

MIGRACIÓN, DERECHO CONSULAR Y JUSTICIA GLOBAL

*Bernardo Bolaños**

“la movilidad se ha convertido en el factor estratificador más poderoso y codiciado de todos; aquel a partir del cual se construyen y reconstruyen diariamente las nuevas jerarquías sociales, políticas, económicas y culturales de alcance mundial.”

ZYGMUNT BAUMAN¹

Resumen

El aumento en el número de migrantes internacionales suele ser considerado como un indicador de un mejoramiento material global, pero la tendencia de las recientes reformas al derecho consular muestra más bien la existencia de una amenaza al Estado de derecho y a la justicia global. Las condiciones a las que se somete la migración y la movilidad transnacional en general conducen a una creciente *estratificación social y jurídica*. Cruzar las fronteras territoriales, incluso de manera temporal y con propósitos científicos y culturales, se ha convertido en un privilegio de los ciudadanos de países ricos. En los hechos, el derecho consular y su aplicación toleran con frecuencia la discriminación étnica, religiosa, cultural y socio-económica. Que todo tipo de solicitantes de escasos recursos sean relegados en las oficinas consulares supone un mecanismo de reproducción de la desigualdad global.

Palabras clave: derecho consular, migración, justicia global, Foucault.

Abstract

The increase in the number of international migrants is usually regarded as an indicator of global material development. However, recent reforms to consular law represent a significant threat to the Rule of Law and to global justice. Both immigration and transnational mobility in general are subject to norms leading to legal and social stratification. Crossing territorial boundaries, even temporarily and for scientific or cultural purposes, has become a privilege of citizens from rich countries. In fact, consular law and its enforcement often tolerate discrimination based on ethnic, religious, cultural or socio-economic factors. The fact that all kind of low income applicants are rejected by consulates reinforces global inequality.

Key words: consular law, immigration, global justice, Foucault.

* Universidad Autónoma Metropolitana-Unidad Cuajimalpa, México.

¹ *La globalización. Consecuencias Humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 16.

Si bien la crisis financiera mundial que estalló a finales de 2008 y otras crisis futuras podrían enfriar temporalmente los intercambios migratorios internacionales, los especialistas coinciden en que el siglo XXI verá incrementarse el movimiento de pueblos e individuos. De acuerdo con la división de población de la Organización de las Naciones Unidas, 191 millones de individuos (3% de la población mundial) residían fuera de su país de origen en 2005.² Éste es el *hecho*, pero resulta más difícil interpretarlo y adoptar posiciones *normativas* al respecto. A pesar de que la inmigración es un tema que alarma a la opinión pública de los países desarrollados, diversos economistas creen que el aumento de los flujos migratorios es un indicador de mejoramiento material para diferentes actores: con él mejora la situación económica de quienes parten y de sus familias, mejoran los países receptores y se obtiene un mejoramiento a nivel global. Entre los actores afectados se encontrarían, en cambio, los trabajadores locales desplazados por la mano de obra inmigrada y algunos países expulsores de emigrantes (en particular cuando sufren un retroceso demográfico que debilita sus economías y sistemas de seguridad social).

Seidman afirma que la migración transnacional permite redistribuir la riqueza global no sólo porque una vez que los inmigrantes pisan el territorio de los países desarrollados se benefician de las ventajas locales, sino porque el aumento de la inmigración ilegal sacude el etnocentrismo y el chauvinismo que, como intento de prevenir la inmigración, se vuelcan en ayuda al desarrollo de los países pobres.³ Analicemos con mayor detenimiento este argumento. Una tendencia localista generalizada entre los humanos nos lleva a experimentar más compasión por el sufrimiento de los seres cercanos (incluso nuestras mascotas) que por los lejanos, como cuando vemos en el periódico la foto de una mujer famélica con un niño en brazos al otro lado del mundo. Trasladando esta tendencia hacia los sentimientos hacia los extranjeros, ocurre que mientras una persona permanece en su lejano país de origen nos preocupamos menos de su bienestar que una vez que la vemos en nuestra ciudad, incluso como “ilegal”. “Al carecer el extranjero de compañeros y parientes es más digno de conmiseración para los hombres y los

² Joseph Alfred Grinblat, introducción a *L'atlas des migrations*, París, Le Monde-La vie, 2008, p. 8.

³ Louis Michael Seidman, “Fear and loathing at the border”, en Warren Schwartz (coord.), *Justice in immigration*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 144.

dioses” escribía Platón en *Las Leyes*.⁴ De este modo, en términos distributivos, Seidman cree que los países desarrollados pueden contribuir más a la justicia global cuando sus ciudadanos coexisten con extranjeros (incluso indocumentados), ya sea porque éstos se vean movidos por compasión o por rechazo (pues el rechazo desembocará en ayuda externa para frenar la inmigración).

Así, a partir de muy distintos argumentos, se afirma que la creciente migración internacional vendrá supuestamente acompañada de mayor bienestar y justicia mundiales. Frente a tal optimismo, en este ensayo comenzaremos por recordar que los grandes flujos de personas incluyen los casos de refugiados y de desplazados forzados por las guerras, algunos de los cuales no cuentan con libertad de tránsito en los campos donde son concentrados. La migración forzada por conflictos bélicos y por represión política no puede ser considerada como indicador de una situación globalmente positiva, aún si permite una mejora con respecto a las expectativas de los migrantes de morir o de ir a la cárcel en sus países de origen. Ese tipo de migración viene acompañada de pérdidas materiales considerables para quienes abandonan su país y su aumento refleja la persistencia de guerras y gobiernos autoritarios.

Tratándose de la migración por motivos económicos, al analizarla también debemos tomar en cuenta los efectos perversos que el desplazamiento tiene para las familias y las pérdidas no materiales sufridas por los migrantes. Desde el punto de vista de la salud física y mental, por ejemplo, las investigaciones empíricas muestran que los indocumentados suelen terminar aquejados de males dramáticos, debido a “la soledad, el sentimiento de fracaso, la lucha por la sobrevivencia básica y la situación de miedo e incluso de terror que han vivido al tener que ponerse, por ejemplo, en manos de mafias”.⁵ El viaje y la separación de la familia suelen estar asociados con ansiedad, depresión, miedo y desnutrición; la estancia en el extranjero con angustia, enfermedad y desamparo; la reinstalación con conflictos familiares y generacionales.⁶

⁴ V, 729e. Traducción de Francisco Lisi en Platón, *Diálogos*, VIII, Madrid, Gredos, 2008, p. 400.

⁵ E. Vilar y C. Eibenschutz, “Migración y salud mental: un problema emergente de salud pública”, en *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, Bogotá, 6 (13), pp. 11-32, julio-diciembre de 2007, p. 25.

⁶ *Ibid.*, p. 23.

Las mujeres se han sumado en grandes proporciones, desde finales del siglo XX, a las corrientes migratorias hacia los países desarrollados, motivadas por el deseo de reunirse con sus familias o bien para trabajar por su cuenta. Es cierto que el aumento de la migración femenina está ligado al desarrollo de los mercados de trabajo y, en última instancia, al crecimiento de las oportunidades de empleo. El hecho de que las mujeres se incorporen a los flujos migratorios hacia el norte, por lo tanto, supone a primera vista que sus familias reciben un salario adicional. Pero el costo social de este ingreso puede ser muy elevado, cuando se ve afectada la salud de las trabajadoras y perjudicados tanto los niños que permanecen en el país de origen como los que acompañan a sus madres trabajadoras, abandonando la escuela e incorporándose prematuramente a las faenas laborales.⁷

En un silogismo demasiado rápido, quienes infieren que el aumento de la migración internacional es prueba de un mejoramiento de la justicia global menosprecian las consecuencias sociales y culturales negativas del fenómeno. En este artículo, destacaremos el impacto negativo que para la justicia global tienen en particular las reformas jurídicas recientes al derecho migratorio. La globalización acompañada de grandes flujos de migración durante los años noventa y la primera década del siglo XXI no ha consolidado la *libertad de tránsito global* como derecho y libertad fundamental, sino lo contrario.

El sociólogo Zygmunt Bauman ha destacado que el acceso a la movilidad global representa un rasgo importante de *estratificación social*. “Algunos nos volvemos plena y verdaderamente ‘globales’; otros quedan detenidos en su ‘localidad’, un trance que no resulta agradable ni soportable en un mundo en el que los ‘globales’ dan el tono e imponen las reglas del juego de la vida. Ser local en un mundo globalizado es una señal de penuria y degradación social”.⁸ Contar con la posibilidad de abandonar el país natal implica un privilegio. Aún en el caso de la migración por motivos económicos, quienes pueden migrar no suelen ser las personas más pobres y frágiles de una comunidad, pues el periplo para llegar a la tierra prometida implica importantes costos económicos y exige una gran fortaleza física y mental. Hay, por lo tanto,

⁷ Cf. Sara Méndez Morales, “Características de la migración femenina temporal en la mixteca oaxaqueña”, en Cristina Oehmichen Bazán y Dalia Barrera Bassols, *Migración y relaciones de género en México*, México, GIMTRAP / UNAM - IIA, 2000, pp. 253-282.

⁸ Zygmunt Bauman, *op. cit.*, p. 9.

una diferencia en las propias sociedades expulsoras de migrantes entre quienes *pueden* migrar y quienes carecen de esa *posibilidad de hecho*. Esta diferencia constituye una primera forma de estratificación social. Pero aquí nos interesa destacar la existencia de otra diferencia construida a través de limitaciones jurídicas entre quienes tienen la facultad de viajar y a quienes se les prohíbe hacerlo. Esta genera una estratificación *jurídica* internacional.

Un nuevo modelo que distingue claramente muchos tipos de inmigración se está generalizando. Represión reforzada contra los clandestinos, refuerzo de los obstáculos al reagrupamiento familiar, uso frecuente del trabajo temporal y precario para los menos calificados y aumento de las facilidades para los más calificados: una política de inmigración a cuatro velocidades está emergiendo, de la cual el ‘Pacto europeo de la inmigración y del asilo’, propuesto por Francia a sus 26 socios de la Unión Europea constituye un ejemplo perfecto.⁹

Tomando en cuenta que los derechos y las libertades son bienes que forman parte de la realidad normativa (del mundo del *deber ser*), el derecho de acceso a la movilidad global no se ha expandido, lo que ha aumentado es sólo la movilidad global de las personas. Como veremos a continuación, el *derecho* de tránsito transnacional y los derechos de los visitantes se han visto restringidos radicalmente en los últimos años. Debemos cuidarnos, entonces, de aducir las ventajas materiales de la movilidad internacional creciente sin tomar en cuenta sus costos sociales y la instauración progresiva de un orden mundial caracterizado por la desigualdad de derechos fundamentales entre las personas, dependiendo de su país de origen.

La realidad del derecho migratorio y consular

Aunque el derecho internacional público reconozca a los estados la atribución de reglamentar la entrada y permanencia de extranjeros dentro de su territorio, eso no significa que esta potestad deba ser una excepción al Estado de Derecho. No obstante, el rechazo de un visado ha sido tradicionalmente un ejemplo de poder discrecional de los Estados

⁹ Philippe Merlant, “Le marché du travail immigré”, en *L’atlas des migrations*, París, Le Monde-La vie, 2008, p. 66.

muchas veces depositado en las manos de pequeños funcionarios consulares. Con la generalización en el siglo XX del control constitucional a través de cortes supremas y tribunales constitucionales, las leyes migratorias prevén progresivamente recursos de impugnación para atacar la negativa de visa de un funcionario consular a un ciudadano extranjero. Sin embargo, los efectos prácticos de dichos procedimientos de impugnación son casi insignificantes; resulta extremadamente difícil, ya no digamos la revocación de una decisión consular, sino siquiera lograr que el funcionario consular funde en derecho y justifique la decisión de negar una visa.

Entre los motivos que pueden motivar oficialmente la negativa de visa se encuentra, en la mayoría de los países, la “seguridad nacional”. También suelen aducirse como negativas genéricas válidas las que se fundan en las siguientes razones: que el extranjero solicitante carezca de familiares cercanos en el país receptor o de una aceptación en una institución de educación superior, o bien que no pruebe poseer suficientes recursos financieros propios. También se suele favorecer a ciudadanos de ciertos países frente a otros: “las políticas de inmigración son laxas para individuos extranjeros específicos que tienen ciertos lazos [con el país receptor], ya sea a través de un contacto cultural o religioso vigente o por ser nacionales de un país política o históricamente cercano”.¹⁰ Desde luego, el derecho positivo plasma mediante tales hipótesis los argumentos que el legislador ha recogido de las discusiones políticas y morales, o que ha adoptado de manera soberana a través de la deliberación y la votación. Esas razones se relacionan con criterios humanitarios (como la protección de la unidad de la familia en un mismo país) y políticos (prioritarismo nacionalista, es decir, protección del empleo de los trabajadores locales frente a los trabajadores extranjeros o de ciertos lazos culturales). Aunque no dejen de ser tentativas de fundamentación y motivación del derecho consular, tales razones adoptadas por el legislador suelen representar un primer rasgo elitista del mismo, pues ¿por qué un hombre de negocios extranjero que puede acreditar ingresos considerables en su país es considerado automáticamente como menos perjudicial para el empleo en el país receptor que un modesto trabajador manual? Suponiendo, en este ejemplo,

¹⁰ J. L. Coleman y S. K. Harding, “Citizenship, the demands of justice, and the moral relevance of political borders”, en Warren Schwartz (coord.), *op. cit.*, p. 22

que el primero sea un gran exportador y el segundo un plomero independiente, es probable que las consecuencias negativas para el empleo de la presencia del primero en el territorio del país receptor superen ampliamente a las del segundo. Más grave aún, las razones adoptadas por el legislador (como la protección del empleo local y la preferencia a ciertas nacionalidades) suelen ceder en la práctica frente a motivos difícilmente confesables, como son todas las formas ordinarias de discriminación practicadas por los funcionarios consulares. Y, finalmente, independientemente de que los motivos para negar una visa tengan o no una justificación moral, el procedimiento mismo de impugnación de tales decisiones, como decíamos, resulta inasequible para los interesados. Para interponer el recurso es necesario que el extranjero solicitante de visa cuente con un abogado en la capital del país que lo rechaza (para accionar ante un juez de amparo o un tribunal administrativo) o, peor aún, debe realizar el trámite de impugnación ante la propia autoridad consular que le ha negado la visa. Lo anterior sin contar con los problemas probatorios, pues la negativa de visa suele notificarse oralmente, sin testigos y sin otorgar al solicitante comprobante alguno. Es por ello que los propios funcionarios consulares reconocen que los recursos contenciosos contra sus decisiones de negado de visa son extremadamente raros y conciernen los casos de familias organizadas y ricas que cuentan con la posibilidad de contratar un abogado en el país receptor.¹¹ En última instancia, el otorgamiento de visas suelen determinarlos factores arbitrarios como son el racismo ordinario o explícito, el soborno y otro tipo de favoritismos.

En la Unión Europea, puede observarse una carrera hacia la severidad en el derecho consular y migratorio que produce estas mismas consecuencias. La Convención de Schengen estableció desde 1990 que todo extranjero que declare querer permanecer en Europa durante menos de tres meses en el marco de una visita familiar o privada debe presentar una justificación de alojamiento. En Francia, la llamada Ley Sarkozy del 26 de noviembre de 2003 desarrolla la citada disposición y se ha convertido en un modelo para los países del continente: la constancia debe ser elaborada por la persona que propone hospedar al solicitante y es un formulario disponible en las oficinas de policía o de los

¹¹ Conversación del autor con Marcelino Miranda Aceves, miembro de carrera del Servicio Exterior Mexicano.

gobiernos municipales. Una vez firmada, la autoridad municipal o policíaca debe certificar la constancia. Este trámite hace poco flexibles los desplazamientos porque exige precisar las fechas de llegada y de partida del extranjero. Además, en éste como en los casos mencionados antes, el elitismo permite abrir excepciones a la regla general: los turistas provenientes de ciertos países y los hombres de negocios “importantes” son excluidos del engorroso trámite. Si bien el legislador europeo pretende evitar así que las constancias de alojamiento sean meros documentos de complacencia conseguidos por el solicitante de visa, el procedimiento provoca trámites disuasorios para miles de ciudadanos de países no desarrollados. No se observa la misma preocupación por la estricta observancia de la ley tratándose del cumplimiento efectivo de los derechos de los solicitantes de visa o residentes extranjeros, pues las decisiones de los funcionarios consulares siguen estando, en los hechos, lejos del control de legalidad y de constitucionalidad de otras leyes.¹²

Estas reformas al derecho consular restringen considerablemente el derecho de los visitantes temporales provenientes del sur, derecho que Kant situaba en el centro de su propuesta de derecho cosmopolita en el ensayo *La paz perpetua* (llamándolo *Besuchsrecht*).¹³ Ellas han suscitado menos críticas de especialistas y defensores de derechos humanos que otras medidas como la llamada “Directiva Retorno” adoptada por el Parlamento Europeo en junio del 2008 y que permite la privación de

¹² Otro ejemplo de la manera en la que el derecho en favor de los inmigrantes no se aplica con la misma eficacia que las normas de control y castigo de los mismos, es el hecho de que a las familias de trabajadores inmigrantes se les suele hacinar en ghettos urbanos incluso contra lo dispuesto en las leyes. En Francia, la ley ordena que se respete un porcentaje de vivienda popular en toda aglomeración urbana para fomentar la mezcla social (*mixité sociale*), pero esta norma es ampliamente ignorada por los alcaldes de ciudades y barrios opulentos que prefieren pagar multas de manera recurrente. Para una visión actualizada de la consolidación de este tipo de ghettos en Europa, cf. Didier Lapeyronnie, *Ghetto urbain*, París, Robert Laffont, 2008.

¹³ “Significa hospitalidad el derecho de un extranjero a no recibir un trato hostil por el mero hecho de ser llegado al territorio de otro. Éste puede rechazarlo si la repulsa no ha de ser causa de la ruina del recién llegado; pero mientras el extranjero se mantenga pacífico en su puesto no será posible hostilizarle. No se trata aquí de un derecho por el cual el recién llegado pueda exigir el trato de huésped –que para ello sería preciso un convenio especial benéfico que diera al extranjero la consideración y trato de un amigo o convidado–, sino simplemente de un derecho de visitante, que a todos los hombres asiste: el derecho a presentarse en una sociedad”. Tercer artículo definitivo de la paz perpetua en Immanuel Kant, *La paz perpetua*, trad. de F. Rivera Pastor, edición digital basada en la edición de Madrid, Espasa Calpe, 1979. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes: <www.cervantesvirtual.com>

la libertad de los indocumentados hasta por 18 meses mientras se tramita su expulsión, que amplía a cinco años la prohibición para volver a Europa y que permite la expulsión de menores de edad sin familia. Estas últimas medidas generaron el rechazo de los gobiernos de Ecuador, Argentina, Paraguay, Uruguay, Brasil y Perú, además de la oposición de la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos. Pero, como argumentaremos a lo largo de este ensayo, las restricciones para el otorgamiento de visas no afectan menos la justicia global en su conjunto. La posibilidad de viajar como forma de acceder al conocimiento de otras lenguas y culturas es una práctica generalizada de estudiantes y académicos de los países desarrollados pero está siendo abolida para los de los países pobres, ya no sólo por la penuria económica en que se encuentran sino también por los férreos obstáculos consulares. “Mientras los ciudadanos de los países desarrollados disponen de una libertad de desplazamiento y de instalación casi universales, los del tercer mundo se enfrentan a obstáculos serios no sólo financieros (costo del viaje) sino también jurídicos (rechazo de visa)”.¹⁴ Las restricciones al derecho de los visitantes no afectan exclusivamente los trayectos desde países en desarrollo hacia países desarrollados, sino entre los primeros: por ejemplo, los ciudadanos de países anglófonos y francófonos africanos están prácticamente impedidos de trabajar como profesores de inglés y francés en Latinoamérica porque para viajar están obligados a realizar escalas en ciudades como Londres y París (las antiguas metrópolis coloniales), y porque países como México adoptan agresivas políticas consulares para servir de escudo a la emigración hacia Estados Unidos (sobra decir que estas políticas impiden la concreción de jugosos intercambios de beneficio recíproco entre países del Sur).

Es cierto que frente a la tendencia que refuerza las medidas de contención y punitivas contra la inmigración, algunas reformas legislativas aisladas han revocado normas consideradas inmorales contra los inmigrantes. Es el caso de la llamada “doble pena” en Francia o la criminalización de la migración indocumentada en México. Veamos el primero de estos casos. A instancias del presidente francés Nicolás Sarkozy, los extranjeros con más de diez años de residencia en Francia o gravemente enfermos que hubiesen sido condenados incluso por delitos gra-

¹⁴ Philippe Bernard, “Tous les migrants ne sont pas libre et égaux”, en *L’atlas des migrations*, París, Le Monde-La vie, 2008, p. 117.

ves (como homicidio, violación o tráfico de estupefacientes) no pueden ser expulsados luego de que han cumplido su condena, pues ello constituiría purgar dos penas por el mismo delito. Frente a la gran resonancia que tuvo en los medios de comunicación esta medida, considerada como un gesto humanitario del principal impulsor en Europa de las reformas de endurecimiento migratorio, los efectos prácticos de la abolición de la “doble pena” deben relativizarse, pues estos mismos extranjeros no expulsables no son forzosamente regularizados y pueden ser objeto de una prohibición de permanencia (*interdiction du territoire*).

Por lo que se refiere a la reforma mexicana a la *Ley General de Población* publicada el 21 de julio del 2008, ella elimina la pena de hasta 10 años de cárcel a los extranjeros que ingresan a México sin documentos migratorios. Paradójicamente, uno de los países con más número de emigrantes del mundo tenía una de las políticas de migración más represivas contra de los indocumentados. La ley mexicana criminalizaba tanto el hecho de internarse en el territorio como el de encontrarse ilegalmente en él, realizar actividades para las que no se estaba autorizado o contraer matrimonio con un extranjero con el único propósito de que éste pudiera radicar en el país. La posición contradictoria del gobierno mexicano, que pedía al mismo tiempo una reforma migratoria al gobierno de los Estados Unidos para los inmigrantes mexicanos, llevó a reformar la ley. Pero tanto en éste como en otros casos excepcionales de reformas que no van en el sentido de agravar las medidas punitivas contra los indocumentados, las sanciones suelen ser transferidas a otros actores, no sólo a los traficantes de personas (llamados “polleros” en México), sino a quienes sin afanes de lucro hospedan o se solidarizan con los viajeros. Personas que observan el deber religioso o tradicional de hospitalidad, esa práctica milenaria ya mencionada en *La Odisea* y practicada en la mayoría de las sociedades tradicionales, han sido condenadas en México a prisión como si se tratase de traficantes de personas.¹⁵ En Europa, pasajeros de avión que expresan su inquietud por

¹⁵ Homero describe la recepción que el porquero Eumeo le da a Ulises u Odiseo, vestido de mendigo: “Mi costumbre es honrar a los visitantes, aunque fuesen más miserables que tú. Extranjeros, mendigos, todos vienen de Zeus”, argumenta (*La Odisea*, XIV, 29-60). El carácter sagrado de la hospitalidad se confirma en otras fuentes antiguas que no aluden a una ficción literaria, sino a testimonios históricos. En el filme *Dersu Uzala*, el director japonés Akira Kurosawa describe la costumbre tradicional del cazador que deja sal, arroz y fósforos en una cabaña donde ha dormido, para que el siguiente viajero encuentre comida y fuego. Todavía hoy, en algunas casas africanas existe una pila de agua al exterior, para que todo viajero sacie su sed.

la expulsión forzada de personas en vuelos comerciales son acusados de resistencia a la autoridad y de obstaculizar la circulación de aeronaves.¹⁶

En resumen, hemos recordado en esta sección que el derecho de los visitantes a ingresar temporalmente a otros países era considerado por Kant como un derecho natural fundamental (base de toda constitución cosmopolita posible). Sin embargo, con el argumento de que dicho derecho serviría de asidero para quienes pretendan migrar y residir en el extranjero ilícitamente por un tiempo indeterminado, los gobiernos de los países desarrollados (y de algunos países en vías de desarrollo, como México) restringen progresivamente la movilidad de los ciudadanos del sur. Esta restricción tiene graves consecuencias materiales y sociales.

Derecho migratorio y filosofía política

Si pretenden ser legítimas, las políticas de migración requieren, como cualquier otra, una justificación política. Frente a la escasez de recursos públicos y dada la pluralidad de concepciones acerca del bien en las sociedades modernas, este tipo de decisiones enfrenta dilemas fundamentales: ¿el gobierno mexicano, por ejemplo, debe construir albergues en la frontera con Estados Unidos para aliviar la situación de los migrantes que se han desplazado hasta ella y así contribuir a que éstos cumplan sus planes de vida o debe fomentar el regreso de éstos a sus comunidades, como desearía el gobierno de aquel país? ¿Los Estados africanos deben priorizar la firma de acuerdos de regularización de sus ciudadanos residentes en Europa o concentrar sus esfuerzos en proteger los derechos humanos de quienes se aprestan a realizar la peligrosa travesía por el Mediterráneo? ¿Es legítimo militarizar las fronteras y construir muros en ellas para combatir el tráfico y la trata de personas para servicios sexuales, aún si esto afecta la libertad de tránsito?

Las tesis que defienden que las fronteras deben abrirse, abrirse progresivamente o cerrarse no están asociadas rígidamente con la división esquemática entre izquierda y derecha políticas. El economista ultrali-

¹⁶ Un caso reciente fue el del académico Pierre Lauret, el 16 de diciembre del 2008 en un vuelo París-Kinshasa.

beral Milton Friedman pensaba que las personas tanto como las mercancías y el capital deberían tener la posibilidad de desplazarse de manera libre a lo largo y ancho del planeta, siguiendo el principio del libre mercado;¹⁷ desde la izquierda, Negri y Cocco llegan a un resultado similar, concentrando sus argumentos en la integración latinoamericana.¹⁸ Es a partir de otras distinciones provenientes de la filosofía política que es posible elaborar justificaciones más finas de las políticas migratorias y consulares. Es posible identificar posiciones libertarias, liberales igualitarias, utilitaristas, pluralistas, comunitaristas, republicanas, entre otras, en materia de migración. Para los libertarios clásicos, como Robert Nozick, las personas tienen el derecho de desplazarse libremente siempre y cuando no violen los derechos de los demás. Pero el filósofo “libertario de izquierda” Michael Otsuka sostiene que una sociedad puede impedir legítimamente que los inmigrantes ingresen a su territorio, pues ello estaría implicado como un aspecto de orden territorial de la filosofía libertaria lockeana. Como se sabe, para Locke los individuos poseen el derecho natural de adquirir, usar o enajenar propiedades, incluyendo la tierra. El derecho de un Estado de prohibir la entrada de aspirantes a la inmigración derivaría en última instancia de los derechos que tienen las personas en un Estado de Naturaleza de adquirir un territorio de manera justa.¹⁹ Kant rechazaba implícitamente esta conclusión al invocar “la común posesión de la superficie de la tierra”.²⁰ Obsérvese, además, que el argumento de Otsuka no justifica las restricciones al derecho de los visitantes temporales que no pretenden rivalizar por la propiedad de un territorio.

John Rawls, principal representante del liberalismo igualitario, parte de la premisa de que conocemos el lugar en que se encuentran las fronteras de los Estados y que presuponemos que estos límites son definitivos. Rawls asume también como un hecho que es posible saber quiénes están autorizados para vivir en los territorios preestablecidos, que las personas no salen ni entran en ellos y que los individuos viven su

¹⁷ Citado por Michael Dummett, *On Immigration and Refugees*, Londres y Nueva York, Routledge, pp. 48-49, 2001.

¹⁸ Antonio Negri y Giuseppe, Cocco, *Global: Biopoder y luchas en una América latina globalizada*. Madrid, Paidós, 2006.

¹⁹ Michael Otsuka, *Libertarianism without Inequality*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 95-103.

²⁰ I. Kant, *op. cit.*

existencia entera en su país natal.²¹ Mediante estas hipótesis ideales y empíricamente falsas, el padre del liberalismo igualitario consigue evadir aplicar su teoría a los problemas de justicia y migración, haciendo como si éstos hubiesen sido resueltos antes de que su teoría de la justicia entrase en operación. En un artículo que se ha convertido en un clásico y que Pablo Larrañaga ha traducido al español para el presente número de *Isonomía*, Joseph Carens pretende ser fiel a las premisas del liberalismo igualitario al abordar el tema. Carens parte del carácter arbitrario, desde el punto de vista moral, de las fronteras territoriales y concluye que el liberalismo igualitario conduce a la defensa de un mundo con fronteras territoriales abiertas en el cual cada persona debe poder elegir su lugar de residencia. Otros autores han tachado a Carens de “ingenuo sin remedio”²² y han tratado de desarrollar interpretaciones alternativas del liberalismo rawlsiano: no existiría, según ellos, un deber liberal de afectar la autonomía de los miembros de una sociedad bajo el afán de proteger la autonomía de los extranjeros que desean emigrar a ella.²³ Es dudoso, sin embargo, que esta respuesta sea suficiente para justificar las restricciones a los derechos de los visitantes temporales desde la perspectiva del liberalismo igualitario, máxime si éstas responden a actitudes discriminatorias por razones religiosas, raciales o culturales.

Un enfoque utilitarista típico considera que los problemas migratorios deben resolverse estimando cuál es la mejor solución en términos de beneficios globales. Tanto la satisfacción de los ciudadanos como la de los extranjeros sería tomada en cuenta en el cálculo.

Algunos ciudadanos ganarían al permitirseles emprender relaciones contractuales con inmigrantes; otros podrían perder sus trabajos si son desplazados o si ven caer su salario por causa de la competencia adicional que los inmigrantes traerían a los mercados de trabajo, mientras que unos ciudadanos más podrían beneficiarse como consumidores al tener acceso a productos o servicios más baratos.²⁴

²¹ John Rawls, *Political liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, p. 277.

²² Will Kymlicka, *Fronteras territoriales* (presentación de Miguel Carbonell), Trotta, Madrid, 2006, pp. 38-43.

²³ Donald Galloway, “Liberalism, Globalism and Immigration”, en *Queen's Law Journal*, 18, 1993, pp. 266-305.

²⁴ Michael Trebilcock, “The case for a liberal immigration policy”, en Warren Schwartz (coord.), *op. cit.*, p. 221.

En su versión clásica, contenida en los escritos de Bentham y Mill, el utilitarismo implicaría favorecer la apertura progresiva de fronteras, pues junto con la evaluación de las acciones a partir de sus consecuencias y de la cantidad de felicidad que producen, dicha perspectiva filosófica ha postulado que cada persona debe contar por igual. Entre la felicidad de nacionales y extranjeros, el utilitarista consecuente debe ser imparcial. Desde luego, una vez que este igualitarismo es reformado un utilitarista nacionalista puede incluso justificar las férreas restricciones consulares: abolir el derecho de tránsito transfronterizo de los visitantes de países del sur se justificaría si ello contribuye a reducir la implantación definitiva de indocumentados, siempre y cuando ésta produzca consecuencias negativas para los locales.

Quienes privilegian la decisión soberana de una colectividad de fijar los términos y las condiciones de la migración, por encima del respeto a la libertad de tránsito de los extranjeros, lo suelen hacer a partir de teorías contractualistas, comunitaristas, culturalistas o republicanistas. A pesar de que define su posición como liberal igualitarista, para Kymlicka “la localización de las fronteras intenta demarcar comunidades políticas nacionales discretas, y la función de estas fronteras es, en parte, proteger a las culturas nacionales”.²⁵ Para este autor, *en ausencia de grandes desigualdades económicas entre las naciones* no es reprochable el hecho de que cada comunidad política tome medidas tendentes a proteger su característica nacional.²⁶ Ahora bien, observemos que la desigualdad global existe y es favorecida por el derecho consular y migratorio que impone férreas restricciones de movimiento a los ciudadanos de países pobres. Para ser coherente, Kymlicka tendría que aceptar la existencia de un derecho moral de tales ciudadanos o de sus países a ser compensados por la desigualdad global producida por las políticas proteccionistas de las culturas nacionales.

