Josep, “Independencia e imparcialidad de los jueces”, en Muntaner, Lleonard (ed.), *Sobre derecho y argumentación*, Madrid, Palma de Mallorca, 2008, p. 38.

²⁴ Véase Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

el formalismo; y en el segundo, porque el hiperactivismo sencillamente no es compatible con el deber de independencia judicial.

IV. TERCERA TENSIÓN: CONSTITUCIONALISMO CONTRA POSITIVISMO

En este aspecto quiero referirme a una cuestión relacionada con el tipo de filosofía del derecho que naturalmente profesamos todos los juristas, aunque no siempre y en todos los casos, de manera consciente. Simplificando quizás demasiado las cosas, podemos sostener que actualmente el debate gravita en torno a dos grupos de concepciones que ven la centralidad de la Constitución con distinto énfasis: el positivismo y el constitucionalismo.

Empecemos por el positivismo. Es ya clásica la triple caracterización que el gran Norberto Bobbio hiciera de la concepción positivista: como “metodología”, como “teoría” y como “ideología”. En el primer caso, el positivismo jurídico “asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables... y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores”.²⁵ Como “teoría”, el positivismo se caracterizaría, de acuerdo con Bobbio, por las siguientes características: *a)* el derecho es coactivo, es decir, se trata de un sistema de normas que se aplican aun en contra de la voluntad del destinatario; *b)* las normas jurídicas son imperativas, es decir, deben entenderse como mandatos; *c)* la ley tiene supremacía sobre las otras fuentes del derecho; *d)* el ordenamiento jurídico se caracteriza, a su vez, por la plenitud (ausencia de lagunas) y por la coherencia (ausencia de antinomias); y *e)* el único criterio admisible para la aplicación del derecho es la subsunción.²⁶ Finalmente, como ideología, el positivismo se identifica con una serie de valores que se derivan de la existencia misma del derecho. De acuerdo con Bobbio, un positivista podría hacer coincidir el juicio de justicia o injusticia de las leyes con el juicio sobre su validez o invalidez; o bien, podría mostrar que la sola existencia del derecho, independientemente del valor moral de sus reglas, sirve para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza o la justicia legal.²⁷

Pues bien, para los positivistas, la Constitución no es más que lo que está dado en los textos constitucionales; son esos, y no otros, los contenidos

²⁵ Cfr. Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1991, p. 42.

²⁶ *Ibidem*, p. 45.

²⁷ *Ibidem*, p. 47.

logrados a partir de la deliberación democrática, y que son *los* valores constitucionales sencillamente porque están ahí, en el texto. La interpretación no puede ir más allá de esos contenidos, por lo que rechazan que pueda existir una interpretación extensiva o “sobreinterpretación” de la Constitución; asimismo, rechazan, por considerarlas subjetivas, las razones subyacentes y la idea de criterio de corrección o ideales regulativos. Para este sector, los problemas que se dieron antes de la generación del texto constitucional ya están resueltos, mal o bien, pero resueltos; su aval es la fuerza de la representación democrática. Por ello, el operador jurídico —el juez— no necesita sino la justificación interna, es decir, debe argumentar exclusivamente a partir lo ordenado de manera expresa en la letra de la Constitución y en la letra de la ley, sin apelar a la llamada justificación externa. Esta es la idea del positivismo normativista. Para este sector, la Constitución es necesaria y finita: nada que no se encuentre dentro de ella puede ser reconocido como derecho.

En cambio, hay otros que hablan de la Constitución contingente. Y aquí podemos ver todavía dos vertientes: la formalista y la que llamamos la Constitución del Estado constitucional. La vertiente formalista, muy próxima al normativismo positivista, se refiere a la Constitución como texto, como forma, sin atender demasiado a su contenido. La Constitución se identifica con una serie de razones perentorias, razones últimas a las que hay que apelar, sin preguntarse demasiado el contenido, sin sopesarlo, sin hacer una visión crítica de las razones subyacentes de ese contenido, donde la única razón de peso es que se trata de la Constitución. En suma, se trata de identificar los valores constitucionales con el texto constitucional.

En contrapartida, la Constitución del Estado constitucional que defiende el constitucionalismo,²⁸ concibe al texto fundamental como un invasor

²⁸ Conviene hacer alguna referencia con relación a las expresiones “constitucionalismo” y “neoconstitucionalismo”. Para Manuel Atienza, ambos términos fueron acuñados por algunos representantes de la escuela genovesa, “...con un propósito manifiestamente crítico y descalificador: para referirse a una concepción del derecho contraria al positivismo jurídico que ellos profesaban y profesan: digamos, al iuspositivismo metodológico o conceptual... Probablemente ese origen polémico tenga que ver con el uso tan confuso al que la expresión ha dado lugar”. Cf. Atienza, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo. Una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Revista Argentina de Filosofía Jurídica*, Universidad Torcuato di Tella, vol. 15, diciembre de 2014, p. 1. Para este autor, la palabra “constitucionalismo” puede referirse a dos tipos de cuestiones: a) un modelo de organización jurídico-política caracterizado por ciertos cambios que han tenido lugar en los sistemas jurídicos en los últimos tiempos: la existencia de Constituciones con ciertas características y que desempeñan un papel especialmente relevante en el conjunto del ordenamiento jurídico; y b) a la conceptualización de ese fenómeno: el neoconstitucionalismo como teoría del derecho. *Ibidem*, p. 2. Por lo que respecta al término “neoconstitucionalismo”, Atienza argu-

que impregna todo el ordenamiento, como lo diría un gran crítico del constitucionalismo, Ricardo Guastini, quien señaló:

Más bien, acogiendo una sugerencia de Louis Favoreau, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.²⁹

Lo anterior, bien entendido, significa que no se trata solamente de tener una Constitución, sino vivir bajo una Constitución, y que todos, absolutamente todos, empezando por el poder político, nos sometamos a los mandatos y a los principios constitucionales. Naturalmente, lo que subyace a esta afirmación es que los derechos humanos han venido a ocupar la escena central del fenómeno social y jurídico.

Otro autor, Luis Prieto Sanchís, se refiere a este fenómeno con las siguientes palabras:

Los derechos fundamentales, quizás porque incorporan la moral pública de la modernidad que ya no flota sobre el derecho positivo, sino que ha emigrado resueltamente al interior de sus fronteras [palabras de Habermas] exhiben una extraordinaria fuerza expansiva que inunda, impregna o irradia sobre el conjunto del sistema; ya no disciplinan únicamente determinadas esferas públicas de relación entre el individuo y el poder, sino que se hacen operativos en todo tipo de relaciones jurídicas, de manera que bien puede decirse que no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos, orientación de sentido en la Constitución y en sus derechos. Detrás de cada precepto legal se adivina siempre a una norma constitucional que lo

menta, por mayoría de razón, que si el “constitucionalismo” no existe como teoría, entonces el “neoconstitucionalismo” simplemente está de más. En sus palabras: “De manera que el ‘neo’, simplemente, está de más, y uno está tentado a pensar que el éxito que ha conocido pudiera deberse a razones semejantes a las que hacen que se prefiera hablar de “influyar” en lugar de “influir”, de “concretizar” en lugar de “concretar” o de “direccional” en lugar de “dirigir”. O sea, una corrupción de la lengua basada en la falsa impresión de que alargar una palabra es una forma de agregarle sofisticación, profundidad, a su significado”. *Idem*. Con todo, fue Susana Pozzolo quien introdujo el término, en un artículo de 1998. Pozzolo, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 21, vol. II, 1998, pp. 339-354.

²⁹ Guastini, Ricardo, “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 49.

confirma o lo contradice; si puede expresarse así, el sistema queda saturado por los principios y derechos.³⁰

Como sea, este fenómeno de constitucionalización es gradual, y pasa, retomando a Guastini, por las siguientes condiciones: 1) una Constitución rígida; 2) la garantía constitucional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) la “sobreinterpretación” de la Constitución; 5) la aplicación directa de las normas constitucionales; 6) la interpretación conforme de las leyes, y 7) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. El autor afirma que las condiciones 1 y 2 son necesarias para la constitucionalización, mientras que cada una de las restantes son suficientes. Veamos con algo más de detalle estas características.

1. *Una Constitución rígida* es aquella que no puede derogarse, ni modificarse o abrogarse si no es mediante un procedimiento más complejo que el utilizado normalmente para reformar las leyes.³¹ Para el constitucionalismo representa, en términos generales, una garantía de estabilidad en dos aspectos: *a)* para la parte orgánica de la Constitución, la rigidez garantiza el mantenimiento de una infraestructura clara de las competencias constitucionales de los órganos del Estado a través del tiempo; dicho de otro modo: se garantiza un elevado grado de institucionalidad; y *b)* para la parte dogmática, la rigidez, acompañada de un grado importante de abstracción de las disposiciones jurídicas (el empleo de términos no específicos a la hora de enunciar derechos y la admisión de excepciones implícitas al ejercicio de los mismos, en función de otros derechos y bienes que hay que ponderar), permite a los jueces constitucionales, mediante la interpretación, unir a las diversas generaciones de la nación bajo el mismo principio de justicia.³²

Si no hay rigidez y abstracción se corre el riesgo de “amarra” a los jueces constitucionales al texto específico de la Constitución, dificultando enormemente las interpretaciones progresivas o expansivas de los derechos y contribuyendo a la preservación del formalismo judicial. El principio *pro persona*, tan comentado y alabado últimamente por haberse añadido al artículo 1o. constitucional en 2011, se conjuga mejor con un sistema rígido y

³⁰ Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-agosto de 2004, p. 51.

³¹ “[U]na Constitución es «rígida» —afirma Víctor Ferreres— si su modificación exige un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario, frente a lo que ocurre con una Constitución «flexible»”. Ferreres Comella, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, núm. 23, 2000, p. 30.

³² *Ibidem*, pp. 34 y 35.

abstracto (como el que pregonó Ferreres Comella), que con uno flexible y concreto que hace de la Constitución un mero código lleno de detalles y minucias normativas, y en el que la interpretación no juega un papel protagónico.

Ligada a la de rigidez, existe la idea de irreformabilidad o inmutabilidad de ciertos contenidos explícitos (cláusulas de intangibilidad) o implícitos, que algunas Constituciones poseen. La idea de estas limitaciones implícitas o explícitas no es muy diferente a la que persigue la rigidez: buscan, al menos parcialmente, la preservación y la estabilidad del sistema de ciertas competencias y derechos constitucionales a través de diferentes generaciones.³³

2. En cuanto a la *garantía constitucional de la Constitución*, la condición es que un tribunal garantice la vigencia del texto y de los valores que representa. Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación es nuestro Tribunal Constitucional que, aunque viene de antaño, lo hemos afianzado a partir de la reforma del ex presidente Ernesto Zedillo de diciembre de 1994; este Tribunal está llamado a defender la regularidad constitucional y los valores constitucionales, mediante los medios de control como el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. En este rubro podemos advertir uno de los principales rasgos del constitucionalismo, un poder contramayoritario razonable, fuerte y que se legitima sólo mediante su argumentación y el cumplimiento del deber de independencia; sólo mediante sus decisiones correctas, adecuadas, justas o aceptables.³⁴

Los grandes modelos de control constitucional pueden ser clasificados en tres grupos:³⁵ a) el control *a posteriori* (por vía de excepción) e *in concreto*, como en los Estados Unidos. En este sistema es posible que existan leyes inconstitucionales por largo tiempo hasta que la Corte Suprema se pronuncie en un caso concreto y declare que la norma es inconstitucional; los efectos, sin embargo, no son generales; b) el control *a priori* (por vía de acción) e *in abstracto*, como ocurre en Francia, en donde aparentemente se impide que una norma inconstitucional entre en vigor; y c) el control *a posteriori* (por vía de excepción) e *in concreto*, como ocurre en países como Alemania, Italia o

³³ Sobre el tema de las cláusulas de intangibilidad, véase Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y el poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 222 y ss.

³⁴ Esta postura es la que esencialmente defiende Rodolfo Vázquez cuando afirma que es necesario “atrincherar” determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría; a saber: no solamente los derechos civiles y políticos, sino también con los derechos sociales. *Supra*, nota 9.

³⁵ Guastini, Ricardo, “La «constitucionalización»...”, *cit.*, pp. 51 y 52.

España, en donde, a diferencia de los Estados Unidos, los efectos de la invalidez de una ley, declarada por el Tribunal Constitucional, son *erga omnes*.

Asimismo, existen modelos de control concentrado, de control difuso o modelos mixtos, como el que nuestra Suprema Corte adoptó, al resolver el expediente Varios 912/2010, derivado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *12.511 Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos*, emitida el 23 de noviembre de 2009.

3. La fuerza vinculante de la Constitución se refiere a que ésta ha dejado de ser un mero manifiesto político, cuya concretización es tarea exclusiva del legislador y no del juez; en la era de la constitucionalización, es posible concebir a la Constitución como una norma jurídica directamente vinculante que no necesita de un desarrollo legislativo secundario para ser aplicada. El viejo modelo consideraba que determinados principios o valores constitucionales, así como los derechos sociales, no podían tener consecuencias normativas de manera directa, es decir, no podían ser utilizadas por los jueces a la hora de resolver casos concretos, sino que era necesario esperar a que el legislador se hiciera cargo de la regulación específica y concreta; se trataba de una concepción constitutiva de la Constitución. En el modelo del constitucionalismo, la concepción de la Constitución es regulativa, porque impone deberes y obligaciones a todos sus destinatarios, por lo que perfectamente puede ser interpretada y aplicada en los casos concretos.³⁶

4. La “sobreinterpretación” de la Constitución se refiere a la postura que adopta el operador jurídico frente a la interpretación constitucional. Existen básicamente dos posturas: una restrictiva y otra extensiva. El intérprete que opta por la primera de las posturas adopta la interpretación literal y ve al ordenamiento jurídico como una obra acabada, en la que sólo cabe aplicar

³⁶ Al evaluar las distintas concepciones de la Constitución existe una disyuntiva: o bien abrazar una concepción de la Constitución que sea mecánica, política, proceduralista y de “fuente de fuentes” del derecho, es decir, una argumentación histórica conservadora; o bien, abrazar una concepción de la Constitución que sea normativa, jurídica, sustantiva y como fuente (directa) del derecho, lo que se correspondería con una argumentación histórica progresiva. Claramente la segunda opción, y no la primera, es la que prefieren los defensores del llamado Estado constitucional, puesto que ven a la Constitución no sólo como un documento de carácter político, sino como una norma jurídica vinculante; no simplemente como una “fuente de las fuentes del derecho”, sino “fuente del derecho” en sí misma considerada; no como una Constitución simplemente “constitutiva” (que se limite a establecer las instituciones y órganos que materializarán los poderes del Estado y les atribuya ámbitos de competencia) sino también como una Constitución “regulativa” (que declara cuáles son los fines y valores que dan sentido a las formas y procedimientos de acción política y los convierte en prohibiciones y deberes, en estándares sustantivos que aquéllos deben respetar. Para ahondar sobre estos “pares” de concepciones de la Constitución, véase Aguiló Regla, Josep, *La Constitución del Estado constitucional*, Perú-Bogotá, Palestra-Temis, 2005, pp. 63 y ss.

el texto a los casos concretos de manera mecánica. El argumento interpretativo más utilizado es el argumento *a contrario*, en el que simplemente se determina si el hecho de que trata se subsume o no en el supuesto de hecho de la norma, para determinar si se aplica o no la consecuencia jurídica; la actitud es formalista por autonomía, y el intérprete se concibe como alguien que no está facultado para colmar una laguna o realizar operaciones argumentativas que permitan hacer derivaciones del texto interpretado, como inferencias, ponderaciones, etcétera. Este tipo de intérprete prefiere no hacer nada ante una laguna; piensa que se trata de un problema del legislador y no de él. La postura contraria es la que se inclina por la interpretación extensiva (sobreinterpretación), que busca que no queden vacíos legales o lagunas. El argumento interpretativo más utilizado es el denominado *a pari* o *a simili*, en el que es posible derivar o importar soluciones normativas dadas en el texto a casos no regulados expresamente. Este tipo de intérprete no se limita a ver el texto de la ley, sino que su mirada penetra a las llamadas *razones subyacentes* que están detrás del texto legal, y que permiten advertir casos de *infra* y *supra* inclusión. Como dice Francisco Laporta en un sugerente ejemplo en el que explica las tesis de F. Schauer, la norma que prohíbe ingresar a un restaurante con perros, naturalmente no fue pensada para impedir que un ciego entre con su perro lazillo (esa no es la razón subyacente), sino para asegurar la tranquilidad de los comensales (ésta es la razón subyacente). Por otro lado, un caso no regulado por esa norma, por ejemplo, una pareja que lleva a un bebé que escandaliza con su llanto, podría ser resuelto no con el texto de la norma, pero sí mediante la aplicación de la razón subyacente. En el caso del perro lazillo, estamos frente a un caso de sobreinclusión (*over-inclusion*, para Schauer), mientras que el caso del bebé escandaloso sería de *infra* inclusión (*under-inclusion*).³⁷

A nivel constitucional, nuestro artículo 1o., a través del llamado principio *pro persona*, posibilita la sobreinterpretación, ya que el juez, ante un conflicto interpretativo, debe elegir la interpretación del texto que más proteja a las personas, que más respete a sus derechos humanos; es decir, que ante una disyuntiva entre la dimensión de la autoridad y los valores, deberá elegir estos últimos, aunque ello implique algún tipo de infidelidad con el texto constitucional, en el entendido de que atenderá a las razones subyacentes del texto mismo.

³⁷ Laporta, Francisco, “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”, en Laporta, Francisco J. et al. (eds.), *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Colloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 81-83.

Por eso, los críticos consideran que esta actividad no se traduce en interpretar, sino “sobreinterpretar”, es decir, “más que interpretar”. Para los formalistas u originalistas (como los positivistas clásicos), esto constituye una auténtica herejía; sin embargo, para los constructivistas (como Ronald Dworkin), la sobreinterpretación es la forma más adecuada para resolver los casos concretos que lo ameriten. Los primeros defienden la idea de “encontrar” el significado, mientras que los segundos defienden la idea de “atribuir” o “asignar” el significado. La tensión también parece irresoluble, ya que para los originalistas, si siempre hay que descubrir el significado, entonces lo que se encuentra puede ser falso o verdadero, por lo tanto, el intérprete o se equivoca o no se equivoca; para los constructivistas, la actividad interpretativa consiste más bien en construir el significado.

5. *La aplicación directa de las normas constitucionales.* Este tipo de normas, con su fuerza vinculante, pueden ser concebidas para limitar el poder político (postura clásica) o también para regular las relaciones jurídicas entre particulares (postura del constitucionalismo). Esta segunda alternativa permite que los jueces resuelvan problemas relacionados con la violación de derechos humanos entre particulares, mientras que la primera no. El constitucionalismo de nuestros días concibe a la Constitución como una serie de normas omnipresentes y transversales de las relaciones sociales con un auténtico espíritu regulativo, como hemos señalado, y no meramente constitutivo, por lo que resulta imperativo que las normas constitucionales sean aplicadas de forma directa en ese tipo de casos.

6. *La interpretación conforme de las leyes* se refiere a que la luz con la que el intérprete busca o asigna el significado de alguna ley proviene de la Constitución, y no al revés. Anteriormente, la operación era la inversa: si uno quería saber cuál era el contenido del texto constitucional, debía acudir a la ley orgánica o a la ley reglamentaria, pues, como he señalado, no se consideraba que la Constitución fuera una fuente directa del derecho, sino una fuente de fuentes.

El principio de interpretación conforme, ha escrito Héctor Fix-Zamudio, se estableció originalmente en la doctrina y la jurisprudencia alemanas con el nombre *verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen* (“interpretación de las leyes de acuerdo con la Constitución”), y ha cobrado notable importancia en la justicia constitucional contemporánea, porque con él se puede evitar la conmoción jurídica que puede llegar a producir la declaratoria general de inconstitucionalidad; a juicio del maestro mexicano, cuando se genera la invalidación general de una norma se hace necesario llenar el vacío que se crea, el cual no siempre es posible sustituirlo por la legislación anterior

y requiere la intervención del legislador para subsanar las infracciones a la Constitución.³⁸

Para llevar a cabo una genuina interpretación conforme, es necesario cumplir con tres condiciones:³⁹ *a)* que el enunciado a interpretar tenga un significado dudoso, ya que sólo se justifica interpretar cuando el texto permite al operador decantarse por una de las posibilidades interpretativas; en la terminología de Guastini, debe tratarse de una *interpretación-decisión* y no de una *interpretación-conocimiento*, ya que los jueces deben *escoger* un determinado significado con preferencia sobre otros, y deben *usarlo* para calificar el hecho que han de resolver;⁴⁰ *b)* es necesario demostrar que en el caso concreto no se haya podido derrotar el principio de presunción de constitucionalidad⁴¹ del que gozan todas las normas jurídicas, es decir, el operador debe demostrar que, al menos, una de las posibilidades interpretativas del enunciado a explicar es compatible con la Constitución u otros valores constitucionalmente reconocidos. De este modo, la premisa o el embrión del reconocimiento de la validez lo da la propia disposición, lo cual hace suponer que la posibilidad de validez es una condición necesaria, aunque no suficiente, para la interpretación conforme. Por ello, el desarrollo argumentativo que acompaña un ejercicio de ese tipo debe servirse de la vocación de validez que posee el enunciado a interpretar; y *c)* no olvidar que en los casos difíciles o trágicos, el intérprete ha de buscar la primacía de los valores o principios del derecho sobre los aspectos autoritativos de éste; con lo cual

³⁸ Cf. Fix-Zamudio, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 8, 2001, p. 136. El insigne autor remite a la siguiente fuente. Volker, Haak, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzauslegung des Richters* (Control normativo e interpretación judicial de la conformidad constitucional), Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1963, pp.184-213; Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (Elementos de derecho constitucional de la República Federal de Alemania), 16a. ed., Heidelberg, C. F. Müller Juristische Verlag, 1988, pp. 29-32; *id.*, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 53-57.

³⁹ He desarrollado estas condiciones en Lara Chagoyán, Roberto, “Estado de interdicción, modelos de discapacidad e interpretación conforme: un caso víctima”, *Isonomía. Cuadernos de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 42, abril de 2015, pp. 171-196.

⁴⁰ Cf. Guastini, Ricardo, *Distinguendo. Estudio de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Geddisa, 1999, pp. 202 y 203. (Título original: *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto, collana Analisi e diritto*, Torino, Serie Teorica, Giappichelli, 1996).

⁴¹ Para Eduardo García de Enterría, la interpretación conforme tiene su origen en dos principios establecidos por la jurisprudencia norteamericana: 1) todas las normas generales deben interpretarse en “harmony with the Constitution”; y 2) la presunción de constitucionalidad de las leyes. Cf. García Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 95-103.

se ubica en la perspectiva de ver al derecho más como una práctica social que como un mero conjunto de textos.

7. Y finalmente, la última condición es la *influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas*. Esta condición del constitucionalismo se refiere a que las relaciones políticas no están exentas de la regulación constitucional. Como he venido repitiendo, una concepción regulativa (más jurídica que política) de la Constitución permite que los tribunales constitucionales resuelvan diferentes tipos de desacuerdos entre diferentes actores políticos. En México contamos con la controversia constitucional diseñada para resolver conflictos puramente políticos: los relacionados con la posible invasión de las esferas competenciales de determinados órganos del Estado; asimismo, contamos con la acción de inconstitucionalidad, como medio de control abstracto de constitucionalidad de leyes generales; y con todo un sistema de control constitucional en materia de justicia electoral. Finalmente, tenemos una serie de organismos constitucionales autónomos que regulan otro tipo de relaciones políticas. Entre ellos destacan el Instituto Nacional Electoral (INE), el Banco de México, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) o el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).

* * *

Para cerrar este apartado, conviene hacernos dos preguntas: ¿un juez mexicano debería plantearse seriamente el abandono del positivismo tradicional? ¿El positivismo jurídico —en cualquiera de sus variantes: metodológico o conceptual, o realista— ha dejado de ser una opción para pensar el derecho? A mi juicio, la primera pregunta debería responderse en forma afirmativa, pues, en efecto, la horma del positivismo tradicional es incompatible con las exigencias, alcances e ideales del nuevo paradigma constitucionalista. Por lo que hace a la segunda, quizás las nuevas formas de entender el positivismo, tales como el neopositivismo de Ferrajoli o el pospositivismo que defiende Atienza o, en general, las distintas corrientes de pensamiento que se identifican con el constitucionalismo, sean las opciones a elegir para los operadores jurídicos del siglo XXI.

Esta cuestión, sin duda, tiene que ver con un tema de conciencia: muchos operadores jurídicos se dicen positivistas o constitucionalistas, sin más, sin tener en cuenta con mediana claridad el significado de esa autoadscripción. Por lo que he podido ver en la práctica, muchos operadores jurídicos —especialmente jueces— que se dicen positivistas, estarían dispuestos a ad-

mitir más de alguna de las condiciones del fenómeno de la “constitucionalización”, que acaban de ser descriptas.

Por lo demás, la discusión que subyace a las etiquetas es la que realmente debe importarnos: el tipo de enfoque que se da a los problemas prácticos tiene mucho que ver con las convicciones del operador. La actitud de los juristas ante los casos concretos está directamente relacionada con el tipo de concepción del derecho que éstos asuman. Insisto: no se trata solamente de la etiqueta, sino incluso de lo que significa enfrentar un caso desde una determinada convicción de lo que el derecho es.

Más de una vez he escuchado a ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación admitir que el caso X no *debería* ser resuelto de la manera Y, pero que, desgraciadamente, *no puede* ser resuelto de otro modo porque “esa otra solución” que no está expresamente prevista en la ley, aunque parece razonable, más correcta y más justa. A veces se trata de algo más que cinismo profesional: existen operadores convencidos de que en casos como ese “hacen lo jurídicamente correcto” aunque ello no coincide con lo “genuinamente correcto”. El problema de estos juristas, según creo, es que no acaban de aceptar, lo menos, la unidad de la razón práctica, es decir, una identificación entre la corrección jurídica y la corrección moral (véase apartado VI).

Por lo anterior, considero que algunas nociones como “ideal regulativo”, “criterio de corrección”, “punto de vista interno” o “razones subyacentes”, que no están en el ADN del positivismo tradicional pero sí en el pospositivismo, ayudan a resolver casos difíciles de una forma más acorde con los valores constitucionales. Consecuentemente, es importante insistir en la (buena) capacitación de los jueces y en la educación de las nuevas generaciones de juristas en materia de teoría y filosofía del derecho. Entender las diferencias teóricas entre las concepciones del derecho supone mucho más que clasificaciones y membresías: lleva al jurista práctico a desarrollar su trabajo con una mejor o una peor orientación de cara a los valores del Estado constitucional.

V. CUARTA TENSIÓN: SUPREMACÍA CONTRA SOBERANÍA

Supremacía y soberanía, principios de rango constitucional, se oponen cuando se plantea la pregunta sobre si un tribunal constitucional puede o no analizar la validez de un acto de reforma constitucional. Para ello, conviene preguntarse ¿cuál es el carácter del poder constituyente permanente, revisor o reformador de la Constitución?

Existen dos posibilidades: 1) admitir que el poder de reforma de la Constitución es *limitado*, en concordancia con el principio jurídico de supremacía constitucional; o 2) admitir que ese poder es *ilimitado*, al cobijo del principio político de soberanía popular.⁴²

Entre los límites reconocidos por la doctrina destacan los *explícitos* (o cláusulas de intangibilidad), que se encuentran en el propio texto constitucional, y los *implícitos* cuya existencia sólo puede ser deducida indirectamente, ya sea como una consecuencia lógica de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional en su conjunto, o bien como correlato de ciertos significados contenidos en determinados preceptos de la Constitución.⁴³ En el caso mexicano, la Constitución general establece límites relacionados con los requisitos formales que requiere una reforma constitucional, pero no se trata en verdad de cláusulas de intangibilidad, a saber, los que contiene el artículo 135 constitucional,⁴⁴ referido al procedimiento de reforma: 1) que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones; y 2) que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas. Podría discutirse si implícitamente existen límites derivados de la parte dogmática o de la parte orgánica de nuestra Constitución, o si de los límites formales puede extraerse una suerte de *ratio*, pero ese tema escapa a los alcances de este trabajo.

Con todo, considero que *no es posible identificar el poder reformador con el poder constituyente o soberano*, porque entonces quedaría en entredicho el principio jurídico de supremacía constitucional, dando prevalencia al principio político de soberanía popular. Con ello, se produciría una confusión que en nada beneficia al Estado constitucional, pues tales principios pueden coexistir siempre que se asocien adecuadamente con los momentos históricos y con el tipo de ejercicio de que se trate. En efecto, el poder constituyente, soberano, ilimitado del pueblo, no puede quedar encerrado dentro del ordenamiento constitucional. La historia ha demostrado —ya se dijo— que cada

⁴² La identificación del principio de soberanía popular ha sido sostenida, entre otros, por Kelsen y Krabbe. La distinción de los tipos de poderes constituye ya un lugar común. Véase Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y el poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 222 y ss.

⁴³ *Ibidem*, pp. 240 y ss.

⁴⁴ “Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas”.

intento de organización jurídica del poder constituyente, en el mejor de los casos, ha servido sólo para privar al pueblo de sus facultades soberanas, a favor de otras instancias u otros órganos estatales.⁴⁵ Por ello, considero que ese poder ilimitado se ejerce, de acuerdo con su propia naturaleza, como fuerza externa al sistema, por lo que siempre, y en todo momento, podrá reformar la Constitución existente o establecer una nueva, *pero su actuación no podrá explicarse en términos jurídicos, sino por las vías de hecho*, esto es, mediante un proceso revolucionario.⁴⁶

En cambio, ningún poder constituido, como entendemos al poder de reforma, puede extraerse de la órbita de competencias que le otorga la propia Constitución, ya que ello equivaldría a hacer del poder de revisión un auténtico y soberano poder constituyente. Aun cuando se acepte que la competencia para reformar la Constitución no es una competencia normal, sino una facultad *extraordinaria* o, si se quiere, una “*competencia de competencias*”, ello no implica (o no puede implicar) que se identifique, sin más, la facultad extraordinaria con el *poder soberano*. Claramente se trata de conceptos que no son idénticos ni intercambiables, pues el poder de revisión nunca podrá tener otro fundamento que no sea la propia Constitución; en cambio, el poder constituyente, como poder soberano, es previo e independiente del ordenamiento.

En resumen, las posibilidades de actuación del poder reformador de la Constitución son solamente las que el ordenamiento constitucional le confiere. Asimismo, lo son sus posibilidades materiales en la modificación de los contenidos de la Constitución. Esto último, porque el poder de reforma tiene la competencia para modificar la Constitución, pero no para destruirla.⁴⁷ Por lo anterior concluyo que, solamente considerando al poder

⁴⁵ Vega, Pedro de, *La reforma Constitucional...*, cit., p. 235.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 238 y 239. Incluso, hay quienes como Sieyès, ha sostenido que el poder constituyente es “un poder independiente de toda forma constitucional... que puede querer como dese... al margen de todo derecho positivo...”. *Ibidem*, p. 237.

⁴⁷ Es ya clásica la afirmación de Marbury, según la cual: “the power to amend the Constitution was not intended to include the power to destroy it”. Anota Pedro de Vega: “La explicación [de que el poder reformador es limitado] es muy simple, y se basa en un viejo argumento empleado ya por Vattel en su *Derecho de gentes*. Si el título y la autoridad del poder de reforma descansa en la Constitución, ¿podría ese poder destruir aquellos supuestos constitucionales que constituyen su propio fundamento y razón de ser? Nada tiene de particular, por lo tanto, que mientras el poder constituyente se presenta como un poder, por definición, absoluto e ilimitado, la doctrina más consciente entienda que el poder de reforma es, en esencia, en cuanto poder constituido, un poder limitado. Sus posibilidades materiales de actuación terminan donde la modificación constitucional implique la destrucción de su legitimidad como poder de revisión”. *Ibidem*, p. 237.

reformador como un poder constituido y limitado, la estructura de la organización constitucional democrática mantiene su coherencia, y de esta forma cobra sentido el principio jurídico de *supremacía constitucional*, ya que así ningún poder organizado y regulado por la Constitución puede ubicarse encima de ella.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de enfrentar un planteamiento de supremacía constitucional al resolver el amparo en revisión 186/2008 y el resuelto el 29 de septiembre de 2008, que fueron difundidos en la prensa como el “amparo de los intelectuales”. En esta resolución, la Suprema Corte determinó que el amparo era notoriamente improcedente.⁴⁸ Sin embargo, en una resolución posterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación volvió a revisar los asuntos una vez que regresaron a los respectivos jueces de distrito para ser valorados en cuanto a la procedencia. Así, el 28 de marzo de 2011, se resolvió el amparo en revisión número 2021/2009, pero en él, se dio un giro regresivo con relación a la resolución anterior, que terminó en la improcedencia del juicio, esta vez por considerar que ante una eventual concesión del amparo, los efectos de la concesión no podrían tener lugar.⁴⁹

⁴⁸ Véase la tesis aislada P. LXXVI/2009, de rubro “PROCEDIMIENTO DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. NO ES MANIFIESTA NI INDUDABLE LA IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO EN SU CONTRA”, emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 15. Amparo en revisión 186/2008. Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal. 29 de septiembre de 2008. Mayoría de seis votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán. Asimismo, véase la tesis aislada P. LXXV/2009, de rubro “PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN. EL PROCEDIMIENTO REFORMATORIO RELATIVO EMANADO DE ESTE ÓRGANO CON FACULTADES LIMITADAS, ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL”, emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 14. Amparo en revisión 186/2008. Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal. 29 de septiembre de 2008. Mayoría de seis votos. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán.

⁴⁹ La resolución se tomó por mayoría de siete votos de los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández y Ortiz Mayagoitia. Los ministros Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea y Sánchez Cordero de García Villegas y presidente Silva Meza votaron en contra y, excepto el ministro presidente Silva Meza, reservaron su derecho para formular, en su caso, voto particular o de minoría. Los ministros Aguirre Anguiano, Aguilar Morales, Franco González Salas y Luna Ramos reservaron su derecho para formular votos concurrentes.

VI. QUINTA TENSIÓN: OBJETIVISMO CONTRA NO-OBJETIVISMO (ESCEPTICISMO O RELATIVISMO) MORAL

El problema que entraña esta tensión puede reformularse mediante la siguiente pregunta: ¿el razonamiento jurídico es distinto al razonamiento moral? Para algunos jueces y académicos son lo mismo, pero para otros no. Es decir, para algunos —los defensores del positivismo— la corrección jurídica no tiene nada que ver con la corrección moral, mientras que para otros —positivistas críticos o pospositivistas—, algunos aspectos centrales de la práctica jurídica serían difícilmente comprensibles sin el componente moral. Veamos esto con más detalle.

Rodolfo Vázquez, como militante del liberalismo igualitario, acepta la idea del objetivismo moral, como queda reflejado en el siguiente párrafo:

En relación con los fundamentos éticos, y específicamente desde el punto de vista de la metaética, el liberalismo igualitario descansa sobre una concepción objetivista de la moral. A diferencia de otras concepciones posibles, como el subjetivismo y el absolutismo moral, el objetivismo parte de la idea de que los principios morales se apoyan en consideraciones que, *prima facie*, cualquier individuo podría aceptar.⁵⁰

Trasladado al terreno de la teoría del derecho, el objetivismo moral apunta a entender la relación entre el derecho y la moral como “conceptos conjugados” y relativamente autónomos, como señala Gustavo Bueno, citado por Manuel Atienza: “El derecho tiene una relativa autonomía con respecto a la moral o, para emplear una noción de Gustavo Bueno, derecho y moral son conceptos conjugados, que no pueden entenderse el uno separado del otro sin que, naturalmente, puedan confundirse”.⁵¹

Como se sabe, Manuel Atienza es un defensor de un “objetivismo moral mínimo”, que entiende como sigue:

De manera que la función de la moral en relación con el derecho es tanto externa como interna, y en ambos casos yo creo que se necesita presuponer lo que he llamado un objetivismo moral mínimo. En cuanto a lo primero, porque los juicios relativos a cómo debería ser el derecho (o sea, cuáles sus contenidos fundamentales; dejando, pues, fuera las cuestiones propiamente de técnica legislativa) son juicios morales que no pueden pertenecer sin más

⁵⁰ Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo, Estado..., cit.*, p. 33.

⁵¹ Atienza, Manuel, “Objetivismo moral y derecho”, tomado del blog del autor *La mirada de Peitho*, <http://lamiradadepeitho.blogspot.mx/2016/03/objetivismo-moral-y-derecho.html>, p. 38.

a una determinada moral positiva, sino que tendrán que ser juicios fundados objetivamente. O sea, todo lo dicho antes a propósito del objetivismo moral vale en relación con el campo de la legislación. La “racionalidad ética” es uno de los componentes de la racionalidad legislativa. Y por lo que hace a la relación interna entre el derecho y la moral, a los juicios morales internos al derecho, éstos tienen que llevar incorporada también (al menos, en relación con algunos de los participantes en la práctica: los jueces o los dogmáticos) una pretensión de corrección moral, tanto a la hora de identificar el derecho como cuando se efectúan razonamientos jurídicos de tipo justificativo: antes lo habíamos visto en relación con las motivaciones judiciales.⁵²

Ahora bien, las críticas en contra del objetivismo moral son muchas y agudas. Una buena síntesis de ellas está contenida en este párrafo de Manuel Atienza:

El objetivismo moral conduce a la intolerancia y a la arbitrariedad. Quien considera que hay valores verdaderos u objetivos (los suyos) tiene que pensar también que los otros (los que se oponen a los suyos) no lo son, y tiende en consecuencia a imponer sus valores (verdaderos) a los de los otros (que necesariamente tendrá que considerar como falsos: la verdad es una). Además, el objetivismo (por ejemplo, la creencia de que existen valores objetivos en el derecho) sirve de pantalla para atribuir una aparente justificación a lo que, en realidad, no lo tiene, porque es un puro ejercicio de arbitrariedad. Es lo que ocurre en el derecho con la apelación a la ponderación como método para resolver (con criterios presuntamente objetivos) conflictos entre principios o entre valores.⁵³

Esta tensión es, quizás, la que más divide a los juristas tanto teóricos como prácticos, por ser una de las más sensibles en la historia de la teoría y la filosofía del derecho. En el caso de los jueces, es posible observar también la división que se hace patente cuando se preguntan si deben o no incluir en sus deliberaciones algún punto de vista moral. Para los no-objetivistas (escépticos o relativistas) las deliberaciones morales se dan en el seno del legislador democrático y no en la sede jurisdiccional. En cambio, para los objetivistas resulta imposible no incluir a la moral en las deliberaciones, porque sin el ingrediente valorativo la idea de *Estado de derecho* simplemente quedaría incompleta.

¿Cómo resolver esta tensión? A mi juicio, la clave de la cuestión puede encontrarse apelando a un concepto fuerte de *Estado de derecho*. En otras

⁵² *Ibidem*, pp. 39 y 40.

⁵³ *Ibidem*, p. 10.

palabras, si se toma en serio el alcance de este concepto, entonces es muy difícil no aceptar la tesis del objetivismo moral. Para tratar de argumentar a favor de esta posición, voy a recurrir a la conocida tesis de Elías Díaz, quien considera que no todo Estado *con* derecho es un Estado *de* derecho, sólo algunos: aquellos que cumplen con las siguientes notas características:

- a) *imperio de la ley...*; b) *división de poderes...*; c) *fiscalización de la administración...*; y d) *derechos y libertades fundamentales, garantías jurídicas* (penales, procesales y de todo tipo) así como efectiva realización material de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, que, especificadas y ampliadas en el tiempo con *derechos económicos, sociales y culturales* y de otra especie, constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos.⁵⁴

Manuel Atienza ha evaluado estos cuatro pilares del Estado de derecho de Elías Díaz, y distinguido *la dimensión de la autoridad* y *la dimensión de los valores*. En la primera, ubica al imperio de la ley y a la división de poderes, mientras que en la segunda, a la fiscalización de la administración y a la garantía de los derechos fundamentales. Por lo demás, esta evaluación el autor la lleva a cabo pensando en la fase más visible de la actividad práctica del juez: la interpretación. En sus propias palabras:

La tesis es que el Estado de derecho contiene en sí mismo —en sus características ideales— los polos de una tensión que explica por qué la interpretación es tan importante en el derecho y justifica —según como se resuelva esa tensión— de qué manera ha de proceder el intérprete. El primero de esos polos es *la dimensión de autoridad* y está representado, diría que fundamentalmente, por las dos primeras notas del Estado de derecho: *la del imperio de la ley y la de la división de poderes*. Como lo ha señalado Raz (1996), la importancia de la autoridad en el derecho es lo que hace que la interpretación juegue en este campo un papel esencial, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el de la moral. El otro polo lo constituye lo que podríamos llamar *la dimensión de los valores*, el contenido de justicia que implica la noción de Estado de derecho —fundamentalmente, diría—, a través de las dos características de *la interdicción de la arbitrariedad y de la garantía de los derechos y libertades fundamentales*. La necesidad de hacer justicia, de lograr el cumplimiento de ciertos valores respetando lo establecido por la autoridad es, cabe decir, la razón de ser de la interpretación jurídica. Si sólo hubiese autoridad o sólo hubiera la necesidad

⁵⁴ Díaz, Elías, “Estado de derecho y derechos humanos”, *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica C.*, Puebla, Editorial Cajica, vol. 1, 2002, p. 222.

de hacer justicia, entonces no sería necesaria —o apenas sería necesaria— la interpretación⁵⁵

Pues bien, los operadores jurídicos que interpretan el derecho, pueden hacerlo desde el no-objetivismo o desde el objetivismo moral. Los primeros —identificados con la corriente interpretativa clásica, que sostiene que interpretar significa simplemente *descubrir* significados— abrazan la dimensión de la autoridad, por lo que ponen el acento en la división estricta de poderes (solamente debe ser la boca de la ley) y, por supuesto, en el imperio de la ley. En cambio, los jueces que asumen el objetivismo moral —identificados con la vertiente interpretativa que sostiene que interpretar significa también *asignar* o *atribuir* significados— apoyan con más vehemencia la dimensión de los valores: el respeto irrestricto a los derechos humanos, y el sometimiento del poder público a la legalidad y a los valores constitucionales.

En realidad no se trata de excluir alguna de las dos dimensiones; se trata, otra vez, de poner el acento en alguna de ellas, especialmente si se está ante un caso difícil o trágico. Así pues, si la dimensión valorativa es una condición de la construcción del Estado constitucional de derecho, entonces parece difícil no admitir un mínimo de objetivismo moral, que no es otra cosa que la defensa y protección de los derechos humanos.

Así las cosas, cabe preguntarnos: ¿qué tipo de juez constitucional queremos? ¿Qué tipo de filosofía constitucional queremos detrás de ese juez? Dicho de otro modo: cuando se trata de resolver un caso de los denominados difíciles, en los que se ponen en juego cuestiones valorativas que dividen opiniones expertas y profanas ¿qué tipo de juez necesitamos: uno que defienda la dimensión de la autoridad u otro que defienda la dimensión valorativa? Y con la reforma de derechos humanos de junio de 2011, ¿no será necesario que nuestros jueces constitucionales sean conscientes de qué dimensión —si la de la autoridad o la de los valores— es más compatible con el mandato constitucional?

A mi juicio, la dimensión valorativa es necesaria en el Estado constitucional moderno, y no supone en modo alguno abrir la puerta al absolutismo de la moral, ni tampoco al reino de la arbitrariedad; supone, más bien, un abandono de formalismo y de algún tipo de positivismo. Considero que la dimensión valorativa del Estado de derecho, acorde con un objetivismo moral mínimo, puede ser compatible con posturas cercanas al *postpositivismo*, o con un positivismo incluyente, abierto, democrático y plural.

⁵⁵ Atienza, Manuel, “Estado de Derecho, argumentación e interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, vol. 1, 1997, p. 482 (énfasis añadido).

Considero entonces que tanto en la clase política como en el ámbito jurisdiccional, es necesario replantearnos qué filosofía de la Constitución tenemos y queremos para las futuras generaciones.

VII. ALGUNAS CONCLUSIONES

Para el homenaje a Rodolfo Vázquez me he referido a cinco tensiones o problemas teórico-prácticos que, a mi juicio, conviene tomarse en serio cuando nos planteamos si en México (o en cualquier otro sitio) se vive realmente un nuevo paradigma constitucionalista. Se trata de cinco temas sobre los que Rodolfo Vázquez ha pensado y repensado a lo largo del tiempo en su vasta obra. Los problemas relatados nos indican que hablar de un cambio de concepción del derecho y de la forma en la que operamos con él, no se reduce a una mera cuestión de nombre. No se es “constitucionalista” nada más por estar de moda o porque pudiera generar algún tipo de “prestigio” en quien adopta esa posición y “desprestigio” en quien no lo hace. Se trata de algo más profundo. Se trata de una cuestión de conciencia.

He abordado algunos problemas derivados de las contradicciones con la finalidad de que aquellos que aplauden una u otra postura estén conscientes de lo que ello implica y, sobre todo, de que en ningún caso reina la paz, porque no existen posiciones “verdaderas” o epistémicamente “mejores”. Se trata, más bien, de entender cuál es nuestra realidad y cómo podrían lograrse mejor los fines que persigue, en general, la práctica jurídica.

La Constitución de los vivos contra la Constitución de los muertos, como señalé, es una contradicción que enfrenta, por un lado, a personas que ven en la tradición y en el pasado las bases institucionales que han permitido y seguirán permitiendo la estabilidad tanto en la estructura del Estado como en los valores constitucionales; mientras que, por el otro lado, existen quienes consideran que es necesario romper con la tradición y las ataduras del pasado para que sean las generaciones presentes las que se hagan cargo de su realidad y diseñen las estrategias que ahora (y no antes) convienen a esta generación. La discusión es, en todo caso, entre los vivos. Y la respuesta no puede quedar, como expresé, en ninguno de los dos extremos: ni todo es tradición ni todo debe ser innovación.

El resto de las contradicciones colocan a los juristas —particularmente a los jueces— en cualquiera de los siguientes dos grupos bien diferenciados por su forma de concebir el fenómeno jurídico (aceptando que se trata de una sobresimplificación de las cosas): por un lado, estarían los que abrazan el positivismo y, por el otro, los que prefieren el constitucionalismo. Los

primeros suelen ser formalistas, en tanto que los segundos, en ocasiones incurren en un hiperactivismo judicial; los primeros tienden a consolidar la división de poderes y, con ello, muestran una deferencia al principio de soberanía, mientras que los segundos conciben a la supremacía como un principio que regula absolutamente todo el quehacer del Estado, incluso el del Constituyente permanente; por último, los primeros suelen excluir a la moral de las deliberaciones (podría decirse que tienden al escepticismo o, al menos, no consideran que la moral o los principios deban jugar algún papel en la práctica judicial), en tanto que los segundos estiman que si no se atiende el aspecto moral, la actividad jurisdiccional dejaría fuera de su órbita algunos de los conflictos sociales más importantes y graves que, además de la solución genérica que pudiera dar el legislador, requieren un pronunciamiento concreto por parte de los jueces, porque tienen que ver con el reconocimiento y garantía de determinados bienes y valores —como los derechos humanos— que por lo regular guardan tensión entre sí.

RODOLFO VÁZQUEZ SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

José Juan MORESO*

Signs, symbols, gestures and rules. The name of the language will be accessible only to those who speak it.

Don DELILLO¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La posición de Rodolfo Vázquez*. III. *La secuencia rawlsiana en cuatro etapas*. IV. *El caso español: la reforma del artículo 155 y una propuesta*. V. *En condiciones menos favorables*. VI. *A modo de conclusión: el último Rawls*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Mi contribución se ocupa de comentar las ideas de Rodolfo Vázquez acerca del control jurisdiccional de la constitucionalidad, en especial como aparecen en “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*.²

Comparto las tesis centrales del autor conforme a las cuales, en determinados contextos, la protección jurisdiccional de los derechos constitucionales, civiles y políticos, pero también los derechos sociales, está justificada y es compatible con la democracia.

Presento la idea, sin embargo, que la protección jurisdiccional de los derechos sociales no es el modo más efectivo de alcanzar mayores cotas de

* Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

¹ DeLillo, Don, *Zero K*, Nueva York, Scribner, 2016, p. 245.

² Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 249-264.

justicia distributiva y garantizar el acceso al bienestar de todos los ciudadanos por los problemas conocidos: colectivos con dificultades para acceder a la justicia constitucional, inadecuación del proceso judicial para garantizar necesidades urgentes y perentorias, etcétera.

A partir de algunas ideas de John Rawls, se presenta un modo de constitucionalizar el principio de la diferencia que podría convertirse en un principio estructurador, respetuoso con el legislador, de *background* para los derechos sociales.

La verdad es que me produce una profunda satisfacción participar en este homenaje a mi amigo Rodolfo Vázquez. Compartimos muchas cosas, el magisterio de Ernesto Garzón Valdés, en primer lugar, además hemos coincidido muchas veces en lugares distintos y distantes del mundo (de Tampere a Bahía Blanca, por así decirlo). Convivimos, los dos como *visiting scholars* en la Universidad de Génova un semestre del año 2000. Su proverbial generosidad halló el modo de invitarme en 1997 a la cátedra “García Máynez” y en 2012 a la cátedra “Ernesto Garzón Valdés”. Pero, tal vez más importante, los dos filosóficamente estamos dispuestos a aceptar la etiqueta de kantianos y rawlsianos en el ámbito de la filosofía práctica, defensores de un objetivismo constructivista en moral y de un liberalismo igualitario en política.

Tal vez por esta última razón, he elegido una cuestión que ha preocupado a Rodolfo en diversas publicaciones y de la que también yo me he ocupado. Se trata del lugar que ha de ocupar en el diseño institucional de una sociedad justa la *justicia constitucional*. En realidad, defendemos posiciones —como se verá— muy semejantes y, por lo tanto, esta no será una nota crítica. Defendemos que, en determinadas condiciones, la justicia constitucional está justificada y es compatible con la democracia. Mostraré cómo, en mi opinión, puede mostrarse esta justificación de un modo rawlsiano. Y me detendré en una cuestión que es cada vez más relevante en diversos lugares del mundo, me refiero a la protección de los derechos sociales por la jurisdicción constitucional. Es algo muy relevante en diversos lugares del mundo, por señalar tres de emblemáticos, a los que me referiré, en Colombia, India y Sudáfrica. Y comienza a serlo cada vez más en México, después de la importante reforma constitucional de 2011, seguida de la aprobación de la Nueva Ley del Amparo en 2013, y pendiente todavía la ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Procederé del siguiente modo: en II presentaré las ideas de Rodolfo como aparecen en especial en Vázquez,³ en III esbozaré algunas ideas ralwianas acerca de la protección jurisdiccional de los derechos civiles y políticos, y también de los derechos sociales, en IV me detendré en una propuesta de institucionalización del principio de la diferencia rawlsiano (según el cual, como es sabido, las desigualdades sólo están justificadas en la medida en que favorezcan a los peor situados en una sociedad), en V miraré de dar razones a favor de la protección jurisdiccional de los derechos sociales en determinadas circunstancias. En VI concluiré.

II. LA POSICIÓN DE RODOLFO VÁZQUEZ

El ideal del constitucionalismo consiste en el entramado que articula tres objetivos valiosos: los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho (*la rule of law*). Algunas veces el problema de la justificación de la justicia constitucional se plantea como si estos tres objetivos fuesen totalmente independientes entre sí. Es decir, podría haber una sociedad que respetara y honrara los derechos humanos, pero fuese una especie de *despotismo ilustrado*, que además no regulara los comportamientos de manera previsible ni estable. También podría haber una sociedad democrática, que decidiera los asuntos públicos mediante la regla de la mayoría, pero entre estos asuntos públicos pudiera decidirse si se establece o no censura previa a las publicaciones, por ejemplo y, por otro lado, estas decisiones pudieran ser revocadas en todo momento, retroactivas, etcétera. Y, por último, podría haber una concepción del Estado de derecho, compatible con un sistema institucional no democrático y tampoco respetuoso con los derechos.

Creo que se trata de una concepción de estos objetivos valiosos altamente implausible. Al menos, por las siguientes razones: a) entre los derechos humanos está, sin duda, el derecho de participación política en los asuntos públicos y este derecho exige alguna institucionalización del derecho de autogobernarnos, de la democracia; b) la democracia no es sólo el uso de la regla de la mayoría para decidir los asuntos públicos, por ejemplo

³ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010. Véase también, entre otros, Vázquez, Rodolfo, *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, Fontamara, 2012; *id.*, “Justicia constitucional, argumento contramayoritario y derechos humanos”, en Gómez, R. y Díez, R. (coords.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013. Mi propia posición, Moreso, Juan José y Martí, José Luis, “La constitucionalización del principio de la diferencia”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 47, 2003, pp. 545-574, ensayos 5-8.

una sociedad en la cual todos los canales de información y difusión están en manos de una sola persona que controla todos los mensajes, no diríamos que es un ejemplar de democracia aunque hubiera elecciones periódicas, y c) una sociedad cuyo sistema jurídico fuese completamente fulleriano,⁴ en el sentido de que sus leyes fuesen generales, públicas, irretroactivas, no contradictorias, no impusieran deberes imposibles de cumplir, estables en el tiempo y que la actuación de los órganos del estado fuese congruente con lo que las ellas establecen, todavía no alcanzaría el mínimo que parece exigible a la *rule of law*. Hay un amplio acuerdo en la necesidad de incluir también, entre los requisitos de la *rule of law*, otros requisitos procedimentales e institucionales como que dichas normas sean aplicadas por órganos judiciales imparciales e independientes, en el ejercicio de su jurisdicción, respetando todos los requisitos de la equidad procesal (así, el principio *audi alteram partem*) y del acceso a la protección jurisdiccional, es decir, la tutela judicial efectiva.⁵ Y, claro, éstos son también algunos de los derechos humanos. Las tres son algunas de las razones por las cuales estos objetivos están entrelazados, pero no son las únicas, sino que sólo ponen de manifiesto que el objetivo de honrar y respetar los derechos humanos exige, de algún modo, la democracia y la *rule of law*. Creo, sin embargo, de un modo que no es posible desarrollar aquí, que también la democracia se halla entrelazada con la *rule of law*. Baste decir, algo tentativamente, que no hay órganos judiciales independientes e imparciales si no hay división de poderes, y no hay división de poderes si no hay una distinción entre la creación y la aplicación del derecho y una tutela judicial efectiva, si las leyes que aplican los jueces no son la expresión del autogobierno, las leyes que nos hemos dado todos.

Vázquez en sus trabajos comparte claramente este punto de vista. Y cree, por otra parte, que este enfoque autoriza un lugar limitado a la jurisdicción constitucional.

En primer lugar, Vázquez acepta que la inclusión de un catálogo de derechos en la Constitución es la expresión adecuada de una teoría de la justicia comprometida con la idea de que nuestras regulaciones públicas y

⁴ Fuller, Lon, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969, cap. II.

⁵ Raz, Joseph, “The Rule of Law and Its Virtue”, en Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, cap. 11; Laporta, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007; Waldron, Jeremy, “The Concept and the Rule of Law”, *Georgia Law Review*, núm. 43, 2008, pp. 1-61; *id.*, “Il Rule of Law è l’importanza della procedura”, en Pino, G. y Villa, V. (eds.), *Rule of Law. L’ideale della legalità*, Bolonia, Il Mulino, 2016, pp. 357-392; “Rule of law e particularismo ético”, en Pino, G. y Villa, V. (eds.), *Rule of Law. L’ideale della legalità*, cit., pp. 237-285.

privadas deben respetar un ámbito de inmunidad a los derechos básicos de las personas, lo que Ernesto Garzón Valdés⁶ denominó “el coto vedado” y Ferrajoli llama ahora “la esfera de lo indecidible”.⁷ En palabras de Vázquez:

A la pregunta que se formula Moreso:⁸ ¿está justificada la idea de primacía de la Constitución, esto es, la idea de atrincherar determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría? La respuesta, estoy de acuerdo con él, debe ser afirmativa y en esta dirección se encaminan los autores que hemos citado [Dworkin, Garzón Valdés y Ferrajoli]. Este atrincheramiento no tiene que ver solamente con los derechos civiles y políticos, sino también con los llamados genéricamente derechos sociales.⁹

Y, en segundo lugar, Vázquez es sensible a la objeción contramayoritaria:¹⁰ dicho ahora rápidamente, los miembros de una Corte, por mayoría, deci-

⁶ Garzón Valdés, Ernesto, “Representación y democracia”, *Doxa*, núm. 6, 1989, p. 157.

⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2009, p. 29.

⁸ Moreso, José Juan, *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, ensayo 5, 2009.

⁹ Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, *cit.*, p. 256.

¹⁰ El nombre con el que se conoce este argumento en la literatura estadounidense, que procede de Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch*, Nueva Haven, Yale University Press, 1962. En las dos últimas décadas ha sido ampliamente desarrollado por Waldron, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 13, 1993a, pp. 18-51; *id.*, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1998; *id.*, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, pp. 1346-1406. Y replicado por muchos, véase Dworkin, Ronald, “Does Britain Needs a Bill of Rights?”, en Dworkin, Ronald, *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2006. En la literatura en español, aparte de algunas reflexiones en la obra de Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, hasta donde recuerdo, el debate se inicia entre nosotros con la publicación, no en castellano sino en italiano puesto que se publicaba mi ponencia en un congreso en San Remo en 1997, en la revista italiana *Ragion Pratica*. Moreso, Juan José, “Diritti e giustizia procedurale imperfetta”, *Ragion Pratica*, núm. 10, 1998a, pp. 13-40; *id.*, “Sulla portata del vincolo preventivo”, *Ragion Pratica*, 10, 1998b, pp. 75-84; Bayón, Juan Carlos, “Diritti, democrazia, costituzione”, *Ragion Pratica*, núm. 10, 1998, pp. 41-64; Gargarella, Roberto, “Il ruolo dei giudici di frente al «terreno proibito»”, *Ragion Pratica*, núm. 10, 1998, pp. 65-73 (publicados después en español en Moreso, Juan José, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones* 1, 2000a, pp. 15-52; *id.*, “Sobre el alcance del precompromiso”, *Discusiones* núm. 1, 2000b, pp. 95-108; Bayón, Juan Carlos, “Derechos, democracia y Constitución”, *Discusiones*, núm. 1, 2000, pp. 53-83; Gargarella, Roberto, “El papel de los jueces frente al «coto vedado»”, *Discusiones*, núm. 1, 2000, pp. 84-95); mis textos ahora en Moreso, José Juan, *La Constitución...*, *cit.*, ensayos 5 y 6 —de hecho mi primera reflexión detenida sobre la cuestión la suscitó escuchar la conferencia de Juan Carlos Bayón, “Derechos, democracia y Constitución”, presentada el 26 de agosto de 1996 en la Universidad de Palermo, Buenos Aires (Argentina) —. A la vez contamos con el primer análisis detallado y agudo surgido de los constitucionalistas, me refiero a Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional*

den en contra de la mayoría de los representantes de la voluntad popular y así desplazan, a menudo en cuestiones controvertidas en esa sociedad, la voluntad de la mayoría democrática. Pero confía en que argumentos como los vertidos por Ely,¹¹ que insisten en la función de la justicia constitucional como garante de que las decisiones han sido tomadas siguiendo un proceso democrático de calidad y de que las voces de las minorías insulares socialmente han sido tomadas en cuenta, son aptos para hacer compatible el control de constitucionalidad con la democracia. Los derechos de participación democrática y de no discriminación pueden fundar, de acuerdo con esta idea, los derechos civiles y políticos

para preservar... los requisitos mínimos [del procedimiento democrático], pero dejaría un amplio margen para cuestiones sustanciales —precisamente las que se relacionan con los derechos positivos al bienestar económico y social— a decidir por mayoría o mediante el concurso de los parlamentarios con la justicia constitucional.¹²

y democracia, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997 y anteriormente contábamos con la valiosa contribución de Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, y con las reflexiones —que usaban la teoría de Ely— de Estévez Araujo, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994; Lora, Pablo de, “La posibilidad del constitucional thayeriano”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 49-76; Ferreres Comella, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 29-47; Laporta, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 459-484; Páramo, Juan Ramón, “Compromisos, grilletes de arena y nudos corredizos”, en Zapatero, V. (ed.), *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2002, t. I, pp. 443-454; Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 137-174; Ruiz Miguel, Alfonso, “Costituzionalismo e democrazia”, *Teoría Política*, núm. 1, 2003, pp. 73-108; Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Betegón, J. et al. (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 67-118; Martí, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006; Linares, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008. La crítica, más o menos waldronianiana, está presente sobre todo en Gargarella, Bayón, Martí y Linares. Como bien recoge Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, cit., la polémica también se desarrolló en México, con —por ejemplo— Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2006, entre los waldronianos y Carbonell, Miguel, *La Constitución en serio*, México, Porrúa-UNAM, 2001; entre los defensores del *judicial review*. Véase Vázquez, Rodolfo, (comp.), *Corte, jueces y política*, México, Fontamara, 2007.

¹¹ Ely, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

¹² Vázquez, Rodolfo (comp.), *Corte, jueces..., cit.*, p. 261.

Estoy, es claro, ampliamente de acuerdo con estas consideraciones de Vázquez. A continuación sólo quiero poner de manifiesto cómo podemos llegar a estas conclusiones *a la* Rawls y profundizar un poco en cómo podemos entender esta última apelación del autor al “concurso de los parlamentarios con la justicia constitucional”.

III. LA SECUENCIA RAWLSIANA EN CUATRO ETAPAS¹³

Como es sabido, con arreglo a la teoría rawlsiana la adecuación a la justicia de un determinado orden social depende del grado de cumplimiento de dos principios que serían elegidos por seres humanos racionales en unas circunstancias especiales e hipotéticas, que comportan la ausencia de información acerca de las características particulares de la sociedad para la cual eligen los principios y el lugar que dichos seres humanos han de ocupar en ella —el velo de la ignorancia—, circunstancias conocidas en la teoría como la *posición original*. Los dos principios, en su última formulación, son los siguientes:¹⁴

(Primer principio): Cada persona tiene un igual e irrevocable derecho a un esquema de iguales libertades básicas plenamente adecuado, que sea compatible con un esquema equivalente de libertades para todos.

(Segundo principio): Las desigualdades económicas y sociales han de satisfacer dos condiciones: primera, que estén adscritas a cargos y posiciones accesibles a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades; y segunda, que redunden en el mayor beneficio de los miembros de la sociedad más desfavorecidos (principio de la diferencia).

Estos principios van acompañados de unas reglas de prioridad: el primer principio es prioritario en relación con el segundo, y en el interior del

¹³ En este apartado me valgo de las ideas de Rawls como fueron presentadas en Moreso, José Juan y Martí, José Luis, “La constitucionalización…”, *cit.*; Moreso, *La Constitución: moderno..., cit.*, ensayo 8.

¹⁴ Rawls, John, *Justice as Fairness. A Restatement*, Kelly, E. (ed.), Cambridge, Harvard University Press, 2001, pp. 42 y 43; *id.*, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, pp. 60, 61 y 302, *id.*, *A Theory of Justice*, 2a. ed., Cambridge, Harvard University Press, 1999b, p. 53; *id.*, en Freeman, S. (ed.), *Collected Papers*, Cambridge, Harvard University Press, 1999b, p. 266.

segundo el principio de la igualdad de oportunidades lo es en relación con el principio de la diferencia.¹⁵

La secuencia del diseño institucional de una sociedad justa es como sigue: la primera etapa consiste en la posición original en la que se eligen los dos principios de justicia, que constituyen un estándar independiente con el cual juzgar la adecuación del resto de etapas. La segunda etapa estipula las normas constitucionales que aseguran el principio de igual libertad para todos. La tercera etapa tiene como objetivo el establecimiento de las reglas legislativas de acuerdo con los principios de justicia —respetados los derechos atrincherados en la segunda etapa, las decisiones deben adecuarse al segundo principio—. La cuarta etapa es la de la aplicación de las reglas generales a los casos individuales por parte de los órganos de aplicación. Cada una de estas etapas presupone un progresivo levantamiento del velo de la ignorancia que, por una parte, permite articular las normas adecuadas para cada sociedad en concreto y, por otra, permite hacerlo de forma justa, puesto que en todas las etapas deben respetarse los principios de justicia.

De este modo, la prioridad del primer principio de justicia sobre el segundo se refleja en la prioridad de la etapa constitucional sobre la etapa legislativa.¹⁶ Según Rawls, mientras en la etapa constitucional se garantiza el primer principio, se garantizan las libertades fundamentales de la persona, se protegen la libertad de conciencia y de pensamiento, y se asegura que el proceso político como un todo sea un procedimiento justo, el segundo principio actúa en la etapa legislativa, estableciendo que las políticas sociales y económicas consigan maximizar las expectativas a largo plazo de los menos favorecidos bajo condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades.

En *Political Liberalism (PL)*, Rawls especifica cuáles han de ser los elementos esenciales (*constitutional essentials*) que integran la etapa cuyo resultado es el establecimiento de una Constitución, que son de dos tipos Rawls:¹⁷

1. Los principios fundamentales que especifican la estructura general del gobierno y del proceso político: las competencias de la legislatura, del Ejecutivo y del Poder Judicial; el alcance de la regla de la mayoría; y
2. Las libertades y los derechos básicos iguales de la ciudadanía que las mayorías legislativas deben respetar: como el derecho al voto y

¹⁵ Véase Rawls, John, *A Theory...*, cit., pp. 302 y 303; id., en Freeman, S. (ed.), *Collected...*, cit., pp. 266-267.

¹⁶ Rawls, John, *A Theory...*, cit., p. 199; id., en Freeman, S. (ed.), *Collected...*, cit., p. 175.

¹⁷ Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, p. 227.

a la participación en política, la libertad de conciencia, la libertad de pensamiento y de asociación, así como las garantías del Estado de derecho (*the rule of law*).

Veamos aquello que no cubren los elementos constitucionales esenciales:

Mientras algún principio de oportunidades es seguramente un elemento esencial, por ejemplo, un principio que requiere al menos libertad de movimiento y libre elección de ocupación, una equitativa igualdad de oportunidades va más allá y no es un elemento esencial. De manera similar, aunque un *social minimum* que cubra las necesidades básicas de todos los ciudadanos es también un elemento esencial, lo que he denominado “el principio de la diferencia” es más exigente y no lo es.¹⁸

Dos cosas nos resultan sorprendentes de esta argumentación de Rawls: en primer lugar, cuáles son las razones para establecer esta línea divisoria tan clara entre elementos constitucionales esenciales y otros elementos que no lo son; en segundo lugar, cuál es el encaje del mínimo social entre los elementos constitucionales esenciales.

A la primera cuestión responde el mismo Rawls. Según él,¹⁹ hay cuatro argumentos para distinguir el papel que representan los elementos constitucionales esenciales especificados por las libertades básicas de los principios que gobiernan las desigualdades económicas y sociales: 1) las dos clases de principios cumplen diferentes cometidos en la estructura básica, 2) es más urgente establecer los elementos esenciales que se refieren a las libertades básicas, 3) es más fácil averiguar si estos elementos esenciales son respetados y 4) es mucho más fácil alcanzar un acuerdo acerca de cuáles deben ser los derechos y libertades, aunque obviamente no con todos los detalles, sino sólo en líneas generales.

Aunque podría discutirse acerca de la fuerza de estos argumentos, por ejemplo en qué sentido es más urgente proteger la libertad de conciencia que el acceso universal a las prestaciones sanitarias, o bien, por qué no puede establecerse un catálogo de derechos sociales también en sus líneas

¹⁸ Rawls, John, *Political..., cit.*, pp. 228 y 229. Sobre el *social minimum* véase Rawls, John, *A Theory..., cit.*, pp. 276-277, 285-286, 316-318; *id., A Theory..., cit.*, pp. 244-245, 252, 278-280; en Freeman, S. (ed.), *Collected..., cit.*, pp. 88-89, 141 y 142.

¹⁹ Rawls, John, *Political..., cit.*, p. 230.

generales,²⁰ este punto no va a ser cuestionado aquí. Rawls acaba sus consideraciones a favor de la restricción de los elementos constitucionales esenciales del siguiente modo:²¹

Estas consideraciones explican por qué la libertad de movimiento, la libre elección de ocupación y un mínimo social que cubra las necesidades básicas de los ciudadanos cuentan como elementos constitucionales esenciales mientras el principio de la equitativa igualdad de oportunidades y el principio de la diferencia no cuentan como tales.

De este modo, nos enfrentamos claramente con la segunda perplejidad: aunque el mínimo social que cubre las necesidades básicas de los ciudadanos nunca aparece en la lista de derechos y libertades exigidas por el primer principio, Rawls presupone que se trata de un elemento constitucional esencial. Es más, parece que la equitativa igualdad de oportunidades requiere equitativa igualdad de oportunidades en el acceso a la educación con independencia de los ingresos familiares;²² y el primer principio, el de las libertades, podría ser precedido de un principio lexicográficamente superior según el cual las necesidades básicas deben ser satisfechas, al menos en la medida en que dicha satisfacción constituya una condición necesaria para que los ciudadanos comprendan y sean capaces de ejercer de un modo fructífero las libertades y los derechos básicos.²³

Sea como fuere, Rawls considera que la protección del cumplimiento del principio de la diferencia no debe quedar en manos de los jueces:

Una segunda preocupación consiste en averiguar si el cumplimiento del principio de la diferencia debe ser establecido en la constitución de una sociedad. Parece que no debe serlo, por los riesgos que conlleva hacer de él un elemento constitucional esencial que los tribunales han de interpretar y aplicar, y esta es una tarea que los tribunales no pueden llevar a cabo adecuadamente. Averiguar si el principio es respetado requiere una comprensión completa de cómo la economía funciona y es extremadamente difícil determinarlo con exactitud, aunque a menudo puede resultar claro que no ha sido satisfecho... Lo que debe ser un elemento constitucional esencial es el establecimiento de

²⁰ A veces, parece que la secuencia en cuatro etapas rawlsianas y sus consideraciones sobre los elementos constitucionales esenciales depende excesivamente de las contingencias históricas del proceso constitucional de los Estados Unidos. El mismo Rawls reconoce que la idea de la secuencia en cuatro etapas procede de la historia del proceso constitucional estadounidense. Rawls, John, *A Theory...*, p. 196, nota 1; *id.*, *A Theory...*, *cit.*, p. 172, nota 1.

²¹ Rawls, John, *Political...*, *cit.*, p. 230.

²² Rawls, John, *Justice as...*, *cit.*, p. 44.

²³ Rawls, John, *Political...*, *cit.*, p. 7; *id.*, *Justice as...*, *cit.*, p. 44, nota 7.

un mínimo social que cubra al menos las necesidades humanas básicas... Porque es razonablemente obvio que el principio de la diferencia es violado de manera directa cuando el mínimo no es garantizado.²⁴

Creo que para comprender el lugar de la cuarta etapa de la secuencia, la etapa de la aplicación del derecho, es importante traer a colación la distinción que Rawls establece entre la teoría *ideal* y la teoría *no-ideal*. La teoría ideal es la que tenemos en condiciones favorables en las cuales los conceptos y los principios son observados estrictamente por todas las partes,²⁵ es la etapa de la *estricta observancia (strict compliance)*.²⁶ Por lo tanto, la cuarta etapa, la de la adjudicación de los deberes y derechos a los casos particulares, es fundamentalmente parte de la teoría no-ideal. La justicia constitucional, entonces, que determina cuando los elementos constitucionales esenciales han sido vulnerados, es parte de la teoría no-ideal.²⁷

La teoría ideal está integrada, básicamente, por las tres primeras etapas de la secuencia. En ellas, la estricta observancia de los principios y de los elementos constitucionales esenciales garantizan que los dos principios son cumplidos. La etapa constitucional garantiza las libertades del primer principio, las bases más fundamentales de la igualdad de oportunidades y la salvaguarda de un mínimo social. La etapa legislativa es la que garantiza el cumplimiento del principio de la diferencia, es decir, el conjunto de políticas redistributivas que procuran que sólo se mantengan las desigualdades que benefician a los más desfavorecidos.

²⁴ Rawls, John, *Justice as, cit.*, p. 162.

²⁵ Rawls, John, en Freeman, S. (ed.), *Collected...,* p. 537.

²⁶ Véase, también, por ejemplo, Rawls, John, *A Theory..., cit.*, p. 216.

²⁷ Queda por analizar si hay una dimensión de la cuarta etapa que integra la teoría ideal, dado que incluso en condiciones favorables pueden quedar problemas de coordinación irresueltos o, pensemos, en casos de responsabilidad extracontractual objetiva: hay observancia estricta, pero las circunstancias posibilitan la causación de un daño. Entonces, los tribunales deberán determinar si ha sido causado por la acción de otro y por quién ha sido causado ese daño. Esta cuestión no será analizada aquí. El lugar de la distinción entre teoría ideal y teoría no-ideal es controvertido en la obra de Rawls. Por ejemplo, mientras a Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, la noción de teoría ideal le parece demasiado alejada de la realidad para tener algún interés práctico, acerca de cómo diseñar nuestras instituciones en el mundo real, a Cohen, Gerald, *Rescuing Justice and Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, le parece una noción con demasiadas servidumbres empíricas. Para la discusión reciente, véase Simmons, A. John, "Ideal and Nonideal Theory", *Philosophy & Public Affairs*, núm. 38, 2010, pp. 5-36; Schmidtz, David, "Nonideal Theory: What It Is and What It Needs to Be", *Ethics*, núm. 121, 2011, pp. 772-796; Valentini, Laura, "Ideal vs. Non-Ideal Theory: A Conceptual Map", *Philosophy Compass*, núm. 7, 2012, pp. 654-664.