Por otro lado, la existencia de una opinión pública activa y funcional es considerada por Kymlicka como un elemento necesario de toda sociedad democrática que pretenda deliberar para resolver sus problemas. Quienes como él se oponen a la apertura de fronteras aducen que los extranjeros no suelen tener las habilidades lingüísticas, ni los valores compartidos para sumarse a las comunidades políticas. Creemos, sin embargo, que el surgimiento de distintas esferas de opinión públi-

²⁵ W. Kymlicka, *op. cit.*, p. 44.

²⁶ *Ibid.*, p. 78.

ca, de la local a la mundial, gracias a la globalización y a las nuevas tecnologías de la información (Internet en primer lugar) permite que los inmigrantes puedan participar en algunas de ellas. El argumento de Kymlicka implica quizá que el derecho al voto, por ejemplo, podría negarse a los inmigrantes que no poseyeran las habilidades para participar políticamente, sin que justificara su expulsión. Además, los argumentos aducidos por los culturalistas no sirven para justificar las restricciones al derecho fundamental de los visitantes temporales, quienes por definición no participan en las deliberaciones democráticas de las sociedades en que se encuentren transitoriamente.

En resumen, los pensadores comunitaristas, republicanistas y culturalistas suelen justificar las restricciones al *ius migrandi* a partir de las supuestas interferencias culturales que provoca la movilidad internacional (en la cultura cívica, en la cultura nacional, en la cultura en general). Para ellos, las naciones desarrolladas no estarían preparadas para recibir repentinamente a un gran número de inmigrantes provenientes de países pobres, porque éstos arriban con grandes diferencias culturales. Este tipo de argumentos suele ser compartido tanto por los partidarios de la aplicación de políticas multiculturales como de quienes prefieren las estrategias interculturales, siendo la diferencia entre ambos, apenas, la manera de definir la estrategia de coexistencia de las comunidades ya presentes en un territorio. Que unos favorezcan la integración y otros la asimilación de los extranjeros no cambia el hecho fundamental de que ambos puedan negarse a recibir nuevos migrantes. Más aún, tanto multiculturalistas como interculturalistas acuden con facilidad a argumentos de prioridad concedida a las “naciones originarias”. Pero el simple hecho de que muchos sudamericanos y magrebíes aspirantes a emigrar a Cataluña estén dispuestos a aprender catalán muestra que este tipo de argumentos constituyen justificaciones débiles para las restricciones migratorias e inservibles para apoyar las restricciones consulares al derecho fundamental de los visitantes temporales.

¿Diluir la teoría moral en el realismo político?

Frente a los problemas que presentan las tentativas de justificación de las políticas migratorias restrictivas y de las medidas consulares discriminatorias, una opción consiste en aplicar el “realismo político” y dejar a un lado la filosofía política y moral. Las actitudes personales de algunos filósofos políticos son reveladoras. Aunque no es usual en un

artículo académico recurrir a este tipo de anécdotas personales, no puedo evitar recordar cuando en 2002 presencié una conferencia de Jürgen Habermas en el antiguo edificio de la Sorbona, en París, acerca de la tolerancia.²⁷ Durante su charla, Habermas tocó temas delicados para el auditorio francés como son la exclusión de las alumnas musulmanas de las preparatorias por portar el velo, exclusión que calificó de exceso de republicanismo y de intolerancia. Durante la sesión de cuestiones del público, le pregunté si el derecho de nacionalidad fundado en la sangre, *ius sanguinis*, institucionalizaba una forma de discriminación, de intolerancia o si era legítimo, dado que, por ejemplo, inmigrantes turcos en Alemania no podían acceder a la nacionalidad incluso después de varias generaciones de residir en ese país. De manera sorprendente, el filósofo perdió su soltura y me respondió que no se trataba de discriminación, para después corregir y reconocer que sí lo era. Habermas arguyó de manera balbuceante que era un problema de derecho pero también de intolerancia. La pregunta, coincidieron quienes me acompañaban, lo había incomodado. Siendo estudiante en Europa, presencié reacciones semejantes cuando charlaba acerca de la comunidad gitana o de los inmigrantes africanos y sudamericanos con algunos de mis colegas. Hurgando un poco en nosotros mismos, seguro encontraremos prejuicios parecidos, ¿hacia los indígenas, los centroamericanos, los judíos, los “gringos”?

El problema es rendirse ante estas tendencias. Varios filósofos reconocen explícitamente que han decidido ceder ante los hechos y que prefieren explorar compromisos “realistas” entre el derecho migratorio—cuando el legislador decide soberanamente adoptar decisiones injustificables moralmente—y la filosofía política y moral pura. Es el caso de Kymlicka, Coleman, Harding y Seidman, entre otros. Los tres primeros se proponen iniciar su reflexión a partir de las democracias liberales “reales”, para “observar las prácticas que han desarrollado a lo largo del tiempo con respecto a las fronteras y a la pertenencia” y luego tratar de “analizar si podemos identificar alguna racionalidad normativa para tales prácticas”.²⁸ Es decir, persiguen estrategias legitimado-

²⁷ Jürgen Habermas, “Quand devons-nous être tolérants? La concurrence entre visions du monde, valeurs et théories”, inédito. Conferencia magistral en la Universidad de París, París, 5 de diciembre del 2002.

²⁸ W. Kymlicka, *op. cit.*, pp. 38-43. Coleman y Harding, por su parte, explican: “Nuestro enfoque de la cuestión normativa consiste en ver si aspectos importantes de las políticas migrato-

ras del derecho migratorio. Seidman, por su parte, recomienda afrontar las aporías prácticas, las contradicciones performativas, mediante una estrategia de disimulo. Para él, es imposible defender el derecho del *Demos* a autodeterminarse y, al mismo tiempo, imponerle la inclusión de extranjeros en la comunidad política: “la pertenencia [a una comunidad] es importante no porque sea un derecho moral que justifique exclusión [de los extranjeros], sino porque es una realidad política que bloquea la inclusión”.²⁹ Ante esta tensión entre los hechos y los valores, propone abordar el tema de la inmigración ilegal mediante la aplicación blanda (*underenforcement*) de las leyes migratorias. Dicho de otro modo, Seidman parece proponer mantener a los indocumentados como tales sin que sean expulsados masivamente (lo que, en efecto, suele ser una situación migratoria *de facto* en algunos países desarrollados, donde existe la figura de los indocumentados que no son ni expulsables, ni regularizables).³⁰

Si las anteriores fueran teorías normativas específicas que no redefinieran los principios fundamentales de justicia, podríamos tratarlas como alternativas entre otras en el mercado liberal de las ideas. Pero, como hemos visto, el modelo de inmigración seleccionada y diferenciada y las restricciones arbitrarias del derecho consular aplicado rompen con premisas fundamentales del liberalismo igualitario (como son el respeto a la igualdad moral de los individuos) y del cosmopolitismo kantiano (fundado en el derecho fundamental de los visitantes extranjeros). La estrategia adoptada por los realistas políticos evocados pretende estar elaborada también desde la teoría moral y, por ello, trae consigo el peligro de pretender la aceptación *moral* de la sociedad mundial de castas, de pueblos privilegiados frente a otros dominados y la legitimación de la estratificación jurídica mundial consistente en la desigualdad de derechos fundamentales. Estas condiciones son incompatibles con los Estados auténticamente liberales, con el constitucionalismo y con la justicia global. Luego del logro histórico que ha constituido la era de las declaraciones universales de derechos humanos, entre los siglos

rias de las naciones que analizamos pueden ser defendidos como reflejando o siendo consistentes con concepciones alternativas plausibles de la justicia”. J. L. Coleman, y S. K. Harding, *op. cit.*, p. 19.

²⁹ L. M. Seidman, en *op. cit.*, p. 144.

³⁰ Llamados coloquialmente los “ni-ni”. Cf. Michael Samers, “Invisible capitalism: political economy and the regulation of undocumented immigration in France”, en *Economy and Society*, 32: 4, 2003, p. 567.

XVIII y XX, tal debilitamiento de nuestras teorías morales conduciría a legitimar *de iure* la desigualdad global. Diluir las teorías de la justicia en el realismo político implicaría volver a formas premodernas de legitimación, como cuando los proyectos coloniales se permitían ordenar jerárquicamente los derechos de ciudadanos de las metrópolis con respecto a los de los habitantes de los protectorados, territorios de ultramar y colonias.

Breve historia del presente

Un rápido ejercicio genealógico nos permite entender cuáles son los peligros de las actuales tendencias en el derecho consular y migratorio. Desde la antigüedad, el derecho se ha ocupado también de definir las condiciones de permanencia de los extranjeros y de definir los términos del acceso a la ciudadanía. Encontramos en la historia momentos de laxismo y de severidad. Si, en Atenas, Pericles reformó las leyes para hacer más difíciles los procedimientos de naturalización de los metecos, los romanos atribuyeron al rey Rómulo la política de otorgar la ciudadanía a los enemigos (en primer lugar a los sabinos). Posteriormente, reservas en los tratados aprobados por Roma con otros pueblos excluyeron de los procedimientos de naturalización a celtas, galos y helvecios.³¹ La antigüedad conoció también las migraciones masivas de trabajadores, libres o esclavos. A partir del siglo XVI y hasta fines del XIX, las plantaciones de azúcar en América incitaron a sus dueños a enviar aproximadamente 12 millones de esclavos agrícolas desde África. Lo que caracteriza a las nuevas tendencias, por lo tanto, no es sólo el rigor creciente con el que se trata a los extranjeros, ni una fuga inédita de mano de obra del sur hacia el norte para realizar trabajos agrícolas, industriales, domésticos o profesionales (fuga de brazos, de cuidados maternos, de cerebros). El derecho de cada época ha legitimado las relaciones desiguales entre los ciudadanos y el resto (metecos, bárbaros, salvajes, nómadas, apátridas). Pero si Aristófanes ya se burlaba en el siglo V a.C., en su comedia *Las ranas*, de los falsos ciudadanos comparándolos con falsas monedas, los actuales indocumentados, ilegales

³¹ Cicerón, *Por Balbus*, 31-32, citado por Christophe Cusset *et al.*, *L'image de l'Autre chez les Anciens*, París, Les Belles Lettres, 2008, p. 238.

les o clandestinos merecen una consideración particular. No se trata de los falsificadores de documentos y usurpadores de ciudadanía que han existido desde la antigüedad, sino de una categoría construida por los complejos sistemas burocráticos modernos que se caracterizan, según Weber, por ejercer un tipo de dominación legal-racional.³² Con la abolición de la esclavitud en la segunda mitad del siglo XIX se implementó en los países desarrollados la estrategia de contratación de trabajadores extranjeros temporales (provenientes de China e India, en un principio) y surgieron los debates jurídicos acerca de las visas temporales y de los permisos de trabajo.³³ Los otros trabajadores extranjeros, los indocumentados, podían ser contratados y expulsados sin mayor protocolo. Si el siglo XX vio nacer esfuerzos inéditos de control de los flujos migratorios de trabajadores a través de pasaportes, visas y permisos, la noción de indocumentado es también una construcción jurídica de este periodo. Hoy, lo propio del modelo migratorio que emerge es la combinación de muy distintas formas de diferenciación para organizar la estratificación global de la que habla Bauman. Este modelo, como hemos visto, diferencia a los indocumentados de los trabajadores temporales y a estos, a su vez, de los individuos pertenecientes a la inmigración “deseable” que eventualmente pueden convertirse en ciudadanos. Así se conservan y hasta se recuperan muchas de las características de los sistemas de gestión de recursos humanos antiguo y colonial: una abundante mano de obra carente de la mayoría de los derechos (ilegal y, por ello, flexible, barata, expulsable en la mayoría de los casos) y la preservación de la estratificación social mundial mediante la prohibición jurídica del libre flujo de personas (el encierro de los ciudadanos de los países pobres dentro de sus territorios actuales y la abolición del deber de hospitalidad y su correlato, el derecho de los visitantes extran-

³² Ejemplo de un proceso por usurpación de ciudadanía en el siglo IV a.C en Grecia, en el que se atribuye al acusado haber comprado falsos testimonios para forjarse un linaje, puede verse en el discurso *Contra Eubolides* de Demóstenes. Cf. Christophe Cusset *et al.*, *op. cit.*, p. 256-257.

³³ Cf. Drik Hoerder y Leslie Page Moch, *European migrants: global and local perspectives*, Boston, Northeastern University Press, 1996, p. 7. Además, Aristide Zolberg, *A nation by design: immigration policy in the fashioning of America*, Cambridge, Harvard University Press, 2006. De manera análoga, con el fin de la colonización francesa en África, a mediados del siglo XX, la figura de trabajadores provenientes de los protectorados y territorios de ultramar se transformó en la de extranjeros trabajadores temporales y en clandestinos (*sans papiers*). Si la desigualdad durante el sistema colonial era garantizada por el derecho de extranjería mediante la negativa de considerar a esos trabajadores como ciudadanos franceses, tal desigualdad habría de perpetuarse después mediante las distinciones propias al derecho migratorio.

jeros). La primera de estas medidas garantiza la disponibilidad de trabajo servil en los países desarrollados y la segunda sirve como medida de contención que preserva la desigualdad global. En el artículo de Carens que presentamos en este número, éste equipara a quienes nacen del lado sur del Río Bravo con lo que fue la servidumbre feudal. *Mutatis mutandis*, también podemos considerar a los miles de migrantes que mueren de deshidratación en el desierto de Sonora o ahogados en el Mediterráneo como los herederos de los esclavos africanos que, demasiado enfermos o exhaustos, eran arrojados al mar en los barcos negreros o enterrados en fosas comunes.³⁴ Las mujeres migrantes que trabajan como empleadas domésticas son la pieza clave de un mismo fenómeno de fuga de cuidados maternos en los países del sur destinados a las metrópolis del norte; antes como ahora esa pérdida masiva de atenciones a los niños de los países pobres contribuye a explicar el subdesarrollo educativo, cultural y social de éstos (véase, al respecto, el artículo de Speranta Dumitru en este mismo número de *Isonomía*). Desde luego, las remesas enviadas por los migrantes a sus países de origen benefician a sus familias más que las ganancias que el comercio negrero dejaba a ciertos reyes africanos (beneficiarios de armas, manufacturas europeas y productos de pacotilla).³⁵ Además, a diferencia de los migrantes indocumentados, los esclavos no eran propietarios de sí mismos. Una diferencia fundamental es, entonces, la tecnología de poder aplicada a unos y a otros. Foucault nos ha enseñado a distinguir dos tipos de tecnologías de poder: la *anatomopolítica* que se ejerce sobre los cuerpos y que se generaliza en Occidente a partir del siglo XVII (el manicomio, la prisión, la fábrica y, agregamos nosotros, el barco negrero y la plantación agrícola trabajada por esclavos y vigilada por capataces) y la *biopolítica* que, a partir del siglo XIX, se enfoca en modelar algunas características de la población (a través de la demografía, la epidemiología y, hay que añadir, políticas como la migratoria y laboral

³⁴ Sin embargo, Brice Hortefeux, ministro francés de la inmigración y la identidad nacional (dependencia creada por Sarkozy), revierte esta analogía y llama en junio de 2007 a los pescadores africanos reconvertidos al negocio de transporte de indocumentados “esclavistas de nuestro tiempo”. Citado por Olivier Clochard, “La mort au bout du voyage”, en *L’atlas des migrations*, París, Le Monde-La vie, 2008, p. 125.

³⁵ Los historiadores revelan que un cañón era intercambiado en las costas africanas aproximadamente por una cuarentena de esclavos y un fusil por una docena. En este comercio, las mujeres esclavas valían menos que los hombres.

aplicables a los migrantes).³⁶ Mientras el crecimiento económico mundial favorece los desplazamientos internacionales, la tecnología de las visas y los permisos de trabajo permite controlar la libertad de movimiento de los ciudadanos de los países pobres. Las prohibiciones jurídicas permiten imponer un precio diferenciado al flujo internacional: si un ciudadano europeo paga aproximadamente 700 euros por un vuelo redondo París-Cotonou, un nacional de Benín, sin visa para ir a Europa, debe pagar más del doble a un pescador por el peligroso trayecto inverso, vía marítima.³⁷ Así, los migrantes contemporáneos están sometidos a una tecnología biopolítica.

La única alternativa frente a la amenaza de regresión hacia un régimen de desigualdades internacionales *legalizadas* y que no consista en la apertura pura y simple de las fronteras consiste en tomar en serio el lenguaje de los derechos y, en particular, el derecho a la movilidad transnacional. Como afirma Rodolfo Vázquez, el *derecho* de migración (*ius migrandi*) debe ser más que una idea reguladora de las políticas migratorias y poner al alcance de las personas recursos judiciales efectivos, utilizar el máximo de recursos materiales disponibles y abstenerse de adoptar medidas regresivas dada la naturaleza progresiva de los derechos de los migrantes.³⁸ De acuerdo con Seyla Benhabib, si bien los Estados tienen la atribución de fijar las exigencias que hacen que algunos individuos se conviertan en miembros de pleno derecho de la comunidad política, los requisitos impuestos a éstos no deben ser imposibles de cumplir. Cuando se ha admitido a una persona en el territorio, el camino para que se convierta en miembro no debe ser bloqueado. Uno de los principios de un derecho migratorio justo consistiría en que las libertades no puedan restringirse sino por medio de normas justificables recíprocamente. Así, la voluntad y poder de decisión de

³⁶ En su artículo “Tecnologías de poder utilizadas para gobernar a la población migrante mexicana” (en *Veredas*, 15, UAM-Xochimilco, 2007, pp. 131-149), Graciela Lechuga se inspira en la obra de Foucault para postular que las medidas políticas tomadas por los Estados en materia migratoria son ejemplos de acciones de biopolítica que sirven para asegurar la inserción controlada de los cuerpos en el aparato productivo y, a la vez, ajustar los fenómenos de la población a los procesos económicos. Luego pretende destacar el papel que la iglesia católica juega en estas tecnologías de poder.

³⁷ Cifras de finales del 2008 obtenidas a partir de datos de las compañías de aviación y del artículo de Emmanuelle Bouilly, “Afrique de l’Ouest. Une pirogue pour l’Europe”, en *L’atlas des migrations*, París, Le Monde-La vie, 2008, p. 154.

³⁸ Rodolfo Vázquez, “Migración, ciudadanía y fronteras. Comentarios a Ermanno Vitale”, en *Isonomía*, 29, octubre 2008, pp. 202-203.

una comunidad democrática estarían limitados por “los derechos de los otros”.³⁹ Para Benhabib, la exclusión en los consulados de solicitantes de visas debe estar fundada en razones y entre éstas, desde luego, jamás debe encontrarse la lengua o la raza, ni explícita ni implícitamente. Pero creemos que, en la era de la globalización económica, tampoco la condición socioeconómica del migrante debe convertirse en una justificación válida de exclusión, bajo el argumento genérico de proteger el empleo en el país receptor. Ilegalizar los flujos de personas, a diferencia de los de inversiones y de mercancías, constituye en los hechos la discriminación racial, étnica y cultural por otros medios.

Conclusiones

A partir de las estadísticas de tránsito transfronterizo de personas, podemos afirmar que la globalización no es sólo un hecho desde el punto de vista de los flujos financieros y de mercancías, sino de trabajadores, aunque gran parte de éstos sean indocumentados. Sin embargo, inferir de ello que el creciente acceso a la movilidad internacional constituye un mejoramiento en términos de derechos es falso.

Una genealogía del derecho migratorio y consular nos muestra que las categorías migratorias, incluida la categoría implícita de “indocumentado”, fueron una estrategia de adaptación ante el fin de los regímenes coloniales y la abolición de la esclavitud en el siglo XIX. El nuevo sistema permitió diferenciar y flexibilizar la mano de obra extranjera. La tendencia se ha radicalizado. El *ius migrandi* como derecho subjetivo está siendo férreamente limitado por reformas legales en todo el mundo. Esta regresión *de iure* tiene como correlato la estratificación social mundial *de facto*. Ciudadanos del sur que antes no requerían visa para viajar al norte deben ahora realizar complejos trámites y pagar por ella. Muchos de ellos han visto simplemente cancelado su derecho a desplazarse internacionalmente. Los indocumentados que adquirirían automáticamente la estancia legal al cabo de varios años de vivir en un país ahora tienden a permanecer en la “ilegalidad” indefinidamente. La discriminación opera en los procedimientos consulares

³⁹ Seyla Benhabib, *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*. Trad. de Gabriel Zadunaisky, Barcelona, Gedisa, 2004.

como resultado a veces de proyectos estatales centrales (como el de los Estados latinoamericanos dispuestos a partir del siglo XIX a “blanquear” a su población mediante una política de inmigración selectiva, o como las tendencias contemporáneas en Europa que privilegian la “inmigración elegida”) y a veces por los márgenes de maniobra discrecionales de los funcionarios (donde suelen imponerse los prejuicios personales).

Aunque autores como Seyla Benhabib admitan que la exclusión de los solicitantes de visa pueda estar motivada legítimamente por el nivel socioeconómico de éstos, de modo que los solicitantes ricos se vean favorecidos frente a los de escasos recursos, estas restricciones afectan durablemente la justicia global. Proteger los derechos humanos de los migrantes, el constitucionalismo y la justicia global no pasa necesariamente por la desaparición de las fronteras territoriales, sino por someter de manera efectiva el derecho consular a los principios de no discriminación y debido proceso, así como por establecer garantías jurídicas efectivas del derecho de movilidad de los habitantes que compartimos el planeta.

Recepción: 31/10/2008

Aceptación: 06/02/2009

EMIGRACIÓN, TALENTOS Y JUSTICIA: UN ARGUMENTO FEMINISTA SOBRE LA FUGA DE CEREBROS¹

*Speranta Dumitru**

Resumen

Pérdidas importantes de bienestar son causadas por la emigración masiva de mujeres que en ciertos países asumen muchas de las funciones del Estado de bienestar. Se trata de un menoscabo de las funciones de apego y cuidado (*care drain*). Incluso si las llamadas “fuga de cerebros” y “fuga de cuidados” son una pérdida para los países de origen, las y los migrantes no tienen un deber moral de compensar por esta pérdida. Sería injusto imponerles impuestos compensatorios. Los individuos más desfavorecidos, considerados a la escala global, deben tener prioridad en las políticas de redistribución. Se defiende una concepción cosmopolítica de la igualdad de oportunidades.

Palabras clave: Fuga de cuidados, fuga de cerebros, emigración, feminismo.

Abstract

In some countries, women assume many functions of the welfare state. Accordingly, their massive migration to developed countries causes welfare losses to their native countries. Even if the so-called “brain drain” and “care drain” represent an important loss for the native countries, migrants do not have a moral duty to compensate for this loss. It would be unfair to impose taxes on them. Disadvantaged individuals, considered on a global scale, should have priority in redistribution policies. We advocate for equality of opportunities from a cosmopolitical perspective.

Key words: Care drain, brain drain, emigration, feminism.

El derecho de abandonar cualquier país, incluido el propio, ha sido reconocido como un derecho fundamental de toda persona.² Sin embargo, cuando es ejercido por quienes egresan de la educación superior, se considera más un perjuicio causado al país de origen que

¹ Traducción del francés de Bernardo Bolaños Guerra. Revisión de la traducción: Mónica González Contró.

* Universidad París Descartes. La investigación realizada para el presente artículo comenzó gracias a la Cátedra Hoover de la Universidad Católica de Lovaina y fue concluida con el financiamiento del Instituto Emile du Châtelet y la Región *Île-de-France*. Agradezco a Marc Rüegger, Raul Magni Berton y Olivier Nalin sus comentarios iluminadores.

² Cf. art 13(2) de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, 1948.

un derecho fundamental. Un ex presidente de Tanzania llegó a comparar incluso al emigrante con un traidor: alguien a quien la comunidad confía sus últimas provisiones para reabastecerse y que nunca regresa a ayudar a los suyos.³ Otros, menos severos, atribuyen la responsabilidad no a las personas que emigran sino a quienes les permiten hacerlo, como los países que abren sus fronteras o atraen a su territorio a los más capaces.

La identificación del responsable no carece de consecuencias prácticas: influye en la decisión de las políticas que deben implementarse para reparar el perjuicio. Un país huésped que reconoce su responsabilidad tratará quizá de evitar el “pillaje de cerebros”, practicando lo que hoy se llama, en Europa, “contratación ética”. Y, a la inversa, si se atribuye la responsabilidad únicamente al emigrante se dejará que el país de origen tome las medidas pertinentes. Algunos países pueden simplemente pretender impedir que la afectación sea causada y tratarán de prohibir la emigración de los más calificados o hacerla muy difícil. Otros pueden tomar medidas más compatibles con el derecho de emigrar y buscarán más bien reparar el daño causado. Una de las estrategias propuesta consistiría en gravar fiscalmente, en beneficio del país de origen, los ingresos de los inmigrantes que hayan sido obtenidos en el país huésped.⁴ Mediante este cobro, que se sumaría a los impuestos pagados en el país receptor, quienes cuentan con estudios superiores compensarían la pérdida del capital social que el país de origen habría sufrido como resultado de su partida.

El presente artículo tiene un doble propósito. El primero consiste en mostrar que incluso si la emigración de los más talentosos constituyera una pérdida para el país de origen, los migrantes calificados no tienen un deber moral de compensar por esta pérdida. El segundo objetivo es argumentar que en el caso de que otras razones nos llevaran a reintegrar los recursos a esos países, sería injusto obtener esos fondos imponiendo impuestos a quienes se desplazan.

El artículo está estructurado en tres partes. La primera identifica los compromisos éticos y metodológicos del debate sobre la fuga de cere-

³ Discurso del Presidente Julius Nyerere, 12 de mayo de 1964, citado por M. Sinclair, « Canadian Involvement of Brain Drain from Africa : Opportunities for Action » *Issue : A Journal of Opinion*, 1979, 9(4), pp. 19-25.

⁴ Jagdish Bhgwati, “The United States in the Nixon Era: The end of Innocence”, *Daedalus*, 101, núm. 25, 1972, pp. 41-44.

bros: el prioritarismo nacionalista está impregnado de presupuestos sedentaristas y elitistas. Pero eso no constituye en sí mismo una crítica. En la segunda parte, planteamos la hipótesis de que pérdidas importantes de bienestar pueden ser causadas no solamente por la migración de las élites. La fuga masiva de mujeres que en ciertos países asumen muchas de las funciones del Estado de bienestar ha sido considerada como un menoscabo de las funciones de apego y cuidado (*care drain* en inglés): ¿significa eso, sin embargo, que las mujeres deberían indemnizar a su país de origen por esta pérdida? En la última parte regresamos al tema de la emigración calificada para rechazar los argumentos que hacen de la inversión pública en educación una fuente de obligaciones para los migrantes. Mostraremos que es injusto gravar el simple acceso a la oportunidad y que los objetivos del prioritarismo deben cumplirse gravando los ingresos y no el acceso a los ingresos.

I. Ética de la fuga de cerebros

En el debate acerca de la fuga de cerebros, los principios éticos sirven de base a las investigaciones empíricas. Cinco presupuestos normativos intervienen en ese debate.

1. El consecuencialismo

El primer presupuesto es que *las acciones deben ser evaluadas en función de sus consecuencias*. El tipo de teoría ética que domina los debates acerca de la fuga de cerebros es un consecuencialismo, generalmente centrado en el bienestar (*welfarista*). Incluso cuando se introducen consideraciones *deontológicas*, tales *obligaciones contraídas* por el profesionalista con la comunidad de origen no parecen adquirir relevancia sino en la medida en que se les aborde desde una evaluación consecuencialista. Así, la acusación del entonces presidente de Tanzania sería menos creíble si la comunidad de origen fuese opulenta y si el supuesto “traidor” hubiere cruzado la frontera con poco dinero en los bolsillos.

2. El prioritarismo

El segundo presupuesto del debate es que *los intereses de los más desfavorecidos deben tener más peso que los de los más ricos* en la evaluación ética. La ética consecuencialista del debate sobre la fuga de cerebros es completada, por lo tanto, mediante una posición llamada *prioritarismo*.⁵ Aplicada a las cuestiones de justicia internacional, consiste en atribuir una ponderación más grande a la variación del bienestar de los países en vías de desarrollo que a la de los países desarrollados.

Sin embargo, no fue la preocupación por los países pobres lo que ha desencadenó el debate acerca de la fuga de cerebros. La expresión “fuga de cerebros” fue inventada por los periódicos sensacionalistas ingleses para denunciar la emigración de los científicos *británicos* hacia los Estados Unidos. Ésta fue recuperada por los periódicos académicos⁶ luego de la publicación de un informe de la *Royal Society*, en 1963. El informe evaluaba la proporción de científicos convertidos en doctores en los años 1950 que habían emigrado, subrayando que casi la mitad de los migrantes habían elegido los Estados Unidos.⁷ Inicialmente, el debate sobre la fuga de cerebros concernía exclusivamente a los países ricos. Los poderes de Europa occidental, de Rusia y de Israel se alinearon con los británicos que acusaban a los Estados Unidos de “parasitismo a partir de los cerebros de otras naciones”.⁸ En sus críticas, los oficiales parecían privilegiar una explicación de la emigración a partir de las oportunidades del exterior que *atraían* a las personas dotadas de alta capacitación (*pull factors*), atribuyendo adicionalmente a los Estados Unidos la voluntad activa de favorecer esos factores. Quie-

⁵ Término introducido por Derek Parfit, “Equality and Priority”, *Ratio*, 10, 1997, pp. 202-221.

⁶ Véase el debate en *Science* iniciado por John Maddox, “Scientific Migration: Britain Agitated Anew by Research Team’s Decision to Move to United States”, *Science*, New Series, vol. 143, núm. 3608, 1964, pp. 786-788; y los comentarios de I. Willis Russell, “Among the New Words”, *American Speech*, vol. 40, núm. 2, 1965, pp. 141-146.

⁷ Según las cifras contenidas en el informe, 13% de los doctores considerados pertinentes por el estudio habían emigrado y entre ellos casi 45% se establecieron en Estados Unidos. Según otro estudio citado, 75% de los científicos que partieron a Estados Unidos regresaron a Gran Bretaña. “The Emigration of Scientists from the United Kingdom. Report of a Comitée Appointed by the Royal Society”, *Minerva*, 1(3), 1963, pp. 358-362

⁸ Cf. el discurso parlamentario de Lord Hailsham del 27 de febrero de 1963, retomado en *Minerva*, 1(3), 1963, pp. 363-64.

nes rechazaban tales argumentos insistían, por su parte, en los factores que *empujaban* a los científicos a partir (*push factors*), tales como el control de salarios en Gran Bretaña o la estructura rígida del sistema europeo de promoción universitaria. Más allá de las oportunidades científicas y salariales en Estados Unidos, la política migratoria de ese país era un *pull factor* que confirmaba las críticas de los otros países ricos. Instaurado en 1924, un sistema de cuotas según el origen debía conservar la composición étnica constante en el país. Los británicos y los migrantes europeos eran así favorecidos. Cuando tales restricciones fueron por fin suprimidas, la perspectiva de un aumento de la inmigración proveniente de los países en desarrollo, en particular asiáticos, se hizo realidad. La modificación de la ley sobre la inmigración en 1965 abrió el debate sobre la fuga de cerebros desde una perspectiva ética decididamente prioritarista. El interés de los países pobres era así el ganador de un debate al cual sólo habían sido invitados los países ricos.

3. El nacionalismo

Según otro presupuesto del debate, lo que supuestamente debe ser *objeto de preocupación ética es el país*. El tipo de prioritarismo defendido en el debate sobre la fuga de cerebros concierne principalmente a *los países* y *no a las personas* más desfavorecidas. Eventualmente, este enfoque nacionalista es justificado de manera instrumental, al considerarse que la mejor forma de mejorar la situación de las personas más desfavorecidas consiste en promover los intereses de los Estados en los cuales nacieron. Por lo pronto, esta visión parece emanar del nacionalismo metodológico.