Estamos interesados aquí, sin embargo, en la teoría no-ideal, en cómo debe institucionalizarse la justicia constitucional para que, en condiciones menos favorables, repare los supuestos de incumplimiento o inobservancia con los principios.

Acerca de las libertades del primer principio, la respuesta de Rawls es que podemos dejar este aspecto en manos de los tribunales. Es claro que este es un punto también controvertido y muchos abogan ahora por distinguir entre el hecho de que un tribunal tenga el control de la constitucionalidad y el hecho de que la voz del tribunal sea revestida de primacía. Existen diseños institucionales (Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Reino Unido con la ratificación del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, por ejemplo) en el que los tribunales tienen voz, pero no es definitiva, siempre en manos de las autoridades legislativas, lo que se denomina *constitucionalismo débil* o, ahora, *New Commonwealth Model of Constitutionalism*.²⁸ Sin embargo, esta cuestión no será abordada aquí.²⁹

Sobre el principio de la diferencia, como hemos visto, Rawls considera que su control debe dejarse en manos de la actividad legislativa. Antes de tratar de mostrar cómo puede confiarse también alguna función en este punto a la justicia constitucional, quiero aclarar que contra lo que algunas veces se sostiene,³⁰ esta posición de Rawls³¹ no significa que el autor haya abandonado

²⁸ Véase Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Betegón, J. et al. (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004; Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2009, para una robusta defensa del constitucionalismo débil, y el nuevo modelo Commonwealth en Gurdbaum, Stephen, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

²⁹ No me resisto a añadir que a mí, como a muchos, me parece una decisión justificada la que la Corte Suprema de los Estados Unidos tomó el año pasado reconociendo a todos el derecho de contraer matrimonio con personas del mismo sexo (*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S., 2015). Esta decisión, me temo, sólo puede lograrse —en las circunstancias de los Estados Unidos actuales— dando la última palabra a la Corte Suprema. Creo, por otra parte, que esta solución puede alcanzarse, como hace la Corte (aunque con una mayoría de 5 a 4, y con un voto particular del juez Scalia en el que acusa a la mayoría de la Corte de haber producido un *putsch judicial*) razonando a partir de la autonomía personal y del derecho a no ser discriminado.

³⁰ Williams, Bernard, “A Fair State. Review of John Rawls”, *Political Liberalism*, *London Review of Books*, 15, núm. 9, mayo de 1993, 2003, pp. 7 y 8; Barry, Brian, “John Rawls and the Search of Stability”, *Ethics*, núm. 105, 1995, pp. 913; Okin, Susan Moller, “Review of Political Liberalism”, *American Political Science Review*, núm. 87, 1995, p. 1010; Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 209, nota 67; Gargarella, Roberto y Ovejero, Félix, “Introducción: el socialismo, todavía”, en Gargarella, Roberto y Ovejero, Félix (comps.), *Razones para el socialismo*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 41 y nota 37.

³¹ Rawls, John, *Political..., cit.*

en *Political Liberalism* su ideal igualitario, él se encarga de desmentirlo³² sosteniendo que mantiene la *misma* concepción igualitaria y añade: “Hago este comentario dado que algunos han pensado que mi reconstrucción de las ideas del liberalismo político conlleva el abandono de la concepción igualitaria de *TJ* [*A Theory of Justice*]. No soy consciente de ninguna revisión que implique tal cambio y considero que dicha conjeta carece de fundamento”.

Más aún, en sus últimas publicaciones hay lo que podríamos denominar una profundización de su igualitarismo. En Rawls³³ distingue cinco modelos de sociedad: el capitalismo *laissez-faire*, el socialismo estatal (la economía planificada), el Estado del bienestar, la democracia de propietarios (*owning-property democracy*)³⁴ y el socialismo liberal. Sólo la democracia de propietarios y el socialismo liberal son compatibles, según Rawls, con la justicia como equidad. Es más en el prefacio a la edición francesa de *A Theory of Justice*³⁵ explica claramente cómo la idea que vindica de la democracia de propietarios se distingue de la idea del Estado del bienestar. Aunque ambos modelos permiten la propiedad privada de los medios de producción, la democracia de propietarios tiende a dispersar la propiedad de la riqueza y del capital; así evita que una pequeña parte de la sociedad controle la economía y, al final, la vida política también. La democracia de propietarios lo evita no por redistribuir el ingreso a los que menos tienen al final de cada periodo, por así decirlo, sino por garantizarlo al comienzo. O sea:³⁶

La idea no consiste simplemente en asistir a aquellos que son víctimas de accidentes o mala suerte (aunque ello también debe hacerse), sino de poner a todos los ciudadanos en condiciones de gestionar sus propios asuntos y tomar parte en la cooperación social en una tesitura de mutuo respeto bajo las condiciones iguales apropiadas.

O también:³⁷

Para apreciar completamente la fuerza del principio de la diferencia éste debe ser considerado en el contexto de una democracia de propietarios (o en un régimen de socialismo liberal) y no en el de un Estado del bienestar: es un principio de reciprocidad, o de mutualidad, para una sociedad vista

³² *Ibidem*, p. 7, nota 6.

³³ Rawls, John, *Justice as..., cit.*, pp. 129-130, 135-162.

³⁴ El término, como Rawls nos advierte, procede del economista Meade, J. E., *Efficiency, Equality and the Ownership of Property*, Londres, George Allen & Unwin, 1964.

³⁵ Rawls, John, en Freeman, S. (ed.), *Collected..., cit.*, pp. 419 y 420.

³⁶ *Ibidem*, p. 419.

³⁷ *Ibidem*, p. 420.

como un sistema equitativo de cooperación entre ciudadanos libres e iguales desde una generación a la siguiente.³⁸

Por otra parte, y dado que la garantía de un mínimo social sí es un elemento constitucional esencial, Rawls considera aceptable la idea constitucional de algunos derechos sociales para conseguirlo, siguiendo la línea desarrollada por Frank Michelman.³⁹ Siempre recordando,⁴⁰ sin embargo, que no acepta las propuestas de sustituir el principio de la diferencia por el principio de la utilidad promedio, limitado por la garantía para todos de un mínimo que cubra las necesidades humanas básicas con el fin de llevar una vida decente,⁴¹ puesto que el principio de la diferencia supone un mínimo social que se deriva de una idea de reciprocidad, que va más allá de la satisfacción de las necesidades básicas.

Hasta aquí la exégesis rawlsiana. A partir de estas ideas, en los dos próximos apartados, trataré de mostrar cómo es posible, por un lado, una constitucionalización estructural del principio de la diferencia y, por otro, cómo diseñar mecanismos de protección jurisdiccional de la constitucionalización de determinados derechos sociales.

IV. EL CASO ESPAÑOL: LA REFORMA DEL ARTÍCULO 155 Y UNA PROPUESTA

En la secuencia en cuatro etapas rawlsianas, la etapa legislativa es la que está regida por el principio de la diferencia. Las políticas redistributivas, a

³⁸ Es posible que si Rawls hubiera tomado en cuenta un conocido estudio sobre los tres modelos de Estado del bienestar —liberal, conservador corporativista y socialdemócrata— habría podido argüir que su modelo de Estado del bienestar sólo se corresponde con el liberal y que, en cambio, el modelo socialdemócrata es cercano a la democracia de propietarios una peculiar fusión (sostiene su taxonómista, Esping-Ardensen, Gosta, *The Three Models of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity Press, 1990, p. 28) de liberalismo y socialismo. Véase para esta idea sobre la democracia de propietarios: O'Neill, Martin y Williamson, Thad (eds.), *Property-Owning Democracy. Rawls and Beyond*, Oxford, Willey-Blackwell, 2012, p. 91; Freeman, Samuel, *Property-Owning Democracy and the Difference*, 2013; Queralt, Jaehel, “The Place of the Market in a Rawlsian Economy”, *Analyse & Kritik*, núm. 35, 2013, pp. 121-140.

³⁹ Rawls, John, *Political...*, cit., pp. 236 y 237, notas 29 y 23; Michelman, Frank, “Constitutional Welfare Rights and *A Theory of Justice*”, en Daniels, N. (ed.), *Reading Rawls*, Oxford, Basil Blackwell, 1975, pp. 319-347.

⁴⁰ Rawls, John, *Justice as...*, pp. 127 y 128.

⁴¹ “John Rawls and the Social Minimum”, en Waldron, Jeremy, *Liberal Rights. Collected Papers. 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993b, pp. 250-270.

través de los tributos y del gasto social,⁴² deben estar orientadas de tal modo que se implante aquel esquema en el cual los menos favorecidos de una sociedad estén mejor. Desde el principio, la teoría rawlsiana está comprometida con este fuerte componente igualitario:

Una vez que el principio de la diferencia es aceptado... se sigue que el mínimo debe seleccionarse de modo que, tomando los salarios en cuenta, maximice las expectativas de la clase con los menores ingresos. Ajustando la cantidad de transferencias, y los beneficios de los bienes públicos que mejoran sus circunstancias, es posible incrementar o disminuir el ingreso total de los menos favorecidos (salarios más las transferencias más los beneficios de los bienes públicos).⁴³

Si uno atiende a las políticas de bienestar en el mundo, con arreglo a los modelos ideales diseñados por Esping-Andersen,⁴⁴ entonces tal vez lo que este autor denomina “Estado del bienestar socialdemócrata” (cercano a los desarrollos en Noruega y Suecia) constituye la realización más acabada, en el mundo real, del ideal igualitario rawlsiano. Un gasto público en torno del 50% del PIB y derechos sociales (a la educación, a la sanidad, a las pensiones, a la dependencia, al desempleo) accesibles a todos, potencialmente universales. Aquí, siguiendo las ideas rawlsianas, el papel que en estos sistemas desempeñan las garantías judiciales es menor. El Estado del bienestar ha sido construido mediante la actividad legislativa y, es claro, una ingente labor de ejecución administrativa de estas medidas legislativas. En este sentido, este modelo se acerca a la teoría ideal.

Pero veamos un modelo, en circunstancias menos favorables, como el español. Un gasto público también elevado, del 45% del PIB, acceso universal a la educación y a la sanidad, pensiones contributivas y no-contributivas,

⁴² Acerca de la política impositiva, Rawls es partidario de importantes impuestos sobre la herencia y las donaciones, pero parece preferir los impuestos indirectos que gravan el gasto, sobre los impuestos directos y proporcionales que gravan el ingreso. Rawls, John, *A Theory...*, cit., p.161. Advirtiendo que en los países europeos la cesta de los impuestos es a menudo una combinación de todos ellos, en especial el impuesto sobre la renta (que en España recauda en torno al 40% del total) y el impuesto sobre el valor añadido (en España otro 40%), dejo esta cuestión, que requiere de conocimientos económicos de los que no dispongo, en el aire. Para una justificación filosófica y pormenorizada de las políticas impositivas véase Murphy, Liam y Nagel, Thomas, *The Myth of Ownership. Taxes and Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

⁴³ Rawls, John, *A Theory of Justice*, 2a. ed., Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 154, por ejemplo.

⁴⁴ Véase Esping-Andersen, Gosta, *The Three Models of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity Press, 1990, nota 15.

y aunque insuficientes, prestaciones por desempleo y por dependencia. Sin embargo, con la crisis económica de 2008, el déficit público y la deuda pública se dispararon, el déficit público llegó al 9%, la deuda pública a casi el 100% del PIB, y si se sumaba la deuda privada a tres veces el valor del PIB. En 2010 y 2011, la primera noticia de los periódicos era la situación de la *prima de riesgo* (el diferencial del interés que los bonos del Estado a diez años tiene con los de Alemania), que era más que preocupante. En ese clima tan enrarecido, repleto de sugerencias y amenazas de intervención de la economía española por parte de la Unión Europea, los diversos gobiernos (en 2011, el gobierno socialista, 2012, 2013 y 2014 el gobierno del Partido Popular) hubieron de tomar medidas restrictivas para contener el gasto público. Es más, en el verano de 2011, con un acuerdo entre los dos grandes partidos del centroderecha y del centroizquierda (PP y PSOE) pactaron una reforma constitucional del artículo 155, que antes de la reforma, establecía:

1. El gobierno habrá de estar autorizado por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.
2. Los créditos para satisfacer el pago de intereses y capital de la deuda pública del Estado se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de los presupuestos y no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la Ley de Emisión.

Después de la reforma, a partir de septiembre de 2011, en cambio, establece:

1. Todas las administraciones públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.
2. El Estado y las comunidades autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados miembros.
Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las comunidades autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las entidades locales deberán presentar equilibrio presupuestario.
La actual situación económica y financiera no ha hecho sino reforzar la conveniencia de llevar el principio de referencia a nuestra Constitución
3. El Estado y las comunidades autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la Ley de Emisión. El volumen de deuda pública del conjunto de las administraciones públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapan al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.
5. Una ley orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las administraciones públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:
 - a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas administraciones públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.
 - b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.
 - c) La responsabilidad de cada administración pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.
6. Las comunidades autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias.

Como puede apreciarse, este artículo constitucionaliza la estabilidad presupuestaria, dificultando al Poder Legislativo tomar medidas que disparen irresponsablemente la deuda o el déficit en el futuro. Era, se dijo, un modo de tranquilizar a los mercados.

Pues bien, más allá de la fortuna de esta reforma, tal vez puede argüirse que —de un modo semejante a como lo hace el artículo 135—, puede establecerse una garantía para la igualdad y las políticas sociales, un modo de

garantizar institucionalmente el principio de la diferencia. En 2003,⁴⁵ mucho antes de la crisis —cuando la economía española era la que más crecía en la UE— propusimos, como un ejercicio teórico, un modo de constitucionalizar el principio rawlsiano. Una especie, entonces, no podíamos saberlo, de anti 135, o si se quiere un 135 bis, que podría tener una redacción como la siguiente:

1. Los presupuestos de las administraciones públicas deberán incrementar el gasto social en, al menos, la proporción en el que ha crecido el PIB durante el ejercicio anterior.
2. Este incremento sólo podrá exceptuarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.
3. Una ley orgánica desarrollará los principios a los que se refiere este artículo, la coordinación entre las diversas administraciones públicas, en especial entre la administración del Estado y las de las comunidades autónomas, así como los criterios que deben ser usados para proceder al incremento del gasto social.

Un artículo como ese permitiría cierta institucionalización del aliento igualitarista de la concepción rawlsiana. Igualmente en el mismo año, tratamos⁴⁶ de mostrar las razones por las cuales esta idea no era susceptible de las críticas rawlsianas a la constitucionalización del principio de la diferencia. Ni es menos urgente establecer este elemento como un elemento constitucional esencial contra Rawls,⁴⁷ ni tampoco se dejan los complejos cálculos económicos en manos del Poder Judicial, sino que es el Poder Legislativo el que debe aplicarlo (contra).⁴⁸ Aquí los jueces, como máximo, tienen la función de averiguar si el legislador ha cumplido con la obligación constitucionalmente establecida.

Se trata, como puede apreciarse, de un mecanismo diseñado en la teoría no-ideal, para los casos en los que el Poder Legislativo tuviese la tentación de escapar de la observancia estricta del principio de la diferencia. Y tiene

⁴⁵ Moreso, Juan y Martí, José Luis, “La constitucionalización...”, *cit.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Rawls, John, *Political..., cit.*, p. 230.

⁴⁸ Rawls, John, *Justice as..., cit.*, p. 162.

la virtud de mostrar cómo es posible convertir el principio en un elemento constitucional esencial sin dejar su protección totalmente en manos de los jueces, la función principal en este diseño corresponde al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo, que ha de implementar las medidas que incrementan el gasto social.

V. EN CONDICIONES MENOS FAVORABLES

Sin embargo, ¿qué sucede en condiciones todavía menos favorables? Por ejemplo, México tiene más de 10 millones de personas, casi el 10% de la población, según estadísticas oficiales,⁴⁹ en situación de pobreza extrema (personas que viven con ingresos inferiores a los dos dólares diarios). Y, por otro lado, cuenta con una Constitución, después de la reforma de 2011 incluida la reforma del amparo, que protege jurisdiccionalmente algunos derechos sociales básicos. Así, el artículo 4o., en su epígrafe tercero, establece: “Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará”.

Mientras tanto, el gasto público de México no llega ni siquiera al 30% de su PIB y, aún peor, el gasto social no llega al 7% del PIB —uno de los más bajos de los países de la OCDE— (mientras el de la mayoría de países de la UE está entre el 20 y el 30% del PIB).

¿Cómo, en estas más que desfavorables circunstancias, pueden el Poder Legislativo, el Ejecutivo y la justicia constitucional colaborar para honrar mínimamente los derechos sociales? Como hemos visto, y dado que para Rawls un mínimo social es un elemento constitucional esencial, constitucionalizar los derechos sociales es una opción legítima. Misma que permite remedios para los casos flagrantes de imobservancia, una opción que activa lo que Ferrajoli⁵⁰ ha denominado las “garantías secundarias”, una parte por lo tanto de la teoría no-ideal.

Rawls, en cambio, no parece ser partidario de mecanismos como el de la renta básica universal, ahora tan en boga,⁵¹ y cuando se refiere a la posible inclusión del ocio entre los bienes primarios señala: “Aquellos que practican el *surf* todo el día en Malibú deben hallar el modo de mantenerse por

⁴⁹ <http://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>

⁵⁰ Ferrajoli, Luigi, *Principia Juriſ. Teoria generale del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. I, pp. 96-197 y 668-695.

⁵¹ Véase Van Parijs, Philippe (ed.), *Arguing for Basic Income*, Londres, Verso, 2002; *id.*, *Real Freedom for All. What (If Anything) Can Justify Capitalism?*, Oxford, Clarendon Press, 2005.

sí mismos y no deberían tener derecho a los fondos públicos”.⁵² Dado que esta es una cuestión controvertida, exploraremos otros modos de proteger un mínimo social de derechos. Considero la experiencia de los altos tribunales de tres países relevantes y originales al respecto, me refiero a Colombia, India y Sudáfrica. Me ocuparé brevemente de ello porque pienso que en los tres casos podemos hallar interesantes vías de cooperación entre el Poder Legislativo, el Poder Judicial y la administración para la garantía de los derechos sociales. Dejaremos aquí aparte un intento más ambicioso de elaborar una teoría general de los derechos sociales adaptada a este fin.⁵³

En el caso de Colombia fue a partir de la Constitución de 1991 que se estableció un control de la constitucionalidad apto para la protección de los derechos, incluidos los sociales. La protección que otorga la *tutela*, de fácil activación ante cualquier tribunal, ha permitido mediante el impulso de la Corte Constitucional generar una práctica de protección jurisdiccional activa y sólida. Dos ideas han sido claves en este proceso:⁵⁴ en primer lugar, la idea de la “conexidad”, de acuerdo con la cual dado que los derechos sociales (así, el derecho a recibir determinados medicamentos) están vinculados con los derechos civiles (en este caso con el derecho a la vida), entonces cabe su protección jurisdiccional, y en segundo lugar, y con mayor determinación, la vinculación de los derechos sociales con la dignidad humana. Como nos recuerda Uprimny: “Es claro que la intervención activa de la Corte al desarrollar los derechos sociales no habría sido necesaria si los otros actores políticos hubiesen realizado su tarea”.⁵⁵ De este modo, Uprimny nos muestra cómo esta tarea de la Corte forma parte de la teoría no-ideal.

Tal vez los casos más conocidos sean los de la protección de la salud, que comportan un claro coste económico para el Estado, y por ello ha abierto una gran controversia sobre la oportunidad del activismo judicial en este

⁵² Rawls, John, en Freeman, S. (ed.), *Collected..., cit.*, p. 455, nota 7.

⁵³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Abaramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Ferrajoli, Luigi, *Principia Juris...*, cit.; Tushnet, Mark, *Weak Courts...*, cit.

⁵⁴ Uprimny, Rodrigo, “La justiciabilidad de los DESC en Colombia en perspectiva comparada”, en Cervantes Alcayde, M. et al. (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, 2014, p. 72.

⁵⁵ Uprimny, Rodrigo, “The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”, en Gargarella, Roberto et al. (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, Ashgate, 2006, cap. 6, p. 131; *id.*, “La justiciabilidad...”, cit.

ámbito.⁵⁶ Sin embargo, por ejemplo, dado que la Constitución colombiana establece en su artículo 44, primer epígrafe:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia...

Entonces parece razonable obligar a proporcionar la asistencia médica necesaria a los niños con parálisis cerebral, como estableció la Corte (Sentencia T-408/2011).

Pero pensemos en otros casos en donde la colaboración entre la Corte, los responsables administrativos de las políticas públicas y las organizaciones de la sociedad civil establecieron una fructífera colaboración. Me refiero⁵⁷ a la tragedia del desplazamiento forzado de personas como causa de la violencia. En la sentencia T-025/2004, la Corte declaró este estado de cosas “inconstitucional” y ordenó el diseño e implementación de un programa tendente a corregir los fallos que condenaban a la miseria a millones de personas. Es un proceso que ha continuado hasta ahora, no exento de dificultades como es obvio, pero parece que la decisión de la Corte, en estos casos, está claramente justificada.⁵⁸

Podemos, entonces, decir que el modelo de Colombia consiste en que la Corte trata de determinar cuál es el contenido esencial de los derechos sociales constitucionalmente protegidos y, de acuerdo con ello, establece el perímetro de protección jurisdiccional. Los modelos de la India y de Sudá-

⁵⁶ Según Uprimny, Rodrigo, “The Enforcement...”, *cit.*, p. 134 los costes adicionales del Estado como consecuencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en este ámbito pasaron de dos millones de dólares en 1998 a siete millones en 1999.

⁵⁷ Uprimny, Rodrigo, “La justiciabilidad...”, *cit.*, pp. 86 y 87.

⁵⁸ No todos los casos de actuación de la Corte pueden ser considerados igualmente felices. Uprimny, Rodrigo, “La justiciabilidad...”, *cit.*, pp. 83-86, la Corte decidió (C-383/1999, C-747/1999 y C-700/1999), para proteger el derecho a la vivienda, ordenando reconsiderar todos los créditos hipotecarios de un sistema de financiamiento para la adquisición de la vivienda, que se vieron aumentados astronómicamente por una gran recesión y por una modificación del modo de cálculo de la deuda establecida por la autoridad monetaria. Como consecuencia, introdujeron mucha rigidez en el mercado hipotecario lastimándolo y, al parecer, sólo sirvió para rescatar los préstamos hipotecarios de la clase media, dejando a los más favorecidos desamparados.

frica son algo diferentes.⁵⁹ En el caso de la India, la Corte Suprema de este país no controla la constitucionalidad de las medidas establecidas por el legislador, pero una vez establecidas, *a posteriori*, hace responsable al Estado por los daños que causa su incumplimiento, como si fuesen acciones privadas por responsabilidad extracontractual. En el caso *Olga Tellis*,⁶⁰ por ejemplo, la Corte declaró nula la orden de desalojo de determinadas personas que vivían en el espacio público, dado que no se les ofrecía una alternativa de vivienda ni se les había advertido previamente, poniendo en peligro así sus mínimas condiciones de vida. Eran precisamente estos incumplimientos los que hacían responsable a la administración por causar tal vulnerabilidad. En Sudáfrica, en cambio, en un caso similar, *Grootboom*,⁶¹ la Corte Suprema estableció que el Estado tenía el deber de adoptar las medidas legislativas y administrativas razonables para lograr la efectiva protección del derecho, con los límites de los recursos disponibles. Es decir, la Corte sudafricana exige que se tomen las medidas de acuerdo con la Constitución, pero deja un margen de discrecionalidad a los poderes públicos para adoptarlas.⁶² Son tres modelos diversos de cooperación; son modelos necesarios si queremos que, en condiciones muy desfavorables, los derechos de todos sean honrados y respetados.

La mayoría de críticas a la justicia constitucional insisten en que ella lleva a un *activismo judicial* que, a menudo, suplanta la voluntad popular, expresaada legislativamente, por la voluntad de una determinada élite judicial. Sin embargo, las experiencias de Colombia, India y Sudáfrica muestran, creo, que es posible una tarea de protección jurisdiccional de los derechos constitucionales en diálogo permanente con las otras ramas del gobierno y con la ciudadanía. El modo de hacerlo, el lenguaje y las categorías que se usan, dependen del contexto, de la cultura jurídica, política y social de cada lugar. Como sucede tantas veces en política, no se halla predeterminado, está en permanente construcción. Al fin y al cabo, como también nos recuerda Rawls: “La Constitución no es lo que el Tribunal dice que es. Por el contra-

⁵⁹ Khosla, Madhow, “Making Social Rights Conditional: Lessons from India”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 8, 2010, pp. 739-765.

⁶⁰ *Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation*, (1985) 3 S.C.C. 545.

⁶¹ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2001 (1) SA 46 (CC).

⁶² Véase también para Sudáfrica, Ginsbourg, Tom y Dixon, Rosalind, “The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as «Insurance Swaps»”, *Public Law and Legal Theory Working Papers*, Chicago Unbound, University of Chicago Law School, 2013.

rio, es lo que el pueblo actuando constitucionalmente a través de las otras ramas del gobierno permite, en último término, al Tribunal decir qué es”.⁶³

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL ÚLTIMO RAWLS

La obra de Rawls es inmensa, llena de sugerencias e ideas originales hasta componer el mejor mosaico de la teoría de la justicia contemporánea. Por dicha razón, no es de extrañar que a veces se produzcan dudas acerca del compromiso auténticamente igualitario de su teoría.⁶⁴ Sin embargo, deseo terminar con un pasaje de Rawls, en una carta enviada a Van Parijs el 23 de junio de 1998, pocos años antes de su muerte, en el que si olvidamos la cuestión controvertida sobre el futuro político de la Unión Europea, y nos fijamos en el diagnóstico que contiene sobre la sociedad capitalista de su país, podremos apreciar el grado de su compromiso con el igualitarismo:

Una cuestión que los europeos deben responderse por sí mismos, si puedo lanzar esta sugerencia, es la de cuán lejos desean llevar su unión. Me parece que sería una gran pérdida si la Unión Europea se convirtiera en una unión federal como los Estados Unidos. Hay aquí un lenguaje común en el discurso político y una presta disposición a mudarse de un Estado a otro. No hay aquí un conflicto entre un mercado abierto, libre y extenso que comprenda toda Europa y los Estados-nación individuales, cada uno con sus instituciones sociales y políticas, las memorias históricas, y las tradiciones y formas de la política social. Con seguridad éstas son de gran valor para los ciudadanos de estos países y otorgan significado a sus vidas. El mercado abierto y extenso de toda Europa es el objetivo de los grandes bancos y de la clase empresarial capitalista cuya principal meta es sencillamente el mayor provecho. La idea del crecimiento económico, para ir hacia adelante, con ningún objetivo a la vista, se adecúa a esta clase perfectamente. Si hablan de distribución, es casi siempre únicamente en términos de *trickle down*. El resultado a largo plazo de esto —que ya lo tenemos en los Estados Unidos— es una sociedad civil inmersa en un consumismo carente de significado alguno. Yo no creo que esto sea lo que túquieres.⁶⁵

Y, estoy seguro, no es lo que quiere Rodolfo, y no es lo que quiero yo.

⁶³ Rawls, John, *Political..., cit.*, p. 237.

⁶⁴ Cohen, Gerald, *Rescuing..., cit.*

⁶⁵ Rawls, John y Van Parijs, Philippe, “Three Letters on The Law of Peoples and the European Union”, *Revue de Philosophie Économique. Autour de Rawls*, núm. 7, 2003, p. 9.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARRY, Brian, “John Rawls and the Search of Stability”, *Ethics*, núm. 105, 1995.
- BAYÓN, Juan Carlos, “Diritti, democrazia, costituzione”, *Ragion Pratica*, núm. 10, 1998.
- , “Derechos, democracia y Constitución”, *Discusiones*, núm. 1, 2000.
- , “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en BETEGÓN, J. et al. (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch*, Nueva Haven, Yale University Press, 1962.
- CARBONELL, Miguel, *La Constitución en serio*, México, Porrúa-UNAM, 2001.
- CELANO, Bruno, “Publicity and the Rule of Law”, en GREEN, L. y LEITER, B. (eds.), *Oxford Studies in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, II, cap. 4.
- , “Rule of law e particularismo ético”, en PINO, G. y VILLA, V. (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bolonia, Il Mulino, 2016.
- COHEN, Gerald, *Rescuing Justice and Equality*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.
- DELILLO, Don, *Zero K*, Nueva York, Scribner, 2016.
- DWORKIN, Ronald, “Does Britain Needs a Bill of Rights?”, en DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- ELY, John Hart, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- ESPING-ARDENSEN, Gosta, *The Three Models of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity Press, 1990.
- ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio, *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid, Trotta, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia Juris. Teoria generale del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, vol. I, 2007.
- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2009.

- FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- _____, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000.
- FREEMAN, Samuel, *Property-Owning Democracy and the Difference*, 2013.
- FULLER, Lon, *The Morality of Law*, Nueva Haven, Yale University Press, 1969.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- _____, “Il ruolo dei giudici di frente al «terreno prohibito»”, *Ragion Pratica*, núm. 10, 1998.
- _____, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999.
- _____, “El papel de los jueces frente al «coto vedado»”, *Discusiones*, núm. 1, 2000.
- _____, y OVEJERO, Félix, “Introducción: el socialismo, todavía”, en GARGARELLA, Roberto y OVEJERO, Félix (comps.), *Razones para el socialismo*, Barcelona, Paidós, 2001.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Representación y democracia”, *Doxa*, núm. 6, 1989.
- GINSBOURG, Tom y DIXON, Rosalind, “The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as «Insurance Swaps»”, *Public Law and Legal Theory Working Papers*, Chicago Unbound, University of Chicago Law School, 2013.
- GURDBAUM, Stephen, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- KHOSLA, Madhow, “Making Social Rights Conditional: Lessons from India”, *International Journal of Constitutional Law*, núm. 8, 2010.
- LAPORTA, Francisco J., “El ámbito de la Constitución”, *Doxa*, núm. 24, 2001.
- _____, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.
- LINARES, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- LORA, Pablo de, “La posibilidad del constitucional thayeriano”, *Doxa*, núm. 23, 2000.
- MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- MEADE, J. E., *Efficiency, Equality and the Ownership of Property*, Londres, George Allen & Unwin, 1964.
- MICHELMAN, Frank, “Constitutional Welfare Rights and A Theory of Justice”, en N., Daniels, (ed.), *Reading Rawls*, Oxford, Basil Blackwell, 1975.

- , “Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law”, en FREEMAN, S. (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- MORESO, Juan José, “Diritti e giustizia procedurale imperfetta”, *Ragion Pratica*, núm. 10, 1998a.
- , “Sulla portata del vincolo preventivo”, *Ragion Pratica*, núm. 10, 1998b.
- , “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones*, núm. 1, 2000a.
- , “Sobre el alcance del precompromiso”, *Discusiones*, núm. 1, 2000b.
- , *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- y MARTÍ, José Luis, “La constitucionalización del principio de la diferencia”, *Revista de ciencias sociales*, núm. 47, 2003.
- MURPHY, Liam y NAGEL, Thomas, *The Myth of Ownership. Taxes and Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- OKIN, Susan Moller, “Review of Political Liberalism”, *American Political Science Review*, núm. 87, 1995.
- O’NEILL, Martin, “Free (and Fair) Markets without Capitalism: Political Values, Principles of Justice, and Property-Owning Democracy”, en O’NEIL, Martiny y WILLIAMSON, Thad (eds.), *Property-Owning Democracy. Rawls and Beyond*, Oxford, Willey-Blackwell, 2012.
- PÁRAMO, Juan Ramón, “Compromisos, grilletes de arena y nudos corredizos”, en ZAPATERO, V. (ed.), *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2002, t. I.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- QUERALT, Jahel, “The Place of the Market in a Rawlsian Economy”, *Analyse & Kritik*, núm. 35, 2013.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- , *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993.
- , en FREEMAN, S. (ed.), *Collected Papers*, Cambridge, Harvard University Press, 1999b.
- , *A Theory of Justice*, 2a. ed., Cambridge, Harvard University Press, 1999b.

- , *Justice as Fairness. A Restatement*, en KELLY, E. (ed.), Cambridge, Harvard University Press, 2001.
- y VAN PARIJS, Philippe, “Three Letters on The Law of Peoples and the European Union”, *Revue de Philosophie Économique. Autour de Rawls*, núm. 7, 2003.
- RAZ, Joseph, “The Rule of Law and Its Virtue”, en RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, cap. 11.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Costituzionalismo e democrazia”, *Teoria Política*, núm. 1, 2003.
- SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2006.
- SCHMIDTZ, David, “Nonideal Theory: What It Is and What It Needs to Be”, *Ethics*, núm. 121, 2011.
- SEN, Amartya, *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- SIMMONS, A. John, “Ideal and Nonideal Theory”, *Philosophy & Public Affairs*, núm. 38, 2010.
- TUSHNET, Mark, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2009.
- UPRINMY, Rodrigo, “The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates”, en GARGARELLA, Roberto *et al.* (eds.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot, Ashgate, 2006, cap. 6.
- , “La justiciabilidad de los DESC en Colombia en perspectiva comparada”, en CERVANTES ALCAYDE, M. *et al.* (coords.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, 2014.
- VALENTINI, Laura, “Ideal vs. Non-Ideal Theory: A Conceptual Map”, *Philosophy Compass*, núm. 7, 2012.
- VAN PARIJS, Philippe (ed.), *Arguing for Basic Income*, Londres, Verso, 2002.
- , *Real Freedom for All. What (If Anything) Can Justify Capitalism?*, Oxford, Clarendon Press, 2005.
- VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Corte, jueces y política*, México, Fontamara, 2007.
- , “Justicia constitucional, derechos humanos y argumento contramayoritario”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010.
- , *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*, México, Fontamara, 2012.

- , “Justicia constitucional, argumento contramayoritario y derechos humanos”, en GÓMEZ, R. y DÍEZ, R. (coords.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013.
- WALDRON, Jeremy, “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 13, 1993a.
- , “John Rawls and the Social Minimum”, en WALDRON, Jeremy, *Liberal Rights. Collected Papers. 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993b.
- , *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- , “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006.
- , “The Concept and the Rule of Law”, *Georgia Law Review*, núm. 43 2008.
- , “Il Rule of Law’ è l’importanza della procedura”, en PINO, G. y VILLA, V. (eds.), *Rule of Law. L’ideale della legalità*, Bolonia, Il Mulino, 2016.
- WILLIAMS, Bernard, “A Fair State. Review of John Rawls”, *Political Liberalism’, London Review of Books*, 15, núm. 9, mayo de 1993.

ENTRE EL LIBERALISMO Y EL IGUALITARISMO. ANÁLISIS DEL DISCURSO DE LA SUPREMA CORTE EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE MATRIMONIO IGUALITARIO

Roberto NIEMBRO ORTEGA*

SUMARIO: I. *Planteamiento.* II. *La Suprema Corte y la lucha por el reconocimiento.* III. *Posibles enfoques para resolver el planteamiento sobre el matrimonio igualitario.* IV. *Ánalisis del discurso de la Suprema Corte mexicana en la jurisprudencia del matrimonio igualitario.* V. *Conclusión.*

I. PLANTEAMIENTO

Al igual que otros destacados filósofos del derecho, Rodolfo Vázquez ha dedicado buena parte de su trabajo a discutir y reflexionar sobre el estado de derecho, el constitucionalismo, la democracia y el liberalismo. Y así como en sus escritos ha defendido una deliberación incluyente y en condiciones de igualdad para la vida democrática, en este merecido homenaje se dispone a intercambiar ideas con algunos de los que nos hemos visto beneficiados con su trabajo intelectual. De hecho, gracias a su incansable labor, hoy en México tenemos programas de estudio, artículos, libros y seminarios de altísimo nivel dedicados a la reflexión sobre los temas enunciados.

Como dije, una de las cuestiones a los que ha enfocado su trabajo son las distintas versiones del liberalismo (libertario, perfeccionista e igualitario) y a defender el liberalismo igualitario. En su obra es posible advertir un compromiso con una concepción fuerte de la autonomía personal como con una concepción sustantiva de la igualdad. Por un lado, el principio

* Doctor en derecho constitucional por la Universidad Complutense de Madrid. Maestro en teoría del derecho por la Universidad de Nueva York (Hauser Global Scholar), diploma del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, especialista en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y en Derechos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid.

de autonomía —limitada por la dignidad— protege la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros, mientras que la igualdad requiere el trato igual a las personas, o un trato diferenciado si existen diferencias relevantes, así como la seguridad de una participación equitativa en los recursos o bienes disponibles.¹ La libertad y la igualdad, nos dice, no son valores en tensión, pues el primero

es un valor sustantivo, cuya extensión no depende de cómo está distribuido entre diversos individuos, ni incluye *a priori* un criterio de distribución. En cambio, la igualdad es en sí misma un valor adjetivo que se refiere a la distribución de algún otro valor. La igualdad no es valiosa si no se predica de alguna situación o propiedad que es en sí misma valiosa.²

Este trabajo tiene como objetivo reflexionar sobre las distintas formas en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha protegido la libertad y la igualdad de las parejas homosexuales que han reclamado ante ésta su derecho a contraer matrimonio. Para ello, es necesario analizar el discurso que la Corte utiliza en las sentencias a través de las cuales reconoce la constitucionalidad de dicho derecho.³ Al referirme al discurso asumo que la Corte habla a través de sus sentencias y que lo que dice o deja de decir, así como la forma en que lo dice es relevante para lograr la igual consideración y respeto de todos los individuos y, en concreto, de la comunidad homosexual.⁴

¹ Vázquez, Rodolfo, “Principios, derechos humanos y valores cívicos. Un enfoque liberal igualitario”, en Florescano, Enrique y Cossío, José Ramón (coords.), *Hacia una nación de ciudadanos*, México, Fondo de Cultura Económica-Conaculta, 2014, pp. 16 y 17.

² Vázquez, Rodolfo, “Liberalismo igualitario y autonomía personal”, *Liberalismo, Estado de Derechos y Minorías*, México, Paidós-UNAM, 2001, pp. 31 y 32.

³ Terry Eagleton se refiere a la ideología como una cuestión de discurso, conforme a la cual interesa saber quién dice qué, a quién, y con qué propósitos. Lo sobresaliente de la ideología como discurso es cuáles son los intereses de poder que sirve y los efectos políticos que genera en un contexto social determinado. Eagleton, Terry, *Ideology. An Introduction*, 3a. ed., Verso, 2007, p. 9.

⁴ Como explica Dworkin, el derecho a la igual consideración y respeto implica, por un lado, dar un trato igual en la distribución de bienes, oportunidades y libertades y, por el otro, ser tratado como un igual —ser tomado en cuenta— al tomar la decisión política de cómo serán distribuidos esos bienes, oportunidades y libertades. Como veremos más adelante, en el caso del matrimonio igualitario dar un trato igual significa otorgar los mismos derechos, mientras que tratar como iguales significa reconocer el mismo valor de las relaciones homosexuales y heterosexuales. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977, p. 273.

Asimismo, un análisis pormenorizado del discurso de la Corte nos brinda los siguientes beneficios: por un lado, nos permite vislumbrar importantes diferencias en la concepción que tienen los ministros sobre el tipo de reclamos que presentan la exclusión de las parejas homosexuales del derecho al matrimonio, así como la mejor forma de responderlos⁵ y, por el otro, nos da las bases para criticar y exigir un mejor discurso a nuestra Corte.

El artículo está dividido en cuatro apartados. En el primero planteo muy brevemente la concepción de la justicia constitucional de la que parto y el tipo de reclamo que conlleva el litigio sobre el matrimonio igualitario, lo cual nos obliga a reflexionar sobre lo que puede considerarse minorías sociales o grupos subordinados para la teoría constitucional y la trascendencia que tiene para el discurso de las sentencias. En segundo lugar explico los enfoques liberal-no comparativo e igualitario-comparativo con el que puede abordarse la constitucionalidad de la inclusión o exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio. En tercer lugar, teniendo en cuenta el tipo de reclamo que se nos plantea, el carácter minoritario de la comunidad homosexual basado en prejuicios y los enfoques liberal e igualitario, analizo el discurso que utiliza la Suprema Corte para resolver estos asuntos. Finalmente presento algunas conclusiones.

II. LA SUPREMA CORTE Y LA LUCHA POR EL RECONOCIMIENTO

De acuerdo con una concepción deliberativa de la justicia constitucional,⁶ dos de las funciones que cumplen las cortes supremas es participar en el diálogo constitucional proveyendo de nuevos argumentos o criticar otros ya tenidos en cuenta en sede parlamentaria, así como garantizar la deliberación y participación igualitaria en la esfera pública, para lo cual debe, entre otras cosas, igualar las oportunidades para participar discursivamente en el debate público. En nuestros tiempos, la participación igualitaria en la esfera pública tiene como fin influir a los otros ciudadanos y conformar la opinión pública o comunicar algo a los representantes.

Es cierto que la justicia constitucional no puede asegurarnos que todos tengamos el mismo nivel de influencia en los demás o en la conformación

⁵ Lo que se refleja en las sentencias en las que son ponentes.

⁶ Por razones de espacio no puedo detenerme a explicar esta concepción de la justicia constitucional, por lo que me permito remitir a mi trabajo *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2016.

de la opinión pública,⁷ pero sí puede reducir la desigualdad de oportunidades en atención al derecho de igualdad política, “según el cual todos los ciudadanos deben poder participar en condiciones de igualdad en el autogobierno de su comunidad”.⁸ En otras palabras, debe preservar la igualdad de oportunidades de participación más no igualar la eficacia de sus distintos tipos.⁹

Uno de los obstáculos para esta participación social igualitaria es la existencia de prejuicios en contra de individuos o grupos que se reproducen a través de los mensajes que transmiten, entre otros, ciertas leyes. De acuerdo con esta concepción, las leyes cumplen una función simbólica y expresiva muy poderosa de la cultura dominante y son objeto de disputas culturales. Así, cuando se impugna una ley que está basada en prejuicios y conlleva este tipo de mensajes estigmatizantes, las cortes están obligadas a reconocer esta vertiente del reclamo. En efecto, cuando una corte suprema se pronuncia sobre la constitucionalidad de una ley que excluye a un individuo o grupo con base en un prejuicio que reproduce, no sólo toma una decisión legal de compatibilidad o no de la ley con la Constitución, sino que puede tomar partido en la disputa cultural y defender nuevos significados que combaten la subordinación. Incluso, puede ser un motor de cambio y de inclusión.¹⁰

En esta tesitura, el discurso que utiliza la Corte para reconocer la constitucionalidad del matrimonio igualitario no es un tema baladí. Qué es lo que dice y lo que deja de decir es sumamente relevante para la lucha del reconocimiento de la comunidad homosexual, es decir, para lograr su participación social como iguales.¹¹ Como se sabe, es posible distinguir entre reclamos de justicia redistributivos y de reconocimiento. Los primeros se refieren a la redistribución de recursos económicos, mientras que los segundos buscan una relación recíproca ideal entre sujetos en la que cada uno ve

⁷ Véase Dworkin, Ronald, “Political equality”, *Sovereign Virtue*, 4a. ed., Harvard University Press, 2002, pp. 194-198.

⁸ Martí, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 262.

⁹ Urbinati, Nadia, “Free Speech as the Citizen’s Right”, *Citizens Divided, Campaign Finance Reform and the Constitution*, Harvard University Press, 2014, pp. 136, 137 y 139; Habermas, Jürgen, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, trad. de Thomas Burger, MIT Press, 1991, p. 227.

¹⁰ Karst, Kenneth L., *Law’s Promise, Law’s Expression Visions of Power in the Politics of Race, Gender, and Religion*, Yale University Press, 1993, pp. 3, 7, 8, 9 y 202.

¹¹ Sobre la importancia del reclamo de reconocimiento en el litigio del matrimonio igualitario, véase Clérigo, Laura, “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, en Clérigo, Laura (coord.), *Matrimonio igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, Buenos Aires, Eudeba, 2010, pp. 139-164.

al otro como su igual. Los reclamos de reconocimiento se enfrentan a injusticias culturales derivadas de patrones de representación, interpretación y comunicación que impiden la igualdad de oportunidades para conseguir la estima social. En la mayoría de los casos ambos reclamos interactúan y requieren de respuestas que atiendan las dos vertientes.¹² Como veremos enseguida, los reclamos de reconocimiento están vinculados con el aspecto social que define a una minoría social o a un grupo subordinado.

La definición clásica de minorías sociales deriva de la nota al pie número cuatro, párrafo tercero del caso *Carolene Products*,¹³ de la Corte Suprema estadounidense, que establece la posibilidad de una exigencia especial de justificación de las decisiones que afecta minorías discretas e insulares contra las que hay un prejuicio que nos les permite utilizar el proceso político para defender sus intereses. Esta nota al pie ha sido interpretada por Ely, quien señala que si bien estas minorías pueden estar técnicamente representadas se hallan en una situación funcional de impotencia, al encontrarse durante largos periodos de tiempo en un estado permanente de incapacidad para protegerse políticamente (por bloqueos oficiales o extraoficiales a sus argumentos) de tratos menos favorables comparados con los que se dan a la mayoría, la que se los niega por simple hostilidad o por negarse prejuiciadamente a reconocer una comunidad de intereses.¹⁴

Ely llama la atención sobre los dos componentes que tiene la fórmula de *Carolene*: el político y el social. Así, dice Ely que si bien el acceso político es importante, mientras no se tenga la mayoría un grupo minoritario no puede protegerse contra la hostilidad declarada o corregir los prejuicios. De

¹² Fraser, Nancy, “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en Fraser, Nancy y Honneth, Alex, *Redistribución o reconocimiento?*, trad. de Pablo Manzano Morata, Madrid, Paideia, 2006, pp. 17, 20 y 22.

¹³ 304 U.S. 144, 1938. La nota al pie dice lo siguiente: “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when *legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution*, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth...

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation...

Nor need we inquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious... or national... or racial minorities... whether prejudice against *discrete and insular minorities* may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.”

¹⁴ Hart Ely, John, *Democracia y desconfianza*, trad. de Magdalena Holguín, Siglo del Hombre Editores, 1997, pp. 109, 127, 130, 186 y 202.

ahí que sea importante que las interrelaciones sociales aumenten, pues pueden ayudar a disminuir la hostilidad o los estereotipos y como consecuencia permitir la cooperación política.¹⁵

Por su parte, en 1985 Bruce Ackerman propuso dejar atrás las características de discretas e insulares, entendiendo por discretas aquellas minorías que pueden ser identificadas por un rasgo visible, e insulares a aquellas que conviven recurrentemente y han generado una comunidad. Esto, pues dichas características les permitirían actuar organizadamente en su beneficio.¹⁶ En lugar de proteger minorías discretas e insulares como las personas de color, sugiere que los estándares de revisión más exigentes se apliquen para proteger minorías anónimas y/o difusas. El carácter anónimo se refiere a la posibilidad que tienen sus integrantes de mantener en privado la característica que los hace una minoría, por ejemplo, la homosexualidad, pues tienen un incentivo para no organizarse y pasar desapercibidos. Por su parte, el carácter difuso se refiere al nivel de interacción entre sus miembros, por ejemplo, las mujeres, que si bien son una minoría discreta son difusas.¹⁷ Para Ackerman, no es que el prejuicio en contra de las minorías discretas e insulares sea algo del pasado, sino que éstas tienen mayores posibilidades de protegerse políticamente si se les compara con las minorías anónimas y difusas.¹⁸

Una tercera propuesta vino de la pluma de Kenji Yoshino, quien en 2010 puso en cuestión que el carácter difuso y anónimo de la comunidad gay les haya impedido obtener poder político.¹⁹ Asimismo, critica la consideración hecha en el caso *Frontiero*,²⁰ en el que una pluralidad de jueces dijo

¹⁵ *Ibidem*, p. 195.

¹⁶ Ackerman, Bruce, “Beyond Carolene Products”, *Harvard Law Review*, vol. 98, núm. 4, p. 724.

¹⁷ *Ibidem*, p. 729.

¹⁸ *Ibidem*, p. 737. Cabe destacar que Ackerman apunta muy bien a la inevitabilidad de hacer consideraciones sustantivas —en contraposición a procedimentales— al proteger minorías, pues determinar si algo es un prejuicio o no involucra ese tipo de argumentos. Además, llama la atención sobre como la fórmula de Carolene Products se refiere a dos problemas distintos, el primero son las desventajas sistemáticas que sufren ciertos grupos para defendirse en el proceso político, y el segundo es el prejuicio como cuestión sustantiva. *Ibidem*, pp. 739-741.

¹⁹ Yoshino, Kenji, “The Gay Tipping Point”, *UCLA Law Review*, vol. 57, p. 1542; *id.*, “Assimilationist Bias in the Equal Protection. The Visibility Presumption and the Case of Don’t Ask, Don’t Tell”, *Yale Law Journal*, vol. 108, 1998, pp. 565 y 566. En un trabajo anterior Yoshino distingue entre una parte de la comunidad gay que es anónima y difusa y otra que es discreta e insular. *Id.*, “Suspect Symbols: The Literary Argument for Heightened Scrutiny for Gays”, *op. cit.*, p. 1809.

²⁰ 411 U.S 677 (1973).

que las mujeres podían ser consideradas sin poder a pesar de su número, al estar infrarrepresentadas en los *councils*. Para Yoshino éste es un estándar muy indulgente, pues casi cualquier grupo puede aducir o formular este argumento. También critica el estándar del caso *Cleburne*,²¹ según el cual las personas con retraso mental no podían considerarse sin poder porque habían podido atraer la atención de los legisladores, pues nada más los que fueran desatendidos sistemáticamente serían considerados sin poder, lo que es un estándar muy exigente.²² Por tanto, propone una aproximación flexible para fijar quiénes no tienen poder político, para lo cual deben atenderse diversos factores: 1) ingreso y riqueza del grupo, 2) salud y longevidad, 3) protección frente a la violencia pública y privada, 4) posibilidades de ejercer sus derechos políticos, 5) nivel de educación, 6) posición social, y 7) existencia de prejuicios en su contra.²³

Para Owen Fiss los grupos son aquellos que tienen una identidad y existencia separada del resto, y la identidad de los integrantes se define por la pertenencia al grupo, su estatus social está vinculado al mismo y la manera de actuar de los demás está basada en esta perspectiva. Además, hay una interdependencia entre la identidad y el bienestar de los miembros del grupo y la identidad y bienestar del grupo. Ahora bien, el carácter subordinado del grupo deriva de una posición social muy mala y de carecer de poder político (por razones económicas, numéricas y derivadas del prejuicio), aumentado al tiempo que llevan ocupando dicho lugar. Para Fiss, el caso es el de la comunidad negra.²⁴ Los grupos se distinguen de las clases derivadas de una clasificación legislativa, como podría ser los que resultan de una categorización impositiva. En un análisis de igualdad lo relevante no es que la clasificación se haga con base en una categoría sospechosa, sino el efecto que tiene en dañar el estatus del grupo.²⁵

A este tipo de aproximación Roberto Saba la denomina “desigualdad estructural”, según la cual el ideal de no arbitrariedad es insuficiente o incompleto. En esta lógica, para tratar realmente igual a las personas es ne-

²¹ 473 U.S. 432 (1985).

²² *Ibidem*, pp. 1542 y 1543. El indicio de que un grupo ha podido llamar la atención de los legisladores es la cantidad de legislación aprobada que le favorece, “Suspect Symbols...”, *cit.*, p. 1805.

²³ *Ibidem*, p. 1543; *id.*, “Asimmilationist Bias...”, *cit.*, pp. 565 y 566.

²⁴ Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, núm. 5, 1976, pp. 107-117. En este trabajo citaré la traducción al español “Grupos y la cláusula de la igual protección”, en Roberto Gargarella, *Derecho y grupos desventajados*, trad. de Roberto Gargarella y Gustavo Maurino, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 138-141.

²⁵ *Ibidem*, pp. 142, 143 y 146.

cesario atender al contexto y al grupo al que pertenecen, pues dependiendo del contexto medidas que parecen neutrales pueden no serlo. Por el hecho de que la persona pertenezca a un grupo puede ser objeto de una exclusión sistemática y, por tanto, requerir de un trato distinto.²⁶

En mi opinión, la idea de minorías sean discretas y/o insulares, anónimas y/o difusas, etcétera, o de grupos subordinados, nos llama la atención sobre el trato sistemático²⁷ menos favorable que se da a un grupo de personas. Este trato se debe a que no tienen derecho al voto, tienen dificultades para organizarse, la existencia de prejuicios o por alguna otra causa que les impide hablar, ser escuchados y debatir en condiciones de igualdad sobre los méritos de sus intereses, expectativas, etcétera, o combatir los prejuicios.

Lo perverso de la situación de las minorías y de los grupos desaventajados es que para revertir el trato discriminatorio al que se ven sujetas tendrían que poder cambiar o combatir las condiciones que les impiden participar en condiciones de igualdad y, eventualmente, ganar votaciones en el Parlamento. Sin embargo, no pueden hacerlo ya que esas condiciones están más allá de su alcance. Así, al ser minorías que no tienen derecho al voto no pueden participar en el Parlamento y, lógicamente, no pueden dotarse del derecho al voto; al ser minorías anónimas y difusas tienen dificultades para organizarse políticamente y ser escuchadas, derivadas de condiciones que no pueden modificar sus integrantes, o siendo minorías que si bien están organizadas políticamente no son escuchadas por las mayorías que tienen prejuicios en su contra, lo que no pueden cambiar por sí solos.

Por tanto, debemos distinguir entre los diferentes problemas que aquejan las minorías. Algunas no tienen voz, otras tienen serias dificultades intrínsecas para organizarse y otras, aunque organizadas, no son escuchadas por la mayoría al ser objeto de prejuicios.²⁸ El rasgo común es que por distintas razones no pueden participar en condiciones de igualdad y las condiciones que se lo impiden no pueden cambiarlas por sí solas.

Tratándose de la comunidad homosexual, estimo que el aspecto social que la hace una minoría social son los prejuicios que existen sobre su in-

²⁶ Saba, Roberto, “(Des) igualdad estructural”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El derecho a la igualdad*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, pp. 185 y 191.

²⁷ Como señala Fraser, cuando los arreglos sociales benefician sistemáticamente a unos y perjudican a otros, hay razones *prima facie* para pensar que el “bien común” es una mistificación, por lo que cualquier consenso en este contexto social debe ser visto con sospecha. Fraser, Nancy, “Rethinking the Public Sphere: A contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, en Calhoun, Craig, *Habermas and the Public Sphere*, MIT University Press, 1992, p. 131.

²⁸ No descarto la posibilidad de que una minoría sufra de los tres problemas.

capacidad para tener parejas estables o para criar hijos en un ambiente sano.²⁹ De esa manera, al abordar el litigio sobre el matrimonio igualitario los jueces deben responder tanto al reclamo de reconocimiento como al de distribución de derechos, y para abordar el reclamo de reconocimiento es necesario hacer frente a los prejuicios que existen en su contra, atender al contexto en que se expide la legislación y optar por un análisis que considere igualmente sus capacidades.³⁰ Este último tema nos lleva a plantearnos los posibles enfoques para resolver el litigio sobre el matrimonio igualitario.

III. POSIBLES ENFOQUES PARA RESOLVER EL PLANTEAMIENTO SOBRE EL MATRIMONIO IGUALITARIO

El reconocimiento del derecho al matrimonio de los homosexuales puede ser enfocado, por lo menos, de dos maneras distintas: a) liberal-no comparativo, b) igualitario-comparativo. En la práctica jurisdiccional, estos dos enfoques pueden mezclarse, sin embargo, en teoría es posible diferenciarlos. De hecho, en los casos en que una sentencia utiliza más de un enfoque suele darse preponderancia a alguno de ellos.

No hay que perder de vista que si estos dos enfoques se analizan desde el resultado de (in)constitucionalidad de las disposiciones que excluyen a las parejas homosexuales, no hay una diferencia importante, pues ambos concluyen con la declaración de inconstitucionalidad y el otorgamiento del derecho a contraer matrimonio a las parejas homosexuales, es decir, dan un trato igual en la distribución de libertades, lo que ya de por sí es una forma de inclusión.³¹ Ahora bien, si se analizan desde el discurso que se utiliza para declarar la inconstitucionalidad, entonces sí hay diferencias relevantes. En efecto, desde el punto de vista del discurso no tienen los mismos méritos,

²⁹ De acuerdo con la encuesta de BGC, Beltrán Juárez y Asociados, publicada en el periódico *Excélsior* el 23 de mayo de 2016, en dicho mes y año, 65% de los entrevistados están de acuerdo con el matrimonio homosexual a nivel nacional mientras que 34% está en desacuerdo. Por su parte, 43% está a favor de reconocerles el derecho de adopción y 58% en contra.

³⁰ No hay que perder de vista que una de las propiedades que caracterizan a la persona desde el punto de vista una concepción liberal es que están constituidas por su capacidad de elegir fines, adoptar intereses y formar deseos. Esta capacidad es previa a cualquier fin, interés o deseo. Vázquez, Rodolfo, “Principios, derechos...”, *cit.*, p. 19.

³¹ Aunque también hay quien piensa que la inclusión de los homosexuales en el matrimonio refuerza la discriminación hacia las parejas que no están casadas. Warner, Michael, “Beyond Gay Marriage”, en Brown, Wendy y Halley, Janet (eds.), *Left Legalism/Left Critique*, Duke University Press, 2002, pp. 81-147.

particularmente por lo que se dice o deja de decir en relación con el aspecto cultural o social que excluye a los miembros de la comunidad homosexual del matrimonio, es decir, con los prejuicios que existen sobre sus relaciones y su capacidad para criar hijos, lo que contribuye o no a tratarlos como iguales.

La diferencia entre los enfoques liberal-no comparativo e igualitario-comparativo tiene como base la distinta concepción del mal que genera la discriminación. Mientras el enfoque liberal-no comparativo estima que el mal de la discriminación es la privación de una libertad,³² el enfoque igualitario-comparativo estima que el mal de la discriminación consiste en no tratar a las personas como iguales.³³

1. *Liberal-no comparativo*

En primer término, lo que caracteriza a este enfoque es la falta de referencia al aspecto social que define a una minoría social y la indiferencia al contexto en que se hacen las distinciones legislativas.³⁴ Así, se considera innecesario combatir el prejuicio que existe en contra de las personas homosexuales y se omiten consideraciones relativas al carácter subordinado o no del grupo.

En segundo lugar, desde un punto de vista metodológico, se conceptualiza el matrimonio a luz de la moral social vigente y de la concepción de familia. Posteriormente, se analiza si el acceso al matrimonio (como uno de los medios para conformar una familia) está o no protegido por un derecho fundamental como el libre desarrollo de la personalidad. Si el matrimonio está protegido *prima facie* por el libre desarrollo de la personalidad, entonces

³² Una de las principales defensoras de esta aproximación es Moreau, Sophia, “What is Discrimination?”, *Philosophy & Public Affairs*, año 38, núm. 2, pp. 143-179; *id.*, “In Defense of a Liberty-based Account of Discrimination”, en Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, 2013.

³³ Una de las defensoras de esta perspectiva es Hellman, Deborah, “Equality and Unconstitutional Discrimination”, en Hellman, Deborah y Moreau, Sophia (eds.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford, 2013; *id.*, *When is Discrimination Wrong?*, Harvard University Press, 2011.

³⁴ Me refiero al contexto social en el que se legisla, el cual puede servir para aclarar que una distinción que podría parecer “neutral” en realidad busca perjudicar a la comunidad homosexual. Como veremos más adelante con el caso de Campeche, la atención o no al contexto social es relevante. Así, mi preocupación por el contexto no quiere sugerir que el derecho de las parejas homosexuales a contraer matrimonio se pueda negar según el contexto. Agradezco a Rodolfo Vázquez por llamar mi atención sobre este punto.

la pregunta subsecuente es si la restricción a dicha libertad —exclusión de los homosexuales del acceso al matrimonio— está basada en un criterio razonable. Para ello, se analiza si la orientación sexual es un criterio constitucionalmente permisible para excluir a los homosexuales de esa libertad (con especial rigor al tratarse de una categoría sospechosa).³⁵ En otras palabras, la pregunta es si en atención a la naturaleza o definición del matrimonio las parejas homosexuales se adecuan a sus fines.

Conforme a esta perspectiva, no es necesario hacer un análisis comparativo entre las relaciones que están incluidas y las que están excluidas, sino en atención a las características de la institución se analiza si los homosexuales deben estar o no incluidos en el ámbito de protección de la libertad. Es un análisis primordialmente abstracto de la restricción *prima facie* de una libertad, aunque eso no impide que se haga un análisis comparativo, pero éste es secundario.³⁶

³⁵ Hellman, Deborah, “Equality and...”, *cit.*, pp. 52, 57.

³⁶ Un ejemplo de esta aproximación puede verse en la tesis 1a./J. 55/2006 de la Primera Sala, de rubro y texto: IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley (en relación con su contenido). El principio de igualdad debe entenderse como la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, de ahí que en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, mientras que en otras estará permitido o, incluso, constitucionalmente exigido. En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Por último, es de gran importancia determinar en cada caso respecto de qué se está predicando con la igualdad, porque esta última constituye un principio y un derecho

El inconveniente de este enfoque es que no se combate discursivamente los prejuicios en contra de los homosexuales y pasa por alto la importancia del contexto en que opera la ley.³⁷

Además, el estudio basado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad puede guardar silencio sobre cosas que es importante decir. Por ejemplo, un análisis puro desde el libre desarrollo de la personalidad no tiene por qué hacer como punto de partida una comparación entre las relaciones de los homosexuales y los heterosexuales, pues basta con decir que la orientación sexual no es una razón para restringir el acceso al matrimonio.³⁸

Finalmente, no debe perderse de vista que conforme a este enfoque es posible concluir que la privación del derecho al matrimonio para las parejas homosexuales conlleva también una violación refleja al derecho a la igualdad, al constatarse que existen injustificadamente dos *regímenes* distintos para las parejas homosexuales y las parejas heterosexuales que priva a los primeros de una libertad. Sin embargo, para concluir que se viola el derecho a la igualdad como efecto reflejo no se hace una comparación *fáctico-valorativa* entre las parejas homosexuales y heterosexuales, pues basta con constatar que no tienen los mismos derechos. De esta manera, si bien se constata la violación al derecho a la igualdad, la similitud entre las capacidades de las parejas homosexuales y heterosexuales para constituir relaciones afectivas estables juega un papel secundario para sustentar la conclusión; además, no se combaten las bases culturales que la sostienen.

de carácter fundamentalmente adjetivo que se predica siempre de algo, y este referente es relevante al momento de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, porque la norma fundamental permite que en algunos ámbitos el legislador tenga más amplitud para desarrollar su labor normativa, mientras que en otros insta al juez a ser especialmente exigente cuando deba determinar si el legislador ha respetado las exigencias derivadas del principio mencionado.

³⁷ Karst, Kenneth L., *Law's Promise...*, cit., p. 182, 186.

³⁸ Piénsese, por ejemplo, en el amparo en revisión 237/2014 conocido como el caso “mariguana”, en el cual se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248, todos de la Ley General de Salud con base en un análisis de proporcionalidad de la restricción que suponen el libre desarrollo de la personalidad. En ese caso, es muy claro que el libre desarrollo de la personalidad protege la autonomía de las personas para tomar la decisión de consumir mariguana para fines lúdicos y, en consecuencia, también a todas las *acciones* necesarias para poder estar en posibilidad de llevar a cabo el autoconsumo (siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, etcétera), sin que la Corte haga una valoración positiva o negativa de la decisión.

2. *Igualitario-comparativo*

A diferencia del enfoque liberal-no comparativo, en el enfoque igualitario-comparativo sí se hace referencia al prejuicio que sostiene la discriminación de las parejas homosexuales, el carácter histórico de esos prejuicios y presta atención al contexto en que se hacen las distinciones legislativas, pues considera que las distinciones que hace la ley adquieren un significado según el contexto y la cultura, lo que es relevante para su evaluación constitucional.³⁹

Por otro lado, desde un punto de vista metodológico, el *punto de partida no es* definir la institución y valorar si la orientación sexual es una razón para excluir a personas del matrimonio, sino comparar si las parejas heterosexuales y las homosexuales son similares en la propiedad de comparación relevante para efectos de acceso al matrimonio.⁴⁰ Para ello se fija un punto de comparación fáctico-valorativo (la capacidad de establecer relaciones estables o la orientación sexual) y se dice si los sujetos, hechos, situaciones, etcétera, comparados son o no similares en el punto de comparación.

Fijar cuál es el punto de comparación (*v. gr.* capacidad para establecer relaciones estables o la orientación sexual) y si los sujetos comparados están en una situación similar, conlleva un juicio de valor. Es decir, no es una mera elección de una propiedad fáctica, sino de la propiedad fáctica que se considera relevante según la valoración del operador jurídico.⁴¹ Y una vez que establecemos que las relaciones son similares en la propiedad relevante, en principio, deben ser tratadas de igual manera, salvo que exista una razón suficiente para tratarlos de manera desigual.⁴²

Lo que es notable desde el punto de vista discursivo es que hay que definir el término de comparación fáctico-valorativo y si los sujetos, hechos, situaciones, etcétera, son similares desde ese punto de vista.⁴³ De esta mane-

³⁹ Hellman, Deborah, *When is..., cit.*, p. 25.

⁴⁰ Hellman, Deborah, “Equality and...”, *cit.*, p. 53.

⁴¹ Alexy, Robert, “El derecho general de igualdad”, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 381-418.

⁴² La carga de la argumentación está en quien argumenta en contra de la igualdad, una vez que se ha considerado que están en una situación de hecho equivalente. *Ibidem*, p. 360.

⁴³ Un ejemplo de este tipo de aproximación comparativa puede verse en la tesis 2a./J. 42/2014 de la Segunda Sala, de rubro y texto: IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA. La igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos, ya que un régimen jurídico no es discriminatorio en sí mismo, sino únicamente en relación con otro. Por ello, el control de la cons-

ra se toma una postura sobre si existe un término de comparación entre las parejas y cuál debe ser, por ejemplo, la capacidad de constituir relaciones estables o la orientación sexual.

Eso no significa que el análisis comparativo prescinda de una conceptualización del matrimonio, sino que esta conceptualización es concomitante y está modulada por el análisis comparativo. Así, la forma de concebir el matrimonio está determinada por el punto de partida que encuentra una similitud entre las parejas homosexuales y las heterosexuales en la propiedad relevante. En otras palabras, el propósito y la definición del matrimonio se adecuan a las capacidades e intereses similares de las parejas homosexuales y heterosexuales, pues el derecho a la igualdad así lo requiere.

titudinalidad de normas que se estiman violatorias de la garantía de igualdad no se reduce a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que incluye otro régimen jurídico que funciona como punto de referencia a la luz de un término de comparación relevante para el caso concreto. *Por tanto, el primer criterio necesario para analizar una norma a la luz de la garantía de igualdad consiste en elegir el término de comparación apropiado, que permita comparar a los sujetos desde un determinado punto de vista y, con base en éste, establecer si se encuentran o no en una situación de igualdad respecto de otros individuos sujetos a diverso régimen y si el trato que se les da, con base en el propio término de comparación, es diferente.* En caso de que los sujetos comparados no sean iguales o no sean tratados de manera desigual, no habrá violación a la garantía individual en cuestión. Así, una vez establecida la situación de igualdad y la diferencia de trato, debe determinarse si la diferenciación persigue una finalidad constitucionalmente válida. Al respecto, debe considerarse que la posición constitucional del legislador no exige que toda diferenciación normativa esté amparada en permisos de diferenciación derivados del propio texto constitucional, sino que es suficiente que la finalidad perseguida sea constitucionalmente aceptable, salvo que se trate de una de las prohibiciones específicas de discriminación contenidas en el artículo 1o., primer y tercer párrafos, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues respecto de éstas no basta que el fin buscado sea constitucionalmente aceptable, sino imperativo. La siguiente exigencia de la garantía de igualdad es que la diferenciación cuestionada sea adecuada para el logro del fin legítimo buscado; es decir, que la medida sea capaz de causar su objetivo, bastando para ello una aptitud o posibilidad de cumplimiento, sin que quepa exigir que los medios se adecuen estrechamente o estén diseñados exactamente para lograr el fin en comento. En este sentido, no se cumplirá el requisito de adecuación cuando la medida legislativa no contribuya de modo alguno a la obtención de su fin inmediato. Tratándose de las prohibiciones concretas de discriminación, en cambio, será necesario analizar con mayor intensidad la adecuación, siendo exigible que la medida esté directamente conectada con el fin perseguido. Finalmente, debe determinarse si la medida legislativa de que se trate resulta proporcional, es decir, si guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar, lo que supone una ponderación entre sus ventajas y desventajas, a efecto de comprobar que los perjuicios ocasionados por el trato diferenciado no sean desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos. De ahí que el juicio de proporcionalidad exija comprobar si el trato desigual resulta tolerable, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido, en el entendido de que mientras más alta sea la jerarquía del interés tutelado, mayor puede ser la diferencia.

Alguien puede pensar que no es necesario fijar ese término de comparación, pues se puede presumir que las parejas homosexuales y heterosexuales deben ser tratadas de igual manera. Sin embargo, lo cierto es que la regla de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales no implica una presunción en abstracto a favor del trato igual o del trato desigual.⁴⁴ La presunción a favor del trato igual sólo puede establecerse una vez que se fija la similitud en la propiedad que se considere relevante.⁴⁵ Además, desde un punto de vista discursivo, no hacer la comparación explícita es una falencia grave, pues implicaría dejar de decir que las parejas homosexuales tienen la misma capacidad para establecer relaciones estables, lo que desde el reclamo de reconocimiento es importante decir.

Una vez que se define la propiedad fáctico-valorativa y se estima que existe similitud, entonces debe tratarse de igual manera a los sujetos comparados. La pregunta subsecuente es si el criterio de clasificación justifica que no tengan el mismo régimen (justifique un trato desigual), para lo cual pueden aplicarse los mismos pasos que en el test de proporcionalidad. Así, la diferencia con el enfoque liberal-no comparativo radica en el punto de partida, pues el enfoque igualitario-comparativo obliga a fijar un punto de comparación —excluyendo otros— y a pronunciarse sobre si hay similitud o no entre los sujetos comparados. Y en caso de darse la similitud, entonces debe darse el mismo trato. Eso no sucede en el enfoque liberal. En el enfoque liberal basta con afirmar que en atención a las características de la institución del matrimonio no se justifica que la orientación sexual sea un criterio para excluir a los homosexuales de esa institución. Es decir, no se dice necesariamente que las relaciones de los homosexuales y los heterosexuales son comparables y similares por su capacidad de constituirse en relaciones estables y, por tanto, que debe tratárseles igual.

El hecho de que el punto de partida sea tomar postura sobre cuál es el término de comparación fáctico-valorativo adecuado y sobre la similitud o no de las relaciones homosexuales y heterosexuales no es baladí para el reclamo de reconocimiento, ya que posiciona culturalmente a las parejas homosexuales como parejas merecedoras del mismo respeto y consideración social. Además, una vez establecido que las relaciones son similares en la característica relevante, la pregunta se invierte, pues ya no se trata de verificar

⁴⁴ Westen, Peter, “The Empty Idea of Equality”, *Harvard Law Review*, vol. 95, núm 3, pp. 571-575.

⁴⁵ Sobre este punto, Sadurski reprocha a Alexy que la carga de la argumentación en contra de la igualdad no puede ser en abstracto, pues para determinar la carga hay que definir si las personas son similares o diferentes en relación con el propósito de la regla. Sadurski, Wohciech, *Equality and Legitimacy*, Oxford University Press, 2008, p. 105.

que las parejas homosexuales se adecuen a la definición de matrimonio, sino si el matrimonio se adecua a las capacidades de las parejas homosexuales.

En términos discursivos el punto de partida es trascendente, pues lo que la Suprema Corte les dice a las parejas homosexuales es distinto y afecta el establecimiento, la legitimación y la reproducción del *statu quo*.⁴⁶ En efecto, cuando se aborda desde el enfoque igualitario-comparativo se combate con mayor fuerza la creencia social que concibe a las relaciones homosexuales como desviadas, lo que ayuda a contrarrestar la distinción entre *ellos* y *nosotros*.⁴⁷

Finalmente, de acuerdo con este enfoque la exclusión de los homosexuales del derecho al matrimonio es una violación del derecho a la igualdad y, como efecto reflejo, del libre desarrollo de la personalidad. Ahora bien, la violación del derecho a la igualdad no sólo se debe al trato *legal* desigual que se da a las parejas homosexuales al privarlos injustificadamente de una libertad, sino porque en atención a la similitud de sus capacidades debió haberseles tratado de manera igual. Además, porque el trato legal desigual conlleva una falta de reconocimiento de su capacidad para tener relaciones estables basada en prejuicios.

IV. ANÁLISIS DEL DISCURSO DE LA SUPREMA CORTE MEXICANA EN LA JURISPRUDENCIA DEL MATRIMONIO IGUALITARIO

En este apartado analizaré si el discurso de la Corte plasmado en sus sentencias es de carácter liberal-no comparativo o igualitario-comparativo. Para ello, hay que prestar atención a si hace o no referencia al prejuicio en contra de los homosexuales, el maltrato sistemático del que son objeto o al carácter de grupo subordinado de la comunidad homosexual. Es decir, si toma en cuenta el aspecto social que hace a la comunidad homosexual una minoría y si tiene presente el contexto. Por otro lado, hay que analizar si aborda la exclusión del matrimonio como la restricción de un derecho de libertad, o si su punto de partida es comparar las relaciones homosexuales y heterosexuales. Al hacer un análisis del discurso de las sentencias es necesario poner mucha atención en el peso que cada argumento tiene en su construcción argumentativa, pues si bien pueden estar presentes tanto argumentos liberales como igualitarios, el discurso pone énfasis en ciertos argumentos y relega otros.

⁴⁶ Van Dijk, T. A., “Discourse and Inequality”, *Lenguas Modernas*, núm 21, 1994, p. 20.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 25.

Debo aclarar que mi objetivo no es una descripción detallada de lo que dice cada una de las sentencias, por lo que sólo me detendré en las que considero más relevantes y enfatizaré la parte de éstas que significan un pronunciamiento novedoso o la reiteración de un aspecto importante. La pregunta sobre el matrimonio igualitario se puede presentar mediante dos posibles escenarios: 1) que los homosexuales ya estén incluidos en el régimen y la autoridad quiera justificar su exclusión, y 2) que los homosexuales estén excluidos en el régimen y la autoridad busque justificar esa exclusión.

1. *Acción de inconstitucionalidad 2/2010 (Distrito Federal)*⁴⁸

En la acción de inconstitucionalidad 2/2010, la Procuraduría General de la República impugnó el reconocimiento del derecho a las parejas del mismo sexo para contraer matrimonio, previsto mediante reforma al artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal.⁴⁹ La relevancia de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 resuelta por el Tribunal Pleno el 16 de agosto de 2010 se debe a varias razones: es el primer asunto en el que la Corte estudia la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo y su derecho a adoptar, se fijan pautas que serán retomadas en los asuntos posteriores, y tiene la peculiaridad de tratarse de un caso de inclusión y no de exclusión de las parejas homosexuales por la Asamblea Legislativa.

Para la Corte, al tratarse de un caso de ampliación de derechos y no de restricción, y que el núcleo de los argumentos de invalidez se dirige a demostrar la falta de razonabilidad objetiva de la medida legislativa como tal y no a impugnar un acto legislativo por violación al principio de igualdad y no discriminación, debía aplicar un test de razonabilidad y no de proporcionalidad reforzado. De acuerdo con la Corte, al estudiar la razonabilidad debe verificar que 1) la opción elegida por el legislador trastoca o no bienes o valores constitucionalmente protegidos, 2) si los hechos, sucesos, personas o colectivos guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que tienen diferencias objetivas relevantes y, por ende, debe dárseles un trato desigual.

⁴⁸ Resuelta el 16 de agosto de 2010 por el Tribunal Pleno, ponencia del ministro Valls Hernández.

⁴⁹ Reforma publicada en la *Gaceta Oficial* del 29 de diciembre de 2009.

Artículo 146. Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

En su argumentación la Corte dice que en tanto el artículo 4o. constitucional no defina el matrimonio,⁵⁰ la definición queda en manos del legislador ordinario. Es decir, la Constitución no exige el acceso al matrimonio de las personas del mismo sexo, pero es una opción permitida por la misma. La inclusión de las personas del mismo sexo al matrimonio no trastoca su núcleo esencial, pues la diversidad sexual no es un elemento definitorio de la institución ni la finalidad del matrimonio es la procreación; además, es compatible con la protección y el desarrollo de la familia entendida como realidad social.

Con apoyo en el precedente amparo directo civil 6/2008 reconoce que la “decisión de un individuo de unirse a otro y proyectar una vida en común, como la relativa a tener hijos o no, deriva de la autodeterminación de cada persona, del derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo”.⁵¹ Así, la decisión de casarse o no casarse y tener o no hijos y el número es una decisión protegida por el libre desarrollo de la personalidad.

⁵⁰ El texto vigente al momento de la resolución 16 de agosto de 2010 era el siguiente: Constitución General

Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural.

⁵¹ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, fojas 95, 102 y 105.

Asimismo, reconoce que las personas homosexuales han transitado dentro de la sociedad por un camino difícil y han sido históricamente discriminadas:

no se advierte justificación razonable para estimar en un Estado democrático, en el que la prohibición de toda discriminación juega un papel trascendente, por mandato del artículo 1o. constitucional, que el legislador ordinario *esté impedido* para reconocer jurídicamente, a través del matrimonio, las relaciones de los individuos heterosexuales y homosexuales que por igual son estables y permanentes, sólo por esa distinción.⁵²

Por su parte, en el apartado del derecho a adoptar previsto en el artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal⁵³ dice que “pensar que la Constitución exige excluir del régimen legal que discipline el régimen de adopción a una categoría entera de personas definidas por su orientación sexual, implicar caer en un razonamiento prohibido constitucionalmente”,⁵⁴ y añade que concluir que las familias conformadas por personas del mismo sexo no satisface las garantías de cuidado, resulta insostenible dentro de la Constitución y es contrario al derecho a no ser discriminados, pues parte de perjuicios que la Corte no debe convalidar.

2. *Lo que nos dice y no nos dice la Corte en la acción de inconstitucionalidad 2/2010*

De esta sentencia hay que destacar el tipo de discurso preponderantemente liberal y tangencialmente igualitario que utiliza la Corte, así como

⁵² Acción de inconstitucionalidad 2/2010, foja 104.

⁵³ Código Civil para el Distrito Federal. Artículo 391. Podrán adoptar:

- I. Los cónyuges en forma conjunta, que al menos tengan dos años de casados;
- II. Los concubinos en forma conjunta, que demuestren una convivencia ininterrumpida de al menos dos años;
- III. Las personas físicas solteras mayores de 25 años;
- IV. El tutor al pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración; y
- V. El cónyuge o concubino al hijo de su compañero que ejerza de manera individual la patria potestad y que demuestre una convivencia ininterrumpida al menos de dos años.

Los cónyuges o concubinos podrán adoptar cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla con el requisito de edad a que se refiere este capítulo, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de 17 años de edad cuando menos.

En todos los casos ambos cónyuges o concubinos deberán comparecer ante la presencia judicial en el procedimiento de adopción.

⁵⁴ Acción de inconstitucionalidad 2/2010, foja 132.

criticar la conclusión de reconocer libertad de configuración al legislador ordinario de incluir a las personas del mismo sexo en la institución del matrimonio.

Por lo que toca al discurso, la Corte fundamenta su decisión en el análisis de la institución del matrimonio y de la familia a la luz de la moral positiva y la compatibilidad de la orientación homosexual con el mismo, la refuerza con el argumento de la protección del matrimonio por el libre desarrollo de la personalidad, y utiliza el argumento de la similitud de las relaciones homosexuales y heterosexuales para confirmar que su conclusión es correcta. De esta manera, la Corte se mueve entre los enfoques liberal e igualitario que expliqué *ut supra*, dándole una marcada preferencia al liberal, según el cual se define la institución matrimonio y en atención a sus características se cuestiona si la orientación sexual es una razón para excluir a las personas homosexuales de la institución. Debe destacarse la conceptualización plural del matrimonio y de la familia, pues se trata de una visión no tradicional del matrimonio que permite incluir realidades que antes estaban excluidas. En efecto, la definición del matrimonio y de la familia como instituciones destinadas a proteger realidades sociales distintas es un paso fundamental en lo que vendrá después en la línea jurisprudencial de la Corte.

Por otro lado, hace un análisis comparativo como argumento de reforzamiento y afirma que las relaciones de los homosexuales y heterosexuales son iguales en los aspectos relevantes, es decir, son estables, afectivas, etcétera, *por lo que no hay razón para tratarlos de manera desigual*. De esta manera, el análisis comparativo entre las relaciones homosexuales y heterosexuales no es su punto de partida, lo que hubiera obligado a la PGR a justificar el trato desigual. Además, para la Corte parece ser un argumento de poco peso, pues no sirve para exigir el trato igual, sino sólo para descartar que sea una razón suficiente para tratarlos de manera desigual.

Una posible explicación del carácter preponderantemente liberal de su discurso es que, en el caso, la medida impugnada amplía el acceso al matrimonio para los homosexuales y lo que busca la PGR es justificar un trato desigual.⁵⁵ En un principio la Corte nos dice que la argumentación de la PGR no está destinada a hacer valer una violación al derecho a la igualdad (aunque posteriormente señala que la razonabilidad exige analizar si los hechos, sucesos, personas o colectivas guardan una identidad suficiente que justifique darles el mismo trato, o bien, que tienen diferencias objetivas relevantes y, por ende, debe dárseles un trato desigual).

⁵⁵ Entre sus argumentos, la PGR señala que requerir que el matrimonio se celebre entre personas de distintos sexos no implica, de modo alguno, discriminación. Foja 21.

A este supuesto doctrinalmente se le conoce como discriminación por indiferenciación, en el que la inconstitucionalidad alegada radica en tratar de manera igual a los desiguales. En efecto, el principio aristotélico de igualdad contiene dos partes: 1) tratar igual a los iguales, y 2) tratar desigual a los desiguales. En el caso, la Procuraduría General de la República hace este último argumento.

La pregunta es si la discriminación por indiferenciación puede ser abordada desde el principio de igualdad. En España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha reiterado en su doctrina que el principio de igualdad no es base para impugnar la discriminación por indiferenciación y esa parece ser la postura sostenida en sentencias posteriores de la línea jurisprudencial mexicana que estudiamos.⁵⁶

Si nos remontamos al origen de esta negativa del Tribunal Constitucional, en la STC 86/1985 encontramos que tiene como fundamento el cauce procesal en el que se hizo valer por primera vez, en el caso por vía de amparo, y no por medio de un control abstracto de constitucionalidad (FJ 3). Así, la doctrina parece surgir del impedimento procesal que existe en el amparo de plantear una discriminación por indiferenciación que no afecte al promovente, pues en el caso el Ministerio Fiscal impugnó la afectación que las órdenes ministeriales generaban en centros docentes que no era parte del proceso. Ahora bien, por alguna razón que desconozco, esta doctrina se ha reiterado por el Tribunal cuando por la vía abstracta del control se ha reclamado una discriminación por indiferenciación,⁵⁷ lo que parece sólo una reiteración de su doctrina sin atender a la razón que le dio origen. Así, algún comentarista ha enfatizado —aunque por otras razones— la débil argumentación del Tribunal para fundamentar su postura restrictiva.⁵⁸

⁵⁶ Amparo en revisión 581/2012, amparo en revisión 152/2013, amparo en revisión 263/2014, en los que se distinguen los supuestos en el que se amplía el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales y se dice que el problema es si la regulación es legítima desde el punto de vista constitucional, mientras que si lo que se hace es no permitir el acceso al matrimonio, el problema se analiza en clave de igualdad. Como he tratado de argumentar, ambos supuestos pueden analizarse desde el derecho a la igualdad.

⁵⁷ Un caso relevante es la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, FJ 3, relativa al matrimonio homosexual.

⁵⁸ Cobreros Mendazona, Edorta, “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, p. 74. De acuerdo con Cobreros, el Tribunal sólo ha dado dos razones para no admitir la discriminación por indiferenciación: 1) interpreta literalmente el artículo 14 de la Constitución española que dice que los españoles son iguales ante la ley, por lo que la diferencia normativa no está incluida en su ámbito, 2) el requisito de generalidad de la ley es contrario a la diferenciación obligada de todo lo diverso.

En mi opinión, no hay razón para no abordar la discriminación por indiferenciación desde el derecho a la igualdad, pues —como señala Co-breros— la discriminación también puede darse por no tomar en cuenta una condición o circunstancia que obligue a dar una solución diferenciada a la genérica. Lo que sucede es que quien busca un trato desigual, una vez justificada la similitud en la propiedad fáctica-valorativa relevante, tiene la carga de la argumentación.⁵⁹ En el caso de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, la PGR busca un trato desigual basado en la orientación sexual, por lo que tenía la carga de la argumentación y la obligación de dar razones robustas al buscar un trato desigual basado en una categoría sospechosa.⁶⁰ Eso no significa que para reconocer la constitucionalidad del trato igual la

⁵⁹ Alexy, Robert, “El derecho...”, *cit.*, pp. 89, 97 y 360.

⁶⁰ La Suprema Corte mexicana identifica las categorías sospechosas por lo dispuesto en el artículo 1o. de la Constitución, en cuyo caso aplica un test de escrutinio estricto.

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

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

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Véase: Tesis: 1a./J. 37/2008 de rubro: IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1O. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS). Tesis: 1a. CIV/2010 de rubro: PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROcede APlicar ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS. Tesis: 1a. CII/2010 de rubro: PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN A EFECTOS DE DETERMINAR LA INTENSIDAD DEL ESCRUTINIO. Tesis: 1a. XCIX/2013 (10a.) de rubro: IGUALDAD. CUANDO UNA LEY CONTENGA UNA DISTINCIÓN BASADA EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA, EL JUZGADOR DEBE REALIZAR UN ESCRUTINIO ESTRICTO A LA LUZ DE AQUEL PRINCIPIO.

Corte deba dar razones igualmente robustas, pues quien debe demostrar la inconstitucionalidad es la PGR. En otras palabras, quien argumenta a favor del trato desigual y lo hace con base en un criterio sospechoso (la PGR) debe dar argumentos robustos, mientras que a la Corte le basta con reconocer la razonabilidad de la medida. En el caso, la Corte parece contestar este argumento aplicando un test de razonabilidad diciendo que las relaciones homosexuales y heterosexuales son similares en cuanto a la afectividad, sexualidad, solidaridad, estabilidad, permanencia, proyecciones comunes, etcétera.

Por otro lado, en relación con la permisión y no obligación de las legislaturas estatales de ampliar el acceso al matrimonio, la Corte no explica por qué la inclusión de las personas del mismo sexo a la institución del matrimonio quedan en manos del legislador ordinario, es decir, está *permitido* que los incluyan pero no los están *obligando* a hacerlo. Desde la perspectiva del derecho a la igualdad, la conclusión correcta sobre el carácter deóntrico (permitido u obligado) era que las legislaturas de los estados estaban obligadas a incluir a las personas del mismo sexo al matrimonio, y no sólo que fuera una opción constitucionalmente posible.⁶¹ En efecto, si la Corte señala que no hay razón para tratar de manera desigual, en principio el trato igual es obligatorio, salvo que haya una razón de peso que justifique que sea sólo permitido. La Corte pudo haber fundado que no era obligatorio sino permitido, en tanto se trata de una cuestión profundamente controvertida y con el fin de que el debate social continuara.⁶² Sin embargo, la Corte en este aspecto guarda silencio.

Finalmente, es criticable que al analizar la inclusión de las personas del mismo sexo al matrimonio, la Corte no se refiere a la idea de prejuicio como causa de exclusión, pues sólo nos dice que han sido objeto de una discriminación histórica.⁶³ Al no abordarse la existencia del prejuicio desconoce el aspecto social que hace de la comunidad homosexual una minoría social.

⁶¹ Como señala Alexy, “Si no hay ninguna razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual”. Alexy, Robert, “El derecho...”, *cit.*, p. 360.

⁶² Alexy señala que la “libertad de configuración legislativa, como tal, no es nunca una razón suficiente para una diferenciación. Al principio formal de la libertad de configuración legislativa tiene que añadirse siempre una razón que pueda apoyarse en un principio material”, *ibidem*, p. 380, nota al pie 91.

⁶³ Aun cuando al analizar el derecho a adoptar de las parejas homosexuales sí se refiere a los prejuicios que existen sobre su incapacidad para criar hijos o el supuesto efecto dañino que tiene sobre los mismos, foja 131.

3. *Amparos Oaxaca*⁶⁴

En estos casos, a diferencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2010, lo que se impugnó fue la exclusión del régimen matrimonial de las personas del mismo sexo previsto en el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca.⁶⁵ La Corte considera que la medida legislativa —el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca— examinada distingue implícitamente entre las parejas de distinto sexo y las parejas del mismo sexo, pues a las primeras les permite el acceso al matrimonio, mientras que a las segundas no.

En estos asuntos es posible diferenciar, por un lado, las sentencias que abordan por separado las porciones normativas relativas a la perpetuación de la especie como una de las finalidades del matrimonio y la definición del matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, en las que se continua con la línea argumentativa *liberal* de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 basada en el libre desarrollo de la personalidad⁶⁶ y que constatan como efecto reflejo la violación al derecho a la igualdad y, por el otro, las sentencias *igualitarias* que estudian ambas porciones normativas en conjunto, dejan de lado el libre desarrollo de la personalidad y

⁶⁴ Amparo en revisión 581/2012 resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Zaldívar Lelo de Larrea; amparo en revisión 457/2010 resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Cossío Díaz; amparo en revisión 567/2012 resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del Ministro Pardo Rebollo; amparo en revisión 152/2013 resuelto por la Primera Sala el 23 de abril de 2014, ponencia del ministro Gutiérrez Ortiz Mena.

⁶⁵ Artículo 143. El matrimonio es un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida.

El contrato de matrimonio solamente se disuelve por la muerte de alguno de los cónyuges o por el divorcio.

Adicionado, *P. O.* del 21 de febrero de 1998.

El Estado procurará, por todos los medios que estén a su alcance, que las personas que viven en concubinato contraigan matrimonio. Para la realización de este fin, que es de orden público, se efectuarán campañas periódicas de convencimiento.

Adicionado, *P. O.* del 21 de febrero de 1998.

Hay concubinato cuando un solo hombre y una sola mujer solteros se unen, como si estuvieren casados. Salvo disposición de la ley en otro sentido, cuando este Código hable de concubina o concubino, se entenderá que se refiere a las personas que viven en las condiciones supuestas en este precepto.

⁶⁶ Amparo en revisión 457/2010 resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Cossío Díaz; amparo en revisión 567/2012 resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Pardo Rebollo.

utilizan al derecho a la igualdad y a la no discriminación como eje de su línea argumentativa.⁶⁷

En las sentencias *basadas en el libre desarrollo de la personalidad* se estudia por separado el fin de la procreación y el requisito de que el matrimonio se celebre entre un solo hombre y una sola mujer. Se estima que establecer como fin del matrimonio la procreación vulnera el libre desarrollo de la personalidad e implícitamente el principio de igualdad. Por su parte, al analizar la definición del matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer a través del principio de proporcionalidad, se determina que la medida no cumple con la segunda grada del escrutinio estricto —aplicable en tanto la clasificación se hace con base en una categoría sospechosa—, es decir, la relación estrecha entre el medio (unión entre un hombre y una mujer) y el fin (ejercicio del libre desarrollo de la personalidad y la protección de la familia), por lo que se vulnera el derecho a la igualdad.

Ahora bien, en estas sentencias no se hace referencia al perjuicio que existe en contra de la comunidad homosexual ni al carácter subordinado del grupo. Simplemente se dice que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos

la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación [y] de la experiencia en derecho comparado se advierte que, en diversos países, vía legislación o jurisprudencia, se ha evolucionado paulatinamente en el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales y la protección jurídica de sus uniones, justificándose dichos referentes en la eliminación de la discriminación que históricamente han sufrido.⁶⁸

Incluso, cuando se afirma que tanto las relaciones homosexuales y heterosexuales constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y permanencia en el tiempo, se utiliza como un argumento para decir que no

⁶⁷ Amparo en revisión 581/2012 resuelto por la Primera Sala el 5 de diciembre de 2012, ponencia del ministro Zaldívar Lelo de Larrea; amparo en revisión 152/2013 resuelto por la Primera Sala el 23 de abril de 2014, ponencia del ministro Gutiérrez Ortiz Mena.

⁶⁸ Amparo en revisión 567/2012, foja 41.

hay razón para dar un trato desigual en relación con el derecho a contraer matrimonio, protegido por el libre desarrollo de la personalidad.

Por su parte, en las sentencias *basadas en el derecho a la igualdad* se estudia la constitucionalidad del artículo 147 como un todo, tanto el fin de la procreación como la unión de un hombre y una mujer. Se aplica un test de escrutinio estricto al tratarse de una clasificación basada en una categoría sospechosa, y se determina que la medida es inconstitucional al no superar la segunda grada del escrutinio, es decir, la relación estrecha entre el fin de la medida (proteger la organización y el desarrollo de la familia) y el medio (establecer la procreación como fin del matrimonio y definirlo como la unión entre un hombre y una mujer). Así, concluyen que la medida es sobreinclusiva —aunque no discriminatoria— pues comprende en la definición de matrimonio a las parejas heterosexuales que no acceden al matrimonio con la finalidad de procrear. Por otro lado, la medida es subinclusiva y por tanto discriminatoria, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas que sí están comprendidas en la definición, en tanto son capaces de desarrollar una vida familiar con relaciones comprometidas y estables.

Además, se reconoce que la exclusión del matrimonio de las parejas del mismo sexo se debe a una decisión basada en un perjuicio que históricamente ha existido en contra de los homosexuales. No se trata de un descuido, sino de un legado de severos perjuicios en contra de las parejas del mismo sexo. Se afirma que la exclusión de las parejas homosexuales de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento que las personas heterosexuales, ofendiendo con ello su dignidad como personas.

Entre los casos de Oaxaca enfocados en la igualdad, una de las sentencias que más enfatiza el reclamo de reconocimiento es el amparo en revisión 152/2013.⁶⁹ En esta sentencia la Corte conceptualiza el interés legítimo para dar cabida a una afectación por la parte valorativa de una ley, es decir, por el mensaje estigmatizante que transmite, asume expresamente un papel activo en el cambio cultural y utiliza marcadamente el carácter de grupo vulnerable de la comunidad homosexual.⁷⁰

⁶⁹ Sobre esta sentencia véase el trabajo de Micaela Alterio, “La Suprema Corte y la justiciabilidad de los mensajes estigmatizantes”.

⁷⁰ Sobre el carácter de grupo vulnerable véase las tesis: P. VII/2011, CONTROL DEL TABACO. EL ARTÍCULO 16, FRACCIÓN II, DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO DEBE SER SOMETIDO A UN ESCRUTINIO DE IGUALDAD INTENSO. Tesis: 1a. CIV/2010, PRINCIPIO DE IGUALDAD. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PARA DETERMINAR SI EN UN CASO PROCE-

Ahora bien, en *todas* las sentencias se reconoce que el derecho a casarse implica el derecho a tener acceso a los beneficios expresivos asociados al matrimonio y a los beneficios materiales que las leyes adscriben a la institución: 1) beneficios fiscales, 2) beneficios de solidaridad, 3) beneficios por causa de muerte de uno de los cónyuges, 4) beneficios de propiedad, 5) beneficios en la norma subrogada de decisiones médicas, y 6) beneficios migratorios para los cónyuges extranjeros.

Finalmente, la Corte da un paso más y afirma que la “amplia libertad de configuración que poseen los congresos estatales para regular el estado civil de las personas se encuentra limitada por los mandatos constitucionales. En ese sentido, los derecho fundamentales condicionan materialmente dicha regulación”.⁷¹ Es decir, la inclusión de las parejas homosexuales en el matrimonio es un imperativo constitucional.

4. *Lo que nos dice y no nos dice la Corte en los amparos de Oaxaca*

Es loable que en ambos grupos de sentencias se reconocen los efectos expresivos del matrimonio, pues hace patente la vertiente expresiva de la ley, que hace aún más reprochable la discriminación. Como ya se vio, los reclamos de reconocimiento involucrados en el litigio sobre el matrimonio igualitario se relacionan con la injusticia cultural relativa a la falta de igualdad de oportunidades para alcanzar la estima social, el respeto, el prestigio etcétera. Por ello es que se busca combatir los *patrones institucionalizados* de valor cultural que subordinan a un grupo como los homosexuales que afectan su derecho a participar en condiciones de igualdad.⁷²

Ahora bien, si atendemos al reclamo de reconocimiento de la comunidad homosexual, es una falencia que las sentencias *enfocadas en la libertad* no se haga referencia al prejuicio que históricamente ha existido en contra de los homosexuales, ni a la idea de que la exclusión de las parejas homosexuales de la institución matrimonial perpetúa la noción de que las parejas del

DE APLICAR ESCRUTINIO INTENSO POR ESTAR INVOLUCRADAS CATEGORÍAS SOSPECHOSAS. Tesis: 1a. XLIII/2014 (10a.), DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. CONTENIDO Y ALCANCES DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO. Tesis: 1a. XLIV/2014 (10a.). DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. DIFERENCIAS ENTRE SUS MODALIDADES CONCEPTUALES. Tesis: 1a. XLI/2014 (10a.) DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. RECONOCIMIENTO DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO.

⁷¹ Amparo en revisión 581/2012, foja 50.

⁷² Fraser, Nancy, “La justicia...”, *cit.*, pp. 19-24, 37 y 42.

mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento.⁷³ Desde mi punto de vista, esta es una carencia grave de ese grupo de sentencias, ya que invisibiliza el aspecto social que define a la comunidad homosexual como minoría social y, por tanto, no son igualmente fuertes al combatir la subordinación.

Por otro lado, si bien en ambos grupos de sentencias la Corte nos dice que las relaciones homosexuales son similares a las heterosexuales para los efectos de acceso al matrimonio, es muy relevante para qué efectos se utiliza el argumento. Mientras que las sentencias liberales retoman lo dicho en la acción de inconstitucionalidad 2/2010 y dicen que las relaciones son similares y, por tanto, no existe un razón fundada para dar un trato desigual, las sentencias enfocadas en la igualdad utilizan el argumento de la similitud para concluir que hay subinclusión y, por tanto, una violación al principio de igualdad. En otras palabras, las sentencias liberales lo utilizan para descartar que debiera darse un trato desigual, mas no para exigir el trato igual.⁷⁴ Por su parte, las sentencias enfocadas en la igualdad utilizan la similitud como argumento para sostener la subinclusión de la medida, lo que implica que la situación similar es el parámetro para decidir la inconstitucionalidad de definir el matrimonio como la unión de un hombre y una mujer.⁷⁵ De esta manera, la similitud entre las parejas homosexuales y heterosexuales en la propiedad relevante, es decir, la capacidad para establecer relaciones afectivas estables, exige que la definición del matrimonio se adeque a sus capacidades.⁷⁶

Finalmente, en todos los asuntos de Oaxaca se da un paso fundamental en favor de la igualdad, pues cambia el carácter deóntico —de permitido a obligatorio— de la inclusión de las parejas homosexuales en el matrimonio,

⁷³ Por su parte, las sentencias enfocadas en la igualdad sí reconocen la existencia del prejuicio en contra de los homosexuales. Sin embargo, no nos dicen en qué consiste ese prejuicio.

⁷⁴ Eso no impide a las sentencias basadas en la libertad concluir que la inclusión de las parejas homosexuales al matrimonio sea un imperativo constitucional. El punto que hago aquí es el peso que tiene la comparación y la similitud entre las parejas homosexuales y heterosexuales para la conclusión.

⁷⁵ Sobre el carácter sobre y subincluyente derivado de un análisis comparativo, véase Tussman, Joseph, “The Equal Protection of the Laws”, *California Law Review*, vol. 3, núm. 3, 1949, pp. 347 y ss.

⁷⁶ Sobre este punto, las sentencias basadas en la igualdad señalan que la medida es sobreinclusiva al establecer como fin la procreación, por incluir a las parejas heterosexuales que no acceden al matrimonio con la finalidad de procrear. En mi opinión, también podrían haber dicho que el fin de la procreación es discriminatorio, pues no es una razón para excluir a las parejas homosexuales del matrimonio.

es decir, no es una posibilidad más para el legislador ordinario, sino una obligación constitucional. Ahora bien, nótese que este cambio del carácter deontico tiene una base distinta en las sentencias basadas en el libre desarrollo de la personalidad y en las sentencias basadas en la igualdad. Mientras que las sentencias basadas en la libertad la inclusión de los homosexuales es compatible con la concepción vigente del matrimonio y el respeto de su autonomía; en las sentencias basadas en la igualdad, la inclusión la exige el derecho a la igualdad.

5. *Amparos Colima*⁷⁷

Los asuntos de Colima resultan interesantes en los siguientes aspectos. La Corte hace un pronunciamiento sobre el carácter discriminatorio de la figura de enlace conyugal que es aquel que se celebra entre dos personas del mismo sexo, a diferencia del matrimonio que se celebra entre personas de diferente sexo.⁷⁸ Sobre este punto, la Corte —reiterando su doctrina—⁷⁹ considera que aun cuando la distinción entre el matrimonio y el enlace conyugal radica en la denominación, la distinción es discriminatoria por constituir un régimen de “separados pero iguales”. La Corte retoma el reclamo de reconocimiento y señala que la creación del enlace conyugal

perpetua la noción prejuiciosa de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras del reconocimiento que se les da a los heterosexuales, lo que necesariamente lleva un mensaje implícito de discriminación que constituye

⁷⁷ Amparo en revisión 615/2013 resuelto por la Primera Sala el 4 de junio de 2014, ponencia del ministro Pardo Rebolledo; amparo en revisión 704/2014 resuelto por la Primera Sala el 18 de marzo de 2015, ponencia del ministro Gutiérrez Ortiz Mena; amparo en revisión 735/2014 resuelto por la Primera Sala el 18 de marzo de 2015, ponencia del ministro Zaldívar Lelo de Larrea.

⁷⁸ El artículo 147 reformado durante al trámite del juicio conserva la definición de matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer e incluye la figura de enlace conyugal para las personas del mismo sexo.

Artículo 147.- Las relaciones conyugales se establecen por medio de un contrato civil celebrado entre dos personas, con la finalidad de formar una familia, establecer un hogar común, con voluntad de permanencia, para procurarse y ayudarse mutuamente en su vida.

En el estado existen dos tipos de relaciones conyugales:

I. Matrimonio: es aquel que se celebra entre un solo hombre y una sola mujer; y
II. Enlace conyugal: es aquel que se celebra entre dos personas del mismo sexo.

A quienes celebren una relación conyugal se les denominará indistintamente, cónyuges, consortes, esposos o casados.

La ley reglamentará las relaciones conyugales.

⁷⁹ Amparo en revisión 581/2014, foja 49. Amparo en revisión 152/2013, foja 68.

una ofensa a la dignidad de las personas en tanto que a través de él se permea la idea de que no existe igualdad entre las parejas heterosexuales y las homosexuales.⁸⁰

Además, afirma que las parejas del mismo sexo han sufrido una discriminación histórica y que su exclusión está basada en prejuicios y estereotipos, por lo que el sistema judicial debe impulsar un cambio cultural.

Por su parte, en el amparo en revisión 615/2013, al analizar la definición del matrimonio como la unión de un solo hombre y una sola mujer, la Corte retoma el discurso liberal:

si bien, en nuestra Constitución, no se contempla un derecho a contraer matrimonio, lo cierto es que esta Corte ha señalado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica también el de decidir casarse o no, de manera que, tratándose de personas homosexuales, de la misma forma que ocurre en las personas con orientación sexual hacia otras de diferente sexo (heterosexuales), *es parte de su pleno desarrollo el establecimiento libre y voluntario de relaciones afectivas* con personas del mismo sexo, relaciones, unas y otras, que, como informan los diferentes datos sociológicos, comparten como característica que constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y de permanencia en el tiempo; *de ahí que no exista razón fundada para dar un trato desigual a ambos tipos de parejas*.⁸¹.

6. Lo que nos dice y no nos dice la Corte

A diferencia de los amparos de Oaxaca, los tres asuntos de Colima coinciden en darle un peso decisivo al reclamo del reconocimiento para declarar la inconstitucionalidad de la figura de enlace conyugal, y en la existencia de una discriminación histórica basada en prejuicios y estereotipos. Ahora bien, sólo en dos de ellas (AR 704/2014 y 735/2014) hay un asunción expresa del rol que juega la Corte en el cambio cultural, y únicamente en el amparo en revisión 615/2014 se utiliza el discurso liberal-no comparativo que ya ha sido criticado.

⁸⁰ Amparo en revisión 615/2013, foja 101.

⁸¹ Amparo en revisión 615/2013, fojas 137 y 138.

7. Acción de inconstitucionalidad 8/2014 (Campeche)⁸²

En esta acción de inconstitucionalidad, la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Campeche impugnó la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley Regulatoria de Sociedades Civiles de Convivencia que establece que los conviventes no podrán realizar adopciones en forma conjunta o individual.⁸³ La Corte analiza este artículo como una medida que clasifica con base en el estado civil y en las preferencias sexuales, esto último en tanto la medida tiene un impacto desproporcionado sobre los conviventes del mismo sexo. Y siendo que tanto el estado civil como las preferencias sexuales están previstas en el artículo 1o. constitucional, aplica un escrutinio estricto.

De esta forma, por un lado, al estudiar la medida como una distinción basada en el estado civil, la Corte concluye que la medida no cumple con un fin imperioso como son la protección de la familia o del interés superior del menor, pero no identifica a un grupo subordinado al que hay que proteger a través del derecho a no ser discriminado. Por otro lado, cuando estudia el artículo como una medida que clasifica con base en la orientación sexual, la Corte identifica la discriminación analizando el contexto, ya que las sociedades de convivencia son las únicas a las que pueden acceder las parejas del mismo sexo en la legislación civil local y las que no otorgan derecho a la adopción. Además, considera que las minorías sexuales son grupos vulnerables y subordinados, discriminados históricamente, que están en una situación sistemática de desventaja y en contra de los cuales existe un prejuicio, cuya exclusión del régimen de adopción perpetúa la noción de que las parejas del mismo sexo son menos merecedoras de reconocimiento. Finalmente, se refiere al mensaje que transmiten las leyes, las que tienen una carga axiológica sobre las uniones que se dan a través de las sociedades de convivencia.

8. Lo que nos dice y no nos dice la Corte

En esta sentencia la Corte se acerca a las clasificaciones por estado civil y por preferencias sexuales desde dos paradigmas del derecho a la no dis-

⁸² Resuelta por el Tribunal Pleno el 29 de enero de 2015, ponencia de la ministra Luna Ramos y encargado del engrose el ministro Gutiérrez Ortiz Mena.

⁸³ Artículo 19. Los conviventes no podrán realizar adopciones en forma conjunta o individual. No podrán compartir o encomendar la patria potestad o guardia y custodia de los hijos menores del otro. Es nulo de pleno derecho cualquier pacto que contravenga esta disposición.

criminación: la anticlassificación y la antisubordinación. De acuerdo con el primero, lo que obliga a aplicar un escrutinio estricto es la sola clasificación basada en una categoría sospechosa. De acuerdo con el segundo, lo que obliga a la aplicación de un escrutinio estricto es la clasificación basada en una categoría sospechosa que *perjudica* a individuos o grupos vulnerables, excluidos o subordinados (comúnmente se considera que les afecta una situación de desigualdad estructural).⁸⁴ Así, la mera clasificación basada en una categoría sospechosa no conlleva la aplicación del escrutinio estricto, sino que debe determinarse si la medida perjudica o no a un grupo vulnerable, para lo cual hay que definir si se trata o no de ese tipo de grupo. En algunos precedentes la Corte ha adoptado este tipo de paradigma de la antisubordinación⁸⁵ y resulta relevante para los casos en que se analizan acciones afirmativas o discriminaciones indirectas, como sucede en este supuesto.⁸⁶

Ahora bien, con independencia de estas dos aproximaciones a las categorías sospechosas y al derecho a no ser discriminado, la mayoría de la Corte hace bien al considerar que la medida implica una discriminación indirecta en contra de las parejas homosexuales.⁸⁷ Es importante recalcar que sobre este punto hubo una fuerte discusión en las sesiones del Tribunal

⁸⁴ Balkin, Jack M. y Siegel, Reva B., “The American Civil Rights Tradition: Classification or Antisubordination”, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper núm. 34, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=380800.

⁸⁵ Tesis 1a. XCIX/2014 (10a.) ACCESO A LA JUSTICIA EN CONDICIONES DE IGUALDAD. TODOS LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PAÍS DEBEN IMPARTIR JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. Tesis P. VII/2011 CONTROL DEL TABACO. EL ARTÍCULO 16, FRACCIÓN II, DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO DEBE SER SOMETIDO A UN ESCRUTINIO DE IGUALDAD INTENSO. Tesis XLIII/2014 (10a.), DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. CONTENIDO Y ALCANCES DE SU DIMENSIÓN SUSTANTIVA O DE HECHO.

⁸⁶ En efecto, desde una perspectiva anticlassificatoria una acción afirmativa es sospechosa porque clasifica con base en una categoría sospechosa, aunque sea en beneficio de un grupo vulnerable. En cambio, desde la antisubordinación, una acción afirmativa no resulta sospechosa. Por su parte, una discriminación indirecta que no utiliza una categoría sospechosa para clasificar (es neutral), pero tiene un impacto desproporcionado sobre un grupo vulnerable, de acuerdo con la concepción de anticlassificación es constitucional, no así desde una concepción de antisubordinación.

⁸⁷ Contrario a lo que sostiene el ministro Cossío Díaz en su voto concurrente “Si bien comparto buena parte de lo sostenido por la mayoría, no así lo tocante a la discriminación por razón de orientación sexual, por escapar al planteamiento del asunto, que tiene que ver con los mecanismos de formación de familia. Tales consideraciones, además de ser meramente declarativas, resultan innecesarias, en tanto argumento adicional, para resolver el problema de constitucionalidad planteado, y considero que con las mismas además no se soluciona el problema específico de discriminación estructural al grupo en cuestión como se señala en la sentencia”.

Pleno, entre la minoría de ministros que consideraba innecesario pronunciarse sobre la discriminación por orientación sexual y pretendía basarse sólo en la discriminación por razón del estado civil (en tanto el artículo 2o. de la Ley de Sociedad de Convivencia incluye a las parejas homosexuales como heterosexuales),⁸⁸ y la mayoría que estimó necesario hacer ambos estudios.

Así, este caso nos hace patente las implicaciones que tienen las lógicas liberales e igualitarias que se pueden advertir en los precedentes y que hasta el momento habían sido integradas en las sentencias. Por un lado, el enfoque liberal plantea el problema como si se tratara de una regulación neutral distinta de las instituciones matrimonio, concubinato y sociedad de convivencia, sin considerar que la sociedad de convivencia es la única institución a la que pueden acceder los homosexuales y que no tiene el derecho para adoptar. Por su parte, el enfoque igualitario sí hace ese análisis contextual del que se desprende que la sociedad de convivencia, única institución a la que pueden acceder los homosexuales, no por coincidencia es la única que no tiene derecho de adoptar.

Es posible pensar que para declarar la invalidez era suficiente que la Corte se limitara a estudiar la discriminación basada en el estado civil —al aplicarse un escrutinio estricto—, sin embargo, eso equivale a ser ciego a la discriminación indirecta y al uso de la ley para expresar y legitimar posiciones de dominación. En efecto, ya que en Campeche la única institución prevista para las parejas del mismo sexo es la sociedad de convivencia y ésta no tiene el derecho de adopción, es evidente que la medida busca perjudicar a la comunidad homosexual. Además, el enfoque liberal implicaría no tener en cuenta el reclamo de reconocimiento que existe en este tipo de litigios, pues como se ha explicado, desde un punto de vista discursivo es sumamente relevante lo que se dice en una sentencia. De ahí que la Corte cumple su papel en el cambio cultural diciendo que se trata de una clasificación basada en las preferencias sexuales y combatiendo el prejuicio en que se basa.

⁸⁸ Artículo 2o. La Sociedad Civil de Convivencia es un contrato que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un domicilio común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, para organizar su vida en común. Los conviventes que la constituyan tendrán el carácter de compañeros civiles”.

9. Acción de inconstitucionalidad 28/2015 (Jalisco)⁸⁹

En esta acción, la Comisión Nacional de Derechos Humanos impugnó el artículo 260 del Código Civil del Estado de Jalisco que prevé que el matrimonio se celebra entre un hombre y una mujer.⁹⁰ La decisión resulta relevante, pues el Tribunal Pleno estaba integrado por dos nuevos ministros y la votación fue unánime en declarar la inconstitucionalidad de la porción normativa “el hombre y la mujer”. En esta sentencia se hace un breve recuento de parte de la doctrina de la Suprema Corte, se reitera que según los datos sociológicos las relaciones homosexuales y heterosexuales constituyen una comunidad de vida a partir de lazos afectivos, sexuales y de solidaridad recíproca, con una vocación de estabilidad y permanencia en el tiempo y, por tanto, no hay razón para excluirlos del matrimonio protegido por el libre desarrollo de la personalidad. Se dice que en diversos países vía legislación o jurisprudencia se ha evolucionado en el reconocimiento de derechos a los homosexuales, justificándose en la eliminación de la discriminación histórica que han sufrido. Se declara la inconstitucionalidad de la porción normativa “el hombre y la mujer” por atentar contra la autodeterminación de las personas y contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de cada individuo y, de manera implícita, generar una violación al principio de igualdad, porque a partir de ese propósito se da un trato diferenciado a parejas homosexuales respecto de las parejas heterosexuales, al excluir de la posibilidad de contraer matrimonio a las personas del mismo sexo.

10. Lo que nos dice y no nos dice la Corte

De nueva cuenta en esta ocasión el discurso de la Corte es preponderantemente liberal-no comparativo, pues si bien dice que las relaciones de los homosexuales y heterosexuales son similares, no lo toma como un punto de partida para hacer un análisis de igualdad, sino que lo utiliza como dato sociológico para señalar que no hay razón para excluirlos del derecho a casarse protegido por el libre desarrollo de la personalidad. Incluso, cuando habla de la discriminación histórica la relaciona con lo que sucede en diversos países y no en México, no precisa cuál es el prejuicio que existe en su

⁸⁹ Resuelta por el Tribunal Pleno el 26 de enero de 2016, ponencia del ministro Cossío Díaz.

⁹⁰ Artículo 260. Para contraer matrimonio, el hombre y la mujer necesitan contar con cuando menos dieciocho años de edad de conformidad a lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley General de las Niñas, Niños y Adolescentes.

contra, y considera la violación al principio de igualdad como “implícita”. Así, el énfasis está puesto en la restricción al libre desarrollo de la personalidad.

V. CONCLUSIÓN

De un análisis de la línea jurisprudencial de la Suprema Corte sobre matrimonio igualitario, se puede concluir que la Corte ha abordado el tema tanto desde el enfoque liberal-no comparativo como desde el igualitario-comparativo. Si analizamos las sentencias por su conclusión sobre la (in) constitucionalidad de la exclusión del matrimonio de las parejas del mismo sexo, ambos enfoques concluyen que es inconstitucional (dan un trato igual en la distribución de libertades). Ahora bien, si las analizamos desde el discurso, el enfoque igualitario-comparativo es más adecuado para responder el reclamo de reconocimiento (para tratarlos como iguales). No sólo eso, el enfoque comparativo atiende al contexto de las distinciones legislativas, lo que en casos de discriminación indirecta como el de Campeche resulta fundamental.

Finalmente, aun cuando el discurso igualitario-comparativo sea más adecuado para responder el reclamo de reconocimiento, eso no significa desconocer la importancia que tiene la violación al libre desarrollo de la personalidad que implica la exclusión de las parejas homosexuales del matrimonio y, por tanto, la necesidad de incorporar en las sentencias la reflexión correspondiente.

ÉTICA, BIOÉTICA Y DERECHO

UN COMENTARIO SOBRE EL CONCEPTO DE DIGNIDAD

Manuel ATIENZA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El enfoque negativo, como límite, a la dignidad*. III. *Conclusión y coincidencia*.

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de dignidad no aparece (al menos con ese nombre) entre los que suelen considerarse como los “principios de la bioética” (a partir de la clásica obra de Beauchamp y Childress),¹ pero sí en numerosos documentos normativos referidos a los derechos de la bioética; en particular, en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO. Rodolfo Vázquez otorga a ese principio ético, yo creo que con toda razón, una gran importancia (a la hora de discutir cuestiones morales de carácter bioético y, en general, concernientes a los derechos humanos) y destaca dos aspectos del mismo: uno es que al concepto de dignidad se accede por una vía negativa más bien que positiva; y otro, que a la dignidad debe dársele cierta prioridad en relación con la autonomía. Empezaré por aclarar un poco el sentido de esas dos afirmaciones.

En “El concepto de dignidad y la vía negativa de acceso a los derechos”,² Rodolfo Vázquez entiende la dignidad en los términos establecidos por Kant en la segunda formulación del imperativo categórico:

* Universidad de Alicante.

¹ Beauchamp, Tom L. y Childress, James F., *Principles of Biomedical Ethics*, 3a. ed., Oxford University Press, 1989.

² Aparecido en Tapia, Ricardo y Vázquez, Rodolfo (coords.), *Logros y retos de la bioética*, México, Fontamara, 2014; también (con algunos añadidos), en Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015 (las citas se refieren a este último libro).

... obrar de modo que *nunca* nos tratemos a nosotros mismos ni a los demás sólo como simples medios sino, siempre al mismo tiempo, como fines.

Se trata —añade— de acceder al concepto de dignidad por vía negativa y reservar el concepto de autonomía (tercera formulación del imperativo categórico...) para los merecimientos de los cuales somos capaces. Dignidad y autonomía son, así, el negativo y el positivo de la ley moral. Obrar moralmente, cumplir la ley moral, se puede realizar por vía negativa haciendo valer el principio de dignidad, o por vía positiva, haciendo valer el principio de autonomía personal.³

La “vía negativa” a la que se refiere Vázquez supone entender que la dignidad lo que viene a fijar es algo así como un “umbral mínimo”, ciertos “mínimos inalterables” vinculados con “nociones negativas” como las de privación, enajenación, vulnerabilidad o incapacidad y que podrían resumirse en esta fórmula: “no ser tratado con crueldad, ni con humillación”.⁴ Aclara además que, si enfatiza la vía negativa, es porque “quizá los liberales hemos puesto el acento, unilateralmente, en la versión positiva del liberalismo con el concepto de autonomía”, lo que supone haber descuidado “la otra cara del liberalismo”, lo que Judith Shklar llamó “el liberalismo del miedo” y que significa precisamente la ausencia de temores, o sea, de nuevo, el “ser tratados sin crueldad y sin humillación”.⁵

La prioridad de la dignidad frente a la autonomía deriva simplemente de que la primera es condición para la segunda. Y Vázquez ve una confirmación de esa prioridad en el debate entre James Griffin y Mark Platts a la hora de fijar la extensión del concepto de derechos humanos. Mientras que Griffin pone el acento en la autonomía (la “personeidad individual” o “agencia normativa”), Platts lo hace en la dignidad humana (en el reconocimiento de las necesidades, intereses o vulnerabilidad de las personas), con el resultado de que este último elabora un concepto de derechos humanos de mayor extensión y radicalidad y que a Vázquez le parece preferible:

Para Platts, el criterio de la agencia normativa o de la autonomía personal, reitero, es insuficiente. El criterio de las necesidades es más radical, porque, finalmente “la debida valoración de la autonomía lleva consigo la valoración de las condiciones necesarias para su pleno ejercicio”... Dicho en otros términos, para *ejercer* la autonomía personal, primeramente es necesaria *formarla*.⁶

³ Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos...*, cit., p. 32.

⁴ *Ibidem*, p. 33.

⁵ *Ibidem*, p. 34.

⁶ *Ibidem*, p. 41.

Por otro lado, lo que mejor da cuenta, en opinión de Vázquez, de “la noción de dignidad en un sentido negativo” es la “vía de las necesidades, con sus propiedades de «carencia» y «urgencia»”,⁷ y eso es lo que le lleva a dirigir cierta crítica a los planteamientos de Martha Nussbaum y Amartya Sen, pues estos autores habrían preferido “un acceso positivo a la idea de dignidad recurriendo a la noción de «capacidades»”.⁸ La discrepancia de Vázquez no es, con todo, de fondo, sino que tiene que ver más bien con una cuestión de presentación o, si se quiere, con la manera de entender la idea de “capacidades” por parte de Nussbaum y Sen, pues la misma —nos dice— “aproxima su concepción más a la idea de autonomía personal que a la de dignidad”.⁹ O sea, “la noción de capacidades no excluye a la de necesidades”, pero esta última sería, de alguna manera, más básica, y de ahí la caracterización final que Vázquez presenta de la dignidad:

Ser tratado con dignidad significa, por una parte, ser tratado sin crueldad y sin humillación (liberalismo del miedo) y, por otra, ser tratado igualitariamente, sin discriminación, y en la satisfacción de las necesidades biopsíquicas básicas (liberalismo de la igualdad). Ambas nociones de dignidad, deben entenderse como condiciones necesarias para el ejercicio de la capacidad autonómica del ser humano.¹⁰

En fin, un ejemplo de aplicación práctica del juego entre la dignidad y la autonomía (de la prioridad del primero de los principios) lo ofrece la cuestión de la objeción de conciencia. Rodolfo Vázquez es partidario de una aceptación amplia de este derecho, que debería reconocerse, en su opinión, tanto en el ámbito de la medicina como en muchos otros (incluido el de la judicatura), precisamente porque se trata de un desarrollo (positivo) de la idea de autonomía. Pero ese derecho tiene un límite que viene fijado, precisa (y negativamente), por la dignidad. En relación con la objeción médica, Vázquez lo plantea así:

[E]l enfoque [de Patricio Santillán, que Rodolfo Vázquez hace suyo]… exige una mayor atención a los derechos del paciente que la que normalmente se está dispuesto a conceder cuando la perspectiva que se ha asumido, generalmente, es la del médico objetor. En cualquier caso, la objeción de conciencia tiene límites, como he querido enfatizar en este apartado, que se justifican

⁷ *Ibidem*, p. 42.

⁸ *Idem*.

⁹ *Ibidem*, p. 44.

¹⁰ *Ibidem*, p. 45.

precisamente para evitar la arbitrariedad y la irresponsabilidad en el ejercicio de la misma a favor de un reconocimiento de la dignidad del paciente.¹¹

II. EL ENFOQUE NEGATIVO, COMO LÍMITE, A LA DIGNIDAD

Yo no creo estar en desacuerdo con Rodolfo Vázquez en su forma de entender la dignidad. Pero me parece que se pueden plantear algunas dudas sobre lo que él entiende por “vía negativa” y sobre la manera de relacionar dignidad y autonomía. Son simplemente dudas, pero me parece que quizás puedan ser de utilidad para seguir reflexionando sobre lo que, bien puede decirse, constituye uno de los núcleos de la teoría moral.

Por lo que se refiere a su énfasis en lo que él llama la “vía negativa”, me parece que Rodolfo Vázquez tiene toda la razón en subrayar que hay ciertos “mínimos inalterables” (los fijados por las necesidades más básicas de los seres humanos) vinculados con la idea de dignidad y cuya satisfacción es una condición necesaria para que pueda hablarse de derechos humanos o de moralidad. Si echáramos mano de la terminología de los iusnaturalistas racionalistas: no tener satisfechas esas necesidades básicas significa vivir en un “estado de naturaleza” en el cual, como ya Hobbes nos advertía, no cabe hablar ni de justicia ni de injusticia. Lo que, sin embargo, no me parece tan claro es que esas necesidades básicas haya que definirlas en términos negativos (o preferentemente negativos). Me explicaré.

Rodolfo Vázquez está, desde luego, en buena compañía al entender de esa manera (negativa, como límite) la dignidad. Y digo esto porque así es también como la viene pensando, en varios textos de las últimas décadas, Javier Muguerza, el principal filósofo español de la moral de las últimas décadas. Según este último, el imperativo de los fines kantianos (la segunda formulación del imperativo categórico) no es puramente formal, sino que tiene un contenido, aunque el mismo sea de carácter negativo. Bajo su apariencia de oración gramaticalmente afirmativa (en la enunciación que le da Kant), Muguerza cree descubrir un sentido negativo: “no nos dice en rigor ‘lo que’ debemos hacer, sino más bien lo que ‘no debemos’, a saber, no debemos tratarnos, ni tratar a nadie, a título exclusivamente instrumental”.¹² Pero yo creo que, al menos en este punto, Garzón Valdés podría tener alguna razón

¹¹ *Ibidem*, p. 51.

¹² Muguerza, Javier, *Ética, disenso y derechos humanos. En conversación con Ernesto Garzón Valdés*, Madrid, Argés, 1998, p. 64. Sobre la dignidad en Muguerza puede verse en Atienza, Manuel, “La filosofía del derecho de Javier Muguerza”, que se publicará en un próximo número de *Isegoría* (puede consultarse en mi blog: lamiradadepeitho.blogspot.com).

en la crítica que, a propósito de este extremo, efectúa al planteamiento de Muguerza (que pretende basar en ese imperativo, al que el filósofo español llama “imperativo de la disidencia”, los derechos humanos):

Muguerza parece sentirse más atraído por la negación que por la afirmación. Su insistencia en la formulación negativa del imperativo categórico es una prueba de ello. La cuestión es saber si esta formulación negativa tiene alguna relevancia conceptual. Creo que no. Una prohibición de acción es traducible sin mayor problema en un mandato de omisión, es decir, en un imperativo afirmativo. No altera en absoluto el sentido de la versión negativa decir: “uno debe abstenerse de tratar a nadie como un medio”. Y, si se admite que la distinción medio-fin es exhaustiva, ello equivale a decir: “se debe tratar a todos como fines”. La versión negativa no enriquece el contenido del imperativo. Mientras no se especifique en qué consiste tratar a alguien como un fin, tan vacía es la prohibición como la orden.¹³

Bueno, Rodolfo Vázquez sí que especifica en qué consiste tratar a alguien como un fin, y lo hace negativamente: “sin crueldad y sin humillación”, por un lado, y “sin discriminarse”, por el otro. Pero la pregunta entonces es: ¿Y no podría expresarse eso mismo (aceptando que ese es el contenido del principio de dignidad) en términos positivos? Siguiendo la indicación de Garzón, bastaría con decir que la dignidad nos *ordena* omitir tratar a otro con crueldad, humillarle o discriminarse. A lo cual, quizás Vázquez podría replicar que, en todo caso, esos tres términos (crueldad, humillación, discriminación) parecen tener (bien formen parte de una prohibición o de un mandato) una connotación negativa: suponen privar a alguien de algo que merece. Pero a esa objeción podría también hacerse frente. O sea, cabe pensar en una prohibición o un mandato de contenido equivalente a los anteriores, pero utilizando los antónimos de esos términos. Y ni siquiera cabría decir que nuestro lenguaje sería entonces menos sintético (o sea, que la caracterización de la noción de dignidad sea más difícil de hacer en positivo que en negativo), pues para las dos primeras expresiones podríamos utilizar palabras como “consideración” y “respeto”, y para la tercera, “igualdad” o “igualdad de trato”. La fórmula de Rodolfo Vázquez podría en tal caso pasar a enunciarse (positivamente) así: “La dignidad consiste en tratar a los demás con consideración y respeto y de manera igual”; o, en fórmula todavía más concisa: “la dignidad consiste en tratar a todos con la misma consideración y respeto” que, como se sabe, es como Dworkin

¹³ Garzón Valdés, Ernesto, “Acerca del disenso (La propuesta de Javier Muguerza)”, en Muguerza, Javier, *Ética, disenso y derechos humanos...*, cit., p. 104.

entiende la justicia del Estado: el deber de “tratar a aquellos que están bajo su dominio con la misma consideración y respeto”.¹⁴

Y vayamos ahora a la relación entre dignidad y autonomía. De nuevo, las razones de Rodolfo Vázquez para otorgar cierta prioridad a la dignidad frente a la autonomía tienen un fundamento muy comprensible: para poder plantearse cómo uno quiere vivir, ejercer su autonomía, se precisa contar con que sus necesidades más básicas estén satisfechas; si no se da ese presupuesto, todas las invocaciones liberales a favor del respeto a los planes de vida de los individuos carecen de sentido o, mejor dicho, su sentido es más bien ideológico y consiste en ocultar la carencia de moralidad que caracteriza a una sociedad así organizada (sobre la base de la autonomía de individuos a los que no se reconoce, sin embargo, como seres igualmente dignos). Pero me parece que la plausibilidad de ese argumento tiene mucho que ver con la manera de entender la autonomía. Quiero decir, el argumento tiene una fuerza incontestable frente a la autonomía vista en términos liberales —digamos— clásicos: ser respetado como persona autónoma significa reconocer el derecho de cada individuo a tener su propio punto de vista, a elegir y realizar acciones basadas en los valores y las creencias personales. Pero la cosa ya no es tan clara si por autonomía entendiéramos (a la manera de la tercera formulación del imperativo categórico) también el tratar a los agentes de manera tal que se les permita y se les facilite actuar autónomamente.

En la obra a la que me refería al comienzo de este comentario, Beauchamp y Childress mostraban la existencia de esa doble interpretación del principio de autonomía (el primer principio de la bioética), al igual que ocurría (me refiero a la diversidad en cuanto a las maneras de entenderlos), en su opinión, con los otros principios: el de no maleficencia, el de beneficencia y el de justicia (o igualdad). Esa diversidad de concepciones es lo que llevó a esos autores a no reconocer a ninguno de esos principios (incluido el de autonomía) el carácter de principio supremo o principio “triunfo”, y a considerarlos más bien, a cada uno de ellos, como “un principio moral en un sistema de principios”.¹⁵ Según Beauchamp y Childress, lo que tendríamos sería algo así como un continuo de principios, de manera que no habría una separación tajante entre uno y otros.

Pues bien, hace tiempo¹⁶ ensayé una interpretación de los principios de la bioética (considerándolos una especificación del imperativo categórico en

¹⁴ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Belknap, Harvard University Press, 2011, pp. 422 y 423.

¹⁵ Beauchamp y Childress, *op. cit.*, p. 112.

¹⁶ Atienza, Manuel, “Juridificar la bioética”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, ITAM-Fondo de Cultura Económica, 1999.

un campo concreto de actividad), en la que los principios de beneficencia y de no maleficencia los agrupaba en un único *principio de dignidad*, al que veía como la respuesta a la pregunta de qué daño y qué beneficio se puede (o se debe) causar a un individuo: “Ningún ser humano puede ser tratado como un simple medio”. En total proponía (para estructurar el “cuadro de la bioética”) ocho principios, cuatro primarios (uno de ellos, el de dignidad, y otro, el de autonomía) y cuatro secundarios, que deberían permitirnos, mediante un procedimiento ponderativo, resolver satisfactoriamente el conjunto de problemas que pertenecen al campo de la bioética.

Y entonces surge, en mi opinión, el siguiente problema. Si la dignidad se considerara un principio límite, un principio triunfo o una razón absoluta, entonces no cabría propiamente hablar de “ponderación”, en el sentido de que, siempre que concurriera la dignidad, el balance debería inclinarse en su favor. Creo que en esto es en lo que está pensando Rodolfo Vázquez para los supuestos de choque entre el principio de autonomía y el de dignidad, y de ahí precisamente su insistencia en interpretar la dignidad en términos negativos: pues si no fuera así (si no se interpretara restrictivamente la dignidad), no habría tampoco mucho espacio para la deliberación moral. Yo creo, sin embargo, que para esa situación de *impasse* podría encontrarse una solución que no consistiera exactamente en establecer una relación de prioridad entre los principios básicos de la ética (que son precisamente los tres incorporados en el imperativo categórico kantiano: igualdad, dignidad y libertad o autonomía), sino en trazar una distinción entre dos dimensiones o dos niveles en que cabe situar a cada uno de esos principios. En el nivel más profundo, la igualdad, la dignidad y la libertad, vienen a ser, como Kant pensó, formas distintas de una misma ley moral, cada una de las cuales contiene a las otras. Pero hay también otro nivel o dimensión que corresponde a la traducción de esos principios en derechos fundamentales concretos. Por ejemplo, en relación con la autonomía, el derecho a la libertad de expresión a la libertad religiosa, etcétera. Y, en relación con la dignidad, el derecho a la intimidad, al honor, a la integridad personal o a la seguridad. Pues bien, en el nivel más profundo no cabe, en efecto, establecer prioridades ni, por tanto, ponderar. Pero esto no es así en el nivel de los derechos fundamentales: ninguno de ellos es absoluto (aunque les subyazcan las razones más fuertes de un determinado sistema jurídico o moral) y, por ello, pueden ser ponderados entre sí con el resultado de que cualquiera de ellos puede resultar derrotado dada cierta correlación de circunstancias. En un trabajo en el que expuse esa concepción de la dignidad con cierto detalle, resumía mi planteamiento en una serie de puntos que concluía así:

9) En la noción (normativa) de dignidad pueden distinguirse dos dimensiones. Una es la dignidad en cuanto fundamento último de los derechos; así entendida, la dignidad señala, por así decirlo, el límite de la moral y ordena *no* tratarnos a nosotros mismos ni a los demás exclusivamente como medios. Otra es la dignidad traducida en derechos fundamentales concretos, como los derechos de la personalidad o las garantías procesales. En cuanto fundamento último de los derechos, es obvio que la dignidad no puede ceder frente a ninguna otra exigencia (las razones basadas en la dignidad son absolutas); pero los derechos basados en la dignidad sí que pueden ser ponderados con otros (la libertad de expresión, por ejemplo, puede prevalecer frente al honor o la intimidad).

10) La dignidad no es un valor que esté por encima de la igualdad o la libertad, cuando se entienden estos dos últimos valores o principios en su sentido más profundo; simplemente, como ocurre con las tres formulaciones del imperativo categórico kantiano, son dimensiones distintas de la misma realidad (una misma ley moral) y cada una de ellas contiene a las otras. Sin embargo (y a diferencia ahora de lo que ocurre con “libertad” e “igualdad”), el término “dignidad” no parece usarse para referirse a los derechos que derivan específicamente de la dignidad; y en ese sentido sí que puede decirse entonces que la dignidad opera como límite (como límite absoluto) en relación con los derechos de igualdad y de libertad.¹⁷

III. CONCLUSIÓN Y COINCIDENCIA

La conclusión de todo lo anterior es que la forma en que yo concibo la dignidad es básicamente coincidente con la de Rodolfo Vázquez. Estaría incluso dispuesto a aceptar la preferibilidad de una aproximación a ese concepto que sea básicamente por vía negativa; y también a reconocer cierta prioridad a la dignidad frente a la autonomía (o frente a la igualdad). Pero me parece que para pensar así sólo tenemos razones pragmáticas y de conveniencia; en último término, razones políticas que, por lo demás, no hay por qué despreciar: antes bien, pueden resultar decisivas, dado cuál es el estado del mundo o de ciertas sociedades en el contexto de ese mundo. Pero, aclarado esto, debe reconocerse también que el fondo de la cuestión, el fondo de la ética, es como Kant lo vio: la verdad —o la corrección— moral puede expresarse utilizando cualquiera de esos tres principios, pues cada uno de ellos contiene a los otros. Lo cual implica a su vez un cierto límite,

¹⁷ Atienza, Manuel, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en Casado, María (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Civitas-Thomson Reuters, 2009, pp. 92 y 93.

una cierta guía, a la hora de formular y de entender esos principios. En relación con el de dignidad, mi propuesta sería considerar que su núcleo reside en el derecho y la obligación que tiene cada individuo de desarrollarse a sí mismo como persona (un desarrollo que admite obviamente una pluralidad de formas, de maneras de vivir; aunque no cualquier forma de vida sea aceptable) y, al mismo tiempo, la obligación en relación con los demás, con cada uno de los individuos humanos, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo.

MÁS ALLÁ DE LA TEORÍA

Bernardo GARCÍA CAMINO*

ROBERT T. HALL**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La tercera vía*. III. *La significancia del movimiento hasta la tercera vía*. IV. *La casuística revisitada*. V. *Justificación teórica o justificación metodológica*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En sus artículos sobre teorías, principios y reglas,¹ publicados en el *Diccionario latinoamericano de bioética*², Rodolfo Vázquez ofreció un análisis de las perspectivas filosóficas sobre la bioética. Este análisis es una explicación de cuatro perspectivas: *a) filosofía modesta*, el oficio de técnico que limita el rol de la filosofía en la bioética a análisis de argumentos sin defender posturas sustantivas; *b) filosofía teórica general*, que explica y defiende teorías de la bioética como el principalismo de Tom Beauchamp y James Childress;³ *c) filosofía teórica particularista*, que se enfoca en casos como teorías contextualistas y la casuística de Albert Jonsen y Stephen Toulmin⁴; y *d) filosofía de la tercera*

* Universidad Autónoma de Querétaro, México.

** Universidad Autónoma de Querétaro, México.

¹ Véanse los capítulos “Teorías, principios y reglas 1. Los filósofos modestos”, “Teorías, principios y reglas 2. Los filósofos ambiciosos” y “Teorías, principios y reglas 3. Los filósofos de la tercera vía”, en *Diccionario latinoamericano de bioética*.

² Tealdi, Juan Carlos (dir.), *Diccionario latinoamericano de bioética*, Bogotá, UNESCO-Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética-Universidad Nacional de Colombia, 2008.

³ Beauchamp, T. L. y Childress, J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 1979.

⁴ Jonsen, A. y Toulmin, S., *The Abuse of Casuistry*, California, University of California Press, 1988.

vía, una perspectiva intermedia de filósofos que apelan al equilibrio reflexivo⁵ y a principios *prima facie*.

Aunque los filósofos modestos han enfatizado algunos puntos importantes de la ética en general (imparcialidad, universalidad, consistencia, etcétera), no es nuestra intención comentar sobre los filósofos técnicos del oficio, denominados “modestos”, porque esto es función de toda la filosofía y, de hecho, no es una ética aplicada.

Los filósofos generalistas (preferimos llamarlos simplemente “teóricos”) elaboran sistemas de principios o valores originalmente ordenados de manera jerárquica con el propósito de deducir soluciones a problemas bioéticos. La más conocida de estas teorías es el principalismo de Beauchamp y Childress. Los problemas con esta perspectiva, reconocidos por el profesor Vázquez, eran la asignación de prioridades a los principios, la falta de especificación entre los principios y los casos, la ausencia de un consenso universal y el absolutismo de la perspectiva.

Las perspectivas teóricas particularistas, ejemplificadas por los casuistas, situacionistas y quizás feministas, no elaboran sistemas de bioética, se focalizan en resolver mediante el uso de casos paradigmáticos, analogías, máximas comunes y circunstancias particulares. Apelan a la prudencia o a la sabiduría práctica para la toma de decisiones sobre dilemas bioéticos. El problema con las perspectivas particularistas, según Vázquez, es su intuicionismo y subjetivismo.

La tercera vía, la de principios *prima facie* y equilibrio reflexivo, es una perspectiva propuesta inicialmente por Norman Daniels, a partir de una revisión de las ideas de John Rawls. En esta postura se encuentran la adopción del concepto de “equilibrio reflexivo” por Beauchamp y Childress y la postura de Dan Brock,⁶ fundamentadas en los principios de moralidad común y equilibradas por una consistencia de convicciones personales. La tercera vía, según Rodolfo Vázquez, tiene el problema de ser imparcial o de que podría estar en contra de la moralidad común, por lo que la resolución de cualquier incoherencia sería solamente subjetivista.

⁵ Daniels, Norman, *Justice and Justification: Reflective Equilibrium in Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

⁶ Brock, Dan, “Medidas de la calidad de vida en el cuidado de la salud y la ética médica”, en Craven Nussbaum, Martha y Sen, Amartya (comps.), *La calidad de vida*, México, Fondo de Cultura Económica. 1996.

II. LA TERCERA VÍA

Después de que el profesor Vázquez publicó su artículo en el *Diccionario de Bioética*, fueron publicadas dos ediciones más del famoso libro de Beauchamp y Childress, *The Principles of Biomedical Ethics*, cada una con cambios y ampliación de su teoría para reconocer contribuciones de filósofos y bioeticistas de otra perspectiva. Es un mérito que los autores hayan hecho ajustes a su teoría, pero estas revisiones han empujado a su versión original del principialismo más en la dirección de la tercera vía y, por consecuencia, las dudas de subjetividad, que desde mucho antes había expresado el doctor Vázquez, aplican aún más fuertemente. La séptima edición del texto de Beauchamp y Childress, por ejemplo, incluye un énfasis en la “moralidad común” como fundador del principialismo en vez de consenso y un capítulo sobre el carácter moral, así como sobre motivos virtuosos e ideales morales como otros aspectos de la ética.

Los autores han añadido un quinto principio —relaciones profesionista-paciente— a los cuatro previos. Además, han dicho que no hay conflicto entre el principialismo, la casuística y la ética feminista. Con su énfasis en la *Convergence of theories* y en la *Reflective equilibrium as an integrated model*, hoy en día es más apropiado, como Beauchamp y Childress han reconocido en su último capítulo, designar esta perspectiva una *Common-Morality Theory* en lugar de principialismo.

Creemos que la crítica del profesor Vázquez tiene razón y que esto ha estado confirmado por el desarrollo subsecuente del principialismo, cuya ampliación por parte de Beauchamp y Childress, mediante la inclusión de perspectivas ajenas de los principios enunciados a su origen, ha tenido el efecto de diluir o confundir el sentido de la justificación teórica pretendida, no por la inclusión de un nuevo principio o ideales, sino por la incorporación de la apelación de motivos morales, los cuales son conceptos para la teoría ética de las virtudes y el carácter. Estos conceptos son ajenos a un sistema de justificación principialista y sería difícil desarrollar un equilibrio reflexivo entre principios (o derechos) y motivos, porque son conceptos incommensurables. Además, no es claro cómo los principios del feminismo (caridad y obligaciones de redes de relaciones sociales) juegan con el principialismo. Y la casuística, como metodología, tiene otra perspectiva sobre la justificación de decisiones, que no es justificación teórica (regresaremos a este punto más tarde).

Así que apreciamos que el profesor Vázquez haya identificado el problema de la justificación en la progresión del principialismo de Beauchamp

y Childress, a través de las múltiples ediciones de su libro, hasta una posición que denomina tercera vía. No profundizaremos en los comentarios a la perspectiva de Dan Brock, sólo diremos que tiene el mismo problema de justificación, quizá en menor grado, al no intentar incluir tales elementos extraños al principialismo.

III. LA SIGNIFICANCIA DEL MOVIMIENTO HASTA LA TERCERA VÍA

La perspectiva crítica de Vázquez es importante. Dice que la filosofía modesta —filosofía como técnica— es insuficiente porque no toma ninguna posición normativa. “Renunciar a la posibilidad de construir ciertos principios normativos generales —dice— que tomen como punto de partida el respeto hacia las personas es renunciar al punto de vista moral”. Es importante reconocer que, por su naturaleza, la ética requiere imparcialidad, universalizabilidad y la regla de oro, pero sin principios sustantivos, lo que R. M. Hare ha llamado “decisions of principle”⁷ no logramos juicios justificados y el punto de la ética —lo esencial— es la justificación de dichos juicios.

Los filósofos ambiciosos generalistas, por contraste, toman posturas normativas fuertes. El principialismo original, por ejemplo, fundamenta su postura en un consenso público sobre principios absolutos y universales y en el uso de éstos de manera deductiva para justificar decisiones bioéticas. “Lo cuestionable de esta postura es el carácter no exceptuable y fundacional de los principios... El problema —comenta el profesor Vázquez— es que no existe tal teoría moral comprensiva en la que todos estén de acuerdo”, que resulta contraria a una sociedad democrática. Además, tenemos que reconocer el problema del conflicto de principios (sin jerarquía de principios no se pueden usar de manera deductiva) y las dificultades de especificación. Estos problemas socavan la pretensión de justificación teórica del principialismo original. Así que los filósofos ambiciosos generalistas han movido más allá de consenso público (hasta el concepto flexible de “moral común”), más allá de la jerarquía de principios (hasta equilibrio reflexivo) y más allá de especificación deductiva (hasta reconocimiento del contextualismo de motivos y virtudes —o valores en la perspectiva de Diego Gracia—.⁸ El principialismo original simplemente no logró mantener una justificación teórica.

⁷ Hare, R. M., *Freedom and Reason*, Oxford University Press, 1963.

⁸ Gracia, Diego, *Construyendo valores*, Madrid, Triacastela, 2013.

Los filósofos ambiciosos particularistas —casuistas y otros contextualistas— han evitado estos problemas de la justificación teórica por su enfoque en casos prácticos en vez de principios o fundamentos. Los juicios morales están justificados por la apelación a un complejo de consideraciones culturales (casos paradigmáticos, máximas o pautas comunes, incluso de autoridades en la materia) además de elementos de contexto (personalidades y circunstancias). El problema con esta perspectiva, según el doctor Vázquez, es que no hay ninguna manera para coordinar todos estos elementos en una decisión justificada, excepto por el uso de intuición personal, que es un tipo de subjetivismo, lo cual es contrario a la objetividad e imparcialidad necesaria para la justificación ética teórica. “Si en los generalistas el defecto era haber incurrido en un absolutismo moral bajo un esquema deductivista —dice nuestro autor— el problema entre los particularistas es elaborar una teoría que descansa en un subjetivismo”.