Los partidarios del nacionalismo metodológico consideran que el Estado nación es un objeto natural, una unidad de análisis elemental que sirve de punto de partida incuestionable. Este presupuesto, compartido por muchos científicos sociales, tiene un peso particular tratándose del estudio de la migración. Conduce, por ejemplo, a hacer de la migración interna y externa objetos fundamentalmente distintos, o a separar el estudio de la economía nacional con respecto a la economía interna-

cional.⁹ El concepto de “fuga de cerebros” está adosado a una “filosofía del nacionalismo económico”¹⁰ que analiza las acciones de los individuos únicamente o prioritariamente a la luz de las consecuencias que tienen sobre el bienestar del país de origen.

En efecto, la “fuga de cerebros” sólo constituye un fenómeno nuevo si se le percibe desde una concepción que circunscriba la educación a las fronteras nacionales. Mucho antes de que el Estado nación como forma de organización social apareciera, los científicos y los intelectuales viajaban y se concentraban en ciertas ciudades para llevar a cabo sus investigaciones, comunicarse con sus pares o simplemente para ganarse la vida. Las primeras referencias escritas a una política que sería hoy calificada como “pillaje de cerebros” aluden a la voluntad de los Ptolemaicos, en el siglo III de nuestra era, de trasladar la capital de las ciencias y de las letras de Atenas a Alejandría y de mantenerla allí. Pero la historia de la educación y de las ciencias abunda en ejemplos de rivalidades entre universidades y desplazamientos de estudiantes y científicos de una ciudad a otra.¹¹

El nacionalismo metodológico no se confunde con su equivalente normativo. El defensor de una ética nacionalista no considera el bienestar de los residentes de un Estado, tomado en conjunto, como mero instrumento de estudio, sino que le atribuye valor. Su ideal, cuando defiende una concepción de la justicia a escala mundial, es que sean *los países* los que gocen de recursos suficientes. En una versión instrumental, el nacionalismo concederá que los individuos son un objeto pertinente de preocupaciones éticas, pero sostendrá que el mejor mecanismo para mejorar la suerte de los más desfavorecidos es el aumentar el bienestar de los Estados nación. Esta posición es difícilmente defendible. Incluso si las naciones fuesen todos Estados *rawlsianos* que maximizaran tanto como fuese posible la situación de los menos favorecidos, es evidente que su suerte podría mejorarse aún más mediante

⁹ El concepto de “nacionalismo metodológico” fue popularizado por Andreas Wimmer y Nina Glick Schiller en “Methodological nationalism and the study of migration”, *European Journal of Sociology*, 2002, 43(2), pp. 217-40, retomado en: “Methodological nationalism and beyond: nation-state building, migration and the social sciences”, *Global Network*, 2002, 2, 4, pp. 301-34.

¹⁰ Harry G. Johnson, “The Economics of the ‘Brain Drain’: The Canadian Case”, *Minerva*, 3(3), 1965, p. 300.

¹¹ Cf. por ejemplo, Stevan Dedijer I, “‘Early’ Migration”, en Walter Adams (ed.), *The Brain Drain*, 1968, Nueva York y Londres, Macmillan, pp. 9-28.

instancias distintas a las del Estado donde nacieron.¹² El nacionalismo se sitúa en el extremo opuesto de un enfoque cosmopolítico que evalúa la migración en relación con el bienestar *global* o con los recursos y las oportunidades ganadas por los *individuos*, sea cual sea su respectivo origen nacional.

4. El sedentarismo

Según otro supuesto, ligado al anterior, *los intereses de los sedentarios cuentan más que los de los migrantes*. El sedentarismo presenta también dos aspectos, uno metodológico y otro normativo.

El hecho de que el sedentarismo pueda servir como presupuesto metodológico se observa en la asimetría que existe entre el número de estudios consagrados a la migración y el interés casi inexistente por comprender el comportamiento sedentario. Si existe una preocupación importante por explicar las causas de la migración, por clasificar a los migrantes y comprender su conducta, pocos teóricos han asumido la tarea de explicar por qué y en que condiciones los individuos *no migran*. La inmovilidad ha comenzado a ser percibida como un problema desde que ciertos espacios, como la Unión Europea, han abandonado sus fronteras y se ha constatado que, incluso en ausencia de oportunidades de trabajo a nivel local, los europeos son poco móviles y, en todo caso, menos móviles que los americanos, por ejemplo. En efecto, si aceptamos la hipótesis de la teoría de la elección racional según la cual los individuos tienden a asumir las oportunidades que maximizan sus ganancias, el sedentarismo constituye un comportamiento tanto más curioso dado que los costos de aprovechar esas oportunidades han disminuido. La baja de los precios de los transportes es un ejemplo. La disminución de esos costos permite también enviar el talento de las zonas donde es menos productivo para instalarlo en regiones donde puede ser más activo. Es sorprendente que los economistas, preocupados por la distribución eficaz de los recursos, continúen buscando explicaciones a la migración en vez de al sedentarismo. Pocos de ellos observan que “los sentimientos nacionalistas de los candidatos potenciales a

¹² Véase, por ejemplo, la propuesta de Stéphane Chauvier según la cual una política justa de inmigración debe favorecer a los más desfavorecidos de los países pobres: « Immigration rationnée », *Raisons Politiques*, núm. 26, 2007, pp. 41-61.

la inmigración [pueden explicar] que haya menos migración [...] que la que sería económicamente óptima”.¹³ Ahora bien, esas preferencias sedentarias tienen un costo. Así como el empresario que prefiere dar empleo a los miembros de un grupo particular asume el costo de sus preferencias discriminatorias,¹⁴ el sedentario elige sacrificar su ingreso suplementario en vez de dejar su lugar de nacimiento. Para explicar tal tendencia, una de las hipótesis formuladas recientemente afirma que es racional hacer a un lado la opción de la movilidad cuando se han acumulado ciertas ventajas como “local”.¹⁵

La versión normativa del sedentarismo es precisamente la justificación de la prioridad de las preferencias sedentarias y de las ventajas de los “locales”. En su gran mayoría, las teorías de la justicia conceden prioridad al cumplimiento de obligaciones con respecto a los compatriotas. La residencia de larga duración, a veces desde el nacimiento, constituye el criterio implícito para tener derecho a tales ventajas. Ciertas teorías han incluso defendido la idea de que la justicia no puede adquirir contenido sino al interior de una comunidad, la cual dota de significado a los bienes que serán distribuidos, gracias a tradiciones de larga duración.¹⁶ Dicho de otro modo, no solamente la residencia abre derechos, sino que la residencia de las generaciones anteriores moldea aquello a lo cual uno tiene derecho. Para llegar a ser ciudadano, la inserción profunda y de tiempo atrás del extranjero en la sociedad (su “integración”) es considerada como el criterio mínimo, el más evidente, susceptible de ser objeto de consenso entre las teorías de la adquisición de ciudadanía.¹⁷ En el debate sobre la fuga de cerebros, el cálculo del bienestar favorece también las preferencias sedentarias: se estima la pérdida de quienes se quedan y nunca el precio que deben pagar en un mundo sedentario quienes parten o quisieran partir.

¹³ Harry G. Johnson, “An “Internationalist” Model”, en Walter Adams (ed.), *The Brain Drain*, Nueva York y Londres, Macmillan, 1968, p. 70.

¹⁴ Gary Becker, *The Economics of Discrimination*, University of Chicago Press, 1971

¹⁵ P. Fisher, E. Holm, G. Malberg y T. Straubhaar, “Why do People Stay? Insider Advantages and Immobility”, *HWW Discussion Paper* 112, Hamburg Institute of International Economics: <http://www.hwwa.de/Forschung/Publikationen/Discussion_Paper/2000/112.pdf>

¹⁶ Michael Walzer, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, 1983

¹⁷ Jonathan Seglow, « Quatre théories de l’acquisition de la nationalité » *Raisons Politiques*, 2007, 26, pp. 149-174; Seyla Benhabib, *The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004

5. El elitismo

En el centro del debate sobre la fuga de cerebros se encuentra el presupuesto de que *ciertos grupos tienen más valor que otros* y que *su* partida debe lamentarse más. Algunos han reaccionado desde el principio de tal debate, señalando que “el pillaje de cerebros [era] en realidad menos importante que el pillaje de cuerpos, efectuado por los países ricos durante los últimos doscientos años”.¹⁸ Pero más allá de esta alusión a la esclavitud, nadie ha puesto en duda el presupuesto *elitista* que pretende que sea concedida más importancia a los egresados de las universidades que a las otras categorías sociales. Adicionalmente, las estadísticas que miden la fuga de cerebros toman en cuenta ciertos diplomas en particular, sin justificar en todos los casos esa elección. Por ejemplo, si el reporte de la *Royal Society* se concentra en los doctores en ciencias (bioquímica, matemáticas, botánica, metalurgia, etc.), otros han tomado en cuenta a informáticos e ingenieros, mientras que hoy se suele enfocar la atención en la salida de médicos. Tales decisiones, que evidentemente no son neutras, deberían pesar en la evaluación de la pérdida de bienestar sufrida. Afirmar que la partida de una categoría de personas con alta formación constituye una pérdida para la economía de un país, sin tomar en cuenta su integración o no al mercado de trabajo, es una tesis que presenta muchos problemas. Es probable que una fuerte especialización de tareas asociada a la escasez de técnicos genere más pérdidas de bienestar que la salida de personas con doctorado.¹⁹ En este artículo, vamos a considerar el caso de la división sexuada del trabajo y la pérdida causada por la migración de otra categoría social, las mujeres. Esta actualiza, bajo la noción de fuga de protección o de cuidados (*care drain*), el debate sobre la fuga de cerebros (*brain drain*).

Para resumir, el prioritarismo que anima el debate sobre la fuga de cerebros es nacionalista: los Estados y no los individuos más desprotegidos son el principal objeto de preocupación ética. El cálculo del bienestar colectivo está distorsionado a favor de las preferencias sedentarias y concede un valor más importante a los miembros de la éli-

¹⁸ John T. Saidy, “Migrating Medics”, *Science*, núm. 3758, 1967, p. 27

¹⁹ Esta hipótesis, formulada en términos elitistas, es considerada por el modelo de Devesh Kapur y John McHale, *Give Us Your Best and the Brightest. The Global Hunt for Talent and Its Impact on the Developing World*, Center for Global Development, Washington, 2005, en Anexe A, pp. 211-13

te egresada de la educación superior. Al reconstruir ese debate sin los postulados elitistas, mostraremos que la posición ética más sólida es un prioritarismo individualista que no favorezca a los sedentarios *en detrimento* de los migrantes.

II. El impuesto Bhagwati: de la fuga de cerebros a la fuga de cuidados (*care drain*)

La resistencia frente a la emigración de personas con alta formación profesional se apoya en el valor que se atribuye a la élite ilustrada. ¿Cuál es el fundamento de este valor? Existen dos respuestas a esta pregunta que orientan las políticas hacia objetivos diferentes. La primera consiste en asimilar la élite al valor de sus diplomas y a pretender recuperar la inversión pública. Era así que la Unión Soviética, por ejemplo, justificaba el “impuesto de salida” asignado en 1972 a los candidatos a la emigración.²⁰ Desde luego, es posible pensar en políticas menos restrictivas que el condicionamiento de la emigración mediante el reintegro de los costos de la educación en una sola exhibición. Pero el principio ético que orienta ese tipo de política es que *la inversión de la colectividad debe ser reembolsada*. La segunda manera de justificar el interés en la élite ilustrada consiste en estimar no el gasto del pasado, sino la contribución potencial futura. El economista Jagdish Bhagwati propuso tasar a los migrantes calificados en beneficio del país de origen como una compensación por la contribución que ellos habrían aportado si no hubiesen emigrado.²¹ El principio que orienta este tipo de política afirma que *la pérdida de bienestar sufrida por el país debe ser compensada*. ¿Es más justo compensar la frustración de ganancia futura que reembolsar la inversión pasada?

1. La pérdida de bienestar

Muchos economistas han negado que un país, si está interesado en el bienestar y no en el número de sus habitantes, sufra una pérdida pro-

²⁰ Siendo la Unión Soviética un país cerrado a la emigración, esta política concernía a las personas de origen judío cuya partida había sido comprada por el Estado de Israel y reembolsada por los interesados.

²¹ Jagdish Bhagwati y W. Delalgar, “The Brain Drain and Income Taxation”, *World Development*, 1(2), 1973, pp. 94-101.

ducto de la emigración. En primer término, si el bienestar está cifrado en términos de ingresos, no habría pérdida, la emigración parecería más bien óptima en términos de Pareto. Mientras que se supone que el ingreso del migrante aumenta, las percepciones de quienes permanecen no disminuyen. Al contrario, si el primero estuviese remunerado de acuerdo con su productividad en el mercado, su partida aumentaría los niveles de capital/trabajo en el país. La ausencia del trabajador que se va permite a los profesionales de su oficio ver su salario revalorarse a la alza. A corto plazo, esta alza tendrá como efecto negativo un aumento de la desigualdad, pero la perspectiva de ingresos acrecentados en la profesión estimulará la competencia y nuevos aspirantes desearán adquirir las credenciales necesarias. En segundo lugar, no debería existir una pérdida fiscal. Se podría pensar que debido a su partida, el emigrante priva al país de su contribución fiscal. Pero si el sistema impositivo se apoya en el principio de proporcionalidad entre contribución y beneficios obtenidos, el emigrante se lleva consigo tanto su contribución potencial como sus exigencias de participar de los bienes públicos. Cuando su partida es definitiva, el emigrante deja de costar a la colectividad. En tercer lugar, la pérdida podría ser formulada en términos de externalidades positivas, es decir, de los efectos benéficos no remunerados producto de la simple presencia del profesional en la colectividad. Según algunos, esta pérdida es mínima, pues la vocación organizativa, la creatividad o la contribución a la política estarían ligados a la personalidad de cada emigrante y no a una profesión en particular.²² A menos que supongamos que tales cualidades llevan a las personas a emigrar, ellas parecen estar presentes tanto entre los migrantes como entre los que se quedan.

Se seguiría de lo anterior que los efectos negativos de la emigración para la economía serían resultado de desequilibrios temporales. Entre más sustitutos existan para un perfil profesional determinado y más corta sea la duración de la formación que se requiera, el desequilibrio causado por la emigración será menor. Sin embargo, no todos los países se organizan como mercados: no ajustan fácilmente la mano de obra a las necesidades existentes, ni remuneran los diplomas a su justo valor. Su capacidad de responder a tales desequilibrios difiere de unos

²² Herbert B. Grubel y Anthony D. Scott, "The International Flow of Human Capital", en *The American Economic Review*, vol. 56, núm. 1-2, 1966, pp. 268-74.

a otros. Entre más planificada es la economía, la posibilidad de reemplazar la mano de obra es más difícil. Pero la dificultad es más grande para los países que carecen de recursos y, por lo tanto, de capital a ser invertido en la educación. En esos países, el profesionista contribuye al bienestar colectivo más de lo que deja ver su talón de pago y las externalidades negativas de su partida no son despreciables.²³

2. El impuesto Bhagwati

La tasa impositiva conocida como Bhagwati es una solución razonable. Su objetivo no es ni evitar a toda costa los desequilibrios económicos en el país de origen, ni disuadir la emigración calificada. El periodo gravado se limita a unos cuantos años después de la emigración, aun cuando existen países que gravan a los ciudadanos durante toda su vida, independientemente del lugar de residencia o de la fuente de ingreso.²⁴ La tasa no hace otra cosa sino extender la idea del impuesto progresivo más allá de las fronteras nacionales, tocando una parte del aumento del ingreso obtenido luego de la migración. Comparada a este aumento, su pretensión no es desproporcionada: si se pagara, durante 10 años, 10% de lo que en forma de impuestos se debe al país de residencia, el migrante podría, según los cálculos de Bhagwati, compensar la pérdida sufrida por el país de origen.

Ahora bien, a partir de los años 90, numerosos estudios han mostrado que los países pobres no pierden sino que ganan gracias a la emigración. Tales estudios van más allá del *efecto de ausencia* del profesionista, experimentado en el corto plazo. De hecho, la simple presencia de éste no garantiza la productividad pues, como reconoce Bhagwati, a falta de condiciones adecuadas “el ‘cerebro’ [...] puede huir más rápidamente al permanecer sentado en el lugar equivocado que al viajar a Cambridge o a París”.²⁵ Pero la emigración representa una ganancia neta para los países pobres si se toman en cuenta tres otras variables: *el*

²³ Jagdish Bhagwati y W. Delalgar “The Brain Drain and Income Taxation”, en *op. cit.* p. 94.

²⁴ Estados Unidos y los regímenes fiscales que se inspiran de éste, como Filipinas, Nueva Zelanda y en el pasado México, utilizan la ciudadanía como criterio de cobro, cf. Richard Pomp “The Experience of the Philippines in taxing its Non Resident Citizens” en *Income Taxation and International Mobility*, Jagdish Bhagwati y John D. Wilson (eds), MIT Press, 1989, pp. 43-82

²⁵ Jagdish Bhagwati, *In Defense of Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 208.

efecto diáspora (el valor de las remesas enviadas y de los intercambios comerciales y tecnológicos producto de la diáspora); *el efecto prospectivo* (los efectos de las perspectivas de emigración, en particular en el esfuerzo personal e institucional en la educación); *el efecto del regreso* (los migrantes que regresan gozan de mayor capital humano, financiero y organizacional).²⁶ Se puede esperar que los migrantes con títulos universitarios, cuyos ingresos son mayores, envíen más dinero al país que los migrantes no calificados, pero algunos estudios cuestionan esta hipótesis.²⁷ Sea como sea, si consideramos el valor total de las remesas, es considerable: éste rebasa la inversión económica extranjera en los países pobres y representa más del triple de la ayuda al desarrollo. Dicho de otro modo, lo que hacen los migrantes de manera voluntaria rebasa de lejos lo que hacen los Estados de manera altruista y los empresarios de manera interesada. Confrontado a los hechos, el prioritarismo nacionalista no debería tener motivo para oponerse a la emigración, pues ésta ayuda a los países pobres. Pero suponiendo que el bienestar de ciertos países disminuyese por causa de la migración: ¿correspondería a los migrantes compensar esa pérdida?

3. ¿Doble cobro a las mujeres migrantes?

El principio según el cual *una pérdida debe ser compensada por la persona que la ha causado* parece obvio. Pero no es seguro que siempre se justifique, incluso tratándose de pérdidas muy importantes. Consideremos el caso de la emigración de trabajo femenino que proviene de países pobres. Por razones diversas, que incluyen discriminación y necesidades de mano de obra, las actividades de estas trabajadoras se concentran en los servicios de ayuda personal (*carework*). Ciertos autores han llamado “pérdida de protección” (*care drain*) a la sobre-representación de las mujeres migrantes en los servicios de ayuda a las personas.²⁸ Y las tentativas de renovar el debate acerca de la fuga de

²⁶ Para una presentación sucinta véase Devesh Kapur y John McHale, “Should a Cosmopolitan Worry about ‘The Brain Drain’?”, *Ethics and International Affairs*, 20 (3), 2006, pp. 305-20.

²⁷ Ricardo Faini, “Remittances and the Brain Drain: Do More Skilled Migrants Remit More?” *The World Bank Economic Review*, 21(2), 2007, pp. 177-191.

²⁸ Bettio *et al.* (2006) “Change in care regimes and female migration: the ‘care drain’ in the Mediterranean”, *Journal of European Social Policy*, 16, pp. 271-85.

cerebros a partir de un enfoque feminista no han faltado, independientemente de que podamos lamentar la dirección que han tomado.²⁹ De manera semejante a lo ocurrido gracias al debate sobre la fuga de cerebros, algunos autores han denunciado la crisis de protección o de cuidados (*care*) producida por la desigualdad entre países.³⁰ Las mujeres de los países ricos “roban” el *cuidado* y *atención* presente en los países pobres. Atraídas por un aumento de sus ingresos, las mujeres migrantes se ocupan del cuidado de los niños y ancianos de los países ricos *en detrimento* de sus propios hijos y de otras personas dependientes que permanecen en los países de origen.

En efecto, cuando la emigración de las mujeres provenientes de ciertos países es masiva,³¹ la pérdida de bienestar puede ser considerable. En muchos países pobres, con un Estado benefactor poco desarrollado y una división sexista del trabajo, las mujeres toman a su cargo la mayoría de las tareas de cuidado personal (*care*). Ese trabajo suele ser duro y excesivo, pero es frecuente que se realice gratuitamente. Cuando es remunerado, su valor económico, incluyendo en los países ricos, es subestimado. Ahora bien, ese trabajo tiene una importancia capital para la vida de cada individuo en diferentes momentos de su existencia, así como para el funcionamiento de una colectividad. Numerosos estudios han mostrado que la calidad y la cantidad de cuidados que un niño recibe condiciona su capacidad para establecer relaciones sociales, ser productivo y beneficiarse de oportunidades.³² Dicho de otro

²⁹ La inclusión de temas feministas *en el debate sobre la fuga de cerebros* ha sido contraproducente dada la discriminación de que son objeto las mujeres migrantes con estudios superiores. Véase el contundente informe de la OCDE (2006), *International Migration Outlook*, París OECD Editions, así como la ausencia de estudios sobre la fuga de cerebros femeninos. Cf. Morrison, A. Shiff, A., Sjoblon M. (2007) *The International Migration of Women*, World Bank ; Docquier, F. Marfouk, A. Lindsay Lowel, B. (2007) “A Gender Assessment of Brain drain”:

<http://www.ires.ucl.ac.be/CSSSP/home_pa_pers/docquier/filePDF/DML_Gender.pdf>.

³⁰ Hochschild, A. (2001) “Global Care Chains and the Emotional Surplus Value”, en A Giddens, W. Hutton (eds) *On the Edge. Living with Global Capitalism*, Londres, Vintage, pp. 130-46; Ehrenreich, B. Hochschild, A. (2003), *The Global Woman. Nannies Maids and Sex Workers in the New Economy*, NY, Metropolitan Books.

³¹ El hecho de que las mujeres migren más que los hombres constituía una de las « leyes de la migración » enunciada en 1885 por Ravenstein para la migración interna. Cf Ernest G. Ravenstein, “The Laws of Migration”, *Journal of Statistical Society of London*, 48 (2), 1885, pp. 167-205. Las estadísticas actuales muestran una ligera mayoría de mujeres entre los migrantes de los países ricos, siendo esta proporción más marcada en ciertos países.

³² V. Held (1993), *Feminist Morality: Transforming Culture, Society and Politics*, Chicago, University of Chicago Press; E. Kittay, (1999), *Love's Labor: Essays on Women, Equality, and*

modo, en ausencia de trabajadoras que provean de cuidados personales, muchas personas con altos estudios no aportarían al bienestar del país, como las *tesis elitistas* dicen que lo hacen. De la misma manera, para los adultos mayores con enfermedades crónicas y dependientes, los cuidados cotidianos que brinda una trabajadora contribuyen más a su calidad de vida y a su longevidad que lo que lo hacen las visitas específicas del médico.

El problema de la fuga de cuidados (*care drain*) es, por lo tanto, similar al de la fuga de cerebros bajo dos aspectos: la emigración de un grupo puede afectar profundamente a la sociedad entera y son los países pobres, menos habilitados a financiar la protección y cuidados personales, los que resultan más afectados. ¿Se sigue de ello que ese grupo debe compensar la pérdida de bienestar? Son las mujeres migrantes las que causan esa pérdida con su partida. En los hechos, ellas la compensan, como los otros migrantes, mediante transferencias de dinero y mantenimiento de lazos a distancia. Pero, ¿estarían ellas moralmente obligadas a hacerlo? ¿Deberían pagar un impuesto para compensar el valor real del trabajo que ellas suelen ofrecer a título gratuito? Si la pérdida que han causado es más grande que la de los hombres, ¿deberían pagar tal impuesto por más tiempo que los hombres? La conclusión que se impone va en sentido contrario. No toda pérdida debe ser compensada por la persona que la causa.

4. ¿Deben ser compensados los países?

Podría objetarse que la analogía con la fuga de cerebros no es adecuada y que el ejemplo ofrecido muestra solamente que las mujeres no deben compensar por la totalidad de la pérdida de bienestar. En un país donde la tarea de proporcionar cuidados personales descansa en una repartición equitativa entre los sexos, la pérdida de bienestar ligada a aquéllos debería ser compensada tanto por los emigrantes hombres como por las mujeres.

En respuesta a esta objeción, recordaremos que nuestro argumento busca mostrar que el hecho de haber causado una pérdida no cons-

tituye una razón suficiente para exigir a la persona una compensación. La abolición de la esclavitud es sin duda un ejemplo más convincente: ésta causa el deterioro del nivel de vida de los propietarios de esclavos, pero eso no supone que los esclavos liberados deban indemnizar a aquéllos. No toda pérdida debe ser compensada por quienes la causan y algunas pérdidas no deben ser compensadas en lo absoluto. Más aún, el hecho de que una pérdida de bienestar sea causada por alguien tampoco es una condición necesaria para proporcionar ayuda a la persona que la sufre. Se debe la compensación a las personas y no al Estado o al bienestar colectivo. Si pensamos que la pérdida de protección y cuidados personales es injusta, no es porque las mujeres migrantes la hayan provocado, sino porque las personas vulnerables tenían derecho de recibir ayuda. Para emplear una metáfora médica, la migración de las mujeres es el síntoma, no la enfermedad a tratar.

De manera análoga, en el debate sobre la fuga de cerebros, lo que debería inquietarnos son las necesidades de los individuos y la capacidad de los países a ajustarse a la demanda de mano de obra calificada, no la eventual movilidad de ésta. Algunos pueden incomodarse por la comparación de la fuga de cerebros y la fuga de cuidados. Podrían subrayar que la analogía no se sostiene. Pues si las mujeres no tienen más obligaciones que los hombres de ofrecer trabajo de atención personal, en cambio, las personas con estudios superiores no solamente ofrecen su trabajo a título oneroso al país, sino que la sociedad ha invertido preciosos recursos en su educación y por ello tiene supuestamente el derecho de exigir reciprocidad.

Analizaremos la validez de esta objeción en la sección siguiente, pero antes reflexionemos por un instante en lo que significaría que las mujeres y no los países formulen esta reivindicación. Como George Bernard Shaw lo había señalado, “el caso más claro del mundo en el que una persona produce ella misma algo, mediante su propio y doloroso esfuerzo, prolongado y riesgoso, es el de una mujer que concibe un niño”.³³ ¿Tiene sin embargo el derecho de limitar el desplazamiento de su hijo o de apropiarse una parte de su salario?

³³ George Bernard Shaw, *The Intelligent Woman's Guide to Socialism and Capitalism*, New Brunswick, N.J., Transaction Books, 1984, p. 21.

III. El valor de la educación

El valor asignado a la élite con estudios superiores no proviene solamente de la contribución que ésta aportaría al país si permaneciera en él. Una segunda justificación contempla la inversión que la colectividad ha consentido para su educación y que se perdería en caso de emigración. Este argumento se presenta a veces en forma deontológica y, por lo tanto, considera más que el simple gasto educativo cuando considera las consecuencias de la emigración. Esta versión del argumento podría resumirse con la sentencia: *la educación obliga*. Cuando una colectividad decide gastar sus recursos en educación más que orientarlos a otros bienes, realiza una inversión y tiene el derecho de esperar algo a cambio. El presupuesto de este argumento es que la inversión en educación crea obligaciones para quienes se benefician de ella: la obligación de ejercer la profesión propia en el país (como sugería la analogía del presidente de Tanzania) o rembolsar el costo de la educación (como en el caso del impuesto soviético). Esta visión de la educación como fuente de obligaciones para quienes la reciben se enfrenta a una concepción que ve en ella un medio de asegurar la autonomía de las personas, si no es que la igualdad de oportunidades.

1. La educación como fuente de dividendos

El argumento deontológico está implícito en la analogía del gobernante tanzanio mencionada al principio de este ensayo. Porque presentar al migrante calificado como un traidor es, antes que nada, suponer que ha violado una promesa, una obligación que había contraído. Para calificar luego una promesa incumplida como traición es necesario que el contenido de la promesa tenga un valor importante para quienes la habían recibido, pero también que existan lazos particulares entre las personas que han intercambiado promesas. Por esta razón, el hecho de no aportar provisiones a los familiares que han sacrificado sus últimos recursos para tenerlos, es más que una promesa incumplida, es una traición.

Tal juicio se ajustaría al migrante con estudios superiores si no estuviera basada en una analogía deficiente. El problema de ésta no consiste sólo en presentar la inversión en educación como un contrato im-

plícito entre los beneficiarios de los estudios y los contribuyentes. El problema reside sobre todo en el contenido del contrato. El presidente de Tanzania presenta al migrante calificado como alguien que parte a buscar víveres a un lugar lejano y que no regresa para ayudar a sus familiares. La aceptación que se da a este juicio se apoya en la ilusión de que bastaría un simple acto –aportar las provisiones prometidas– para liberarse de la obligación. Podríamos preguntarnos si el contrato que no especifica en qué momento una obligación es satisfecha es efectivamente un contrato. La analogía tampoco dice si las provisiones pueden ser enviadas por medios distintos del retorno del “cerebro” que se ha “fugado” y podemos sospechar que el objeto de la promesa de la que se trata no sea la ayuda material sino el *regreso*. En ese caso, la analogía nos estaría invitando a consentir al principio de que la inversión en educación crea obligaciones de las cuales la única forma de quedar liberado es ejerciendo la profesión localmente, durante un tiempo equivalente al financiado por la comunidad para los estudios.

Tal obligación sería sin lugar a dudas excesiva. Por más pobre que sea una comunidad, no estaría moralmente autorizada a suprimir la libertad de sus miembros al atarlos indefinidamente a su lugar de nacimiento. El modelo del impuesto soviético tiene la ventaja de ofrecer, al menos en teoría, una posibilidad de elección: o bien el profesionista paga el costo de su educación, o bien ejerce su oficio localmente. Ciertamente, si tal costo debe ser liquidado antes de la partida y su monto equivalente al beneficio que el diplomado habría aportado trabajando en el país toda su vida, los dos enfoques son estrictamente idénticos. Pero toda medida que flexibilice alguna de esas dos condiciones es menos liberticida que la obligación de permanecer trabajando en el país de origen. Inútil agregar que un país ganaría más al exigir el reembolso del valor entero de los beneficios que el profesionista habría aportado durante toda su vida, que prohibiéndole emigrar. Esta manera de evaluar el costo de la educación sería ventajosa para el país, pero ciertamente injusta.

Se dice con frecuencia que un país ofrece la educación gratuitamente o a bajo costo como inversión que será recuperada a través de los impuestos más elevados que pagarán los egresados y de las externalidades positivas que producirán a lo largo de su vida activa. Desde esta perspectiva, el monto a rembolsar en caso de emigración debería estar indexado al valor que habría producido el profesionista durante toda su

vida si hubiese permanecido en el país. Este argumento parece apoyarse en un principio de justicia (*fair-play*) que exige reintegrar el valor de un bien que uno ha consumido a bajo precio cuando uno ha frustrado las expectativas de quien nos permitió gozar de dicho precio.

Pero este argumento es falaz. Presupone que la inversión en educación tiene propiedades particulares. A diferencia de otras inversiones, ésta tiene la capacidad de crear obligaciones a cargo de la persona que se beneficia y, de manera recíproca, de conferir derechos a quienes han invertido. Una colectividad que decide invertir en educación ganaría así una especie de derechos de propiedad intelectual sobre los egresados. A la manera en que el inventor de una máquina obtiene regalías por la venta y el uso de ésta, la colectividad tendría un derecho monopolístico sobre la mano de obra calificada. Ésta no podría venderse en otro mercado mientras la persona que la poseyera (sin ser plenamente su propietario) no hubiera reembolsado el valor de la utilidad esperada de la inversión. En efecto, en ningún otro debate político, la idea de John Rawls de considerar la distribución de talentos como una “ventaja colectiva”³⁴ ha encontrado mejor aplicación que en esta visión que obliga a las personas con educación superior a trabajar para quienes les han permitido formarse. Pero, asimismo, en ningún otro debate político que al tratarse de “la esclavitud de los talentosos” permitida por una tal apropiación colectiva de los talentos se ha revelado ser tan pertinente la crítica de Robert Nozick. Pues si una colectividad que decide invertir en educación puede limitar así la libertad de los más talentosos, la educación se convierte en un medio de sometimiento, una manera de “tratar las aptitudes y los talentos de las personas también como medios para otros”.³⁵ La educación tiene ciertamente un costo, pero ese costo no debería ser el de la libertad de elegir dónde y para quien trabajar.