La tercera vía constituye un esfuerzo por resolver el problema de la justificación de las decisiones morales de los generalistas y particularistas. Los conceptos del equilibrio reflexivo y principios *prima facie* pretenden resolver los problemas de conflicto de principios y la jerarquía necesaria para la deducción. La revisión del principialismo (original) por interpretar el consenso como “moral común” pretende resolver el problema de la falta de consenso público. La inclusión de motivos morales y un tipo de relativismo cultural por aceptar una versión del contextualismo de la casuística pretende resolver las dificultades de especificación.

A través de su análisis, el profesor Vázquez ha indicado que, respecto a la ética aplicada, la justificación es crucial. Todas las teorías, eventualmente, resultan en un entendimiento de la justificación de decisiones éticas que es subjetivista o intuicionista y esto es contrario al punto de vista moral.⁹ El meollo del problema de la justificación teórica de decisiones morales, según Vázquez Cardozo, es el subjetivismo. Todas las teorías naufragan eventualmente en una apelación a opiniones subjetivistas.

IV. LA CASUÍSTICA REVISITADA

Es normal considerar que la casuística es una perspectiva sobre la ética aplicada teórica, comparable con el principialismo, la ética narrativa, la ética dialógica y otras perspectivas filosóficas. Normalmente, se ha asumido que todas estas perspectivas buscan su justificación fundamentada en la teo-

⁹ Baier, Kurt, *The Moral Point of View*, Nueva York, Cornell University Press, 1958.

ría filosófica. Sin embargo, existe otra interpretación de la casuística: quizás no es una ética teórica, sino una metodología para tomar decisiones. Esta metodología afirma que, al tomar en cuenta todas las consideraciones que existen en nuestra cultura, incluso de los elementos de las éticas teóricas, los principios morales y los derechos humanos, junto con las contingencias, motivos, valores, y caracteres de las personas involucradas, así como con toda la evidencia científico-médica disponible, y al balancear todo, a través de una ponderación reflexiva, la opinión de la persona que toma la decisión es la que determina que esta opción es la acción más apropiada.

La casuística clásica, elaborada por Jonsen y Toulmin,¹⁰ es una metodología basada en casos paradigmáticos, analogías entre casos, máximas comunes, y factores culturales y científicos junto con los hechos del caso presente. En un comentario reciente hemos añadido a estos elementos la apelación a autoridades de confianza, tanto profesionistas médicos, como bioeticistas.¹¹ Se decide al balancear argumentos a favor y en contra de las opciones y la decisión es un producto, no por deducción lógica surgida desde los principios, sino por razón práctica.

Los rasgos de esta metodología son muy diferentes de las características de la ética teórica. Las decisiones morales no son universales, sino particulares; son relacionadas a la cultura y a las personas afectadas porque se basan en casos paradigmáticos y opiniones de autoridades compatibles a dichas convicciones. Además, las decisiones casuísticas no son absolutas, sino probables hasta el grado en que las autoridades estén de acuerdo.

Si en todos los casos análogos, las máximas o pautas son comunes, casi todos los bioeticistas y asociaciones de médicos, así como el comité de bioética clínica, están de acuerdo sobre un curso de acción, se puede recomendar esta decisión con la confianza de que muy probablemente será aceptada. Si existe un desacuerdo entre casos, autoridades, etcétera, es posible que cualquiera de las decisiones sea apropiada, y a veces un individuo tiene razones para optar por una postura minoritaria en un caso y más cuando se trata de sí mismo, como una expresión de su autonomía.

Por lo tanto, las decisiones casuísticas no son deducciones a partir de principios. Es la balanza entre evidencia médica, opiniones y casos la que conduce a una decisión u otra. Esta evaluación de la evidencia, opiniones y pautas es función de la persona que tiene que tomar la decisión. En este

¹⁰ Jonsen, A. y Toulmin, S., *The Abuse of Casuistry*, California, University of California Press, 1988.

¹¹ Arellano, J. S. y Hall, R. T., *La casuística: una metodología para la ética aplicada*, México, Fontamara, 2013.

sentido, la metodología casuística es subjetiva —dependiente de los valores y creencias del individuo— y se espera que sea un equilibrio reflexivo entre éstos. Las expresiones “en mi opinión” y “apropiada para mí” siempre son apropiadas a esta metodología e indican un tipo de subjetivismo de juicio. Pero esto es aceptable porque la justificación radica en tomar en cuenta todos los elementos culturales y contingencias contextuales, no en una fundamentación teórica. Además, como han enfatizado quienes poseen una perspectiva feminista en la bioética, las decisiones dependen de la red de relaciones personales y las obligaciones del individuo.

Este tipo de subjetivismo implica también un aspecto pluralista en la metodología casuística porque dos personas, considerando el mismo caso y tomando en cuenta los mismos antecedentes previos, analogías, evidencia y opiniones autoritativas, pueden balancear todo de maneras distintas y lograr conclusiones diferentes sobre la acción apropiada para ellos. A veces, los jueces en casos legales consideran la evidencia y las leyes por igual, y emiten juicios diferentes. A esto, nuestro autor en otra obra, le llama razones “contramayoritarias”.¹²

La postura de Rodolfo Vázquez en la bioética que plantea una tercera vía no es contraria a lo que hace en su filosofía jurídica, ya que corre paralela a las vías de la bioética y el derecho, buscando la consolidación de su estado liberal democrático de derecho, en el cual, la construcción de las decisiones basadas en principios y razones forja los criterios.

Son los mismos hechos, la conclusión de la Segunda Guerra Mundial y los juicios de Núremberg, los que dan el nuevo advenimiento al derecho al terminar con lo que se considera el Estado de derecho y el surgimiento del Estado constitucional o liberal democrático de derecho así como a la bioética. La transición jurídica provoca el paso de la observancia obligatoria de las decisiones legislativas, sin reparar en su contenido, y de la consecuente confusión del derecho con la ley a la necesaria inclusión de contenidos libertarios en la norma y su expansión mediante la determinación argumentativa-judicial.

De esta forma, ya sea para la bioética o para el derecho, pues su horizonte es similar, al atender a la expresión de los razonamientos fundados de los comités o de los jueces, respectivamente, lo que se pretende son resoluciones en beneficio de la persona.

Más allá de señalar la preponderancia de percepciones teóricas rígidas que confronta al iusnaturalismo o al positivismo, al principialismo o al ca-

¹² Vázquez, Rodolfo, *Normas, razones y derechos: filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 2011.

suismo, y que da pauta a largas e infructuosas discusiones, ver al equilibrio reflexivo como una opción para resolver los asuntos de una forma aplicable, práctica y real resulta más importante; los argumentos que construyen las resoluciones son el verdadero andamiaje de sustento, más que la adscripción a una corriente teórica.

Al igual que las tradicionales pugnas entre los sistemas normativos que provenían de los sistemas de la ley del código y de la ley común, la bioética transita a posturas menos rígidas y de mayor espectro de resolución real del conflicto. Como hemos citado con anterioridad,¹³ se puede considerar que son caminos distintos del mismo método.

El profesor Vázquez retoma las posturas de Atienza¹⁴ de acercar a la bioética a los sistemas jurídicos, para lograr encontrar la forma de poder resolver los asuntos en una mezcla de principios y de casos, sin tomar parte de la idea original en la opción legislativa, sino en el método de resolución en el esquema judicial.

V. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA O JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA

La obra que comentamos, correspondiente al *Diccionario latinoamericano de bioética*, es revisada y replanteada en los capítulos relativos a las teorías, principios y reglas en bioética, en donde se sigue advirtiendo que, a su parecer, todas las teorías —las ambiciosas generalistas y particulares y las perspectivas de la tercera vía— tienen el mismo problema. De una manera u otra, todas dependen de un subjetivismo o intuicionismo, y éste socava su objetividad, su imparcialidad y la confianza en sus conclusiones. Los principialistas tienen dificultades con el consenso sobre los principios, el rol de motivos morales en decisiones y la especificación a casos particulares. Todos estos problemas están provocados por el subjetivismo necesario para tomar decisiones particulares. Las perspectivas particulares —contextualistas y casuistas— tienen una solución al problema de especificación,¹⁵ (Strong, Jonsen), pero solamente por admitir el elemento de subjetivismo y relativismo en su metodología y esto socava la imparcialidad y universalismo que

¹³ García Camino, B. y Ruiz Cañizales, R., “Bioética, razonamiento y resolución de conflictos. Entre el principialismo y la casuística. Ley de código y ley común”, *Dilemata*, año 8, núm. 20, 2016.

¹⁴ Atienza, Manuel, “Juridificar la bioética”, *Isonomía*, núm. 8, 1998.

¹⁵ Véase Strong, Carson, “Justification in Ethics”, en Brody, B. A. (ed.), *Moral Theory and Moral Judgments in Medical Ethics*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1988; Jonsen, A. y Toulmin, S., *The Abuse of Casuistry*, California, University of California Press, 1988.

requiere una ética aplicada teórica. Los de tercera vía, por su apelación al equilibrio reflexivo, han sacrificado tanto el deductivismo de la ética sistemática como su coherencia ya que lograr un equilibrio implica evaluación subjetivista. Así que, en resumidas cuentas, las perspectivas teóricas radican en una justificación que contiene elementos intuicionistas o subjetivistas. Esta crítica aplica también a los filósofos modestos que piensan que el rol de la filosofía es meramente técnico: por limitar la filosofía al rol técnico, su perspectiva ha evitado el subjetivismo, pero a costa de no constituir una ética aplicada sustantiva o normativa.¹⁶

Señalamos que el meollo de este problema, que el profesor Vázquez ha identificado de manera tan clara, no es el elemento del subjetivismo, sino la idea de justificación teórica en sí misma. Según la perspectiva casuística —o al menos nuestra versión de la casuística— la justificación de decisiones morales no es por su fundamentación en una teoría sistemática de la ética, sino en su metodología. No es que los casuistas no afirmen la justificación de sus juicios éticos, incluyendo juicios de confianza probable. Al contrario, los casuistas afirman que la justificación no radica en principios (sean generalistas o de una tercera vía), sino en su método. Si la persona que toma decisiones ha tomado en cuenta todos los casos paradigmáticos por analogía a su problema particular, todas las máximas y pautas de su cultura, toda la evidencia médica y opiniones de sus médicos, además de opiniones de confianza de bioeticistas y de asociaciones de autoridades y las leyes relevantes y las contingencias contextuales, además si el individuo ha evaluado todo esto de manera racional respecto a sus propios valores, se puede decir que su decisión está justificada o que su decisión es apropiada, considerando las alternativas. Esta justificación metodológica, no teórica, es la única justificación que admite juicios éticos y es todo lo que es necesario. Hacia esto se conducen hasta la 7a. edición Beauchamp y Childress, mientras que Vázquez lo había advertido con anterioridad, señalando el camino para resolver los asuntos bioéticos.

Por ello, concluimos que el profesor Vázquez ha demostrado el fallo de todas las teorías de la ética aplicada que apelan a principios absolutos y universales. Nuestra propuesta en este acto implica una visión de la ética aplicada, la cual el doctor Vázquez propone como un concepto de justificación teórica en sí misma; nosotros creemos que ésta debe ser reemplazada por un concepto de justificación metodológica. Este cambio, basado en la crítica

¹⁶ R. M. Hare ha reconocido esto por decir que además del análisis de la lógica de la moralidad (el elemento kantiano de su perspectiva), son necesarias “decisiones de principio” (el elemento utilitarista de su perspectiva) (véase *Moral Thinking*).

del profesor Velázquez, nos lleva más allá del principalismo, e incluso más allá de la justificación teórica.

Se puede decir que la justificación metodológica no es, en realidad, una justificación porque es subjetivista, no tiene fundamentación en principios, no provoca confianza absoluta en las decisiones y no dio soluciones universales. Pero estas críticas están basadas en un concepto de justificación teórica y el concepto de justificación metodológica es distinto. No es justificación por objetivismo, fundamentación, absolutismo o universalismo, sino por consideración de todos los elementos, ideales, conceptos, motivos, circunstancias y contingencias de nuestra cultura y la evaluación de estos elementos por prudencia. Desde esta perspectiva no es una ética teórica para justificar la práctica de una cultura; es la cultura la que justifica la ética. Desde la época de la Ilustración —empezando con la ética geométrica de Spinoza— los filósofos han tenido una obsesión con los principios universales y los sistemas deductivos, al intentar descubrir una ética teórica justificado fundacionalmente. Creemos que es tiempo descartar este objetivo para un nuevo entendimiento de justificación de decisiones morales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, “Juridificar la bioética”, *Isonomía*, núm. 8, 1998.
- BAIER, Kurt, *The Moral Point of View*, Nueva York, Cornell University Press, 1958.
- BEAUCHAMP, T. L. y CHILDRESS, J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford y Nueva York, 7a. ed., Oxford University Press, 2013.
- , *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 1979.
- GARCÍA CAMINO, B. y RUIZ CAÑIZALES, R., “Bioética, razonamiento y resolución de conflictos. Entre el principalismo y la casuística. Ley de código y ley común”, *Dilemata*, año 8, núm. 20, 2016.
- GRACIA, Diego, *Construyendo valores*, Madrid, Triacastela, 2013.
- HALL, R. T., “La casuística retomada: justificación y autoridad”, en ARELLANO, J. S. y HALL, R. T., *La casuística: una metodología para la ética aplicada*, México, Fontamara, 2013.
- , y ARELLANO, J. S., “El síndrome de Patau”, *La casuística: una metodología para la ética aplicada*, México, Fontamara, 2013.
- HARE, R. M., *Freedom and Reason*, Oxford University Press, 1963.

- JONSEN, A. y TOULMIN, S., *The Abuse of Casuistry*, California, University of California Press, 1988.
- STRONG, Carson, “Justification in Ethics”, en BRODY, B. A. (ed.), *Moral Theory and Moral Judgments in Medical Ethics*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1988.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, “Teorías, principios y reglas 1. Los filósofos modestos”, en TEALDI, Juan Carlos (dir.), *Diccionario latinoamericano de bioética*, Bogotá, UNESCO-Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética- Universidad Nacional de Colombia, 2008.
- _____, “Teorías, principios y reglas 2. Los filósofos ambiciosos”, en TEALDI, Juan Carlos (dir.), *Diccionario latinoamericano de bioética*, Bogotá, UNESCO-Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética- Universidad Nacional de Colombia, 2008.
- _____, “Teorías, principios y reglas 3. Los filósofos de la tercera vía”, en TEALDI, Juan Carlos (dir.), *Diccionario latinoamericano de bioética*, Bogotá, UNESCO-Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética- Universidad Nacional de Colombia, 2008.
- _____, *Normas, razones y derechos: filosofía jurídica contemporánea en México*, Madrid, Trotta, 2011.

ENTRE FILÓSOFOS: UN DIÁLOGO CON LA PERSPECTIVA MORAL DE RODOLFO VÁZQUEZ

René GONZÁLEZ DE LA VEGA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *De la modestia a la ambición*. III. *La ambición de la imparcialidad*. IV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Es la primera vez que me atrevo a escribir algo sobre la obra de Rodolfo Vázquez. No por falta de interés, ni por falta de entusiasmo académico, sino por falta de agallas. Siempre que comenzaba, no terminaba. Esto debido a que cada vez que lo intentaba me perseguían las sombras de varios fantasmas que ponían en entredicho lo criticado, lo evaluado o lo analizado. El poder decir algo medianamente inteligente sobre una obra que me ha formado y guiado filosóficamente a lo largo de los años, definitivamente, implicaba todo un reto sicológico; como chocar con la pared del “yo” para traspasarla. De alguna manera, siempre regreso a sus textos para recordar tesis olvidadas, para confirmar ideas mal comprendidas o para corroborar argumentos formulados. Criticar el río filosófico de donde has abrevado causa un conflicto interno, con el añadido reto de poder formular cosas que suenen al menos un tanto interesantes para quienes hayan leído la obra de Rodolfo, pero también, y sobre todo, para Rodolfo mismo.

Otro fantasma es el reto de guardar mesura: el ser prudente y no caer en el vicio de la soberbia cuando se critica al maestro. Esto a pesar de que José Antonio Marina, en uno de los libros que Rodolfo suele tener en la cabezera de su cuarto (*Pequeño tratado de los grandes vicios*), nos diga que la soberbia puede tener algo de admirable y, por ello, llegue a ser confundida con la va-

* Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

lentía. Pero me queda claro que sacar la espada frente a Jaime Astarloa¹ no es pecar de valiente, sino de soberbio, y, además, de una soberbia ingenua, cercana a la actitud del sastrecillo valiente que pretende pelear contra el gigante después de haber matado siete moscas de un solo golpe.

Todos lo sabemos, la obra de Rodolfo es vasta, original y comprometida. Se compone de muchos libros y aun de más artículos. Esto sin hablar de sus clases y seminarios que debemos tomar en cuenta. La obra de un profesor no sólo se compone por lo que escribe sino también por lo que dice y por lo que enseña. Los que hemos tenido el placer y el gusto de estar con él en el pasar de los años (nos conocimos cuando yo tenía 20, ahora tengo cuarenta; no es necesario hacer cuentas) sabemos que sus comentarios, críticas y argumentos orales son tan importantes como lo son sus libros, artículos y opiniones escritas. Su obra es la de un *docente* en los términos más amplios y robustos de la palabra. Una charla con Rodolfo siempre, invariablemente, nos deja sembrada una duda, nos plantea alguna pregunta o nos resuelve un problema; su mente escudriña en las razones que tenemos para defender un punto y las analiza, esto, sin nunca desatender el talante liberal que lo caracteriza y permitir que uno, aunque diga tonterías, piense por sí mismo hasta darse cuenta de que las está diciendo; Rodolfo enseña y conduce, no indoctrina ni impone.

Reconocer la existencia de esta amplia gama de recursos académicos para comentar en esta ocasión, por decirlo de algún modo, hizo que apareciera un tercer fantasma al que he tenido que enfrentarme: la elección. No ha sido sencillo, la paleta de opciones es generosa y sugerente por lo temas y los argumentos. A pesar de la bastedad de su obra, en ella podemos encontrar un hilo conductor tras el cual construye muchas de sus ideas. Este hilo es su defensa del liberalismo. Pero no de cualquier liberalismo, sino de un liberalismo cercano (muy cercano) al de Rawls. En este sentido, Rawls ha sido el puerto desde el que siempre parte y al que siempre llega en sus textos. Es decir, Rodolfo, a lo largo de su obra, defiende un liberalismo deontológico como la estructura del razonamiento práctico, idónea para desmembrar temas tan relevantes como los derechos humanos y sus conflictos, las minorías étnicas y el relativismo que las rodea, la tolerancia y su paradoja, el aborto, la eutanasia y la clonación como aspectos recalcitrantes de la ética o la educación que a sus ojos debe ser solidaria y tolerante.

Si analizamos el trasfondo de su obra, podremos ver que Rodolfo en varios trabajos desarrolló esta perspectiva del razonamiento práctico, la cual

¹ Se trata del personaje principal en la novela *El maestro de esgrima* de Arturo Pérez Reverte, publicada en 1988.

más tarde sirvió como base de la estructura intelectual de sus ideas y argumentos. Desde sus primeros libros como *Educación liberal y liberalismo*, *Estado de derecho y minorías*, hasta sus más recientes, como *Entre la libertad y la igualdad*, *Las fronteras morales del derecho y derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, Rodolfo saca a relucir las críticas que tiene frente a otras concepciones del razonamiento práctico que difieren del deontologismo kantiano que él defiende.

Ahora bien, independientemente de todos los textos que he referido, el que retomaré, de vez en cuando y de manera aislada, es su artículo “Teorías, principios y reglas en bioética”² en el que, me parece, se encuentran sus críticas a otras posturas morales y su defensa del deontologismo rawlsiano de manera más clara y contundente; por tanto, acudiré a este texto como punto de partida para estructurar la crítica que quisiera hacer a la obra de Rodolfo.

En ese texto que refiero, el profesor Vázquez procura instrumentar una defensa del equilibrio reflexivo, al presentarlo como una *tercera vía*, o como una vía intermedia entre las teorías morales que compiten entre sí. Fundamentalmente, aquellas de corte generalista o particularista. Sin embargo, guardo la sospecha de que la perspectiva que defiende el profesor Vázquez, en realidad, corre el peligro de no poder constituirse en el *Middle Kingdom* que él y Norman Daniels quisieran. Esto se debe a que su defensa de una moral basada en principios morales *prima facie* y el criterio para lograr una objetividad moral —la imparcialidad— resultan insuficientes para declarar al equilibrio reflexivo como ganador en el debate entre diversas teorías morales.

Mi sospecha es que esta tercera vía se encuentra en una cuerda floja. Cualquier paso que dé se verá en los reinos del generalismo (*Uplanders*), compartiendo más de un rasgo con las teorías morales absolutistas, o en los reinos de un particularismo (*Lowlanders*) contextualista, oliendo el llano y respirando el polvo del campo de batalla.

La idea es simple: si el equilibrio reflexivo, que se encuentra basado en la imparcialidad, vira a la derecha, se convierte en una postura absolutista que obviaría la importancia de nuestros valores sobre una vida buena, si vira a la izquierda se vuelve particularista, y olvidará el postulado de principios morales válidos independientemente de nuestras concepciones del bien. Por lo tanto, en su naturaleza bífida encontramos su conflicto y debilidad. Dicho lo anterior, adelanto las siguientes conclusiones: 1) Vázquez sigue sin decirnos por qué ésa es la teoría moral capaz de construir conclusiones sóli-

² Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 19-44.

das y plausibles, que otra clase de teoría moral no logra; 2) su postura es tan generalista como cualquier teoría moral basada en principios; sobre todo, porque procura guiar la vida de las personas a partir de reglas que responden a un criterio de imparcialidad sumamente robusto; 3) su mecanismo para evitar conflictos morales profundos convierte al equilibrio reflexivo en una postura particularista; esto se debe a que ante conflictos profundos se considera a los principios como *prima facie* y se debe acudir a la situación concreta para lograr su jerarquización si ésta no pretende ser subjetiva o intuitiva.

II. DE LA MODESTIA A LA AMBICIÓN

Para Vázquez existe una incertidumbre intelectual que los filósofos no han logrado combatir. Cuando se preguntan sobre el papel que les corresponde en la resolución de casos práctico-morales, las respuestas que obtienen no son tan alentadoras como quisieran. La duda de los filósofos sobre los alcances de la filosofía es sana. Parecería que los filósofos están tan absortos en sí mismos, que apenas cobraron conciencia de que por años han estado más preocupados por la consistencia y la coherencia interna de sus proposiciones filosóficas, que por el desarrollo de herramientas adoptables y practicables por individuos que no son filósofos.

Esta modestia podría derivar de un sano escepticismo que todo filósofo, me parece, debe practicar de vez en cuando para no caer en los vicios que el mismo Vázquez denuncia, como el absolutismo y el dogmatismo. La filosofía también se puede dogmatizar; si no, pregúntenle al cristianismo, al marxismo o, incluso, a algunas versiones del liberalismo. Pero esto sólo sucede cuando se deja de ser crítico y se comienzan a tomar ciertos postulados como verdades inamovibles, o ciertos principios como eternamente justificados o algunos valores como incuestionablemente válidos (léase también la imparcialidad). Esta actitud arrogante no sólo atenta contra el espíritu filosófico en general, sino también contra la médula misma del pensamiento liberal. Tanto la filosofía, en general, como el liberalismo, en particular, deben sustentarse en un sano escepticismo que exige del filósofo y del liberal la autoevaluación de sus postulados teóricos y de las capacidades de sus criterios de razonamiento práctico. Este escepticismo es sano en tanto que permita e impulse el desarrollo de las ideas y la evolución de la moral.

En ese sentido, el escepticismo que, me parece, profesa el filósofo modesto es sobre los alcances de las teorías del razonamiento práctico desarrolladas por ellos mismos. Es decir, no deriva de una desconfianza en la razón,

y tampoco implica una desconfianza en el “razonamiento práctico” en sí mismo. Por ello, y como cita Vázquez, Warnock y Singer consideran al filósofo como detector de falacias y errores argumentales, y como profesional del pensamiento crítico.

Si es correcta mi interpretación sobre la modestia intelectual de esta clase de filósofos, diría, entonces, que toman este escepticismo crítico como el último bastión de lucha ante dos polos que deben ser perennemente compatibles: por un lado, la insensatez o la falta de cordura del nihilismo y, por el otro, el dogmatismo y el absolutismo. Ambas posturas son profesadas tanto por aquellos que no le otorgan ninguna (o muy poca) importancia al pensamiento crítico o al razonamiento práctico dentro de sus teorías, como por aquellos que, cegados por una confianza absoluta o por un optimismo recalcitrante, no alcanzan a ver que las capacidades del razonamiento práctico también tiene límites. No ser modesto, en este sentido en que lo entiendo, sembraría invariablemente la semilla del dogmatismo o del nihilismo.

Pero hay algo en la respuesta que da Vázquez a este problema que me sacude. Sobre todo, porque tiendo a pensar que él coincide, al menos en parte, con lo que digo. Sin embargo, Vázquez dice: “No cabe duda de que la contribución de la filosofía analítica en el nivel de la metaética ha sido relevante y fértil, pero también insuficiente”.³

Ciertamente, la insuficiencia denunciada por Vázquez no está dirigida a la práctica de este escepticismo o modestia, sino a los resultados arrojados por la filosofía analítica cuando trata de resolver cuestiones moralmente relevantes. Coincido plenamente con él. La filosofía analítica se ha detenido en cuestiones que clarifican situaciones prácticas pero, a la hora de proponer medios para la solución de esa clase de conflictos, ya no ofrece respuestas. Sin embargo, no creo que esto sea problema para el filósofo analítico. Él no da respuestas, no porque parta de esa postura escéptica que refiero, sino porque los alcances que esta misma clase de filosofía tiene no se lo permiten.

Sin embargo, el debate en el que se enfrasca el filósofo modesto de Vázquez es de un calado distinto. No es sobre la insuficiencia de respuestas, ni sobre las capacidades que le otorgamos a la filosofía misma, sino sobre una cuestión de mayor importancia práctica: la falta de acuerdo que hay entre los filósofos morales acerca de cuál es la teoría del razonamiento práctico capaz de aportar criterios de justificación ante conflictos morales concretos. Pensemos en las respuestas ofrecidas por teorías rivales tan importantes como el deontologismo, el consecuencialismo, el contextualismo, el particularismo, entre otras.

³ *Ibidem*, p. 22.

Es importante que tengamos en cuenta esto, pues parecería entonces que la filosofía se encuentra entrampada en un debate sin destino. Si la modestia es parte del ejercicio de la filosofía, y la falta de acuerdo sobre la correcta teoría moral deriva de la clase de escepticismo procurado por la modestia, dicho acuerdo nunca va a llegar.

Sin embargo, para el profesor Vázquez la cosa puede resolverse de manera relativamente sencilla y, así, salvar a la filosofía moral de infructuosos esfuerzos. Vázquez de alguna forma propone una especie de consenso traslapado entre las teorías morales rivales para tratar de reconocer qué rasgo es común a todas ellas. Para él, este criterio sería la idea según la cual adoptar un “punto de vista moral” implica adoptar un “punto de vista imparcial”. Es decir, adoptar “la posibilidad de valorar los conflictos en términos de principios generales que se acepten independientemente de una situación en particular, sin permitir que mis preferencias o prejuicios personales influyan en el juicio”.⁴

Efectivamente, la imparcialidad es la respuesta que ofrecerían aquellos que defienden la postura de la tercera vía o del equilibrio reflexivo ante la disputa que ha puesto a los filósofos en una situación de modestia intelectual. No obstante, aun estando dispuestos a aceptar esta respuesta, cabría hacernos otras preguntas, por ejemplo, si hablar de “principios morales que se acepten independientemente de la situación particular” no es un guiño con el absolutismo, de la misma forma en que lo ha definido Vázquez, o si realmente evitar que nuestras preferencias, intereses y deseos personales jueguen un papel práctico relevante sea algo que debamos defender como moralmente encomiable.

III. LA AMBICIÓN DE LA IMPARCIALIDAD

Es recurrente encontrar en la obra de Rodolfo Vázquez la afirmación de que una perspectiva moral implica un compromiso con la imparcialidad. En *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, dice que la imparcialidad “exige, aceptar ‘un punto de vista moral’ como último criterio justificante. Ésta es la perspectiva kantiana del liberalismo”.⁵ En *Entre la libertad y la igualdad*, Vázquez afirma que “la imparcialidad puede exigir o bien una actitud de tolerancia o bien de decidida intervención en el conflicto evitando caer, en este

⁴ *Idem*.

⁵ Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, México, UNAM-Paidós, 2001, p. 71.

último, en paternalismos injustificados”.⁶ Más adelante en ese mismo libro sostiene que una “ética de la imparcialidad es una ética de la tolerancia”.⁷ En su más reciente obra, *Derechos humanos*, dice que “si uno apela a un ‘punto de vista moral’ el terreno en el que comienza uno a moverse es el de la imparcialidad”.⁸ Recordemos que en “Teorías, principios y reglas en bioética” sostiene la idea de que la imparcialidad debería ser tomada como el eslabón que une los intereses de todas las teorías morales y que, por ello, se debería de reconocer como el último criterio de justificación de los principios morales, y que “asumir el punto de vista moral es adoptar, a fin de cuentas, el punto de vista de la imparcialidad, es decir, la posibilidad de valorar conflictos en términos de principios generales que se acepten independiente de una situación particular, sin permitir que mis preferencias o prejuicios personales influyan en el juicio”.⁹

De alguna forma, me parece que un compromiso tan robusto y poco matizado con la “imparcialidad” genera una incompatibilidad entre la modestia sugerida por Vázquez al ubicarse en el *Middle Kingdom* y lo convierte en un filósofo ambicioso generalista; es decir, en un auténtico *Uplander*. Esto, fundamentalmente, porque termina olvidando que la moral también debe prestar atención a todos aquellos valores que los individuos adoptan bajo una perspectiva personal sobre qué hace que una vida valga la pena de ser vivida, pero que no tienen una pretensión de universalidad.

Es posible que, a estas alturas, el profesor Vázquez me diga que no he tomado en cuenta que su compromiso con la imparcialidad también deriva de uno con el pluralismo. Y, por ello, en realidad, el primero hace posible una gradualidad en la imparcialidad, lo que da cabida a la existencia de distintos, variados y valiosos planes de vida. Por lo tanto, su compromiso no es tan robusto como lo estoy planteando. Él, posiblemente como Thomas Nagel, incluye en la concepción rawlsiana de la imparcialidad, ejemplificada a través del “velo de la ignorancia”, otra que considera también el valor de la “parcialidad”,¹⁰ lo que hace que su postura sea menos fuerte.

Si el profesor Vázquez realmente me contraargumentara esto, me parece que es porque él asumiría, y lo haría bien, que sólo estoy pensando en la

⁶ Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 2006, p. 176.

⁷ *Ibidem*, p. 177.

⁸ Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-IIJ-ITAM, 2015, p. 12.

⁹ Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación...*, cit., p. 22.

¹⁰ Nagel, Thomas, *Una visión de ningún lugar*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 251.

“imparcialidad” de corte kantiano que Rawls y el resto de los deontologistas contemporáneos como Vázquez aceptan. Si este diálogo parte de presupuestos correctos, diría que, en realidad, no me parece tan sencillo, ni tan posible, que la concepción kantiana de la “imparcialidad” sea compatible con la parcialidad; y esto es, porque su postura es tan ambiciosa y generalista como las definidas por el mismo profesor.

Para sustentar que el compromiso de Vázquez con el pluralismo trata de asumir la misma clase de gradualidad impuesta por Nagel a la imparcialidad, en este diálogo, comenzaría diciendo que el truco no me parece ingenioso. Es decir, no me parece que el truco de la gradualidad logre compatibilizar ambas perspectivas: la moral autorreferente y la intersubjetiva, como las denomina Rodolfo Vázquez.

Nagel, como Vázquez, no es un liberal más, sino que es un liberal que profesa la misma línea marcada por Rawls. Esto quiere decir que él, al igual que Rawls y Vázquez, considera que el liberalismo no es una “doctrina sectaria más”,¹¹ pues para poder considerarlo de esta manera, la llave principal, como sabemos, es la de la imparcialidad como mecanismo de fundamentación de las normas morales.

El enorme atributo filosófico del liberalismo al estilo de Nagel y Vázquez o Rawls, en este tema (entre muchísimos otros), es el de haber integrado dentro del catálogo de fuentes axiológicas muchas de las que derivan valores relativos al agente; es decir, valores parciales a la vida e intereses de cada persona y de los cuales, precisamente, se alimenta el pluralismo. Esta inclusión la hacen, efectivamente, porque consideran a la parcialidad como una fuente de valores importante, pero no tanto como lo es la imparcialidad.

La distinción que estos liberales como Vázquez hacen responde a la vieja distinción liberal entre *moral* y *ética*, la cual consiste en la diferencia entre valores y normas que pretenden validez universal (morales, imparciales y públicas) y los valores y normas personales con validez individual (éticas, parciales y privadas) que, como sostiene Rainer Forst, podrían depender de distintos contextos de justificación.¹² Empero, el tener una concepción más abierta sobre la relevancia de las creencias privadas no implica, definitivamente, que Vázquez haya resuelto el conflicto entre ambas posturas. En otras palabras, considerar de manera más abierta o explícita el valor de las creencias e intereses individuales no hace que Vázquez adopte un criterio

¹¹ Nagel, Thomas, *Equality and Partiality*, Oxford University Press, 1991, p. 156; Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación...*, cit., p. 22.

¹² Forst, Rainer, *Contexts of Justice. Political Philosophy beyond Liberalism and Communitarianism*, University of California Press, 2002, p. 231.

de imparcialidad distinto, *menos fuerte* o *más débil* que el propuesto por los liberales kantianos.

Para reafirmar esta última idea citaré algunos pasajes de *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, donde Vázquez sostiene que:

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

...

La aceptación del pluralismo no significa la negación de un consenso con respecto a los valores primarios que son necesarios satisfacer

...

Los bienes primarios o las necesidades básicas, así como los derechos humanos, requieren de *convenciones profundas* a diferencia de las necesidades secundarias o derivadas que requieren de *convenciones variables*. Los primeros no están sujetos a negociación, los segundos sí.

...

Un pluralismo moral así entendido excluye el desacuerdo y el conflicto entre los individuos y los grupos.¹³

En suma, lo que indica este conjunto de frases es que el autor no está proponiendo una visión más débil de la imparcialidad, sino solamente hace explícito el valor que tienen las creencias y valores personales en la vida de los individuos frente a los principios morales. Por ello, cuando esta clase de valores personales entran en conflicto con normas morales, justificadas desde un punto de vista imparcial, éstas siempre tendrán prioridad sobre aquellos. Este rasgo abona, me parece, de manera definitiva a la idea de que la postura de Vázquez es tan ambiciosa y generalista como las que él combate.

Ahora bien, Vázquez me podría decir que no, que estoy obviando un rasgo sumamente relevante de su postura: el carácter *prima facie* que él atribuye a los principios morales. Esto es, la idea de que los principios morales, a pesar de tener validez independiente de los deseos o intereses personales (lo que se supone con la idea de la imparcialidad), pueden ser derrotados

¹³ Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos...*, cit., pp. 9-11.

por otros principios morales cuando las características de un caso particular los pongan a competir.

Este otro elemento es el que Vázquez sostiene que le permite a su postura de la tercera vía habitar en el *Middle Kingdom*. Para que un principio normativo y sustantivo pueda ser también general, debe cubrir una variedad amplia de diferentes situaciones. Pero al hacerlo, la descripción de las situaciones que un principio debería de cubrir ha de ser lo suficientemente incompleta como para ampliar el espectro de situaciones posibles que caigan bajo el criterio normativo impuesto por el mismo principio y que no se vea limitado a una sola situación, pues eso lo convertiría en un principio inservible desde el punto de vista de la generalidad.

En realidad, para Vázquez, todos los principios son generales y no exceptuantes hasta que alguno de ellos se encuentre en conflicto con otro del mismo rango. En ese caso, los principios deben “jerarquizarse considerando la situación concreta”.¹⁴ Para evitar que esa clase de conflictos se conviertan en trágicos o dilemáticos es que les atribuye la calidad de *prima facie*. De lo contrario, los conflictos serían parcialmente resolubles o, incluso, irresolvibles.

Pero lo cierto es que aun en estos casos de conflicto, a pesar de que incluyamos, como lo hace Vázquez, el criterio *prima facie*, bajo su perspectiva, los principios son no exceptuantes (ya lo vimos con el tema de la imparcialidad). La calidad de exceptuantes la pierden o, si se prefiere, adquieren la calidad *prima facie*, únicamente en casos de conflicto con otros principios o valores de igual jerarquía. La realidad es que estos casos muestran que no es que los principios cuenten con cláusulas de excepción o derrotabilidad por considerarse *prima facie*, sino que es lógicamente imposible satisfacer alguno de ellos y por ello hay que suavizarlos de algún modo. Por lo tanto, los principios morales sí serían ‘categóricos’ hasta que las posibilidades fácticas lo permitan.

Esta clase de situaciones son las que removerían, según Vázquez, el carácter absoluto de los principios, pues serían “obligatorios siempre y cuando no entren en conflicto entre sí”.¹⁵ Esta situación me parece un tanto confusa, pues es tanto como decir que sí son absolutos hasta que ya no pueden ser absolutos.

Los principios no son exceptuantes cuando se trata de un conflicto con preferencias, intereses o deseos personales, pero sí lo son cuando colisionan con otros principios del mismo nivel jerárquico. Esta clase de conflictos

¹⁴ Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación...*, cit., p. 34

¹⁵ *Idem.*

deben resolverse, según Vázquez, transitando de los principios a las reglas para arribar a una jerarquización. Lo que implica, necesariamente, una examinación profunda del contexto que ha generado el conflicto. Es decir, que cuando la postura teórica se ve en aprietos prácticos de tipo trágico o dilemático recurre a la casuística. Esto me parece un giro inesperado hacia el particularismo.

Estoy seguro de que para todas mis observaciones hay una réplica, de que me he perdido en el vasto mundo de la filosofía y que en ocasiones mis dardos no han dado en el blanco. Empero, de algo estoy seguro, de que mi ánimo de crítica y autocrítica deriva de una modestia filosófica que pretende volver a poner el dedo en la llaga y recordar que el debate sobre la mejor o más adecuada teoría moral sigue abierto.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- FORST, Rainer, *Contexts of Justice. Political Philosophy beyond Liberalism and Communitarianism*, University of California Press, 2002.
- NAGEL, Thomas, *Una visión de ningún lugar*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- , *Equality and Partiality*, Oxford University Press, 1991.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, México, UNAM-Paidós, 2001.
- , *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- , *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 2006.
- , *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-ITAM, 2015.

LIBERALISMO Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Martín HEVIA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La tesis de la asimetría.* III. *Gestación por sustitución (GPS) y desigualdad.* IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

En “Derechos de las mujeres y autonomía personal”,¹ el profesor Vázquez argumenta en favor de una defensa incondicional del derecho a la autonomía de las mujeres, el cual está fundado en un conjunto de derechos reconocidos, en general, por las Constituciones liberales: derecho a la privacidad, al libre desarrollo de la personalidad, a un trato digno y a la igualdad diferenciada.²

* Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires. Es un gran honor participar de este merecidísimo homenaje al profesor Rodolfo Vázquez. Conocí a Rodolfo personalmente en 2005 en una reunión de la IVR en Granada, España. Luego de este encuentro, leí con gran interés sus trabajos sobre la idea de autonomía en el liberalismo. En 2010, por medio de un colega mexicano, visité el ITAM para conversar con Rodolfo y Jorge Cerdio en las oficinas de la “casa amarilla” de esta institución. Después de esa apasionante conversación que se centró en mi trabajo sobre filosofía del derecho privado, al poco tiempo, Rodolfo me invitó a publicar un libro en la colección Doctrina Jurídica Contemporánea de Fontamara. Esta invitación derivó, finalmente, en dos libros: *Derecho privado y filosofía política* (2011) y *Teoría y crítica del derecho civil y comercial* (2012). Además, en 2010, en ocasión de su año sabático, Rodolfo me invitó a dictar parte de su curso de filosofía del derecho en el ITAM. Dicté el curso en enero y febrero de 2011. La invitación de Rodolfo y la confianza que depositó en mí me honró profundamente. Desde entonces, y en cada visita al ITAM —mi casa en México—, hemos mantenido apasionantes conversaciones que me han enriquecido mucho. Su preocupación por formar abogados con formación en argumentación sofisticada y por apoyar a los investigadores jóvenes es admirable y un gran ejemplo para la comunidad jurídica de nuestra región.

¹ En *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 53-73.

² Aunque Vázquez ve con preocupación la pérdida del ímpetu inicial en favor de un enfoque liberal de los derechos de las mujeres. *Ibidem*, p. 54.

El primero, el derecho a la privacidad, se expresa en la libre decisión de las mujeres sobre su propio cuerpo. Ello conlleva, por ejemplo, su derecho a abortar.³ En segundo lugar, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es decir, a planear la vida propia, lo que incluye la libertad sexual y reproductiva.⁴ En tercer lugar, el derecho a un trato digno, inspirado en la tradición kantiana de la humanidad de la persona, se refleja en la prohibición de tratar a las mujeres como un mero medio para mantener la vida del feto: la mujer no puede ser usada contra su conciencia como un instrumento para promover fines que no comparte.⁵ En cuarto lugar, el derecho a la igualdad diferenciada implica no ser discriminada, pero también incluye un derecho a la diferencia: un derecho “que no desconoce las diferencias sino que, por el contrario, reconoce todas y las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de la autonomía en las relaciones con los demás”⁶. El derecho a la maternidad voluntaria es un reflejo de las diferencias entre mujeres y hombres.⁷

En ejercicio de su autonomía, entonces, entre otros tantos planes, Vázquez explica que las personas pueden tener opciones de vida alternativas al de la pareja heterosexual con unión matrimonial formal. Sostiene que, en las sociedades liberales, se ha reconocido un “derecho a la libertad de procreación”, que incluye formas de concepción coital y no coital. Esta libertad, a su vez, conlleva un derecho de acceso a las nuevas formas de tec-

³ *Ibidem*, pp. 55-58. Vázquez aboga por la despenalización del aborto, es decir, por quitarlo del ámbito de los códigos penales, y por su reglamentación sanitaria.

⁴ *Idem*. Para hacer este punto, Vázquez cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012, numeral 143. Para una discusión de la sentencia de la Corte y de sus implicancias y desafíos jurídicos, véase Hevia, Martín y Herrera Vacaflor, Carlos, “From Recognition to Regulation: The Legal Status of In Vitro Fertilization and the American Convention on Human Rights”, *Florida Journal of International Law*, vol. 25, 2013.

⁵ Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos...*, cit., p. 65.

⁶ *Ibidem*, pp. 66 y 67.

⁷ *Ibidem*, p. 67.

nología de la reproducción.⁸ Si bien Vázquez no lo aclara, en principio, éste es un derecho negativo: el Estado no puede interferir en la decisión de las personas que buscan recurrir a las técnicas de reproducción asistida.⁹ Interferir en esta decisión conllevaría un acto perfeccionista o, bien, paternalista por parte del Estado, lo que está vedado para la concepción liberal de la persona y de las instituciones. Al citar a Charlesworth, Vázquez menciona la maternidad por sustitución o gestación por sustitución (GPS), en las cuales la mujer gestante puede aportar o no el óvulo, entre las posibilidades que la tecnología reproductiva brinda a las personas para ejercer el derecho a la libertad de procreación.¹⁰

Según Vázquez, entonces, la permisibilidad de la GPS se sigue del respeto a la autonomía. Las mujeres tienen derecho a decidir qué uso dar a su propio cuerpo. Decidir llevar adelante un embarazo, ya sea aportando óvulos propios o sin aportarlos, o ya sea gratuitamente o a cambio de una contraprestación económica, es una potestad que únicamente tienen ellas sobre su propio cuerpo. Por lo tanto, la GPS altruista u onerosa debe estar permitida.

Ahora bien, a pesar de que nuestras sociedades, en general, tienen Constituciones que reflejan valores liberales, la intuición de muchas personas acerca de la maternidad por sustitución parte de la “tesis de la asimetría”. Según esta posición, hay una asimetría entre los mercados de trabajo regulares y el del trabajo reproductivo: tratar al trabajo reproductivo de la mujer como tratamos a cualquier otro bien sujeto a las leyes del mercado es incorrecto moralmente.¹¹ De hecho, la GPS está prohibida en muchos países que siguen la tradición constitucional liberal —Alemania, Austra-

⁸ Vázquez, Rodolfo “Una justificación liberal de la clonación” en *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, Fondo de Cultura Económica-ITAM, 2002, p. 206.

⁹ Una pregunta relacionada e interesante es si, además del deber de no interferir, el Estado tiene la obligación positiva de asistir de alguna forma a aquellos que quieren acceder a estas técnicas. Esta discusión tiene lugar en varias jurisdicciones. Por ejemplo, en Argentina la ley 26.862 de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médica asistida”, sancionada en 2013, incluyó en el Programa Médico Obligatorio (PMO) los tratamientos de fertilización, diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo.

¹⁰ Vázquez, Rodolfo, “Una justificación liberal...”, *cit.*, p. 205, citando a Max Charlesworth, *La bioética en una sociedad liberal*, Cambridge University Press, 2006, pp. 76 y 77. Vázquez hace el mismo punto en “Derechos de la niñez: educación laica y vida en familia” en *Derechos humanos...*, *cit.*, pp. 90 y 91.

¹¹ Satz, Debra, “Por qué ciertas cosas no deberían estar a la venta. Los límites morales de los mercados: los mercados en la reproducción femenina”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Universidad Torcuato Di Tella, vol. 13.2, disponible en: http://www.utdt.edu/download.php?fname=_135092683913866300.pdf (última visita: 21 de noviembre de 2016).

lia, Francia, Dinamarca, Suiza, entre otros—. La tesis de la asimetría que, a su vez, se refleja en diferentes tesis, la discuto en este trabajo, en el cual, igualmente, respondo a sus objeciones desde el punto de vista del liberalismo igualitario de Rodolfo Vázquez. Una de esas tesis se concentra en las desigualdades que genera la GPS. En respuesta a esta objeción, en la última sección discuto diferentes regulaciones de la GPS. El artículo termina con una conclusión breve.

II. LA TESIS DE LA ASIMETRÍA

La tesis de la asimetría se refleja en diferentes posturas. A continuación, las menciono y discuto cómo respondería un liberal igualitario a cada una de ellas.

La primera es la “tesis esencialista”: hay algo especial, diferente a otros tipos, en el trabajo reproductivo que hace que no deba ser susceptible de compraventa.¹² El trabajo reproductivo conlleva restricciones a la conducta de la mujer durante los nueve meses de embarazo, las cuales no están presentes en otros tipos de trabajo. Además, en los casos de GPS en los que la mujer aporta su óvulo, tiene un componente genético ausente en otros tipos de trabajos. En esta línea, Carole Pateman defiende la tesis de la asimetría al sostener que el trabajo reproductivo de la mujer es más “integral” a su identidad que otras capacidades productivas que tienen las mujeres y los hombres.¹³

Estos argumentos son objetables por varias razones. Por ejemplo, como explica muy bien Debra Satz, “¿cómo decidimos cuáles son los atributos o las capacidades de las mujeres que son esenciales a su identidad y cuáles no? En otras palabras, ¿por qué deberíamos considerar a la sexualidad como algo más vinculante al ser que la amistad, la familia, la religión, la nacionalidad o el trabajo?”¹⁴ Además, otros trabajos también pueden llevar restricciones importantes, como la prohibición de trabajar para otras personas cuando el contrato laboral incluye una cláusula de exclusividad. Finalmente, como explica Satz, ¿por qué no pensar que la idea de que ven-

¹² *Idem*.

¹³ *Idem*. Esta posición se refleja en el *Informe Warnock* acerca de la fertilización humana y la embriología, que establece que “es inconsistente con la dignidad humana que una mujer utilice su útero para obtener una ganancia”.

¹⁴ Satz, Debra, *op. cit.*

der capacidad reproductiva es degradante podría reflejar un intento de la sociedad de controlar la sexualidad femenina.¹⁵

Ahora bien, para rechazar la tesis esencialista, incluso concediendo que hubiese una estrecha conexión entre la sexualidad y la identidad de una persona, es suficiente para un liberal como Vázquez apelar a la prohibición de la imposición de valores a otras personas: que yo crea que la compraventa de servicios reproductivos es inmoral no justifica, por sí sola, su prohibición. En todo caso, es necesario mostrar que la maternidad por sustitución daña a terceros, en un sentido relevante. La concepción liberal de la persona es incompatible con el perfeccionismo, es decir, con la visión que sostiene que hay preferencias disvaliosas que las personas no deberían perseguir porque hay ideales de virtud humana que el Estado y la comunidad deben promover —por ejemplo, para que los valores mayoritarios permanezcan en el tiempo—.¹⁶

Un segundo argumento en contra de la gestación por sustitución sostiene que ésta corrompe la maternidad: las relaciones entre las madres y sus hijos.¹⁷ Vista en su mejor luz, esta objeción podría fundarse en alguna forma de comunitarismo. Los comunitaristas critican las pretensiones universalistas y “atomistas” del liberalismo: éste nos desprovee de los lazos contextuales tales como nuestras familias o religiones que definen nuestra identidad como personas.¹⁸ Por ello, las instituciones políticas y jurídicas deben promover valores sociales y comunales que construyan nuestra identidad. El respeto a la autonomía es importante, pero no puede serlo todo para la vida en sociedad.¹⁹

Este argumento parece presuponer que el plan de vida de llevar adelante un embarazo, dar a luz y luego criar un hijo es más valioso que el de las mujeres que quedan embarazadas pero no comparten ese plan.²⁰ Por ejemplo, hay mujeres que deciden abortar. O, alternativamente, no todas

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Patrick Devlin defendió esta posición. Véase, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1965.

¹⁷ Satz, Debra, *op. cit.*

¹⁸ Tomo esta idea de Trebilcock, Michael, “Paternalism”, *The Limits of Freedom of Contract*, Harvard University Press, 1993, p. 155.

¹⁹ Bell, Daniel, “Communitarianism” en Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, en <http://plato.stanford.edu/entries/communitarianism> (última visita: 6 de mayo de 2013).

²⁰ Otro argumento habitual es que la gestación por sustitución convierte a los niños que nacen en objetos fungibles. Sin embargo, ello no es así. Los padres no pueden hacer lo que quieran con los niños. No los pueden vender, no los pueden destrozar como sí pueden hacerlo con muchos de sus objetos. Véase Satz, Debra, *op. cit.* Para la discusión relacionada

las mujeres desarrollan o quieren tener ese tipo de relación con el niño que dan a luz. Por su carácter anti-perfeccionista, Vázquez respondería que el liberalismo no puede aceptar que el plan de vida de dar a luz y criar a un hijo propio sea más valioso que otros planes que no incluyan la maternidad.

Además, por supuesto, el liberalismo no niega que los valores comunales sean importantes, los cuales, como explica Rawls, pueden florecer en el contexto de diferentes tipos de asociaciones voluntarias, en la vida familiar, en las iglesias, y demás. Sin embargo, los derechos y los deberes de las personas y su identidad ante la ley no dependen de que acepten o rechacen ciertas concepciones del bien. En la sociedad liberal, las personas pueden cambiar su concepción del bien, pueden modificar su afiliación política o religiosa, pero ello no daña en modo alguno su identidad pública o jurídica como personas libres: sus derechos y deberes básicos no se ven afectados. Por ejemplo, como dice Rawls, “en ruta a Damasco, Saúl de Tarso se convierte en Pablo el Apóstol”.²¹

El tercer argumento en contra de la GPS se concentra en el efecto que la gestación por sustitución puede tener para los niños que nacen como consecuencia de estas técnicas de reproducción. Moller Okin, por ejemplo, sostiene que los contratos de GPS no tienen en cuenta los intereses de los niños.²² Esta preocupación no es exclusiva de la GPS, sino que es común a diversas áreas del derecho. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño dispone, en su preámbulo, que “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales” y reconoce, en su artículo 3, que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.²³

Por supuesto, un liberal como Vázquez también está especialmente preocupado por el bienestar de los menores de edad, que están en una condición especialmente vulnerable. De hecho, los liberales como Vázquez defienden la protección de los menores de edad mediante normas de capacidad y de competencia, habituales en los códigos civiles. También podrían aceptar restricciones al ejercicio de la autonomía de quienes padecen algún tipo de incapacidad cognitiva (las categorías legales “incapaz” e “incompe-

acerca de qué significa que un embrión sea una “cosa” y no una “persona”, véase Hevia, Martín y Herrera Vacaflor, Carlos, *op. cit.*

²¹ Rawls, John, *Justice as Fairness: A Restatement*, Harvard University Press, 2001, p. 23.

²² Satz, Debra, *op. cit.*

²³ Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> (última visita: 14 de diciembre de 2016).

tente”, sin embargo, puede ser al mismo tiempo sub y sobreinclusiva: hay menores de edad que, por sus experiencias, desarrollan rápidamente una identidad y preferencias propias; hay adultos que, en cambio, son menos sofisticados y menos maduros que algunos menores).²⁴

Ahora bien, no es obvio que siempre sea mejor que los niños estén bajo la guarda de sus padres biológicos. Ello no es así, por ejemplo, cuando éstos los tratan de manera violenta. Por otra parte, como explican Rojo y Spector, la expresión “mejores intereses de los niños” o “interés superior” puede interpretarse de diversas formas.²⁵ Entonces, a la luz de estas incertidumbres, no es cierto que la GPS necesariamente desconozca los mejores intereses o el interés superior de los niños y niñas.

Finalmente, el principal desafío a la posición liberal sobre la GPS es la preocupación por la desigualdad. Esta objeción tiene dos versiones. La primera se concentra en la desigualdad de género: en una sociedad en la que el género tiene consecuencias para las oportunidades que las personas puedan tener, la inequidad resulta en que mercantilizar la capacidad reproductiva femenina sea objetable. La segunda versión de esta objeción se concentra en la explotación de las mujeres pobres, a las que mayormente se recurriría para llevar adelante embarazos, al aprovecharse de su necesidad. Un liberal igualitario como Vázquez se enfrenta al desafío de explicar por qué aceptaría la GPS aun cuando ésta lleva a este tipo de desigualdades.

III. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN (GPS) Y DESIGUALDAD

Para empezar, el liberal igualitario se preocupa también por la inequidad de género. No obstante, prohibir la GPS invocando la igualdad de género podría tener un efecto no deseado: estigmatizar a las mujeres que sí quieren celebrar acuerdos de la GPS. Es el estigma de “la buena y la mala madre”. La “buena madre” es la que acepta el rol biológico asociado con la maternidad, que ve con malos ojos que las mujeres quieran “abandonar” a sus hijos, ya sea por dinero o gratuitamente. Según esta visión, los lazos genéticos entre madres e hijos son inevitables. En cambio, la “mala madre” es la que elige abandonar a su descendencia y priorizar sus planes de vida personales —por ejemplo, sus metas profesionales—. Las sociedades “pro na-

²⁴ Trebilcock, Michael, *op. cit.*, p. 150. En particular, Vázquez también ha defendido otros derechos de la niñez, como el derecho a una educación laica. Véase “Derechos de la Niñez...”, *cit.*, pp. 81-89.

²⁵ Rojo, Facundo y Spector, Ezequiel, “Los derechos del niño: un enfoque filosófico”, en Fabra Zamora, Jorge Luis (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, 2015.

talistas” —quizá así sean, por ejemplo, las latinoamericanas— desaprueban socialmente a las malas madres. Esta actitud no está presente en la adopción, en la que la madre también “abandona” a sus hijos, pero por buenas razones: para promover su interés superior. Entonces, prohibir la GPS no necesariamente contribuirá a terminar con la desigualdad de género.²⁶

Con respecto a la explotación de mujeres en estado de necesidad, no hay dudas de que el liberal igualitario debería preocuparse por los efectos que la GPS puede tener. Como mencioné, no obstante, una prohibición general por razones morales sería injusta porque muchas mujeres pueden querer celebrar este tipo de acuerdos. Es más, podrían otorgarle mucho valor a la posibilidad de celebrarlos. En muchos casos, podemos estar seguros de que el consentimiento de la gestante no está teñido de su necesidad extrema de obtener dinero; en esos casos, no hay un “estado de necesidad”. Entonces, el contexto en el que la GPS tiene lugar es fundamental. Así, por ejemplo, según Pamela Laufer-Ukeles, en Estados Unidos, los factores estructurales que llevan a la sospecha de explotación de la mujer típicamente no están presentes. Quizá en los países en vías de desarrollo estos factores sí lo estén. Una propuesta de prohibición universal basada en razones de principio no sería sensible a las diferentes realidades de cada país —es más, no sería sensible al contexto en el que cada transacción tiene lugar—.

El liberal igualitario aceptaría que la GPS pueda ser regulada. Ahora bien, ¿qué tipo de regulación aceptaría?

Dado el compromiso liberal con la posibilidad para contratar, una alternativa posible es enfocar la GPS como un contrato y que, por tanto, le sean aplicables las defensas habituales del mismo, tales como la doctrina de lesión, violencia y dolo. Así, por ejemplo, con la lesión se impediría que una de las partes del contrato se aproveche de su contraparte para obtener una ventaja excesivamente desproporcionada. No obstante, como explica Trebilcock, la GPS presenta desafíos como la situación de los nacidos de esa manera que conllevan riesgos que sería mejor evitar. Por ejemplo, cuando los casos cobran notoriedad, como el de “Baby M.”, los nacidos por GPS muchas veces se convierten involuntariamente en personajes famosos, lo que puede causarles daño psíquico.²⁷ Para evitar estos riesgos, desde una

²⁶ Abrams, Paula, “The Bad Mother: Stigma, Abortion and Surrogacy”, *Journal of Law, Medicine and Ethics*, verano de 2015. Abrams hace el mismo punto acerca del aborto: las mujeres que abortan padecen del estigma social asociado con el aborto, son “malas madres”. La GPS en la que la mujer no aporta sus óvulos es menos rechazada socialmente debido a que puede asociarse con una contribución a resolver el problema social de la infertilidad. *Idem.*, p. 183.

²⁷ Trebilcock, Michael, *op. cit.*, p. 54.

perspectiva económica, Trebilcock propone una regulación que otorgue a la gestante hasta un mes después del embarazo la posibilidad de quedarse con el niño que dé a luz. Ello tendría costos para los comitentes, que perderían el derecho a exigir la entrega. En la GPS onerosa, este riesgo se descontaría del precio que se pagaría. Los comitentes y el gestante también podrían negociar cuándo tendría el lugar el pago: posiblemente, para los primeros lo mejor sería al momento de la entrega para evitar el comportamiento oportunista de la madre biológica.²⁸ No obstante, podría objetarse que esta propuesta presupone que las mujeres son irracionales y que podrían, o deberían, cambiar su decisión de celebrar el contrato de GPS. Este presupuesto contribuiría a reforzar el estigma social acerca del rol de las mujeres en la sociedad, es decir, la expectativa de que sean “buenas madres”.²⁹ Además, en la visión liberal, la regulación de la GPS debería evitar el paternalismo.³⁰ La posibilidad de dar un “cooling-off period” a las mujeres después de dar a luz podría ser vista como una forma de regulación paternalista incompatible con los valores del liberalismo.

Trebilcock también propone que el derecho no debería dar a los comitentes la opción de arrepentirse del acuerdo, gratuito u oneroso. En una pareja heterosexual que haya realizado el acuerdo con una mujer gestante, por ejemplo, podría ocurrir que la mujer quede embarazada y, por ello, podrían querer desistir de cumplir con el contrato. El acuerdo de GPS no debería permitir a los comitentes la posibilidad de arrepentirse y de pagar una indemnización a la gestante para compensarla por el incumplimiento.³¹

²⁸ *Idem.*

²⁹ Abrams, Paula, *op. cit.*

³⁰ Para los liberales, no obstante, algunas formas de interferencia con la autonomía de la persona podrían justificarse. Por ejemplo, alguien podría tener un conjunto de preferencias estables y coherentes, pero ser incapaz de actuar de un modo que sea consistente con ellas (por ejemplo, por debilidad de la voluntad o porque, porque no teme al riesgo, asume que no sufrirá daños). Para un liberal, en ese caso, la interferencia “paternalista” con la autonomía, en pos de los propios intereses de la persona, sería compatible con el respeto a la autonomía. Recientemente, se ha desarrollado el “paternalismo libertario”. Su objetivo es influir en las personas para que tomen mejores decisiones desde su propio punto de vista y preferencias y para protegerlas en los casos de debilidad de voluntad o falta de información apropiada para tomar ciertas decisiones. Véase Thaler, Richard, *Nudge. Improving Decisions about Wealth, Health, and Happiness*, Nueva York, Penguin Books, 2008. Las regulaciones de defensa del consumidor son un ejemplo de este tipo de paternalismo libertario. J. S. Mill defendía la prohibición de renunciar a la libertad, por ejemplo, al consentir la conversión en esclavo de otra persona: así, la libertad no podría ejercerse para destruir aquello que le da sentido. Véase Trebilcock, Michael, *op. cit.*, p. 162.

³¹ *Ibidem*, p. 54.

Pamela Laufer-Ukeles ofrece una respuesta que Vázquez podría aceptar, pues sostiene que tanto la posición contraria a la GPS como la que la favorece lo hacen por principio. No obstante, ninguna de estas posiciones tiene en cuenta información empírica. Ello obedece, en parte, a que los defensores de ambas posiciones no están de acuerdo acerca de qué significa “explotación” o cuál es exactamente el objeto de la GPS.³² Además, los beneficios de la GPS dependen del contexto en el que tiene lugar. Por un lado, podría argumentarse que lo mejor para quien nació por GPS es ser criado por aquellos que tuvieron la intención de ser padres —que han invertido recursos económicos y emocionales para obtener ese estatus—. Por otro lado, podría objetarse que si la gestante no tuvo otra alternativa que vender sus servicios reproductivos para obtener dinero, los beneficios de la GPS son cuestionables. Laufer-Ukeles sostiene que, si tuviéramos información acerca de qué ocurre en la práctica con los efectos de la GPS, los defensores de una u otra posición quizá estarían más dispuestos a ser flexibles acerca de sus principios. De este modo, espera poder promover un diálogo constructivo acerca de cómo aproximarse a la GPS.³³ Laufer-Ukeles propone una regulación de la misma que tenga por objetivo satisfacer las preocupaciones de ambos bandos de la discusión, que sea respetuosa de la intimidad que genera entre las partes el acuerdo. Este tipo de intimidad existe no solamente entre la madre biológica y el niño o niña que nazca, sino también entre los comitentes y la gestante. Así, propone que, después de dar a la luz, las mujeres gestantes tengan derecho a visitar a los niños. De ese modo, las partes del acuerdo no lo verán como uno que culmina con el nacimiento.³⁴ En algunas jurisdicciones, solamente se permite la GPS altruista. No obstante, un liberal podría objetar que no avalar la GPS onerosa es una decisión perfeccionista, que impide que una persona pueda perseguir un plan de vida que no dañe a terceros. A su vez, la regulación en algunos países prohíbe la GPS en la que la gestante aporta su óvulo. Nuevamente, parecería que, en pos de su rechazo al perfeccionismo, el liberal debería rechazar esta regulación.

³² Laufer-Ukeles, Pamela, “Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy” *Indiana Law Journal*, vol. 88, 2013, pp. 1245-1247. Para una discusión de esta posición, véase Storror, Richard F., “New Thinking on Commercial Surrogacy”, *Indiana Law Journal*, vol. 88, 2013, p. 1281.

³³ Laufer-Ukeles, Pamela, *op. cit.* Para una discusión de esta posición, véase Richard F. Storror, *op. cit.*, p. 1233, 1234, y 1247.

³⁴ *Ibidem*, pp. 1254 y 1255.

IV. CONCLUSIÓN

Los liberales igualitarios como Vázquez valoran la GPS como un reflejo del ejercicio de la autonomía personal. Al mismo tiempo, están preocupados por las condiciones en las que el acuerdo se celebra, especialmente en los países menos desarrollados. Por ello, estarían conformes en que puede ser regulada de una forma que sea consistente con los valores liberales —por ejemplo, no puede ser de una manera paternalista—. Todavía queda mucho por discutir acerca del alcance de la regulación. Es más, el avance vertiginoso de la ciencia y de la tecnología seguramente nos enfrentará a preguntas nuevas y complejas sobre la GPS y otras técnicas de reproducción que seguramente los liberales como Vázquez se abocarán a responder.

CIENTIFICIDAD, LAICIDAD Y PLURALISMO DEMOCRÁTICO EN RELACIÓN CON EL ABORTO. UNA REFLEXIÓN A LA LUZ DEL PENSAMIENTO DE RODOLFO VÁZQUEZ

Marta LAMAS*

SUMARIO: I. *Antecedentes y contexto.* II. *Razonamiento jurídico-filosófico.*
III. *A manera de conclusión.* IV. *Bibliografía.*

I. ANTECEDENTES Y CONTEXTO

La influencia del feminismo en la filosofía política, así como la indudable tendencia mundial hacia la equidad de género, están presentes en el pensamiento de Rodolfo Vázquez. Un relevante aspecto de su reflexión filosófico-jurídica aborda una disputa ético-política: la relativa al derecho de las mujeres a interrumpir legalmente un embarazo no deseado. A pesar de que la oposición para despenalizar el aborto y para reglamentarlo como un servicio de salud tiene larga data —y está imbuida por un fuerte antagonismo moral— en la Ciudad de México esa reforma se concretó en abril de 2007.

En ese proceso, el pensamiento de Rodolfo Vázquez en torno al conflicto ha sido aleccionador. Desde hace casi 20 años, cuando publicó su primer texto “La noción de persona y el problema moral del aborto”, Vázquez estableció los parámetros para discutir lo que califica como “un problema concreto de ética aplicada: el aborto”.¹ Para ello, analizó las distintas posturas sobre el concepto de “persona” que propusieron Jacques Maritain, Carlos Nino y Peter Singer, tres filósofos relativamente contemporáneos de quienes elabora una aguda crítica.

En su exposición, Rodolfo Vázquez distingue lo moral de lo legal y —para mi sorpresa— desde la perspectiva moral considera al aborto por solicitud

* Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Vázquez, Rodolfo, “La noción de persona y el problema moral del aborto”, *Estudios*, México, núm. 14, ITAM, otoño de 1988, p. 27.

de la mujer “totalmente injustificado porque no se contempla ningún bien moral en cuestión, o algún motivo que deba tomarse en consideración, salvo el deseo de la mujer para realizarlo”.² Sin embargo, desde el punto de vista legal, Vázquez contempla “justificado” despenalizar el aborto en tres supuestos: terapéutico, ético (por violación) y eugenésico,³ y plantea tres requisitos generales para llevarlo a cabo: “1) debe realizarse directamente por un médico; 2) en un establecimiento sanitario, público o privado, debidamente autorizado, y 3) con consentimiento expreso de la mujer embarazada”.

A lo largo del tiempo Rodolfo Vázquez ha profundizado, enriquecido y ampliado su argumentación, y parte sustantiva de su reflexión se ha centrado en la dificultad de fijar un límite gestacional para la licitud del aborto. Esta precisión requiere definir un momento en el *continuum* que se desarrolla entre el instante de la concepción y el nacimiento. En su ensayo inicial de 1988, Vázquez determinó ese momento a las ocho semanas y posteriormente lo amplió a doce. Desde sus primeros escritos hasta la fecha, Vázquez ha mantenido constante su convicción de que para tomar una decisión ética “resulta imprescindible una información detallada de la ciencia genética y la embriología”.⁴ Ahora bien, durante los más de cinco lustros que Rodolfo Vázquez lleva publicando sus reflexiones sobre el aborto, la bioética ha cobrado una mayor presencia en su reflexión filosófico-jurídica. Su voluntad de buscar “una explicación ontológica coherente” a partir de una base científica lo ha llevado a fundamentar su reflexión recurriendo al conocimiento que ofrece la bioética. Esta incursión teórica también tuvo secuelas prácticas, pues lo impulsó a participar en la fundación, consolidación y actividades públicas del Colegio de Bioética A. C. Esta agrupación interdisciplinaria, conformada por científicos e investigadores preocupados por el sesgo conservador que mostraban las iniciativas legislativas sobre temas de bioética, inició sus trabajos en 2002, y el 10 de febrero de 2003 se constituyó legalmente como una asociación civil⁵ que jugaría un papel pre-

² *Ibidem*, p. 53

³ En 1988, cuando se publicó este ensayo de Rodolfo Vázquez, las causales de no punibilidad en la Ciudad de México eran tres: por violación; por peligro de muerte de la mujer, y por imprudencia. La reforma del 2000, también llamada “Ley Robles”, introdujo la no punibilidad cuando el producto tuviera malformaciones (eugenésico) y por grave daño a la salud (terapéutico), homologando así las causales a las que ya existían en otros códigos penales de los estados. Véase Lamas, Marta, *El largo camino a la ILE. Mi versión de los hechos*, México, UNAM, Programa Universitario de Estudios de Género, 2015.

⁴ Vázquez, Rodolfo, “La noción de persona...”, *cit.*, p. 50.

⁵ Además de Rodolfo Vázquez, sus integrantes iniciales fueron Arnoldo Kraus, Rubén Lisker, Pedro Morales Aché, Marcia Muñoz de Alba (Q.E.P.D.), Ruy Pérez Tamayo, Ricardo Tapia y Margarita Valdés. Después se sumaron más figuras.

ponderante ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) durante el proceso de discusión de la acción de inconstitucionalidad promovido en contra de la despenalización.⁶

Aunque es sabido que las demandas de interés público y la denuncia de problemas sociales ignoradas o silenciadas requieren —además de cabildeo político y de presión ciudadana— de conocimiento fundamentado y de debate razonado, para muchos académicos responder a la demanda social supone correr el riesgo de desviar las exigencias del rigor metodológico hacia el servicio de finalidades ajenas a la búsqueda científica o la reflexión intelectual. Otros, en cambio, piensan que el compromiso de científicos e intelectuales ante los desafíos sociales constituye un vínculo ético con la sociedad en la que viven. Tal ha sido el caso de Rodolfo Vázquez, quien no ha dudado en colaborar en la construcción de una perspectiva liberal laica, y ha debatido con organizaciones ciudadanas ciertas ideas que resultaron clave para enmarcar sus reclamos. En el caso concreto del aborto, Vázquez subrayó tres puntos que fueron ejes discursivos trascendentales durante el proceso de cabildeo entre los legisladores y políticos a los que las feministas⁷ que articulábamos el proceso deseábamos convencer:

1. Hay que debatir, deliberar o dialogar sobre temas controvertidos en el campo de la bioética, como el aborto, al aceptar normativamente los valores de científicidad, laicidad y pluralismo democrático
2. Hay que tomar en consideración el “estado del arte” de la ciencia —en especial la bioética con su información sobre el estatuto del embrión— y cierto razonamiento filosófico, para justificar la despenalización del aborto en las doce primeras semanas de embarazo
3. No existe conflicto entre los derechos de la mujer y los del embrión y el feto, pues estos últimos no son titulares de derechos fundamentales. El Estado debe hacer todo para salvaguardar los derechos de la mujer, pues existe una asimetría absoluta entre la vida humana de la mujer, por un lado, y la del embrión y el feto, por el otro. Darles el mismo valor denotaría una verdadera violencia contra los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución y en la norma-

⁶ De especial importancia fue el desplegado que publicó la Asociación en distintos diarios de circulación nacional. Véase “El Colegio de Bioética A.C., expresa su apoyo a la iniciativa que añade una causal para despenalizar el aborto en el Distrito Federal”, *La Jornada*, 17 de abril de 2007.

⁷ Fueron muchas las personas que participaron en el proceso, sin embargo cinco organizaciones formaron la Alianza Nacional por el Derecho a Decidir: GIRE, Católicas por el Derecho a Decidir, Equidad de Género, IPAS y Population Council.

tividad internacional, y afectaría la privacidad, la autonomía, la dignidad y el derecho a la igualdad de las mujeres.