2. Medidas para emparejar las oportunidades a escala global

La visión de la educación como inversión y medio de colecta de dividendos se opone a una concepción que ve en ella un mecanismo de asegurar la autonomía de las personas. Lo que las filósofas feministas

³⁴ John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 156.

³⁵ Robert Nozick *Anarchy State and Utopia*, Basic Books, 1974, p. 228.

y los teóricos de la justicia intergeneracional nos han revelado es que “las personas no surgen en el campo como champiñones”, los humanos nacen inevitablemente dependientes y tienen necesidad de ayuda para llegar a ser personas.³⁶ Las generaciones adultas no tienen la posibilidad de invertir sus recursos en educación o de orientarlos hacia otros bienes, si esta inversión no les parece suficientemente rentable. Una parte de los recursos debe siempre ser destinada a las generaciones que los adultos mismos han producido. La educación es un medio de dotarlas de autonomía y, cuando es financiada colectivamente, de evitar que una desigualdad de oportunidades demasiado grande se instaure en el seno de la generación que nos sigue.

Decir que las generaciones que preceden tienen obligaciones hacia las generaciones que les siguen no es lo mismo que afirmar que el deber de financiar la educación recaiga en cada colectividad nacional, ni que el campo de aplicación de la igualdad de oportunidades se detenga en las fronteras de cada Estado. El ideal de igualdad de oportunidades es, por su justificación primera, un ideal de justicia global. Cuando se le defiende como objetivo de las políticas nacionales, está fundado en el principio de que nadie merece nacer en una familia pobre y no debería ser castigado por su origen social. Esas características son, como decía Rawls, moralmente arbitrarias. Pero el origen nacional no es más “merecido” que el origen social.³⁷ Nadie merece nacer en las fronteras de un Estado y ver limitado su acceso sólo a las oportunidades que se encuentran en él. El campo de aplicación de una concepción de la igualdad de oportunidades que tenga la ambición de ser coherente se extiende al nivel global. Este ideal sería plenamente alcanzado cuando “un niño nacido en el rural Mozambique tendría estadísticamente la misma probabilidad de convertirse en un banquero que el hijo de un banquero suizo”.³⁸ Y así como no dejamos a las familias la carga financiera de la educación de sus hijos, de la misma manera no deberíamos limitar el acceso a la educación por el azar de los recursos que se encuentran en posesión de una u otra de las comunidades estatales. La

³⁶ Eva Feder Kittay et al « Dependency, Difference and the Global Ethic of Longterm Care », *Journal of Political Philosophy*, 13(4), 2005, p. 443.

³⁷ Para el desarrollo de este argumento, véase el artículo de Joseph Carens en este mismo número.

³⁸ Darrell Moellendorf, *Cosmopolitan Justice*, Westview Press, 2002, p. 79.

educación tiene, cierto, un costo, pero ese costo debería ser financiado por un fondo global.³⁹

En un mundo con fronteras y desigualdades, algunos podrían querer utilizar la idea del impuesto Bhagwati para alimentar el fondo global y financiar la educación de los más privilegiados. Los migrantes con estudios superiores, se podría argumentar, se han beneficiado de dos veces más oportunidades que algunos de sus compatriotas: por una parte, han tenido acceso a la educación en el país de origen y, por otra, tienen acceso a oportunidades nuevas en el país receptor. El impuesto Bhagwati podría ser utilizado no para compensar una pérdida en el país de origen, sino para financiar una política de igualdad de oportunidades a nivel global, en beneficio de los países que tienen más necesidad.

Este argumento tiene en el sedentarismo un apoyo por una extraña filosofía fiscal. Por una parte, la migración es reconocida como parte integral del acceso a las oportunidades. En efecto, las oportunidades se sitúan en el espacio y para acceder a ellas es a veces necesario desplazarse. Rawls había modificado la lista de bienes primarios para incluir no solamente “los derechos fundamentales y las libertades cubiertos por el primer principio de justicia, [sino también] *libertad de movimiento, y libre elección de profesión protegida por una justa igualdad de oportunidades*”.⁴⁰ No siendo un defensor del cosmopolitismo, él hacía desde luego referencia a la libertad de circulación en el interior de cada Estado. Sin embargo, la idea que él defendía era que la elección del lugar de trabajo y de ocupación estaban entre los que contaban más en el acceso a la oportunidad y debían ser protegidos por instituciones respetuosas de la igualdad equitativa de oportunidades. Ahora bien, la propuesta que consiste en cobrar un impuesto a los migrantes, es decir, a las personas que se desplazan para tener acceso a la oportunidad, muestra una visión extraña de la filosofía fiscal. Ella supone que lo que debe tasarse es la movilidad social ascendente y no los ingresos mismos. Este principio implicaría aplicar un impuesto a una persona

³⁹ Para la defensa de un fondo global véase Hillel Steiner, «Just Taxation and International Redistribution», en *Global Justice*, I. Shapiro y L. Brilmayer (eds), NY University Press, 1999, pp. 171-91; Thomas Pogge, “Eradicating Systemic Poverty: brief for a global resources dividend”, *Journal of Human Development*, 2 (1), 2001, pp. 59-77.

⁴⁰ “The basic rights and liberties covered by the first principle of justice, [but also] *freedom of movement, and free choice of occupation protected by fair equality opportunity*”. John Rawls, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, p. 181. Las cursivas son nuestras.

muy pobre cuando logra ganar unos pesos más y no a una persona muy rica cuyos cuantiosos ingresos no han aumentado. Evidentemente este impuesto no sería justo. Si bien los migrantes deben contribuir, como cualquier otra persona, al fondo global, es su ingreso y no el aumento de su ingreso lo que debe constituir la base para fijar el cobro. Proponer un impuesto a los migrantes por el sólo hecho de serlo significa ceder a un prejuicio sedentarista en demérito de un sentido de justicia.

Conclusión

El objetivo de este artículo fue mostrar que los migrantes calificados no tienen una obligación moral, en tanto migrantes, de compensar a sus países de origen. Ni los argumentos basados en las pérdidas, ni los que invocan la inversión de la colectividad en la educación son suficientes para apoyar semejante obligación. Sin embargo, nuestra posición implícita en este artículo es la del prioritarismo: los individuos más desfavorecidos, considerados a la escala global, deben tener prioridad en las políticas de redistribución. Ahora bien, el interés de los más desfavorecidos, al que apelan frecuentemente los participantes en el debate sobre la fuga de cerebros, estaría mejor protegido al apoyarse en una concepción cosmopolítica sobre la igualdad de oportunidades. Los migrantes, como cualquier otra persona, tienen la obligación de contribuir a ella.

Recepción: 31/10/2008

Aceptación: 06/02/2009

EXTRANJEROS Y CIUDADANOS. UN ARGUMENTO A FAVOR DE LAS FRONTERAS ABIERTAS*

*Joseph H. Carens***

Resumen

Muchas personas pobres y oprimidas dejan sus países en el tercer mundo para venir a las ricas sociedades occidentales. Este artículo sostiene que hay pocas justificaciones para mantenerlos fuera. Su inspiración abreva de tres aproximaciones contemporáneas a la teoría política –la de Rawls, la de Nozick y el utilitarismo– para construir argumentos a favor de la apertura de fronteras. El hecho de que, a pesar de sus significativos desacuerdos en otros temas, en esta materia las tres teorías converjan en las mismas conclusiones, fortalece el argumento a favor de la apertura de fronteras y revela su fundamentación en nuestro compromiso en respetar a todos los seres humanos como personas morales libres e iguales. La parte final del ensayo considera los argumentos comunitaristas que objetan la anterior conclusión, en especial los formulados por Michael Walzer.

Palabras clave: John Rawls, liberalismo igualitario, fronteras territoriales, migración.

Abstract

Many poor and oppressed people wish to leave their countries of origin in the third World to come to the affluent Western societies. This essay argues that there is little justification for Keeling them out. The essay draws on three contemporary approaches to political theory –the Rawlsian, the Nozickean, and the utilitarian– to construct arguments for open borders. The fact that all three theories converge upon the same results on this issue, despite their significant disagreements on others, strengthens the case for open borders and reveals its roots in our deep commitment to respect all human beings as free and equal moral persons. The final part of the essay considers communitarian objections to this conclusion, especially those of Michael Walzer.

Key words: John Rawls, igualitarian liberalism, borders, immigration.

* Traducción de Pablo Larrañaga.

** Este trabajo fue escrito originalmente para un seminario de la APSA sobre ciudadanía dirigido por Nan Keohane. Versiones posteriores fueron presentadas en la Universidad de Chicago, en Instituto de Estudios Avanzados y en la Universidad de Columbia. Quiero agradecer a los miembros de esos grupos por sus comentarios. Además, quiero agradecer a las siguientes personas por sus comentarios en alguno de los muchos borradores: Sot Marber, Charles Beitz, Michael Doyle, Amy Gutmann, Christine Korsgaard, Charles Miller, Donald Moon, Jennifer Nedelsky, Thomas Pogge, Peter Schuck, Roger Smith, Dennis Thompson y Michael Walzer.

Las fronteras tienen guardias y los guardias tienen armas. Éste es un hecho obvio de nuestra vida política, pero puede ser fácilmente apartado de nuestra vista –al menos para quienes somos ciudadanos de las ricas democracias occidentales. Para los haitianos en pequeñas lanchas zozobrantas, para los salvadoreños que mueren de calor y falta de aire en el desierto de Arizona, para los guatemaltecos que se arrastran por las alcantarillas infestadas de ratas para pasar de México a California, para todas estas y otras muchas personas, las fronteras, los guardias y las armas son del todo aparentes. ¿Qué justifica el uso de la fuerza contra estas personas? Quizá los guardias y las armas pueden justificarse como medios para contener a criminales, a insurrectos o a invasores armados. Pero la mayoría de estas personas no están tratando de hacer eso. Se trata de gente común, pacífica, que busca la oportunidad de construir una vida decente y segura para ellos y sus familias. ¿Sobre qué base podemos mantenerlos fuera?, ¿qué nos da el derecho de apuntar armas hacia *ellos*?

Para la mayoría de las personas la respuesta a esta pregunta parecerá obvia. El poder para admitir o excluir a los extranjeros es inherente a la soberanía, y es esencial para cualquier comunidad política. Todo Estado tiene el derecho moral y jurídico para ejercer ese poder en su propio interés nacional, incluso a costa de negarle la entrada a extranjeros pacíficos y necesitados. Los Estados pueden elegir ser generosos al admitir inmigrantes, pero no tienen obligación de hacerlo.¹

Quiero cuestionar esta visión. Por ello, en este ensayo argumentaré que las fronteras tienen que mantenerse generalmente abiertas y que normalmente las personas deben ser libres para dejar su país de origen

¹ Esta asunción compartida ha sido recogida por la Select Commission on Immigration and Refugee Policy: “Nuestra política –aun dando oportunidad a una porción de la población mundial– debe estar guiada por el interés nacional básico de la población de los Estados Unidos”, *U.S. Immigration Policy and the National Interest: The Final Report and Recommendations of the Select Commission on Immigration and Refugee Policy of the Congress and The President of the United States* (1 de marzo de 1981). La mejor defensa teórica de posición (con algunas modificaciones) es la de Michael Walzer, *Spheres of Justice* (Nueva York, Basic Books, 1983), pp. 31-63. Algunos teóricos han desafiado la convención generalizada. Ver Bruce Ackerman, *Social Justice and Liberal State* (New Haven, Yale University Press, 1980), pp. 89-95; Judith Lichtenberg, “National Boundaries and Moral Boundaries: A Cosmopolitan View”, en *Boundaries: National Autonomy and Its Limits*, ed. Peter G. Brown y Henry Shue (Totowa, NJ., Rowman and Littlefield, 1981), pp. 79-100, y Roger Nett, “The Civil Right We Are Not Ready For: The Right of Free Movement of People on the Face of the Earth”, *Ethics*, 81, pp. 212-27. Frederick Whelan también ha explorado esta cuestión en dos excelentes trabajos no publicados.

e instalarse en otro, sometidos sólo a los límites que sean aplicables a los ciudadanos de su nuevo país. El argumento es aún más fuerte, creo, cuando se aplica a la emigración de personas de países del tercer mundo hacia el primer mundo. En las democracias liberales occidentales, la ciudadanía es el equivalente moderno al privilegio feudal –un estatus hereditario que refuerza importantemente las oportunidades en la vida. Al igual que los derechos hereditarios feudales, cuando se mira de cerca, la ciudadanía es difícil de justificar.

Al desarrollar mi argumento tomo ideas de tres aproximaciones contemporáneas a la teoría política: primero la de Robert Nozick; segundo la de John Rawls, y tercero la de los utilitaristas. Encuentro la teoría de Rawls la más iluminadora de las tres, por lo que en buena medida me centraré en los argumentos derivados de su teoría. Pero no quiero vincular estrechamente mis tesis a ninguna formulación en particular (que en todo caso voy a modificar). Mi estrategia es beneficiarme de tres aproximaciones teóricas bien articuladas, que mucha gente encontrará persuasivas para formular varios argumentos a favor de una apertura (relativa) de fronteras. Sostendré que las tres teorías conducen a la misma conclusión básica: hay pocas justificaciones para restringir la inmigración. Cada una de estas teorías inicia con alguna asunción acerca del igual valor moral de los individuos. De un modo u otro, las tres dan prioridad a los individuos frente a la comunidad. Este supuesto deja poco espacio para trazar distinciones fundamentales entre ciudadanos y extranjeros que procuran convertirse en ciudadanos. El hecho de que las tres teorías converjan en el mismo resultado básico en lo referente a la inmigración, fortalece el argumento a favor de la apertura de fronteras. En la parte final del ensayo consideraré la objeción comunitaria a este argumento, en especial los argumentos de Michael Walzer, el mejor defensor contemporáneo del argumento que estoy criticando.

Extranjeros y derechos de propiedad

Una posición popular sobre la inmigración se formula más o menos de la siguiente manera: “Es nuestro país, así que podemos dejar entrar o rechazar a quien queramos”. Esta afirmación puede interpretarse como una pretensión de que el derecho a excluir a los extranjeros está basado en derechos de propiedad, quizá de carácter colectivo o nacio-

nal. ¿Recibiría este tipo de pretensiones el apoyo de teorías en las que la propiedad juega un papel central? Creo que no, porque estas teorías enfatizan el carácter *individual* de este derecho, y la noción de derechos de propiedad colectivos o nacionales debilitarían los derechos de propiedad individuales que, precisamente, estas teorías quieren proteger.

Consideremos la posición de Robert Nozick como una representación contemporánea de la tradición de los derechos de propiedad. Siguiendo a Locke, Nozick asume que los individuos en el estado de naturaleza tienen derechos, incluido el derecho a adquirir y usar propiedad. Todos los individuos tienen los mismos derechos naturales —ésta es la asunción acerca de la igualdad moral que subyace a esta tradición—, aunque el ejercicio de estos derechos conduzca a la desigualdad material. Los “inconvenientes” del estado de naturaleza justifican la creación de un estado mínimo, cuya función es la de proteger a las personas dentro de un territorio determinado frente a la violación de sus derechos.²

¿Estaría justificado este estado mínimo en restringir la inmigración? Nozick no responde directamente a esta pregunta, pero sus argumentos en distintos puntos sugieren que no. Para Nozick, el Estado no tiene ningún derecho a hacer nada que vaya más allá de proteger los derechos que las personas gozaban en el estado de naturaleza. La ciudadanía no da lugar a ninguna demanda particular. El Estado está obligado a proteger los derechos de los ciudadanos porque detenta *de facto* el monopolio sobre la implementación de los derechos en un territorio determinado. Los individuos tienen el derecho de entrar en relaciones de intercambio voluntario con otros individuos. Pero poseen este derecho como individuos, no como ciudadanos. El Estado no tiene derecho para intervenir en estos intercambios en tanto no violen los derechos de terceros.³

Nótese lo que implica esto para la inmigración. Imaginemos que un agricultor en Estados Unidos quiere contratar trabajadores mexicanos. El gobierno no tendría ningún derecho a prohibírselo. El evitar que los mexicanos vengán violaría tanto el derecho de los agricultores estado-

² Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (New York, Basic Books, 1974), pp. 10-25, 88-119.

³ *Ibid.*, pp. 108-113. En la visión de Nozick, los ciudadanos son simplemente consumidores que compran una protección imparcial y eficiente de sus derechos naturales preexistentes. Nozick utiliza los términos “ciudadano”, “cliente” y “consumidor” de manera intercambiable.

unidenses como el derecho de los trabajadores mexicanos a entrar en transacciones voluntarias. Desde luego, como consecuencia de la competencia por parte de trabajadores extranjeros, el trabajador estadounidense tendría algunas desventajas. Pero Nozick rechaza explícitamente el derecho a ser protegido frente a las desventajas competitivas (tratar este tipo de situaciones como un daño iría en detrimento del fundamento de los derechos de propiedad *individuales*). Incluso si el mexicano no tuviera ofertas de trabajo en Estados Unidos, un gobierno nozickiano no tendría ninguna fundamentación para impedirle la entrada. En tanto sean pacíficos y no roben, respeten la propiedad privada y no violen de ninguna otra manera los derechos de otros individuos, su entrada y sus acciones dentro del país no serían en absoluto asuntos del gobierno.

¿Significa esto que la teoría de Nozick no contiene ninguna base para la exclusión de extranjeros? No exactamente. Significa, más bien, que no provee de ningún fundamento para que el *Estado* excluya a los extranjeros, ni tampoco ninguna base para que los individuos excluyan a los extranjeros que no pudiera ser utilizada para excluir también a los ciudadanos. Los extranjeros pobres no pueden permitirse vivir en barrios ricos (excepto como empleados domésticos), pero esto también es aplicable a los ciudadanos pobres. Los detentadores de propiedad privada pueden negarse a contratar extranjeros, a rentarles sus casas, a venderles comida y cosas por el estilo, pero en un mundo nozickeano pueden hacer las mismas cosas en relación con los ciudadanos. En otras palabras, los individuos pueden hacer lo que quieran con su propiedad. Pueden excluir a quien ellos quieran de la tierra de la que sean propietarios. Pero tienen este derecho como individuos, no como miembros de una colectividad. No pueden evitar que otros individuos actúen de manera diferente (empleando extranjeros, rentándoles casas, etc.).⁴

¿Existe algún espacio dentro de la teoría de Nozick para que la acción colectiva restrinja la entrada? En la última sección de su libro, Nozick hace la distinción entre naciones (o Estados) y pequeñas comunidades “cara a cara”. Las personas pueden configurar voluntariamente pequeñas comunidades basadas en principios significativamente

⁴ Nozick interpreta la advertencia de Locke en el sentido de implicar que los derechos de propiedad sobre la tierra no pueden restringir la libertad de movimiento hasta el punto de limitar su efectivo ejercicio. Esto llega hasta el punto de limitar la posibilidad de excluir a los extranjeros. Ver, p. 55.

distintos de los que gobiernan a los estados, siempre y cuando las personas sean libres de abandonar estos tipos de asociación. Por ejemplo, las personas pueden elegir unir sus propiedades y tomar las decisiones sobre la base de la decisión mayoritaria. Nozick sostiene que este tipo de comunidades tiene el derecho de restringir la membresía a aquellos a quienes tenga el deseo de admitir, controlando el acceso a sus tierras. Pero este tipo de comunidades también puede redistribuir la propiedad conjuntamente detentada como prefiera. Y esta no es una opción que Nozick (ni ningún otro teórico de los derechos de propiedad) pretenda otorgarle al Estado.⁵

Esto muestra por qué la afirmación, “Es nuestro país. Podemos aceptar o excluir a quien queramos” es, en última instancia, incompatible con una teoría de los derechos de propiedad como la de Nozick. Si la propiedad es colectiva, los derechos de propiedad no pueden servir como protección de los individuos *contra* la colectividad. Si el derecho de propiedad colectiva es utilizado como fundamento para excluir a los extranjeros, se abre la posibilidad para utilizar la misma noción para justificar la redistribución del ingreso o cualquier otra cosa que decida la mayoría. Nozick sostiene explícitamente que el territorio de una nación no es propiedad colectiva de sus ciudadanos. De ahí se sigue que el control sobre el territorio que pueda ejercer legítimamente el Estado está limitado por la protección de los derechos de los propietarios individuales. Prohibir a las personas entrar en un territorio porque simplemente no nacieron en ese territorio, o porque hayan obtenido de cualquier otro modo las credenciales de la ciudadanía, no es parte del mandato legítimo de un Estado. El Estado no tiene ningún derecho para restringir la inmigración.

Migración y posición originaria

En contraste con Nozick, Rawls propone una justificación para un estado activista con responsabilidades positivas respecto del bienestar social. Pero aun así, la aproximación a la inmigración sugerida en *A Theory of Justice* deja, en principio, poco espacio para las restricciones. Digo “sugerida” porque el propio Rawls asume un sistema cerrado

⁵ *Ibid.*, pp. 8-9, 244-248.

en el que no puede emerger la cuestión de la inmigración. Sostendré, no obstante, que la aproximación de Rawls puede aplicarse en un contexto más amplio del que él considera. En lo que sigue asumo una familiaridad general con la teoría del Rawls, recordando sólo brevemente los puntos fundamentales y enfocándome, después, en las cuestiones que son relevantes para mi tema.

Rawls se pregunta acerca de los principios que las personas elegirían para gobernar una sociedad si se encontraran tras un “velo de la ignorancia”, sin saber nada acerca de su propia situación personal (clase, raza, sexo, talentos naturales, fines y valores individuales, etc.). Sostiene que las personas tras el “velo de la ignorancia” elegirían dos principios. El primer principio garantizaría igualdad de libertad para todos. El segundo permitiría desigualdades sociales y económicas, siempre y cuando éstas fueran en beneficio de los menos aventajados (principio de diferencia) y dependieran de posiciones abiertas a todos en condiciones de igualdad de oportunidades. Las personas en la posición originaria darían prioridad al primer principio, prohibiendo la reducción de libertades básicas en aras de mayores beneficios económicos.⁶

Rawls también traza la distinción entre teoría ideal y teoría no ideal. En la teoría ideal, se asume que incluso después de que el “velo de la ignorancia” es levantado, las personas aceptarán y se atenderán generalmente a los principios elegidos en la posición originaria, y que no hay obstáculos históricos para la realización de las instituciones justas. En la teoría no ideal, se tienen en cuenta los obstáculos históricos y las conductas injustas de otros. La teoría no ideal es, pues, inmediatamente más relevante frente a problemas prácticos, pero la teoría ideal es más fundamental, estableciendo el fin último de la reforma social y las bases para juzgar la importancia relativa de las distintas separaciones del ideal (p. ej., la prioridad de la libertad).⁷

Como otros muchos comentaristas, quiero sostener que muchas de las razones por las que la posición originaria es útil para pensar acerca de cuestiones de justicia dentro de una sociedad también tienen sentido para pensar acerca de la justicia entre distintas sociedades.⁸ Casos

⁶ John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971), pp. 60-65, 136-142, 243-248.

⁷ *Ibid.*, pp. 8-9, 24-48.

⁸ Los argumentos para una visión global de la posición original han sido desarrollados con mayor profundidad por Charles Beitz, *Political Theory and International Relations* (Princeton,

como la migración o el comercio, en los que las personas interactúan a través de fronteras gubernamentales, hacen surgir la cuestión de si es equitativo el contexto de tales relaciones. Y lo que es más, cualquiera que pretenda ser moral, se sentirá obligado a justificar el uso de la fuerza contra seres humanos, sean o no miembros de la misma sociedad. Al pensar en estas cuestiones, queremos evitar consideraciones autointeresadas o partisanas, y no queremos que las injusticias existentes (si las hay) enturbien nuestra reflexión. Es más, podemos tomar como una presuposición básica que debemos tratar a todos los seres humanos, y no sólo a los miembros de nuestra comunidad, como personas libres e iguales.⁹

La posición originaria ofrece una estrategia de razonamiento moral que ayuda a enfrentar estas cuestiones. El propósito del “velo de la ignorancia” es “anular los efectos de contingencias específicas que dan distintas oportunidades”, ya que son elementos que no deben influir en la elección de los principios de justicia.¹⁰ Un procedimiento justo para elegir los principios de justicia debe, pues, excluir el conocimiento de tales circunstancias, en el mismo sentido en el que se excluye el conocimiento de la raza, del sexo o de la clase social. En este sentido, debemos tomar una perspectiva global, no nacional, de la posición originaria.

Una objeción a esta aproximación global es que pasa por alto que el uso que hace Rawls de la posición originaria y el “velo de la ignorancia” depende una particular concepción de la personalidad moral, característica de las sociedades democráticas modernas, y que no tiene

N.J., Princeton University Press, 1979), pp. 125-176, especialmente 126-136 y 143-153. Para críticas anteriores a Rawls sobre las misma línea, ver Brian Barry, *The Liberal Theory of Justice* (Oxford, Clarendon Press, 1973), pp. 128-33 y Thomas M. Scanlon, “Rawls’s Theory of Justice”, *University of Pennsylvania Law Review*, 121, núm. 5 (mayo 1973): 1066-1067. Para discusiones más recientes, ver David A. J. Richards, “International Distributive Justice”, en *Ethics, Economics, and the Law*, eds. J. Roland Pennock y John Chapman (Nueva York: New York University Press, 1982), pp. 275-99 y Charles Beitz, “Cosmopolitan Ideals and National Sentiments”, *The Journal of Philosophy*, 80, núm. 10 (octubre 1983), pp. 591-600. Ninguna de las discusiones anteriores explora plenamente las implicaciones para la inmigración de una visión global de la posición originaria, aunque el reciente ensayo de Beitz toca el tema.

⁹ Respetar a los otros como personas libres e iguales no significa que no podamos distinguir entre amigos y extraños o entre ciudadanos y extranjeros. Ver la conclusión para una elaboración de esta idea.

¹⁰ J. Rawls, *Justice*, pp. 136, 72.

por qué ser compartida por otras sociedades.¹¹ Aceptemos la objeción y veamos si realmente es relevante.

La concepción de la personalidad moral en cuestión es, esencialmente, la idea de que todos los individuos son personas morales libres e iguales. Incluso si esta concepción de la personalidad moral no es compartida por los miembros de otras sociedades, no se trata de una opinión que sólo se aplique a quienes la compartan. Muchos miembros de nuestra sociedad no la comparten, como lo han mostrado las recientes manifestaciones de racistas blancos en el condado de Forsythe, Georgia. Criticamos a los racistas y rechazamos sus opiniones, pero no les negamos, en virtud de sus creencias, el estatus de personas libres e iguales. Tampoco nuestra creencia en la igualdad moral se limita a miembros de nuestra propia sociedad. De hecho, nuestro compromiso con la igualdad cívica se deriva de nuestras convicciones acerca de la igualdad, no viceversa. Así pues, siempre que pensemos en la justicia de las fronteras y de la limitación de las pretensiones de los extranjeros, nuestras consideraciones deben ser compatibles con el respeto a todos los seres humanos como agentes morales.

Otra objeción relacionada con la anterior enfatiza la naturaleza “constructivista” de la teoría de Rawls en sus formulaciones más recientes¹². La teoría sólo tiene sentido, se dice, en una situación en la que las personas ya comparten los valores liberales y democráticos. Pero si presuponemos un contexto de valores compartidos, ¿para qué necesitamos el “velo de la ignorancia”? ¿Por qué no pasar directamente de los valores compartidos a un acuerdo respecto de los principios de justicia y sus correspondientes instituciones? El “velo de la ignorancia” ofrece una manera de pensar en torno a los principios de justicia en contextos en los que las personas tienen conflictos profundos, irresolubles, acerca de cuestiones de importancia fundamental, pero, aun en estas circunstancias, quieren encontrar fórmulas de cooperación pacífica en condiciones de equidad para todos. Éste parece un contexto tan apropiado para tratar los problemas de justicia mundial como para considerar los de la justicia doméstica.

¹¹ J. Rawls, “Kantian Constructivism in Moral Theory”, *The Journal of Philosophy*, 77, núm. 9 (septiembre 1980), 223-251.

¹² *Ibid.* Ver también, John Rawls, “Justice as Fairness: Political not Metaphysical”, *Philosophy and Public Affairs*, 14 (verano 1985), 223-51.

Leer a Rawls sólo como una interpretación constructiva de los valores sociales existentes, es limitar su potencial como crítica constructiva de tales valores. Por ejemplo, el racismo tiene profundas raíces en la cultura de Estados Unidos, y hace no mucho tiempo personas como las del Condado de Forsythe constituían la mayoría. Si consideramos que el racismo está mal, y que Rawls está en lo correcto respecto de la existencia de un deber de tratar a todas las personas como personas morales libres e iguales, seguramente no es sólo porque la cultura haya cambiado y los racistas ahora sean minoría. Con gusto acepto que estoy utilizando la posición originaria de un modo que el mismo Rawls no pretendía, pero creo que esta extensión se justifica por la naturaleza de las cuestiones que estoy tratando y las virtudes de la aproximación de Rawls como aproximación general a método de razonamiento moral.

Asumamos, pues, la visión global de la posición original. Por efecto del “velo de la ignorancia”, quienes estén en la posición original no podrán saber su lugar de nacimiento o si pertenecen a tal o cual sociedad. Presumiblemente, elegirán los mismos principios de justicia (asumo simplemente que la justificación de Rawls de los dos principios es correcta, aunque el punto sea discutido). Estos principios se aplicarían globalmente y, consecuentemente, la nueva tarea consistirá en implementar los principios –siempre desde la perspectiva de la posición original. ¿Incluirían estas instituciones a los Estados tal y como existen ahora? En la perspectiva ideal, donde podemos asumir que no existen obstáculos ni peligros de injusticia, se desvanecerían algunas de las razones para la existencia de Estados. Pero la teoría ideal requiere la eliminación de todas las diferencias históricas, lingüísticas y culturales. Supongamos que un argumento general a favor de la descentralización de poder con el objeto de respetar estos factores justificaría la existencia de comunidades políticas autónomas comparables con los estados modernos.¹³ Esto no significa que cualquier rasgo de la soberanía estatal estaría justificado. La soberanía estatal estaría limitada (moralmente) por los principios de justicia. Por ejemplo, ningún Estado podría restringir la libertad religiosa y las diferencias entre los Estados estarían limitadas por el principio de diferencia internacional.

¿Qué ocurriría con la libertad de movimiento entre Estados? ¿Sería considerada como una libertad básica en un sistema global de igualdad

¹³ Cf. Charles Beitz, *Political Theory*, p. 183.

de libertades, o tendrían los Estados el derecho de limitar la entrada y la salida? Incluso en un mundo ideal las personas pueden tener fuertes razones para desear emigrar a otro país. Las oportunidades económicas para individuos particulares pueden variar significativamente de un país a otro, incluso en el supuesto de que el principio internacional de diferencia redujera las diferencias entre estados. Uno puede enamorarse de un ciudadano de otro país, o puede pertenecer a una religión que tiene pocos adeptos en el país de nacimiento y muchos fieles en otro, o puede buscar oportunidades culturales que sólo están disponibles en otro país. De manera más general, lo que hay que preguntarse es si el derecho a migrar *dentro* de una sociedad es una libertad importante. El mismo tipo de consideraciones hace que la migración entre fronteras sea una libertad importante.¹⁴

Al considerar las posibles restricciones a la libertad tras el “velo de la ignorancia”, se adopta la perspectiva del más desaventajado por tales restricciones; en este caso, la perspectiva del extranjero que quiere inmigrar. Así que, en la posición original, por las mismas razones que se exige el derecho a la libertad religiosa, se insistirá en que se incluya dentro del sistema de libertades básicas el derecho a migrar: puede ser esencial para realizar los planes de vida. Desde luego, una vez que el “velo de la ignorancia” se descubre, puede no hacerse uso del derecho, pero este es también el caso de otros derechos y libertades. En síntesis, el acuerdo básico en la posición originaria sería el de no permitir restricciones a la migración (sea emigración o inmigración).