Rodolfo Vázquez desarrolló estas ideas en diversos escritos, y las discutió con algunas de nosotras mucho antes de que las presentara durante su comparecencia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁸ Además de revisar la forma en que las cortes y los tribunales, las leyes y los jueces, aplican el principio de proporcionalidad para determinar el derecho que debe prevalecer, Vázquez amplió el rango de problemas relativos a la despenalización con una reflexión en torno al significado de considerar “persona” al embrión. En su texto de 1988, él retoma el planteamiento de Jacques Maritain de que “es un absurdo filosófico admitir que el feto recibe el alma racional desde el momento de la concepción, cuando aún la materia no está dispuesta”.⁹ Esta premisa lo llevaría a una cuidadosa reflexión sobre el estatuto del embrión, en la que retoma de forma crítica la postura de Luigi Ferrajoli.¹⁰ No reiteraré sus diferencias filosóficas con el autor italiano, pues lo que aquí me interesa destacar es cómo sus proposiciones fortalecieron la labor de *advocacy* de los grupos involucrados en la despenalización al generar un cambio conceptual y discursivo de gran calado. Y como justamente la hegemonía se construye y se pelea también en el campo del discurso, fue muy productiva la forma en que Rodolfo Vázquez analizó el estatuto de eso que la derecha defiende como “el ser humano desde el momento de la concepción”. Cuando esta noción —que tan cara ha sido para las fuerzas conservadoras— es interrogada desde la precisión bioética, resulta posible erosionar en parte un imaginario que define al aborto en cualquier momento de la gestación como un “asesinato de bebés”. En su reflexión filosófico-jurídica, Vázquez constantemente habló de embrión y de feto como dos condiciones distintas, e introdujo argumentos como el que señala que “existen óvulos fecundados que, sin que nadie interfiera en su desarrollo, se abortan espontáneamente y no se convierten en nada”,¹¹ lo que sirvió para

⁸ Los puntos aparecen redactados, con leves matices, en la presentación de Vázquez ante los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a raíz de la acción de inconstitucionalidad que impugnaba las reformas en materia de aborto aprobadas por la Asamblea Legislativa del DF, en 2007. Véase Vázquez, Rodolfo, “Aborto, derechos y despenalización”, en Enríquez, Lourdes y De Anda, Claudia (coords.), *Despenalización del aborto en la Ciudad de México. Argumentos para la reflexión*, México, GIRE, IPAS, PUEG-UNAM, 2008.

⁹ Vázquez, Rodolfo, “La noción de persona...”, *cit.*, p. 51.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, “La cuestión del embrión entre derecho y moral”, *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, núm. 44, julio de 2002.

¹¹ Vázquez, Rodolfo, *Derecho, moral y poder. Ensayos de filosofía jurídica*. México, ITAM-Porrúa, 2005, p. 50. Según Bernard Dickens como la sangre menstrual no suele analizarse,

desmontar la creencia de que todo embrión está destinado de forma natural —y sagrada— a convertirse en un ser humano nacido.

II. RAZONAMIENTO JURÍDICO-FILOSÓFICO

Rodolfo Vázquez va a ir estudiando y recogiendo las explicaciones de los científicos, entre los que están sus compañeros del Colegio de Bioética como Rubén Lisker, Ruy Pérez Tamayo y Ricardo Tapia, y las reformulará como intervenciones pedagógicas muy claras:

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

Su razonamiento jurídico-filosófico, de esa manera, pone en evidencia la incongruencia de tomar al embrión como persona, pues implica algo imposible: que una persona se encuentre confinada por completo dentro del cuerpo de otra. Por eso, resulta imposible conciliar los derechos de los embriones con los de las mujeres embarazadas que quieren deshacerse de

lo único posible es hacer una estimación. Dickens plantea que, por las pérdidas espontáneas, solamente 30% de los embriones sobrevive. O sea se pierde 70%: 30% antes de la implantación; otro 30% se pierde antes de la sexta semana de gestación; y 10% adicional de los embarazos clínicos se pierde antes de la décima segunda semana de gestación. Véase Dickens, Bernard, “¿Qué implicaciones legales tiene tratar a los embriones como personas nacidas?”, *Debate Feminista*, México, núm. 43, abril de 2011.

¹² Vázquez, Rodolfo, “Por una defensa incondicional de los derechos de las mujeres y un mínimo de racionalidad científica”, *Debate feminista*, núm. 49, abril de 2014, p. 154.

ellos, y también, por ello, las disposiciones de “protección” a los embriones son meramente simbólicas, pues fuera del cuerpo de la mujer no podrían sobrevivir. Sin embargo, aunque simbólicas, dichas “protecciones” tienen consecuencias legales y materiales en cuanto a la atención y al trato a las mujeres que quieren abortar.

La reforma de 2007, que hizo lícita en la Ciudad de México la interrupción de un embarazo antes de las doce semanas de gestación, por una parte, eliminó una prohibición que subordinaba a las mujeres a una concepción acientífica y religiosa. Por otra parte, transformó la regulación del aborto, de un sistema de indicaciones que señalaban los motivos por los cuales se podía abortar, a un sistema de plazos donde se establece que no hay impedimento para hacerlo —por la razón que sea— antes de las doce semanas.¹³

Pero no sólo eso. Además de responder a un proceso sociopolítico local, esta reforma también atendió a uno de escala mundial, basado en el conocimiento científico sobre los elementos neurobiológicos de la condición humana. Por consiguiente, en distintos países, el recurso a fundamentar la ley en el conocimiento que ofrece la ciencia ha ido disolviendo, con mayor o menor rapidez, los desacuerdos sobre la interrupción del embarazo. Y, en ello, la información sobre el embrión fue muy relevante para que la Secretaría de Salud de la CDMX se decidiera a introducir la biotecnología del aborto con medicamento,¹⁴ el cual consiste en provocar el desprendimiento del embrión mediante la ingestión de pastillas. Al convertir un servicio de salud en un lugar de liberación de un destino impuesto, esta biotecnología no sólo está transformando la vida material de miles de mujeres sino que también está fortaleciendo la “cientificidad, laicidad y pluralismo democrático” de los que habla Vázquez como imperativos para abordar esta compleja y dinámica problemática.

Además de eliminar los determinismos biológicos, esta biotecnología inserta otra dinámica en las relaciones que constituyen la vida social, y se vuelve generadora de cambios políticos. Al colocar la decisión en manos de las usuarias, se transforma la relación de los prestadores de servicio con ellas,

¹³ El plazo mayor es el que existe en el Reino Unido desde 1967: 24 semanas. Esto explica, en parte, la afluencia de mujeres europeas que viajaban a Londres a abortar. La explicación de la institución médica, que es la que fijó y mantiene dicho plazo, es la de que antes de las 24 semanas no es viable el feto. Para el interesantísimo caso del Reino Unido, véase Sheldon, Sally, “El marco de referencia médico y el aborto medicamentoso temprano en el Reino Unido”, en Cook, Rebecca J., et al. (coords.), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, México, Fondo de Cultura Económica-CIDE, 2016.

¹⁴ Las tecnologías que intervienen la vida biológica y penetran el cuerpo reciben hoy el apelativo de biotecnologías.

pues los obliga a confiar en que las mujeres seguirán adecuadamente las instrucciones en su casa, para regresar a una revisión posterior.¹⁵ En la CDMX el uso de esta biotecnología mejoró uno de los focos principales de tensión y conflicto de la práctica médica contemporánea: la relación entre las usuarias y los prestadores del servicio. En las clínicas del gobierno de la CDMX, cerca del 80% de las interrupciones legales del embarazo se llevan a cabo con pastilla autoadministrada por las usuarias en su casa. La multiplicidad de las experiencias personales de aborto, cruzadas por los determinantes de la situación concreta de cada mujer (clase social, edad, estado emocional, etcétera) es abordada por una regulación legal que transforma lo que antes era un delito en un servicio de salud gratuito. La desculpabilización que produce tal medida desplaza y transforma una densa trama de prácticas sociales, significados culturales y relaciones de género, como puede advertirse hoy en día en los discursos públicos y en los pronunciamientos personales. Una de sus consecuencias positivas es un cambio de las formas del pensamiento, tanto en las usuarias como en los prestadores del servicio, por lo que se establece una relación menos autoritaria entre ambos. Asimismo, en la explicación que tanto las enfermeras como las trabajadoras sociales ofrecen a las usuarias del servicio, juega un papel importante la aclaración de que lo que se “desprende” es un embrión, no un feto, lo que resulta muy tranquilizador.

La interrupción legal del embarazo (ILE) modifica un aspecto básico del marco regulatorio de las relaciones de género y produce una transformación radical ya que, como la ley es uno de los elementos más importantes en la producción y reproducción simbólica de esas regulaciones, y expresa lo que se considera socialmente deseable o esperable, entonces la ILE reprende la idea de que las mujeres tienen derecho a decidir sobre sus cuerpos y vidas. La ley, como parte sustantiva de la red de significaciones que De Lauretis¹⁶ denomina “tecnologías de género”, es un discurso que enuncia lo que colectivamente se estima deseable o punible. Este dispositivo permite o prohíbe determinadas conductas y al mismo tiempo es un “mensaje” que se enuncia sobre lo ético. El carácter discursivo de la ley tiene efectos simbólicos, y formula lo que es deseable o esperable, y lo que se rechaza o se condena. En ese sentido, la ley esboza un orden moral, y Rodolfo Vázquez lo precisa muy bien cuando señala que la ley tiene tanto una función

¹⁵ En la investigación que hice durante meses en la clínica de Interrupción Legal del Embarazo de la Ciudad de México relato ese proceso. Dicha investigación se convirtió posteriormente en el libro *El largo camino a la ILE*. Véase Lamas, Marta, *El largo camino a la ILE...*, cit.

¹⁶ Lauretis, Teresa de, “La tecnología del género”, *Mora. Revista del Área Interdisciplinaria de Estudios de la Mujer*, núm. 2, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, noviembre de 1996.

prohibitiva y prescriptiva como otra productiva. Por esta razón, el servicio de ILE significó igualar el acceso de todas las habitantes de la ciudad a un servicio seguro y gratuito, así como también aseguró introducir la licitud de esa práctica en el imaginario de muchas personas.

De alguna forma —y tal vez poco de optimista— hubiera sido razonable que la trama discursiva de la ley en la Ciudad de México, que se basa en el conocimiento científico, el principio de laicidad del Estado y el respeto al pluralismo, sentara las bases para un cambio en las demás entidades del país. Sin embargo, no ha sido así. Al contrario,¹⁷ lo que ese rechazo expresa es una añeja disputa sobre la condición de las mujeres, que involucra su autonomía corporal: ¿son sujetos en su propio derecho o meros receptáculos de una nueva vida? Y así como hay una clara conexión entre el rechazo al aborto y la creencia de que el papel social de las mujeres es la maternidad y el cuidado de la familia, también resulta evidente el vínculo entre la negativa a despenalizar y la falta de respeto por “la científicidad, la laicidad y el pluralismo democrático”.¹⁸ Si bien es sabido que la mayoría de nuestras conciudadanas viven en una oprobiosa situación, al no poder interrumpir legalmente un embarazo no deseado, la posibilidad de viajar a la Ciudad de México para efectuarlo cuenta como paliativo. Ahora bien, las adolescentes están pagando con creces las consecuencias de la ilegalidad del procedimiento.¹⁹

En toda sociedad existen lo que Castel denomina “configuraciones problemáticas”, que son “cuestiones que se imponen a la atención y no solamente a la atención de los eruditos, porque perturban la vida social, dislocan el funcionamiento de las instituciones, amenazan con invalidar categorías enteras de sujetos sociales”.²⁰ Esas configuraciones son la trama de las preocupaciones de un sinnúmero de personas que, la mayoría de las veces, las viven en la forma de incomprendión y desamparo. Una configuración problemática que todas las personas experimentamos es el esquema

¹⁷ La reacción conservadora ante la reforma en la CDMX desató un proceso de reformas a las constituciones estatales con el objetivo de “proteger la vida desde el momento de la concepción”. Dicho proceso avanzó en 17 entidades federativas. Véase Lamas, Marta, *El largo camino a la ILE..., cit.*

¹⁸ Vázquez, Rodolfo, “Aborto, derechos...”, *cit.*, p. 77

¹⁹ A pesar de la recientemente expresada preocupación gubernamental por el embarazo adolescente, la nueva campaña del Consejo Nacional de Población, llamada “Quedar embarazada es lo más bonito que le puede pasar a una mujer... no a una niña”, se concentra en prevenir los embarazos sin siquiera aludir a la necesidad de remediarlos cuando son un *fait accompli*.

²⁰ Castel, Robert, “La sociología y la respuesta a la demanda social”, en Lahire, Bernard (dir.), *¿Para qué sirve la sociología?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2006, p. 89.

tradicional de las relaciones de género.²¹ Desde hace años, las feministas hemos subrayado la configuración problemática del género, en la cual destaca la simbolización de la mujer como madre. Eso explicaría en parte la gran dificultad a la que nos enfrentamos: no se trata de cambiar una ley sino de transformar el orden simbólico, cuya compleja lógica cultural tiene resonancias psíquicas y tiñe las emociones de los seres humanos.

Aunque una reforma como la ILE crea nuevas experiencias y ofrece una significación distinta a una práctica, no es fácil modificar la regulación simbólica —que una sociedad elabora— mediante una intervención en su sistema político, que atañe a uno de los fundamentos simbólicos de esa sociedad. Esto requiere una transformación profunda en el orden de género, lo cual aún está muy lejos de alcanzarse.

Además, existen otros asuntos. En una de sus más recientes reflexiones sobre el tema, Vázquez comparte la impresión de que “en estos últimos años se ha perdido el ímpetu inicial y hemos entrado en un letargo que no augura buenos tiempos para un enfoque de los derechos de la mujer, de corte liberal, igualitario, democrático y laico”.²² Creo que esos malos tiempos empezaron hace rato, y aunque no hay novedades sobre el estatuto científico del embrión, el impacto emocional que producen las imágenes fotográficas del desarrollo humano intrauterino se ha convertido en una potente herramienta en la batalla ideológica. A pesar de que durante mucho tiempo fue impensable conocer visualmente lo que ocurría dentro del proceso de gestación, desde hace varios años el “misterio de la vida” ha sido mostrado por cámaras que transmiten imágenes de la formación de un ser humano. Y pese a que la ciencia avanza, cada vez más, en precisar el estatuto del embrión como un conjunto de células sin actividad neuronal, el impacto

²¹ Hablar de *género* siempre es un lío, pues junto a su acepción tradicional en español —que se refiere a la clase, especie o tipo a la que pertenecen las personas y las cosas—, convive su homónimo: la nueva categoría de *gender*. Traducida como ‘género’, esta categoría surgida a finales de los años cincuenta en el campo de la psicología médica, establece una distinción entre las características humanas derivadas de lo biológico (del sexo), y las relativas al proceso de crianza y aculturación (‘el género’). Su actual acepción académica y política es relativa a la construcción cultural de la feminidad y la masculinidad, en lugar de una referencia a un grupo social sexuado. La entrada de la nueva acepción al mundo de las ciencias sociales se produce en los setenta; y su consolidación, que se da con la adquisición de un perfil público por su incorporación al ámbito político, en concreto con la aplicación de la *perspectiva de género* a las políticas públicas, ocurre en los noventa. Véase Lamas, Marta, “Género”, en Castañeda Sabido, Fernando *et al.* (comps.), *Léxico de la vida social*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016.

²² Vázquez, Rodolfo, “Por una defensa incondicional...”, *cit.*, p. 149.

visual que produce su fotografía es una herramienta política utilizada para impedir que las mujeres remedien los embarazos no deseados.

La primera fotografía de un feto vivo que se publicó en el mundo fue capturada por el artista sueco Lennart Nilsson y apareció en la portada de *Life* del 30 de abril de 1965.²³ El aspecto del feto a las 18 semanas de gestación causó una commoción comprensible pues, a diferencia de otros materiales publicados en la misma revista, éste estaba vivo y no muerto. Desde entonces se inauguró una forma un tanto perversa de visualizar al feto: como alguien autónomo y aislado de la mujer que lo lleva en su seno. Drucilla Cornell²⁴ señaló que cualquier analogía del feto como un ser autónomo se basa en el “borramiento” de la mujer, y la reduce a servir solamente como el medio ambiente del embrión.

Veinticinco años después, el mismo fotógrafo publicó un conjunto de fotografías sobre el inicio del proceso de la vida.²⁵ Aunque aparecen imágenes extraordinarias, como un blastocito a los ocho días, la portada de la revista presentó una especialmente impactante: un embrión de siete semanas, con la forma humana ya distinguible. La historiadora de ciencia, Barbara Duden,²⁶ elaboró al respecto un agudo análisis semiótico que pone en evidencia el uso político de esas imágenes al señalar de nuevo que, curiosamente, la mujer embarazada desaparece de las representaciones. Estas fotografías que representan al embrión o al feto, sin registrar a la mujer que los mantiene vivos en su cuerpo, facilitan que algunas personas hablen de ellos como sujetos con derechos. Además, esas imágenes de los embriones que aparecieron en la revista *Life*, y otras más recientes, han sido retomadas como un arma mediática por los grupos antiaborto. Hoy, afuera de las clínicas del ILE del gobierno de la CDMX, puede verse un espectáculo macabro: las reproducciones de imágenes de embriones y fetos desplegadas por fanáticos religiosos para atemorizar y tratar de disuadir a las mujeres que buscan abortar. Además de las imágenes, estos grupos producen figuritas de plástico, y un símbolo de estos grupos es un prendedor (*pin*) con un par de piececitos de un feto. Esta figura alude a la consigna de que el aborto, en cualquier momento de la gestación, es “un asesinato de bebés”.

²³ *Life. Lo mejor de Life*, México, Ediciones Culturales Internacionales, abril de 1990.

²⁴ Cornell, Drucilla, *The Imaginary Domain: Abortion, Pornography and Sexual Harassment*, Nueva York, Routledge, 1995.

²⁵ *Life*, portada: “The First Pictures Ever of how Life Begins”, Blakeslee Co., agosto de 1990.

²⁶ Duden, Barbara, *Disembodiment Women: Perspectives on Pregnancy and the Unborn*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

Desde 1967, Guy Debord afirmaba que “el espectáculo es la ideología por excelencia”.²⁷ Y sí, aunque el espectáculo de los embriones y fetos utilizados por esas organizaciones tiene lo que Debord calificó como la “potencia del engaño”, es indudable su impacto emocional. ¿Podrá imponerse la racionalidad científica sobre el espectáculo de la imagen? ¿Hasta dónde considera Rodolfo Vázquez que los principios de científicidad y laicidad prevalecerán en un debate invadido por una retórica plena de imágenes estremecedoras? ¿Qué ganará en los tomadores de decisiones, la información científica o la fuerza simbólica de dichas figuras?

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En un inicio, Rodolfo Vázquez había planteado que las exigencias de una realidad conflictiva y dinámica, como la demanda de las mujeres al derecho de interrumpir un embarazo, configuraban un “debate recurrente que pone siempre a prueba la madurez de una sociedad con respecto a su capacidad de reflexión crítica y desapasionada”.²⁸ Y también nos advirtió que “sacralizar el carácter biológico del ser humano condujo a no pocos moralistas a excluir todo tipo de intervención humana en los procesos naturales, dando lugar a éticas dogmáticas que inevitablemente terminan confundiendo la moral y la religión”.²⁹ Sin embargo, en la sociedad del espectáculo, el horizonte político que enfrentamos no es promisorio. ¿Creerá acaso Rodolfo Vázquez que “la científicidad, la laicidad y el pluralismo democrático” consigan imponerse a esas imágenes que provocan emociones negativas y rechazos?

Finalmente, en sus primeros escritos, el lúcido e inteligente Rodolfo Vázquez consideraba al aborto por solicitud de la mujer “totalmente injustificado porque no se contempla ningún bien moral en cuestión, o algún motivo que deba tomarse en consideración, salvo el deseo de la mujer para realizarlo”.³⁰ ¿Qué fue lo que lo hizo modificar esa postura? Tal vez saberlo sirva para ir impulsando eso en los grupos que, en el futuro, deben continuar ampliando el camino iniciado con la reforma del 2007.

²⁷ Vázquez, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, Fondo de Cultura Económica-ITAM, 1999, p. 172.

²⁸ Vázquez, Rodolfo, “Derecho y aborto” *Estudios*, México, núm. 24, ITAM, 1991, p. 83.

²⁹ Vázquez, Rodolfo, “La cuestión del embrión y algunos problemas de la bioética”, en Pérez Tamayo, Ruy et al. (coords.), *La construcción de la bioética*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 28.

³⁰ Vázquez, Rodolfo, “La noción de persona...”, cit., p. 53.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CASTEL, Robert, “La sociología y la respuesta a la demanda social”, en LAHIRE, Bernard (dir.), *¿Para qué sirve la sociología?*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2006.
- CORNELL, Drucilla, *The Imaginary Domain: Abortion, Pornography and Sexual Harassment*, Nueva York, Routledge, 1995.
- DEBORD, Guy, *La sociedad del espectáculo*, Valencia, Pre-textos, 1967.
- DE LAURETIS, Teresa, *Technologies of Gender: Essays on Theory, Film, and Fiction*, Bloomington, Indiana University Press, 1987.
- DICKENS, Bernard, “¿Qué implicaciones legales tiene tratar a los embriones como personas nacidas?”, *Debate feminista*, México, núm. 43, abril de 2011.
- DUDEN, Barbara, *Disembodiment Women: Perspectives on Pregnancy and the Unborn*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.
- “El Colegio de Bioética A. C., expresa su apoyo a la iniciativa que añade una causal para despenalizar el aborto en el Distrito Federal”, *La Jornada*, México, 17 de abril de 2007.
- FERRAJOLI, Luigi, “La cuestión del embrión entre derecho y moral”, *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, núm. 44, julio de 2002.
- LAMAS, Marta, *El largo camino a la ILE. Mi versión de los hechos*, México, UNAM, Programa Universitario de Estudios de Género, 2015.
- “Género”, en CASTAÑEDA SABIDO, Fernando *et al.* (comps.), *Léxico de la vida social*, México, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- LIFE. *Lo mejor de Life*, México, Ediciones Culturales Internacionales, abril de 1990.
- LIFE, portada: “The First Pictures Ever of how Life Begins”, Blakeslee Co., agosto de 1990.
- LISKER, Rubén y TAPIA, Ricardo, “Clonación y células troncales”, *Nexos*, México, núm. 343, 2006.
- SHELDON, Sally, “El marco de referencia médico y el aborto medicamentoso temprano en el Reino Unido”, en COOK, Rebecca J. *et al.* (coords.), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, México, Fondo de Cultura Económica-CIDE, 2016.
- VALDÉS, Margarita, “El problema del aborto: tres enfoques”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

- (ed.), *Controversias sobre el aborto*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, 2001.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, “La noción de persona y el problema moral del aborto”, *Estudios*, México, núm. 14, ITAM, otoño de 1988.
- , “Derecho y aborto”, *Estudios*, México, núm. 24, ITAM, 1991.
- (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, Fondo de Cultura Económica-ITAM, 1999.
- , *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- , *Derecho, moral y poder. Ensayos de filosofía jurídica*, México, ITAM-Porrúa, 2005.
- , “El debate sobre el aborto”, *Nexos*, México, julio de 2006.
- , “Algo más sobre el aborto” en *Debate feminista*, México, núm. 34, octubre de 2006.
- , “La cuestión del embrión y algunos problemas de la bioética”, en PÉREZ TAMAYO, Ruy et al. (coords.), *La construcción de la bioética*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- , “Aborto, derechos y despenalización”, en ENRÍQUEZ, Lourdes y ANDA, Claudia de (coords.), *Despenalización del aborto en la Ciudad de México. Argumentos para la reflexión*, México, GIRE, IPAS, UNAM, Programa Universitario de Estudios de Género, 2008.
- , “Por una defensa incondicional de los derechos de las mujeres y un mínimo de racionalidad científica”, *Debate Feminista*, núm. 49, abril de 2014.
- , *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- VILLORO, Luis, “¿Debe castigarse el aborto? I”, *La Jornada*, México, 11 de enero de 1991.
- , “¿Debe castigarse el aborto? II”, *La Jornada*, México, 12 de enero de 1991.

ÉTICA, CONOCIMIENTO TÉCNICO-CIENTÍFICO Y DECISIONES POLÍTICAS

Jorge F. MALEM SEÑA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Ética, conocimiento técnico-científico y política*. III. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La relación triádica entre la ética, los conocimientos técnico-científicos y la toma de decisión política no es fácil de establecer. Y no sólo debido a cuestiones conceptuales, como cabría pensar, sino también por las diversas perspectivas desde las cuales se pueden establecer puntos de conexión, de mutuas influencias o de superioridad entre sus tres componentes.

A pesar de tales embrollos, parece un hecho contrastado que esta relación triádica, al menos en algunos de sus aspectos, ha existido desde siempre. Y aun cuando cada uno de sus elementos constitutivos puede ser considerado conceptualmente independiente, no debería ser posible pensar en decisiones políticas que no tengan en cuenta aspectos técnicos para su implementación o que se lleven a cabo sin ninguna pretensión de una justificación moral subyacente.¹ Sin embargo, es a partir del primer tercio del siglo XX, con el imponente avance de los desarrollos técnico-científicos, cuando este nexo triádico cobra una mayor relevancia, y se ve sometido a un necesario y complejo escrutinio.

En efecto, una de las características de nuestro tiempo, solía afirmar Talcott Parsons allá por 1939, era el positivo papel que habían jugado las profesiones en el desenvolvimiento de la comunidad. Nunca una sociedad

* Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

¹ Que las reglas técnicas utilizadas en dicha implementación sean o no eficaces y eficientes, o que las normas morales invocadas carezcan o no de legitimidad es una cuestión empírica que será analizada más adelante.

como la occidental —agregaba— debía tanto para su desarrollo a los profesionales, a su conocimiento experto y a las acciones que en él se fundamentaban. Por ello, el estatuto y el funcionamiento de las profesiones, la eficacia y la corrección de los asesoramientos o las acciones de los profesionales, solían aceptarse en general sin mayores cuestionamientos.²

Mucho se ha reflexionado desde entonces sobre el papel de las profesiones y del conocimiento experto involucrado en sus prácticas. Hoy también, casi 100 años después, resulta inconcebible pensar en una sociedad avanzada sin hacer referencia al mismo tiempo al progreso de los saberes científicos y a los avances tecnológicos que la hicieron posible. Tal vez, más que nunca, hemos de agradecer y reconocer nuestra dependencia al conocimiento científico y técnico por los niveles de bienestar jamás alcanzados por la humanidad.

Pero el avance científico y su posible utilización por profesionales expertos ya no están libres, como pensaba Parsons, de toda preocupación. Sólo hay que meditar sobre los interrogantes que se abren frente a la energía nuclear, la tecnología genética o la robótica para advertir los potenciales peligros que pueden amenazar nuestras vidas. Los mencionados son únicamente tres ejemplos dentro de los múltiples que pueden señalarse, a cada cual con un nivel de amenaza latente para la vida, como hoy la concebimos, cada vez mayor.

Estas preocupaciones no han hecho sino comenzar. El incremento de conocimientos científicos es incesante, imparable y, a la vez, inevitable. Ni por razones conceptuales, morales o políticas se debe rehuir *a priori* la investigación, el avance y la consecución de conocimientos cuyos usos eventuales podrían llegar a ser nocivos para algunas personas o para la humanidad en su conjunto, al menos en lo que respecta a las llamadas ciencias puras.³ Sólo después de haberse formulado las explicaciones pertinentes acerca de un estado de cosas se puede aventurar la utilidad de ese conocimiento, su posible aplicación empírica o su desarrollo tecnológico, y advertir, si lo hubiere, su riesgo larvado.

² Véase, Parsons, Talcott, “The Professions and Social Structure”, *Essays in Sociological Theory*, Glencoe, The Free Press, 1954, p. 34.

³ Es verdad que desde un punto de vista ético o político se pueden imponer restricciones a los modos en los que se alcanza el conocimiento científico. Se puede —y se debe— prohibir hacer determinados tipos de experimentos con bebés, por ejemplo, para corroborar o falsear determinadas hipótesis. No estaría permitido, en ese sentido, quebrar los huesos del húmero y del radio del brazo de un bebé para cronometrar cuánto tardan dichos huesos en soldarse adecuadamente. Cuestiones como ésta plantean aspectos relacionales entre la ciencia, la ética y la política sobre las que no abundaré en este trabajo. Debo a Hugo Seleme sus muy valiosos e inteligentes comentarios sobre éstos y otros aspectos de esta relación triádica.

Pero, una vez que los conocimientos han sido producidos e integrados en la red conceptual existente, en cambio, se pueden formular dos tipos de consideraciones que obstruyen su aplicación o implementación tecnológica: una moral y otra política. Esta afirmación supone que es posible distinguir entre ciencia pura, ciencia aplicada y tecnología por un lado, y entre ética y política, por el otro. No es lugar aquí para hacer un análisis pormenorizado de estas cuestiones. Aceptaré sin mayor discusión que, a pesar de sus diferencias conceptuales, existe una línea continua que se desplaza de la ciencia pura a la tecnología pasando por la ciencia aplicada. Como sostiene Mario Bunge, estos tres aspectos —a los que agrega la economía— “son diferentes pero interactúan vigorosamente”. Por ello, es tan equivocado negar las diferencias como exagerarlas. “Puesto que los cuatro sectores son distintos y se necesitan el uno al otro, no hay que separarlos”.⁴ La política, por otra parte, consiste en hacer posible aquello que es socialmente necesario a través, básicamente, del orden coercitivo estatal. Naturalmente, si la política es democrática, sus decisiones deberán implementarse a través del respeto del principio de la mayoría, esto es, mediante la aplicación de la regla de la mayoría con estricta observancia de los derechos fundamentales. Mientras que la ética indica qué propiedades ha de satisfacer una acción para estar moralmente justificada.

En este trabajo se intentará mostrar algunas de las relaciones entre estos tres elementos: la ética, el conocimiento técnico-científico y la política, y sus posibles implicaciones prácticas y justificativas.

II. ÉTICA, CONOCIMIENTO TÉCNICO-CIENTÍFICO Y POLÍTICA

Hay una cierta doctrina, que aun en la actualidad cuenta con numerosos adeptos, que siempre había considerado que la relación entre las ciencias y el binomio ética-política era de absoluta independencia y autonomía. La ciencia pura sólo se ocupaba de la verdad y su único cometido consistía en ampliar la masa de conocimientos explicativos acerca de cómo es el mundo. Sus fines se satisfacían con su propia práctica, y su insularidad epistémica le aislabía de influencias indebidas provocadas por condicionamientos políticos-morales. Su racionalidad era estrictamente técnica, de ahí su poder persuasivo.⁵

⁴ Véase, Bunge, Mario, *Ciencia, técnica y desarrollo*, Pamplona, Laetoli, 2014, p. 29. También su *Epistemología*, Barcelona, Ariel, 1980.

⁵ Se podría mantener una opinión semejante si se toma en consideración únicamente el estatus epistémico de los enunciados científicos, pero esta afirmación incluso deberá ser matizada para el caso de las ciencias reguladoras. Más adelante me referiré a ellas.

La política, y eventualmente la ética, en cambio, se vinculaban a los fines que los actores sociales se fijaban de un modo no racional. Tales fines se asociaban a deseos, voliciones o preferencias idiosincráticas o grupales, y se conectaban con la acción antes que con el conocimiento. Ciencia pura y política, para decirlo con rotundidad esquemática, constituyan actividades diferentes que no tenían ni siquiera que rozarse.⁶

Después de la Segunda Guerra Mundial, esta perspectiva cambió rotundamente, y lo hizo por distintos motivos. A la luz de los nuevos retos potenciales mostrados por la energía nuclear, magnificados por su uso armamentístico, la presencia de asesores científicos pronto se hizo notar en los centros decisoriales gubernamentales. Los científicos y el conocimiento del que eran portadores cobraron, de pronto, una inusitada relevancia política y moral. Los políticos, por su parte, perseguían con la consulta a los eruditos para tomar decisiones que fueran también técnicamente racionales. Incluso, durante un tiempo se mantuvo la idea de que el conocimiento involucrado en tales asesoramientos era objetivo y políticamente neutral, independiente de cualquier consideración partidista.

Pero esa idea duró poco tiempo. Por un lado, el Estado comenzó a invertir cada vez más recursos en el desarrollo científico y tecnológico, sobre todo en la defensa nacional, a la par que aumentaba su reclamo de un mayor asesoramiento experto. Necesitaba y exigía un tipo de saber determinado que pudiera ser implementado para alcanzar objetivos políticamente fijados. Por esa razón, la ciencia ya no se desarrollaba siguiendo sus propios cauces y metas autoimpuestos, sino tratando de lograr los propósitos establecidos por el poder político.⁷

Los científicos, por otro lado, se abocaron sin descanso a la búsqueda de recursos económicos cada vez más ingentes para sus proyectos, no únicamente a nivel estatal, sino también en el mercado. La producción científica se hizo dependiente de sus fuentes de financiación que en no pocas ocasiones les señalaban los problemas a resolver, los mecanismos a utilizar y los resultados a conseguir. Llegado a este punto, no fue difícil percibirse de las múltiples formas de interconexión existente entre ciencia, política y mercado. Con la pretendida insularidad epistémica de las ciencias, aisladas e independientes de todo contexto, pronto se probó una ilusión.

⁶ Esta posición supone rechazar el objetivismo y el realismo moral.

⁷ El interés estatal por las ciencias estuvo primero dirigido hacia cuestiones vinculadas a la aplicación de las ciencias y sus desarrollos tecnológicos, tan pronto como los gobernantes advirtieron las implicaciones prácticas que adquirían para la defensa o para el desarrollo del país. Pero este interés se ha dirigido en los últimos tiempos también a facilitar el avance de las ciencias puras, al menos de algunas de ellas.

Estas interconexiones no se basan sólo en la financiación pública o privada de la ciencia con fines políticos o económicos. Los científicos consultados por el poder también hacen valer sus preferencias partidistas, y sus juicios aparecen muchas veces sesgados por su propia ideología. Imaginar que sus juicios siempre permanecen políticamente incontaminados es una ingenuidad.⁸ Y no sólo eso, existe un mercado de expertos que bajo la apariencia de objetividad epistémica y de neutralidad axiológica exponen en sus informes aquello que desea ser leído o escuchado por parte de quien los contrata. Todos los grupos políticos organizados cuentan con sus respectivos expertos, que se reivindican avalados por su formación científica. Esto ocurre con más frecuencia de lo que sería menester, por ejemplo, en los asesores de carácter económico o jurídico.

Además, las relaciones entre la ética, los conocimientos técnico-científicos y las decisiones políticas presentan un nuevo prisma con las llamadas ciencias reguladoras. En ellas, el asesoramiento experto, motivado precisamente por el avance de muy variadas ciencias, no evita y acaso provoca que las decisiones políticas deban tomarse en contextos de incertidumbre y, en algunos casos, de irreversibilidad.⁹

En estos casos, el asesoramiento experto y el conocimiento sobre el que se funda suele tener

un alto grado de infradeterminación empírica... los datos son escasos, o son escasamente fiables, o compatibles con hipótesis mutuamente incompatibles. Consecuentemente, la interpretación de esos datos puede generar controver-

⁸ Naturalmente, esto se aprecia más en algunas disciplinas científicas que en otras. Según Rodolfo Vázquez, “es verdad que las decisiones en cuanto a la experimentación en ingeniería genética y, específicamente, por lo que respecta a la clonación, se dan en situación de riesgo e incertidumbre. Es prácticamente imposible contar con elementos seguros que permitan concluir inequívocamente la bondad o maldad ética de estos experimentos. El dilema al que se enfrenta tanto el especialista en ética como el jurista es el de [citando a Ernesto Garzón Valdés] ‘o bien [favorecer el desarrollo de la ciencia y la tecnología y] proteger a la sociedad de males desconocidos pero imaginables o bien congelar el desarrollo de la ciencia y la tecnología y privar a la sociedad de bienes desconocidos pero imaginables’. Creo que se puede apostar —concluye Rodolfo Vázquez— por el primer cuerno del dilema si vamos acotando lo permitido ante los avances en el propio proceso de experimentación”. Véase, Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 118 y 119.

⁹ Las denominadas ciencias para la regulación, reguladoras o precautorias tienen por objeto producir un tipo de conocimiento que sea útil para tomar decisiones públicas en tales contextos de incertidumbre y de irreversibilidad, y cobran una relevancia mayor cuando se trata de analizar o evaluar potenciales riesgos. Por ejemplo, en el momento de dictaminar si una determinada sustancia es posible de producir daños para la salud o el sistema ambiental, o si un producto alimenticio o farmacológico es apto para el consumo humano.

sia... [Además] los expertos tienen normalmente poco tiempo para producir datos relevantes... [Es decir], los científicos se enfrentan a la necesidad de generar decisiones rápidamente, sobre la base de datos incompletos o contradictorios, en relación con temas controvertidos y, además, bajo el escrutinio de una gran variedad de actores sociales afectados (consumidores, políticos, empresas, organizaciones no gubernamentales, etcétera).¹⁰

En estos ámbitos, los objetivos políticos, los valores involucrados, la metodología de investigación seguida o la utilización del principio de precaución convergen y se influyen de manera diversa en la producción y uso de los conocimientos generados. Es comprensible que, desde esta perspectiva, se rechace la separación entre consideraciones éticas, conocimientos técnicos y científicos y decisiones políticas.¹¹

Además, aun en el asesoramiento y en la práctica científica de ciencias no regulatorias, con conocimientos bien asentados, suelen existir diversos caminos similares en eficacia y eficiencia para alcanzar los objetivos perseguidos. No siempre suele haber una única técnica contrastada para conseguir los fines deseados. Las diversas técnicas de cirugía mamaria para extirpar un cáncer es un buen ejemplo de ello. En la clonación por transferencia nuclear, para citar sólo otro ejemplo, “la activación artificial del óvulo puede conseguirse mediante una variedad de técnicas físicas, químicas y bioquímicas”.¹² La elección del uso de cada una de estas técnicas no responde únicamente a cuestiones epistémicas, sino también contextuales, como el sistema de financiación, los materiales y las instalaciones disponibles, el entrenamiento y la destreza del equipo científico, así como los valores morales y prejuicios ideológicos de los técnicos y científicos involucrados, etcétera.

A pesar de todas estas prevenciones, el ciudadano sigue confiando en la ciencia, pura y aplicada, y en la tecnología, aunque no lo haga de un modo

¹⁰ Véase, Todt, Oliver *et al.*, “Valores no epistémicos en la ciencia reguladora y en las políticas públicas de ciencia e innovación”, *Argumentos de razón técnica*, núm. 13, 2010, p. 45.

¹¹ Tiene razón Rodolfo Vázquez al decir que “con los llamados «tema-frontera», el del genoma humano es quizás uno de los más debatidos en los últimos tiempos por especialistas de múltiples disciplinas. En efecto, la importancia y urgencia del tema ha atraído la atención no sólo de los científicos sino también, con más o menos relevancia, de los juristas, los sociólogos, los filósofos y los economistas, entre otros expertos. Tal parece que los albores del nuevo siglo o milenio exigirán del estudioso, de manera apremiante, un saber cada vez menos encasillado en compartimientos especializados y, por el contrario, más atento a esas zonas difusas donde convergen los saberes plurales y universales y en las cuales el «pensamiento claro» tendrá que ceder, necesariamente, al «pensamiento dilemático»”. Véase, Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación...*, cit., p. 95.

¹² Mato, José María, “Clonación en mamíferos: realidades y mitos”, *Revista de Occidente*, núm. 214, marzo de 1999, p. 34.

ciego. No puede desentenderse sin más de la racionalidad en ellas implicadas. Comportarse contra lo que indican los conocimientos científicos y tecnológicos no parece ser el camino más apto para lograr el éxito perseguido. En tal sentido, los conocimientos técnico-científicos cumplen no sólo el adecuado papel instrumental, esto es, señalar qué medios son los idóneos para alcanzar los fines deseados, sino también el legitimador de las decisiones asumidas. Este último es el que le hace posible de entrar en contradicción con la legitimidad democrática.

La cuestión se complica, aún más si cabe, cuando se piensa que los gobernantes no están entrenados, ni muchas veces capacitados, para entender la complejidad de los problemas que afrontan. Nadie es omnisciente sobre la Tierra como para conocer todas las cuestiones potencialmente planteables, aunado a que los representantes políticos se escogen por una serie de variables que exceden su formación académica o cultural. Sea por su incapacidad o por el prestigio que atesoran las ciencias, se abre la vía a una verdadera deferencia por parte del poder político al asesoramiento experto que determinará en definitiva qué decisiones se han de tomar. No es de extrañar entonces que el ex presidente Eisenhower dijera, en 1961, que “la política pública de la nación pudiera llegar a ser cautiva de una élite científico-tecnológica”.¹³

Naturalmente, el grado de deferencia política hacia la ciencia que se asuma dependerá también del tipo de materia en discusión y de la clase de consejos o evaluaciones que se demande a los expertos. Cuanto más asentado y menos controvertido sea el conocimiento invocado, complejo sea el asunto o mayores aspectos técnicos estén involucrados, más notable será la tendencia hacia la reverencia al perito científico. Esto no ocurre sólo en la política, sucede también en los procesos judiciales donde el acatamiento, respecto del conocimiento experto por parte del juez decisor, se manifiesta con frecuencia y, en más ocasiones que las deseables, acriticamente.¹⁴

En otras circunstancias, por el contrario, las decisiones políticas se toman prescindiendo del juicio experto. El Estado impone su poder con desconocimiento de los medios apropiados para implementar sus resoluciones o con la ignorancia más absoluta de sus consecuencias, y, en no pocas oportunidades, en contra de las normas morales más elementales. No es infrecuente encontrar en la historia legislativa de cualquier país leyes que no sólo

¹³ Citado por Weingart, Peter, “Scientific Expertise and Political Accountability: Paradoxes of Science in Politics”, *Science and Public Policy*, vol. 26, núm. 3, junio de 1999, p. 153.

¹⁴ Sobre estas cuestiones, véase el excelente libro: Vázquez, Carmen, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

no han resuelto los problemas que pretendían enfrentar sino que los han profundizado o, incluso, han generado otras dificultades de consecuencias políticas y morales aún peores.

Estas consideraciones hacen que sea extremadamente complejo mostrar todas las implicaciones de la relación entre la ética, los conocimientos técnico-científicos y las decisiones políticas. En lo que sigue, señalaré ocho supuestos que surgen de la combinación lógica entre la justificación ética, la justificación técnico-científica y la justificación política, en los cuales se puede observar sólo algunos aspectos de esta triádica relación.

Relaciones lógicas posibles entre la justificación de carácter ético, técnico-científico y político

Casos	<i>Justificación ética</i>	<i>Justificación técnico-científica</i>	<i>Justificación política</i>
1	+	+	+
2	+	+	—
3	+	—	+
4	+	—	—
5	—	+	+
6	—	+	—
7	—	—	+
8	—	—	—

En el caso 1, las decisiones políticas democráticas se toman siguiendo el juicio experto técnico-científico, que asumiré aquí por hipótesis, no controvertido, y que están a su vez éticamente justificadas. Tal sería el caso de una campaña de vacunación para menores de edad que fuera universal, obligatoria y gratuita, respecto de quienes no puedan afrontar su coste.¹⁵ Nada habría que objetar, ni cabría aquí imposición ni deferencia de alguno de estos tres aspectos sobre los restantes. Constituye pues el caso ideal de una decisión o acción triádicamente justificada.

En el caso 2, se toman decisiones políticas por procedimientos no democráticos, que están técnicamente avaladas por expertos y que son mo-

¹⁵ Hay quienes rechazan que las vacunas sean necesarias o eficaces en todos los casos desde un punto de vista técnico médico. Esta posición debe ser repudiada por razones técnico-científicas y morales. La eficacia estándar de las vacunas no está puesta en cuestión por los organismos internacionales más competentes al respecto, ni por la *lex artis* médica actual. La negativa a vacunar niños, además, puede causar muertes o favorecer el contagio a otros menores, lo que invalidaría su justificación moral. Para el caso español puede verse el ejemplo del niño muerto por difteria en 2016, el primer caso en más de 20 años, porque sus padres se negaron a vacunarle.

ralmente debidas. Éstos son los casos en los cuales los procedimientos mayoritarios no se respetan. La figura que encarnaría este supuesto sería el de un tirano benevolente¹⁶ o el de un gobierno democrático muy receptivo a la influencia extranjera que le hace abandonar el mandato popular. Las potencias extranjeras o los organismos internacionales podrían obligar bajo presión o imposición de sanciones económicas, diplomáticas o de otro tipo, a tomar una mejor decisión, desde un punto de vista técnico, para la asignación de recursos en beneficio de los más necesitados. El hecho de que sea en beneficio de los más necesitados hace que estas medidas sean, *prima facie*, éticamente aceptables. Esto podría ocurrir con ayudas al desarrollo de organismos internacionales que sean finalistas e imprescindibles para la mejora de los más desfavorecidos y que, de otro modo, no se implementarían, por ejemplo, en contextos de gobiernos elegidos democráticamente pero muy susceptibles a la corrupción. En supuestos como éstos, las consideraciones políticas-democráticas decaen frente a las técnico-científicas y a las morales.¹⁷

En el caso 3, se toman decisiones políticas democráticas que son éticamente aceptables pero técnicamente desaconsejables. Tal podría ser el supuesto de una subvención lineal para todos los ciudadanos, independientemente de sus ingresos, con la finalidad de morigerar el impacto de una crisis económica, ya sea para abaratrar los precios del transporte público o combatir la pobreza energética al costear parte del consumo de gas o de electricidad. Con ello, se beneficia a los más desaventajados de la sociedad, lo que ofrece sustento moral a las medidas tomadas. Sin embargo, favorece también a sectores cuya posición hace innecesaria tal subvención, dilapidando por ello recursos escasos. Esto lo hace desaconsejable desde un punto de vista técnico. Si fuera posible discriminar entre ambos sectores, el poder político debería ser deferente a la recomendación técnica y modificar su

¹⁶ Mucho se ha discutido acerca de la posibilidad de la existencia de un dictador benevolente. Se suele citar como ejemplo el caso del dictador Francia en Paraguay. Para su análisis, véase Garzón Valdés, Ernesto, “Las relaciones entre el Estado y la Iglesia durante el gobierno de José Gaspar Rodríguez de Francia”, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹⁷ Puede ser el caso, naturalmente, que la intervención de potencias extranjeras o de organismos internacionales en las decisiones políticas de un país democrático se conciban para favorecer mayormente a los sectores más privilegiados, en detrimento de los que menos tienen. También en estos casos hay asesoramiento experto que presenta sus propuestas como las mejores posibles desde el punto de vista técnico-científico. Tales políticas, incluso si son tomadas por gobiernos democráticos, son éticamente injustificables y, por lo tanto, deben ser desecharadas. El “austericidio” puede ser un ejemplo de lo afirmado en este último caso.

decisión en esa línea.¹⁸ Si tal discriminación no fuera técnicamente posible, habría que mantener la medida establecida por razones morales y políticas, y las consideraciones técnicas económicas deberían decaer. Otro ejemplo podría ser la directiva gubernamental que ordena el *screening* genético para evaluar el riesgo de contraer cáncer a todos los individuos con antecedentes familiares de esa enfermedad. Las personas tienen el derecho moral a conocer cuáles son los potenciales padecimientos que pueden llegar a tener para así tomar mejores decisiones autónomas. De hecho, quien cuenta con los recursos necesarios suele hacerse dicha prueba, pero extenderla gratuitamente a una porción muy amplia de la población genera unos costes tan altos que la vuelve técnicamente inviable. Aquí la decisión política y el requerimiento moral han de decaer frente a las exigencias técnicas hasta que cambien las posibilidades empíricas, económicas o de cualquier otro tipo que sea relevante para que dicha prueba sea posible.¹⁹

En el caso 4, se toman decisiones políticas sin discusiones previas, hurtando el debate parlamentario, no justificadas desde el punto de vista democrático, pero que son moralmente debidas. Estas medidas se hacen sin que existan mecanismos técnicos adecuados para implementarlas o en contra de lo que sugiere el asesoramiento técnico-científico. Tal podría ser el caso de la aprobación por decreto de la práctica en hospitales públicos de la eutanasia activa para enfermos terminales que sufren gravísimos e irreversibles padecimientos. Acabar con una vida en esas circunstancias no puede ser tachado sin más de inmoral, ya que así se evitaría un sufrimiento innecesario para una vida sin esperanza, que pocos calificarían como digna de ser vivida. Alguien podría aducir, además, que es la práctica habitual en los hospitales que reciben a quienes se les suministra la sedación última para evitarles innecesarios sufrimientos físicos y sicológicos. Pero la calidad moral de esta práctica no supone todavía que deba ser implementada mediante decisiones políticas a través de la legislación, ni siquiera democrática, todo ello por razones de técnica legislativa.

En efecto, puede ser el caso de que no haya un procedimiento canónico que evite errores de diagnósticos irreversibles. O que una medida de este tipo sirva de parapeto legal a familiares o médicos para que, con la excusa de la eutanasia activa, priven de la vida a personas diferentes a las que estaban pensadas en los supuestos legales, o que en las clínicas privadas se escoga

¹⁸ Asumo aquí una posición rawlsiana de que una decisión será justa, entre otras consideraciones, si respeta el principio de diferencia, esto es, si beneficia a los más desventajados. Véase Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 2005.

¹⁹ Este ejemplo, como tantos otros, me ha sido sugerido por Olga Valverde Granados, a quien estoy vivamente agradecido por su tiempo, discusiones y gentileza.

primero a los pobres y después a los ricos.²⁰ Por éstos u otros motivos que pudieran aducirse, puede que técnicamente no sea posible implementar una ley, mediante procedimientos democráticos o no, para legalizar una acción moralmente justificada.

En el caso 5 se toman decisiones políticamente avaladas por procedimientos mayoritarios democráticos que además se fundan en consideraciones técnicas adecuadas pero que no superan la prueba moral. Tal podría ser el caso del dictado de una ley que impusiera una política forzosa de trasplante de órganos de personas muertas sin consentimiento previo del fallecido o sin el consentimiento, al momento del trasplante, de los familiares directos o representantes legales del occiso. Desde el punto de vista técnico, esas medidas eliminarían la escasez de donantes y favorecerían la supervivencia de aquellos enfermos que requieren ser trasplantados en alguno de sus órganos vitales.

Sin embargo, habría serias dudas acerca de la legitimidad de esas medidas, ya que supondría una invasión sobre un cuerpo de quien fue una persona, sin su anuencia previa.²¹ Aquí debería haber deferencia de la política y la técnica hacia la moral.

En el caso 6, se toman decisiones políticas al margen del procedimiento democrático que, además, carecen de sustento moral, pero que los asesores técnicos del gobierno asumen como apropiadas u oportunas. Supóngase que la autoridad administrativa penitenciaria decide en secreto que se realicen estudios clínicos subrepticios en la población reclusa con discapacidad. La autoridad opera fuera del ámbito competencial que tiene asignado y en secreto, lo que provoca que actúe de un modo no democrático; sin embargo, lo hace porque la industria farmacológica necesita el resultado de esos estudios, que incluso pueden ser no invasivos, con el objeto de verificar ciertas hipótesis médicas o la falibilidad de algunos medicamentos. Estos exámenes se hacen sin la aquiescencia de los involucrados o sin la autorización de sus representantes legales. La posición de los reclusos, al ser tomados como medios o instrumentos y no como fines en sí mismos, invalida la aceptación moral de dichos análisis clínicos.

²⁰ Véase, por ejemplo, Foot, Philippa, *Las virtudes y los vicios*, trad. de Claudia Martínez, UNAM, 1994, p. 77.

²¹ Es uno de los argumentos, entre otros, que podría citarse en contra de la cesión forzosa de órganos para trasplantes. Para un examen de estas cuestiones, véase Garzón Valdés, Ernesto, “Algunas consideraciones éticas sobre el trasplante de órganos”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*. Fondo de Cultura Económica, 1999; Rivera López, Eduardo, *Ética y trasplante de órganos*, Fondo de Cultura Económica, 1998, y Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación...*, cit.

En supuestos como los descritos, las implementaciones técnicas de tales ensayos, aunque urgidos por necesidades y asesoramientos científicos, deben ser diferentes a las premisas morales. No hay posibilidad de permitir esas prácticas sin el consentimiento de quienes las van a padecer —o de sus representantes legales—, ni siquiera para el hipotético caso de que dichos ensayos fueran establecidos por las autoridades competentes mediante los procedimientos democráticos instaurados.

Otro ejemplo lo constituye la esterilización forzada de personas pobres e indigentes para el control de natalidad, realizada con el fin de evitar la procreación de nuevas personas en situación de pobreza y la excesiva tasa de mortalidad materno-infantil en dicho segmento social. El control de la natalidad ha sido considerado, desde muchos puntos de vista, un elemento necesario, según determinadas concepciones técnico-científicas, para el desarrollo económico, político y social de un país. Por esa razón, el gobierno boliviano, con el soporte técnico de Estados Unidos, implementó programas de este tipo bajo el paraguas de la Alianza para el Progreso en la década de los sesenta. Más adelante, Fujimori puso en marcha un proyecto similar en Perú. Se estima que en este último caso se practicaron más de 200,000 ligaduras de trompas a mujeres sin su consentimiento y alrededor de 16,000 vasectomías. Las víctimas desconocían el tratamiento al que estaban siendo sometidas. Aun si se aceptara, por hipótesis, que el control de la natalidad era un objetivo correcto y que técnicamente se utilizaron los medios idóneos, la inmoralidad subyacente es de tal magnitud que no habría forma de justificar dichas acciones. Toda la deferencia debe ser mostrada, en casos como estos, hacia las exigencias éticas.

En el caso 7, se asumen medidas políticas respetando el régimen democrático aunque sus consecuencias sean inmorales. Estas medidas no encuentran acomodo, ni apoyo, en conocimientos técnicos-científicos. En 2009, México y otros países padecieron lo que luego fue catalogada como una pandemia de gripe AH1N1.²² Tras ser conocido el primer caso, el gobierno mexicano tomó una serie de medidas para evitar, en lo posible, un mayor nivel de contagio. Se cancelaron clases y espectáculos públicos, se compraron cinco millones de tapabocas, se realizaron campañas masivas en los medios de comunicación sobre la enfermedad con instrucciones de cómo lavarse las manos, etcétera. Alertados los demás países por un alarmista informe de la Organización Mundial de la Salud, que después se observó no avalado por consideraciones técnicas estrictas, se decidieron una serie de

²² La idea de pandemia es muy discutida en círculos científicos, ya que hace referencia a la extensión geográfica de una enfermedad pero no a su gravedad.

acciones internacionales que perjudicaron al país azteca, como la supresión del tráfico aéreo hacia o desde México, por ejemplo. Pronto las autoridades hicieron acopio de vacunas y los médicos las recetaron a pesar de su escaso valor terapéutico. Se estima que México compró aproximadamente treinta millones de dosis del antiviral oseltamivir, cuyo nombre comercial es Tamiflu, y España alrededor de trece millones, de los que se consumieron sólo dos millones de dosis. El dinero invertido en tales compras sirvió para que el laboratorio farmacéutico que fabricaba esa vacuna, Hoffmann-La Roche, hiciera pingües negocios. Muchos gobiernos democráticos tomaron medidas demagógicas para mostrar que no permanecían inactivos frente a la gripe, pero que eran innecesarias para hacerle frente. La inmoralidad de estas acciones, que en el mejor de los casos son puramente demagógicas, no puede dejar de ser señalada. Aquí la acción política debe decaer frente a la exigencia moral y a los requerimientos técnicos.

En el caso 8, se toman decisiones políticas que violentan los procedimientos democráticos, en contra de la opinión de los asesores científicos y técnicos y con detrimento de los valores morales en juego. Los ejemplos de gran corrupción pueden subsumirse en este supuesto. Un gobierno muy corrupto, sea democrático o no, tenderá a realizar obras públicas innecesarias, tanto desde el punto de vista técnico como económico, si a cambio recibe un porcentaje en forma de comisiones, mordidas o aportes para sus miembros o para el partido gobernante. Las obras faraónicas, los grandes mausoleos o la construcción de aeropuertos inútiles suelen ser formas utilizadas para extraviar recursos económicos que podrían dirigirse a mejorar la salud o la educación. El problema no es sólo de asignación ineficiente de la riqueza. Los corruptos, con el fin de asegurarse un mayor nivel de beneficios, suelen emprender estas obras retrayendo dinero o inversiones de las medidas de seguridad prescritas. Esto trae aparejado como consecuencia una situación de peligro para el ciudadano, que en algunas ocasiones llega a la pérdida de vidas humanas.²³ El supuesto 8 resulta injustificable desde cualquier punto de vista.

III. CONCLUSIONES

Es difícil rechazar la idea de que una decisión política de carácter democrático debe ser no sólo moral, sino que debe estar también avalada por

²³ La compra de armamento sofisticado, aunque innecesario, puede ser considerado otro ejemplo. Para el análisis del supuesto 8 con numerosos casos, véase Malem Seña, Jorge F., *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y morales*, Barcelona, Gedisa, 2002.

consideraciones técnico-científicas. Cualquier decisión estatal debería poder superar entonces el triple test político-democrático, científico-técnico y moral. Si esto no sucediera, se violaría alguno de los parámetros de estas tres formas de racionalidad, que son mutuamente independientes pero que confluyen, para lo que aquí interesa, en la actividad pública de los gobernantes. Si el caso 1 señalado en el párrafo anterior muestra una situación ideal, de justificación en los tres niveles mencionados, el caso 8 expone lo que nunca debería suceder, ya que violenta toda racionalidad implicada en la justificación de esos mismos niveles.

Según la versión estándar de la moral, ésta funciona como el último y más elevado criterio justificador, por esa razón los demás criterios utilizados para decidir o juzgar una acción deberían ser deferentes hacia sus postulados. De ahí se colige que siempre se puede juzgar la decisión política o las especificaciones técnicas involucradas según normas morales. La acción estatal debida sería la justificada éticamente con independencia de si está justificada política o técnicamente. Sin embargo, como se ha señalado en el caso 4, esto no ocurre de un modo invariable. Lo que es moralmente exigible depende de que sea científica y técnicamente posible, ya que deber implica poder; es decir, para que una determinada acción, política o no, deba ser realizada tiene que ser empíricamente factible, y esto último depende de cómo es el mundo. Ahora bien, la mejor y más exacta forma de conocer el mundo es la científico-técnica. Si la ciencia y la técnica establecen que una acción no puede ser hecha, no debe ser hecha al margen de sus hipotéticos merecimientos morales.²⁴ En tal sentido, siempre ha de haber una deferencia temporal de la evaluación moral a las consideraciones científico-tecnológicas.

Según Mario Bunge, la técnica puede ser precientífica o científica, dependiendo de si se sustenta o no en conocimientos científicos. A la primera le llama técnica a la segunda tecnología. Y define a esta última como “el vastísimo campo de investigación, diseño y planeación que utiliza conocimientos científicos con el fin de controlar cosas o procesos naturales, de diseñar artefactos o procesos, o de concebir operaciones de manera racional”.²⁵ Como se puede apreciar, la tecnología se inserta en una teoría —científica— que

²⁴ No me interesan aquí los “juegos morales” practicados por filósofos de la moral que imaginan situaciones pintorescas, por irrealizables, para analizar, con mayor o menor fortuna, el rendimiento de una teoría ética o el alcance de un sistema moral.

²⁵ Bunge, Mario, *Seudociencia e ideología*, Madrid, Alianza Universidad, 1985, p. 33. Como el autor reconoce la distinción entre técnica y tecnología se debe al historiador Lewis Mumford. A pesar de las diferencias mencionadas siempre que utilice el término técnica ha de entenderse como tecnología.

le sirve de sustento, y las teorías de ese tipo representan cómo es el mundo. Pero pueden existir modelos teóricos en competencia que impliquen distintas tecnologías sin que hubiera una clara superioridad explicativa o práctica evidente de una sobre la otra.²⁶

Además, las distintas tecnologías existentes que responden incluso a una única teoría pueden ser diferentes respecto de su eficacia o su eficiencia para alcanzar resultados similares con el uso de los recursos disponibles. Los artefactos o procedimientos tecnológicos alcanzados pueden ser útiles en grado diverso y, por lo tanto, su evaluación no ser del tipo todo o nada.

Por estos motivos, y otros que pudieran agregarse, puede haber dos o más tecnólogos bien entrenados que respecto de un mismo problema difieran de un modo genuino acerca de qué instrumentos utilizar o qué procedimiento seguir. Esto se traslada al asesoramiento que prestan los científicos y tecnólogos al poder político, dado que puede ser radicalmente divergente dependiendo de cuál sea la posición del experto en la materia. Conviene advertir asimismo que la credibilidad y confiabilidad del asesoramiento experto depende igualmente de lo asentado y poco discutible que sea el conocimiento científico y las tecnologías involucrados. Es más falible el conocimiento científico-técnico en las llamadas ciencias regulatorias que en las ciencias físicas o químicas clásicas.

En parte, esta característica sirve para explicar la creciente desconfianza hacia los informes de expertos que se suelen aducir como fundamentos para las decisiones políticas; o bien, porque hay expertos partidistas que no dudan en realizar dictámenes *ad hoc* para agradar a quienes son sus pagadores —los gobernantes— o subrayar sus propios prejuicios ideológicos y porque en la actualidad es común que los científicos y expertos en cualquier rama del saber intervengan —en el ámbito de su competencia— en los debates públicos. Por una o varias de estas razones, sus yerros son considerados por la opinión pública como errores de la ciencia y de la técnica y descrea, aunque sea parcialmente, del juicio experto.

Los políticos, no obstante, siguen necesitando del asesoramiento experto. Ello se debe a que precisan de mecanismos racionales para implementar las medidas que toman y a su propia falta de capacidad siquiera para entender la naturaleza de algunos de los problemas a los que se enfrentan.²⁷ Ob-

²⁶ Aunque no siempre es el caso. Generalmente, de dos o más teorías explicativas en competencia, unas son mejores que las otras.

²⁷ La falta de preparación de los políticos llega a extremos de negar problemas tan acuñantes como evidentes. El presidente español Mariano Rajoy, el 22 de octubre de 2007, utilizando un chascarrillo, llegó a comentar que tenía un primo, catedrático de física en Granada, que no podía siquiera pronosticar el tiempo que haría al día siguiente y que, por tanto,

viamente, habrá políticos que comprendan mejor el mundo físico y el institucional que otros, eso dependerá de su preparación intelectual y capacidad personal; pero no hay políticos omniscientes —ni ente alguno que lo sea—.

Todo esto genera una relación dual entre ciencia y tecnología por un lado y decisión política por el otro. Si bien la acción política debería estar guiada por consideraciones científico-tecnológicas, cuando éstas son controvertidas, poco fiables o tenidas excesivamente de parcialidad ideológica sirven de poco apoyo para garantizar su eficacia y eficiencia. El caso 7 es representativo de esta posición donde los gobiernos debieron poner en duda el asesoramiento experto y tomar sus propias decisiones al respecto. Aquí la deferencia de la técnica hacia la evaluación política resulta manifiesta. Por el contrario, si el asesoramiento experto se mueve dentro de los límites confortables del conocimiento asentado, no controvertido, parecería poco sensato que el poder político prescindiera de él. En supuestos como éstos la deferencia debe invertirse, el caso 3 es un ejemplo de ello.²⁸

Tal vez detrás de estas últimas consideraciones se encuentra la necesidad de la creación de agencias regulatorias y de la cesión política que hacen las autoridades estatales hacia la toma de decisiones de su competencia. Pero esto oculta al menos dos problemas, el primero y muy general es la falta de responsabilidad política de los asesores científico-técnicos. Sus errores los afronta el ciudadano prácticamente sin coste alguno para el experto. Los gobiernos, a su vez, suelen escudarse en el error experto para sortear su propia responsabilidad política. Las múltiples manos involucradas hacen que los deberes exigidos como consecuencia de los daños causados por sus errores se diluyan. En 2001, en un trabajo de la Comisión de las Comunidades Europeas, se afirmó:

no se podía hablar de qué le ocurriría al clima y a la Tierra dentro de cien años. Todo ello para negar el calentamiento global. Recién ocho años después, el 28 de octubre de 2015 admitió que efectivamente se había equivocado y que se estaba produciendo un calentamiento global.

²⁸ Hay numerosos ejemplos en los cuales se duda si se trata de supuestos de casos 3 o 7. Esto sucede muy a menudo con la autorización de medicamentos nuevos o antiguos que fueron prohibidos y luego autorizados, y viceversa. Un exponente de lo afirmado es el rimonabant (comercializado con el nombre de Acomplia), antagonista de los receptores cannabinoides, que se utilizó para bajar de peso y combatir la obesidad. En España se llegó a comercializar entre marzo de 2008 y 2010. En 2010, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios lo retiró del mercado y prohibió su uso por inducir problemas siquiatríticos severos, en especial depresión con riesgo de suicidio. Las autoridades sanitarias estadounidenses nunca autorizaron su uso.

Las recientes crisis alimentarias han destacado la importancia de mantener informados tanto a los ciudadanos como a los responsables políticos sobre los conocimientos disponibles y las incertidumbres persistentes. Pero también han minado la confianza del público en las políticas basadas en la opinión de los expertos. La opacidad del sistema de comités de expertos de la Unión o la falta de información sobre su funcionamiento han empeorado la percepción de estas políticas por parte del público. A menudo no está claro quién decide realmente, si los expertos o las personas investidas de autoridad política. Al mismo tiempo, un público mejor informado cuestiona cada vez más el fundamento y la independencia de los dictámenes emitidos por los expertos.²⁹

El segundo problema es que muchas de estas agencias se actúan en un terreno resbaladizo de conocimientos no asentados y, por lo tanto, no incontrovertidos y donde cualquier decisión que se tome puede llegar a impactar a largo plazo y de un modo tal vez irreversible. Aquí hay que hacer un balance entre las exigencias impuestas por el principio de precaución y la necesidad de no clausurar todas las vías políticas posibles. Un debate público robusto se muestra como una herramienta esencial e insustituible entre todos los actores afectados y sobre todos los aspectos concernidos, aunque por definición no garantice en qué dirección se inclinará *prima facie* el fiel de la balanza. En casos como éstos no hay una deferencia ciega posible de la actividad política hacia la tecnología, y viceversa.

Finalmente, si bien toda decisión política debe estar justificada moralmente, no toda acción moral debe estar regulada o ser objeto de una decisión política. Mentir es una acción *prima facie* inmoral. Pero eso no implica que todas las mentiras deban ser prohibidas por el derecho. El caso 4 muestra también la posibilidad de hacer una evaluación política acerca de qué parcela de la moralidad tiene que ser objeto de la acción estatal basada, en esta ocasión, en consideraciones científico-técnicas.

Pero a pesar de las razones expuestas y de las necesarias implicaciones que deberían existir entre la ética, la ciencia y la política, los intereses de los científicos e intelectuales, de los políticos o de los moralistas no han sido siempre los mismos, ni se han mantenido dentro de los límites de su competencia. Es verdad que para muchos técnicos y científicos, el orden político y moral en el que desarrollan su actividad profesional les es indiferente. Basta pensar la actitud que tomaron algunos de ellos en las crueles dictaduras latinoamericanas de las décadas de los setenta y los ochenta o en la barbarie nazi. El arquitecto Albert Speer, ministro de Armamentos y Municiones de

²⁹ Comisión de las Comunidades Europeas, *La gobernanza europea. Un libro blanco*, Bruselas, 25 de julio de 2001, p. 22.

Hitler a partir de febrero de 1942 y nazi convencido, anotó después de la Segunda Guerra Mundial:

Básicamente exploté el fenómeno de la entrega, a menudo ciega, a esta tarea [la industria armamentística] por parte de los técnicos... A causa de lo que parece ser la neutralidad moral de la tecnología, aquellas personas no tenían escrúpulos con respecto a sus actividades. Cuanto más técnico era el mundo que nos imponía la guerra, tanto más peligrosa era esa indiferencia de los técnicos con respecto a las consecuencias directas de sus anónimas actividades.³⁰

Las consecuencias de esta actitud indolente son de sobra conocidas.

Otros científicos e intelectuales, en cambio, se han sentido fascinados por el poder político. Basados en su conocimiento de una parcela de la realidad, se suponen especialmente autorizados no sólo para intervenir en las discusiones públicas sino también para participar directamente en los actos de gobierno. Esta especie de síndrome político por parte de los científicos e intelectuales se manifiesta claramente, y de un modo especial, en economistas y juristas. Pero el prestigio intelectual, en cualquier rama del saber, no constituye un reaseguro contra su fracaso como político: Mario Vargas Llosa puede ser un ejemplo paradigmático.

Sin embargo, si llegan a gobernar científicos o intelectuales, lo hacen detentando el poder político. Como acertadamente sostiene Giovanni Sartori,

en cualquier caso el poder seguirá en manos de los “especialistas del poder”, de aquellos que hacen de la conquista y el ejercicio del poder el objetivo primario, si no exclusivo, de su existencia... la noción de poder nos remite a la existencia de una clase potestativa por antonomasia, que es tal porque posee y ejerce ese poder que va sobreordenado a todo otro y que se identifica como poder “político”, como el poder de mandar sobre la colectividad en su conjunto. Ahora bien, en la medida en que los intelectuales sean intelectuales y los científicos hombres de ciencia, no pueden calificárseles de clase potestativa “soberana”, es decir política. Una clase teórica tiene poder en su propio ámbito, que es el de las instituciones científicas, y no en el ámbito de las instituciones políticas.³¹

³⁰ Cornwell, John, *Los científicos de Hitler. Ciencia, guerra y el pacto con el diablo*, trad. de Ramón Ibero, Madrid, Paidós, 2005, p. 310.

³¹ Sartori, Giovanni, *La política. Lógica y método en las ciencias sociales*, trad. de Marcos Lara, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, pp. 3228 y 3229.

Por ello, que los intelectuales o los científicos lleguen a ser buenos o malos gobernantes y que tomen medidas justificadas o no, desde el punto de vista ético, no dependerá de sus aptitudes en sus respectivos campos profesionales.

La pasión de los políticos por la ciencia, en cambio, es más extraña. Ni siquiera suelen abundar políticos con formación académica bien asentada, amplias inquietudes culturales, lecturas diversas o bien preparados intelectualmente. Alguien podría decir que tal vez Napoleón o Václav Havel, entre otros, pudieran ser citados como excepciones, pero precisamente su carácter excepcional hace que este tipo de gobernante, amante del arte y de la ciencia, no abunde. En muchos casos, incluso, el desprecio de los políticos hacia los científicos e intelectuales es manifiesto. Sólo les interesa el puro y exclusivo ejercicio del poder político. Silvio Berlusconi, en Italia, es prueba de ello. El peronismo, y algunos de sus líderes, en Argentina, es otro. Lemas imperantes en la época del primer gobierno de Perón como “alpargatas sí, libros no”, o “haga patria, mate un estudiante” no dejan de causar, todavía hoy, estupor.

Pero hay otro tipo de científicos e intelectuales que piensan que la ética y la política son cuestiones cuyos problemas pueden ser resueltos desde un punto de vista racional y razonable. Creen en la fuerza persuasiva de los buenos argumentos, más allá de si detentan o no el poder político para imponerlos. No conciben la política sin ética, y porque huyen de cualquier especulación irracional siempre miran a las ciencias. Rodolfo Vázquez es uno de ellos.

Nunca le interesó el ejercicio directo del poder político, aunque nunca estuvo alejado de los debates con implicaciones políticas. Sus trabajos sobre bioética en general, aunque no de forma exclusiva, no sólo son un ejercicio analítico de enorme claridad que intentan evitar contradicciones, lagunas o falsas discusiones puramente verbales, sino que constituyen además propuestas para la mejor solución del problema que aborda. Y todo lo hace con una gran modestia, sin grandilocuencias inútiles, sin ruidos innecesarios. Está en sus genes, es su carácter.

Pero termina imponiéndose la fuerza de sus argumentos. Por esa razón son incontables sus lectores e innumerables sus seguidores. A ello le suma que Rodolfo Vázquez es, además de talentoso, un trabajador incansable y sumamente eficaz. Sus variadas y diversas obras son bien conocidas, y sus emprendimientos intelectuales para congregar pensadores de distintas escuelas en un diálogo fraterno mediante seminarios o publicaciones no pueden dejar de subrayarse. Como sería un olvido imperdonable no señalar su honradez y su generosidad. Es un ejemplo de amistad. Todos le debemos

mucho, yo entre los que más. Hace tiempo escuché decir a Leonel Castillo González, magistrado y ex presidente del Tribunal Federal Electoral mexicano, que en algún futuro cercano “México debía reconocerle a Rodolfo Vázquez todo lo bueno que había hecho por su filosofía del derecho”. Ese reconocimiento no podía demorar más tiempo; ese momento, con justicia, ha llegado.

REGULACIÓN BASADA EN PRINCIPIOS DE UNA BIOÉTICA LIBERAL

María de Jesús MEDINA ARELLANO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Por qué defender una bioética liberal?*
III. *“El problema del aborto y la noción de persona”.* Pluralidad de visiones
acerca de la “dignidad humana” de los embriones. IV. *Reflexiones finales:*
una bioética liberal pensada desde el biocentro.

I. INTRODUCCIÓN

El 11 de noviembre de 1997 fue proclamada la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO. A 39 años de la publicación de dicho documento internacional, esta contribución pretende tender lazos con una de las obras paradigmáticas de bioética en América Latina: *Del aborto a la clonación: principios de una bioética liberal*, del doctor Rodolfo Vázquez, maestro a través de sus obras. ¡Celebremos al maestro y amigo y, a propósito de la Declaración, también a la genética!

Es en esa obra en donde encontramos una de las primeras reflexiones de la academia mexicana anclada en el “liberalismo igualitario” respecto al estatus moral y jurídico del embrión humano, y otros temas temáticos seminales de la deliberación bioética.¹ De ahí que los argumentos que se vierten en esta contribución tienen como finalidad continuar la línea de argumentación expuesta en la obra de Rodolfo Vázquez, en particular y de personal interés, aquella dedicada a la discusión en torno a la investigación en embriones humanos para la extracción y uso de células troncales pluripotenciales. Como lo señala el doctor Vázquez, “el problema fundamental de la

* Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación: principios de una bioética liberal*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

bioética no sería otro, en definitiva, que el de pasar del nivel de los principios al de las reglas".²

Partiré de una racionalidad —entendida como la constante revisión de las razones o la verdad que pueden revocarse— para comprender la bioética en tanto disciplina que tiene como génesis la laicidad, respetuosa de toda creencia religiosa, ética y secular.³ La reflexión bioética se encuentra con diversas disciplinas en la búsqueda de acuerdos racionales entre personas de diversas filiaciones religiosas, ateas o agnósticas (intenso diálogo y construcción permanente).⁴ Un aspecto importante es asumir la pluralidad ética y moral existente en diversos contextos socioculturales; en este sentido, también busca mínimos compartidos entre diversas culturas.⁵ Asimismo, busca lograr la convergencia respecto de las distintas creencias asumidas ante el surgimiento de dilemas éticos representados por el avance de la ciencia y la tecnología aplicada a diversas áreas como la medicina, la investigación biomédica, la agricultura y, en general, las biotecnologías aplicadas a las ciencias de la vida.

La bioética como interacción entre diversas áreas científicas, ya sean las biológicas, las ingenierías o las humanidades —que conlleva un diálogo plural, interdisciplinario e intercultural— debería adoptar una postura epistemática y una metodología transdisciplinaria, desde un enfoque biocéntrico.⁶ Lo anterior, implica que lo ideal sería partir de la idea de que todo ser vivo en el planeta posee un interés moral,⁷ incluyendo los ecosistemas y entornos en los que el ser humano también se desarrolla como ente biológico, al igual

² *Ibidem*, p. 43.

³ Para un estudio introductorio a los diversos tópicos básicos en la discusión global en la bioética, véase Campbell, Alastair V., *Bioethics: the Basics*, Reino Unido, Routledge, 2013. En cuanto a las reflexiones que se han llevado a cabo en América Latina, resulta relevante revisar Luna, Florencia y Salles, Arleen, *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2008.

⁴ Visiones más radicales, en cuanto al alejamiento de cualquier tipo de creencia religiosa y no científica para discutir los problemas y dilemas morales que surgen del avance científico y tecnológico aplicado a las ciencias de la vida, pueden ser revisadas en Coggon, John *et al.*, *From Reason to Practice in Bioethics. An Anthology Dedicated to the Works of John Harris*, Reino Unido Manchester University Press, 2015.

⁵ Kuhse, Helga y Singer, Peter, *A Companion to Bioethics*, Oxford, Blackwell, 1998.

⁶ Un libro que, en dos capítulos, hace una serie de reflexiones sobre una posición ideológica de la bioética y su relación con el medio ambiente, y cómo los seres humanos acaban con los recursos renovables y no renovables, se encuentra en Sagols, Lizbeth, *La ética ante la crisis ecológica*, México, Fontamara, 2014, pp. 97-124.

⁷ Covarrubias Dueñas, José de Jesús, *Los derechos planetarios*, México, Porrúa, 2011.

que las demás especies que los integran.⁸ Partiendo del reconocimiento de la diversidad biológica, también es importante reconocer la pluralidad de creencias religiosas y posturas bioéticas que existen en una sociedad heterogénea como la nuestra.

En México, el reconocimiento y respeto a la diversidad de creencias religiosas se ven vulnerados cuando se otorga mayor peso a la justificación religiosa respecto de la creación de la vida por encima de la comprensión de las distintas teorías de la evolución de la vida. La reciente Encuesta Nacional de Religión, Secularización y Laicidad⁹ da cuenta de que el 73% de los mexicanos encuestados afirman que la vida “fue creada por un ser supremo que se llama Dios”,¹⁰ por lo que los problemas relacionados a la reflexión bioética, como la salud, los derechos sexuales y reproductivos —que conlleven el reconocimiento a la diversidad biológica—, distintas teorías que dan cuenta de la evolución, además del respeto a diversos principios de la bioética, como la autonomía, están distantes de ser abordados desde perspectivas más seculares.

Frente a este reto aún latente respecto de la secularización de la sociedad, existen otros desafíos a los que nos enfrentamos como especie después de varias décadas en las que no se ha cuestionado lo suficiente, como desfragmentar lo que se entiende por lo natural y lo artificial, entre lo humano y lo animal; cuál es el estatus de los embriones sobrantes o congelados resultantes de las tecnologías de reproducción asistida; órganos para donación; células troncales; organismos transgénicos (vegetales o animales); edición de genes; biología sintética; animales en experimentación; animales domésticos o de trabajo; microorganismos modificados en laboratorio; si son entes artificiales o bioartefactuales.¹¹ Los seres humanos deberíamos cuestionarnos y autoexaminarnos más allá de la concepción metafísica que se tiene de

⁸ Los seres humanos hemos demostrado que somos capaces de extinguir otras especies; una lectura profusa al respecto, la encontramos en Linares Salgado, Jorge E., “Desafíos actuales y futuros de la bioética”, en Tapia, Ricardo y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Logros y retos de la bioética*, México, Fontamara, 2014, pp. 237-239.

⁹ Salazar Ugarte, Pedro et al., *Estado laico en un país religioso. Encuesta Nacional de Religión, Secularización y Laicidad*, México, UNAM, 2015.

¹⁰ Un interesante análisis sobre las implicaciones de esta encuesta para los grandes temas de la bioética, como son el aborto, el suicidio asistido y la eutanasia, se encuentra en Linares Salgado, Jorge, “Los mexicanos y la laicidad: implicaciones bioéticas”, *Animal Político*, 25 de noviembre de 2015, disponible en: <http://www.animalpolitico.com/blogueros-una-vida-examinada-reflexiones-bioeticas/2015/11/25/los-mexicanos-y-la-laicidad-implicaciones-bioeticas>.

¹¹ Linares Salgado, Jorge E., *op. cit.*, p. 241. Cf. González, Juliana, “Valores éticos de la ciencia”, en Vázquez, Rodolfo (coord.), *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*, México, Fontamara, 2012, pp. 23-35.

persona, preguntarnos y analizar nuestro papel planetario como especie. Es por ello que tanto la ingeniería agrícola, como el proyecto de la secuenciación del código genético, provocan profusos cambios en la sociedad y en la empresa de este siglo, y en muchas ocasiones hacen desigual el acceso al conocimiento y el bienestar de cada persona.

En consecuencia, la bioética aspiracionalmente es autónoma, puesto que busca la inclusión de la diversidad de pensamiento en ámbitos políticos, religiosos y económicos; la realidad de la bioética se conoce a través de la reflexión sobre las consecuencias de las decisiones. Además, es interdisciplinaria, pues comprende aspectos filosóficos, científicos, sociales, antropológicos, sicológicos, técnicos, legales, así como del cuidado y de la investigación de la salud.

II. ¿POR QUÉ DEFENDER UNA BIOÉTICA LIBERAL?

Empezaremos por un bosquejo sobre los orígenes de la bioética, más allá de un mero ejercicio de conceptos renovados. En su nacimiento, a principios de los setenta en los Estados Unidos, se le consideró una seudociencia; dicha acepción fue acuñada por el bioquímico estadounidense Van Rensselaer Potter, en quien existía la preocupación de la supervivencia de la humanidad ante la detección de problemas ambientales,¹² así como de cimentar el estudio de la vida, en el que se incluyeran los elementos más esenciales de las ciencias sociales y de las humanidades, con énfasis en la filosofía.¹³

La bioética significa establecer discusiones y construir puentes de diálogo entre las diferentes posiciones de pensamiento tanto religioso como político; es hacer vasos comunicantes alrededor de los tópicos de clonación, aborto, eutanasia, los nuevos medicamentos, etcétera, para hablar de la nueva realidad biocientífica de nuestro tiempo, en que la discusión bien razonada y profunda nos permitirá acercamientos y llegar a puntos en común, y expulsar todo dogmatismo o estancamiento.¹⁴ De ahí que los retos de la bioética sean generar sabiduría y ocupar el conocimiento en pro del

¹² Declaración de Estocolmo de 1972.

¹³ Flores Moreno, Eduardo, “Bioética y derecho; el futuro marco regulatorio y social de la actividad vital”, *Revista De Jure*, núm. III-1, noviembre de 2008, pp. 86 y 87, disponible en: <http://vlex.com/vid/bioetica-marco-regulatorio-social-vital-284820373> (última visita: 5 de noviembre de 2016).

¹⁴ Un excelso artículo en que hace se hacen estas propuestas, que abonan en cuanto a establecer bases para discusiones que fusionen diferentes puntos de vista, es escrito por López, Patricia, “Ciencia y Tecnología”, en <http://vlex.com/vid/esperan-ampliar-debate-bio-technologia-202172183>, (última visita: 5 de noviembre de 2016).

bien social, al partir de una concepción realista del hombre,¹⁵ así como analizar tópicos que holísticamente se pueden relacionar y analizar en torno a otros derechos humanos como el derecho a la alimentación, a la protección a la salud y al acceso al agua, por ejemplo.

III. “EL PROBLEMA DEL ABORTO Y LA NOCIÓN DE PERSONA”.¹⁶ PLURALIDAD DE VISIONES ACERCA DE LA “DIGNIDAD HUMANA” DE LOS EMBRIONES

La investigación con células troncales provenientes de embriones humanos es éticamente discutible, puesto que implica la destrucción de estos últimos en el proceso de la extracción de las células señaladas a partir de la masa celular interna del blastocito en etapa temprana. El tema ha sido objeto de diversos debates dentro de la bioética, debido a que no existe una visión común respecto de esta investigación.

Un ejemplo, por tanto, de cómo se podría establecer el pensamiento laico en un dilema de la bioética, es la derivación de líneas celulares provenientes de embriones humanos. Entonces, surgen las siguientes interrogantes: ¿cuál es el estatus moral y jurídico del embrión humano? ¿Es el embrión persona?¹⁷ ¿Atentamos contra la vida, debido a que la derivación de células troncales pluripotenciales implica la destrucción de embriones humanos?¹⁸ Por supuesto, las respuestas a estas interrogantes son múltiples, pues existen distintas visiones ideológicas respecto de estos planteamientos, así como posturas permisibles, prohibitivas e intermedias.¹⁹

Dentro de la obra del doctor Rodolfo Vázquez se asienta que no es posible que se minimice al Estado como ente regulador en los procesos de desarrollo científico y tecnológico, sin dejar de lado la ética de la investigación, que se considera como la cultura del permanente esfuerzo por parte de los

¹⁵ *Idem*. El mismo artículo es ejemplo de un escrito algo breve, pero profundo a la vez.

¹⁶ Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación...*, cit., p. 45.

¹⁷ Mendoza Cárdenas, Héctor A., “¿Embrión o persona humana? El caso de México”, *Revista de Bioética y Derecho*, vol. 11, 2007, pp. 3-10.

¹⁸ Algunas de las respuestas que se han dado a estas interrogantes son en el sentido de que se debería diferenciar puntos del desarrollo embrionario para hablar de vida, es decir, capacidad de sentir y también de ser considerado como persona, véase Bortolotti, Lisa y Harris, John, “Stem Cell Research, Personhood and Sentience”, *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 10, 2005, pp. 68-75.

¹⁹ Knoepfler, Nikolaus, “Stem Cell Research: An Ethical Evaluation of Policy Options”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, vol. 14, núm. 1, 2004, pp. 55-74.

investigadores en avanzar en sus trabajos de búsqueda de la verdad de un hecho o fenómeno dado.²⁰

¿Hay razones para sancionar a quien destruye un feto? ¿Realmente se puede argüir que un concebido pero no nacido ya es un ser humano? En realidad, se debe notar hasta el momento en que tiene vida por sí mismo, lo que ocurre hasta que se encuentra fuera del útero. Con base en lo anterior, no hay razón para considerarlo un delito, ya que en algunas entidades de nuestro país lo han asemejado con el delito de homicidio. Rodolfo Vázquez señala: “El aborto no sería ni mejor ni peor que cualquier otro medio de control natal y, *a fortiori*, desde una perspectiva consecuencialista, se justificaría ante un grave de problema de sobre población”.²¹

En el lado opuesto a la argumentación, observamos que muchos opositores del aborto y la investigación embrionaria de células troncales (células madre) afirman que la vida comienza moral y legalmente desde la concepción y que es a partir de ese momento que el embrión posee los derechos humanos y la dignidad humana, a pesar de las numerosas posiciones alternativas sobre esta cuestión.

Pero, incluso dentro de esa postura, no hay una interpretación acordada ni una definición explícita del principio de dignidad humana en la Constitución federal. Por otra parte, una lectura literal de la carta magna no establece ninguna referencia a la protección de la vida desde la concepción. Por lo tanto, es difícil inferir la existencia del supuesto derecho a la vida y la dignidad de los embriones, al menos bajo las normas constitucionales.

Si bien en la Constitución no se hace referencia explícita a los embriones, la Ley General de Salud de 1984,²² que regula el derecho constitucional a la protección de la salud, ofrece definiciones de lo que se entiende por el término “embrión” y “feto”. En el artículo 314, establece:

Artículo 314. Para efectos de este título se entiende por:

...VIII. Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional;

XI. Feto, al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno...

Por su parte, el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres

²⁰ *Idem*.

²¹ Vázquez Rodolfo, *Del aborto a la clonación...*, *cit.*, p. 45.

²² En <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> (última visita: 5 de noviembre de 2016).

humanos de 1985,²³ en su artículo 6o. define a embrión y a feto en los siguientes términos:

Artículo 6o. Para los efectos de este Reglamento, se entiende por:

XI. Embrión: el producto de la concepción hasta la decimotercera semana de gestación;

XII. Feto: el producto de la concepción a partir de la décimo tercera semana de gestación, hasta su expulsión del seno materno²⁴

Sin embargo, otras disposiciones relativas al tratamiento jurídico de estas entidades definidas están ausentes tanto en la Ley General de Salud como en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos y el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de trasplantes.²⁵

Tampoco deben dejarse de lado las aportaciones que ha hecho la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en lo referente al derecho humano de protección a la salud y algunos aspectos de la bioética. Lo anterior, en parte, por la ausencia de medidas legislativas según los preceptos constitucionales en que se hace referencia a las cuestiones de bioética. Es así que nuestro tribunal constitucional dio validez a la reforma del ordenamiento punitivo de la Ciudad de México en que se permite el aborto dentro de las 12 primeras semanas.²⁶

²³ En el instrumento administrativo respectivo, en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regla.htm> (última visita: 5 de noviembre de 2016).

²⁴ Fijarse bien en las disposiciones siguientes: “La vigencia de este Reglamento queda sujeta a lo que dispone el Artículo Segundo Transitorio del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Trasplantes, publicado en el *DOF* 26-03-2014, que a la letra establece: «SEGUNDO. Se derogan las disposiciones del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, que se refieran a la donación, disposición y trasplante de órganos, tejidos y células, distintas a la sangre y sus componentes, células progenitoras hematopoyéticas o troncales, así como aquellas disposiciones que se opongan al presente Reglamento. En consecuencia, se mantienen vigentes las Secciones Tercera y Cuarta del Capítulo III; el Capítulo IV, y el Capítulo V del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, así como las demás disposiciones del mismo ordenamiento, que resulten necesarias para la aplicación de dichas Secciones y Capítulos antes citados».

²⁵ Esta ambigüedad también ha sido señalada por Muñoz de Alba Medrano, Marcia, “El status jurídico del uso de las células troncales en México”, en Cano Valle, Fernando (coord.), *Clonación humana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 95-120.

²⁶ Por ejemplo, después de la última sentencia judicial para la defensa de la interrupción del embarazo, organizaciones académicas vinculadas a la iglesia católica han liderado un

En las discusiones no religiosas sobre la permisibilidad de la investigación con células troncales, sobre todo con respecto a si el uso de embriones es moralmente justificable,²⁷ se argumenta que esta investigación es moralmente defendible, ya que conducirá al descubrimiento de curas y terapias que pueden, a su vez, salvar muchas vidas y aliviar el sufrimiento humano.²⁸ Por tanto, persigue una finalidad éticamente correcta y valiosa.

En los debates seculares, abundan diversos puntos de vista sobre el estado moral de los embriones.²⁹ Para algunos, un embrión humano adquiere valor moral después de los catorce días siguientes a la fusión del espermatozoide y el óvulo e inclusive más tarde;³⁰ por tanto, resulta éticamente aceptable el uso de los mismos con fines de investigación hasta antes de ese punto, pues los embriones constituyen una simple masa celular, por lo que no tendría lugar alguna objeción moral para llevar a cabo la investigación con ellos.³¹

Coincido con los argumentos que apoyan la idea de que es moralmente defendible la investigación con embriones dentro de un plazo de catorce días, puesto que éstos no constituyen seres humanos o individuos que pueden poseer un estatus moral especial, sin embargo, si queremos atribuir algún valor moral a los mismos, qué mejor que sean utilizados para la investigación que muy probablemente ayudará a encontrar curas y tratamientos para enfermedades debilitantes y mortales.

En este contexto, la utilización de embriones criopreservados o sobrantes de las clínicas de reproducción *in vitro* también serían una excelente fuente para ser donados a la investigación, lo cual es éticamente defendible, puesto que será preferible usarlos para tratar a los enfermos de gravedad, en lugar de permitir que se conviertan en desperdicio biológico, sin tener en cuenta su valor para la investigación o uso terapéutico. Siguiendo el argumento de la utilidad social, también es moralmente justificable permitir

movimiento reaccionario para reformar las Constituciones locales que protegen la vida desde el momento de la concepción.

²⁷ Kenny, Anthony, “The Beginning of Individual Human Life”, *Daedalus*, vol. 137, 2008, pp. 15–22. Citado por Baldwin, Thomas, “Morality and Human Embryo Research”, *EMBO Reports*, vol. 10, 2009, pp. 299 y 300.

²⁸ Lanza, R. P. et al., “The Ethical Reasons for Stem Cell Research”, *Science*, vol. 292, 2001.

²⁹ Maienschein, Jane, *Whose View of Life?: Embryos, Cloning, and Stem Cells*, Massachusetts, Harvard University Press, 2003.

³⁰ Green, R. M., *The Human Embryo Research Debates: Bioethics in the Vortex of Controversy*, Oxford University Press, 2001.

³¹ Cohen, C. B., *Renewing the Stuff of Life: Stem Cells, Ethics, and Public Policy*, Oxford University Press, 2007.

la creación de embriones *in vitro* con fines terapéuticos y de investigación, ya que estas actividades pueden coadyuvar al desarrollo de terapias que son de beneficio para aquellos que sufren de enfermedades crónico-degenerativas, incurables y mortales.³²

En torno a la postura del uso de fetos formados hasta el catorceavo día, se sostiene que el desarrollo embrionario es un proceso mediante el cual se tienen que llevar a cabo diversas etapas para lograr la individualidad, descartar la gemelación y por tanto el estatus moral.³³ Los partidarios de esta posición argumentan que no es sino hasta el día catorce que la gemelación se puede descartar, y por tanto la individualidad está asegurada. Es también después de este punto en que se forma el primer surco nervioso en el embrión, a partir del cual el sistema y los órganos del cuerpo nervioso comienzan a crecer.³⁴ En resumen, los defensores de esta posición ética apoyan la idea de que nosotros debemos un cierto nivel de consideración moral a la fase inicial del desarrollo embrionario, pero no podemos otorgar el mismo nivel de protección que se concede a un ser humano.³⁵ Siguiendo esta postura, resulta fundamental mostrar debido respeto a los embriones humanos y no tratarlos de una manera frívola, sino con fines benéficos para la humanidad, como lo es la investigación científica.

En la realización de actividades de investigación con embriones para derivar células troncales, se deberá tener cierto cuidado y tratamiento con los embriones; así se garantizará un debido respeto que vaya a la par de los intereses científicos legítimos para el progreso del conocimiento.³⁶

El uso de embriones donados criopreservados y sobrantes de tratamientos de fecundación *in vitro*, además de la creación de embriones para fines de

³² Liras, Antonio, “Future Research and Therapeutic Applications of Human Stem Cells: General, Regulatory, and Bioethical Aspects”, *Journal of Translational Medicine*, vol. 8, p. 131.

³³ Steinbock, B., *Life Before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, 2a. ed., Oxford University Press, 2011.

³⁴ Para una explicación filosófica, la cual critica la concesión de un respeto especial para los embriones, véase Devolder, K. y Harris, J., “The Ambiguity of the Embryo: Ethical inconsistency in the Human Embryonic Stem Cell Debate”, *Metaphilosophy*, vol. 38, abril de 2007, pp. 16-31; Harris, J., “Stem Cells, Sex, and Procreation”, *Cambridge Quarterly of Health-care Ethics*, vol. 12, 2003, pp. 353-371.

³⁵ Robertson, J. A., “Human Embryonic Stem Cell Research: Ethical and Legal Issues”, *Nature Review Genetics*, 2001, pp. 74-78.

³⁶ Gibson, S., “Uses of Respect and Uses of the Human Embryo”, *Bioethics*, vol. 21, 2007, pp. 370-378. Un enfoque más atractivo con relación al respeto especial atribuido a los embriones se encuentra en Meyer, M. J., “Respecting What We Destroy: Reflections on Human Embryo Research”, *The Hastings Center Report*, vol. 31, 2001, pp. 16-23.

investigación, es éticamente justificable, ya que éstos pueden ser dignificados, a través de un uso útil en la medicina regenerativa.³⁷ El uso de embriones sobrantes de clínicas de fertilización asistida persigue dos objetivos. Por un lado, promete ayudar al desarrollo del conocimiento de la ciencia básica de investigación con células troncales, y por otro coadyuvará a desarrollar tratamientos y terapias de enfermedades incurables, incluyendo el importante desarrollo de conocimiento del desarrollo embrionario.³⁸ Los embriones *in vitro*, creados por la técnica que sea, resultan moralmente significativos debido a su potencial contribución al alivio del sufrimiento humano y el restablecimiento de la salud.³⁹ El fomento al conocimiento y descubrimiento de nuevas terapias son fines moralmente relevantes y loables que, a su vez, proporcionan apoyo sólido para el uso de embriones que, de otra manera, serían desechados.⁴⁰ Por tanto, lo que permite la donación y utilización de embriones sobrantes de las tecnologías de la reproducción *in vitro*, es que se utilicen de una manera éticamente correcta, puesto que es en beneficio del progreso científico y de la salud de la humanidad.⁴¹

La creación de embriones *in vitro* exclusivamente con fines de investigación se considera también éticamente correcta, ya que también puede contribuir al avance de la ciencia básica y sus aplicaciones clínicas, que pueden, a su vez, ayudar a erradicar enfermedades devastadoras.⁴²

³⁷ Cuestiones éticas relativas a las decisiones informadas y procedimientos adecuados para otorgar el consentimiento en la donación de embriones fecundados *in vitro* se abordan en Cohen, C. B. *et al*, “The Use of Fresh Embryos in Stem Cell Research: Ethical and Policy Issues”, *Cell Stem Cell*, vol. 2, 2008, pp. 416-421. Argumentos en contra del uso de embriones sobrantes derivados de procedimientos *in vitro* creados con fines de investigación se pueden encontrar en McLeod, C. y Baylis, F., “Donating Fresh Versus Frozen Embryos to Stem Cell Research: In Whose Interests?”, *Bioethics*, vol. 21, 2007, 465-477.

³⁸ Cohen, C. B., “Ethical and Policy Issues Surrounding the Donation of Cryopreserved and Fresh Embryos for Human Embryonic Stem Cell Research”, *Stem Cell Reviews and Reports*, vol. 5, 2009, pp. 116-122; Sandel, M. J., “Embryo Ethics-The Moral Logic of Stem-Cell Research”, *New England Journal of Medicine*, vol. 351, 2004, pp. 207-209.

³⁹ Douglas, T. y Savulescu, J., “Destroying Unwanted Embryos in Research”, *EMBO Reports*, vol. 10, 2009, pp. 307-312.

⁴⁰ Brock, D. W., “Creating Embryos for Use in Stem Cell Research”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 38, 2010, pp. 229-237; Devolder, K., “Creating and Sacrificing Embryos for Stem Cells”, *Journal of Medical Ethics*, vol. 31, 2005, pp. 366-370.

⁴¹ Wert, G. D., y Mummery, C., “Human Embryonic Stem Cells: Research, Ethics and Policy”, *Human Reproduction*, vol. 18, 2003, pp. 672-682.

⁴² La creación de embriones creados *in vitro* con el único objetivo de la investigación también genera riesgos socioéticos, ya que abre la puerta a la explotación potencial de mujeres vulnerables como proveedores de gametos, lo cual implica riesgos para la salud puesto que la hiperestimulación ovárica implica riesgos secundarios para las donantes, véase Baylis, F. y McLeod, C., “The Stem Cell Debate Continues: The Buying and Selling of Eggs for

En el contexto de la investigación en medicina regenerativa, la creación y el uso de embriones para la investigación actualiza su significación moral, ya que su utilización no es arbitraria. Por ejemplo, en el Reino Unido, si se aprueba un proyecto de investigación, se requiere demostrar que éste servirá para proporcionar valiosos conocimientos.⁴³ En la búsqueda de investigación ética en nuestro país, se deben de establecer protocolos de seguridad, transparencia y homologación de objetivos, con el fin de asegurarse que el diseño de los proyectos de investigación llevados a cabo con líneas celulares derivadas de embriones se haya creado exclusivamente con la finalidad de mejorar la salud humana.⁴⁴ Existe una amplia gama de justificaciones éticas para el uso de los embriones antes de los catorce días, mismas que se apoyan en los argumentos filosóficos más sofisticados, los cuales no han sido analizados en detalle en esta contribución, puesto que la exploración a profundidad de los mismos va más allá del modesto alcance de este espacio.⁴⁵

IV. REFLEXIONES FINALES: UNA BIOÉTICA LIBERAL PENSADA DESDE EL BIOCENTRO

Procurar el avance de la ciencia es un imperativo moral, apoyado en argumentos éticos y legales, concernientes a la libertad de investigación, tanto en ciencia básica como aplicada en materia de salud, y a la búsqueda del alivio al sufrimiento humano.

Research”, *Journal of Medical Ethics*, vol. 33, 2007, pp. 726-731. La creación de quimeras humano-animales se presenta como una medida alternativa para reducir el uso de óvulos de la mujer para las actividades de investigación con células troncales. Sin embargo, la creación de embriones mediante la mezcla entre especies con fines de investigación también esuestionado. En este punto, véase Hyun, I., “Ethical Standards for Human-to-Animal Chimera Experiments in Stem Cell Research”, *Cell Stem Cell*, vol. 1, 2007, pp. 159-163; Behringer, R., “Human-Animal Chimeras in Biomedical Research”, *Cell Stem Cell*, vol. 1, 2007, pp. 259-262; Karpowicz, P. et al., “Developing Human-Nonhuman Chimeras in Human Stem Cell Research: Ethical Issues and Boundaries”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, vol. 15, 2005, pp. 107-134; Baylis, F., “Animal Eggs for Stem Cell Research: A Path not Worth Taking”, *American Journal of Bioethics*, vol. 8, 2008, pp. 18-32.

⁴³ Curzer, H. J., “The Ethics of Embryonic Stem Cell Research”, *Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 29, 2004, pp. 533-562.

⁴⁴ Mertes, H. y Pennings, G., “Ethical Concerns Eliminated: Safer Stimulation Protocols and Egg Banking”, *The American Journal of Bioethics*, vol. 11, 2011, pp. 33-35 y “Oocyte Donation for Stem Cell Research”, *Human Reproduction*, vol. 22, 2007, pp. 629-634.

⁴⁵ Argumentos en contra de este punto, pueden encontrarse en Marquis, D., “The Moral-Principle Objection to Human Embryonic Stem Cell Research”, *Metaphilosophy*, vol. 38, 2007, pp. 190-206; *Human Cloning and Human Dignity: The Report of The President’s Council on Bioethics*, Nueva York, Public Affairs Reports, 2002.

El esbozo de posturas éticas que predominan en los debates sobre los dilemas del inicio y fin de la vida nos invita a reflexionar respecto del cómo, desde el ámbito filosófico, se podrían acomodar pensamientos divergentes para lograr consensos y compromisos políticos, como se propone en la obra del doctor Rodolfo Vázquez.

Sin embargo, es muy probable que ni a corto ni mediano plazo se logre convergencia sobre estos temas sensibles para algunos sectores de la sociedad, debido a la predominante influencia de la postura moral y ética de la doctrina católica más conservadora.⁴⁶

Rodolfo Vázquez ha presentado argumentos a favor de la adopción de una política de compromiso moral, de un equilibrio reflexivo, para facilitar y fomentar el progreso de una bioética liberal, al tener casos de estudio como el aborto, la investigación con embriones, la procuración de órganos y la eutanasia; esto con el objetivo de llegar a un acuerdo sobre algunos puntos comunes, es decir, admitiendo que cada parte tiene posturas éticas válidas respecto al estatus moral de los embriones, y tomando en consideración que la investigación con células troncales persigue un fin moralmente loable, a pesar de algunos de los medios que se necesitan utilizar para esta investigación.⁴⁷

Por otra parte, las posturas realizadas desde la academia por Rodolfo Vázquez en las que se muestra a favor de un “liberalismo igualitario y bioética laica”,⁴⁸ en nuestro país se han mostrado más activas en la promoción de diálogos laicos y plurales en relación a la investigación sobre células troncales.

Finalmente, los científicos, ciudadanos y reguladores deben participar en la deliberación pública en la que los diferentes puntos de vista éticos sean escuchados y considerados con la finalidad de lograr disensos, consensos y, en última instancia, el compromiso moral necesario. Este proceso de consulta pública debe llevarse a cabo con el fin de ajustar los puntos éticos

⁴⁶ Solbakk, J. H. y Holm, S., “The Ethics of Stem Cell Research: Can the Disagreements Be Resolved?” *Journal of Medical Ethics*, vol. 34, 2008, pp. 831 y 832; Brock, D. W., “Is a Consensus Possible on Stem Cell Research? Moral and Political Obstacles”, *Journal of Medical Ethics*, vol. 32, 2006, pp. 36-42. Por otra parte, posiciones optimistas respecto del gradual avance hacia perspectivas más permisivas respecto de la investigación con embriones, las podemos encontrar en Robertson, J. A., “Embryo Stem Cell Research: Ten Years of Controversy”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 38, 2010, pp. 191-203.

⁴⁷ Nos referimos a la ponderación de valores y beneficios para la sociedad.

⁴⁸ Una lectura racional en la deliberación pública, igualitaria y laica en pro de la consolidación de los derechos humanos es abordada en Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos: una lectura liberal igualitaria*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, ITAM-Instituto de Actualización en Derecho, 2015.

acordados en cualquier medida política o legislativa que guíe las actividades relacionadas a la investigación. En la actualidad, llegar a consensos éticos y legales respecto de estos temas en México resulta toral.

En consecuencia, tendrán que convivir los principios éticos que dan los cimientos para que toda la sociedad pueda estar en armonía, frente a un biocentrismo que nos obliga a observar y actuar en congruencia con el medio que nos rodea.

EL EQUILIBRIO REFLEXIVO EN EL PENSAMIENTO BIOÉTICO DE RODOLFO VÁZQUEZ*

Javier ORTIZ FLORES**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Actitudes fundamentales de Vázquez.* III. *El equilibrio reflexivo en Rawls.* IV. *El equilibrio reflexivo en el pensamiento bioético de Vázquez.* V. *Consideraciones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

Supóngase que una paciente con un cierto y determinado trastorno mental le cuenta a su psiquiatra que está resuelta a privar de la vida a su ex pareja, incluso que ha adquirido los instrumentos para hacerlo; la paciente está próxima a ser dada de alta del hospital en unas cuantas horas. Dado que la psiquiatra tiene un deber de confidencialidad con su paciente, ¿puede válidamente dar aviso a la autoridad invocando la obligación moral de evitar un daño?¹ O bien, considérese el caso de una mujer adulta que tiene un diagnóstico de trastorno bipolar y que aparentemente ha sufrido una recaída, pero se niega rotundamente a prestar su consentimiento para que sea ingresada y valorada en el servicio de urgencias de un hospital psiquiátrico (una institución pública de salud mental de tercer nivel),² cuando su madre, que conoce más que na-

* Es para mí un gran honor contribuir a esta obra como un homenaje más que merecido al doctor Rodolfo Vázquez, amigo generoso, filósofo y maestro, quien ha sido para mí una fuente constante de inspiración. Sólo me ocuparé de un aspecto particular de su vasta y rica producción filosófica.

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

¹ Este caso parece fácil, ya que el principio de confidencialidad tiene excepciones, pero confluyen varios principios, véase *Tarasoff v. Regents of The University of California*, 17 Cal.3d 425; Platts, Mark, *Sobre usos y abusos de la moral. Ética, vida, sociedad*, México, UNAM-Paidós, 1999, p. 124.

² Supóngase que uno de los requisitos de hospitalización es el “consentimiento informado firmado por el paciente, el familiar responsable y el médico que solicita el internamiento”, disponible en <http://www.inptrf.gob.mx/clinicos/hospital.html>.

die de su trastorno, considera que debe ser examinada aun en contra de la voluntad de su hija. En las circunstancias del caso, ¿cabe sostener válidamente que el paternalismo justificado puede prevalecer sobre la autonomía personal? Si la respuesta es afirmativa, quien invoca el paternalismo justificado tendría la carga argumentativa. O para tomar un ejemplo real, no hipotético como los anteriores, considérese la decisión de la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-182/16,³ en la que determinó *inter alia* que el consentimiento sustituto para realizar esterilizaciones quirúrgicas tiene un carácter excepcional y sólo procede en casos en que la persona no pueda manifestar su voluntad libre e informada; lo anterior frente a quienes consideran que el consentimiento sustituto en cualquier caso es violatorio del derecho internacional de los derechos humanos.⁴

En los casos anteriores y, en general, en cualquier otro que se plantee en el ámbito de la bioética, la solución que ha de darse debe ser una solución justificada, es decir, bien argumentada, si tenemos en cuenta que el razonamiento bioético, en último análisis, incluye, entre otros aspectos, la justificación y ponderación de ciertos principios en conflicto en casos concretos.

Son cuestiones difíciles. En el ámbito del derecho o de la bioética, al tratarse de problemas de conflictos entre principios, en muchos de los casos que se presentan no hay soluciones predeterminadas, sino que es necesario realizar ponderaciones racionales, a menos que existan reglas directamente aplicables al caso concreto, reglas generadas, a su vez, por una ponderación.

Este trabajo tiene por objeto explicar el papel que el concepto de “equilibrio reflexivo” desempeña en el pensamiento ético —o bioético— de Rodolfo Vázquez. Particularmente, pretendo mostrar que la discusión metodológica abierta por Vázquez al emplear la noción de equilibrio reflexivo constituye una importante aportación para abordar adecuadamente problemas morales prácticos en el ámbito de la bioética.

El trabajo está estructurado en la siguiente forma: en primer lugar, señalaré algunas de las actitudes fundamentales de Vázquez como persona y filósofo, relevantes para el tema; en segundo lugar, pretendo explicar la forma en que Rawls introduce el concepto de equilibrio reflexivo; en tercer lugar, abordaré el papel del método del equilibrio reflexivo en el pensamiento

³ Emitida el 13 de abril de 2016.

⁴ Los ejemplos anteriores tienen un aspecto común que cabe destacar: las enfermedades mentales son altamente estigmatizadas, pues reinan altos niveles de ignorancia y ficción, tanto por parte de la sociedad en su conjunto, el cine y los medios de comunicación como de familiares, empleadores y trabajadores de la salud. Cf. Platts, Mark, *Sobre usos y abusos de la moral...*, cit., pp. 117 y 124.

bioético de Vázquez y, finalmente, en cuarto lugar, expondré las reflexiones propias que la lectura del trabajo de nuestro filósofo ha suscitado.

II. ACTITUDES FUNDAMENTALES DE VÁZQUEZ

En lo concerniente a las actitudes fundamentales de Vázquez, es preciso señalar que es consustancial a su persona la promoción de la discusión racional en el análisis de las cuestiones jurídicas, políticas y morales. Esta característica ha permeado su producción filosófica y articulado una entusiasta vocación pedagógica modelo, que han ejercido una enorme influencia y estimulado a innumerables estudiantes y colegas en la filosofía del derecho y la ética en el mundo latino.

En particular, Vázquez ha asumido un “racionalismo crítico” basado en la objetividad de la experiencia y en la apertura al diálogo crítico, lo que entraña la discusión razonada de argumentos y la disposición a retirar creencias cuando existan buenas razones para hacerlo. Al efecto, se apoya en Popper, a quien cita con aprobación. En las palabras de Vázquez:

Contra el absolutismo moral es necesario sostener la posibilidad de un control racional de nuestras creencias y, por lo tanto, invalidar cualquier argumento de autoridad aceptado dogmáticamente. A este respecto, nadie mejor que Popper ha visto con claridad la necesidad de anteponer a todo autoritarismo dogmático un racionalismo crítico fundado en la objetividad de la experiencia y en la disposición al diálogo crítico, lo que implica la confrontación de argumentos y la disponibilidad para abandonar las creencias cuando existen razones fundadas para hacerlo.⁵

Esas características permiten a Vázquez rechazar el autoritarismo dogmático; el absolutismo moral y su metodología asociada, el “deductivismo moral”, ya sea a partir de intuiciones metafísicas, o bien de verdades autoevidentes o reveladas.⁶ Vázquez sostiene:

Con respecto al deductivismo... éste consiste en emplear la verdadera teoría y los principios, junto con los hechos empíricos relevantes en su aplicación, para deducir lógicamente la conclusión moral correcta para el caso o la política en cuestión. El problema es que no existe tal teoría moral comprensiva

⁵ Vázquez, Rodolfo, “Teorías, principios y reglas. Reflexiones desde la bioética”, en Platts, Mark (comp.) *Conceptos éticos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2006, p. 443.

⁶ *Idem*.

con la que todos estén de acuerdo y que pueda ser aplicada deductivamente a las diversas situaciones. El deductivismo sería, finalmente, el método de razonamiento moral propio de las teorías fundacionalistas. Otro nombre para el absolutismo moral...⁷

Dicho en términos generales,⁸ el equilibrio reflexivo es un método en el que se ponen a prueba principios a la luz de ciertos juicios sobre casos particulares, pero también se ponen a prueba ciertos juicios acerca de casos particulares a la luz de principios.

De acuerdo con el equilibrio reflexivo, no hay premisas autoevidentes y, si bien podemos tener creencias más firmes que otras, no hay creencias privilegiadas, sino que todas tienen el mismo estatus y están sujetas a revisión.⁹

Acorde con lo anterior, no resulta extraño ni una excentricidad que Vázquez haya recurrido al concepto de equilibrio reflexivo, ya que constituye un método que se compadece bien con sus posturas fundamentales, particularmente, la de rechazar cualquier forma de dogmatismo y, por lo tanto, la necesidad de justificar racionalmente cualquier decisión tomada para resolver un problema práctico-moral.

En efecto, si el concepto de equilibrio reflexivo desempeña un papel importante en una teoría de la justificación de los principios y juicios, como es el caso, el empleo de dicho término encaja bien en el pensamiento de Vázquez.

Lo anterior, porque —en mi concepto— es un método que puede ser fructífero y puede servir, al menos, en ciertos tipos de casos para arrojar creencias justificadas.

Ciertamente, como dice McMahan,¹⁰ mucho de lo que se hace en ciertas áreas de la ética práctica, como la bioética, no sólo es escrito por personas que carecen de pericia o dominio de la medicina o de políticas sanitarias, sino que su argumentación moral tiene estándares de rigor “deplorablemente bajos” y, además, se advierte sólo un conocimiento superficial de la ética normativa, cuando no puede haber un sólido razonamiento en la ética práctica sin poseer un conocimiento profundo de las cuestiones teóricas en la ética normativa.

En efecto, los filósofos, frecuentemente, al discutir cuestiones de filosofía práctica, si es que lo hacen, adoptan implícitamente algún método sin

⁷ *Idem.*

⁸ *The Oxford Dictionary of Philosophy*, Oxford University Press, 2005, p. 312.

⁹ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, p. 21.

¹⁰ *Oxford Philosophy 2015*, Oxford, Faculty of Philosophy, s. f., p. 16.

ninguna discusión metodológica explícita. En contraste, una de las virtudes del trabajo de Vázquez es que, con independencia de los méritos de sus propuestas éticas o bioéticas de fondo —en todo caso discutibles— aborda, desde un punto de vista metodológico, expresamente el enfoque del equilibrio reflexivo en relación con las teorías morales, los principios y las reglas, en el contexto del análisis y discusión de un conjunto de cuestiones de filosofía práctica relativas a las condiciones que han de tener dichas teorías y pautas normativas para ser pertinentes en la toma de decisiones de jueces y otros funcionarios, así como en los comités gubernamentales, especialmente en los comités de ética hospitalarios, para tratar problemas como los descritos en el párrafo inicial.

Acerca de la importancia del equilibrio reflexivo, Gilbert Harman ha identificado como una de las tendencias principales en la filosofía moral y política, en los últimos 50 años, el rechazo de un tipo de fundacionismo, que denomina “fundacionismo especial” que,¹¹ entre otras tesis, sostiene la existencia de creencias autoevidentes y, en lugar de ello, adopta en forma generalizada, en diversos ámbitos de la filosofía, el método del equilibrio reflexivo de Rawls.¹² Específicamente, en el ámbito de la bioética, algunos autores como Vázquez han suscrito explícitamente el método del equilibrio reflexivo.

Rawls introdujo ese concepto en la teoría moral como un método según el cual se ajustan mutuamente juicios particulares y principios en un intento

¹¹ Harman distingue entre un “fundamentalismo especial” y un “fundamentalismo general”. En el “fundamentalismo especial” se distingue, a su vez, entre creencias fundamentistas y creencias no fundamentistas. Las primeras se supone que son autoevidentes o encuentran su fundamento directamente en la experiencia, en tanto que las segundas, las creencias no fundamentistas, supuestamente sólo están justificadas si se apoyan en otras creencias justificadas. De igual forma, el “fundamentalismo especial” traza una distinción entre métodos de razonamiento fundamentistas (supuestamente justificados en forma autoevidente o directamente) y métodos de razonamiento no fundamentistas (indirectamente justificados). Según el “fundamentalismo especial”, las creencias y métodos no fundamentistas sólo pueden estar justificados si se derivan de premisas especiales fundamentistas y conforme a métodos especiales fundamentistas. “Las creencias y métodos fundamentistas —dice Harman— eran fundamentistas en el sentido de que debemos comenzar con ellas y justificar todo lo demás en términos de aquellas creencias y métodos. Eran especiales en que la mayoría de nuestras creencias y métodos no son fundamentistas”. En cambio, para el “fundamentalismo general” todas las creencias y métodos actuales de una persona son igualmente fundamentistas en cuanto que “son las creencias y métodos a partir de los cuales debe comenzar el proceso justificatorio”. Harman, Gilbert, “Three Trends in Moral and Political Philosophy”, p. 2, disponible en <https://pdfs.semanticscholar.org/b7f4/4fa1bee154be65d502b27f777df0768d924.pdf> (consultado el 31 de diciembre de 2016).

¹² *Ibidem*, p. 1.

de alcanzar un equilibrio reflexivo.¹³ No obstante, el proceso de ajuste mutuo entre principios y “juicios considerados” no es propio de la filosofía moral, sino que se remonta a la obra *Fact, Fiction and Forecast* de Nelson Goodman, que lo aborda en relación con los principios inferenciales deductivos e inductivos.¹⁴

Siguiendo a Harman,¹⁵ se puede decir que, mediante el proceso de equilibrio reflexivo, corregimos intuiciones dotadas de cierta credibilidad inicial acerca de situaciones particulares y corregimos nuestros principios generales haciéndolos más coherentes con nuestros juicios respecto a casos concretos. Avanzamos, mediante un proceso de ajuste de unos y otros elementos, procurando alcanzar el ideal de llegar a tener un conjunto de opiniones particulares y juicios generales que resulten completamente acordes entre sí.¹⁶ Ciertamente —como observa Harman— el método es *conservador* en el sentido de que partimos de nuestras creencias actuales y tratamos de introducir el menor cambio que sea compatible con la coherencia de nuestra visión.¹⁷

De igual forma, continúa Harman,¹⁸ Rawls, al sostener la idea de equilibrio reflexivo, rechaza el fundacionismo especial y, en su lugar, defiende un fundacionismo general en el sentido de que todas las creencias de una persona se encuentran, por así decir, en pie de igualdad. Lo anterior es así porque, como se verá, Rawls rechaza la idea de autoevidencia (no hay premisas ni principios evidentes) y, si bien podemos tener creencias más firmes que otras, no hay creencias privilegiadas, sino que todas tienen el mismo estatus y están sujetas a revisión; y, si bien puede haber puntos fijos provisionales, no hay puntos fijos *a priori*.¹⁹

Es preciso formular una advertencia antes de continuar. Cuando hablo del equilibrio reflexivo como un método que se utiliza en la ética práctica, particularmente en la bioética, no suscribo la idea de un conjunto de reglas precisas, fijas y generales que, a modo de receta o de un algoritmo infalible, permiten obtener ciertos resultados.²⁰

¹³ Rawls, John, *A Theory of...*, cit., nota 20, p. 20.

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Harman, Gilbert, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Pereda, Carlos, “Sobre metodología”, p. 1, disponible en <http://www.posgrado.unam.mx/sites/default/files/2016/03/0302.pdf> (consultado el 31 de diciembre de 2016).

En esa línea, no cabe usar el singular o el artículo determinado cuando se habla de “método” o “metodología”. No hay que caer en lo que Peñeda denomina las “metodolatrías fuertes o débiles” que sucumben a las tentaciones de certeza e indolencia, respectivamente.²¹ Las cosas son más complejas, ya que *v. g.* la actividad de investigación científica o la toma de decisiones en un ámbito judicial incluyen, entre otros aspectos, una socialización en ciertos contextos institucionalizados, que implican prácticas argumentativas. Dichos entornos están constituidos por una doble tradición de racionalidad: la teórica y la práctica, así como el aprendizaje de ciertas reglas procedimentales y virtudes intelectuales (*v. g.* la obtención de la verdad) o epistémicas (evitando los respectivos vicios epistémicos).

Al respecto, es importante observar que Rawls señala expresamente que las posiciones institucionales de los jueces, entre otros operadores, están diseñadas de tal forma que incluyan condiciones que favorezcan el ejercicio de las virtudes judiciales, entre ellas, la imparcialidad y la prudencia que hacen que sus decisiones, según lo permita cada caso, se aproximen a constituir juicios razonados.²²

III. EL EQUILIBRIO REFLEXIVO EN RAWLS

En el presente apartado pretendo explicar la forma en que Rawls introdujo la noción de equilibrio reflexivo en *Teoría de la justicia*, en la medida en que ello permita comprender dicha noción para los efectos del presente trabajo. Al efecto, concentraré el foco de mi atención particularmente en las secciones 4 y 9 del texto.

Invocando una discusión precedente de Nelson Goodman, Rawls describe un “proceso de ajuste mutuo de principios y juicios considerados” cuyo propósito es alcanzar un estado que denomina “equilibrio reflexivo”.²³

Rawls distingue las dos siguientes tareas: *i)* una “interpretación” de la situación inicial y el problema de la elección de los principios de justicia en la posición inicial, y *ii)* la elección de los principios mismos que serán materia de acuerdo. Rawls introduce la noción de equilibrio reflexivo al abordar el tema de la posición original y su justificación.

Las concepciones de justicia tienen que clasificarse en función de su aceptabilidad por las personas en las circunstancias de la posición inicial.

²¹ *Idem*.

²² Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, trad. Andrés de Francisco, Barcelona, Paidós, pp. 55 y 56.

²³ *Ibidem*, nota 20, p. 20.

Entendido de esta forma el problema de la justificación se resuelve mediante la solución a un problema de deliberación. Rawls sostiene que “tenemos que determinar cuáles principios sería racional adoptar dada la situación contractual”.²⁴ Así, según Rawls, hay una conexión entre la teoría de la justicia y la teoría de la elección racional.

Si lo anterior es así, arguye Rawls, debe describirse con algún grado de detalle la naturaleza del problema de la elección. Un problema de decisión racional tiene una “respuesta definida” sólo si conocemos ciertas cosas, tales como las creencias e intereses de las partes, las alternativas por escoger y el procedimiento mediante el cual tomarán su decisión. Según se presenten las circunstancias, se aceptarán diferentes principios respectivamente. El concepto de la posición original que Rawls propone corresponde, según sostiene, a la interpretación que filosóficamente tenga más respaldo de esta situación inicial de elección para los propósitos de una teoría de la justicia.

Pero ¿con qué criterio ha de juzgarse cuál es la interpretación más adecuada? Rawls asume que existe un amplio consenso de que los principios de justicia deberían escogerse bajo ciertas condiciones.²⁵ Para justificar una descripción particular de la posición inicial, uno muestra que hace suyas estas “presunciones ampliamente compartidas”.²⁶ Es natural pensar que uno razona a partir de premisas generalmente aceptadas, aunque débiles, para arribar a conclusiones más específicas.²⁷ Cada una de las presunciones debería ser, por sí misma, natural y plausible; aunque algunas de ellas puedan parecer inocuas o triviales. El propósito del “enfoque contractual” radica en establecer que “tomadas conjuntamente imponen condiciones significantes sobre los principios de justicia aceptables”. Idealmente, el resultado es que esas condiciones determinen un conjunto singular de principios; sin embargo, para Rawls, es suficiente con que permitan clasificar las principales concepciones tradicionales de justicia social.²⁸

¿Qué clase de restricciones impone Rawls a los argumentos de justicia y a los principios la misma? Estas limitantes razonables constituyen lo que Rawls denomina el “velo de la ignorancia”. Las condiciones son, en esencia, las siguientes:²⁹

²⁴ *Ibidem*, p. 17.

²⁵ *Ibidem*, p. 18.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Idem*.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*.

- Nadie debería estar en ventaja o desventaja por razones de la “fortuna natural” o de las circunstancias sociales en la elección de principios
- Nadie puede válidamente diseñar principios a las circunstancias del caso de uno mismo
- Debería garantizarse que las inclinaciones y aspiraciones particulares de uno, así como las concepciones de las personas sobre el bien no afecten los principios que se adopten

Entonces, el propósito sería determinar que aquellos principios que, si bien sería racional proponer para su aceptación dado el conocimiento que uno posee de ciertas cosas, por más baja que sea la probabilidad de tener éxito, “sean indiferentes desde el punto de vista de la justicia”.³⁰ Por ejemplo, si una persona supiera que es acaudalada, sería racional para él defender el principio de que las contribuciones progresivas resultan injustas. De ahí que se justificaría privarlo de esa información. Para representar las restricciones adecuadas, uno imagina una situación en la que todos están privados de esta clase de información y así se llega naturalmente al velo de la ignorancia.³¹

La idea es que cualquier persona pueda acceder a la posición original en cualquier momento, simplemente siguiendo un determinado procedimiento consistente en arribar a los principios de justicia adecuados de conformidad con restricciones de información mencionadas.³²

La premisa de Rawls es que los principios de justicia son el resultado de una deliberación racional de un conjunto de individuos. En la posición original todas las partes contratantes son iguales: todas están en pie de igualdad en el procedimiento para escoger principios: tienen los mismos derechos procedimentales, tales como formular propuestas o someter razones para su aceptación. Estas condiciones tienen como propósito representar la “igualdad entre seres humanos como personas morales” y capaces de “un sentido de justicia”.³³ La base de la igualdad se entiende como semejanza en un doble aspecto: los sistemas valorativos no están clasificados y se presume que cada persona tiene la capacidad necesaria para entender y actuar por cualquier principio que se adopte.

³⁰ *Idem.*

³¹ *Ibidem*, p. 19.

³² *Idem.*

³³ *Idem.*

Pues bien, de acuerdo con Rawls, las condiciones anteriores, en conjunción con el velo de la ignorancia, definen los principios de justicia como aquellos que “personas racionales ocupadas en avanzar sus intereses e iguales consentirían en acordar, cuando nadie se sabe en ventaja o desventaja por contingencias sociales y naturales”.³⁴

No obstante, para Rawls³⁵ hay otra vertiente para justificar una descripción particular de la posición inicial y es aquí en donde introduce, en la sección 4, la noción de equilibrio reflexivo. Esta ruta consiste en determinar si los principios que se escogerían concuerdan con nuestros “juicios considerados” sobre la justicia.³⁶ En este proceso podemos advertir si la aplicación de tales principios nos conduciría a la formulación de los mismos acerca de la estructura básica de la sociedad que ahora especificamos intuitivamente y en los cuales tenemos una enorme confianza, o bien si, en los casos en que nuestros juicios son dudosos o vacilantes, los principios ofrecen una solución que podemos sostener reflexivamente.

Ciertamente, hay cuestiones que nos sentimos seguros en la respuesta que debe darse. Así, para poner los ejemplos de Rawls, no vacilamos en afirmar que la esclavitud,³⁷ la intolerancia religiosa y la discriminación racial son injustas. Llegamos a pensar que son así, tras un examen que consideramos cuidadoso y como resultado de un juicio que estimamos imparcial (improbable de ser distorsionado por el autointérés). Éstas son convicciones que constituyen “puntos fijos provisionales” con los cuales cualquier concepción de la justicia debe concordar.³⁸ Como dice Rawls:³⁹ “Algunos juicios los entendemos como puntos fijos: los que nunca esperamos abandonar”.

Obsérvese que, de acuerdo con lo anterior, incluso las convicciones que parecen más firmes están sujetas a revisión. Sin embargo, ¿estaríamos dispuestos a cambiar nuestro juicio en el sentido de que la esterilización forzada de mujeres diagnosticadas con una enfermedad mental (por ejemplo, trastorno bipolar) es una imposibilidad moral?⁴⁰

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

³⁷ Sobre el particular, Rawls cita a Lincoln: “Si la esclavitud no es mala, nada es malo”. Rawls, John *La justicia como equidad. Una reformulación...*, cit., p. 55.

³⁸ Rawls, John, *A Theory of...*, cit., p. 20.

³⁹ Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación...*, cit., p. 55.

⁴⁰ El caso *Buck v. Bell*, 274 U. S. 200 (1927) parece una decisión moralmente ominosa. La Corte Suprema de Estados Unidos reconoció la validez de una ley del Estado de Virginia que permitía la esterilización forzada de mujeres con alguna enfermedad mental. El juez Holmes escribió la opinión por la mayoría, que contiene uno de los pasajes más citados del juez Holmes: la prevención de la procreación por degeneradas beneficiaría a la sociedad,

No obstante, en relación con otras cuestiones, como la correcta distribución de la salud y la medicina —relevantes para nuestro tema— nos sentimos menos confiados. De ahí que busquemos una forma de eliminar nuestras dudas. La sugerencia de Rawls consiste en contrastar los principios a los que se arriba racionalmente en la situación inicial con nuestras convicciones intuitivas sobre la justicia. Rawls sostiene que “podemos verificar una interpretación de la situación inicial, entonces, por la capacidad de sus principios de acomodar nuestras convicciones más firmes y proporcionar guía ahí donde se requiere”.⁴¹

Rawls describe este proceso de búsqueda de la descripción más adecuada de la situación inicial como un trabajo desde ambas perspectivas o “metas”.⁴² ¿Qué quiere decir Rawls por “trabajo desde ambas metas”? Doy la siguiente respuesta provisional: poner a prueba los principios de justicia a los que se arriba racionalmente en la situación inicial y poner a prueba nuestros juicios, convicciones o intuiciones cotidianos sobre la justicia. Rawls distingue varios pasos: en primer lugar, comenzamos por describir la situación inicial de tal forma que represente condiciones generalmente compartidas y preferentemente débiles; en segundo lugar, nos preguntamos si las condiciones iniciales son lo suficientemente fuertes para generar un conjunto significativo de principios. Si la respuesta es no, entonces buscamos otras premisas igualmente razonables. Si la respuesta es sí, es decir, si los principios concuerdan con nuestras convicciones consideradas como justas, entonces hasta aquí, todo está bien. Pero en caso de discrepancias tenemos que hacer una elección: o bien podemos modificar la descripción de la situación inicial, o bien podemos revisar nuestros juicios existentes, pues, como se dijo, aun los juicios que tomamos como “puntos fijos” son revisables. Este proceso de revisión puede conducirnos a un estado de cosas entre principios e intuiciones que Rawls denomina “equilibrio reflexivo”. En un párrafo célebre, señala:

...algunas veces modificando las condiciones de las circunstancias contractuales, en otras retirando nuestros juicios y acomodarlos a principios, asumo que oportunamente encontraremos una descripción de la situación inicial que exprese condiciones razonables y genere principios que armonicen con

porque “[tres] generaciones de imbéciles son suficientes” (p. 207). Este caso ofrece, por cierto, un argumento decisivo en favor de un escrutinio estricto de ideas basadas en prejuicios o en ciencia falsa; *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*, Hall, Kermit L. (ed.) Nueva York, Oxford University Press, 2000, p. 39.

⁴¹ Rawls, John, *A Theory of..., cit.*, p. 20.

⁴² *Idem*.

nuestros juicios debidamente depurados y ajustados. Me refiero a este estado de cosas como equilibrio reflexivo.⁴³

Como señala Rawls,⁴⁴ es un equilibrio porque “finalmente nuestros principios y juicios coinciden” y es reflexivo porque, llegamos a saber a cuáles principios se ajustan nuestros juicios, así como a identificar las premisas relevantes, como resultado de un examen racional que involucra la revisión y ajuste de nuestras creencias e intuiciones, así como la retractación de juicios formulados.

Es importante señalar que Rawls distingue entre el equilibrio reflexivo estricto (ERE) y el equilibrio reflexivo amplio (ERA),⁴⁵ en el entendido de que, para Rawls, el concepto importante —y más fructífero— es el de ERA.⁴⁶ Una persona cualquiera, cuando acepta una concepción de justicia y el resto de sus juicios armonizan con ella, se dice que está en ERE, ya que, si bien hay una concordancia entre sus convicciones generales, los principios y los juicios particulares, y se buscaba una concepción de justicia que exigiera el menor número de cambios (revisiones) compatibles con la consistencia, esa persona no tomó en cuenta las concepciones alternativas de la justicia ni la fuerza de los argumentos que las respaldan.⁴⁷

En contraste, Rawls entiende por “equilibrio reflexivo amplio” al estado alcanzado “cuando la persona ha considerado cuidadosamente las concepciones alternativas de la justicia y la fortaleza de los distintos argumentos a su favor”.⁴⁸ Concretamente, en el caso de la teoría de la justicia, la persona ha evaluado las principales concepciones de la justicia que se encuentran en la tradición filosófica, incluidas las visiones críticas sobre el propio concepto de justicia, y ha evaluado la fuerza de los diferentes argumentos filosóficos y *no filosóficos* en su favor. En el ERA, aunque las convicciones generales, los principios y los juicios particulares también concuerdan, el equilibrio es amplio, puesto que le han precedido una reflexión de largo aliento y, posiblemente, muchas revisiones y cambios, habida cuenta de que el ERA puede tener como *inputs* no sólo argumentos filosóficos, sino también argumentos y teorías empíricas.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ Rawls observa que esta distinción se encontraba en su *Teoría de la Justicia*, pero desgraciadamente los términos “estricto” y “amplio” no se emplearon allí. Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación...*, cit., p. 57.

⁴⁶ Rawls, John, *A Theory of...*, cit., p. 49.

⁴⁷ Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación...*, cit., p. 57.

⁴⁸ *Idem.*

No obstante, Rawls aclara que el equilibrio no es necesariamente estable, ya que es susceptible de alterarse por un examen adicional de las condiciones que deberían imponerse en la situación inicial y por la existencia de casos particulares que pueden llevarnos a revisar nuestros juicios.⁴⁹ Sin embargo, dice Rawls, hemos hecho lo que podemos para hacer “coherentes” y justificar nuestras convicciones sobre la justicia social.⁵⁰

A continuación, es necesario tener en cuenta algunas precisiones que Rawls realiza y que son claves para entender el método del ERA:⁵¹

- No es un proceso que vaya a desarrollar realmente, pero estima que la interpretación de la posición original que presenta es resultado de semejante “curso hipotético de reflexión”.
- Constituye el intento de acomodar dentro de un esquema tanto restricciones filosóficamente razonables sobre los principios como nuestros juicios considerados o razonados de justicia.
- En el proceso no se apela en momento alguno a la autoevidencia en el sentido tradicional, ya sea de concepciones generales, o bien de convicciones particulares. Así, los principios de justicia propuestos no son verdades necesarios ni se derivan de tales verdades. Rawls sostiene que “una concepción de justicia no puede deducirse de premisas o condiciones evidentes sobre principios; en lugar de ello, la justificación es cuestión del apoyo mutuo de muchas consideraciones, de que todo ajuste armónicamente en una visión coherente”.⁵²

Así, Rawls, en su argumento en favor del equilibrio reflexivo recurre reiteradamente a la idea de coherencia, que ha sido fuente de diversas críticas. Al respecto, es preciso señalar, con Harman, que el fundamentalismo general que caracteriza la posición de Rawls ciertamente es semejante en algunos aspectos a la teoría coherentista de la justificación, pero también se opone a ella en otros aspectos, ya que, en general, de acuerdo a la misma, no hay creencias ni métodos fundamentalistas; sino que lo decisivo es que todas las creencias y métodos se justifiquen en términos de coherencia con otras creencias y métodos que una persona suscribe, en tanto que el fundamentalis-

⁴⁹ Rawls, John, *A Theory of...*, cit., pp. 20 y 21.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 21.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Idem*. De igual forma, Rawls afirma: “La concepción política más razonable para nosotros es la que mejor cuadra con todas nuestras *convicciones razonadas tras reflexión* y las organiza en una visión coherente”; Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación...*, cit., p. 58. Énfasis añadido.

mo general trataría a todas las creencias y métodos (inferenciales) por igual como fundacionales en un sentido; sólo requerirían de justificación cuando entrasen en conflicto.

Los “juicios considerados” son aquellos que favorecen un ejercicio sin distorsiones de nuestras capacidades morales. Los juicios considerados son resultado de una selección razonable y no arbitraria, como la que se puede hacer en otros ámbitos, en la que descartamos *v. g.* aquellos juicios formulados dudosamente o con vacilación, o bien aquellos emitidos cuando estamos alterados o en una posición tal que pretendamos obtener una ventaja de una u otra forma. Los juicios considerados, afirma Rawls, son “simplemente aquellos emitidos en condiciones favorables para el ejercicio del sentido de la justicia y, por lo tanto, en circunstancias en las cuales no se presentan las excusas y explicaciones más comunes para cometer un error”.⁵³ Los juicios considerados propician la deliberación y el juicio en general.

Rawls explica la necesidad de la idea de equilibrio reflexivo, en lo que interesa: en primer lugar, sostiene que, al describir nuestro sentido de justicia, no se descarta la probabilidad de que los juicios considerados puedan estar sujetos a ciertas fallas a pesar de emitirse —por definición— en las condiciones más favorables. El equilibrio reflexivo es crucial en la aceptación de una explicación del sentido de justicia. Una persona puede verse tentada a aceptar una explicación intuitivamente atractiva de su sentido de justicia y, consecuentemente, proceder a revisar sus juicios para que se adapten a sus principios, aun cuando la teoría (de la justicia) no se adapte precisamente a sus juicios existentes. Sin embargo, desde el punto de vista (provisional) de la filosofía moral, la mejor explicación del sentido de justicia de una persona no es ésa, es decir, aquella que concuerde mejor con sus juicios antes de considerar cualquier concepción de justicia, sino más bien “aquella otra que corresponda a sus juicios tras un equilibrio reflexivo”. Así, el estado de equilibrio reflexivo supone que una persona ha ponderado varias concepciones de justicia “o bien ha revisado sus juicios para ajustarlos a uno de ellos, o bien se ha mantenido fiel a sus convicciones iniciales (y a la concepción correspondiente)”.⁵⁴

Rawls aclara que la filosofía moral se interesa en la interpretación del equilibrio reflexivo que considera no sólo las descripciones que corresponden a nuestros juicios existentes, sino aquella otra que tiene en cuenta “todas las descripciones posibles a las cuales podemos adecuar nuestros juicios,

⁵³ Rawls, John, *A Theory of...*, cit., pp. 47 y 48.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 48.

junto con todos los argumentos filosóficos pertinentes”.⁵⁵ Lo anterior, en el entendido, aclara Rawls, que, aun cuando sea posible alcanzar una definición correcta, no es posible examinar cada uno de ellos. Por esa razón, Rawls se limita a analizar las concepciones de la justicia que son familiares por “la tradición de la filosofía moral” y algunas otras.

IV. EL EQUILIBRIO REFLEXIVO EN EL PENSAMIENTO BIOÉTICO DE VÁZQUEZ

A continuación, procedo a considerar el equilibrio reflexivo en la bioética de Vázquez. La bioética de Vázquez es, entre otros rasgos, reflexiva y pluralista; es reflexiva, en parte, por su empleo del equilibrio reflexivo.

El enfoque de mi atención se centra en el trabajo de Vázquez titulado “Teorías, principios y reglas. Reflexiones desde la bioética”,⁵⁶ en donde el autor propone una vía media, que denomina la del “filósofo de la tercera vía”, que se sitúa en un ámbito de principios y reglas, entre las teorías generalistas, en un extremo, y las teorías particularistas en bioética, por otro, y, por lo tanto, objeta el universalismo principalista rígido y el particularismo relativista.

Las cuestiones que Vázquez se plantea en el citado ensayo las formula mediante las siguientes tres preguntas:

- “¿Deben considerarse las teorías éticas y los principios y reglas normativos relevantes para orientar la actividad de los legisladores, de los jueces, del personal sanitario, de los funcionarios... de la salud?”⁵⁷

Si la respuesta es sí:

- “¿Qué tipo de teorías y qué características deben reunir tales principios y reglas para resultar pertinentes?”.⁵⁸
- “¿Cuál es, en definitiva, el lugar de la filosofía en las decisiones de los comités gubernamentales y, de manera especial, en las decisiones de los diversos comités de ética hospitalarios?”.⁵⁹

⁵⁵ *Ibidem*, p. 49.

⁵⁶ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*

⁵⁷ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 435.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Idem*.

Estas preguntas no son en absoluto triviales. Piénsese, por ejemplo, en los problemas bioéticos en el ámbito de las enfermedades mentales, al que me referí al inicio, en donde, quizá como en ningún otro, como dice Morales Aché,⁶⁰ generan situaciones de vulnerabilidad en las personas que las padecen, por una multiplicidad de factores, entre ellos la “construcción social”, que se agravan cuando concurren otras circunstancias, tales como la pobreza, la edad, el género, la orientación social y otras enfermedades adicionales.

Adelanto que la respuesta que Vázquez ofrece a las preguntas planteadas es, esencialmente, la siguiente: los principios normativos y las reglas son relevantes para orientar las decisiones de los funcionarios de la salud o de los miembros de los comités de ética, siempre que se den ciertas y determinadas condiciones,⁶¹ como las siguientes:

- La pluralidad y objetividad de los principios por cuanto expresan la exigencia de satisfacción de necesidades básicas, es decir, el “coto vedado” o “esfera de lo indecidible”, como bien ha dicho Garzón Valdés,⁶² a la decisión del *homo suffragans*, como integrante de la ciudadanía y de las asambleas legislativas, y presuponen la denominada “moralidad común”.
- Reconocer el carácter no concluyente de los principios y el recurso a la “ponderación” cuando dos principios colisionan.
- Reconocer que la “subsunción” significa “el tránsito necesario de los principios, a las reglas para la resolución” de los casos concretos,⁶³ a fin de alcanzar un equilibrio reflexivo.
- Reconocer que en ese proceso la actividad de filósofas y filósofos juega un papel importante.

Lo anterior, en el entendido de que, sensatamente, no cabe esperar que los filósofos, en tanto filósofos, sean capaces de “ofrecer soluciones definitivas a los problemas morales prácticos”,⁶⁴ aunque sí, por lo menos, de cola-

⁶⁰ “Enfermedades mentales: competencia legal y autonomía”, Tapia, Ricardo y Vázquez, Rodolfo (eds.), *Logros y retos en bioética*, México, Fontamara, 2014, p. 217.

⁶¹ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 465.

⁶² Garzón Valdés, Ernesto, “Representación y democracia”, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 641 y ss.

⁶³ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 465.

⁶⁴ Platts, Mark, *Sobre usos y abusos...*, *cit.*, p. 147.

borar en la solución de tales problemas, procurando construir argumentos sólidos y rigurosos y evitando equivocaciones metodológicas.⁶⁵

En tal virtud, conviene aclarar el siguiente punto: cuando Vázquez sostiene, entre las condiciones señaladas, que la “subsunción” significa el tránsito de los principios a las reglas, me parece —si es que lo entiendo bien— que se refiere realmente a la “ponderación”, que no es sino el paso de los principios, a las reglas, en cuanto que la regla que se genera constituye la base para resolver el caso concreto mediante la subsunción. Es decir, desde el punto de vista conceptual, la ponderación es un paso previo a la subsunción, como se explica a continuación.

Es preciso señalar, siguiendo la propuesta de Atienza,⁶⁶ que en la ponderación que lleva a cabo un órgano jurisdiccional para resolver un conflicto entre principios en sentido estricto cabe distinguir dos pasos argumentativos: en el primero (la ponderación en sentido estricto) se pasa del nivel de los principios al de las reglas y se genera una nueva regla que no existía en el sistema anteriormente, y en el segundo la regla creada constituye la base para resolver el caso mediante la subsunción.

Más precisamente, como dice Atienza,⁶⁷ la “justificación interna” del primer paso de la ponderación sería un razonamiento con las siguientes dos premisas: la primera afirma que, respecto al caso, existen dos principios (o conjunto de principios) aplicables, cada uno de los cuales, como se indicó, llevan a resultados incompatibles entre sí. En la segunda se establece que, en ciertas y determinadas circunstancias *C* que concurren en el caso, uno de los principios precede al otro. La conclusión establecería, en esencia, una regla general según la cual, dadas las circunstancias *C*, debe seguirse (aplicarse) la consecuencia jurídica del principio prevaleciente.

Dado que lo que distingue a los buenos e importantes filósofos —como Vázquez— es la forma en la que argumentan, no solamente lo que concluyen, vale la pena considerar las principales líneas argumentativas del citado trabajo de Vázquez. Particularmente, concentraré el foco de mi atención en la línea argumentativa en relación con “el punto de vista moral”.

En primer lugar, Vázquez discute críticamente diversas posturas en el campo de la bioética. Al efecto, distingue cuatro tipos de actividad filosófica

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 171.

⁶⁷ Atienza, Manuel, “Algunas tesis sobre el razonamiento judicial”, 2016, pár. 8, en prensa.

o de filósofos, según sean las pretensiones de incidir, en menor o mayor medida, en la solución de los problemas morales o bioéticos prácticos:⁶⁸

1. El filósofo modesto: el oficio de técnico.
2. El filósofo ambicioso generalista.
3. El filósofo ambicioso particularista.
4. El filósofo de la tercera vía: que toma distancia de las posturas extremas y se compromete con la idea de que los principios tienen un carácter no concluyente o *prima facie* y con el concepto de equilibrio reflexivo.

Vázquez discute y rechaza las tres primeras posiciones y, como indiqué, suscribe la posición de los filósofos de la tercera vía, con divergencias menores y algún agregado. Específicamente, se adhiere, en general, a la propuesta de Atienza expuesta en su trabajo “Juridificar la bioética”.⁶⁹ Una de las tesis centrales del trabajo citado de Atienza, que constituye una de las “contribuciones más lúcidas en el debate” en cuestión —en palabras de Vázquez—, es que hay un tipo de conflictos jurídicos, entre derechos fundamentales que tienen la estructura de principios, cuya resolución consiste justamente en ponderar los principios contrapuestos y que, “para tratar con esos casos, se ha ido desarrollando una metodología que podría resultar de utilidad también para la aplicación de los casos concretos de los principios de la bioética”.⁷⁰

De acuerdo con Vázquez, “[a]sumir el punto de vista moral es asumir, a fin de cuentas, el punto de vista de la imparcialidad”.⁷¹ Por “imparcialidad”, el autor entiende la “posibilidad de valorar los conflictos en términos de ciertos principios generales que se acepten independientemente de la situación en particular, sin permitir que [las] preferencias o prejuicios personales influyan en el juicio”.⁷²

Esta idea de imparcialidad coincide, en parte, con uno de los criterios que Rawls propuso en su trabajo “Esbozo de un procedimiento decisorio

⁶⁸ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 436.

⁶⁹ Atienza, Manuel, “Juridificar la bioética”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 61, abril de 1996, pp. 2-15.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 8.

⁷¹ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 438.

⁷² *Idem*.

para la ética”, escrito en 1951,⁷³ para determinar lo que denominó la clase de “juicios considerados”.