Hay una importante precisión respecto del punto anterior. Según Rawls, la libertad puede restringirse para promover la libertad incluso en la teoría ideal, y todas las libertades dependen de la existencia de orden público y seguridad¹⁵. (Llamemos a estos límites restricciones de orden público). Supongamos que una inmigración irrestricta condujera al caos y al quebrantamiento del orden. Entonces se estaría peor en términos de las libertades básicas. Incluso adoptando la perspectiva de los menos aventajados y dando prioridad a la libertad, en estas circunstancias las personas en la posición originaria apoyarían restricciones en la inmigración. En este caso, restringirían la libertad a favor de la liber-

¹⁴ Para más a propósito de la comparación entre la movilidad dentro de un país y la movilidad transfronteriza, ver Joseph H. Carens, “Migration and Welfare State”, en *Democracy and the Welfare State*, ed. Amy Gutmann (Princeton, Princeton University Press, 1987).

¹⁵ J. Rawls, *Justice*, pp. 212-213.

tad y cualquiera aceptaría esta restricción, incluso si, una vez levantado el “velo de la ignorancia”, descubrieran que su propio derecho a emigrar ha sido limitado.

Rawls nos advierte acerca de las posibilidades de utilizar este tipo de argumentos de orden público de manera expansiva o como excusar límites las libertades provenientes de otras motivaciones. La posibilidad hipotética de amenazar al orden público no es suficiente. Las restricciones estarán justificadas sólo cuando exista una “expectativa razonable” de que la inmigración pondrá en riesgo el orden público y esa expectativa tendrá que estar basada en “evidencia y formas de razonamiento aceptables para todos”.¹⁶ Es más, las restricciones sólo estarán justificadas en la medida que sean necesarias para preservar el orden público. La necesidad de ciertas restricciones no justifica cualquier medida. Finalmente, la amenaza al orden público como consecuencia de la inmigración ilimitada no puede ser el resultado de reacciones de rechazo (p. ej., revueltas) por parte de los ciudadanos. Esta discusión tiene lugar en el contexto de la teoría ideal, en el que se asume que las personas tratan de actuar con justicia. La manifestaciones o revueltas que van más allá del ejercicio de la libertad de expresión no son justas. Por ello, la amenaza al orden público tendría que ser un producto no intencional del agregado de acciones justas.

En la teoría ideal estamos frente a un mundo compuesto de estados con un principio de diferencia internacional. En estas condiciones, la posibilidad de que las migraciones masivas amenacen el orden público de cualquier estado particular parece pequeña. En consecuencia, parece haber pocas posibilidades para justificar restricciones a la inmigración dentro de la teoría ideal. Pero, ¿qué hay respecto de la teoría no ideal, cuando se toman en cuenta las contingencias históricas y las acciones injustas de otros?

En el mundo real, no ideal, hay grados de desigualdades económicas entre países (presumiblemente más de las que habría bajo el principio de diferencia internacional). Incluso, las personas difieren respecto de la naturaleza de la justicia y a menudo fracasan en el intento por vivir conforme a los principios que profesan. La mayoría de los estados considera necesario protegerse ante la posibilidad de invasiones armadas y subversiones internas. Y muchos estados privan a sus propios ciudada-

¹⁶ *Ibid.*, p. 213.

nos de derechos y libertades básicos. ¿Cómo afecta todo esto a lo que demanda la justicia respecto de la migración?

Primero, las condiciones del mundo real apoyan con rotundidad los argumentos a favor de la soberanía estatal, particularmente en aquéllos que cuentan con instituciones relativamente justas. La seguridad nacional es crucial para el orden público. Así pues, los Estados tienen claramente el derecho de evitar la entrada de extranjeros (armados o subversivos) que tengan el propósito de destruir sus instituciones justas. Por otro lado, las restricciones respecto del uso expansivo del orden público también se aplican a los argumentos sobre seguridad nacional.

Un argumento relacionado con el anterior es que los inmigrantes provenientes de sociedades donde los valores liberales y democráticos son débiles supondrían una amenaza al orden público justo. Aquí, de nuevo, la distinción entre una expectativa razonable y una especulación hipotética es crucial. Este tipo de argumentos fue utilizados en el siglo XIX en contra de los católicos y judíos europeos, y contra todos los asiáticos y africanos. Si consideramos que la historia ha mostrado que estos argumentos eran erróneos (si no es que ignorantes y prejuiciosos), tenemos que estar alerta ante la posibilidad de reeditarlos.

Una preocupación más realista es la que se refiere al incremento potencial de la demanda. Si un país rico como Estados Unidos simplemente abriera sus fronteras, la cantidad de personas dispuestas a inmigrar sería simplemente abrumadora, incluso tomando en cuenta que sus intenciones y creencias no pusieran en riesgo la seguridad nacional o la integridad de los valores liberal-democráticos.¹⁷ Bajo estas condiciones, parece plausible que la existencia de ciertas limitaciones a la inmigración sobre la base del mantenimiento del orden público. Pero es importante recordar las cualificaciones a estas limitaciones. En particular, que la necesidad de ciertas restricciones no justifica cualquier restricción ni restricciones por cualquier motivo, sino sólo aquéllas esenciales para el mantenimiento del orden público. Esto supondría, desde luego, una política mucho menos restrictiva que la actual, perfilada mediante muchas consideraciones que van más allá del mantenimiento del orden público.

¹⁷ Para estadísticas sobre los niveles actuales y las proyecciones de inmigración a Estados Unidos, ver, Michael S. Teitelbaum, "Rights versus Rights: Immigration and Refugee Policy in the United States", *Foreign Affairs*, 59 (1980), pp. 21-59.

Rawls sostiene que la prioridad otorgada a la libertad normalmente se aplica también en condiciones no ideales. Esto sugiere que, si hay restricciones a la inmigración por razones de orden público, debe darse prioridad a quienes quieran inmigrar porque en sus países de origen se les niega alguna libertad básica frente a quienes busquen hacerlo para mejorar sus oportunidades económicas. Hay, sin embargo, una complicación adicional. La prioridad de la libertad sólo es sostenible de manera absoluta en el largo plazo. En condiciones no ideales, en ocasiones puede estar justificado restringir la libertad por motivos de ganancia económica, si con ello se mejora la posición de los menos aventajados y se acelera la creación de las condiciones todos pueden disfrutar de iguales y plenas libertades. ¿Estaría justificado restringir la inmigración en beneficio de los menos aventajados?

Tenemos que estar atentos a los usos hipotéticos de este tipo de argumentos. Si los países ricos realmente estuvieran preocupados por los más desaventajados en los países pobres, probablemente podríamos ayudarles más transfiriendo recursos y modificando las instituciones económicas internacionales que restringiendo la inmigración. De hecho, existen buenas razones para creer que una inmigración más abierta beneficiaría a los menos aventajados, no que los perjudicaría. Al menos quienes emigraran se beneficiarían y también enviarían dinero a sus países de origen.

Puede ocurrir, sin embargo, que quienes emigren no sean los más desaventajados. Es plausible suponer que los más desaventajados no cuentan con los recursos para irse. Pero esta no es razón para impedir que otros vengan, al menos de que al irse estuvieran perjudicando a quienes se quedan. Supongamos que, como afirma el argumento de la fuga de cerebros, efectivamente ocurre esto. Si asumimos que podrían justificarse ciertas restricciones a la inmigración por razones de orden público, tenemos que suponer que, entre los potenciales emigrantes, habría que darle prioridad a los menos capacitados, ya que su salida previsiblemente tendría poco o ningún efecto en quienes se quedan. También habría que suponer que es debido dar algún tipo de compensación a los países pobres cuando emigra su población capacitada. Pero para poder decir esto, tendríamos realmente que intentar evitar que emigren (negándoles las opciones disponibles) porque ellos representan un recurso valioso para su país de origen, y ello supone apartarse dramáti-

camente de la tradición liberal y de la prioridad específica que Rawls otorga a la libertad, incluso en condiciones no ideales.¹⁸

Consideremos las implicaciones este análisis para algunos de los argumentos tradicionales a favor de la restricción de la emigración. Primero, no es posible sostener restricciones sobre la base de que quienes hayan nacido en un territorio, o cuyos padres hayan nacido en un territorio, tienen un mejor derecho a los beneficios de la ciudadanía que quienes hayan nacido en otro territorio o sean hijos de extranjeros. El lugar de nacimiento y la ascendencia son contingencias naturales “arbitrarias desde un punto de vista moral”. Uno de los principales objetivos de la posición originaria es minimizar los efectos de este tipo de contingencia en la distribución de los beneficios sociales. Asignar la nacionalidad sobre la base del nacimiento puede ser un procedimiento aceptable, pero sólo si ello no impide que los individuos hagan distintas elecciones una vez que llegan a la madurez.

Segundo, se pueden justificar restricciones sobre la base de que la inmigración reduciría el bienestar económico de los ciudadanos actuales. Esta línea de argumentación está drásticamente limitada por dos consideraciones: la perspectiva de los más desaventajados y la prioridad de la libertad. Para poder considerar la perspectiva de los ciudadanos actuales como la de los más desaventajados relevantes, sería necesario mostrar que la inmigración reduciría el bienestar de los ciudadanos por debajo del nivel del bienestar que tendrían los potenciales inmigrantes impidiéndoles la entrada. Pero aun si esto pudiera demostrarse, ello no justificaría las restricciones bajo el principio de libertad. Así que, en definitiva, los intereses de los actuales ciudadanos resultan esencialmente irrelevantes.

Tercero, el efecto de la inmigración en la cultura y la historia de una sociedad particular no sería relevante frente a consideraciones morales, siempre y cuando no suponga una amenaza a los valores liberales y democráticos básicos. Esta conclusión no se deriva de manera clara de lo que he dicho hasta ahora, pero se sigue de lo que Rawls ha dicho a propósito del perfeccionismo.¹⁹ El principio del perfeccionismo requeriría que las instituciones se establecieran conforme a la maximización de la

¹⁸ Para una aproximación reciente a las profundas raíces del derecho a la emigración en la tradición liberal, ver, Frederick Whelan, “Citizenship and the Right to Leave”, *American Political Science Review*, 75, núm. 3 (septiembre 1981), pp. 636-53.

¹⁹ J. Rawls, *Justice*, pp. 325-332.

excelencia humana en el arte, la ciencia o la cultura, sin tener en cuenta los efectos de estos arreglos en la igualdad y la libertad (así, por ejemplo, la esclavitud en la antigua Atenas se ha defendido sobre la base de que fue una condición de los logros culturales atenienses). Una variante de esta posición es el argumento de que las restricciones en la inmigración son necesarias para mantener la unidad y coherencia de la cultura (asumiendo que vale la pena preservar la cultura). Rawls sostiene que en la posición originaria nadie aceptaría ningún estándar perfeccionista, porque nadie querría tomar el riesgo de que pudiera implicar el rechazo de alguna libertad importante, con el objeto de promover ideales que pueden resultar irrelevante para los intereses de los participantes. Así que las restricciones a la inmigración con el propósito de conservar la cultura estarían descartadas.

En síntesis, las teorías no ideales dan más razones para restringir la inmigración que las teorías ideales, pero estas razones están severamente restringidas. Una teoría ideal mantiene que el principio de la migración libre es una parte esencial del orden social justo al que debemos aspirar.

Los extranjeros en el cálculo

Una aproximación utilitarista al problema de la inmigración puede resolver algunas de las preocupaciones que excluye la posición originaria, pero ni siquiera el utilitarismo apoya las actuales restricciones a la inmigración. El principio fundamental del utilitarismo es “maximizar la utilidad”, y el compromiso del utilitarismo con la igualdad moral consiste en que cada uno debe contar como uno, y no más que uno, en el cálculo de utilidad. Desde luego, esta formulación amplia pasa por alto importantes desacuerdos entre los utilitaristas como, por ejemplo, ¿cómo se define la utilidad?, ¿es objetiva o subjetiva? ¿Es una cuestión de felicidad o bienestar como en el utilitarismo clásico o de preferencias o intereses como en las versiones más recientes?²⁰

²⁰ Para discusiones recientes sobre el utilitarismo, ver Richard Brandt, *A Theory of the Good and the Right* (Oxford, Oxford University Press, 1979); Peter Singer, *Practical Ethics* (Cambridge, Cambridge University Press, 1979); R. M. Hare *Moral Thinking* (Oxford, Oxford University Press, 1981), y Amartya Sen y Bernard Williams, eds., *Utilitarianism and Beyond* (Cambridge, Cambridge University Press, 1982).

Con independencia de cómo se contesten las preguntas anteriores, cualquier aproximación utilitarista dará un mayor peso a las razones a favor de las restricciones que la aproximación de Rawls. Por ejemplo, si más inmigración puede perjudicar económicamente a los ciudadanos, desde la perspectiva de cualquier posición utilitarista de la que tenga noticia, esto puede contar como una razón en contra de una política más abierta. Pero estas razones no zanjarían la cuestión, pues puede ocurrir que otros ciudadanos se beneficien de una política migratoria más abierta. Y lo que es más importante, los efectos económicos de una mayor inmigración en los no ciudadanos también deberían ser considerados. Si nos centramos exclusivamente en los efectos económicos, la mejor política desde una perspectiva utilitarista sería aquella que maximizara los beneficios económicos agregados. Y en este cálculo, quienes gocen de la ciudadanía no tendría un estatus privilegiado. Las pérdidas y ganancias de los no ciudadanos contarían lo mismo. Ahora bien, la opinión dominante entre los economistas clásicos y neoclásicos es que la libre movilidad del trabajo es esencial para la maximización de las ganancias económicas agregadas. Pero la movilidad del trabajo requiere de fronteras abiertas. Así que, a pesar de que los costos económicos para los actuales ciudadanos son moralmente relevantes desde la perspectiva utilitarista, probablemente no serán suficientes como para justificar las restricciones.

Los utilitaristas no sólo consideran consecuencias económicas. Si, por ejemplo, la inmigración afectara la cultura existente o la forma de vida de una sociedad en formas que los ciudadanos consideran indeseables, en muchas versiones del utilitarismo este hecho contaría contra la libre inmigración. Pero no en todas. Los utilitaristas disienten acerca de si cualquier placer (deseo o interés) debe contar o si sólo algunos. Por ejemplo, ¿debe darse un valor moral al placer del sádico y balancearlo respecto del dolor de la víctima, o este tipo de placeres debe ser excluido? ¿Y qué decir acerca de los prejuicios raciales? Ésta es, claramente, una cuestión relevante respecto de la inmigración. ¿Debe incluirse el disgusto del racista blanco ante la perspectiva de tener que convivir con gente de color dentro del cálculo de utilidad, esto es, como un argumento a favor de la exclusión racial como, digamos, en la política de Australia Blanca? ¿Y qué decir acerca del deseo de conservar una cultura local como razón para restringir la inmigración? En ocasiones,

estas preferencias están motivadas por prejuicios raciales, pero, desde luego, no es siempre el caso.

Los distintos utilitarismos responderán las anteriores preguntas de distintas maneras. Algunos argumentarán que sólo deben contar los placeres (deseos o intereses) a largo plazo, racionales o refinados de algún otro modo. Otros insistirán en que debemos mirar más allá de los datos brutos para hacer nuestros cálculos. Deben contar las preferencias de todos, no sólo aquellas que alguien decide que cuenten. Prefiero esta última versión, una versión filtrada o reconstructiva, pero no intentaré defender aquí esta posición. Incluso si adoptamos la posición de los datos brutos, que parece más compatible con restricciones a la inmigración, el resultado final sería mucho más favorable a una inmigración abierta que las políticas actuales. Con independencia del método de cálculo, también habrá que tener en cuenta a los extranjeros. En las condiciones actuales, en las que muchos millones de pobres y oprimidos consideran que tienen mucho que ganar emigrando a los países industrializados, parece difícil creer que cualquier cálculo de utilidad que se tome en serio los intereses de los extranjeros puede llegar a justificar mayores restricciones a la inmigración que las referentes al orden público, contenidas en la aproximación de Rawls.

El reto comunitarista

Las tres teorías que he discutido entran en conflicto en temas importantes, pero no –al menos no profundamente– en la cuestión de la inmigración. Las tres llevan a conclusiones más favorables a la inmigración abierta que la convención moral actual. Es cierto que, en términos de números, dada la magnitud de la demanda, incluso las restricciones de orden público podrían dejar fuera a millones de inmigrantes potenciales. Sin embargo, si se aceptan los argumentos que he venido desarrollando, conllevarían una transformación radical de las actuales políticas de inmigración y de la convención moral acerca de la inmigración.

Algunos sentirán que he descontextualizado estas teorías. Todas tienen una raíz liberal. El liberalismo, puede decirse, surgió del estado moderno y lo presupone. Las teorías liberales no fueron pensadas para tratar cuestiones como la de los extranjeros. Asumen el contexto del estado soberano. Las anteriores parecen razonables como observaciones

históricas, pero no está claro por qué deban tener alguna fuerza normativa. El misma descontextualización podría sostenerse respecto de la plena ciudadanía de las mujeres o de los miembros de la clase trabajadora. Las teorías liberales también incluían el derecho a excluir a estas clases de sujetos. Las teorías liberales centran su atención en la necesidad de justificar el uso de la fuerza por parte del Estado, y las cuestiones acerca de la extranjería emanan naturalmente de este contexto. Los principios liberales –como la mayoría de los principios– tienen implicaciones que no fueron contempladas por quienes los formularon originariamente. Esto es, en parte, lo que hace posible la crítica social.

Otros pueden pensar que lo único que logra mi análisis es hacer patentes las deficiencias de la teoría liberal, especialmente su incapacidad para dar suficiente peso al valor de la comunidad.²¹ Esta acusación a la teoría liberal puede ser, o no, correcta, pero mis conclusiones a propósito de la inmigración se basan en asunciones que, en mi opinión, no pueden ser rechazadas por una teoría moral defendible: que nuestras instituciones sociales y nuestras políticas públicas deban respetar a todos los seres humanos como personas morales, y que este respecto implica el reconocimiento, de una u otra manera, de la libertad e igualdad todos los seres humanos. Quizá alguna otra aproximación puede dar más espacio a las restricciones a la inmigración, aun aceptando los presupuestos anteriores. Para dar cuenta de esta posibilidad, consideraré la posición del teórico que ha llegado más lejos en el intento de trasladar la crítica comunitarista en una visión positiva alternativa: Michael Walzer.

A diferencia de Rawls y de otros, Walzer trata el problema de la pertenencia como una cuestión central de su teoría de la justicia, llegando en materia de inmigración a la conclusión opuesta a la que he defendido: “Dentro de un considerable rango de decisiones, los Estados son simplemente libres de aceptar extranjeros (o no)”.²²

Walzer difiere de los otros teóricos a los que me he referido no sólo en sus conclusiones, sino también en su aproximación básica. Evita la

²¹ Para críticas recientes al liberalismo, ver Alasdair MacIntyre, *After Virtue* (Notre Dame, Notre Dame University Press, 1981) y Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (Nueva York, Cambridge University Press, 1982). Y para una crítica de los críticos, ver Amy Gutmann, “Communitarian Critics to Liberalism”, *Philosophy and Public Affairs*, 14 (verano 1985), pp. 308-322.

²² Walzer, *Spheres*, p. 61.

búsqueda de principios universales, para ocuparse del “particularismo de la historia, de la cultura y de la pertenencia”.²³ Cree que las cuestiones de justicia distributiva no deben tratarse desde detrás de un “velo de ignorancia”, sino desde la perspectiva de la pertenencia a una comunidad política en la que las personas comparten una cultura común y una común concepción de la justicia.

No puedo hacer justicia aquí a la rica y sutil discusión que hace Walzer de la cuestión de la pertenencia, pero puedo apuntar los puntos centrales de su argumento y señalar algunas áreas de desacuerdo. El argumento central de Walzer es que la exclusión está justificada sobre la base del derecho de las comunidades a la autodeterminación. Sin embargo, el derecho a excluir está limitado en tres maneras importantes. Primero, estamos obligados a prestar ayuda a quienes se encuentren en una necesidad extrema, siempre y cuando podamos hacerlo sin un excesivo costo para nosotros. Así que, podríamos llegar a estar obligados a admitir algunos extranjeros con necesidades apremiantes o, al menos, a poner a su disposición algunos de nuestros recursos o, incluso, parte de nuestro territorio. Segundo, una vez que una persona a sido admitida como residente y participante en la economía, debe poder adquirir, si lo desea, plena ciudadanía. La noción de “trabajadores invitados” permanentes entra en conflicto con la justificación subyacente a la autodeterminación comunal, en la que se justifica, a su vez, el derecho a la exclusión. Tercero, los estados o gobiernos nuevos no pueden expulsar a los habitantes existentes, incluso en el caso en que éstos sean considerados extranjeros por la mayoría del resto de la población.²⁴

En el desarrollo de su argumento, Walzer compara la idea de estados abiertos con nuestra experiencia de los vecindarios como formas de asociación abierta.²⁵ Pero a propósito de pensar acerca de cómo serían los estados abiertos, podemos echar mano de una mejor comparación. Podemos mirar hacia la experiencia de las ciudades, las provincias o los estados en el sentido en que existen en Estados Unidos. Éstas son comunidades políticas con las que estamos familiarizados, cuyas fronteras están abiertas. A diferencia de los vecindarios y a semejanza de los estados, se trata de comunidades formalmente organizadas, con límites, donde se distingue entre ciudadanos y no ciudadanos, con au-

²³ *Ibid.*, p. 5.

²⁴ *Ibid.*, pp. 33, 45-48, 55-61, 42-44.

²⁵ *Ibid.*, pp. 36-39.

toridades elegidas de las que se espera la procuración de políticas que beneficien a los miembros de la comunidad que las han elegido. A menudo tienen culturas singulares y distintas formas de vida. Piénsese en la diferencia entre Nueva York y Waycross, Georgia, entre California y Kansas. Este tipo de diferencias son a menudo mayores que las diferencias entre estados nacionales. Seattle tiene más en común con Vancouver que con muchas de las comunidades dentro de Estados Unidos. Pero las ciudades, las provincias y los estados de la unión americana no restringen la inmigración (desde otras partes del país). De modo que estos casos ponen en duda el argumento de Walzer de que la posibilidad de distinguir entre comunidades depende de la posibilidad de la clausura formal. Lo que potencia o diluyen el carácter distintivo de una comunidad en mucho más complejo que el mero control político de la admisión.

Esto no implica que el control de la admisión carezca de importancia. A menudo las autoridades locales desearían restringir la inmigración. Durante la Depresión, la gente de California hubiera querido excluir a los pobres de Oklahoma. Hoy en día, a la gente de Oregón le gustaría poder excluir a los californianos. La inmigración interna puede llegar a ser significativa. Puede llegar a transformar el carácter de las comunidades (piénsese en las migraciones del sur rural al norte urbano). Pueden suponer tensiones en la economía local y complicar el mantenimiento de programas sociales financiados localmente. Pero, a pesar de todo esto, no creemos que las comunidades políticas deban tener la potestad de controlar sus fronteras. El derecho a migrar es prioritario.

¿Por qué debe ser así? ¿Se trata sólo de la elección que tomamos como una comunidad más extensa –*i.e.*, como estado nacional– de restringir de esta manera la autodeterminación de las comunidades locales? ¿Podría permitírseles legítimamente la exclusión? No fácilmente. Ningún Estado liberal restringe la libertad de movimiento. Los Estados que restringen la movilidad interna son acusados de violar una libertad humana básica. Si la libertad de movimiento dentro del Estado es tan importante como para derrotar las pretensiones de las comunidades locales, ¿sobre qué fundamento podemos restringir la libertad de movimiento entre Estados? Se requiere un argumento de mayor peso que la distintividad *moral* del Estado nación como forma de comunidad, a partir del análisis de los vecindarios de Walzer.

Walzer también hace una analogía entre los estados y los clubes.²⁶ Generalmente, los clubes admiten o rechazan a la gente que quieren, aunque cualquier decisión particular puede ser criticada apelando al carácter de club y a las ideas compartidas por sus miembros. Ocurre lo mismo con los estados. Esta analogía ignora la conocida distinción entre lo público y lo privado, que Walzer utiliza en otro lugar.²⁷ Hay una profunda tensión entre la libertad de asociación y el derecho a un trato igual. Una forma de tratar el problema es sostener que en la esfera privada prevalece la libertad de asociación y en la esfera pública prevalece el derecho a la igualdad de trato. Uno puede elegir a sus amigos sobre la base del criterio que desee, pero, al elegir a quienes han de ocupar un cargo público, se debe tratar a todos los candidatos por igual. A menudo resulta difícil trazar la línea entre lo público y lo privado, pero está claro que los clubes están en un extremo y el Estado en otro. Así que el hecho de que los clubes privados puedan admitir o excluir a quien quieran no dice nada acerca de los estándares de admisión apropiados para los Estados. Cuando el Estado actúa debe tratar a los individuos de manera igual.

En contra de esta exigencia de igualdad de trato puede sostenerse que sólo es aplicable a quienes sean *miembros* de la comunidad. Y, desde luego, esta objeción reflejaría lo que sucede en la práctica. Pero la cuestión reside en por qué debe ser así. En otras épocas, la exigencia de tratamiento igual no se aplicaba plenamente a varios grupos (trabajadores, negros, mujeres). En su conjunto, la historia del liberalismo refleja la tendencia de expansión de la definición de espacio público y de los requisitos de la igualdad de trato. En contraste con otros tiempos, hoy en Estados Unidos los organismos públicos y las empresas privadas no pueden excluir legalmente a las mujeres sólo por el hecho de serlo (aunque todavía pueden hacerlo los clubes privados). Un tendero blanco no puede expulsar de su tienda a los negros (aunque puede excluirlos de su casa). Creo que estos desarrollos recientes, así como la previa extensión del sufragio, reflejan algo fundamental sobre la lógica profunda del liberalismo.²⁸ La extensión del derecho a inmigrar refleja la misma lógica: igualdad de trato a los individuos en la esfera pública.

²⁶ *Ibid.*, pp. 39-41.

²⁷ *Ibid.*, pp. 129-164.

²⁸ No estoy sosteniendo que los cambios en el trato de las mujeres, los negros y los trabajadores ha sido *producida* por la lógica interna del liberalismo. Estos cambios son producto de trans-

Como señalaba al inicio de la sección, Walzer sostiene que la comunidad política está limitada por principios de justicia cuando admite trabajadores temporales, si darles la oportunidad de convertirse en ciudadanos. Hay una cierta ambigüedad a propósito de si esto se aplica a todas las sociedades o sólo a aquéllas como la nuestra. Si los Estados tienen el derecho a la autodeterminación en sentido amplio, deben tener el derecho de elegir formas y prácticas políticas diferentes de la democracia liberal. Y cabe suponer que esta libertad incluye el derecho a establecer la categoría de ciudadanía de segunda clase (o, al menos, de trabajadores temporales), y también la potestad de determinar otros aspectos de sus políticas de admisión en virtud de sus propios principios.²⁹ Pero si la cuestión es si *nuestra* sociedad (o cualquiera con los mismos valores básicos) debe hacerlo, entonces el asunto es distinto para los trabajadores invitados y para los extranjeros. Es correcta la afirmación de que *nuestra* sociedad debe permitir a los trabajadores invitados la plena ciudadanía. Cualquier otra postura es incompatible con nuestros principios democráticos. Pero también lo es una política restrictiva en materia de inmigración.

Cualquier aproximación como la de Walzer, en la que se intenta dar razones a favor de la tradición y la cultura de *nuestra* comunidad, debe enfrentar una paradoja metodológica: el hecho de que el liberalismo es una parte central de nuestra cultura. La enorme popularidad de Rawls y de Nozick, así como la duradera influencia del utilitarismo, muestran su capacidad, dentro de nuestra comunidad, para comunicar concepciones y significados compartidos en un lenguaje que tiene legitimidad y poder en nuestra cultura. Estas teorías no tendrían sentido para un monje budista en el Japón medieval. Sus asunciones individualistas y su lenguaje universal, su razón ahistórica, tiene sentido para nosotros en *nuestra* tradición, *nuestra* cultura y *nuestra* comunidad. Para personas con una tradición cultural diferente, en la que se asumen diferencias morales fundamentales entre quienes pertenecen a una sociedad y quienes no, las restricciones a la inmigración pueden ser fácilmente

formaciones en las condiciones sociales y de luchas políticas, incluyendo controversias ideológicas en las que los argumentos respecto de las implicaciones de los principios liberales jugaron algún papel, pero no necesariamente decisivo. Sin embargo, desde una perspectiva filosófica, es importante entender hacia dónde conducen los principios, incluso si no se asume que las acciones de las personas en el mundo son siempre guiadas por los principios a los que se adhieren.

²⁹ Confróntese la afirmación de Walzer de que el sistema de castas sería justo si fuera aceptado por las poblaciones afectadas (*ibid.*, pp. 313-315).

justificables. Aquellos que son *otros* simplemente no cuentan o, al menos, no cuentan igual. Pero nosotros no podemos ignorar a los extranjeros sobre la base de que son otros, porque *nosotros* somos producto de la cultura liberal.

Este punto tiene implicaciones aun más profundas. Tomar *nuestra* comunidad como punto de partida supone que una comunidad expresa sus concepciones morales en términos de principios universales. Los propios argumentos de Walzer reflejan este hecho. Cuando señala que los Estados no pueden expulsar a habitantes existentes porque una nueva mayoría en el gobierno los considere extranjeros, está formulando una pretensión acerca de lo que está bien o mal en cualquier estado, no sólo en los que compartan nuestros valores básicos. Desarrolla su argumento a partir de Hobbes, y este es un argumento dentro de una tradición que bien puede ser rechazada por Estados que deseen expulsar a sus habitantes. Sin embargo, Walzer formula una pretensión universal (que yo considero correcta). Y formula el mismo tipo de argumento cuando insiste en que los Estados no pueden restringir legítimamente la emigración.³⁰ Esto aplica a todas las comunidades políticas, no sólo las que compartan nuestra forma de entender la relación entre los individuos y las comunidades.

El reconocimiento de la particularidad de nuestra propia cultura no debe refrenarnos al momento de formular este tipo de pretensiones. No debemos intentar forzar a otros para que compartan nuestras opiniones, debemos estar dispuestos a escuchar a otros y a aprender de ellos. Pero el respeto a la diversidad de las comunidades no exige abandonar nuestras pretensiones acerca de lo que deben hacer otros estados. Si mi argumentación es correcta, la justificación general para las fronteras abiertas está enraizada en los valores fundamentales de nuestra tradición. Ningún argumento moral *nos* parecerá aceptable si contraviene la asunción del igual valor moral de todos los individuos. Si se ha de justificar la restricción a la inmigración, tendrá que hacerse sobre la base de argumentos que respeten este principio. La teoría de Walzer tiene muchas virtudes que no he explorado aquí, pero no contiene argumentos adecuados para sostener el derecho de los estados a excluir a los extranjeros.

³⁰ *Ibid.*, pp. 39-40.

Conclusión

La libre migración puede no ser alcanzable de manera inmediata, pero es un objetivo que debemos procurar. Tenemos la obligación de abrir las fronteras mucho más de lo que lo hacemos. Las actuales restricciones a la inmigración en las democracias occidentales –incluso en las más abiertas como Canadá y Estados Unidos– no son justificables. Al igual que las barreras feudales a la movilidad, protegen privilegios injustificables.

¿Se sigue de ello que *no* hay espacio para la distinción entre extranjeros y ciudadanos, que no hay una teoría de la ciudadanía, que no hay límites para la comunidad? En absoluto. Sostener que la membresía debe estar abierta a todo aquel que desee unirse no implica que no haya distinciones entre los miembros y los no miembros. Quienes eligen cooperar en el estado tienen derechos y obligaciones especiales que no comparten con quienes no son ciudadanos. El respeto a las elecciones particulares y a los compromisos que hacen los individuos emana naturalmente del compromiso con la idea del igual valor moral (De hecho, el papel del consentimiento como fundamento de las obligaciones políticas es menos controvertido en el caso de los inmigrantes). Lo que *no* es compatible con la idea del igual valor moral es la exclusión de quienes quieren unirse. Si las personas quieren firmar el contrato social, deben poder hacerlo.

Se considera que las fronteras abiertas amenazarían el carácter distintivo de distintas comunidades sólo porque se supone que, si pudieran, muchas personas se moverían. Si los emigrantes fueran pocos, no importaría. Siempre es posible asumir una cierta cantidad de inmigrantes sin modificar el carácter de una comunidad. Y como sostiene Walzer, la mayoría de las personas prefiere no moverse.³¹ Se sienten vinculados con su tierra natal, a su lengua, a su cultura y a la comunidad en la que crecieron, donde se sienten en casa. Intentan moverse sólo cuando la vida es muy difícil donde nacieron. Sus problemas rara vez son frívolos, así que es correcto ponderar sus pretensiones frente a la quienes quieren mantener sus comunidades tal y como son ahora. Y si no cargamos de forma inicua los platillos de la balanza, el argumento de la exclusión sólo triunfará rara vez.

³¹ *Ibid.*, p. 38.

Las personas viven en comunidades con cargas y con lazos, pero estos pueden ser de distintas clases. En una sociedad liberal, las cargas y los lazos deben ser compatibles con los principios liberales. La abierta inmigración modificaría el carácter de la comunidad, pero no dejaría a la comunidad sin ningún carácter. Los blancos del Condado de Forsythe que quieren excluir a los negros están intentando preservar una forma de vida valiosa para ellos. Negar a estas comunidades el derecho a excluir limita su capacidad para configurar su carácter futuro y su destino, pero no destruye su capacidad de autodeterminación. Muchos aspectos de la vida comunal siguen estando potencialmente bajo el control colectivo. Es más, los principios de justicia tienen el propósito de limitar el tipo de elecciones que pueden tomar las personas y las comunidades. Establecen límites para lo que pueden hacer las personas que quieren someterse a tales principios. Comprometernos con la apertura de las fronteras no supone abandonar la idea de un carácter comunitario, sino reafirmarlo. Sería una afirmación del carácter liberal de nuestra comunidad y de su compromiso con los principios de justicia.

Recepción: 31/10/2008

Aceptación: 06/02/2009

EL NEO-REPUBLICANISMO Y SUS IMPLICANCIAS PARA LAS INSTITUCIONES LEGALES Y POLÍTICAS

*Alba María Ruibal**

Resumen

El neo-republicanismo se ha presentado recientemente como una alternativa al liberalismo, tanto desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista de la organización política. Sin embargo, se sostiene que al abandonar la idea de autogobierno, principalmente en el planteo de Phillip Pettit, el esquema institucional que propone no difiere fundamentalmente de la institucionalidad democrática liberal.

Palabras clave, neo-republicanismo, liberalismo, libertad republicana, instituciones políticas, Phillip Pettit.

Abstract

Neo-Republicanism has been recently cast as an alternative to liberalism, both from a theoretical perspective and from the point of view of actual political organization. Nevertheless, it is argued that because these contemporary proposals, and in particular Phillip Pettit's work, abandon the idea of self-government, the resultant institutional scheme doesn't differ in a significant way from liberal-democratic institutions.

Key words, Neo-Republicanism, liberalism, republican liberty, political institutions, Phillip Pettit.

Introducción

Durante las últimas décadas ha existido un intento tanto en el campo de la historia de las ideas como del constitucionalismo y de la teoría política por revivir el republicanismo clásico, presentándolo como una alternativa viable al liberalismo para la solución de los dilemas políticos en sociedades contemporáneas. En esta recuperación

* Estancia postdoctoral en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

se han presentado distintas interpretaciones sobre la tradición republicana. En un primer momento, se mantuvo el énfasis en los aspectos de deliberación y participación política atribuidos convencionalmente como características centrales del republicanismo. Sin embargo, recientemente ha adquirido preeminencia el planteo desarrollado a partir del trabajo revisionista de Quentin Skinner (1983, 1998), que sostiene que la participación política no es la característica esencial de libertad republicana. Siguiendo esta misma línea interpretativa, y minimizando aún más el aspecto de la participación directa en la soberanía, Phillip Pettit (1997) ha propuesto un esquema completo de gobierno, que se presenta a sí mismo como superador de la organización liberal.

Este trabajo se centra en la concepción neo-republicana de libertad en los planteos de Skinner y de Pettit, y en sus consecuencias para las propuestas sobre el diseño de instituciones legales y políticas. El análisis se basa principalmente en el trabajo de Pettit debido a que, si bien Skinner es el referente clásico de esta corriente neo-republicana, este autor no presenta las implicancias institucionales de su planteo, mientras que Pettit desarrolla un esquema completo de gobierno, de acuerdo a su concepción del republicanismo. En particular, se propone analizar hasta qué punto la idea teórica de libertad como no-dominación planteada por Pettit es distinta a la idea de libertad del liberalismo contemporáneo, y en qué medida las implicancias de este planteo en términos institucionales es una alternativa sustantiva al ordenamiento institucional de las actuales democracias constitucionales. La perspectiva desarrollada por Pettit ha sido criticada desde diversos puntos de vista. En este trabajo se sostiene específicamente que su propuesta institucional no es significativamente distinta a los regímenes democráticos existentes, y que esto es consecuencia del abandono, en el plano teórico, de la idea republicana de participación política.

El argumento se divide en dos partes principales. En primer lugar, se discute la concepción de Skinner y principalmente de Pettit sobre la libertad republicana, señalando el abandono de la centralidad del principio de participación política, así como las similitudes del planteo resultante con respecto al liberalismo contemporáneo, en términos de las ideas de libertad como no-interferencia arbitraria y de las leyes como constitutivas de la libertad. En segundo lugar, se presenta y discute el esquema de gobierno propuesto por Pettit, y se señalan en particular las

semejanzas de este modelo institucional con respecto a las democracias constitucionales existentes.

I. La concepción sobre la libertad en el neo-republicanismo de Skinner y Pettit

Los dos autores más representativos del neo-republicanismo contemporáneo, Skinner y Pettit, fundamentan sus respectivos planteamientos en una concepción particular de la libertad, que formulan partiendo de una crítica a la dicotomía entre libertad positiva o auto-gobierno y libertad negativa o no-interferencia, desarrollada por Isaiah Berlin y que había sido formulada anteriormente por Benjamin Constant como un contraste entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos. Pettit sostiene que estas distinciones han tenido una influencia perniciosa en el pensamiento político, especialmente porque “ocultan la validez filosófica y la realidad histórica de una tercera y radicalmente distinta manera de entender la libertad y los requerimientos institucionales de la libertad” (1997, 19). Esta tercera perspectiva, según sostienen tanto Skinner como Pettit, es el republicanismo.

Ambos autores rechazan, en particular, la idea de que la libertad negativa sea el ideal que corresponde a las sociedades modernas, como sostienen Constant y Berlin, y en este sentido afirman que su interpretación sobre el republicanismo es una alternativa frente al liberalismo para las sociedades contemporáneas. Asimismo, por otra parte, niegan la identificación de la libertad republicana con la libertad positiva, presente en las caracterizaciones de Constant y de Berlin, así como en diversos trabajos que forman parte de la recuperación reciente del republicanismo.

En realidad, puede sostenerse que tanto Skinner como Pettit defienden una variante de la idea de libertad negativa, y que esto marca un quiebre con la interpretación convencional sobre la tradición republicana. En efecto, Pettit, en su interpretación del republicanismo clásico, sostiene que si bien en esta tradición se “pone un énfasis recurrente en la importancia de la participación democrática, el centro primario de interés se encuentra en evitar los males asociados con la interferencia” (1997, 27). En el planteo de ambos autores el ideal de libertad como no-dominación implica fundamentalmente no estar sujeto a la interfe-

rencia arbitraria o al gobierno arbitrario, más que gobernar o participar de algún modo en el gobierno. Tanto para Skinner como para Pettit, el problema principal es que la libertad negativa esté garantizada más allá del poder discrecional que pueda ejercer una autoridad. En este sentido, Skinner sostiene que, en el pensamiento republicano, no es sólo la existencia de interferencia lo que destruye la libertad –como lo es para el liberalismo, según la interpretación de ambos autores– sino que el estado de esclavitud está dado por la posibilidad de ser potencialmente coaccionado, por la dependencia aun con relación a una voluntad buena, no coercitiva. Por esto, el requisito de la libertad republicana es que no exista “ningún elemento de poder discrecional, y por lo tanto, ninguna posibilidad de que los derechos civiles dependan de la buena voluntad de un gobernante o grupo en el poder, o de ningún agente del estado” (Skinner 1998, 74). Por su parte, Pettit (1997, 2002) sostiene que la libertad republicana es libertad negativa, pero no en el sentido meramente de no-interferencia, sino de no-dominación, o no-interferencia por parte de un poder arbitrario. El ideal del republicanismo es, desde esta perspectiva, eliminar toda actual o potencial interferencia arbitraria (Pettit 1997, 57).

Sin embargo, los planteos de Skinner y Pettit difieren en cuanto a la consideración sobre el vínculo que existe en el pensamiento republicano clásico entre el auto-gobierno colectivo y la libertad. Por un lado, Skinner sostiene el argumento central del republicanismo que considera el auto-gobierno como el mejor garante de la libertad individual. En este sentido, sostiene que la libertad republicana es libertad como no-interferencia, pero plantea que es necesaria la participación política como medio para evitar la interferencia (1998, 74-75). Skinner revive la idea de Maquiavelo y los argumentos neo-romanos postulados por los defensores del parlamento en Inglaterra, acerca de que los poderosos tienden a oprimir, y que si no existe una participación popular garantizada por las instituciones, las élites tienden a volverse corruptas y opresivas. De esta manera, en el pensamiento de Skinner, para que no exista dominación no es suficiente que la libertad esté protegida por un sistema legal, como lo es en el planteo de Pettit, sino que exista alguna forma de consentimiento popular y autogobierno.

Por su parte, Pettit prácticamente niega el rol histórico del consentimiento popular y, por lo tanto, de la noción de libertad positiva en el desarrollo del republicanismo. En este sentido, Pettit da un paso más

con relación al planteo revisionista iniciado por Skinner que, si bien vuelve a la perspectiva republicana más apta para las sociedades contemporáneas, tiene implicancias fundamentales para la diferencia teórica con el liberalismo, así como para el diseño de instituciones distintas a las existentes en los regímenes democráticos actuales.

El planteo de Skinner, si bien otorga un papel instrumental a la participación política, podría conducir a la formulación de diseños institucionales diferentes a los actuales, en tanto conserva la importancia de la participación popular en el gobierno presente en el pensamiento republicano clásico. Sin embargo, Skinner no presenta una propuesta con respecto a las características que debería tener este diseño dadas las condiciones de las sociedades contemporáneas. Por su parte, Pettit es quien lleva al extremo la idea de Skinner de que el aspecto central de la libertad republicana no es la participación en la vida pública, y por otro lado, presenta un esquema completo de gobierno basado en su interpretación del republicanismo. Por estas razones, a continuación se analiza en particular el planteo de Pettit, y sus implicancias especialmente con respecto a la posibilidad de presentar una alternativa con respecto al liberalismo.

I. 1. El planteo de Pettit sobre la libertad como no-dominación y la concepción de las leyes como constitutivas de la libertad. Similitudes con el liberalismo.

Pettit funda su teoría sobre la libertad y el gobierno republicano en una concepción de la libertad que, según el autor, difiere radicalmente de la idea sostenida por el pensamiento liberal. La crítica principal de Pettit hacia el liberalismo se basa en la concepción de esta doctrina con respecto a la libertad como no-interferencia, que el autor contrapone a la idea republicana de libertad como no-dominación. A partir de esta idea, Pettit sostiene que su planteo se diferencia del liberalismo en dos aspectos fundamentales, en primer lugar, en tanto incrementa los requisitos de la libertad negativa al incorporar como requerimiento la imposibilidad de dominación, y no sólo la ausencia de interferencia, como sostiene la teoría liberal según la interpretación del autor. En segundo lugar, en tanto la idea de no-dominación, o de interferencia no-arbitraria permite sostener una concepción de las leyes como constitutivas de

la libertad, y no como restrictivas de la misma, según afirma el liberalismo de acuerdo a la lectura de Pettit. Con respecto al primer aspecto, Pettit sostiene que, bajo la perspectiva republicana, en contraste con la visión liberal, es posible perder la libertad sin que exista una interferencia concreta, por el solo hecho de que potencialmente ésta pueda ejercerse. Con relación al segundo aspecto, señala que para el republicanismo, a diferencia del liberalismo, es posible que se dé interferencia sin haber dominación, si la interferencia no es arbitraria sino que contempla los intereses de los propios afectados.

Sin embargo, en la postulación de estos dos aspectos centrales de su interpretación sobre el republicanismo como alternativa al liberalismo, Pettit no ofrece argumentos ni pruebas convincentes que permitan considerar su teoría como alternativa a planteos del liberalismo contemporáneo. Por otra parte, no queda claro en la propuesta interpretativa de Pettit contra qué autores liberales está discutiendo, tanto con relación a su postulación de la libertad como no-dominación, como con respecto a la idea de las leyes como constitutivas de la libertad.

I.1.a. La idea de libertad como garantía contra la interferencia

En efecto, con relación al primer aspecto, Pettit afirma que “el liberalismo ha sido asociado durante los doscientos años de su desarrollo, y en la mayoría de sus variantes influyentes, con la concepción negativa de libertad como ausencia de interferencia, y con el supuesto de que no hay nada inherentemente opresivo en el hecho de que algunas personas tengan un poder dominante sobre otras, siempre que no ejerciten ese poder” (1997, 9). Sin embargo, en esta postulación Pettit no distingue entre la concepción de libertad del liberalismo clásico, particularmente desarrollado por Hobbes y Bentham, al que se atribuye la idea de libertad como no-interferencia, y el liberalismo contemporáneo. Sostener que en el pensamiento liberal actual no existe una preocupación por la posible interferencia requeriría un análisis exhaustivo de los distintos planteos dentro del propio liberalismo. En este sentido, no está claro que ningún liberal contemporáneo, como por ejemplo, Rawls (1971), y aun Hayek (1960), niegue la importancia de la no-dominación ni se oponga al sistema propuesto por Pettit, o por lo menos esto no está demostrado en la obra de este autor.

Por una parte, Pettit (1996, 1997) afirma que la dominación, y no la interferencia, es el antónimo de libertad, porque la dominación involucra restricción de la elección, incertidumbre y asimetría de estatus, y no sólo interferencia efectiva sobre la acción. Sin embargo, puede sostenerse que también para los liberales el ideal de no-dominación es una de sus demandas políticas. Como afirma Boyer, “para los liberales tampoco se puede ser libre bajo un amo benevolente” (2001, 24). Asimismo, como señala este autor, la idea de libertad negativa presentada por Berlin –y en la cual se basa la consideración de Pettit sobre el liberalismo– no toma en cuenta que dentro del liberalismo, las demandas políticas y las demandas de derechos ocupan un lugar central, lo cual implica la aceptación de la idea de que la libertad proviene no de un amo benevolente, sino “sólo de la posesión de ciertos derechos” (Boyer 2001, 28).

I.1.b. La idea de las leyes como constitutivas de la libertad

Como se ha mencionado, un aspecto central en el planteo de Pettit es el abandono de la conexión entre libertad y algún tipo de participación directa en la soberanía. En este sentido, el autor subraya que en los mecanismos de democracia directa existe el peligro de tiranía de la mayoría (Pettit 1997, 8). Pettit abandona de esta manera la idea, sostenida aun por Skinner, de que la participación popular en el gobierno es necesaria para garantizar la libertad. En su reemplazo, sostiene que el principal garante institucional de la libertad como no-dominación es el derecho, al cual caracteriza como una interferencia no-dominante y como un elemento constitutivo de la libertad. En este sentido, Pettit se identifica con la tradición republicana que concibió que la libertad sólo podía darse bajo un régimen jurídico adecuado.

Esta idea de la ley como constitutiva de la libertad es, según Pettit, una de las grandes diferencias entre el republicanismo y el liberalismo. Se ha señalado recurrentemente que en los planteos iniciales del liberalismo, particularmente en el pensamiento de Hobbes, Bentham y J. Stuart Mill, existía la idea de que cualquier tipo de interferencia era contraria a la libertad, por más que en otro sentido pudiera contribuir a garantizarla, como en el caso de las leyes, que compensan el daño realizado. En este sentido, Pettit subraya que “la concepción republicana

de que la ley es o puede ser creadora de libertad fue desafiada en el siglo XVII por Thomas Hobbes” al sostener que la ley es “siempre una invasión a la libertad, aunque fuera beneficiosa en el largo plazo” (Pettit 1997, 37).

Sin embargo, una cosa es admitir que algunos autores fundacionales del pensamiento liberal sostuvieron esta idea sobre las leyes, y otra es afirmar, como lo hace Pettit, que toda la tradición liberal, incluido el liberalismo actual, defiende esta concepción. Contra esta última interpretación puede señalarse, por una parte, que la idea de la ley como constitutiva de la libertad ha estado presente en el pensamiento de autores representativos de la tradición liberal, tales como John Locke, a quien Pettit no incluye en esta tradición. Asimismo, se ha observado que este principio es sostenido por el liberalismo kantiano, lo cual no es reconocido tampoco en la obra de Pettit.

Por otra parte, en el pensamiento de autores representativos del liberalismo contemporáneo se encuentra una concepción sobre las leyes y las instituciones como el marco que habilita la libertad. El propio Pettit admite, en una nota al pie, que Frederick Hayek “algunas veces sugiere que la interferencia de cierto tipo de ley –una ley que ha sido producida por un cierto proceso de evolución, o una ley que es inherentemente justificable en un cierto modo- no elimina la libertad” y agrega, “para Hayek, entonces, la libertad no es la ausencia de interferencia como tal, sino más bien la ausencia de interferencia por agencias distintas a aquellas favorecidas por las leyes” (1997, 50, nota 9). Asimismo, reconoce que “Rawls puede algunas veces ser leído como respaldando una visión similar de la ley y la libertad” (*Ibid.*). Sin embargo, en el resto de su obra Pettit presenta su alternativa republicana frente a una interpretación del liberalismo que pretende ignorar lo reconocido en esta nota.

Lo dicho hasta aquí permite afirmar que si bien en la obra de pensadores liberales como Hobbes, Bentham y Stuart Mill se puede encontrar la idea de libertad como ausencia de interferencia y, consecuentemente, la noción de que la ley es una interferencia, aunque deseable en tanto evita interferencias mayores, no es sostenible que otros autores liberales, tales como Locke, Rawls e inclusive Hayek, hayan rechazado una concepción de libertad como no-dominación y lo que esto implica. En este sentido, puede sostenerse que el “imperio de las leyes y no de

los hombres” (Harrington 1992, citado en Pettit 2002) es también un ideal del liberalismo.

En realidad, puede sostenerse que en la teoría de Pettit, más allá de la discusión que presenta sobre dos tipos de libertad negativa –libertad como no interferencia y libertad como no-dominación o no interferencia arbitraria–, es difícil distinguir claramente las diferencias prácticas entre su concepción de la libertad republicana y la libertad defendida por el liberalismo, porque abandona el principal argumento del republicanismo acerca de que el autogobierno, o la participación popular en el gobierno, es lo que permite asegurar la libertad individual.

I. 2. La virtud cívica en relación con la libertad como no dominación en el planteo de Pettit.

El distanciamiento entre el republicanismo y la participación política en el pensamiento de Pettit se manifiesta también en la desvinculación que plantea el autor entre la virtud cívica y la participación en la vida pública, así como en la relación que propone, en su lugar, entre las leyes y la cultura cívica. Esto genera diversos problemas en su propuesta, algunos de los cuales se mencionan a continuación.

En primer lugar, Pettit afirma que “las leyes republicanas deben estar sustentadas en hábitos de virtud cívica o buena ciudadanía” (1997, 245), a fin de garantizar la libertad como no dominación. De esta manera, sugiere que su planteo se vincula directamente con la tradición republicana, para la cual la virtud cívica es un tema central. Sin embargo, en el republicanismo clásico existe una relación intrínseca entre participación en la vida pública y virtud cívica. En esa tradición, la virtud cívica estaba relacionada con la participación política de dos maneras, en tanto la virtud consistía en la disposición para servir a la república y, a su vez, la participación fortalecía y alimentaba la virtud cívica. De esta manera, en el republicanismo clásico, las normas son sustento de las leyes, pero no se derivan de ellas, sino de la participación en la vida pública. En este sentido, la tradición republicana presentaba un esquema basado en un sustento exterior a las normas y a las leyes. En cambio, Pettit aboga por la existencia de una civilidad que dé sustento al sistema legal, pero relaciona la formación de la civilidad con la percepción de legitimidad de las leyes, dada por la posibilidad de contes-

tación. De esta manera, la relación intrínseca en el planteo de Pettit es entre las leyes y las normas, “las leyes deben sustentar las normas y las normas deben servir de sustento para las leyes” (1997, 242). Pero, para sostener esto, es necesario demostrar la fuerza normativa de las leyes, y esto no se encuentra en el texto de Pettit. Como se ha mencionado, el autor intenta explicar que las leyes son generadoras de normas de civilidad, pero el vínculo que plantea en este sentido es muy débil. En efecto, ¿cómo puede la posibilidad de contestación, que según su modelo hace que las leyes sean consideradas legítimas, generar el tipo de pasión y de virtud cívica que el republicanismo clásico sostenía que se producía a través de la participación activa en la vida pública?

Por otra parte, Pettit recurre a la idea de la “mano intangible” o de un “patrón de aprobación y desaprobación” (1997, 244) basado en la búsqueda de reputación y el respeto, como otro de los mecanismos que promueven la virtud y el cumplimiento de las normas. En este sentido, sostiene que las sanciones sociales relacionadas con el reconocimiento presuponen la internalización de valores y la identificación del individuo con los grupos que sustentan esos valores, e inclusive “con la sociedad, y aun con el mundo como un todo” (Pettit 1997, 248). Sin embargo, por un lado, es el vínculo entre individuo y sociedad el que está justamente en cuestión en la mayoría de las teorías sociológicas contemporáneas, y ese cuestionamiento es precisamente una de las razones por las que el neo-republicanismo niega la posibilidad de participación directa en la soberanía en las sociedades actuales. Por otro lado, la llamada mano intangible se vincula en el planteo de Pettit con una concepción de los individuos y la sociedad en la que “los individuos honorables están destinados en la mayoría de los casos a ser los que obtienen reconocimiento social” (1997, 280) y –se puede deducir– a ocupar posiciones relevantes. Ésta es una concepción idealista de la condición humana y de la política que no se corresponde con los desarrollos de la filosofía política moderna, empezando por Maquiavelo, ni con las explicaciones contemporáneas sobre el funcionamiento efectivo de los sistemas políticos y de los mecanismos que determinan ganadores y perdedores en esos sistemas.

Finalmente, Pettit sostiene que su planteo sobre la necesidad de la virtud cívica lo diferencia del liberalismo, y que la civilidad que propugna es congruente con la virtud cívica del republicanismo clásico. Pero, en primer lugar, el autor no demuestra que en el desarrollo del

pensamiento liberal no se haya tenido en cuenta la necesidad de normas cívicas que den sustento al sistema legal. El problema es qué tipo de civilidad genera y presupone cada sistema. En este sentido no queda claro en el planteo de Pettit por qué el esquema institucional que propone –que, como se sostiene en el siguiente apartado, no se diferencia del sistema de frenos y contrapesos y de delegación de poder que caracteriza a la Constitución norteamericana– debería generar una cultura cívica similar a la postulada por la tradición republicana, que estaba basada en la participación política. En segundo lugar, un aspecto que no sólo es distinto, sino incompatible, tanto con el constitucionalismo liberal como con la tradición republicana, es su planteo sobre la necesidad de que exista confianza en la virtud de las autoridades públicas en quienes se delega el ejercicio del poder. Por una parte, el esquema constitucional de frenos y contrapesos defendido por los autores de *El federalista* estaba justificado precisamente por su creencia en la imposibilidad de confiar en la virtud de las autoridades como sustento del nuevo régimen. Por otra parte, según Pettit, la necesidad de que exista confianza en la virtud de las autoridades públicas en quienes se delega el ejercicio del poder no es contradictoria con la idea de vigilancia permanente presente en el pensamiento republicano como requisito para la no dominación. Pero en el republicanismo clásico, no era la confianza en las autoridades, sino la pasión relacionada con la participación en la vida pública lo que caracterizaba la virtud cívica, y esto no era de ningún modo contradictorio con la idea de control permanente de las actividades de gobierno, a través de la participación en la soberanía. Pettit no demuestra de manera lógica por qué la existencia de confianza sería compatible con la necesidad de un control continuo.

De esta manera, “la visión de una sociedad en la que reinan la civilidad y la confianza” (Pettit 1997, 270) es una visión voluntarista, basada en una concepción de la condición humana y de la política que no se corresponde con ni con la concepción de Maquiavelo ni con la de los teóricos de la constitución norteamericana. En este sentido, no es una visión que se deduzca lógicamente del sistema institucional propuesto por Pettit, ya que no está demostrado en su planteo el mecanismo que genera virtud a partir de las instituciones que propone, que por otro lado no son instituciones pensadas con base en la idea de confianza que propugna el autor.

El siguiente apartado se propone demostrar que no sólo el planteo teórico de Pettit es muy similar al liberalismo, como se ha intentado mostrar en esta sección, sino que, de manera consistente con su perspectiva teórica, la propuesta del autor en términos institucionales y de prácticas políticas para las sociedades contemporáneas tampoco difiere del orden liberal.

II. El modelo de gobierno propuesto por Pettit. Similitudes con el constitucionalismo liberal e implicancias para el régimen democrático y el diseño de instituciones legales.

Pettit construye su propuesta institucional a partir de la idea de que la participación democrática no es posible en el mundo actual (1997, 81). De esta manera, su esquema de gobierno republicano intenta dar una respuesta a las condiciones de las sociedades contemporáneas sin incluir el requisito contemplado en toda la tradición republicana de que para asegurar la libertad es necesario algún tipo de participación directa en la soberanía. En este sentido, sostiene que “al explorar los requisitos de la no-dominación, debemos naturalmente romper con el elitismo de los republicanos tradicionales y asumir que nuestras propuestas deben tener un alcance universal” (Pettit 1997, 96), y agrega que es necesario asumir la idea moderna, compartida con el liberalismo de autores como Bentham y Paley, de que “todos los seres humanos son iguales, y de que cualquier ideal político plausible debe ser un ideal para todos (*Ibid.*).

En efecto, el principio de participación política en la tradición republicana, mantenido inclusive por Skinner, plantea un desafío para el diseño de instituciones en las sociedades modernas. Por una parte, existe el problema del elitismo y la dificultad, señalada por Kerber (1988) de lograr participación sin exclusión. Por otra parte, en estas sociedades existe el problema de la distancia entre los individuos, que dificulta un tipo de relación que podía darse en comunidades pequeñas, y que permitía las prácticas republicanas participativas. Pettit elude este desafío al eliminar de su propuesta el requerimiento de participación directa en la soberanía, y en este sentido el neo-republicanismo que propone puede representar “una filosofía con la que podemos vivir y de acuerdo a

la cual podemos actuar” (Pettit 1997, 130), pero no es sustancialmente distinta del liberalismo.

Congruentemente con su planteo teórico, Pettit sostiene que los instrumentos de control democrático no son la clave del buen gobierno, como sí lo son para lo que llama la versión “populista” del republicanismo inspirada principalmente por Arendt, que subraya la democracia directa (1997, 8). Según Pettit, la visión adecuada del republicanismo “ve a la gente, tanto individual como colectivamente, como los delegadores y al Estado como el fideicomisario”, mientras que la visión populista ve a “la gente como amo y al Estado como sirviente” (1997, 8-9).

Pettit subraya el peligro de la tiranía de las mayorías, como lo hicieron los forjadores de la Constitución norteamericana y sostiene que la libertad republicana es protegida y definida por un sistema de leyes, y que la única forma de participación es mediante contestación de las políticas gubernamentales. Desde su perspectiva, la libertad como no-dominación “sustenta una concepción de la democracia bajo la cual la contestación toma el lugar dado al consentimiento” (1997, ix). Debido al tipo de mecanismos previstos en su modelo democrático, ha sido señalado “el pesimismo de Pettit acerca de los aspectos de auto-restricción de las instituciones de la democracia competitiva” (Ferejohn 2001, 93). En este sentido puede identificarse en su propuesta institucional un énfasis en los mecanismos de rendición de cuentas horizontal o internos al gobierno, en detrimento de los controles propiamente políticos que caracterizan a la rendición de cuentas vertical, sea electoral o social.

El modelo institucional propuesto por Pettit se basa, por un lado, en limitaciones constitucionales, como medio para hacer que los instrumentos de gobierno sean lo menos manipulables posible, y por otro lado, en lo que el autor denomina controles democráticos, que consisten básicamente en la contestación o disputabilidad de los actos de gobierno. Con relación a los límites constitucionales, las principales condiciones que señala para contrarrestar la dominación o arbitrariedad están relacionadas con el sistema legal, y son, a) el imperio de la ley o Estado de derecho b) la dispersión del poder, a través de la descentralización, separación de poderes, bicameralismo; c) la resistencia a la voluntad de las mayorías, a través de instituciones y mecanismos contramayoritarios, principalmente el reconocimiento de limitaciones

constitucionales sobre la ley y la introducción de una carta de derechos.

En cuanto a la dispersión de los poderes legales, Pettit señala que existe una diferencia fundamental entre la justificación republicana y populista de la división de poderes, ya que la preocupación republicana fundamental es evitar la arbitrariedad del poder, y por tanto no considera necesaria ni deseable una división funcional estricta de los poderes, siempre que el poder esté efectivamente disperso. Los llamados por Pettit “populistas”, en su preocupación por evitar que la ley sea definida por quienes no representan al pueblo, porque no han sido electos por él, rechazan cualquier interferencia en el Poder Legislativo, ya sea por parte del Ejecutivo o del Poder Judicial.

Con respecto a la perspectiva de Pettit sobre la democracia, y a su discusión con lo que denomina la visión “populista” del republicanismo, puede señalarse que la idea sostenida por el autor con respecto a que la gente delega el poder en el Estado, que funciona como fideicomisario, es una concepción liberal sobre el régimen democrático, basada en la relación agente-principal, que ha sido desarrollada principalmente por la teoría económica de la firma y aplicada a la ciencia política. En la base de este planteo se encuentra una concepción contractualista del régimen democrático. Pettit no explica por qué ésta es la visión adecuada sobre la democracia republicana, ni en qué sentido es una concepción diferente a la perspectiva del liberalismo.

Por otra parte, esta concepción, unida a la desconfianza de Pettit respecto de los procedimientos propiamente políticos de la democracia, conduce a un modelo de concentración de poder, en el que tienen preeminencia los mecanismos contra-mayoritarios y los controles internos al gobierno. En este sentido, se ha señalado que el constitucionalismo que defiende Pettit es el plasmado en la Constitución norteamericana. Este modelo es el que adoptaron la mayoría de los países latinoamericanos, y que actualmente se encuentra en expansión (Ackerman, 2000). Es decir, que el esquema constitucional que propone Pettit no es una alternativa distinta frente a los sistemas institucionales vigentes, propios del constitucionalismo liberal.

Con respecto a la dificultad de lograr participación sin exclusión, el intento por revivir la tradición republicana debe asumir, como lo hace Pettit, el hecho de que en las sociedades democráticas contemporáneas uno de los principios e ideales básicos es la igualdad de todos los ciu-

dadanos. En este sentido, el neo-republicanismo no puede plantear, por ejemplo, una deliberación pública en la cual puedan participar sólo determinados individuos o grupos calificados para hacerlo. Sin embargo, una perspectiva neo-republicana que acepte este hecho y reconozca esta dificultad, debería proponer una innovación en los mecanismos institucionales existentes si pretende ser una alternativa al liberalismo. Pettit, al plantear una solución a este dilema a través de la sujeción a un sistema constitucional, no ofrece tal alternativa a las democracias liberales constitucionales.