De acuerdo con Vázquez, la exigencia de imparcialidad así entendida equivale a sostener que no es posible quedarnos sólo en el nivel de las “intuiciones morales”. Siguiendo a Hare, el pensamiento moral se desarrolla en dos niveles: el intuitivo y el crítico. Muchos de los conflictos morales emergen debido a que en el nivel intuitivo dichas intuiciones entran en colisión y no pueden justificarse independientemente, razón por la cual se requiere de un nivel diferente para solucionar esos conflictos en el nivel intuitivo y “seleccionar los principios morales”. Según Hare, los “principios parciales en el nivel intuitivo deben justificarse por un razonamiento imparcial en el nivel crítico”.

Además, en su discusión con Platts, Vázquez sostiene que el conocimiento de los principios, como el de autonomía, no puede darse por “la vía de las intuiciones metafísicas de las cuales se pueda inferir deductivamente la solución para los conflictos morales específicos”,⁷⁴ sino que, para Vázquez, “la vía es más bien a la inversa”: una especie de “inducción que concluya en la construcción de los principios normativos generales”.

Al respecto, cabe comentar que así como Rawls, en su artículo pionero de 1951,⁷⁵ señaló una importante analogía del método para establecer la razonabilidad de los principios éticos con el método empleado para establecer la razonabilidad de los criterios de la lógica inductiva, Vázquez, habiendo rechazado el método deductivista del razonamiento moral, se inclina por un tipo de inducción, aunque no lo explicita.

El rechazo del deductivismo moral implica, a su vez, la negación del absolutismo moral. Así, porque para Vázquez, como se indicó, el deductivismo “sería el método de razonamiento moral propio de las teorías fundacionistas; otra denominación del absolutismo moral que caracteriza a los filósofos generalistas”.⁷⁶

Por su parte, el problema con los particularistas, piensa Vázquez, es tratar de formular una teoría que descansa en “un subjetivismo relativista y un método generalizador que no acierta a resolver tampoco con criterios racionales los conflictos frecuentes entre las propias máximas y los tópicos”.⁷⁷

⁷³ Rawls, John, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Rodilla, Miguel Ángel (trad.), Madrid, Tecnos, pp. 4-6. He modificado ligeramente la traducción.

⁷⁴ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 440.

⁷⁵ Rawls, John, “Esbozo de un procedimiento decisorio para la ética”, *Justicia como equidad...*, *op. cit.*, p. 11.

⁷⁶ Vázquez, *op. cit.*, p. 443.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 447.

En lo concerniente al método del equilibrio reflexivo, aplicado a la bioética, la idea central del procedimiento sería la siguiente:⁷⁸ a partir de juicios considerados, ponderados o razonables, que deben satisfacer ciertos tests, los cuales pueden tener un grado mayor o menor de generalidad y pueden incluir juicios particulares, se realiza un proceso de ida y vuelta, de abajo hacia arriba y a la inversa, hasta encontrar un punto de equilibrio. Si éste se alcanza en un nivel muy particular, no habría necesidad de tener que recurrir a algún principio general justificatorio. Este procedimiento supone un examen racional que involucra la revisión y ajuste de nuestras creencias e intuiciones, así como la retractación de juicios formulados.

Al respecto, observa Vázquez,⁷⁹ es importante señalar que de esa forma, como Rawls lo señaló,⁸⁰ el discurso ético y bioético tiene un anclaje en un mundo real, ya que el procedimiento se desarrolla a partir de nuestros juicios considerados o razonados para alcanzar un equilibrio reflexivo; de hecho, para Rawls, el emplear suposiciones contingentes y hechos generales constituye un prerequisito para describir nuestros juicios considerados en equilibrio reflexivo.⁸¹

Aunado a ello, como se verá, Vázquez señala la importancia de reconocer las “necesidades básicas” de cualquier ser humano, como un punto de partida para tratar de alcanzar algún acuerdo entre puntos de vista opuestos.

De acuerdo con lo anterior, la moraleja radicaría en enfatizar la importancia de tener en cuenta la dimensión empírica para resolver problemas bioéticos prácticos.

En virtud del procedimiento de equilibrio reflexivo, según Beauchamp,⁸² se podrían evitar las dificultades que presenta la llamada concepción robusta de los principios, según la cual los principios que son fundacionales no tienen excepciones —punto de vista que es completamente implausible—, en contraste con la que los considera que tienen un carácter no concluyente.

De igual forma, Vázquez suscribe las siguientes proposiciones:

- El recurso al MER tiene el propósito de separarse de esquemas generalistas-deductivistas, para valorar positivamente la inclusión de los principios generales al discurso moral con un valor *prima facie* o no concluyente.⁸³

⁷⁸ *Ibidem*, p. 452.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 448.

⁸⁰ Rawls, John, *A Theory of...*, cit., 51.

⁸¹ *Idem*.

⁸² Citado por Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 452.

⁸³ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 456.

- La defensa del MER no tiene que ser incompatible con principios justificatorios y, por lo tanto, con “relaciones de dependencia” de los juicios en casos o situaciones particulares con los principios como razones justificatorias.⁸⁴
- Desde la perspectiva de una moral crítica, “lo que se requiere son criterios morales que permitan decidir [problemas morales prácticos] con alguna pretensión de corrección, imparcialidad y objetividad, con el fin de consensuar reglas que orienten y ordenen la conducta de los individuos”.⁸⁵ De este modo, un subjetivismo justificatorio resultaría autocontradicitorio.

Enseguida, Vázquez comenta críticamente la propuesta de Atienza presentada en el trabajo citado, a la luz de los siguientes tres presupuestos básicos: la aceptación de un “objetivismo moral”; una ordenación de principios “primarios” y “secundarios”, así como la distinción entre principios y reglas.

Vázquez suscribe un “objetivismo moral” que entraña, entre otros aspectos, el reconocimiento y la satisfacción de las “necesidades básicas que demanda cualquier ser humano”,⁸⁶ las cuales no pueden ser objeto de la agenda política ni estar sujetas a los derechos culturales de una comunidad. Sobre la base de ese reconocimiento y satisfacción se erigen los principios normativos de autonomía, beneficencia, no maleficencia e igualdad; por lo tanto, concluye Vázquez, tales principios no se construyen arbitrariamente ni se proponen dogmáticamente.⁸⁷

Acerca de la distinción entre principios “primarios” y principios “secundarios”, Atienza propone,⁸⁸ a su vez, cuatro principios normativos: autonomía, dignidad, igualdad e información. Si bien dichos principios serían suficientes para resolver los “casos fáciles”, no podrían ser aptos para resolver los “casos difíciles”. Para ello es menester contar con los principios secundarios que, en defecto o insuficiencia de los primarios, cobrarían aplicación en el caso concreto, bajo ciertas condiciones; tales principios secundarios son: paternalismo justificado, “utilitarismo restringido”, trato diferenciado y secreto, respectivamente.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 457.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 458.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 459.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 460.

⁸⁸ Atienza, Manuel, “Juridificar la bioética”..., *cit.*, pp. 12 y 13.

Clasificación de los principios propuesta por Atienza

<i>Principios primarios</i>	<i>Principios secundarios</i>
1) Autonomía	1) Paternalismo justificado
2) Dignidad	2) Utilitarismo restringido
3) Igualdad	3) Trato diferenciado
4) Información	4) Secreto

Lo anterior, en el entendido de que, según el planteamiento de Atienza,⁸⁹ quien pretenda aplicar un principio secundario a un cierto caso tendrá la carga argumentativa en favor de su aplicación al caso concreto.

Es preciso indicar que, según Vázquez,⁹⁰ el principio primario de información y su correspondiente principio secundario de secreto pueden reconducirse adecuadamente a los principios de autonomía personal y de paternalismo justificado, respectivamente.

Como quiera que sea, dado el carácter no concluyente de los principios, incluso aplicando los principios secundarios, no sería posible resolver definitivamente un caso, sino que son necesarias las reglas, ya que, como dice Atienza, pueden existir otra clase de circunstancias que conduzcan a la enunciación de otros principios y, aun cuando nos limitemos a los principios citados, los mismos requieren de ser precisados o concretados.⁹¹

Así, para Vázquez, “el problema fundamental de la bioética” no es otro que el de “pasar del nivel de los principios a las reglas”.⁹² Este tránsito de niveles puede ilustrarse retomando uno de los ejemplos iniciales:

Ante la situación concreta conflictiva de una consultante, mujer mayor de edad que padece trastorno bipolar, el principio primario de autonomía debe ceder ante el principio secundario de paternalismo justificado que justificaría la siguiente regla 1: “Un centro hospitalario no puede válidamente negarse a prestar su servicio de urgencia a una consultante aun cuando la misma no manifieste su consentimiento informado, en caso de necesidad y que ello represente un beneficio objetivo”.

Asimismo, es preciso señalar que Vázquez se compromete con la idea según la cual la “ponderación” como un método para resolver conflictos debe estar sujeta a un control racional. Ello en la línea de otros filósofos, de

⁸⁹ *Ibidem*, p. 13.

⁹⁰ Vázquez, Rodolfo *op. cit.*, pp. 462 y 463.

⁹¹ Atienza, Manuel, “Juridificar la bioética”..., *cit.*, p. 13.

⁹² *Ibidem*, p. 463.

entre quienes destaca Moreso,⁹³ que han propuesto un procedimiento para controlar racionalmente el juicio ponderativo.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Como ocurre en otras áreas del conocimiento, *v. g.* en las ciencias empíricas o en las ciencias formales, y en el razonamiento de la vida diaria, la cuestión de la justificación de nuestros juicios, principios y creencias es crucial para su aceptación racional. En este contexto, sin pretender realizar interpolaciones ilegítimas entre dominios diferentes, quisiera destacar que el proceso justificatorio del equilibrio reflexivo amplio guarda cierta analogía con una clase de razonamientos no deductivos, particularmente los razonamientos o argumentos retractables (*defeasible*) que son objeto de estudio de la lógica contemporánea,⁹⁴ en los que las conclusiones alcanzadas son retractables a la luz de nueva información o material probatorio adicional, o bien si el contexto cambia. Lo cual no significa ni implica renunciar al rigor ni a la racionalidad.⁹⁵ La posibilidad de retracción y revisión de puntos de vista es compatible con el rigor y la racionalidad.⁹⁶ Incluso en la ciencia, como lo reconoció Popper, los enunciados científicos son siempre tentativos.

Análogamente, el empleo del método del equilibrio reflexivo pretende alcanzar conclusiones justificables y revisables. Lo anterior, en el entendido de que el equilibrio reflexivo, como se indicó, admite revisiones y retracciones. Sin embargo —como nos ha enseñado Vázquez— en la ética y en la bioética el rigor es irrenunciable.

⁹³ Véase Moreso, José Juan, “Atienza: dos lecturas de la ponderación”. La propuesta de Moreso es, en mi concepto, una especie de *equilibrio reflexivo institucional* —tomo la expresión “institucional” de Sager (Sager, Lawrence G., *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, trad. de Aída Torres Pérez, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 93, en el sentido de que supone una revisión y ajuste mutuo entre reglas y propiedades relevantes, a la luz de los casos paradigmáticos; casos que, incluso, en mi opinión, son revisables. Al respecto, téngase presente que según Quine: “...ningún enunciado está inmune a la revisión”. (W. V. O. Quine, “Two Dogmas of Empiricism”, reimpresso en Robert F. Gibson (ed.), *Quinlessence*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, p. 51).

⁹⁴ Agradezco profundamente a Raymundo Morado la oportunidad de haber discutido este tema.

⁹⁵ Véase Morado, Raymundo, “Problemas filosóficos de la lógica no monotónica”, *Encyclopedie Iberoamericana de Filosofía*, vol. 27: *Filosofía de la lógica*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 313-337.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 313-317.

Si esto es así, el modelo de Vázquez ofrece la posibilidad de embarcarse en una deliberación rigurosa y controlable racionalmente para intentar resolver problemas prácticos en la bioética.

Finalmente, de la discusión anterior cabe inferir las siguientes consideraciones conclusivas, las cuales tienen un carácter tentativo.

i) El método del concepto de equilibrio reflexivo es plausible y adecuado, en principio, para encarar en el ámbito de la bioética casos difíciles que involucran conflictos entre principios, ya que supone un examen crítico que introduce la revisión y ajuste de nuestras creencias e intuiciones, así como la retractación de juicios formulados.

ii) Si el ámbito de la bioética es un ámbito regido por una práctica argumentativa, como es el caso, el razonamiento válido o, mejor aún, sólido es una condición necesaria de la justificación pública de decisiones en los comités de bioética hospitalarios.

iii) Es preciso tener en cuenta la dimensión empírica para resolver problemas bioéticos prácticos, ya sea mediante los juicios considerados en equilibrio reflexivo, o bien mediante la necesaria consideración de las “necesidades básicas” de los seres humanos.

iv) Como ha señalado Vázquez, la “ponderación” como un método para resolver conflictos debe estar sujeta a un control racional.

¿TIENEN DERECHOS LOS ANIMALES?*

Gustavo ORTIZ MILLÁN**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *¿Cuál es el estatus moral de los animales?*
III. *¿Cómo debemos concebir los derechos de los animales?* IV. *Personas, dignidad y derechos.* V. *¿Qué animales tienen derechos y qué derechos tienen?*

I. INTRODUCCIÓN

Muchos piensan hoy en día que la atribución de los derechos a los animales es una cara más de la inflación que ha habido últimamente en el discurso de los derechos: se abusa del concepto y proliferan supuestos nada más porque la gente quiere proteger algo que considera valioso. Esto sólo debilita los derechos humanos, y se nos dice que deberíamos deshacernos del discurso de los respectivos a los animales, pues aunque son valiosos y debemos respetarlos, se afirma, no debemos llegar al extremo de atribuirles derechos. Se suelen dar distintos argumentos, como que no son racionales; por tanto, no son personas ni tienen el valor moral ni la dignidad de los seres humanos, o se dice que no pueden exigir sus garantías, entre otras muchas objeciones. Ciertamente no tienen derechos *humanos*, ni tampoco, salvo contadas excepciones, se les reconocen derechos *legales* (aunque suelen estar protegidos por la ley como parte de la propiedad de la gente, que es algo diferente al reconocimiento de derechos).¹ De hecho, cuando se habla de derechos en referencia a algún animal —por ejemplo, a no ser maltratados—, resulta ser más un modo de

* Para la realización de este ensayo conté con el apoyo de la beca PASPA otorgada por la Dirección General de Asuntos del Personal Académico de la Universidad Nacional Autónoma de México. Agradezco su apoyo.

** Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Una excepción es la Constitución alemana, que en 2002 reconoció derechos legales a los animales. El párrafo 20o. de la *Grundgesetze* afirma que los animales, como los humanos, tienen el derecho a ser respetados por el Estado y a que se proteja su dignidad; véase Kate Connolly, “German animals given legal rights”, *The Guardian*, Londres, 22 de junio de 2002.

hablar que un reconocimiento real de sus garantías. Por ejemplo, mucha gente que afirma que perros y gatos tienen derecho a no ser maltratados, muy probablemente, no piensa que está violando los derechos de los cerdos, los pollos y las vacas cuando éstos forman parte de su comida diaria.

En este ensayo quiero argumentar que el discurso de los derechos animales es más que una manera de hablar y que el reconocimiento de los mismos está moralmente justificado, es decir, que son una subespecie de los derechos morales, de los que los derechos humanos son otra subespecie, y que distintas concepciones de los derechos, como la que nos propone Rodolfo Vázquez, sirven muy bien para reconocerlos. Si están efectivamente justificados, entonces no habría ninguna razón para no reconocerlos como derechos legales positivos —con todas las implicaciones que eso tendría para nuestras relaciones con ellos y para nuestra vida cotidiana—.

II. ¿CUÁL ES EL ESTATUS MORAL DE LOS ANIMALES?

Para argumentar a favor de las garantías de los animales, primero es necesario analizar la cuestión de cuál es el estatus o el valor moral de los mismos y de si, en función de eso, tenemos algún deber respecto de ellos. Si no tienen ningún valor moral, entonces no podemos atribuirles derechos ni tendremos ningún deber directo hacia ellos. De hecho, podemos distinguir por lo menos tres grandes perspectivas en torno a la cuestión del estatus o el valor moral de los animales: *a)* los animales no tienen ningún estatus o valor moral, *b)* los animales son dignos de consideración moral, y *c)* los animales tienen derechos. Si queremos argumentar a favor de una teoría de derechos animales, es necesario mostrar por qué la primera perspectiva está equivocada, mientras que la segunda es insuficiente si lo que queremos es proteger cabalmente a los animales y terminar con las prácticas de explotación que tienen a millones de seres en este planeta en una situación en la que jamás debieron haber estado.

La postura que ha prevalecido a lo largo de la historia de la filosofía, y que es la que también se mantiene hoy día en nuestras relaciones con los animales, sostiene que los animales no tienen ningún estatus o valor moral, por lo tanto, no tenemos deberes morales hacia ellos. Básicamente esta postura equipara a los animales con cosas, que no tienen ningún valor moral en sí mismas, por lo que también pueden ser propiedad de las personas, que

En 1992, Suiza cambió su constitución para reconocer a los animales como “seres” en vez de “cosas”.

sí tienen estatus moral y hacia quienes sí tenemos deberes morales. Muchos códigos jurídicos reconocen a los animales el estatus de “bienes muebles semovientes”, es decir, que a diferencia de un sillón o de un cuadro, son cosas que se mueven. Por ejemplo, si se tiene algún deber de no maltratar el sillón que alguien más tiene en su casa es porque, al hacerlo, se daña al propietario y al objeto; si no se daña es porque se tienen deberes hacia el dueño, no hacia el sillón. Lo mismo sucede con un perro: no está bien que se le maltrate por los deberes que se tienen frente al propietario como dueño del perro, no al animal mismo, hacia quien no se tiene ningún deber directo. Ésta es la llamada teoría de deberes indirectos, la cual afirma que se tienen estos últimos en relación con los animales como consecuencia de los deberes que se detentan respecto de los seres humanos, ya sea porque son los poseedores de los animales, porque al maltratarlos se da un mal ejemplo a otros seres humanos o bien porque sugiere una predisposición a la crueldad. Ésta es la teoría que ha prevalecido a lo largo de la historia de la filosofía, pero fue Kant quien le dio su formulación más acabada y quien la llamó así.

Según afirma Kant en sus *Lecciones de ética*, “nuestros deberes para con los animales constituyen deberes indirectos para con la humanidad”.

Así, por ejemplo, cuando un perro ha servido durante mucho tiempo fielmente a su amo, he de considerar esos servicios prestados como análogos a los humanos, por lo que debo retribuirselos y procurarle un sustento hasta el final de sus días cuando ya no pueda servirme más, en tanto que con este comportamiento secundo mis deberes hacia la humanidad tal y como estoy obligado a hacer... Tenemos deberes para con los animales, puesto que con ellos promovemos indirectamente los deberes para con la humanidad. Según esto, cuando alguien manda sacrificar a su perro porque ya no puede seguir ganándose el sustento, no contraviene en absoluto deber alguno para con el perro, habida cuenta de que éste no es capaz de juzgar tal cosa, pero sí atenta con ello contra la afabilidad y el carácter humanitario en cuanto tales, cosas que debe practicar en atención a los deberes humanos.²

De acuerdo con esto, sólo tenemos deberes morales directos hacia otros seres humanos, dado que ellos tienen un valor intrínseco que Kant llama “dignidad”; no los tenemos hacia los animales, que no poseen el concepto de deber. Cualquier deber que tenga que ver con animales está basado en intereses humanos, como el de no fomentar la violencia y la crueldad hacia las personas; no en el interés del animal. En última instancia, no hay nada

² Kant, I., *Lecciones de ética*, trad. de R. Rodríguez Aramayo y C. Roldán, Barcelona, Crítica, 1988, p. 287.

malo *en sí mismo* en ser crueles con los animales, lo que está mal es el maltrato hacia los seres humanos que esto podría generar. Lo que está mal es que revela un carácter vicioso que puede predisponernos a comportamientos igualmente viciosos hacia los seres humanos, con quienes sí hay deberes morales directos. La crueldad hacia los animales es un vicio, mientras que la compasión hacia ellos es una virtud que enriquece nuestra vida moral.³

Sin embargo, hay un problema con esta teoría, ya que por un lado equipara a los animales con cosas y les niega estatus moral, pero por otro, afirma que hay diferencias en el carácter moral de las personas cuando se trata de sus relaciones con los animales, lo cual no afirma con respecto a las cosas. Sin embargo, no explica por qué la crueldad hacia los animales es un vicio y la compasión una virtud, por qué infiligr dolor a un animal por placer revela un carácter moral defectuoso más que el acto de destruir un periódico viejo por diversión. Si ambos tienen el estatus de cosas, entonces ¿por qué no pensamos que alguien que rompe un periódico viejo por placer revela un carácter moral vicioso? El único modo de explicar la diferencia y por qué pensamos que la crueldad hacia los animales es un vicio es mediante el reconocimiento del estatus moral de los animales.⁴ En otras palabras, para explicar la diferencia tenemos que reconocer que los animales tienen un estatus moral diferente al de las cosas, lo que quiere decir que tienen valor moral en sí mismos y no simplemente en relación con los humanos. Es por ello que la perspectiva de los deberes indirectos es inconsistente y debemos desecharla, así como nuestras prácticas cotidianas que se basen en la idea de que los animales son cosas, empezando por el concepto legal de que son “bienes muebles semovientes”.

Por lo menos dos teorías reconocen el estatus o el valor moral de los animales sin atribuirles derechos: el anticrudelismo y el utilitarismo.⁵ El pri-

³ Una versión sofisticada de la teoría de deberes indirectos ha sido defendida en Carruthers, Peter, *The Animals Issue*, Nueva York, Cambridge University Press, 1992. Carruthers defiende una teoría contractualista de la moral, según la cual sólo los participantes en el contrato social tienen valor moral —a pesar de que reconoce que los animales tienen conciencia y son capaces de sentir y sufrir—. Hacia los animales no tenemos deberes directos, pero hay que fomentar el desarrollo de un carácter virtuoso y compasivo hacia ellos. La teoría también ha sido defendida en Cortina, Adela, *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*, Madrid, Taurus, 2009. Cortina defiende la idea desde una teoría del reconocimiento mutuo, inspirada en la ética del discurso, que afirmaría que son objeto de consideración moral sólo quienes pueden reconocerse mutuamente como personas, entendiendo que éstas son seres humanos.

⁴ DeGrazia, David, *Animal Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, p. 28.

⁵ Los párrafos que siguen se basan en buena medida en Regan, Tom, “Derechos animales, injusticias humanas”, en Issa, J. y Kwiatkoska, T. (comps.), *Los caminos de la ética ambiental*,

mero afirma que no debemos maltratar a los animales porque no debemos ser crueles con ellos. La crueldad es un vicio y tenemos el deber directo de no ejercerla con los animales. Esta posición está plasmada en la filosofía que dio origen a la Real Sociedad para la Prevención de la Crueldad hacia los Animales, en Gran Bretaña en 1824, y a la Sociedad Americana para la Prevención de la Crueldad hacia los Animales en Estados Unidos en 1866. Esta postura continúa hasta hoy en voz de muchos defensores de los animales.

Sin embargo, el anticrudelismo tiene problemas, el principal de ellos es que, aun cuando el acto hacia un animal no sea cruel, ello no implica que sea correcto. Alguien que utiliza animales para enseñar en clases de biología probablemente los mata con una buena intención, para que los alumnos aprendan su anatomía; su acto no es cruel, pero eso no significa que sea correcto usar animales con propósitos educativos —especialmente cuando hay alternativas para aprender más y mejor que no requieren de estos seres—. De hecho, el problema para esta perspectiva es que basa la incorrección de un acto en el estado psicológico del que depende la crueldad. Por definición, para que un acto sea cruel, quien lo realiza debe sentir placer ante el sufrimiento de su víctima, lo cual no suele ser el caso en muchos actos de maltrato animal. Los encargados de matar animales en un rastro suelen no ser crueles, sino más bien indiferentes ante el sufrimiento de éstos; pero la ausencia de crueldad no muestra que el acto sea correcto —aunque ciertamente sería peor si el victimario sintiera placer ante el sufrimiento del animal—. Estos problemas nos deben llevar a abandonar la teoría anticrudelista.

El utilitarismo también reconoce el valor moral de los animales, pero no piensa, como el anticrudelismo, que la incorrección moral de un acto de maltrato dependa del estado psicológico de quien lo realiza. Para el utilitaria, es la capacidad de sentir, y particularmente de sufrir, lo que le da a los animales valor moral. Como afirmaba Bentham, el padre del utilitarismo, “la pregunta [acerca de los animales] no es: ¿pueden *razonar*? ni ¿pueden *hablar*?, sino ¿pueden *sufrir*?”.⁶ Es la capacidad de sentir dolor o placer, de sufrir o de gozar, lo que hace que los animales tengan intereses propios, independientes de los que corresponden a los seres humanos. Es esa capacidad de sufrir la que iguala a los animales y la que, en un plano básico,

México, UAM-Plaza y Valdés-Conacyt, 1998, pp. 245-262, así como en Regan, Tom, *En defensa de los derechos animales*, trad. de A. Tamarit, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2016.

⁶ Bentham, Jeremy, *Los principios de la moral y la legislación*, trad. de M. Costa, Claridad, Buenos Aires, 2008, p. 291.

iguala a los seres humanos con ellos. Por eso, el utilitarismo expande el círculo de consideración moral e incluye a los animales. Al tener los últimos un estatus moral independiente al de los seres humanos, entonces se sigue que tenemos deberes directos hacia ellos y, según esta teoría, nuestros deberes básicos son: evitar su sufrimiento y, por tanto, tratar de maximizar tanto su bienestar como su felicidad.

Para el utilitarismo, esa capacidad de sentir y de sufrir es la fuente última de valor. A partir de ahí postula su principio fundamental, el principio de utilidad, que en su versión clásica nos dice que una acción es correcta si tiende a aumentar la felicidad y el placer de todos los afectados por la acción, y será incorrecta si la obstaculiza o si promueve sufrimiento e infelicidad. De lo que se trata es de maximizar la felicidad y minimizar el sufrimiento. El utilitarismo también tiene el gran atractivo de ser una teoría igualitarista: considera los intereses de todos los afectados de igual manera, es decir, de todos los seres sintientes por igual. De hecho, esos son los dos grandes principios de la teoría, el principio de utilidad y el de igualdad. A partir de ellos, el utilitarismo puede hacer la crítica de formas de discriminación que no toman en cuenta el valor los animales. No considerar los intereses de los animales sobre la base de su pertenencia a una especie diferente a la nuestra es *especismo*, el cual, dice Peter Singer, “es un prejuicio o actitud parcial favorable a los intereses de los miembros de nuestra propia especie y en contra de los de otras”.⁷ La discriminación por clase, por raza o por género son formas injustificadas de tratar a los individuos, de igual manera lo es la discriminación en función de la especie. Si la base para la consideración moral es la capacidad de sufrir, en eso animales y humanos somos iguales; entonces resulta igualmente injustificado discriminar en función de la pertenencia a una especie. Ni la pertenencia a una raza ni a una especie deben ser relevantes moralmente hablando, y el especismo es tan injustificado como el racismo. Debemos, entonces, considerar los intereses de los animales, aunque eso no significa que vayamos a tratar a humanos y a animales del mismo modo: igual consideración no implica igual trato, dado que cada especie tiene necesidades distintas. Hay que tratar a los individuos pertenecientes a distintas especies de modos distintos, según las necesidades y capacidades que tengan para desarrollar sus vidas con niveles adecuados de bienestar.

Sin embargo, el utilitarismo tiene varios problemas, uno de ellos es que puede llegar a justificar la explotación animal si eso crea un balance positivo en el bienestar o la felicidad de los humanos. Finalmente, se trata de

⁷ Singer, Peter, *Animal Liberation*, Nueva York, HarperCollins, 2002, p. 6.

maximizar el placer (felicidad o preferencias, dependiendo de la versión), sin importar si éste es de humanos o animales, de modo que al ser el de los primeros, se perjudicaría a los segundos. Dado que el utilitarismo no cuenta con un criterio de justicia distributiva, es perfectamente posible que una mayoría de personas salga favorecida respecto de una minoría de animales si esto garantiza un esquema de maximización de la felicidad. A condición de que la satisfacción neta se maximice, el utilitarismo es indiferente a cómo se distribuyan las satisfacciones entre distintos individuos, o si éstos son humanos o animales. Si la felicidad total puede maximizarse al negar la libertad y la vida a algunos animales, es eso lo que demandará el utilitarismo.⁸ Parecería, entonces, que no sólo no es malo matarlos para beneficiar a un buen número de individuos, sino que además, si eso maximiza placer o felicidad, resulta que es nuestro deber hacerlo. Así, uno de los más graves problemas del utilitarismo es que, en nombre de las mayorías, se puede pasar sobre los intereses de una minoría, la cual podría suceder que estuviera constituida por animales.

Un problema relacionado es que al presentarnos dos principios básicos, el de utilidad y el de igualdad, cabe la posibilidad de que éstos entren en conflicto entre sí y, dado que el principio fundamental de la teoría es el primero, parecería en ocasiones que el principio de igualdad de intereses tendría que sacrificarse y así el utilitarismo podría incluso llegar a justificar el especismo. Según la crítica de Regan:

La dificultad es... que no hay una conexión necesaria, una armonía pre establecida, entre el respeto al principio de igualdad de intereses y la promoción del objetivo utilitarista de maximizar el saldo de lo bueno sobre lo malo. Por el contrario, el principio de utilidad podría ser usado para justificar los tipos más radicales de trato diferencial entre individuos o grupos de individuos, y así podría justificar formas de racismo y sexismo, pues estos prejuicios pueden tomar diferentes formas y encontrar expresión de diferentes maneras.⁹

El utilitarismo podría llegar entonces a justificar la discriminación y la explotación de los animales en nombre del principio de utilidad. Este problema solamente se podría solucionar apelando a mecanismos contramayoritarios que protejan los intereses individuales de consideraciones de utilidad general, es decir, mediante la apelación de derechos.

⁸ Se trata de una versión de la crítica de John Rawls al utilitarismo, véase Rawls, John, *A Theory of Justice*, Massachusetts, Harvard University Press, 1971, pp. 22-27.

⁹ Regan, Tom, "Derechos animales, injusticias humanas", p. 251.

Sin embargo, tradicionalmente esta corriente ha tenido problemas con el concepto de derechos morales, de los que las garantías animales son una subespecie. Desde Bentham hasta Singer, los utilitaristas han sido escépticos de los derechos morales y sólo han aceptado los legales, como la creación de cuerpos legislativos y aquellas que se encuentran en códigos —no es casualidad que Bentham sea el padre del iuspositivismo—. Su negativa a aceptarlos no ha sido un mero capricho o un desinterés gratuito: no sólo son metafísicamente sospechosos en su versión iusnaturalista, sino que los derechos morales estorban en los argumentos utilitaristas. Si se trata de promover los intereses de las mayorías, en ocasiones, está justificado pasar sobre los intereses de algún individuo o de alguna minoría. Puesto que el fin de esta corriente es agregativo —la suma de la felicidad agregada de todos los individuos es superior a la individual—, y en última instancia lo que busca es maximizar una utilidad, entonces la protección que pueden proveer los derechos, incluso los más importantes, es contingente. Los derechos podrían anularse cuando la maximización de la utilidad así lo demandara.

Como lo anterior ha escandalizado a muchos de sus críticos, algunos de los partidarios de esta doctrina han propuesto una versión enmendada de la teoría, el utilitarismo de la regla, según la cual uno debe actuar buscando maximizar felicidad o bienestar a partir de reglas moldeadas según el principio de utilidad (los derechos morales podrían entenderse como este tipo de reglas). Sin embargo, para muchos, esto no tiene sentido, pues si el quebrantamiento de una regla puede generar más felicidad o bienestar que acatarla, entonces cualquier verdadero utilitarista debería quebrantárla (con lo que se pierde el sentido de los derechos como cartas de triunfo contramayoritarias).¹⁰ Por eso es que los derechos estorban en el pensamiento utilitarista. Singer, al respecto, ha señalado:

Tengo poco que decir acerca de los derechos porque los derechos no son importantes para mi argumento... Mi argumento está basado en el principio

¹⁰ J. J. C. Smart, un utilitarista, afirma que sería irracional no hacerlo y sería una forma de “adoración de las reglas”, véase “An outline of a system of utilitarian ethics”, en Williams, B. y Smart, J. J. C., *Utilitarianism: For and Against*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973, p. 10. Sin embargo, el debate acerca de la capacidad del utilitarismo para dar cuenta de los derechos es complejo y se han formulado distintas versiones de la teoría que supuestamente podrían acomodar derechos. Richard Brandt, por ejemplo, ha argumentado que los aparentes problemas para dar cuenta de los derechos morales son irreales, véase “Utilitarianism and moral rights”, *Morality, Utilitarianism, and Rights*, Nueva York, Cambridge University Press, 1992. Para un panorama de la discusión sobre utilitarismo y derechos, véase Freeden, Michael, *Rights*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1991, esp. cap. 6, “Utility and Rights”.

de la igualdad, del que sí tengo mucho que decir. Mi posición moral básica (como mi énfasis en el placer y el dolor y mis citas de Bentham podrían haber llevado a sospechar) es utilitarista. Hago muy poco uso de la palabra “derechos” en *Liberación animal* y podría fácilmente prescindir del todo de ella... De la acusación de haber enredado el debate de la liberación animal con el tema de los derechos de los animales, entonces, me declaro inocente.¹¹

Los derechos no son importantes en la argumentación a favor de los animales —o por lo menos no lo han sido en el argumento del más famoso utilitarista defensor de los animales—.¹²

Pero si esta doctrina puede llegar a justificar formas de explotación y de discriminación hacia los animales, entonces, a pesar de que los distingue como sujetos de consideración moral, parece verlos, como dice Regan, como meros receptáculos de valor, es decir, no como individuos con una valía inherente, sino como valiosos en la medida en que tienen la capacidad de sentir y de sufrir —eso es lo que es intrínsecamente meritorio, y los individuos son valiosos en la medida en que poseen esa capacidad, pero no tienen esta cualidad en sí mismos. Tal vez esto quede claro con el principio de agregación del utilitarismo, según el cual un resultado es mejor si la suma de lo que es bueno para cada uno de nosotros es mayor. Según este principio, sólo importa lo que es bueno para nosotros y la suma total de eso que es favorable, y no la forma en que es distribuido. Al utilitarismo no le importan los agentes individuales que participan de ello. Por eso, el utilitarismo termina viendo a los individuos, dice Regan, como meros receptáculos de valor y no como inherentemente valiosos.

¹¹ Singer, Peter, “The Fable of the Fox and the Unliberated Animals”, *Ethics*, Washington, vol. 88, núm. 2, 1978, p. 122.

¹² No todos los utilitaristas son tan reacios a hablar de derechos. Por ejemplo, Herrera, Alejandro, “Los intereses de los animales y sus derechos”, en Platts, Mark (comp.), *Dilemas éticos*, UNAM-Fondo de Cultura Económica, México, 1997, insta a Singer a adoptar el discurso de los derechos animales sobre la base de la tesis de la correlatividad entre deberes y derechos. Según esto, admitir que tenemos deberes hacia los animales conlleva reconocerles derechos. Sin embargo, la tesis de la correlatividad ha sido muy cuestionada, pocos teóricos de los derechos la toman en un sentido fuerte (véase Freedan, Michael, *op. cit.*, pp. 76-82) y, en todo caso, enfatizan que los derechos conllevan deberes por parte de aquel a quien está dirigido el derecho, pero no a la inversa, o sea, que siempre que alguien tenga un deber, un tercero tiene un derecho. Esto es cuestionable. Por ejemplo, si, como utilitarista, tienes un deber moral de ayudar a un indigente que solicita tu ayuda en la calle, e incluso tienes el tiempo y el dinero para hacerlo, eso no implica que el indigente tenga un derecho dirigido hacia ti. Puede ser que tenga un derecho de subsistencia dirigido hacia toda la comunidad, pero en todo caso, lo que justifica su derecho no es tu deber de ayudarlo (si es que efectivamente tienes ese deber). Lo mismo sucede con todos los deberes de beneficencia, de fidelidad y de gratitud, entre otros: no generan derechos en aquel a quien está dirigido nuestro deber.

Por todas estas razones, si bien el utilitarismo reconoce el valor moral de los animales, al tomarlos como unidades portadoras de valor los termina viendo, por así decirlo, como monedas de cambio, intercambiables o reemplazables. Por ello, el utilitarismo es incapaz de darle sentido al concepto de dignidad de los animales: nuestra idea contemporánea de dignidad, heredera del kantismo, nos dice que lo que tiene valor puede ser reemplazado por algo, pero, por el contrario, lo que tiene dignidad no puede ser reemplazado por nada. Ese concepto es central en el discurso de los derechos, pero no en el de los utilitaristas.

III. ¿CÓMO DEBEMOS CONCEBIR LOS DERECHOS DE LOS ANIMALES?

Si bien las teorías de deberes indirectos, el anticrudelismo y el utilitarismo consideran moralmente a los animales y los defienden, también pueden permitir abusos. La teoría de los derechos es la única que realmente puede defender los intereses que los animales tienen de modo independiente de los humanos. Hablar de garantías de los animales no es inconsistente con nuestras mejores teorías de derechos ni implica un abuso del concepto; de hecho, podemos atribuir derechos a los animales sobre las mismas bases que empleamos para atribuirlas a los seres humanos.

Pero aquí hay mucho que decir sobre los derechos. Primero tenemos que analizar cómo los concebimos en general, para luego ver qué tanto son aplicables a los animales; tal vez la pregunta más importante que haya que responder para saber esto último es sobre qué base atribuimos los derechos.

Hay que empezar señalando un punto obvio, pero importante: como en el caso de los derechos humanos, cuando hablamos de los respectivos a los animales tenemos que distinguir entre derechos *legales* y *mORALES*. Los últimos, aunque no necesariamente han sido reconocidos por un ordenamiento jurídico positivo, son reclamos válidos o suficientemente justificados en términos morales como para ser legales; son reclamos válidos para que el disfrute de aquello a lo que se refiere el derecho sea protegido en contra de posibles amenazas.

Muchos pensamos, por ejemplo, que las mujeres en todo el mundo tienen derecho moral a un aborto seguro, a pesar de que, en buena parte de los países en vías de desarrollo, no sea reconocido jurídicamente y en muchos lugares se vea constantemente amenazado. Tienen ese derecho en virtud, simplemente, de ser seres humanos con intereses que pueden verse afectados si no se reconoce esta garantía, lo que las puede orillar a arriesgar su salud y su vida en abortos clandestinos frecuentemente realizados en condi-

ciones de insalubridad y de inseguridad. Existe un derecho moral justificado para demandar su reconocimiento en un ordenamiento jurídico positivo y así convertirlo en legal. Los derechos humanos son derechos morales a partir de los cuales podemos hacer reclamos para cambiar el orden moral y jurídico dentro de una determinada sociedad. Muchos derechos humanos han sido aceptados en distintos sistemas morales y también han sido ya reconocidos como legales positivos. Pero su justificación no radica en que sean reconocidos en un ordenamiento jurídico, sino que son establecidos por una justificación moral. Los derechos legales constituyen el reconocimiento jurídico de los derechos morales, previamente justificados y lógicamente independientes. Se suele reclamar el respeto de los derechos morales frente a ordenamientos jurídicos que no los reconocen, como dice Carlos Nino, “*precisamente porque no los reconocen*”.¹³

Los derechos morales tienen una pretensión de universalidad, se adscriben a todos los individuos de una determinada clase en virtud de poseer ciertos rasgos que justificadamente consideramos que tienen que protegerse o promoverse (valores, intereses o necesidades que tienen un carácter universal). Esta universalidad es incompatible con pensar que pueden ser producto de un orden jurídico positivo determinado. Si las mujeres tienen derecho moral a un aborto seguro, ésta es una garantía que detenta cualquier mujer en virtud de poseer un conjunto de necesidades e intereses que pueden verse afectados si no se reconoce ese derecho, es decir, es un derecho que tienen todas las mujeres en el mundo independientemente de su contexto cultural o del ordenamiento jurídico bajo el cual viven.

De forma similar a lo que sucede con los derechos humanos, los respectivos a los animales son establecidos por principios morales, cuya validez no depende de que sean reconocidos por un ordenamiento jurídico positivo. Son derechos que tienen suficiente justificación porque tratan de proteger y promover valores, intereses y necesidades que tienen los animales. En este sentido, tienen también un carácter universal, es decir, los tienen todos los animales en virtud de tener esos intereses y necesidades, independientemente de contextos particulares o de los ordenamientos jurídicos bajo los cuales viven.

Vale la pena aclarar que no se trata aquí de que los animales no estén protegidos por la ley, porque de hecho se les reconoce como bienes jurídica-

¹³ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 15 (cursivas en el original). Más sobre derechos morales, véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, y Cruz Parcerio, Juan A., *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007, cap. 2.

mente protegidos. Pero estas leyes no son de carácter universal ni se aplican de modo igualitario a todos ellos. Sólo algunos países tienen leyes que castigan la crueldad en su contra, o tienen leyes de bienestar que hablan de las condiciones que tienen que tener, por ejemplo, animales de producción o silvestres en cautiverio. No obstante, el término “derechos” se entiende básicamente como protección frente al daño, pero aquí no se están tomando las garantías de los animales en serio, ya que se les sigue viendo como objetos en propiedad, porque en esa calidad siempre están sujetos a los intereses de los seres humanos. Mientras sean vistos como propiedad o como meros recursos no les serán reconocidos sus derechos.

He hablado de intereses y necesidades, pero aquí habría que volver a formular la pregunta que hacemos también acerca de los derechos humanos: ¿sobre qué base atribuimos derechos? Aquí quiero remitirme de nuevo a la analogía con los derechos humanos: ¿sobre qué base los atribuimos?

Rememoremos algunos hechos históricos. Despues de los genocidios cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, mucha gente se dio cuenta de la utilidad que tenía el discurso de los derechos para evitar que volvieran a ocurrir las atrocidades cometidas. Sin embargo, las críticas de Bentham, Hegel y otros filósofos de los siglos XIX y XX que había recibido la idea de derechos naturales hacia difícil volver a ver los derechos humanos sobre la base de supuestas garantías que tenemos por naturaleza. Además, esta teoría parecía comprometernos con una visión metafísica incompatible con nuestra perspectiva científica contemporánea en la que los derechos no forman parte de la naturaleza. En particular, el iusnaturalismo parecía descansar en una visión teleológica de la naturaleza, en la que ésta tiene propósitos y derechos naturales incluidos, que resultaba incompatible con la teoría de la evolución.¹⁴ Pero no había que tirar al niño junto con el agua del baño: podíamos deshacernos de la teoría iusnaturalista, pero había que retener la idea de derechos humanos universales. De modo que después de formulada la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1949, la tarea para la filosofía del derecho consistió en dar un fundamento a la idea de derechos humanos universales que no hiciera uso del derecho natural. Pero también tenía que sortear las dificultades que el positivismo jurídico presentaba para justificar la universalidad de los mismos, dado su énfasis en la separación entre moral y derecho, por un lado, y la idea de que los derechos son productos de cuerpos legislativos o jurídicos estatales, que carecen del carácter universal demandado por los derechos humanos para su

¹⁴ Una evaluación más amplia de la teoría iusnaturalista de los derechos se encuentra en Freeden, Michael, *op. cit.*, cap. 3: “The Natural-Rights Paradigm: An Assessment”.

justificación. Desde entonces las posturas para fundamentar los últimos se han centrado en dos teorías: de la voluntad y del interés.¹⁵ Para las primeras, la base sobre la que atribuimos derechos es la voluntad de los agentes, particularmente su capacidad de agencia y autonomía, que buscan proteger el control que los individuos tienen sobre algunas áreas de sus vidas. Para las segundas, atribuimos derechos sobre la base de intereses que tienen los individuos; la función de los derechos es promover esos intereses al conferir y proteger beneficios.

Las teorías de la voluntad, sin embargo, tienen el problema de que, al atribuir derechos sobre la base de la agencia, es decir, la capacidad de iniciar acciones intencionales, parecen dejar de lado a un buen número de individuos que normalmente suponemos como personas con dignidad y con derechos. Tienen dificultades en justificar la atribución de garantías a individuos que no pueden ejercer su agencia ni su autonomía porque no son capaces de acciones intencionales —los llamados casos marginales—: básicamente bebés en etapa prelingüística y gente con discapacidades cognitivas severas. James Griffin, quien ha abogado por este tipo de teoría, llega a afirmar que “los derechos humanos no se deberían extender a los bebés, a los pacientes en coma irreversible o con demencia avanzada, o a quienes padecen deficiencia mental grave”, aunque afirma que “esta conclusión es compatible con que de todas maneras tenemos las obligaciones de más peso para con los miembros de todas estas clases”.¹⁶ Pero resulta difícil justificar que efectivamente tengamos las mismas obligaciones respecto de los miembros de esas clases, que las que tenemos en relación con los agentes autónomos; no puede ser simplemente porque son seres humanos, porque ese no es el criterio, según esta teoría, sobre el que atribuimos derechos ni estatus moral —además, la mera pertenencia a una especie no tendría por qué tener valor moral porque es un hecho biológico sin significación moral—. En realidad parece que podemos terminar con una teoría de deberes indirectos con respecto a estos individuos, con todo lo que eso conlleva en términos de su devaluación moral y de los abusos a los que puede dar lugar. Así, una mejor alternativa, si queremos proteger y promover los intereses de estos

¹⁵ Nickel, James, *Making Sense of Human Rights*, Berkeley-Los Ángeles-Londres, University of California Press, 1987, p. 19.

¹⁶ Griffin, James, *On Human Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 95, citado en Platts, Mark, “Derechos”, *Ser responsable*, México, UNAM, 2014, p. 161. Véase este texto de Platts para una crítica más amplia en este mismo sentido a la teoría de los derechos basada en la agencia.

individuos es reconocerles derechos y, con ello, aceptar los deberes directos que éstos conllevan.¹⁷

Si queremos evitar esta consecuencia incómoda que tienen las teorías que atribuyen derechos a partir de la voluntad, la agencia y la autonomía, parece que nuestra mejor opción es una teoría que los atribuya con base en bienes, intereses y necesidades fundamentales. La función de los derechos es proteger y promover esos intereses y necesidades. Un ejemplo de este tipo de teoría lo encontramos en la definición de derechos humanos que nos da Rodolfo Vázquez:

Los derechos son títulos o, si se prefiere, razones fuertes o relevantes debido al especial valor que se atribuye a ciertos bienes, intereses, necesidades que, por lo mismo, se desea respetar, proteger y garantizar. Asimismo, los derechos se adscriben a todos y cada uno de los integrantes de una clase, individuales o colectivos, pero entendiendo que la titularidad de los mismos sólo es patrimonio de cada individuo: el colectivo como tal no es titular de derechos.¹⁸

En el contexto de mi discusión anterior, quiero poner esto del siguiente modo: tenemos un derecho cuando hay un argumento moral lo suficientemente fuerte como para buscar el respeto, protección y promoción de ciertos bienes, necesidades e intereses que justificadamente consideramos valiosos para todos los integrantes de una clase y que pensamos que deben tener una protección legal especial, o sea, que deben ser reconocidos como derechos legales positivos.

Esta definición tiene una ventaja sobre la que proponen las teorías de la voluntad: al cambiar la base de atribución, podemos ampliar el conjunto de individuos a los que les atribuimos derechos para incluir los casos marginales, es decir, los individuos que todavía no son agentes o que han dejado de serlo, como los bebés en etapa prelingüística o los individuos con discapacidades cognitivas severas. Sin duda alguna la protección y la promoción de la autonomía deben reconocerse como un interés fundamental de la gente, pero ésta no es la base última para atribuir derechos, sino un interés entre otros que deben protegerse. La satisfacción de necesidades básicas, el desa-

¹⁷ Otro problema serio para la teoría de la voluntad es que implica que los sujetos pueden renunciar a voluntad a sus derechos fundamentales (alguien podría, por ejemplo, renunciar a su derecho a la libertad y venderse como esclavo), pero algunos derechos, como los provistos por el derecho penal o la legislación sobre el bienestar, no son renunciables, véase Gewirth, Alan, “Rights”, en Becker, L. y Becker, C. (comps.), *Encyclopedia of Ethics*, Nueva York-Londres, Routledge, 2001, pp. 1506-1512.

¹⁸ Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-ITAM, 2015, p. XIII.

rrollo de capacidades, la posibilidad de que una vida se vea afectada para bien o para mal por la presencia o ausencia de ciertos bienes y la capacidad que un individuo tiene de padecer y de llegar a sufrir innecesariamente son intereses que deben considerarse para la justificación de un derecho moral. Es evidente que con lo anterior nos estamos refiriendo a seres que tienen intereses que pueden verse afectados por las acciones de terceros. Aquí entran los casos que la teoría anterior dejaba de lado —bebés en etapa prelingüística y gente con discapacidades cognitivas severas—, pero si ampliamos la base para la atribución de derechos para integrar casos marginales, parece que inevitablemente también entrarían los animales. No parece haber modo de atribuir derechos a unos sin atribuirlas a los otros. Los animales también tienen necesidades y capacidades cuya insatisfacción puede afectar su vida y dañarla de modos similares a como sucede con los humanos, sean racionales y autónomos o no. No hay una diferencia relevante entre los humanos y los animales que justifique reconocerle a los primeros, por ejemplo, el derecho a la libertad, pero no a los segundos. Los animales también tienen —de diferentes formas, según su especie— necesidad de libertad para desarrollar sus capacidades, por ejemplo, de afiliación, de juego, etcétera. Mantenerlos en cautiverio significa no satisfacer sus necesidades básicas, frustrar sus preferencias y su posibilidad de desarrollar sus capacidades; implica vulnerar sus intereses básicos y, tal como podríamos afirmarlo en el caso de los humanos, violar sus derechos.

Si algo se desprende de nuestra discusión sobre la teoría de deberes indirectos y del utilitarismo es que los animales tienen intereses independientes de los humanos. Por un lado, no pueden ser considerados como cosas, como diría la primera teoría, y la mejor explicación de nuestras reacciones ante la crueldad hacia los animales tiene que reconocerles intereses propios y, por ende, valor moral. Por otro lado, según el utilitarismo, tienen valor moral, entre otras cosas, porque son seres con capacidad de sentir y de sufrir, pero podríamos añadir que esa es solamente una parte de la historia: son seres cuyas vidas pueden ir a mejor o a peor, que atribuyen un valor a esas afectaciones, que tienen preferencias y a quienes les importa que su vida pueda verse afectada negativa o positivamente. Alguien tiene intereses si las cosas pueden ir a mejor o a peor desde su propio punto de vista. Pero se me dirá que no es sólo la atribución de intereses propios con peso moral lo que fundamenta los derechos, sino que atribuimos los últimos a las personas por el muy especial valor intrínseco que pensamos que tienen y que llamamos dignidad. Dado que están íntimamente enlazadas con nuestra idea de derechos, quiero analizar las ideas de persona y de dignidad a continuación, para ver si se pueden predicar también de los animales.

IV. PERSONAS, DIGNIDAD Y DERECHOS

La discusión contemporánea sobre derechos nos muestra que ser humano no constituye una base necesaria ni suficiente para la atribución de derechos, pero tampoco para ser considerado una persona para tener valor moral o dignidad. Aunque en la vida cotidiana el término “persona” es más o menos intercambiable con el de “ser humano”, en la discusión filosófica y jurídica esto no es así y hay razones para diferenciarlos y para pensar que las características sobre las que solemos atribuir la condición de persona son compartidas también por los animales. El concepto de persona es importante en esta discusión porque suele ser la base sobre la que atribuimos derechos. Normalmente, en el ámbito jurídico se piensa que los únicos titulares de derechos son las personas. Por otro lado, filósofos como Michael Tooley han sostenido que la condición de persona puede aplicarse a seres que tienen un serio derecho moral a la vida, formalmente justificado.¹⁹ Si aceptamos que los animales tienen este derecho, entonces podríamos hablar de ellos como personas.

¿Son los animales personas? ¿Qué es una persona? Los orígenes de este concepto se remontan a los antiguos romanos, quienes pensaban que una persona era el portador de derechos legales, de modo que ni las mujeres, ni los niños, ni los esclavos eran personas en ese sentido. El alcance del término se amplió bajo el estoicismo y el cristianismo —doctrinas que tenían una concepción más igualitaria acerca de lo que nos hacía personas—, para referirse a seres humanos que poseyeran un alma racional, con lo cual “persona” pasó a referirse a portadores de *valor moral*. Heredero de esta concepción, John Locke concibe a las personas como seres que se distinguen de otras entidades porque tienen formas complejas de conciencia y concibe la condición de persona como la base para la atribución de responsabilidad.²⁰ El concepto de persona es importante porque implica la posesión de valor moral, es un concepto normativo que impone ciertas restricciones al modo en que tratamos aquello de lo que decimos que es una persona, nos impone restricciones diferentes al modo en que tratamos las cosas.

En una de las concepciones sobre la condición de persona más discutidas en la filosofía contemporánea, P. F. Strawson ha argumentado que persona es “el concepto de un tipo de entidad tal que tanto los enunciados que le atribuyen estados de conciencia, como los enunciados que le atribu-

¹⁹ Tooley, Michael, “Abortion and infanticide”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 2, 1972.

²⁰ Locke, John, *An Essay Concerning Human Understanding* [1694], Oxford University Press, 1975, cap. 27.

yen características corpóreas” le son aplicables.²¹ Es decir, una persona es una clase de entidad a la que le podemos atribuir predicados físicos, pero también mentales. Muchos le han criticado a Strawson que su definición es demasiado amplia porque abarca a todas las criaturas conscientes, particularmente a los animales. Creo que lejos de ser un problema, esto implica que algunas de las concepciones centrales de lo que es una persona permiten que se considere esa condición a los animales. No obstante, algunos filósofos han tratado de restringir el campo semántico del concepto alzando el rasero de lo que son las personas, sosteniendo que son las entidades a las que se les puede atribuir conciencia o autoconciencia, la capacidad de valorar, razonar, elegir, realizar acciones intencionales, e incluso reconocer a otros individuos similares e interactuar con ellos. Obviamente, dependiendo de qué tanto más especifiquemos los predicados mentales necesarios para la atribución de la condición de persona, se irá restringiendo el conjunto de seres de los que podremos decir que son personas.

Normalmente hablamos de personas como si este término fuera sinónimo de “seres humanos”, pero no lo son. Mientras que el segundo concepto es básicamente descriptivo y se refiere a la pertenencia a una especie determinada, la especie *homo sapiens*, el concepto de persona es un concepto con una fuerte carga normativa. Los dos términos no son correferenciales porque no tienen la misma extensión: si bien, por un lado, puede ser que todos los seres humanos sean personas (pero, bajo las definiciones mencionadas, ¿un ser humano muerto es una persona?, ¿o un hombre al que se le ha declarado muerte cerebral?), por el otro, no todas las personas son seres humanos. Si “persona” es un término valorativo es porque el término depende de que aquello a lo que se lo aplicamos cumpla con ciertas condiciones (conciencia, racionalidad, etcétera), a las que les atribuimos valor moral y que nos imponen cierto trato ante esa entidad. Por otra parte, “ser humano” se refiere a los miembros de la especie *homo sapiens*, que se distingue, entre otras cosas, por tener un código genético determinado; pero ni la pertenencia a una especie ni poseer un código genético en particular tienen valor moral en sí mismos. A fin de cuentas, todos los seres vivos (plantas, hongos, animales y todos los que integran los reinos monera y protista) pertenecen a especies y tienen códigos genéticos determinados, pero eso no explica su valor moral. Tratar de derivar valor moral de características como el código genético nos podría llevar a cometer la llamada falacia naturalista, que consiste en derivar valor moral de hechos naturales. Además, si insistiéramos en que sólo los miembros de la clase seres humanos, precisamente por ser miembros

²¹ Strawson, P. F., *Individuals*, Nueva York, Doubleday, 1963, cap. 3: “Persons”, p. 101.

de esta clase, tienen valor moral, entonces podríamos ser acusados de esa forma de discriminación injustificada que hemos llamado especismo. Y si tiene razón Peter Singer, si aceptamos el especismo, entonces no tendríamos cómo parar el racismo, el sexism, la homofobia y otras formas equivalentes de discriminación.²²

Sin embargo, creo que la mayoría de las definiciones del concepto permiten la inclusión de los animales (por lo menos de algunos como los vertebrados), sobre todo si queremos que el concepto también incluya a seres humanos de los que típicamente pensamos que son personas, pero no siempre cumplen con las condiciones, como los bebés en etapa prelingüística y la gente con discapacidades cognitivas severas (como alguien en coma o con Alzheimer avanzado). De nuevo, animales y casos marginales parecen ir en el mismo paquete, se salvan o se pierden juntos. Pero independientemente de los casos marginales, hay bases para la atribución del concepto de persona a algunos animales.

Daniel Dennett ha afirmado que el concepto de persona es una especie de concepto de racimo definido por una lista de criterios en el que ninguno es necesario ni suficiente.²³ Él habla de seis criterios que nos pueden servir para explorar el asunto de la condición de persona en los animales. La primera razón, a la que se alude con frecuencia, es la de racionalidad. Sin duda “racionalidad” es un término muy ambiguo que puede definirse de muchas maneras, pero en su acepción más simple, definida como la capacidad de buscar los mejores medios para alcanzar objetivos deseados, es indudable que los animales son racionales. El uso de instrumentos en distintas especies de animales está ampliamente documentado; hay ejemplos de chimpancés que usan varas para cazar termitas, nutrias que usan piedras para abrir conchas, castores que usan varas para construir diques, etcétera.²⁴ Los ejemplos de este tipo sobran.

²² Singer, Peter “Speciesism and moral status”, *Metaphilosophy*, Massachusetts, 2009, pp. 567-581. Una discusión más amplia sobre la identificación de “persona” con “ser humano” se encuentra en Parcerio, Cruz, *El lenguaje de los derechos: ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trorra, 2012; así como en Aaltola, Elisa, “Personhood and animals”, *Environmental Ethics*, Texas, vol. 30, núm 2, 2008, pp. 175-193.

²³ Dennett, Daniel, *Condiciones de la cualidad de persona*, trad. de L. Murillo, México, UNAM, 1989.

²⁴ Baber, Christopher, *Cognition and Tool Use. Forms of Engagement in Human and Animal Use of Tools*, Londres y Nueva York, Taylor and Francis, 2003. El ejemplo de los chimpancés proviene de Goodall, Jane, *The Chimpanzees of Gombe: Patterns of Behavior*, Massachusetts, Harvard University Press, 1986, citado en Kristin Andrews, “Animal Cognition”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, California, 2016, disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/cognition-animal> (última visita: 30 de junio de 2016).

El segundo criterio de Dennett es que las personas son seres a los que podemos atribuirles estados mentales intencionales, como creencias, deseos, intenciones, etcétera. Aquí entra la definición de Strawson. Ahora, si los animales son capaces de mostrar comportamiento racional, se infiere que es porque les podemos atribuir estados mentales intencionales, que no necesariamente tienen que ser proposicionales o tener contenido conceptual.

La tercera condición nos dice que atribuir la condición de persona depende en cierto sentido de la actitud que tomamos, de consideración especial, frente a lo denominado. Considerar a alguien como una persona nos impone ciertas restricciones, pues hay cierto trato que debemos o no darle de ser el caso. Muchos animales cumplen también esa condición: Frans de Waal relata cómo un chimpancé reprende y disuelve a un grupo de monos jóvenes que jugaban violentamente con un patito.²⁵

La cuarta condición de Dennett tiene que ver con la anterior y nos dice que, una cualidad inherente de una persona es ser capaz de una actitud de reciprocidad, es decir, de reconocer a otros como personas y de establecer relaciones morales con ellas. No sólo es un hecho que los animales, en general, establecen relaciones entre ellos y son capaces, como mucho se ha dicho, de altruismo recíproco y de cooperación, sino también de seguir ciertas normas de conducta frente a otros. Marc Bekoff y Jessica Pierce, por ejemplo, han argumentado que distintas especies de animales muestran un amplio repertorio de conducta moral, que incluye justicia, empatía, confianza y reciprocidad.²⁶ Stanley Wechkin y sus colaboradores en Northwestern University han mostrado cómo los monos rhesus prefieren no comer, aunque tengan hambre, si saben que, de hacerlo, se le dará una descarga eléctrica a uno de sus congéneres.²⁷ Es decir, muchos estudios nos muestran que los animales son capaces de formas básicas de conducta moral.

El quinto criterio de Dennett se refiere a la capacidad de comunicación verbal. No sólo distintas especies de animales son capaces de comunicarse verbalmente unos con otros, como los perritos de las praderas, que son capaces de hacer descripciones de distintos tipos y de dar señales de alarma,²⁸

²⁵ De Waal, Frans, *La edad de la empatía*, trad. de García Leal, A., Barcelona, Tusquets, 2011.

²⁶ Bekoff, Marc y Pierce, Jessica, *Wild Justice. The Moral Lives of Animals*, Chicago, The University of Chicago Press, 2009.

²⁷ Masserman, Jules *et al.*, “«Altruistic» Behavior in Rhesus Monkeys”, *The American Journal of Psychiatry*, Virginia, vol. 121, 1964, pp. 584 y 585.

²⁸ Slobodchikoff, C. *et al.*, “Semantic Information Distinguishing Individual Predators in the Alarm Calls of Gunnison’s Prairie Dogs”, *Animal Behaviour*, Illinois, vol. 42, 1991, pp. 713-719.

sino que algunas otras, como los chimpancés, han mostrado que son capaces de aprender el lenguaje de signos que usan los sordomudos.²⁹

Finalmente, la sexta condición de Dennett es que las personas tienen autoconciencia, es decir, que son conscientes de que son conscientes. A este respecto, individuos de varias especies de animales, como chimpancés, gorilas, orangutanes, babuinos, gibones, monos de muchas especies, bonobos, delfines, ballenas, elefantes, cerdos y distintas especies de aves, entre otros, han mostrado ser conscientes de sí mismos a través de la prueba de auto-reconocimiento en un espejo, en el cual se pueden reconocer.³⁰ Se podría seguir con los ejemplos de animales que cumplen con las condiciones señaladas, pero lo que he querido argumentar, de forma muy general, es que hay suficientes bases para la atribución de la condición de persona a diversas especies de animales a partir de los criterios comunes establecidos para los seres humanos.³¹

Si es posible la atribución de la condición de persona a distintas especies de animales, también lo es la de dignidad. Se suele pensar que la atribución de derechos humanos va junto con la atribución de dignidad. Así procede, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1949, cuando afirma: “La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana... Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.³² ¿Qué es lo que nos da dignidad a los seres humanos?, de nuevo ¿sobre qué base atribuimos dignidad? ¿Y esa característica que nos da dignidad no la poseen también los animales?

Tradicionalmente se ha pensado que la dignidad es un valor especial que nos distingue a los seres humanos de los animales, pero los criterios propuestos para que sea atribuida —como sucede con el concepto de per-

²⁹ Fouts, Roger S. y Fouts, Deborah H., “El uso del lenguaje de signos por los chimpancés”, en Singer, P. y Cavalieri, P. (comps.), *El Proyecto “Gran Simio”*, Madrid, Trotta, 1998.

³⁰ Véase, entre otros, Patterson, Francine y Gordon, Wendy, “En defensa de la condición de persona de los gorilas”, en Singer, P. y Cavalieri, P., *op. cit.*

³¹ Discusiones más amplias sobre el tema de la condición de persona de los animales se encuentran en Chan, Sarah y Harris, John, “Human Animals and Nonhuman Persons”, en Beauchamp, T. y Frey, R. G. (comps.), *The Oxford Handbook of Animal Ethics*, Nueva York, Oxford University Press, 2011, pp. 304-331; DeGrazia, David “On the Question of Personhood Beyond *Homo sapiens*”, en Singer, P. (comp.), *In Defense of Animals. The Second Wave*, Oxford, Blackwell, 2006, pp. 40-53, así como en Aaltola, Elisa, “Personhood and Animals”, *op. cit.*

³² Véase también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo Preámbulo se afirma que los derechos “derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

sona— no son exclusivos de los seres humanos. Y si los fueran, siempre podríamos preguntar por qué esa característica nos hace a los seres humanos merecedores de una atención moral exclusiva. En todo caso, de distintas formas, también se puede predicar de los animales racionalidad, conciencia, libertad, autonomía, moralidad o cualquiera que sea la característica que nos eleve al rango de la dignidad.

Distintos autores han tratado recientemente de extender el concepto de dignidad a los animales; por ejemplo, Martha Nussbaum ha argumentado que los animales tienen derechos porque tienen capacidades que les permiten llevar adelante una vida floreciente que debe ser protegida. Por la misma razón, es el deber de los humanos respetar el valor que tienen esas capacidades, un valor que, igual que en el caso de los humanos, podemos llamar dignidad. No hay por qué considerar como dignas sólo las capacidades de los seres humanos, sino también las de los animales de otras especies, que también merecen respeto. No es la cualidad de razón y de elección moral la única fuente de la dignidad, sino que también lo son otras capacidades que tiene cada animal según su especie.³³ Sin embargo, si la dignidad se refiere al valor intrínseco que tiene aquello de lo que la predicamos, no me queda del todo claro por qué las capacidades, cualesquiera que éstas sean, tienen valor intrínseco —que es, a fin de cuentas, uno de los modos de interpretar lo que es la dignidad—. A pesar de que Nussbaum usa el término y es crucial en su argumentación, en realidad, nunca lo explica, aunque podríamos pensar que las capacidades no son instrumentos al servicio de una vida digna, sino que tienen dignidad en sí mismas siempre que se desarrollean hasta alcanzar un cierto umbral.

En otro lugar he argumentado que podemos atribuir dignidad a los animales, más o menos por las mismas razones que lo hacemos con los seres humanos,³⁴ las cuales tienen que ver con una visión kantiana de la dignidad, que es tal vez la mejor teoría con la que contamos acerca de la misma. Kant pensaba que los seres humanos tienen un valor intrínseco porque, a diferencia del resto de las cosas en el universo que tienen un valor meramente instrumental en relación con nosotros, los seres humanos somos la condición de posibilidad del valor en el mundo. Sin seres humanos, dice Kant, el universo sería un desierto en términos de valores. Es esa capacidad para apreciar lo que tiene un valor último lo que posibilita nuestra capacidad de elección racional. Pero Kant se equivocaba al afirmar lo anterior, pues si

³³ Nussbaum, Martha, *Las fronteras de la justicia*, trad. de R. Vilà y A. Santos, Barcelona, Paidós, 2007.

³⁴ He analizado más ampliamente esta idea en “Sobre la dignidad de los animales” (manuscrito). Debo a Rodolfo Vázquez haberme invitado a escribir sobre este tema.

no hubiera seres humanos, todavía habría valor en el mundo gracias a los animales, que también poseen no sólo esta capacidad de valorar distintos estados de cosas en el mundo, y de buscar algunas cosas que son buenas o malas para ellos, sino también de apreciar estados de cosas que pueden ser buenas o malas *para ellos*. En el caso de los seres humanos, la consideración de que hay cosas que son buenas o malas *para nosotros* es, como dice Christine Korsgaard,

el punto de partida desde el cual construimos nuestro sistema de valores — tomamos esas cosas como buenas o malas de modo absoluto— y al hacerlo estamos tomándonos a *nosotros* mismos como fines en nosotros mismos. Pero no somos los únicos seres para quienes las cosas pueden ser buenas o malas; los otros animales no son diferentes de nosotros en ese sentido. Por lo que debemos considerar a todos los animales como fines en sí mismos.³⁵

A pesar de las opiniones del propio Kant en contra, hay bases en su filosofía para considerar que los animales pueden ser fines en sí mismos, tienen dignidad y, por lo tanto, tienen derechos que deben protegerse y que nos imponen deberes morales directos.

La capacidad para valorar que las cosas pueden ir a mejor o a peor para uno mismo no se da sola, se da en el contexto de estados mentales conscientes e intencionales que también posibilitan la racionalidad, las acciones intencionales, el reconocimiento de otros individuos y la reciprocidad, entre otras cosas. En otras palabras, esa capacidad se da en el contexto de muchos de los mismos estados que también son el fundamento de la condición de persona. Es por eso que tanto el concepto de persona como el de dignidad se refieren al valor especial que tiene aquello de lo que predicamos: un valor que nos impone ciertas actitudes morales y que impide que lo tratemos como un mero medio, como una mera cosa, sino siempre como un fin en sí mismo, como algo que merece respeto. La mejor forma que tenemos de reconocer que los animales tienen dignidad es aceptando que tienen valor moral, derechos y asumiendo los deberes que ese reconocimiento nos impone.

V. ¿QUÉ ANIMALES TIENEN DERECHOS Y QUÉ DERECHOS TIENEN?

Llegados a este punto, es posible que surjan más preguntas acerca de la aplicación del discurso de los derechos a los animales de las que podría res-

³⁵ Korsgaard, Christine, “A Kantian Case for Animal Rights”, en Michel, M. et al. (comps.), *Animal Law. Developments and Perspectives in the 21st Century*, Zurich, Dike, 2012, p. 14.

poner en el espacio de este ensayo. Sin embargo, quiero contestar algunas. Casi inevitablemente surge la pregunta acerca de qué animales tienen derechos. Como dije antes, armé mi caso pensando en los vertebrados (mamíferos, aves, peces, reptiles), que son animales a los que les podemos atribuir estados mentales como la conciencia (aunque también se le puede atribuir a un invertebrado como el pulpo), pero ¿son animales en el mismo sentido una almeja, un caracol o una mosca?

Siempre es un problema trazar la línea divisoria. Pero esa línea, la de qué animales tienen valor moral, depende de la teoría de la que partamos y de lo que se tome como la base para la consideración moral. Si nuestro criterio es la capacidad de sentir y de sufrir, como lo es para el utilitarismo —aunque es importante subrayar que uno no tiene que ser utilitarista para tomar ese criterio—, entonces serán objeto de consideración moral todos los animales de los que podamos predicar estados mentales conscientes.

Mi criterio ha sido diferente, dado que he sostenido que son sujetos de derechos aquellos seres cuyas vidas puedan verse afectadas a mejor o a peor, para ellos mismos, lo que implica cierto grado de valoración de la propia situación, así como de las opciones que uno tiene frente a sí. De modo que probablemente no entran en este conjunto animales que no cuenten con esta capacidad.

Ahora, ¿qué derechos les podemos atribuir a los animales? Es obvio que no atribuimos el mismo conjunto de derechos a todos los sujetos. No atribuimos el derecho a votar y ser votado a bebés porque no tienen la capacidad para ejercerlo. Del mismo modo, no atribuimos a los animales ese derecho ni muchos otros que no pueden ejercer. Aquí habría que seguir el procedimiento sugerido por James Rachels para la atribución de derechos.

Primero podríamos seleccionar un derecho que tengamos seguridad que los humanos tienen. Entonces podemos preguntar si hay una diferencia relevante entre los humanos y los animales que nos justificara a negárselo a los animales mientras se lo reconocemos a los humanos. Si no, entonces el derecho lo tienen los animales tanto como la gente.³⁶

Hay una diferencia relevante entre los seres humanos y, digamos, los cerdos, como para no atribuirles a estos últimos el derecho al voto; no tienen formas de gobierno representativas ni el concepto de representación política, y de hecho —tal vez para su fortuna— no tienen instituciones gubernamentales, en consecuencia no tiene sentido la atribución de ese de-

³⁶ Rachels, James, “Do Animals Have Rights?”, *Can Ethics Provide Answers?*, Massachusetts, Rowman and Littlefield, 1997, p. 82.

recho. Pero si pensamos en el derecho a no ser torturado, la cosa cambia. ¿Hay alguna diferencia significativa que nos permita atribuir este derecho a los humanos, pero no a los cerdos? Ambos son seres cuyas vidas pueden ir a mejor o a peor para ellos mismos, y pueden sentir y sufrir si son torturados. Si los cerdos son maltratados, también sufren y sus vidas pueden verse afectadas para mal desde su propio punto de vista. En ocasiones se nos dice que los seres humanos tienen un valor superior porque somos racionales, y que ningún otro animal tiene la capacidad de hacer computadoras o de ir a la luna, pero ¿qué tiene eso que ver con ser torturados? Los seres humanos tienen un interés en no ser víctimas de tortura no porque sean altamente racionales y vayan a la luna, sino porque tienen la capacidad de sufrir si se les tortura y sus vidas pueden verse afectadas por ese hecho; los cerdos también. Aquí no hay una diferencia significativa que nos permita atribuir ese derecho a los seres humanos, pero no a los cerdos. Los ejemplos de otros derechos podrían seguir y podríamos justificar así el derecho a la libertad, a la vida o a una vida digna, es decir, a no ser usado como meros recursos para otros, como meras cosas o productos.

En ocasiones se niega que los animales puedan tener derechos porque no pueden reclamarlos, pero la analogía con los bebés que tracé antes sirve también para este caso. El que los bebés no tengan todavía la capacidad de reclamar sus derechos directamente, que no puedan acudir a un tribunal a reclamarlos, ni iniciar por ellos mismos un procedimiento legal ni defender sus derechos o darse cuenta cuando éstos han sido violados, no quiere decir que no tengan derechos. Igual que los bebés (o que la gente con discapacidades cognitivas severas), los animales pueden ser representados.³⁷ Alguien puede reclamar el cumplimiento de sus derechos por ellos; ambos pueden tener un representante que haga un reclamo válido en nombre del bebé o de los animales.