Con relación a los mecanismos institucionales para garantizar la no-dominación, Pettit no explica cómo se cumpliría la condición de que las instituciones, a fin de garantizar la libertad republicana sean diseñadas teniendo en cuenta los intereses de quienes están sujetos a las mismas. En particular, al eliminar de su modelo la participación política, el autor no explica el mecanismo por el cual las leyes serían no-dominantes, no explica el mecanismo ni para la formación originaria de esas leyes ni para el mantenimiento del control sobre su aplicación. El único control popular que prevé es a través de la contestación.

Con relación al punto anterior, el autor sostiene que existen dos grandes estrategias para promover la no-dominación, “por un lado, la estrategia del poder recíproco y, por otro lado, la estrategia de la provisión constitucional” (Pettit 1997, 67). Con respecto al primer mecanismo, Pettit define los “poderes recíprocos” como un ejercicio descentralizado e individual, por el cual cada uno tiene recursos para resistir a la interferencia (*Ibid.*, 93-95). Sin embargo, en estudios recientes sobre los factores políticos que conducen al Estado de derecho y la democracia se subraya, por un lado, la necesidad de lograr coordinación en la acción de los ciudadanos para que puedan influir en estos procesos y se concibe el vínculo entre las instituciones estatales y la sociedad civil como una relación más dinámica y permanente (Holmes, 2003; O’Donnell, 2002; Weingast, 1997), no sólo como un control *ex-post* de los actos de gobierno, como propone Pettit a través del mecanismo de contestación. Con respecto al segundo mecanismo, basado en la estructura constitucional del gobierno, se puede observar que las autoridades constitucionales y las provisiones constitucionales, pueden volverse coercitivas.

Como se ha sostenido repetidamente, la dimensión de control popular del gobierno está muy disminuida en el planteo de Pettit, que privi-

legia los controles internos al gobierno. En este sentido, el mecanismo de contestación –que reemplaza desde su perspectiva al consentimiento, considerado convencionalmente como un requisito característico de la tradición republicana–, puede ser considerado como insuficiente para garantizar que los intereses de los ciudadanos estén contemplados en los actos de gobierno, ya que, como se ha señalado, es un recurso que se ejerce con posterioridad a los hechos. Por otro lado, los mecanismos previstos para la contestación, desde el revocamiento de mandatos hasta las agencias de defensa de los consumidores, son también un aspecto del liberalismo, plasmado en sus instituciones actuales. En este sentido, Pettit tampoco ofrece una propuesta institucional alternativa o innovadora.

Como consecuencia de lo señalado, se puede sostener que Pettit no ofrece argumentos sólidos que permitan distinguir de qué manera los postulados e instituciones republicanos se superponen y se diferencian de los principios y mecanismos de las democracias constitucionales existentes. Un ejercicio útil en una obra como la de Pettit sería mostrar cuáles son las múltiples coincidencias de su propuesta con los sistemas vigentes, y a partir de esa constatación, señalar las diferencias de su planteo con respecto a estos regímenes, si las hubiere. Para poder presentarse como una alternativa al sistema político de las democracias liberales contemporáneas, el neo-republicanismo debería explicar, en primer lugar, por qué las instituciones liberales no garantizan la libertad como no-dominación, la falta de interferencia arbitraria. Al no hacerlo, la propuesta de Pettit no se presenta como un planteo diferente al liberalismo contemporáneo, sino como uno que promueve el buen funcionamiento de las instituciones de la democracia liberal.

Conclusión

Pettit presenta una interpretación del republicanismo que lleva al extremo la idea desarrollada por el trabajo revisionista de Skinner respecto de que la participación popular en la soberanía no es el aspecto central de la tradición republicana. De esta manera, el planteo del autor permite eludir el problema de si el republicanismo es viable en sociedades de masas y con aspiraciones igualitarias. Sin embargo, el problema es que al asumir que la condición de participación política no

es realizable, ni es teóricamente esencial al republicanismo, ni la teoría sobre la libertad republicana ni el esquema de gobierno resultante son distintos a la teoría o al orden político propuestos por el liberalismo.

Por otra parte, en el esfuerzo realizado por Pettit para distinguir su propuesta del liberalismo, no queda claro contra qué liberales contemporáneos está discutiendo, ni contra qué orden está presentando su alternativa institucional. Pettit se propone formular una teoría y un modelo de instituciones diferente del modelo liberal, y en particular, un modelo que garantice cierto tipo de libertad. Sin embargo, en primer lugar, no queda demostrado en su planteo que el liberalismo contemporáneo no considere la no-dominación como un requisito para la libertad. En segundo lugar, no explica cuál es la diferencia entre la concepción sobre la relación entre ley y libertad en el republicanismo y en la obra autores representativos de la tradición liberal, tales como Locke, Rawls, e inclusive Hayek. Finalmente, no explica por qué las democracias liberales no aseguran el principio de no-dominación, y cuáles son las diferencias prácticas que presenta el neo-republicanismo frente a estas democracias.

El republicanismo planteado por Pettit puede ser más plausible en términos de sus posibilidades de aplicación a sociedades contemporáneas que otras propuestas alternativas al liberalismo, pero en realidad esto es a costa de que no implica una diferencia fundamental. Al centrarse en una variante de la libertad negativa y abandonar el principio de participación política, el ordenamiento político presentado por el autor no brinda elementos que permitan proponer alternativas institucionales frente a los problemas que no encuentran solución bajo un esquema democrático liberal. Frente al trabajo de Pettit surge la pregunta de si, dadas las condiciones de las sociedades actuales, el republicanismo sigue siendo una alternativa válida, y en ese caso, ¿cómo evitar que el republicanismo se diluya, identificándose con el liberalismo?

Bibliografía

- Ackerman, Bruce (2000), "The Nueva Separation of Powers", *Harvard Law Review*, núm. 113, enero.
- Arendt, Hannah (1958), *The Human Condition*, Chicago, University of Chicago Press.
- _____ (1968), "What Is Freedom?", en *Between Past and Future, Eight Exercises in Political Thought*, Nueva York, Viking Press.
- Berlin, Isaiah (1969), *Four Essays on Liberty*, Nueva York, Oxford University Press.
- Boesche, Roger (1998), "Thinking about Freedom", *Political Theory*, vol. 26, núm. 6, diciembre.
- Boyer, Alain (2001), "On the Modern Relevance of Old Republicanism", *The Monist*, vol. 84, núm. 1, enero.
- Brennan, Geoffrey y Alan Hamlin (2001), "Republican Liberty and Resilience", *The Monist*, vol. 84, núm. 1, enero.
- Brown, Vivienne (2001), "Self-government, The Master Trope of Republican Liberty", *The Monist*, vol. 84, núm. 1, enero.
- Christman, John (1998), "Republicanism. A Theory of Freedom and Government", *Ethics*, vol. 109, núm. 1, octubre.
- Colish, Marcia (1971), "The Idea of Liberty in Machiavelli", *Journal of the History of Ideas*, vol. 32.
- Constant, Benjamin (1988), *Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Ferejohn, John (2001), "Pettit's Republic", *The Monist*, vol. 84, núm. 1, enero.
- Harrington, James (1992), *The Commonwealth of Oceana and A System of Politics*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Hayek, Friedrich (1960), *The Constitution of Liberty*, Londres, Routledge and Kegan Paul.
- Holmes, Stephen (2003), "Lineages of the Rule of Law", en Maravall y Przeworski, eds., *Democracy and the Rule of Law*, Nueva York, Cambridge University Press.
- Kerber, Linda (1988), "Making Republicanism Useful", *The Yale Law Journal*, vol. 97, núm. 8, julio.

- Larmore, Charles (2001), "A Critique of Philip Pettit's Republicanism", *Noûs*, vol. 35, Supplement, *Philosophical Issues*, núm. 11.
- Lovett, Francis (2001), "Domination, A Preliminary Analysis", *The Monist*, vol. 84, núm. 1, enero.
- Maquiavelo, Nicolo (1987), *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Madrid, Alianza.
- McCormick Jonh (2001), "Machiavellian Democracy, Controlling Elites with Ferocious Populism", *American Political Science Review*, vol. 95, núm. 2, junio.
- Michelman, Frank (1988), "Law's Republic", *The Yale Law Journal*, vol. 97, núm. 8, julio.
- O'Donnell, Guillermo (2002), "Acerca de varias *accountabilities* y sus interrelaciones", en Catalina Smulovitz & Enrique Peruzzotti, *Controlando la Política, Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas.
- Patten, Alan (1996), "The Republican Critique of Liberalism", *British Journal of Political Science*, vol. 26, núm. 1, enero.
- Pettit, Phillip (2002), "Keeping Republican Freedom Simple, On a Difference with Quentin Skinner", *Political Theory*, vol. 30, núm. 3, junio.
- _____ (1998), "Reworking Sandel's Republicanism", *Journal of Philosophy*, vol. 95, núm. 2 (Feb., 1998),.
- _____ (1997), *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press.
- _____ (1996), "Freedom as Antipower", *Ethics*, vol. 106, núm. 3, abril.
- Pocock, J. G. A. (1975), *The Machiavellian Moment, Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, NJ, Princeton University Press.
- Rattan, Gurpreet (2001), "Prospects for a Contemporary Republicanism", *The Monist*, vol. 84, núm. 1, enero.
- Rawls, John (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass, The Belknap Press of Harvard University Press.
- Sandel, Michael (1999), "Republicanism and Liberalism, Friends or Foes? A Reply to Richard Dagger", *The Review of Politics*, vol. 61, núm. 1, primavera.
- _____ (1984), "The Procedural Republic and the Unencumbered Self", *Political Theory*, vol. 12, núm. 1, febrero.

Skinner, Quentin (1998), *Liberty before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press.

_____ (1983), "Machiavelli on the Maintenance of Liberty", *Politics*, núm. 18.

Smulovitz, Catalina y Enrique Peruzzotti (2002), "Introducción", en Catalina Smulovitz y Enrique Peruzzotti, *Controlando la política, ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas*, Buenos Aires, Temas.

Sunstein, Cass (1988), "Beyond the Republican Revival", *The Yale Law Journal*, vol. 97, núm. 8, julio.

Terchek, Donald (1997), *Republican Paradoxes and Liberal Anxieties, Retrieving Neglected Fragments of Political Theory*, Lanham, Rowman & Littlefield.

Viroli, Maurizio (2002), *Republicanism*, Nueva York, Hill and Wang.

Weingast, Barry (1997), "The Political Foundations of Democracy and the Rule of Law", *American Political Science Review*, 91, 2.

Recepción: 23/08/2007

Aceptación: 14/01/2008

POR QUÉ UNA CONCEPCIÓN RESTRICTIVA DE LA RAZÓN PÚBLICA VIOLA LA NEUTRALIDAD ESTATAL: UNA CRÍTICA INTERNA AL LIBERALISMO POLÍTICO

*Julio C. Montero**

Resumen

La tesis central de este artículo es que la concepción de la razón pública propuesta por John Rawls, incluso en su versión “inclusiva”, es demasiado restrictiva y viola el principio liberal de legitimidad y la tesis de la neutralidad del estado, que constituyen elementos centrales de la teoría política de Rawls y del liberalismo político en general. Finalmente, se propone una concepción alternativa de la razón pública liberal, centrada únicamente en un deber básico de civilidad, el deber de reciprocidad, a la que denominaré la concepción “abierta” de la razón pública.

Palabras Clave: Deber de civilidad, democracia deliberativa, legitimidad, neutralidad, razón pública.

Abstract

The central thesis of this article is that the conception of the public reason defended by Rawls, even in its “inclusive” version, is excessively restrictive and infringes the liberal principle of legitimacy and the idea that the state must remain neutral among the several comprehensive doctrines endorsed by its citizens. Finally, an alternative conception of the liberal public reason, which I call the “open conception”, is proposed. This conception is grounded only on a basic duty of civility, namely the duty of reciprocity.

Key Words: Duty of civility, deliberative democracy, legitimacy, neutrality, public reason.

De acuerdo con John Rawls, existen al menos dos concepciones rivales de la razón pública: una concepción “excluyente” y otra “inclusiva”. La diferencia entre ellas es que la concepción excluyente impone a los participantes del debate público político más restricciones que la inclusiva. En este artículo voy a sostener que aun la concepción

* University College London.

inclusiva de la razón pública, por la que Rawls parece inclinarse, es demasiado restrictiva y que viola el principio liberal de legitimidad y la tesis de la neutralidad del estado, que constituyen elementos centrales de la teoría política de Rawls y del liberalismo político en general.

Voy a comenzar ofreciendo en 1 una caracterización de la tesis liberal de la neutralidad estatal y de su relación con el principio liberal de legitimidad, así como de la idea de la razón pública. En 2 voy a exponer las concepciones excluyente e inclusiva de la razón pública y a ofrecer razones a favor de esta última, algunas de las cuales proceden del propio Rawls. En 3 voy a analizar esta concepción inclusiva y las restricciones que impone al debate público político. En 4 voy a argumentar que las restricciones fijadas por dicha concepción violan el principio liberal de legitimidad y la demanda de que el estado se mantenga neutral entre las distintas doctrinas comprensivas y concepciones del bien defendidas por sus ciudadanos. Finalmente, en 5, voy a proponer una concepción alternativa de la razón pública liberal, centrada únicamente sobre un deber básico de civilidad, el deber de reciprocidad, a la que denominaré la concepción “abierta” de la razón pública.

1. Una de las características distintivas del pensamiento liberal contemporáneo es la de defender la idea de que el Estado debe ser neutral respecto de la distintas concepciones del bien sostenidas por sus ciudadanos. Esta es precisamente la tesis que se encuentra a la base del liberalismo político de Rawls. Como explica Will Kymlicka, el tipo de neutralidad al que apunta la propuesta de Rawls es una neutralidad de justificación y no de resultados. Esto significa que el Estado no está obligado a promover por igual todos los ideales de buena vida de sus ciudadanos, sino a justificar sus políticas públicas en términos que resulten neutrales respecto de las diversas doctrinas comprensivas (Kymlicka, 1989, pp. 883-884). Esta exigencia se trasluce directamente en el principio liberal de legitimidad invocado por Rawls, según el cual el ejercicio del poder político “es apropiado y por tanto justificable sólo cuando es ejercido de acuerdo con una constitución cuya esencia todos los ciudadanos podría razonablemente esperarse que suscribieran a la luz de principios e ideales aceptables para ellos como razonables y racionales” (Rawls, 1996, p. 217).

El principio liberal de legitimidad constituye, a su vez, el elemento medular de la concepción deliberativa de la democracia que Rawls propone. En efecto, frente a las críticas provenientes del republicanis-

mo cívico, Rawls afirma enfáticamente que toda constitución permanece sujeta a la voluntad del soberano democrático, el cual, por vía de las sucesivas enmiendas y otros mecanismos legales puede proponer nuevas interpretaciones de los valores en ella contenidos. En este sentido, la idea de que los principios escogidos en la posición original tendrían que ser mantenidos “a perpetuidad” sería simplemente un recurso retórico destinado a resaltar que los acuerdos sobre justicia política no pueden ser cambiados a voluntad por los distintos grupos que componen una sociedad para beneficio de sus intereses sectoriales, sin que ello implique de ningún modo que la concepción de la justicia podría ser establecida “de una vez y para siempre”. Por el contrario, de acuerdo con Rawls, su concepción política se mantiene abierta a los debates que la ciudadanía lleva a cabo en la esfera de la sociedad civil, los cuales pueden culminar con la adopción de nuevas normas públicas, e incluso con la ratificación o modificación de la constitución (Rawls, 1995, pp. 104-105 y 111). Pero todos estos procesos así como las leyes surgidas de ellos deben respetar el principio liberal de legitimidad.

La discusión de las cuestiones políticas fundamentales, y el consiguiente intercambio de puntos de vista entre los ciudadanos, es, entonces, la piedra de toque de una democracia constitucional bien ordenada (Rawls, 2000, pp. 138-139 y 142 y 1996, p. 239). Sin embargo, dado que el resultado normal del uso público de la razón bajo instituciones libres es la existencia de una pluralidad de visiones morales, religiosas y filosóficas omniabarcativas que dividen a la opinión pública en aspectos muy importantes, Rawls sostiene que toda sociedad que aspire a gobernarse mediante la deliberación conjunta de la ciudadanía tendrá que recurrir a una cierta idea de la *razón pública*. De acuerdo con él, esta especie de razón es pública de tres maneras:

[a] como la razón de ciudadanos libres e iguales es la razón de lo público; [b] su tema es el bien común, concerniente a cuestiones fundamentales de justicia política, que son de dos tipos, los contenidos esenciales de la constitución y los asuntos de justicia básica; y [c] su naturaleza y contenido son públicos, al ser expresados en el razonamiento público por una familia de concepciones razonables de justicia política, razonablemente pensadas para satisfacer el criterio de reciprocidad (Rawls, 2000, p. 133).

Como se desprende del pasaje anterior, Rawls circunscribe los temas que son de incumbencia de la razón pública a aquellos que involucran a los ciudadanos en su calidad de personas libres e iguales. Estos temas abarcan la determinación de los derechos individuales fundamentales de la constitución y las cuestiones de justicia distributiva. A su vez, esta razón pública se aplica a un círculo restringido de actores que forman parte de lo que Rawls denomina el “foro político público”, al cual pertenecen los jueces al emitir sus fallos, principalmente los miembros de la Corte Suprema, los funcionarios públicos, tanto los que conforman el poder ejecutivo como los representantes parlamentarios, los candidatos de los diversos partidos políticos que aspiran a ocupar cargos públicos y sus jefes de campaña, y, finalmente, los ciudadanos cuando se ocupan de cuestiones que ponen en juego las cuestiones fundamentales de justicia política (Rawls, 2000, pp. 133-134 y 1996, p. 215).

2. Es claro que el ideal de la razón pública está diseñado para proporcionar una respuesta a la cuestión de cuáles son los límites morales que debemos respetar al participar del foro público en una sociedad democrática. Existen, *prima facie*, dos maneras alternativas de resolver esta cuestión. La primera alternativa es la concepción de la razón pública que Rawls denomina “excluyente”, la cual sostiene que la inclusión en la deliberación pública de consideraciones explícitamente formuladas en términos de doctrinas comprensivas resulta inaceptable. La segunda es la concepción denominada “inclusiva”. Esta concepción “permite a los ciudadanos, en determinadas situaciones, presentar lo que ellos ven como la base de los valores políticos arraigados en sus propias doctrinas comprensivas, a condición de que hagan esto en formas que fortalezcan la idea de la razón pública en sí misma” (Rawls, 1996, p. 247).

La pregunta, entonces, sería: ¿cuál de estas dos concepciones es la más adecuada para regular la deliberación democrática? Tal vez el más asiduo defensor de la concepción excluyente sea Osvaldo Guariglia, quien sostiene que los derechos a la libre expresión y a la libertad de asociación y de culto de ninguna manera permiten justificar la pretensión de que “las convicciones particulares”, los “dogmas” y los fines de las múltiples asociaciones privadas –iglesias, agrupaciones partidistas y religiosas, etcétera– sean postulados como propuestas a ser consideradas en el debate público (Guariglia, 2002, p. 154). De acuerdo con él, la necesidad de imponer las más severas restricciones al uso público de

la razón se debe a que cuando los ministros de los distintos cultos, o los dirigentes políticos que defienden determinada concepción del mundo y de la sociedad se dirigen a la ciudadanía como tal, “la ofenden en su calidad de personas libres e iguales al exhortarlas a proponerse ciertos fines o evitar otros, apelando a la autoridad de la Biblia, del Corán o del *Manifiesto comunista*” (Guariglia, 2002, p. 154).

Según señala Guariglia, la ventaja de este ideal extremo de la razón pública consiste en que eliminará inmediatamente de la arena política aquellas propuestas que conlleven alguna forma abierta o solapada de discriminación, lo cual, en su opinión, es fundamental para que se respete la igual dignidad de las personas en su calidad de ciudadanos (Guariglia, 2002, pp. 151-152).

Existen, sin embargo, buenas razones para inclinarse por la concepción inclusiva de la razón pública. En primer lugar, como Rawls mismo se ha encargado de resaltar, la concepción inclusiva “fomenta que los ciudadanos honren el ideal de la razón pública y asegura sus condiciones sociales en el largo plazo” (Rawls, 1996, p. 248). La idea de Rawls es que, frente a ciertas discrepancias fundamentales, personas que suscriben a puntos de vista opuestos podrían albergar dudas respecto del compromiso de sus conciudadanos con los valores políticos fundamentales de una sociedad democrática. Ante tal escenario, permitir que los líderes de dichos movimientos expongan en el foro público las conexiones existentes entre los valores centrales de la cultura pública compartida y sus propias doctrinas ayudaría a reforzar la cohesión social y la estabilidad, mostrándole a personas que suscriben visiones antagónicas que, a pesar de sus divergencias, coinciden en los mismos valores políticos básicos (Rawls, 1996, pp. 248-249).

En segundo lugar, es razonable pensar que la versión inclusiva de la razón pública tenderá a promover la tolerancia (Solum, 1994, pp. 224-225). En esta dirección, Lawrence Solum afirma que, mientras la concepción excluyente conduce a adoptar un deber de “intolerancia limitada”, en virtud del cual estamos obligados a rechazar las intervenciones públicas de los demás cuando éstas contengan referencias a razones privadas, la concepción inclusiva impone, en cambio, el deber de escuchar respetuosamente las justificaciones de origen religioso, filosófico o moral que los ciudadanos proporcionan como sustento de los valores compartidos, siempre que éstas propongan al mismo tiempo una justificación para sus propuestas que se mantenga dentro de ciertos

contornos claramente estipulados a los que voy a referirme en breve. Por ello, según Solum, la concepción inclusiva de la razón pública es la que “parecería realizar mejor el trabajo de fomentar la virtud cívica de la tolerancia y por consiguiente, indirectamente, el de respaldar el deber de civilidad” entre los ciudadanos (Solum, 1994, p. 225).

Finalmente, la concepción inclusiva parece facilitar el objetivo central del liberalismo político de transgredir el nivel de un mero *modus vivendi* entre posturas antagónicas y lograr que la concepción política de la justicia se articule profundamente con las diversas doctrinas comprensivas. En efecto, dicha articulación parece más sencilla de lograr si los participantes del debate democrático pueden exponer frente a sus conciudadanos dichas vinculaciones y, en parte, perfeccionarlas a la luz de la crítica y la discusión conjunta (Rawls, 1996, pp. 159).

3. Quiero detenerme ahora en la cuestión que sigue. Aun la concepción inclusiva de la razón pública, que, como hemos visto, presenta importantes ventajas respecto de una visión excluyente como la defendida por Guariglia, mantiene un carácter esencialmente *restrictivo* en relación con el tipo de posturas que pueden defenderse en el debate público. Dicho con otras palabras, lo que constituye el núcleo de la idea de la razón pública propuesta por Rawls en cualquiera de sus dos variantes son las limitaciones que impone a los ciudadanos que toman parte de la deliberación pública. En efecto, dado que la razón pública está orientada a la creación de normas y leyes que obliguen coercitivamente a ciudadanos libres e iguales, los cuales suscriben a doctrinas comprensivas divergentes, el principio liberal de legitimidad compele a todo aquel que quiera entrar al debate público a defender sus intereses utilizando razones que pueda “sinceramente” esperar que sean *razonablemente* aceptadas por el resto de la ciudadanía (Rawls, 2000, pp. 136-137; 1996, p. 217 y Guariglia, 2002, p. 155). Esto significa, para Rawls, que los jueces, los legisladores, los miembros del Poder Ejecutivo, y los ciudadanos cuando discuten cuestiones políticas esenciales, deben poder explicar a los demás las razones en virtud de las cuales adoptaron determinadas posiciones en términos que resulten aceptables para todos sus conciudadanos como libres e iguales. De este modo, el poder del Estado queda legitimado precisamente porque los ciudadanos podrían aprobar, puestos en el lugar del legislador, las mismas razones que éste invocó al sancionar las leyes (cp. Rawls, 2000, p. 135). En vistas de esta limitación, el contenido de la razón pública vie-

ne dado, en última instancia, por una “familia de concepciones *políticas* de la justicia”, las cuales deben satisfacer, según Rawls, las condiciones que siguen:

1) sus principios deben aplicarse solamente a las instituciones políticas y sociales básicas (la estructura básica de la sociedad);

2) debe ser plausible su presentación con independencia de cualquier tipo de doctrina comprensiva;

3) deben poder ser elaboradas a partir de ideas políticas fundamentales que puedan considerarse implícitas en la cultura política pública de un régimen constitucional, tales como las concepciones de los ciudadanos como personas libres e iguales, y de la sociedad como un sistema justo de cooperación;

4) deben cumplir con el requisito de *simplicidad*, el cual las vuelve aptas para la justificación pública de su corrección y para juzgar si las políticas estatales concretas pueden o no ser consideradas como casos de su aplicación (para esta reconstrucción, ver Rawls, 2000, p. 143 y 1996, p. 223).

A este primer grupo de restricciones se añaden otras, referidas a lo que Rawls denomina “líneas directrices de investigación”. Éstas especifican modos de razonar, criterios de relevancia para la información y reglas de evidencia. Como consecuencia, al justificar las decisiones concernientes a las cuestiones políticas fundamentales sólo debemos apelar “a creencias generales actualmente aceptadas, a formas de razonamiento propias del sentido común, y a métodos y conclusiones de la ciencia cuando éstos no son objeto de controversias” (Rawls, 1996, pp. 224-225).

Finalmente, Rawls termina de acotar la familia de concepciones que podrían configurar el contenido de la razón pública al añadir una tercera restricción según la cual dichas concepciones deben ser de naturaleza *liberal*. A pesar de que existen múltiples liberalismos según el modo en que se ordenen sus ideas básicas y valores fundamentales, todos ellos comparten, según Rawls, las siguientes características:

a) especifican una lista de derechos básicos, libertades y oportunidades, tales como aquellos que resultan familiares en los regímenes constitucionales;

b) asignan a estos derechos y libertades una “prioridad especial”, sobre todo en relación con las demandas derivadas del bien común y de valores perfeccionistas;

c) adoptan medidas que aseguran a todos los ciudadanos una dotación adecuada de aquellos *bienes instrumentales* que les permitan hacer un uso efectivo de sus libertades (cf. Rawls, 2000, p. 141 y 1996, p. 223).

Como producto de estas restricciones, aun bajo la interpretación inclusiva de la razón pública los ciudadanos están obligados por el deber de civilidad a dejar a un lado en la discusión de cuestiones políticas fundamentales una parte considerable de los argumentos y razones en base a los cuales han formado sus juicios y posiciones en la esfera de la opinión pública, para adoptar únicamente aquellos *módulos* de la discusión no restringida que se acomoden a una concepción liberal de la justicia. De esta manera, a pesar de que la lectura inclusiva de la razón pública posee un carácter ampliativo de las libertades de los ciudadanos y del tipo de razones que pueden introducir en la deliberación democrática, conserva, en el fondo, una naturaleza restrictiva. En esta línea, Thomas McCarthy afirma que la estrategia que Rawls adopta para asegurar la estabilidad conduce, en definitiva, a eliminar ciertas cuestiones de la agenda política “de una vez por todas”, o a declarar que dichas cuestiones “no son objetos propiamente dichos de discusión política” (McCarthy, 1997, pp. 56 y 59; Dryzek, 2002, p. 15; Knight y Johnson, 1999, pp. 286 y ss. y Rawls, 1996, pp. 150-151 y 183). La cuestión que, por tanto, deseo plantear, es la de si la exclusión de toda una gama de posturas, argumentos y razones del debate público, no implica una violación del principio liberal de legitimidad y de la tesis de la neutralidad del Estado.

4. ¿Por qué un ciudadano debería renunciar a introducir en el debate público ideas o propuestas que violaran las condiciones de justificación que estipula la concepción rawlsiana de la razón pública aun en su versión inclusiva? Naturalmente, una forma de responder a esto consiste en decir que en una sociedad signada por el hecho del pluralismo, en la que las personas poseen distintos credos religiosos y concepciones del bien, ninguna doctrina comprensiva o metafísica puede constituir la base de una concepción compartida de la justicia. (Rawls, 1985, p. 246, 1996, pp. 234 y 245. Ver también Garreta Leclercq, 2007, cap. 6). De este modo, concepciones generales como el marxismo, el utilitarismo y el kantismo, o teorías comprensivas como las de Dworkin y Raz, quedarían vedadas por el ideal de la razón pública. Pero esto no despeja la incógnita. En efecto, en una sociedad pluralista, un marxista, un

utilitarista, o un comunitarista podrían válidamente preguntar por qué deben renunciar a persuadir a los demás para que su visión se convierta en el fundamento mismo de la concepción de la justicia que regula la estructura básica de la sociedad y a adoptar las reglas de deliberación establecidas por el liberalismo político. Responder a esto diciendo que la razón para ello es que estas visiones quedan excluidas por su naturaleza privada, general o comprensiva implicaría sin duda incurrir en una circularidad argumentativa, ya que son los propios criterios de inclusión en el debate los que están en cuestión.

Una segunda alternativa sería sostener que las restricciones de entrada al debate público que Rawls fija se derivan necesariamente de su liberalismo político a un nivel más general. De este modo, toda persona que aceptara la concepción liberal rawlsiana debería aceptar necesariamente su concepción de la razón pública. Pero esto sería nuevamente una petición de principio. Pues la función de la razón pública es permitir a los ciudadanos revisar, discutir y modificar los elementos medulares de su visión compartida de la justicia política y los límites que se imponga al debate público tendrán un efecto crucial sobre la idea de justicia públicamente aceptada.

Existe una tercera respuesta para mi pregunta. Ésta consiste en sostener que el ideal de la razón pública propuesto por Rawls se deduce de ciertas ideas básicas ampliamente compartidas por los ciudadanos en una democracia constitucional moderna. En esta dirección Rawls dice:

¿Cómo podría la filosofía política encontrar una base compartida para resolver una cuestión tan fundamental como la de la familia de instituciones más adecuadas para asegurar la igualdad y la libertad democráticas? Quizá lo más que pueda hacerse es reducir el margen de desacuerdo. Aún así, incluso las concepciones profundamente sostenidas cambian gradualmente: ahora se acepta la tolerancia religiosa, y los argumentos a favor de la persecución ya no se profesan; de igual modo, la esclavitud, que causó nuestra guerra civil es rechazada como inherentemente injusta [...] Nosotros recolectamos convicciones tales como la creencia en la tolerancia religiosa y el rechazo de la esclavitud y tratamos de organizar las ideas y principios básicos implícitos en estas convicciones en una concepción política coherente de la justicia. Estas convicciones son puntos fijos provisionarios de los cuales parece razonable tener que dar cuenta. Empezamos, entonces, mirando a la cultura públi-

ca misma como la fuente compartida de ideas y principios básicos implícitamente compartidos (Rawls, 1996, p. 8).

La tesis de Rawls sería, pues, que en una sociedad democrática existe una cultura de lo público significativamente diferenciada que contiene ciertas “ideas intuitivas fundamentales” ampliamente compartidas a partir de las cuales se constituye una concepción pública de la justicia (Rawls, 1996, pp. 8-11, 13, 15, 38, 2004, p. 5, etc.) Sería de estas ideas básicas implícitamente compartidas por todos de las que se derivarían el ideal de la razón pública y sus restricciones.

Sin embargo, la pregunta persiste: ¿cuáles son las ideas básicas de nuestra cultura pública compartida? La cuestión de cuáles sean los valores que configuran la cultura política de las modernas democracias constitucionales parece en sí misma objeto de controversias, pues se refiere a tradiciones vivas que deben ser constantemente interpretadas. En efecto, ¿cómo es posible construir una concepción pública unificada y estable, que permita distinguir con seguridad aquellas posiciones y argumentos que pueden entrar a la arena política de aquellas otras que, en cambio, deben ser erradicadas de la deliberación, cuando las propias ideas y valores esenciales presentes en una sociedad democrática permanecen ellos mismos sujetos a interpretaciones y a agudas disputas? En este sentido, Rawls convertiría su propia interpretación del peso que ciertos valores tienen en las democracias actuales en la vara con la que debe medirse la permisibilidad de los argumentos y reivindicaciones en el foro político de una sociedad bien ordenada. Las restricciones propias de la razón pública constituyen, por cierto, un criterio normativo que los individuos están moralmente constreñidos a asumir *antes* de ingresar a la arena pública y que queda, en principio, más allá de su voluntad ciudadana (Dryzek, 2002, p. 15; Knight y Johnson, 1999, pp. 286 y ss.; McCarthy, p. 48, en especial nota 16, y Knight y Johnson, 1999, p. 285).