Este último punto tiene que ver con una objeción común que se hace en contra de la idea de los derechos de los animales, según la cual los animales no pueden tener derechos porque éstos siempre implican tener obligaciones o deberes y resulta absurdo atribuir obligaciones a los animales porque no podemos imponérselas y, de hacerlo, no las cumplirían. Sin obligaciones no puede haber derechos, se nos dice. Pero si ése fuera el caso con los bebés o con gente con discapacidades intelectuales severas, no podríamos atribuirles derechos, porque tampoco podemos imponerles obligaciones. A este respecto, Tom Regan ha hecho una distinción útil entre *agentes morales*,

³⁷ Sobre el concepto de representación en estos casos, véase Feinberg, Joel, "The Rights of Animals and Unborn Generations", en Blackstone, W. (ed.), *Philosophy and Environmental Crisis: Papers*, Georgia, University of Georgia Press, vol. 44, 1974.

que son individuos que tienen tanto de derechos como de obligaciones, y *pacientes morales*, que tienen derechos, pero no obligaciones.³⁸ Ambos tienen igual valor moral y derechos, pero la diferencia radica en que mientras los primeros tienen también obligaciones, a los segundos no se les pueden atribuir obligaciones.

Esta misma distinción nos explica por qué no tiene sentido afirmar que cuando un guepardo caza y mata a una gacela no está violando el derecho a la vida de esta última. Cuando atribuimos derechos a los animales, este derecho tiene un destinatario, que somos los seres humanos, no otros animales. Esto se debe a que los seres humanos somos agentes morales que podemos guiar nuestras acciones por razones morales como las que nos presentan el reconocimiento de derechos, que nos marcan ciertas obligaciones hacia el portador de los derechos. Los animales, en cambio, no son agentes, sino pacientes morales a quienes no podemos exigirles el cumplimiento de obligaciones que no reconocen. Los derechos son reclamos morales válidos que dirigen los animales en contra de los seres humanos, no en contra de otros animales. Los derechos animales nos imponen un cierto trato y un conjunto de obligaciones a los seres humanos, no a otros animales.

Vale la pena recalcar este último punto. Reconocer derechos a los animales implica reconocer al mismo tiempo que los seres humanos tenemos obligaciones morales hacia ellos; reconocer que un animal tiene, por ejemplo, derecho a la vida, nos impone la obligación de respetar su vida, es decir, de no usarlo como un mero medio o un recurso para nuestra alimentación o para la investigación científica. Como afirman Francisco Lara y Olga Campos:

Cuando se reclaman derechos para alguien se está exigiendo que se le trate con respeto. La fuerza intuitiva de los derechos reside en que con ellos le conferimos a su titular una prerrogativa que impide que los demás le arrebaten valiosas posibilidades. Una prerrogativa que sólo otorga dignidad si el cumplimiento de los derechos no depende de su utilidad general. Sólo así conseguimos que los derechos sirvan para el propósito con el que nacen y que les da sentido: el de salvaguardar el respeto de los individuos, el de evitar que sean considerados meros recursos para el bienestar general... Evitar esa instrumentalización colectiva del perjuicio a los animales sería la función propia de los derechos de los animales.³⁹

Reconocer ese derecho no quiere decir que vamos a criar animales humanitariamente y cuidando estándares de bienestar para luego matarlos sin

³⁸ Véase Regan, Tom, *En defensa de los derechos..., cit.*, cap. 5.

³⁹ Lara, Francisco y Campos, Olga, *Sufre, luego importa. Reflexiones éticas sobre los animales*, Madrid, Plaza y Valdés-Dilemata, 2015, p. 68.

dolor (como puede llegar a sugerir el utilitarismo); quiere decir que no se les usará como un mero recurso ni se les matará para nuestro beneficio. Si para el utilitarismo el vegetarianismo es opcional, para una perspectiva de derechos, es una obligación moral. Otras muchas obligaciones nos impone el reconocimiento de derechos a los animales, como el derecho a la libertad, a una vida libre de violencia, entre otros, pero sobre todo nos impone la obligación de respetar esos derechos.

Me doy cuenta de que he dejado muchos asuntos sin resolver y que recién cuando he delineado el planteamiento general de los derechos referentes a los animales surgen más preguntas, como la de qué hacer cuando entran en conflicto los derechos de los animales con los correspondientes a los humanos, o qué hacer cuando los derechos de los animales entran en conflicto con el balance que debería haber en un ecosistema, o qué otras obligaciones, no meramente negativas, implican para nosotros el reconocimiento de sus derechos, entre otras muchas. Tengo que dejar esos temas para otra ocasión. Ahora simplemente quiero recapitular algunos puntos.

En este ensayo he tratado, en primer lugar, de desechar los puntos de vista de quienes niegan el valor moral de los animales, y de criticar a quienes, aun confiriéndoles dicho valor, llegan a permitir abusos; en segundo lugar, he argumentado a favor de reconocer derechos a los animales. He tratado de mostrar que la misma base sobre la que nuestras mejores teorías de derechos atribuyen derechos a los seres humanos sirven para atribuirse los a los animales, y que incluso conceptos como persona y dignidad —que normalmente muchos juristas toman como la base para la atribución de derechos— se les pueden aplicar de manera justificada. Hablar de los derechos de los animales no es una forma de inflación o de abuso del discurso de derechos, sino una extensión plenamente justificada de los derechos sobre bases similares a las que usamos para atribuir derechos humanos. Si todo esto es cierto, entonces, por pura coherencia, no hay razón para que los defensores de los derechos humanos no lo sean también de los derechos de los animales; tampoco la hay para que estos últimos no lo sean también de los derechos de las mujeres, de los trabajadores, de las minorías sexuales y raciales, y en general de todos los seres que son discriminados, explotados y a quienes se les violan sus derechos de distintas maneras. Sin embargo, de entre todos ellos, los animales son seguramente los más vulnerables.

EL ARGUMENTO DEL RIESGO EN LA CLONACIÓN Y LA MODIFICACIÓN GENÉTICA EN LÍNEA GERMINAL

Eduardo RIVERA LÓPEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La clonación reproductiva, ¿es permisible jurídicamente?* III. *Objeciones a la reproducción humana modificada.* IV. *¿Es posible respetar los principios básicos de la investigación biomédica con seres humanos?* V. *Ponderar para incluir tanto los daños probables como los beneficios factibles de la permisión jurídica.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Una de las contribuciones más importantes que Rodolfo Vázquez (en adelante RV) ha hecho y continúa haciendo a la filosofía práctica en México, y en toda nuestra región, es la de defender de manera consistente y persistente los ideales de una bioética racionalista, laica y liberal. Este propósito incluye trabajos metodológicos acerca de cómo argumentar en bioética, así como el tratamiento de muy diversos temas concretos, como el aborto, la eutanasia, la genética, los trasplantes y la clonación.¹ Quisiera en este trabajo honrar el compromiso de RV con los valores de la discusión racional dentro de una sociedad liberal igualitaria, mediante la discusión de uno de sus trabajos sobre bioética en el que toca un problema crucial para el futuro de una sociedad comprometida con el principio liberal según el cual nuestras acciones están permitidas siempre que no dañen a terceros (el famoso principio del daño de John Stuart Mill).

El tema al que me refiero, y que RV toca en varios de sus artículos, es la clonación reproductiva en seres humanos. En esos trabajos, el autor hace

* Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires.

¹ Véanse los trabajos reunidos en Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

una defensa liberal moderada de esta práctica.² Una de las posibles objeciones que contempla —en mi opinión la más promisoria— es que la clonación reproductiva, al ser todavía una técnica incipiente, podría representar un daño o un riesgo para el clonado.³ RV trata esta objeción intentando encontrar un equilibrio entre los beneficios que estas técnicas pueden representar para la humanidad y los riesgos que inevitablemente implican. Aboga entonces por la intensificación de la investigación con modelos animales y se inclina por una moratoria (hasta que la técnica sea suficientemente segura), más que por una prohibición absoluta.⁴

El argumento del riesgo es, en realidad, mucho más amplio y se aplica a otras cuestiones, además de la clonación. Mi interés es analizar dicho argumento en todas las técnicas que implican (o pueden implicar) modificaciones o manipulaciones genéticas en línea germinal, es decir que, de producirse, son heredadas por individuos potenciales. Esto incluye, además de la clonación reproductiva, cualquier modificación en línea germinal (tanto la terapia génica como el mejoramiento genético).⁵

Mi propósito en este trabajo es presentar la objeción del riesgo en su mejor versión, discutir la respuesta de RV y otros autores, como John Harris, y argumentar finalmente que esta objeción es mucho más poderosa de lo que parece, y puede representar un obstáculo robusto en muchas de las investigaciones que afectan a individuos potenciales (futuros), al menos si se adopta un punto de vista liberal, marco normativo de referencia que, como adelanté, comparto con RV.

II. LA CLONACIÓN REPRODUCTIVA, ¿ES PERMISIBLE JURÍDICAMENTE?

En diversos artículos, RV ha abordado la cuestión de si debería ser jurídicamente permisible la clonación reproductiva de seres humanos. En todos los casos, esta discusión tiene como trasfondo normativo los principios básicos de una sociedad liberal, es decir, principios según los cuales los indi-

² *Idem*.

³ *Ibidem*, p. 114.

⁴ *Ibidem*, pp. 118 y 119.

⁵ En el caso de la clonación, no hay una modificación del genoma a través de la inserción o remplazo de genes. Sin embargo, comparte con la ingeniería genética en línea germinal el hecho de que se crea un nuevo ser humano mediante una técnica en la cual existe una manipulación del genoma (por ejemplo, a través del remplazo del núcleo completo del embrión).

viduos tienen derecho a perseguir libremente sus planes de vida y sus concepciones del bien, mientras ello no dañe a terceros.⁶

Desde este punto de vista, RV contempla numerosas objeciones a la clonación. Fundamentalmente, éstas son: *a)* que la clonación es una forma de “jugar a ser Dios”, *b)* que es antinatural, *c)* que implica riesgos inaceptables, *d)* que viola el derecho a ser concebido heterosexualmente, *e)* que no toma en cuenta el consentimiento de la persona clonada, *f)* que pone en peligro la identidad del clonado por tener un genoma idéntico a su progenitor, y *g)* que trastoca las relaciones de parentesco existentes según el derecho vigente.⁷

Salvo la *c)*, estas objeciones son muy débiles en sí mismas (algo diré de la objeción *e)* sobre el consentimiento) y claramente rebatibles desde el punto de vista normativo, si es que se acepta como premisa el ideario liberal mencionado. La objeción *c)* no es tan fácil de refutar, dado que la imposición de un riesgo es algo que el principio liberal del daño sí considera relevante. De hecho, este último puede reformularse fácilmente como el principio que sostiene que somos libres de desarrollar nuestros planes de vida en la medida en que no impongamos a terceros un daño o *un riesgo de daño* inaceptable. Si fuera cierto que la clonación es riesgosa para un tercero, esto no podría ser desechado fácilmente para un liberal. Se trata, en este sentido, en mi opinión, de la objeción más relevante. Compartiendo las premisas liberales de su argumento, intentaré discutir esta objeción en detalle, tratando de mostrar que, si bien no es concluyente, puede ser más sólida de lo que parece a primera vista.

La objeción a la permisión de la clonación reproductiva en seres humanos basada en el riesgo es presentada por RV del siguiente modo: “los riesgos que conllevan las intervenciones científicas son tan grandes y sus efectos tan remotos, que no es suficiente tomar las cautelas necesarias, sino que tales procedimientos deberían estar ética y jurídicamente prohibidos”.⁸ La respuesta del autor es que

es verdad que las decisiones en cuanto a la experimentación en ingeniería genética y, específicamente, por lo que respecta a la clonación, se dan en situaciones de riesgo e incertidumbre. Es prácticamente imposible contar con elementos seguros que permitan concluir inequívocamente la bondad o maldad ética de estos experimentos. El dilema al que se enfrenta tanto el espe-

⁶ Vázquez, Rodolfo, “Ética y clonación”, en Pérez Tamayo, R. (ed.), *Fronteras de la biología en los inicios del siglo XXI*, México, El Colegio Nacional, 2003, pp. 70-72.

⁷ Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación..., cit.*

⁸ *Ibidem*, p. 114.

cialista en ética como el jurista es el de “o bien [favorecer el desarrollo de la ciencia y la tecnología y] proteger a la sociedad de males desconocidos pero imaginables o bien congelar el desarrollo de la ciencia y la tecnología y privar a la sociedad de bienes desconocidos pero imaginables”. Creo que se puede apostar por el primer cuerno del dilema si vamos acotando lo permitido ante los avances en el propio proceso de experimentación.⁹

Es importante aclarar desde el comienzo que el argumento —y en general la discusión— se refiere a aquellos casos en los que estas técnicas (clonación, modificación genética, etcétera) se utilizan de un modo que incluye la reproducción humana. Es decir que el embrión humano creado o modificado mediante estos métodos es finalmente transferido al útero de una mujer para dar lugar a un embarazo y, luego, al nacimiento de una persona; si esto no ocurre, el problema del riesgo de la persona futura (o de personas futuras) no aparece.¹⁰ La técnica bajo discusión podemos describirla, entonces, como “la modificación genética de un embrión humano en forma reproductiva”. Voy a abreviar esta noción con la sigla RHM (por “reproducción humana modificada”), la cual engloba la clonación reproductiva, así como cualquier modificación genética en línea germinal con intención de traer a la existencia un ser humano.

Este ser humano es, en el momento en el que se acuerda realizar la RHM, una persona futura *potencial*, dado que su existencia depende de una decisión que toman personas existentes (típicamente sus progenitores potenciales). Llamaré “personas potenciales” a todas las personas futuras cuya existencia depende de una decisión reproductiva, tal como la RHM. Este concepto no sólo incluye al hijo genéticamente modificado (o clonado), sino también a su descendencia (en aquellos casos en los que esa descendencia porta el genoma modificado o creado). Ellos también son personas potenciales, dado que su existencia depende de la realización de la reproducción humana modificada.

En resumen, la objeción del riesgo es que la RHM implica un riesgo no consentido excesivo para las personas potenciales. Sobre el carácter no consentido y su papel en el argumento volveré más adelante.

⁹ *Ibidem*, p. 119, citando a Garzón Valdés, Ernesto, “¿Qué puede ofrecer la ética a la medicina?”, *Isonomía*, México, vol. 8, 1998, p. 24.

¹⁰ Sí aparecen otros problemas conexos, como el uso del aborto para seleccionar aquellos casos en los que la técnica ha dado buen resultado respecto de aquellos en los que no.

III. OBJECIONES A LA REPRODUCCIÓN HUMANA MODIFICADA

La cita de Ernesto Garzón Valdés y, en general, la respuesta de RV a la objeción del riesgo parece plausible, aunque algo indeterminada, pues afirma solamente que debemos ponderar el riesgo de daño con el beneficio que la RHM puede producir en personas futuras (potenciales o no). A medida que esta técnica, tanto en su fase experimental como en su aplicación, avance, esos riesgos se reducirán y los beneficios se acrecentarán. Una prohibición absoluta de la RHM estancaría la investigación, el avance de la medicina y, por tanto, los beneficios que ésta genera para la humanidad.

Quisiera, a continuación, discutir y precisar mejor la objeción. Una primera versión de esta última es que la RHM posee, al menos en una primera etapa, un riesgo a las personas potenciales que sobrepasa un umbral razonable. En otras palabras, las personas potenciales producidas mediante esta técnica estarían sujetas a un riesgo de daños serios demasiado elevado.¹¹

Obviamente, para poder evaluar esta objeción es necesario precisar qué significa “demasiado elevado”, es decir, cuál es el umbral de riesgo “razonable”, lo que da lugar a diferentes posibles versiones de la objeción. Voy a analizar tres posibles criterios para establecer ese umbral (sigo parcialmente a Dresser).¹²

El primer criterio está pensado para aquellas RHM que consisten en modificaciones genéticas en línea germinal realizadas con el objetivo de evitar la trasmisión de alguna enfermedad genética a la descendencia. Cohen afirma que “el riesgo de las intervenciones en línea germinal para personas futuras debe ser, hasta donde podemos conocer, no mayor que el riesgo de haber nacido con la condición genética en cuestión”.¹³ Un segundo criterio es establecer el riesgo inherente a la reproducción natural como umbral de riesgo máximo razonable. El tercer criterio (el menos exigente) requiere

¹¹ Está claro que la experimentación relevante para la RHM no comienza con la RHM misma, sino con investigación básica, investigación en modelos animales e investigación con embriones humanos en forma no reproductiva (descartando los embriones modificados). Sin embargo, esta experimentación previa no es suficiente para evitar la necesidad de observar qué ocurre una vez que los embriones se implantan, se desarrollan y, eventualmente, dan como resultado un nuevo ser humano nacido.

¹² Dresser, Rebecca, “Designing Babies: Human Research Issues”, *IRB: Ethics & Human Research*, Nueva York, vol. 26, núm. 5, 2004, p. 5.

¹³ Cohen, Cynthia, “Designing Tomorrow’s Children: The Right to Reproduce and Oversight of Germ-Line Interventions”, en Chapman, A. R. y Frankel, M. S. (eds.), *Designing Our Descendants. The Promises and Perils of Genetic Modifications*, Maryland, John Hopkins University Press, 2003, p. 304.

solamente que la vida de las personas potenciales sea preferible a la no existencia, es decir, que sean vidas con un bienestar positivo.

Según el primer criterio, una RHM sería permisible si el riesgo de daño para las personas potenciales es menor que el que tendría un descendiente de padres con enfermedades hereditarias. En otras palabras, la idea es que el riesgo de daño severo para una persona potencial sea menor que el que tendría una persona concebida mediante la reproducción natural por parte de *esos padres* (que portan la mutación genética que produce la enfermedad). En términos muy simples, si una enfermedad, de la cual los progenitores potenciales son portadores, posee un 25% de probabilidad de ser transmitida a la descendencia, por ejemplo, por tratarse de una enfermedad monogenética recesiva como la fibrosis quística, entonces una RHM tendiente a remplazar el gen mutado por uno sano debería dar al hijo y a sus descendientes una probabilidad menor al 25% de padecer un daño comparable a la fibrosis quística.

Este criterio es problemático por varias razones. En primer lugar, el argumento sería plausible si las alternativas de los progenitores potenciales fueran únicamente dos: procrear con la mutación o con RHM, es decir, generar en el hijo potencial la probabilidad de daño de la enfermedad o generar en el hijo potencial la probabilidad de daño de la RHM. Sin embargo, esto no es así en ninguna situación mínimamente realista. En cualquier caso, tratándose de personas portadoras de enfermedades genéticas, existen otras alternativas de procrear (o, en general, de ejercer la paternidad o maternidad) que no acarrean ninguno de los dos riesgos mencionados, las cuales van desde el diagnóstico preimplantatorio y la selección embrionaria, la donación de gametos y de embriones, hasta la adopción).

Otra limitación que el criterio tiene es que no se aplica satisfactoriamente a aquellos casos en los que la RHM no tiene por objetivo la eliminación de una enfermedad genética, sino satisfacer el deseo de procreación (clonación) o el mejoramiento genético. En el caso de la clonación, el riesgo de daño de la RHM no puede compararse con el que existe en la procreación con alguna enfermedad, dado que la razón por la cual una persona podría desear realizar una clonación reproductiva es el deseo de procrear, no el de evitar una enfermedad en la descendencia. Los términos de la comparación pueden ser la no procreación o la procreación mediante otros métodos (dependiendo de cuál sea la razón para optar por la clonación). En el caso del mejoramiento genético, el riesgo de daño de la RHM sería comparado con la reproducción natural (aunque en este caso, se podría argumentar que debe computarse también la probabilidad de beneficio, argumento que retomaré más adelante).

Veamos a continuación el criterio que requiere comparar el riesgo de daño de la RHM con el que implica la reproducción natural. Es claro que la reproducción humana (en cualquiera de sus variantes, natural, *in vitro*, entre otras) conlleva cierto riesgo de que el nuevo ser humano padezca alguna condición no deseable. Para el caso de la reproducción natural (la forma en que la inmensa mayoría de los seres humanos procrea), John Harris cita un informe reciente, según el cual el 6% de los nacidos vivos (de todo el mundo) padecen alguna enfermedad innata importante.¹⁴ Este cálculo tiene en cuenta, como parámetro de comparación, el nacimiento sin un defecto o enfermedad innata, es decir, el umbral de un nacido “sano”. Aceptando este criterio para establecer el riesgo y estos datos, podemos decir que la reproducción natural tiene un riesgo del 6% de daño serio innato.

Ahora bien, ¿por qué debería ser éste el parámetro para evaluar la permisibilidad de una RHM? La pregunta es compleja y se relaciona directamente con el llamado “problema de la no identidad”, el cual surge por el hecho de que las decisiones procreativas afectan la identidad de las personas potenciales, y esto hace que sea difícil aplicar las categorías habituales acerca del daño y el principio que prohíbe ocasionar un daño a terceros. Imaginemos que una pareja de potenciales progenitores opta por la RHM, que resulta muy riesgosa y que finalmente produce una discapacidad en su hijo. Si el hijo es capaz todavía de una vida valiosa (como lo es, de hecho, la vida de la gran mayoría de las personas discapacitadas), no podría decir que sus padres lo dañaron al utilizar la RHM, dado que, si no lo hubieran hecho, él no habría existido. En otras palabras, para ese hijo, las alternativas no son vivir con o sin la discapacidad (en cuyo caso sí podríamos decir que causarle esa discapacidad por parte de los padres sería dañarlo), sino que sus alternativas son vivir con esa discapacidad o no haber existido nunca. En este caso, no es claro que los padres, al haberlo engendrado con la discapacidad, le produjeron un daño. Su vida, en balance, sigue siendo un beneficio.

No pretendo entrar aquí en la discusión sobre este problema, pues en otro trabajo defiendo el criterio de la normalidad como parámetro para determinar si un acto procreativo es un daño, y por lo tanto es impermisible.¹⁵ Fundamentalmente, mi idea es que, dado que la no existencia —en el sentido de no haber ni siquiera comenzado a existir— no es un daño, pero la existencia con una enfermedad o discapacidad sería sí lo es, en compara-

¹⁴ Harris, John, “Time to Exorcise the Cloning Demon”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, Cambridge, vol. 23, 2014, pp. 58 y 59; luego volveré sobre ese informe.

¹⁵ Rivera López, Eduardo, “Individual Procreative Responsibility and the Non-Identity Problem”, *Pacific Philosophical Quarterly*, California, vol. 90, núm. 3, 2009, pp. 336-363.

ción con la existencia sin esa enfermedad o discapacidad; entonces, desde el punto de vista del potencial progenitor, existen razones morales fuertes para evitar la procreación en condiciones de enfermedad o discapacidad seria, aun cuando la alternativa sea la no existencia de la persona potencial (es decir, aun cuando no exista la alternativa de procrear sin esa enfermedad o discapacidad).

El mismo argumento (o esquema de argumento) se puede trasladar al caso del riesgo de daño. Imponer a nuestros hijos potenciales el riesgo de padecer alguna enfermedad o discapacidad seria es moralmente impermisible (al menos en principio), aun cuando no exista la alternativa de hacerlo sin imponer ese riesgo. Desde un principio, la reproducción natural impone un cierto riesgo de daño (aceptamos la hipótesis del 6%). Pensamos, de hecho, que deberíamos reducir ese riesgo, si fuera posible. En la medida que una técnica alternativa de reproducción, como la RHM, aumentara el riesgo por encima de este umbral, habría razones morales para no aceptarla.

Si esta posición es la correcta, entonces el tercer criterio para establecer el nivel de riesgo permitido es inaceptable. Este criterio, recordemos, sólo exige que la RHM otorgue a las personas potenciales un nivel de riesgo que sea preferible a la no existencia. La idea sería la siguiente: imaginando la posibilidad de elegir entre comenzar a existir con un cierto nivel de daño esperado —entendido como el producto del nivel de daño por la probabilidad de sufrirlo— y no haber existido nunca, tendríamos que preguntarnos cuál es el nivel de daño esperado máximo a partir del cual una persona preferiría no haber sido procreada. Hasta ese nivel de daño, la vida potencial de esa persona es todavía un beneficio para ella, no un daño, por lo cual es permisible hacerla existir.

Sin embargo, existen muchas circunstancias en las cuales pensamos que es preferible la no existencia de una persona potencial antes que su procreación con un nivel de daño esperado muy inferior al umbral que establece este criterio. Por ejemplo, todos apoyamos las políticas para evitar el embarazo adolescente en poblaciones vulnerables. Es muy probable, sin embargo, que los hijos potenciales de esas madres jóvenes no padezcan un daño tan grande como para que fuera preferible para ellos no haber nunca existido. La vida sigue siendo, con mucha probabilidad, valiosa para ellos; sin embargo, pensamos que es mejor que esas personas no hubiera comenzado a existir, es decir, que sus madres no hubieran quedado embarazadas.

En los casos de modificación genética tendientes a producir un beneficio neto, es decir, de mejoramiento genético (mayor memoria, mayor inmunidad que la normal, mayor expectativa de vida, mayor inteligencia, etcétera), uno podría pensar que el riesgo de daño debería sopesarse con este benefi-

cio probable. Sin embargo, es dudoso que consideremos que un progenitor responsable haría este tipo de balance. Supongamos (en un escenario de ciencia ficción) que yo podría tener un hijo mediante reproducción natural o bien con una técnica de RHM tendiente a producir un beneficio específico, por ejemplo, mayor inteligencia, en mi hijo potencial. En mi opinión, un padre potencial responsable no sometería a su hijo potencial a un riesgo de daño severo mayor que el de la reproducción natural con el argumento de que ese riesgo se compensaría con una cierta probabilidad (no importa cuán grande) de poseer una mayor inteligencia (no importa cuánto mayor). En mi opinión, la reproducción responsable no es aquella que maximiza el beneficio neto del hijo potencial, sino la que minimiza el riesgo de daño, es decir, de condiciones que sitúen al hijo potencial debajo del umbral de la normalidad (establecida convencionalmente como el hijo “sano”).

IV. ¿ES POSIBLE RESPETAR LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA CON SERES HUMANOS?

Una defensa más sólida del criterio que establece el umbral de la reproducción natural requeriría mucha más argumentación. Supondré a continuación que es el correcto, en parte, porque es un umbral habitualmente aceptado, incluso por aquellos que rechazan el argumento del riesgo. Por ejemplo, el argumento de Harris no es tanto que el estándar de la reproducción natural es incorrecto (aunque probablemente, en última instancia, lo encuentra arbitrario), sino que, incluso si lo aceptamos, no es un obstáculo para la RHM (la clonación o la modificación genética), porque la reproducción natural ya es un procedimiento bastante ineficiente y riesgoso.¹⁶

En cualquier caso, si aceptamos este estándar, aunque sea por hipótesis, debemos establecer cuál es el riesgo que este estándar implica y si la RHM puede satisfacer dicho estándar.

Como mencioné anteriormente, Harris cita un informe que sostiene que un promedio de alrededor del 6% de los nacidos vivos, a nivel mundial, tiene una enfermedad o daño innato. Asumiendo que se trata de un estudio confiable, se podría pensar que la comparación es simple: si los nacidos producto de la RHM tienen, en promedio, más del 6% de daño innato serio, entonces RHM es demasiado riesgosa y debería ser prohibida. Si tienen el mismo o menos de ese porcentaje, es segura y puede ser permitida.

¹⁶ Harris, John, “Germline Modification and the Burden of Human Existence”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, Cambridge, vol. 25, 2016, pp. 10 y 11.

La comparación, sin embargo, no es tan simple, dado que 6% es un promedio que abarca diversas poblaciones y grupos sociales. Cuando un potencial progenitor tiene que decidir si se somete a una RHM para procrear, debería calcular cuál es el riesgo de daño que, *para él o ella*, tiene la reproducción natural, o tendría si fuera posible. En este sentido, dado que técnicas como la RHM sólo serían posibles en poblaciones pertenecientes a países desarrollados, habría que establecer el riesgo que la reproducción natural tiene en esos países, que, ciertamente, es menor al 6%. En efecto, de acuerdo con el informe mencionado (que tomamos como válido por hipótesis), en países como Francia, la incidencia de enfermedades innatas serias es de menos del 4%¹⁷ y, en general, en países desarrollados el promedio no supera el 5 por ciento.

Supongamos entonces que el requisito para aceptar la RHM es que el riesgo de daño a las personas potenciales involucradas sea menor o igual al 5%, entendido como que no más de ese porcentaje de los nacidos vivos productos de RHM padezcan una afección innata grave. Si el riesgo de daño es sustancialmente más alto, diríamos que se trata de una técnica poco segura y no debería ser permitida.

A priori, y desde el sillón del filósofo, no veo ninguna razón por la cual la RHM (al menos en algunas de sus variantes) no pueda tener, e incluso disminuir, el nivel de riesgo máximo permitido, fuera éste el 5% o cualquier otro. Es perfectamente posible que el desarrollo de la tecnología permita convertir la clonación, la terapia génica y el mejoramiento genético en técnicas perfectamente seguras, incluso más seguras que la reproducción natural.

Sin embargo, existe una dificultad adicional: que el único modo de saber si se satisface este requisito o no es la experimentación en RHM. Una vez agotada la investigación básica, con modelos animales y con embriones humanos en forma no reproductiva, deberá darse el salto a transferir esos embriones para que den lugar a personas. Este salto también es, al menos conceptualmente, una forma de experimentación.¹⁸

¹⁷ Global Report, p. 4.

¹⁸ Ciertamente, aun los defensores de la RHM no piensan que se pueda dar ese salto en las condiciones actuales. Por ejemplo, John Harris aboga, por ahora, solamente con extender el plazo de 14 días que rige actualmente para la experimentación con embriones humanos en el Reino Unido (luego de lo cual deben descartarse). Véase Harris, John, “It’s time to extend the 14-day limit for embryo research”, *The Guardian*, Londres, 2016, disponible en: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/may/06/extend-14-day-limit-embryo-research>. Agradezco el punto a Ignacio Mastroleo.

La pregunta relevante que debemos hacernos, entonces, no es si se podría alcanzar el nivel de riesgo aceptable en algún momento (cosa que, *a priori*, parece altamente probable), sino si es posible alcanzar este nivel mediante una experimentación que respete los principios básicos de la investigación biomédica con seres humanos.¹⁹ Esto involucra al menos dos requisitos: que esa experimentación satisfaga la condición de consentimiento informado y que no someta a las personas potenciales a un riesgo de daño sustancialmente mayor al de la reproducción natural. Veamos las dos cuestiones en orden.

En relación con la cuestión del consentimiento informado, es importante aclarar cuál es el consentimiento que cuenta. Se podría pensar que, cuando el sujeto de investigación, por ejemplo, la mujer o pareja que desea procrear, da (o no) su consentimiento, está haciendo dos cosas a la vez. Por un lado, está otorgando el consentimiento propio, respecto de su participación y de los beneficios o daños que le atañen específicamente a él. Por otro lado, está dando el consentimiento vicario, en nombre de la persona potencial, que también será portadora de los beneficios o daños de la RHM. Sin embargo, creo que está en lo correcto John Harris cuando afirma que contar con el consentimiento de las personas potenciales es irrelevante, en el sentido de que no es razonable pretender contar con la aprobación de individuos que no existen, aun cuando ellos serían afectados por nuestras decisiones.²⁰ Efectivamente, realizamos una multiplicidad de acciones que afectarán a nuestros hijos antes de que sean capaces de dar un consentimiento válido (e incluso antes de que nazcan). Dado que, en estos casos, se

¹⁹ Cuál es el riesgo que debe consentir el sujeto de investigación (fundamentalmente, la mujer que se somete a la RHM) depende también de qué técnica sea la que se experimenta. A modo ilustrativo, menciono los siguientes tres casos: *i)* La clonación reproductiva. En este caso, la técnica consiste en extraer el núcleo de un óvulo (fecundado) y de una célula somática y, luego, introducir el núcleo de la célula somática (que contiene todo el genoma de un individuo adulto) en el óvulo; *ii)* MRT (Mitocondrial Replacement Therapy). Se trata de una técnica tendente a remplazar el ADN mitocondrial de la mujer, cuando éste contiene una mutación patológica. La técnica consiste en extraer el núcleo de un óvulo fecundado y de un óvulo de donante, e introducir el núcleo del primero en el segundo. De este modo, la donante del óvulo aporta el ADN mitocondrial y los padres biológicos el ADN nuclear (Véase The National Academies of Sciences, Engineering, Medicine, *Mitochondrial Replacement Techniques: Ethical, Social, and Policy Considerations*, 2016, cap. 2, disponible en: <http://www.nap.edu/catalog/21871>); *iii)* CRISPR(Cas9). Es una técnica que posee muchos usos, pero que puede ser empleada para remplazar una zona específica de la secuencia de ADN. Se trata, sin duda, de la tecnología más avanzada y más promisoria para la modificación genética en sentido estricto: el remplazo o edición de genes. Se encuentra en estadio experimental.

²⁰ Harris, John, “Germline Manipulation and Our Future Worlds”, *The American Journal of Bioethics*, Massachusetts, vol. 15, núm. 12, 2015, pp. 32 y 33.

trata de decisiones que implican la existencia o inexistencia de la persona potencial, creo que hay más razones aún para sostener que el consentimiento hipotético no cumple ningún rol en la decisión. El único criterio centrado en la persona potencial es, en mi opinión, que el riesgo de daño severo no supere el umbral que aceptamos socialmente para la reproducción natural debidamente diligente.

Aun así, contar con el consentimiento de la persona procreadora puede ser menos sencillo de lo que parece. Bárbara Dresser ha planteado acertadamente diversas dificultades. Desde mi perspectiva, su argumento más importante se refiere al problema del reclutamiento de sujetos de investigación. En efecto, para poder experimentar con las diferentes técnicas de RHM es necesario contar con personas que estén dispuestas y consientan en forma informada una serie de prácticas y de consecuencias, como las siguientes:²¹

- a) Someterse a una técnica de reproducción asistida. Esto incluye la hiperestimulación, la extracción de óvulos, la fecundación *in vitro*, la manipulación del embrión (para modificar sus genes o para remplazar su núcleo), la transferencia del embrión, o los embriones, a su útero, y, finalmente, en caso de embarazo, decidir continuar con él.
- b) Estar dispuesta a realizar un aborto en el caso de que se haya producido alguna malformación o defecto del etéreo producto de la reproducción humana modificada.
- c) Estar dispuesta a aceptar un riesgo aún desconocido de daño para su hijo y su descendencia.
- d) Estar dispuesta a que su hijo, al menos durante la minoría de edad, sea sometido a controles periódicos, necesarios para constatar la existencia de efectos a largo plazo de la reproducción humana modificada.

Es difícil pensar que muchas personas, fundamentalmente mujeres con interés de procrear estarían dispuestas a someterse a tal experimentación, si fueran debidamente informadas de todos los puntos mencionados. Y es difícil entonces imaginar de qué modo puede progresar una investigación en RHM, si el número de sujetos de investigación es exiguo.

Independientemente de este argumento, queda valorar la ponderación del riesgo en sí mismo para las personas potenciales. En todos los documentos y guías para la experimentación biomédica con seres humanos, el

²¹ Dresser, Rebecca, “Designing Babies: Human Research Issues”..., *cit.*, pp. 5 y 6.

requisito de un adecuado balance de riesgo y beneficio es independiente al requisito del consentimiento. Si, como he argumentado, el riesgo máximo tolerable para este tipo de experimentación es el 5% de nacer con alguna condición severa, es difícil imaginar *a priori* que ninguna etapa de la investigación en RHM, aun la más inicial o incipiente, no posea un nivel de riesgo mayor. Es cierto que, antes de experimentar en RHM, es decir, con sujetos humanos y completando el proceso de procreación, se impone la realización de modelos de laboratorio, modelos animales y modelos humanos en forma no reproductiva (típicamente, embriones humanos menores de 14 días que luego se descartan). Sin embargo, al menos en el caso de la clonación y la modificación genética en línea germinal con técnicas de edición de genes, resulta difícil imaginar que no exista una etapa en la que aplicar esas técnicas en seres humanos no implique un riesgo bastante elevado de efectos colaterales severos.

Si esto es así, la investigación y desarrollo de la RHM tiene grandes dificultades, en el marco de una sociedad liberal, la cual no tolera el daño a terceros (o la imposición de un riesgo inaceptable de daño a terceros) no consentido con el fin de generar un beneficio social agregado. Si pensamos que procrear un individuo con una probabilidad alta de que sufra discapacidades severas es una forma de daño, y creemos que, al menos en una primera etapa, una investigación en clonación o en modificación genética en línea germinal inevitablemente implicará generar estos riesgos, entonces el avance en este campo cuenta con obstáculos prácticos y morales sustanciales, difíciles de superar a corto plazo.

V. PONDERAR PARA INCLUIR TANTO LOS DAÑOS PROBABLES COMO LOS BENEFICIOS FACTIBLES DE LA PERMISIÓN JURÍDICA

El objetivo de este trabajo no es abogar por una posición conservadora en términos de modificación genética o acerca de la clonación. Aunque no hablo aquí sobre ello, pienso que otros argumentos en contra de estas técnicas son particularmente débiles: el argumento de conservar el acervo genético, el de “jugar a ser Dios”, el del consentimiento de las personas futuras, entre otros. Tampoco pienso que deba aplicarse un “principio precautorio” rígido para todas las propuestas de modificación legislativa que planteen el permitir alguna conducta actualmente prohibida. Creo que, en muchos casos, es más razonable aplicar una ponderación que incluya tanto los daños probables como los beneficios factibles de esa permisión. Sin embargo, en la medida en que realizar esas conductas requiere el consentimiento de perso-

nas puntuales y, además, afecta a personas puntuales, existen dentro de una sociedad liberal restricciones en la maximización de los beneficios sociales agregados. Por ejemplo, no podemos experimentar con personas sin su consentimiento, aun cuando sea totalmente cierto que ello generará enormes beneficios para la salud de millones. Este principio liberal es, por supuesto, debatible. Mi punto es que si lo aceptamos —como ocurre en mi caso y en el de RV—, entonces la experimentación en materia de lo que he llamado RHM (es decir, clonación y modificación genética en línea germinal) tiene obstáculos prácticos y teóricos muy difíciles de superar.

Quizá lo que ocurra de hecho sea algo similar a lo que ocurrió con otras técnicas, como la reproducción asistida: se avanzará en la experimentación sin cumplir con los requisitos propios de una sociedad liberal y, una vez que el hecho esté consumado, todos nos beneficiaremos de que otros actuaron incorrectamente. En el caso de la reproducción asistida hubo suerte, dado que no se produjeron daños serios en los nacidos con esas técnicas. Me resulta más difícil imaginar que, al menos durante un tiempo, eso no ocurra con la clonación o la modificación genética en línea germinal.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- COHEN, Cynthia, “Designing Tomorrow’s Children: The Right to Reproduce and Oversight of Germ-Line Interventions”, en Chapman, A. R. y Frankel, M. S. (eds.), *Designing Our Descendants. The Promises and Perils of Genetic Modifications*, Maryland, John Hopkins University Press, 2003.
- DRESSER, Rebecca, “Designing Babies: Human Research Issues”, *IRB: Ethics & Human Research*, Nueva York, vol. 26, núm. 5, 2004.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “¿Qué puede ofrecer la ética a la medicina?”, *Isonomía*, México, vol. 8, 1998.
- HARRIS, John, “Time to Exorcise the Cloning Demon”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, Cambridge, vol. 23, 2014.
- _____, “Germline Manipulation and Our Future Worlds”, *The American Journal of Bioethics*, Massachusetts, vol. 15, núm. 12, 2015.
- _____, “Germline Modification and the Burden of Human Existence”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, Cambridge, vol. 25, 2016.
- _____, “It’s time to extend the 14-day limit for embryo research”, *The Guardian*, Londres, 2016, disponible en: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/may/06/extend-14-day-limit-embryo-research>.

“Mitochondrial Replacement Techniques: Ethical, Social, and Policy Considerations”, *The National Academies of Sciences, Engineering, Medicine*, 2016, disponible en: <http://www.nap.edu/catalog/21871>.

RIVERA LÓPEZ, Eduardo, “Individual Procreative Responsibility and the Non-Identity Problem”, *Pacific Philosophical Quarterly*, California, vol. 90, núm. 3, 2009.

VÁZQUEZ, Rodolfo, “Ética y clonación”, en PÉREZ TAMAYO, R. (ed.), *Fronte- ras de la biología en los inicios del siglo XXI*, México, El Colegio Nacional, 2003.

_____, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

_____, “La clonación reproductiva en seres humanos”, en VÁZ- QUEZ, Rodolfo, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, Méxi- co, Fondo de Cultura Económica, 2004.

EL BINOMIO MUJER-MADRE FRENTE AL ABORTO*

Dennia Aline TREJO PEREA**

SUMARIO: I. *La discusión de Vázquez Cardozo y la puerta a la reflexión sobre la cultura.* II. *Datos estadísticos.* III. *La noción.* IV. *Bibliografía.*

I. LA DISCUSIÓN DE VÁZQUEZ CARDOZO Y LA PUERTA A LA REFLEXIÓN SOBRE LA CULTURA

Frente al planteamiento de las posturas sobre el aborto (en un sentido extremo): por un lado la posición conservadora y representativa del pensamiento cristiano que antepone la vida del feto respecto de la libre decisión de la mujer y, por otro lado, la visión laica liberal que considera el aborto como una posibilidad más de control natal; el doctor Rodolfo Vázquez lleva a cabo un análisis filosófico sobre el tema en su libro *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal.*

En ese texto, a partir de las ideas de Peter Singer sobre la noción de persona, Vázquez reflexiona sobre las posturas moderadas reflejadas en las propuestas cristianas y en las liberales. Cabe señalar que desde el planteamiento de su discurso hace énfasis en su convicción como lo ha expresado el filósofo Uberto Scarpelli:

El problema del aborto no es un problema marginal, ni un problema puramente técnico, sino el lugar crítico de una cultura entera, de una visión del mundo. Se enfrentan en torno a él la fe religiosa y el humanismo, la metafísica y la filosofía del hombre, el paternalismo de quien quiere imponer a todos la posición moral y la reivindicación de la libertad.¹

* Un agradecimiento especial a la doctora Martha Santillán Esqueda por sus valiosas observaciones, sugerencias y revisión del ensayo.

** Universidad Autónoma del Estado de México.

¹ Vázquez Cardozo, Rodolfo, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 46.

Argumentos de carácter cultural que son relevantes en el debate en cuestión y que vale la pena poner sobre la mesa.

En ese sentido y sin desestimar la riqueza argumentativa del análisis que expone Rodolfo Vázquez en su planteamiento, me inclinaré por retomar estas ideas de corte cultural a las que alude el autor para dar paso a una reflexión sobre los conceptos de mujer y madre que se gestan alrededor del tema del aborto por encima de la noción de persona desde el enfoque de la historia, con el ánimo de mostrar un panorama más amplio de las nociones culturales que se encuentran integradas en los procesos de identidad de la sociedad mexicana en torno al aborto.

Cabe señalar que esta reflexión tiene la finalidad de respaldar el discurso histórico y crítico respecto de la construcción del binomio mujer-madre sin la intención de fijar una postura concreta desde la perspectiva de género, o bien, sin el ánimo de marcar un juicio de valor respecto del aborto. Las pretensiones argumentativas tienen el propósito de abrir la discusión a un nivel interdisciplinario en donde las dinámicas identitarias y la historia cultural tienen cabida para ofrecer ideas al debate.

II. DATOS ESTADÍSTICOS

Recientemente el Instituto Guttmacher publicó un artículo con datos a nivel mundial sobre el comportamiento del fenómeno del aborto.² Este estudio da cuenta de la significativa disminución de las tasas de la interrupción del embarazo, entre 1990 y 2014, en el mundo desarrollado; en contraste los países en desarrollo han permanecido, en su mayoría, sin cambios. Para el análisis de este ensayo el artículo es relevante pues señala

que en 2010-2014, una cuarta parte de todos los embarazos a nivel mundial terminaron en abortos. El porcentaje disminuyó en las regiones desarrolladas de 39% en 1990-1994 a 28% en 2010–2014. En contraste, el índice cambió muy poco en los países en desarrollo: de 21 a 24% en el mismo espacio de tiempo. Sin embargo, la proporción de embarazos que terminaron en abortos aumentó en América Latina y el Caribe (de 23 a 32%), en Asia del Sur y Central (de 17 a 25%), y en África del Sur (de 17 a 24%).

² Sedgh, Gilda *et al.*, “Incidencia del aborto entre 1990 y 2014: niveles y tendencias globales, regionales y subregionales”, disponible en: <https://www.guttmacher.org/es/news-releases/2016/las-tasas-de-aborto-disminuyeron-de-forma-significativa-en-el-mundo-desarrollado>.

Lo anterior hace pensar a los investigadores que en el mundo desarrollado, en comparación con los países en progreso, las mujeres han tenido más éxito en el control de natalidad, mientras que las mujeres en las otras regiones siguen careciendo de las herramientas necesarias para mejorar la planificación natal.

Asimismo, este estudio mostró que

cuando los países se agruparon según sus leyes de aborto, no había una diferencia significativa en las tasas de aborto durante el período 2010-2014 entre los países donde el aborto es legal y en aquéllos donde está restringido. En los países donde el procedimiento estaba prohibido totalmente o permitido solamente para salvar la vida de la mujer, la tasa de aborto fue de 37 por 1,000, y en los países donde el aborto estaba disponible a solicitud, la tasa de aborto fue de 34 por 1,000.

Esto llevó a la conclusión de que las leyes restrictivas no impiden que las mujeres aborten, por el contrario, generan un proceso inseguro y clandestino, poniendo en riesgo la integridad física y emocional de la persona. En el estudio se observa que “en las regiones en desarrollo, en donde las leyes de aborto tienden a ser altamente restrictivas, unas 6.9 millones de mujeres recibieron tratamiento por complicaciones de abortos inseguros en 2012, a una tasa de 6.9 mujeres tratadas por 1,000 mujeres en edades de 15-44”.

En México, de acuerdo con el estudio realizado por el Instituto Guttmacher y El Colegio de México sobre la incidencia de abortos inducidos entre 1990 y 2006, titulado “En resumen: datos sobre el aborto inducido en México”,³ el total estimado de abortos inducidos en México en 2006 fue de 874,747, en el cual la tasa anual de abortos nacional fue de 33 mujeres por cada 1000 entre 15 y 44 años de edad con una incidencia de 44 por cada 100 nacidos vivos. Asimismo, se estimó que 149,700 mujeres fueron hospitalizadas por complicaciones relativas al aborto, 40% más que en 1990. Es importante anotar que las regiones norte y central del país tuvieron mayor porcentaje de abortos que en el sureste, donde la población es rural, menos desarrollada, con menor índice de educación y con mayor proporción de indígenas.

³ This document is based on a study on the incidence of abortion in Mexico conducted by El Colegio de México, the Guttmacher Institute and the Population Council Mexico Office. The findings were published in Juarez, F. et al., “Estimates of Induced Abortion in Mexico: What’s Changed Between 1990 and 2006?”, *International Family Planning Perspectives*, Nueva York, vol. 34, núm. 4, 2008, pp. 158-168, disponible en: https://www.guttmacher.org/sites/default/files/factsheet/fib_ia_mexico.pdf.

Ahora bien, después de la entrada en vigor de las reformas legislativas en la Asamblea del Distrito Federal que despenaliza el aborto hasta la semana 12 de gestación, según datos proporcionados por el GIRE (Grupo de Información en Reproducción Elegida), se han llevado a cabo 156, 964 interrupciones legales de embarazo en el periodo de abril de 2007 al 31 de marzo de 2016, de los cuales, el mayor porcentaje de mujeres tiene el nivel educativo de preparatoria, es soltera, su edad oscila entre los 18 y 24 años, acudió a los servicios de salud del Distrito Federal, se dedica al hogar o es estudiante, llevaba algún tipo de control de natalidad, es católica, llevó a cabo el aborto en la semana 7 y del 94%, aproximadamente, fue su primer experiencia⁴.

Este escenario permite señalar que actualmente, pese a que el aborto en el 90% del país está considerado como un delito y sólo en algunas circunstancias precisas está permitido, las mujeres continúan recurriendo a este procedimiento para interrumpir el embarazo por diversas circunstancias. Al respecto, es conveniente revisar la *Investigación sobre aborto en América Latina y el Caribe. Una agenda renovada para informar políticas públicas e incidencia*,⁵ pues en este estudio se encontraron diversos e interesantes hallazgos sobre las motivaciones relacionadas con la interrupción del embarazo:

Los motivos asociados a la decisión de abortar son, en general, falta de condiciones económicas para la crianza de un (nuevo) hijo/a y el deseo de continuar con los proyectos de vida. Existe relación directa entre el origen del embarazo, las condiciones para la toma de la decisión, el acceso a un aborto seguro y los sentimientos post evento.

Los sentimientos asociados al aborto están relacionados con los significados que las mujeres tienen sobre maternidad y feminidad. Para quienes el aborto significa asesinato, la culpa y el arrepentimiento aparecen como sentimientos posteriores intensos.

Las mujeres sin hijos abortan más que las que son madres. La violencia doméstica y sexual es un factor de riesgo de un embarazo no deseado y un aborto. Hay pesar y arrepentimiento asociados al valor moral del feto y de la

⁴ La página del Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) muestra algunas estadísticas sobre el aborto entre 2007 y 2016: <http://www.gire.org.mx/nuestros-temas/aborto/cifras>.

⁵ Una publicación que recopila información de América Latina en el periodo de 2009 a 2014 sobre el estado del arte del tema del aborto. A mayor abundamiento, véase López Gómez, Alejandra, “Mujeres y aborto”, en Ramos, Silvina (comp.), *Investigación sobre aborto en América Latina y el Caribe. Una agenda renovada para informar políticas públicas e incidencia*, Buenos Aires-México-Lima, CEDES-Population Council-Promsex, 2015.

maternidad. La decisión de abortar se vive como un acto de presión por las circunstancias.

La diferencia de clase de las jóvenes repercute en la edad gestacional en la cual tiene lugar el aborto. Las de sectores más vulnerables reportan abortos en el segundo trimestre, ya sea por dificultades para obtener recursos económicos para el procedimiento, por ambivalencias en la decisión, o por la negociación con la pareja o la familia.

La ilegalidad del aborto está relacionada con sentimientos de culpa y soledad, temor a una acción judicial, daños físicos y psicológicos. La prohibición tiene efecto disuasivo en los prestadores de salud y pone en peligro la vida y la salud de las mujeres.

La censura social y el silenciamiento afectan negativamente el proceso, independientemente del apoyo con el que cuente la mujer.

Los varones cuyas parejas realizaron un aborto inducido perciben el hecho como un crimen ante Dios y ante la ley.

El debate está polarizado: De un lado están quienes desde posiciones feministas más científicas, históricas, ateas, progresistas y modernas proponen la liberación de las mujeres del mandato de la maternidad vía el derecho a decidir y la autonomía reproductiva. Del otro lado está la Iglesia que, bajo el mandato divino, justifica para las mujeres un orden de sujeción a lo que argumenta como su misión natural: reproducir la especie en el marco de una familia monogámica heterosexual.

Se ha visto cómo ciertas organizaciones no gubernamentales actúan como brazo “civil” de las cúpulas eclesiásticas y se organizan bajo la denominación “pro-vida” o “profamilia”.

Si bien son las personas no religiosas las que se manifiestan más a favor del aborto, hay una proporción considerable de quienes se identifican con alguna religión, especialmente la católica, que apoyan la despenalización del aborto, al menos bajo ciertas causales, distanciándose de la posición restrictiva de la jerarquía.

La opinión pública sobre el derecho al aborto es estable, o bien tiene ligeras variaciones. La estabilidad descansa sobre un consenso que no es permisivo (situaciones específicas), pero tampoco es restrictivo. El apoyo es mayor en situaciones extremas como la violación, el riesgo de vida de las mujeres, el riesgo en la salud física y en la salud psíquica de las mujeres, que en aquellas situaciones consideradas “electivas” como la presencia de dificultades económicas, cuando la mujer lo decide, o cuando falla el método anticonceptivo.

Los mandatos de género condicionan la maternidad como destino de la mujer, y el aborto como un elemento disruptivo de esa expectativa y, por lo tanto, sujeto a condena social.

Mujeres y varones reciben y replican la inmensa presión social respecto de la reproducción y la conformación de una familia.

El estigma asociado al aborto se expresa en el clima sociocultural negativo en torno al tema y en el silenciamiento de esa práctica, tanto por parte de las mujeres que la atraviesan como de los profesionales que la brindan.

Para las mujeres, el estigma no sólo tiene impacto psicológico; también condiciona la voluntad de buscar atención médica, más aún en contextos de ilegalidad. Las mujeres se inhiben de revelar sus decisiones o experiencias de aborto en consultas médicas posteriores, incluso con su profesional de cabecera. Para evitar que se conozca su decisión, algunas recurrirán al aborto inseguro por medio de maniobras auto inducidas o de proveedores no idóneos.

Esta multiplicidad de hallazgos abre la puerta para reflexionar sobre algunas nociones de carácter cultural e identitario que están aparejadas al tema del aborto, particularmente: el binomio mujer-madre. Esta noción culturalmente construye una visión del mundo y centra la mirada en la condición reproductiva —por naturaleza— de la mujer. Cabe señalar que para este ensayo se tomará el periodo histórico correspondiente al siglo XX, para esbozar el significado y la importancia de la mujer-madre en la sociedad mexicana.

III. LA NOCIÓN

El sexo es una ventana a la comunidad. Tan importante es la construcción y relación con él, que ello determina el desarrollo y andamiaje de una sociedad. Del sexo deviene la diferencia con la que se crean las bases y estructuras de una concepción del mundo. El hombre y la mujer son los pilares de esta concepción y, entre ellos, hay un claro y evidente distingo: el sexo. A partir de la distinción de su condición sexual se transforma y se dirige su contexto en todos los sentidos y ello va construyendo superestructuras como el género, el cual comprende y funda las conductas humanas, de ahí que el tanto el análisis del hombre como de la mujer sean indispensables para entender la cosmovisión de una sociedad en una época determinada.

Siguiendo a Pierre Bourdieu, “el orden de la sexualidad no está formado como tal y donde las diferencias sexuales permanecen inmersas en el conjunto de las oposiciones que organizan todo el cosmos, los comportamientos y los actos sexuales están sobrecargados de determinaciones antropológicas y cosmológicas”⁶ para construir una sexualidad acorde a nuestro entorno social y, al mismo tiempo, permear en todos los aspectos de la vida cotidiana. La diferencia sexual está inmersa en el funcionamiento del orden

⁶ Bourdieu, Pierre, *La dominación masculina*, 8a. ed., Barcelona, Anagrama, 2013, p. 19.

social patriarcal, establece la división del trabajo: distribuye el espacio, el tiempo y los instrumentos; recompone los lugares de esparcimiento y recreación; clasifica las actividades de aprendizaje y desarrollo, y estructura el tiempo histórico y la percepción del progreso del mundo.⁷

De ahí que sea necesario comprender cómo funcionan los estereotipos dentro de la cosmovisión de un grupo social. Los estereotipos son al fin y al cabo construcciones conceptuales respecto del mundo que nos rodea, representaciones simbólicas que dan significado axiológico a las conductas humanas y que establecen modelos de comportamiento social que se constituyen con el paso del tiempo en actos de reconocimiento, más que de conocimiento.⁸

Particularmente, resulta atractivo el análisis de la mujer en México. El concepto de mujer se construye a través de diversos roles, pero ninguno tan importante como el rol de la mujer-madre. ¿Cuál es el peso que la sociedad mexicana le da a la mujer en el rol de mujer-madre? Que la convierte en un pilar de la “célula básica de la sociedad”: la familia. La mujer brinca de lo terrenal a lo divino; como bien lo menciona Octavio Paz en sus ensayos de *El laberinto de la soledad*, la madre es lo más sagrado que puede tener un mexicano. El insulto a la madre es la peor ofensa que se puede hacer y es detonador de cualquier conflicto.

En palabras de Marcela Lagarde, “a través de la maternidad, la mujer-madre es transmisora, defensora y custodia del orden imperante en la sociedad y en la cultura. Sin la concurrencia de la mujer-madre, no es posible la vida, pero tampoco la muerte, es decir, la sociedad y la cultura... las mujeres están destinadas al cuidado de la vida de los otros... el ámbito de existencia social de la mujer es la vida cotidiana”.⁹ La construcción cultural de la mujer depende de su condición de dadora de vida, pues de acuerdo con Lagarde el lugar destinado a la mujer es la reproducción social y su cuerpo es depositario de la procreación. Su cuerpo es valioso por la utilidad que brinda a la sociedad, define la existencia misma.¹⁰

El rol de la mujer ha estado alineado por y para el hombre. La historia (en un sentido amplio) ha estado enfocada y orientada por el hombre. La

⁷ Para mayor abundamiento, véase *ibidem*, pp.19-36. Es digno de destacar que la construcción social es a través y para la visión androcéntrica. Pierre Bourdieu expresa que “el orden social funciona como una inmensa máquina simbólica que tiende a ratificar la dominación masculina en la que se apoya”.

⁸ *Ibidem*, p. 26.

⁹ Lagarde, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres. Madresposesas, monjas, putas, presas y locas*, 5a. ed., México, Siglo XXI Editores, 2011, p. 377.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 380.

mirada y pensamiento masculino han forjado los acontecimientos históricos de la humanidad. Sin embargo, en el siglo XX, la mujer fue ganando terreno y cada vez más se fue desentramando la historia desde y a través de una mirada femenina. En palabras de Bourdieu,

la dominación masculina, que convierte a las mujeres en objetos simbólicos, cuyo ser (*esse*) es un ser percibido (*percipi*), tiene el efecto de colocarlas en un estado de permanente inseguridad corporal, o mejor dicho, de dependencia simbólica. Existen fundamentalmente por y para la mirada de los demás, es decir, en cuanto que objetos acogedores, atractivos, disponibles... Y la supuesta “feminidad” sólo es a menudo una forma de complacencia respecto a las expectativas masculinas, reales o supuestas, especialmente en materia de incremento del ego.¹¹

La construcción de la mujer como personaje histórico es complementaria al hombre. Ella acompaña, sirve, reproduce, construye y suma estructuras en el entorno social.

En la década de 1950, después de salir del régimen de Miguel Alemán, en el cual la extravagancia y la ostentación fueron la etiqueta del sexenio, Adolfo Ruiz Cortines se hizo notar por la necesidad de desvincular su régimen del alemanismo y llevar una política conservadora de austeridad y trabajo. Asimismo, afianzó el modelo sociocultural establecido desde la década de 1930, en el cual la fuerza laboral era mayoritariamente masculina, lo que perfiló claramente la división sexual del trabajo e instituyó los estereotípos de esposo-padre-proveedor y esposa-madre-ama de casa en las familias mexicanas. Sin embargo, en la otra cara de la moneda, se hizo efectivo el derecho de votar para las mujeres y de ser candidatas en las elecciones, se obtuvo el sufragio universal (letra muerta hasta años después).

En este tenor, la mujer se concibió —de acuerdo con las imágenes proyectadas por los medios de comunicación enfocados al público femenino de clase media—¹² como femenina, delicada, emocional y sin mayor interés por un pensamiento crítico; interesada en temas de cocina y belleza; avasallada por su padre, esposo, hermanos e hijos; ávida por complacer al otro; soñadora del príncipe azul; interesada por la crianza de sus hijos, y maternal, amorosa, abnegada, servil, de moral pulcra, virginal, relegada a las

¹¹ Bourdieu, Pierre, *op. cit.*, p. 86.

¹² Revistas como: *Nosotras*, *Juventud*, *La familia*, *Aspirante*. A mayor abundamiento véase Torres Septién, Valentina, “Bendita sea tu pureza”, en Gonzalbo, Pilar y Baszant, Milada (coords.), *Tradiciones y conflictos: historias de la vida cotidiana en México e Hispanoamérica*, México, Colmex, 2007.

labores domésticas. Todo ello, fundado en la moral que profesaba la Iglesia católica,¹³ pues “el ideal masculino de la mujer que habría de convertirse en la compañera de toda la vida se basaba en las cualidades que ésta tuviera en función de su papel de esposa y madre”.¹⁴ Si bien muchas mujeres por su condición socioeconómica tuvieron que ingresar a la fuerza laboral, éstas tuvieron una condición precaria en el trabajo (secretarias, meseras, peluqueras, la mayoría), en situaciones de acoso y abuso por parte de los hombres, y fueron en muchos casos señaladas por la sociedad, incluso por las mismas mujeres.

Y qué pensar de la liberación sexual, la mujer ni siquiera podía liberar su sexualidad fantaseando, pues no eran bien vistos los pensamientos pecaminosos; las más liberadas eran tachadas y señaladas por hombres y mujeres. Moral y mediáticamente, las representaciones construidas alrededor de conductas de esta índole estaban condenadas a desenlaces trágicos y fallidos, que lograron mensajes subliminales reprobatorios respecto al avance de la liberación femenina.

La mujer desde su nacimiento encontraba cobijo en su madre y autoridad en su padre; si tenía la gracia de tener hermanos, éstos se volvían un símil de la autoridad de su padre, el sistema patriarcal de la sociedad mexicana se replicaba en todos los ámbitos sociales. La mujer era educada para servir y agradar a los hombres de su familia, así como construir los medios para llegar a la meta: ser esposa y madre; formar una familia. Incluso, el peso moral de la mujer en el seno familiar revestía la honra frente a la sociedad, “la responsabilidad moral de la mujer no se limitaba al rol religioso o moral, sino que también generaba un compromiso en el ámbito de la familia, puesto que la honra del apellido quedaba en sus manos”.¹⁵ En esta década se consolidaron las características y valores que revisten el concepto de mujer en la “familia mexicana”. Una década que constata la reproducción del sistema patriarcal a partir de la familia hasta los círculos más altos del poder: el presidencialismo.¹⁶

Para la década de 1970, en una época de cambios en el pensamiento, de rupturas sociales, el movimiento feminista cobra un gran auge, se crearon diversos grupos y coaliciones de mujeres, que al luchar por el derecho al aborto y contra la violencia a la mujer, lograron el reconocimiento de la igualdad jurídica a nivel constitucional. Sin embargo, la resistencia de los

¹³ *Ibidem*, p. 386.

¹⁴ *Ibidem*, p. 400.

¹⁵ *Ibidem*, p. 407.

¹⁶ *Ibidem*, p. 420.

grupos conservadores y del poder mantenía, a través de los medios de comunicación, campañas publicitarias en torno a la moral reinante en la época. Si bien en esta década la inclusión de la mujer en la vida laboral fuera del seno familiar era mayor y suponía estructuras más igualitarias dentro de la lógica familiar, lo que llevó a pensar en una participación más activa del hombre en las tareas domésticas; también hubo un desarrollo significativo en los estudios sobre crianza de los hijos que otorgaba a la madre el papel principal como “foco expresivo de cercanía y de afecto”.¹⁷ Una vez más, el orden social cautiva la condición de la mujer como madre para contenerla en el seno familiar.

En esta época se perfilan los nuevos modelos familiares, donde la mujer forma parte de la fuerza laboral extradoméstica y en los que el número de hijos se reduce, las mujeres empiezan a tener mayor presencia en los sectores productivos y profesionales, asimismo, el divorcio y la maternidad fuera del matrimonio son temas cada vez menos estigmatizados; sin embargo, la moral y la religión siguen constituyendo un obstáculo para el impulso y la realización de la equidad de género. Los estereotipos que circulan en los medios de comunicación mantienen vigente la idea de lo valiosa que es la “familia mexicana” compuesta por la madre-esposa, destinada al cuidado de los hijos y las tareas domésticas, y por el padre-proveedor destinado a mantener la economía familiar y la disciplina de los hijos, quienes tienen el deber moral de replicar ese esquema¹⁸. Pocas eran las publicaciones que abordaban temáticas para la mujer que trabajaba fuera de casa o que cubrían reportajes sobre temas de orientación sexual no acordes con lo permitido moralmente en esa época.¹⁹ Tanto los medios de comunicación gráficos como visuales trataron de mantener una línea editorial congruente con la cultura predominante; lucharon por mantener a raya a la mujer y las ideas liberales que estaban en la atmósfera de la época. Siguió vigente la idea de la familia nuclear, la importancia de la mujer virginal, casta y pura hasta el matrimonio. Aunque era mayor el número de madres solteras y divorcios, la condición de la mujer en estos escenarios seguía siendo mal vista por la sociedad. Al fin y al cabo, la mujer seguía siendo “de, por y para los otros”.

¹⁷ Esteinou, Rosario, *La familia nuclear en México: lecturas de su modernidad. Siglos XVI al XX*, México, CIESAS, 2008, p. 158.

¹⁸ Revistas como *Harpers Bazar*, *Vanidades*, *Kena*, *Buen Hogar*, *Tú*, *Coqueta*, *Claudia*, *Bienestar*, entre otras. Véase, Sandoval Lutrillo, María Antonieta, *Tú: moda y belleza más allá del texto, un análisis de recepción*, Tesis profesional para licenciatura en Ciencias de la Comunicación, Puebla, UDLAP, 24 de noviembre de 2003.

¹⁹ Revistas como *Activa*, *Intimidades*, *Cosmopolitan*; véase, Sandoval Lutrillo, María Antonieta, *Tú: moda y belleza más allá del texto, un análisis de recepción*, cit.

La realización de la mujer seguía siendo el matrimonio y la maternidad, símbolo de la reivindicación del pecado en la fe católica.²⁰

En el año 2000, la mujer fue “liberada”. En el inicio del nuevo milenio, México se presenta ante el mundo como un país democrático, se vuelve a montar en la idea del progreso y del desarrollo, hay una fiebre por mostrar al concurso de naciones que la vía democrática es una realidad. La presencia de las mujeres en sectores productivos y escalafones directivos cada vez es mayor; los roles en el seno familiar son más flexibles; el hombre participa cada vez más en las labores domésticas; hay un número creciente de mujeres-jefas de familia, mujeres solas que asumen ambos roles: familias uniparentales. Sin embargo, la igualdad jurídica que desde la década de los años 70 está plasmada en la Constitución sigue siendo letra muerta en la práctica en muchas esferas sociales.

Si bien las mujeres forman parte de la fuerza laboral, son mayoría en la matrícula educativa; forman parte de las élites que dirigen el país; siguen estando en condiciones de evidente desigualdad: el salario es menor y las oportunidades laborales son pocas y reservadas a mujeres solteras sin hijos. Paradójicamente, la mujer-madre tiene menos oportunidades profesionales por las “responsabilidades y obligaciones que implican la maternidad y el matrimonio, en algunos casos”.

Las mujeres continúan marcadas por su rol reproductivo en el orden social. Se mantiene vigente la idea de la construcción de la mujer a través de la maternidad pues de otro modo están destinadas al fracaso. En palabras de Marcela Lagarde “el fracaso como categoría cultural significa dos hechos simultáneos que refieren a la maternidad y a la conyugalidad, es decir, a las instituciones fundantes de la familia. Se sanciona negativamente realizar prohibiciones, transgredir tabúes que lo son porque no concluyen en la constitución de la familia.”²¹ Para la sociedad, la realización personal de una mujer no puede ser otra que la maternidad, no importa que tenga éxito en los demás ámbitos de su vida, si no concluye sus metas y objetivos en la formación de una familia, la mujer fracasó.

En el escenario actual, donde es indudable la apertura sexual, de equidad de género, de lucha por los derechos de las mujeres, se ha hecho evidente la creciente violencia sobre las mujeres y el agotamiento en las responsabilidades que el seno familiar impone. En las esferas de poder económico, ideológico y social, el estereotipo de la mujer como madre mantiene una posición fundamental como construcción cultural, sigue siendo el paradigma

²⁰ Lagarde, Marcela, *op. cit.*, p. 314.

²¹ *Ibidem*, p. 416.

imperante, pues supone un sostén para la consolidación y permanencia del sistema patriarcal. Incluso frente a movimientos vanguardistas, feministas y liberales, el estereotipo que recae como lápida en la mujer se mantiene en esencia. Sólo se recicla y se reconfigura, siguen perpetuando características clave que mientras no se reflexionen y cambien, mantendrán una sombra en la lucha por los derechos y reconfiguración de la mujer.

Hoy, la mujer tiene más oportunidades en escenarios y roles antes exclusivos para los hombres, puede forjar el cambio, pero su condición es como un “pozo sin fondo”: cada vez se van sumando más responsabilidades y actividades al rol femenino sin ver claras oportunidades de compartirlas con el rol masculino. Las mujeres están solas. Lo están en la toma de decisiones frente a la apropiación de su cuerpo y su identidad, un claro ejemplo es el aborto. Retomando a Marcela Lagarde,

las mujeres prefieren asumir cargas indeseadas que perder el valor social otorgado por sus cualidades femeninas (reglas sociales) o perder a los otros: cónyuge, padres, trabajo... En realidad no pueden optar: han interiorizado y asimilado la valoración ética y la moral dominantes, que ponen en primer lugar al otro sobre la misma mujer, a la demostración pública del cumplimiento del deber ser sobre la racionalidad privada ante el uso de contraceptivos o el recurso del aborto.²²

La mujer se asume dentro de la cultura patriarcal como reservorio del otro, la mujer existe por y para el otro: el hijo. No es dueña de su cuerpo, por eso, de su ser, la independencia o la libre decisión no es una característica intrínseca. La imagen cultural de la mujer a lo largo del tiempo y a través de las esferas sociales es reproductiva, la mujer reproduce o transmite el alimento, las tradiciones, las reglas, las costumbres; la cosmovisión del mundo en un tiempo y espacio.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BOURDIEU, Pierre, *La dominación masculina*, 8a. ed., Barcelona, Anagrama, 2013.
- ESTEINOU, Rosario, *La familia nuclear en México: lecturas de su modernidad. Siglos XVI al XX*, México, CIESAS, 2008.
- IBARGÜENGOITIA, Jorge, *Instrucciones para vivir en México*, México, Booket, 2014.

²² *Ibidem*, p. 423.

José Agustín [RAMÍREZ GÓMEZ], *Tragicomedia mexicana 1*, México, Booket, 2007.

JUAREZ, F. et al., “Estimates of Induced Abortion in Mexico: What’s Changed Between 1990 and 2006?”, *International Family Planning Perspectives*, Nueva York, vol. 34, núm. 4, 2008.

LAGARDE, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas*, 5a. ed., México, Siglo XXI Editores, 2011.

LÓPEZ GÓMEZ, Alejandra, “Mujeres y aborto”, en RAMOS, Silvina (comp.), *Investigación sobre aborto en América Latina y el Caribe. Una agenda renovada para informar políticas públicas e incidencia*, Buenos Aires-México-Lima, CEDES-Population Council-Promsex, 2015.

PAZ, Octavio, *El laberinto de la soledad*, 4a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2013.

SANDOVAL LUTRILLO, María Antonieta, *Tú: moda y belleza más allá del texto, un análisis de recepción*, Tesis profesional para licenciatura en Ciencias de la Comunicación, Puebla, UDLAP, 24 de noviembre de 2003.

TORRES SEPTIÉN, Valentina, “Bendita sea tu pureza”, en GONZALBO, Pilar y BASZANT, Milada (coords.), *Tradiciones y conflictos: historias de la vida cotidiana en México e Hispanoamérica*, México, Colmex, 2007.

VÁZQUEZ CARDOZO, Rodolfo, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez, tomo I, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el XX de XXX de 2017 en los talleres de _____. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *snow* 70 x 95 cm de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 2,000 ejemplares.

Ia intención de publicar esta obra es abrir un espacio para el mejor conocimiento del carácter multifacético del trabajo intelectual de Rodolfo Vázquez, impulsar un diálogo crítico a propósito de las importantes reflexiones que ha presentado en millares de páginas y de clases; provocar la revitalización y la “viralización” de las ideas de uno de nuestros colegas excepcionales que tiene todavía muchísimo por aportar a la cultura hispanoamericana.

Esta obra recoge los textos que se prepararon con motivo del homenaje a Rodolfo Vázquez en noviembre de 2016. Gracias al estilo bien definido de los autores, así como por su cuidada edición, el libro se despliega de manera clara y precisa, entre voces, géneros y temáticas. En la primera parte, se encuentran testimonios que revelan una identidad casi arquetípica de Rodolfo Vázquez como profesor universitario y su constante tendencia de abrirse al mundo mediante actividades con variadas cercanías a la academia: desde un trabajo sistemático en la reflexión acerca de la actividad de educar y una tarea editorial constante y vasta, hasta la participación activa en la deliberación y el impulso comprometido de causas justas en bioética y derechos humanos. La segunda, contiene los trabajos de distintos académicos mexicanos y extranjeros. Naturalmente, no debe sorprender que quienes dedicaron tanto tiempo y esfuerzo en su preparación consideren que la obra de Rodolfo Vázquez es merecedora de un homenaje con actitud crítica.

Creemos pues que el libro es interesante por su contenido y estilo; un libro que no sólo dice cosas agradables, sino también importantes; un libro que discute, que propone, que provoca.



www.juridicas.unam.mx