Dadas estas dificultades, una concepción abierta de la razón pública, que permita a los propios ciudadanos delimitar en el contexto del propio debate público las razones que pueden considerarse como públicas de las razones meramente privadas, parece ajustarse mejor al principio liberal de legitimidad y a la tesis de la neutralidad estatal. En esta dirección, Thomas McCarthy ha argumentado que es precisamente en aquellos aspectos que conciernen a los derechos, principios y valores

básicos en los que el uso público de la razón exige *transgredir* cualquier interpretación previamente establecida, de modo que, al proponer cambios estructurales, las diversas corrientes de crítica política y social puedan convencer a los demás ciudadanos de que existen buenas razones para que alteren sus juicios ya formados sobre cuestiones políticas fundamentales (McCarthy, 1997, p. 45; Dryzek, 2002, pp. 15-16). Es cierto que, como ya hemos indicado, la función que Rawls atribuye a la deliberación democrática es, justamente, la de *ajustar* los valores políticos contenidos en la constitución y en la cultura pública, proponiendo interpretaciones más *inclusivas* de éstos (Rawls, 1996, p. 238). A pesar de ello, conquistas tales como la ampliación del voto a la clase trabajadora durante el siglo XIX y el posterior surgimiento del Estado de Bienestar, la superación de la segregación racial, la creciente igualación entre los géneros en todos los aspectos, la incorporación de los derechos humanos de segunda y tercera generación a las cartas constitucionales de las democracias contemporáneas, y los recientes debates sobre la despenalización del aborto, el uso recreativo de drogas, y la unión civil entre personas de un mismo sexo son eventos que parecen haber cuestionado y conmocionado hasta lo más profundo la cultura pública de las sociedades occidentales. En efecto, lo que parece haber constituido el núcleo de los movimientos políticos y sociales que lograron construir modelos de democracia más inclusivos, más respetuosos de los derechos básicos, y más liberales, tales como los que conocemos en la actualidad, fue la constante y prolongada recusación de las interpretaciones dominantes de la cultura pública compartida en sus sociedades, generalmente realizada, en primera instancia, a través de una lucha por el reconocimiento a nivel de la sociedad civil. Transformaciones tan radicales como la superación de la discriminación racial o de género sólo pueden alcanzarse transgrediendo los límites del *mundo común* y las demarcaciones *naturalizadas* entre lo público y lo privado, e imponiendo en la agenda de debate aquellas cuestiones que supuestamente estaban fuera de discusión por constituir, en muchos casos, reivindicaciones que se juzgaban derivadas de doctrinas generales o controvertidas (Dryzek, 2002, pp. 87 y ss.; Benhabib, 1999, p. 82; Fraser, 1999, pp. 112 y ss. y Habermas, 1999, p. 257).

Por estas razones, considero que, del mismo modo en que el compromiso con la neutralidad constriñe al liberalismo a aplicar el principio de la tolerancia a la filosofía misma, éste lo obliga también a aplicar-

lo a la propia filosofía política y a asumir, por tanto, una concepción *abierta* de la razón pública, en la cual ninguna propuesta quede excluida del debate *a priori*. Por cierto, si no es posible determinar de manera no controvertida, o igualmente aceptable para todos, qué asuntos son compatibles con nuestra cultura pública compartida y qué asuntos no lo son, resulta mucho más recomendable no trazar ningún límite entre el razonamiento público permisible y el no permisible, que trazar entre ambos una frontera arbitraria (McCarthy, 1997, pp. 59-60). Precisamente por ello, considero que el principio liberal de legitimidad y el principio de la neutralidad del estado deberían conducirnos a una concepción de la razón pública que dejara en manos de los propios participantes la tarea de hallar o crear un fundamento común, sin fijar *restricciones de entrada* al debate, pues esto último convertiría al liberalismo político en una doctrina comprensiva más en la controversia.

5. Una buena cuestión para concluir este artículo es la de delimitar, al menos de modo general, las características que debería tener una concepción abierta de la razón pública que respetara la neutralidad de justificación y el principio liberal de legitimidad inherentes al liberalismo político. El rechazo de las restricciones que Rawls pretende imponer al uso público de la razón, ¿debería conducirnos a asumir lo que Solum denomina un principio de *laissez faire*, en virtud del cual toda postura tendría que ser *necesariamente* aceptada como pública? (Solum, 1994, p. 217). Puesto que el ideal de la razón pública está destinado a regular un debate que concluirá en la promulgación de normas que se aplicarán a personas libres e iguales con ideas diferentes sobre lo bueno, su núcleo conceptual parece estar inevitablemente constituido por un principio de justificación pública como el que sigue:

en la deliberación democrática, sólo pueden pretender validez las normas que estén respaldadas por consideraciones que resulten aceptables desde el punto de vista de las diferentes perspectivas evaluativas a las que suscriben ciudadanos que están dispuestos, a su vez, a buscar términos de cooperación que estén respaldados por consideraciones que los demás puedan aceptar (cf. Cohen, 1999, p. 417 y 2001, pp. 280-281).

Es claro que este principio, que garantizaría la neutralidad estatal, entendida como neutralidad de justificación, únicamente podría volverse operativo imponiendo a la ciudadanía un deber moral, comparable al

deber de civilidad. Siguiendo a A. Gutmann y D. Thompson, denominaré a este deber, *deber de reciprocidad*. Éste exige que

...en la deliberación democrática tanto los ciudadanos como los funcionarios de los tres poderes del Estado se muestren dispuestos a justificar sus propuestas relativas a leyes y políticas públicas en términos que puedan ser aceptados por ciudadanos que están dispuestos a proceder del mismo modo frente a los demás (cf. Gutmann y Thompson, 2000, p. 52 y Rawls, 2000, pp. 136-137).

La adopción de este deber requiere, naturalmente, que los ciudadanos dispongan de aquellas virtudes cívicas que les permitan mantener una actitud reflexiva respecto de las propuestas que defienden en la arena política, y, eventualmente, modificarlas, cuando las mismas enfrenten objeciones que no sean capaces de resolver exitosamente mediante razones que sean razonablemente aceptables para sus conciudadanos. Como consecuencia, incluso la concepción abierta de la razón pública que aquí estoy defendiendo presupone la existencia de una distinción entre las razones que pueden ser consideradas como públicas y las que son meramente privadas. Esta perspectiva no conduce, pues, al principio de *laissez faire* expuesto por Solum. Por cierto, aun cuando en una concepción de este tipo ninguna propuesta queda *prima facie* excluida de la discusión, el deber de reciprocidad nos permite distinguir entre un conflicto moral ordinario, en el que las partes intentan imponer sus puntos de vista facciosos o sectarios a los demás, y un desacuerdo auténticamente deliberativo, en el que, a pesar de las diferencias de puntos de vista, los ciudadanos honran el deber de reciprocidad e intentan hacer un uso conjunto de su razonamiento práctico a los efectos de acordar términos de cooperación mediante consideraciones que sean aceptables para todos.

Sin embargo, a diferencia de las concepciones que hemos llamado restrictivas, la concepción abierta parte de la idea de que la distinción entre razones públicas y privadas no puede ser trazada de antemano, sino que debe fijarse en el marco mismo de un debate en el que las partes se comprometan a respetar el deber de reciprocidad y al que puedan ingresar *a priori* todas las propuestas. Una formulación bastante concisa del modo en que funcionaría un uso abierto de la razón pública es la provista por Seyla Benhabib en el pasaje siguiente:

Consideremos asuntos como el aborto, la pornografía y la violencia doméstica. ¿Qué tipo de asuntos son? ¿Son cuestiones de justicia o cuestiones relativas a la buena vida? La distinción entre cuestiones de justicia y cuestiones relativas a la buena vida no puede ser decidida mediante ninguna geometría moral. Antes bien, es el proceso mismo de diálogo no restringido el que nos ayudará a definir la naturaleza de las cuestiones que estamos debatiendo. Todas aquellas cuestiones que los participantes de un debate público consideren de común acuerdo que no podrían ser universalizadas y sometidas a normas legales constituirán temas de la buena vida; las restantes serán cuestiones de justicia. Esto significa que los ciudadanos deben sentirse libres para introducir [...] “cualquier argumento moral dentro del foro político”. Pues únicamente después de que el diálogo haya sido abierto de manera tan radical podremos estar seguros de que hemos alcanzado un acuerdo en relación con la definición mutuamente aceptable del problema que tenemos por delante, y no algún consenso de compromiso que silenciará las preocupaciones de algunos miembros de la sociedad (Benhabib, 1999, pp. 82-83).

Mi argumento en este artículo puede resumirse del modo que sigue: las concepciones restrictivas de la razón pública violan el principio liberal de legitimidad y el principio de la neutralidad del estado. Estos principios, que exigen que las políticas fundamentales del estado sean justificadas en términos que todos los ciudadanos puedan aceptar como libres e iguales, son incompatibles con el establecimiento de restricciones de entrada al debate público que se asienten sobre una interpretación unilateral y controvertida de nuestra cultura pública compartida. Por el contrario, una concepción abierta de la razón pública, que permita una justificación realmente pública de las leyes adoptadas, parece acomodarse mejor a la idea de que el estado debe mantenerse neutral entre las diversas doctrinas comprensivas de sus ciudadanos y al principio liberal de legitimidad. Para concluir deseo enfatizar, empero, que esta concepción abierta conserva la idea central postulada por Rawls, pues, por una u otra vía, obliga moralmente a todos los miembros de una sociedad a que reconozcan a sus conciudadanos como personas que merecen un respeto igual, y, por tanto, a que respeten el principio liberal de legitimidad. Por ello, espero que el presente trabajo sea considerado como un aporte a la colosal tarea del liberalismo político y a su permanente búsqueda de coherencia interna, que ha sido, quizás, una de las preocupaciones centrales Rawls.

Bibliografía

- Benhabib, Seyla, “Models of Public Space: Hanna Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas”, en C. Calohun, ed., *Habermas and the Public Sphere*, Massachusetts, The Massachusetts Institute of Technology Press, 1999.
- Cohen, Joshua, “Procedure and Substance in Deliberative Democracy”, en J. Bohman y W. Rehg, eds., *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, Massachusetts, The Massachusetts Institute of Technology Press, 1999.
- Cohen, Joshua, “Democracia y libertad”, en J. Elster, ed., *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- Dryzek, John, *Deliberative Democracy and Beyond*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Fraser, Nancy, “Rethinking the Public Sphere: a Contribution to the Critic of Actually Existing Democracy”, en C. Calohun, ed., *Habermas and the Public Sphere*, Massachusetts, The Massachusetts Institute of Technology Press, 1999.
- Garreta Leclercq, Mariano, *Legitimidad política y neutralidad estatal: sobre los fundamentos del estado liberal*, Buenos Aires, Eudeba, 2007.
- Guariglia, Osvaldo, *Una ética para el siglo XXI: ética y derechos humanos en un mundo postmetafísico*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Gutmann, Amy y Denis Thompson, *Democracy and Disagreement*, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press, 2000.
- Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.
- Knight, Jack, y James Johnson, “What Sort of Equality Does Deliberative Democracy Require?”, en J. Bohman y W. Rehg, eds., *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, Massachusetts, The Massachusetts Institute of Technology Press, 1999.
- Kymlicka, Will, “Liberal Individualism and Liberal Neutrality”, *Ethics*, July 1989, pp. 883-905.
- Larmore, Brian, “The Moral Basis of Political Liberalism”, *The Journal of Philosophy*, vol. XCVI, 1999, pp. 599-611.

- McCarthy, Thomas, "Constructivismo y reconstructivismo kantianos: Rawls y Habermas en diálogo", en José Antonio Gimbernat, ed., *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*, Biblioteca Nueva, 1997.
- Rawls, John, "Reply to Habermas", en J. Rawls y J. Habermas, *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, Paidós, 1998.
- _____, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1996.
- _____, *The Law of Peoples with "The Idea of Public Reason Revisited"*, Massachusetts, Harvard University Press, 2000.
- _____, *La justicia como equidad: una reformulación*, Buenos Aires, Paidós, 2004.
- Solum, Lawrence, "Inclusive Public Reason", en *Pacific Philosophical Quarterly*, 75, 1994, pp. 217-231.
- Vidiella, Graciela, "La razón pública y la democracia deliberativa", *Phronesis: revista de filosofía y cultura democrática*, 10, 2003.

Recepción: 13/10/2007

Aceptación: 30/04/2008

CUANDO EL CONSENTIMIENTO NO IMPORTA. UN DEBER PARCIAL DE OBEDIENCIA AL DERECHO

*Josep M. Vilajosana**

Resumen

Las doctrinas que defienden el deber de obediencia al derecho consideran que este deber es *universal*: afecta a todos los individuos de un Estado. Quienes se oponen suelen considerar que *en ningún caso* tendríamos un deber de obediencia al derecho. En este trabajo se sostiene que hay un espacio intermedio entre ambas posiciones. Las posiciones voluntaristas sirven para justificar ese deber respecto a quienes dan su consentimiento expreso al Estado. El grueso de este trabajo, sin embargo, se centra en las posibilidades que presentan algunas doctrinas no voluntaristas (utilitarismo, autoridad como servicio, deber institucional y deber natural). Veremos que de todas ellas se pueden extraer buenos argumentos para considerar que, *para algunos individuos o respecto a determinadas cuestiones*, es posible fundar el deber de obediencia al derecho.

Palabras clave: Obediencia al derecho, deberes, voluntarismo, utilitarismo.

Abstract

The doctrines that defend the duty of obedience to the law consider that this duty is *universal*: it affects the individuals of a State in all of them. That one who opposes to it usually considers that *under no circumstances* we would have a duty of obedience to the law. In this work, the author holds that there is a space in the middle of both positions. The voluntarist positions are useful to justifying this duty with respect to those persons who give the State their express consent. The thickness of this work, however, focuses on the possibilities that present some non voluntarist doctrines (utilitarianism, authority as a service, institutional duty and natural duty). We will see that of all them they appear good arguments in order to consider that, *for some individuals or with respect to determinate questions*, it is possible to justify the duty of obedience to the law.

Keywords: Obedience to the Law, duties, voluntarism, utilitarianism.

La aspiración de las doctrinas que intentan justificar el deber de obediencia al Derecho es la de aportar buenas razones para con-

* Universidad Pompeu Fabra.

siderar que tal deber es de carácter *universal*, es decir, que afecta a todos los individuos adultos y mentalmente sanos que se hallan bajo la autoridad de un determinado Estado.¹

Expresada esta aspiración en esos términos, cabe oponerse a ella de dos modos distintos. Una manera sería la utilizada, por ejemplo, por el anarquismo filosófico, según el cual *en ningún caso* tendríamos un deber de obediencia al Derecho, puesto que los seres humanos tenemos el deber de ser autónomos, con lo cual no podemos aceptar un deber de obedecer las normas de una autoridad heterónoma (Wolff, 1970). Otra forma, consistiría en aceptar que *únicamente en algunos casos*, las razones aportadas por aquellas doctrinas permiten justificar el deber de obediencia, bien sea en relación con algunas personas, bien sea en relación con determinados contenidos normativos. Si esto es así, entonces, hay un espacio intermedio entre las doctrinas que pretenden la justificación del deber universal y el anarquismo. Este trabajo explora este espacio intermedio, a través del análisis de algunas posiciones no voluntaristas.

Son conocidas las dificultades que deben afrontar las doctrinas voluntaristas, que se caracterizan por entender que el consentimiento de los afectados por las normas jurídicas es lo único relevante para que exista una obligación de obedecer el Derecho. Cuando se hace hincapié en que esas obligaciones deben ser *voluntariamente* asumidas por *todos* siempre se corre el mismo riesgo: que haya alguien que no haya prestado ni esté dispuesto a prestar su consentimiento sea éste expreso, tácito o hipotético (Vilajosana, 2007: 128-133). Ahora bien, de ello no cabe inferir que el consentimiento no juega ningún papel en la justificación de la obligación de obedecer al Derecho. De hecho, muchas personas prestan ese consentimiento informado (por ejemplo, los jueces). En tales casos, existe una buena razón para considerar que estos sujetos quedan vinculados por esa obligación.

Si las teorías que ponen el acento en la necesidad del consentimiento tienen problemas para justificar una obligación universal de obediencia, y si no parece convincente la defensa del anarquismo (véase Edmundson, 1998), entonces no queda más remedio que explorar las posibilidades de las teorías no voluntaristas.

¹ Aunque a veces se distingue entre 'obligación' y 'deber', aquí emplearé ambos términos de manera indistinta. También usaré como sinónimas las expresiones 'deber de obediencia' y 'obligación política'.

Una teoría es no voluntarista si sostiene que los principios que justifican el deber de obediencia son independientes de la elección o voluntad de los destinatarios de las normas. Hay diversas concepciones no voluntaristas. En lo que sigue analizaré en primer lugar dos teorías que pueden ser denominadas instrumentalistas en el sentido de que para ambas lo importante a estos efectos es si con el deber de obediencia se obtiene algún tipo de ventaja. Estas teorías se pueden identificar con el utilitarismo y con quienes defienden que la autoridad se justifica porque presta un servicio. Más tarde tomaré en cuenta algunas doctrinas que tienen que ver con la defensa del deber de obediencia por la posición que ocupan los ciudadanos en una sociedad. Terminaré este breve recorrido tomando en consideración algunas teorías que rechazan tanto el consentimiento, como el rol de la persona en la sociedad como fuentes de la obligación política. Son las defensoras de la obligación política en términos de deber natural, bien sea porque éste derive del Derecho natural o bien sea porque se infiera del deber de apoyar instituciones justas.

1. Doctrinas instrumentalistas

1.1. El argumento utilitarista

El utilitarismo es una de las doctrinas que sostienen que las acciones no son buenas o malas por sí mismas (como sostendrían las llamadas doctrinas morales deontológicas), sino que lo son en relación con sus consecuencias, por lo que son llamadas doctrinas consecuencialistas. Los autores utilitaristas tratan de justificar el deber de obediencia en términos de los medios que sirven para alcanzar algún objetivo. Este objetivo se considerará valioso debido al principio de utilidad, según el cual se debe maximizar la felicidad o la utilidad general. Las palabras de Bentham al respecto son muy elocuentes de esta posición: «Los súbditos deben obedecer a los reyes [...] en la medida en que los males probables de obedecer sean menores que los males probables de resistirse a obedecer» (Bentham, 1776: 56).

Aunque hay una gran variedad de utilitarismos (de actos o de reglas, por ejemplo), existen varias críticas que se pueden hacer a cualquiera de sus versiones. Una de las críticas filosóficas más potentes consiste

en tomar conciencia de la imposibilidad de saber cuáles son todas las consecuencias de un determinado acto o de una determinada regla. La realización de un acto implica la modificación del estado de cosas del mundo, modificación que a su vez es causa de modificaciones ulteriores y así hasta el infinito. Es imposible tener en cuenta a todas ellas. Ahora bien, si dijéramos que sólo algunas de esas consecuencias se deben tener en cuenta, entonces necesitaríamos un *criterio de relevancia* para distinguir las consecuencias relevantes de las que no lo son. Si un acto realizado en un momento t_1 tiene las consecuencias C1 y C2 en el momento t_2 y éstas a su vez originan en un momento t_3 las consecuencias C3, C4, C5, ¿Cuáles van a ser las consecuencias relevantes, las relativas al momento t_2 , o al momento t_3 , o la suma de ambos conjuntos? Esta indeterminación de las consecuencias de un acto (o de una regla) es un problema para el utilitarismo, puesto que hasta que no hemos determinado el conjunto de consecuencias que vamos a tener en cuenta, no nos podemos pronunciar acerca de si un determinado acto (o regla) ha incrementado la utilidad general o no.

Otras posibles críticas tienen que ver con consecuencias contraintuitivas de esta teoría. Así, si resulta que el balance de las consecuencias (determinadas de algún modo) fuera positivo, se podría estar justificando moralmente, por ejemplo, la tortura de un individuo o incluso el castigo de un inocente, es decir, se estaría justificando moralmente la instrumentalización de las personas, algo vetado por el imperativo categórico kantiano (Kant: 1785).

Esto no significa que la visión utilitarista no resulte atractiva en algún punto. Parece algo razonable pensar que si se tiene que justificar la obediencia al Derecho, ésta debe ir vinculada de algún modo a que las normas jurídicas generen algún bienestar entre la población afectada. Además, el hecho de que desde una posición utilitarista no se entre a juzgar la bondad o maldad de los distintos planes de vida que tengan los individuos ofrece una imagen de neutralidad y de adecuación a sociedades pluralistas como las que vivimos, que puede hacer que encaje en visiones liberales y no fundamentalistas de la sociedad. De todos modos, no podemos desconocer los graves inconvenientes mencionados, por lo que tal vez quepa buscar otras alternativas que tomando al Estado como instrumento al servicio de las personas intenten no caer en ellos.

1.2. La autoridad como servicio

El utilitarismo es una forma instrumental de justificar la obediencia al Derecho. Pero hay, al menos, otra forma de intentar justificar instrumentalmente la autoridad, como medio para ayudar a que las personas terminen haciendo lo que deben.

Según Raz, la autoridad realiza un servicio en la medida que los destinatarios de las normas cumplen mejor con las razones subyacentes de las mismas guiándose por las directrices de la autoridad que por la propia deliberación sobre las razones aplicables a un caso determinado (Raz, 1979). De lo cual este autor infiere lo que ha denominado la *tesis de la justificación normal*: las autoridades son legítimas sólo si sus normas nos permiten actuar de acuerdo con las razones que han de guiar nuestras acciones de mejor forma o de una manera más acertada que lo que podríamos conseguir sin ellas. Si nosotros reconocemos autoridad a alguien es que estamos dispuestos a tomar las normas que dicte como razones que desplazan nuestro juicio o balance de razones. Por ejemplo, los individuos ya tienen razones para dar una parte equitativa de sus recursos para contribuir al bien común. Las autoridades simplemente les ayudan a cumplir con esas razones al establecer un sistema eficiente y justo de impuestos. Lo mismo ocurriría en otros ámbitos. Los ciudadanos de un país tendrían buenas razones para defender a sus compatriotas de ataques externos. De nuevo, las autoridades les ayudan a realizar esta defensa de una manera más eficaz con el establecimiento de un ejército.

Aunque pueda guardar cierto parecido con el utilitarismo de reglas, la tesis defendida por Raz no es utilitarista. A diferencia del utilitarismo, que se caracteriza por perseguir una finalidad definida (la maximización de la utilidad general), la idea de la autoridad como servicio no se compromete acerca del tipo de razones que son relevantes, ni sobre el objetivo que se deba alcanzar.

Las autoridades legítimas ayudan a los destinatarios de las normas a hacer lo que ellos ya tenían buenas razones para hacer. No obstante, para entender esta tesis es preciso destacar que lo que en ella se dice no es de aplicación a supuestos en los que sea más importante para los sujetos decidir por sí mismos que decidir correctamente. Se podría pensar en el ejemplo de las elecciones políticas. Puede ser que un ciudadano yerre con su voto, al dárselo a una formación política claramente peor

que otras, pero eso no sería una razón para invalidarlo, ya que solemos considerar que la virtud de las elecciones en democracia no es tanto elegir correctamente como elegir.

1.2.1. Alcance del argumento

En favor de la tesis de Raz hay que considerar que, en los supuestos en los que quepa tomar decisiones informadas acerca de determinados asuntos, los legisladores y el gobierno, por ejemplo, pueden tener una mayor información que el resto de los ciudadanos y puede ser razonable que éstos suspendan el juicio confiando en que aquéllos le prestarán un servicio mejor del que podrían obtener por su propios medios.

Pero esto no tiene por qué ser siempre así. Puede darse el caso que para ciertas decisiones del mismo tipo que las anteriores, es decir, en las que estén en juego cuestiones técnicas, un conjunto de expertos en la materia esté en mejores condiciones de tomar la decisión correcta que quienes ostentan el poder en un determinado Estado. Algo así ocurre con los problemas medioambientales. Muchos Estados se han mostrado reacios a tomar en consideración la opinión mejor informada de los expertos.

Por otro lado, cabe pensar en supuestos en los que el fondo del asunto sobre el que haya que decidir no sea de naturaleza técnica sino moral. El entrar en guerra contra otro país no parece ser una cuestión puramente técnica. En estos casos, no se puede apelar a expertos en materia moral y de todos modos, en el supuesto improbable de que existan, hay pocas posibilidades de hallarlos entre las autoridades políticas. ¿Consideraremos justificado en estas cuestiones dejarse llevar por la decisión que tomen los gobernantes? ¿Tendremos el deber de obedecerlos porque nos prestan un buen servicio?

Estos supuestos pueden hacernos reflexionar críticamente acerca de la posición de Raz, pero no necesariamente para abandonarla, sino tan sólo para redimensionar su alcance. En los casos en que o bien hay personas que son más expertos en la materia que los gobernantes o bien las cuestiones que hay que tratar son directamente morales, hay problemas para aplicar su tesis. En otros supuestos, en cambio, la tesis puede encajar de manera razonable. Por ejemplo, en casos que tienen que ver con ciertos problemas de interacción.

1.2.2. Problemas de interacción

Entre los cometidos de todo sistema jurídico se encuentra el de resolver problemas de interacción. Aquí el término «interacción» debe ser entendido en el sentido de que ninguna elección de un curso de acción puede realizarse racionalmente sin tomar en cuenta la dependencia del resultado sobre las expectativas recíprocas de los participantes (Ullmann-Margalit, 1977: 7).

Algunas normas jurídicas pueden ser vistas como soluciones a problemas que surgen a partir de ciertas situaciones de interacción. En concreto, las normas jurídicas pueden ayudar a solventar el llamado dilema del prisionero, la dificultad en la generación de bienes públicos y los problemas de coordinación (Moreso y Vilajosana, 2004: 34-38).

El problema que se da con estructuras de la forma del dilema del prisionero es que al actuar racionalmente de acuerdo con el propio interés, varias personas llegan a un resultado ineficiente, por cuanto existe un resultado alternativo que haría que todas estuvieran mejor. Existen muchas situaciones que obedecen a esta estructura. Por ejemplo, el mantenimiento de las promesas que constituye la base de todo el Derecho contractual. Frente a la disyuntiva entre mantener o romper las promesas es posible que el camino que indique el auto interés sea el de incumplirlas esperando que los demás las cumplan. El problema es que cada uno de los demás pensará lo mismo, con lo cual se acabará imponiendo la estrategia de incumplir las promesas, siendo esta solución claramente ineficiente, ya que todos terminarán perjudicados. Las normas jurídicas pueden romper este resultado ineficiente, al establecer sanciones para quienes no cumplan con sus promesas. La autoridad en estos casos cumple un servicio.

Existen supuestos también muy frecuentes que dan lugar a estructuras de interacción parecidas al dilema del prisionero, pero que se diferencian de éste en el sentido de que la falta de cooperación de algunos no necesariamente lleva a que todos se perjudiquen. Estos son los casos en que aparece la figura del *free rider*. El *free rider* o gorrón es aquel que se beneficia de la cooperación de los demás sin aportar su parte. Este es el caso de quien contamina el medio ambiente pero se beneficia de que muchos otros no lo hagan, o de quien no paga impuestos mientras utiliza los servicios públicos de educación o sanidad pagados con los impuestos de los demás. En general, es un problema que tiende

a surgir en la generación y mantenimiento de los denominados *bienes públicos*. La característica definitoria de este tipo de bienes es que, a diferencia de los bienes privados (como libros o vestidos), son indivisibles, en el sentido de que una vez generados no es posible excluir a nadie de su disfrute (con independencia de que haya o no contribuido a su generación). Son ejemplos de bienes públicos el alumbrado de las calles o el sistema de defensa de un país. En estos casos, las normas jurídicas pueden contribuir a que se generen y mantengan los bienes públicos (que todos utilizan) obligando a la cooperación de todos. Es decir, en estos supuestos es de interés de todos los participantes aceptar algún tipo de coerción, a través de sanciones jurídicas, siempre que todos los demás estén bajo el mismo sistema de coerción.

Por último, los problemas de coordinación surgen a partir de una interdependencia de decisiones y, por tanto de expectativas, cuyo rasgo distintivo es que los intereses de las partes coinciden. Además, la falta de cooperación en estos supuestos no se da porque cada agente tema que el otro no cooperará (como ocurre en el caso del dilema del prisionero), sino porque hay varias alternativas diferentes de cooperación, frente a las cuales todos son básicamente indiferentes, sin saber cuál es la que va a adoptar el otro. Muchas situaciones de la vida cotidiana obedecen a este esquema. Por ejemplo, la alternativa que se da entre circular por la izquierda o por la derecha de la calzada. En estos casos, a falta de convenciones firmemente establecidas, las normas jurídicas también pueden solventar el problema, al obligar a circular por uno de los sentidos. Resulta indiferente cuál de los dos sea; lo importante es que todos tomen el mismo.

Los ejemplos citados bastarán para poner de relieve que las normas jurídicas prestan claramente un servicio, en el sentido que se definió anteriormente, cuando ayudan a solventar problemas de interacción. En los casos de dilema del prisionero y en la creación de bienes públicos, contribuyendo a modificar las preferencias de los individuos. En los supuestos de problemas de coordinación, ayudando a asegurar expectativas. En ambas situaciones, los individuos tienen una razón poderosa para obedecer a la autoridad, es decir, para tomar sus normas como razones que excluyen el propio balance. Por tanto, podemos concluir que si la autoridad es capaz de crear o mantener esquemas valiosos de cooperación social como los que se acaban de describir, puede estar justi-

ficada la obediencia al Derecho, aun cuando de no existir éste, los destinatarios de las normas hubieran hecho elecciones distintas.

En definitiva, esta posición parece justificar de manera razonable la obediencia a ciertas normas en ciertas situaciones, pero tampoco parece ser suficiente como para fundar un deber general de obediencia. Se hace preciso, por tanto, seguir buscando otras opciones.

2. Deber institucional

2.1. Rasgos característicos

Los deberes institucionales son aquellos que una persona tiene en virtud del rol o papel que juega dentro de una determinada institución. Por ejemplo, en la institución familiar una madre puede tener una serie de deberes respecto de su hijo, que se justifican por el simple hecho de ocupar ese papel y de entender cómo funciona la institución. Toda institución se define a través de una serie de normas. Así, la madre de la que hablamos podría tener deberes como persona, deberes como madre y deberes como ciudadana de un Estado. Los primeros podrían considerarse en algún sentido «naturales», pero los dos restantes serían deberes institucionales: las normas que definen las instituciones de la familia o del Estado generan al mismo tiempo obligaciones. El deber de obediencia al Derecho sería, entonces, un deber institucional que recaer en los miembros de un Estado en cuanto tales.

Quienes defienden que la obligación política consiste en un deber institucional tienen en común su antivoluntarismo. La tesis voluntarista sostiene que nuestras obligaciones políticas pueden surgir únicamente a partir de nuestras elecciones voluntarias. También sostienen los voluntaristas que la mayoría de nosotros tiene de hecho obligaciones políticas, nacidas precisamente de esos actos voluntarios de consentimiento. Pero los antivoluntaristas responden diciendo que las sociedades políticas reales en las que vivimos no son asociaciones voluntarias. No hemos elegido dónde nacemos, ni hemos elegido libremente participar en ellas ni ser sus miembros. Estas circunstancias hacen difícil justificar el deber de obediencia del Derecho basándose en la teoría del consentimiento. Quienes abogan por la idea del deber institucional dirán que lo anterior no debe preocuparnos, ya que muchos de los deberes que re-

conocemos tener sin problemas está claro que no han sido voluntariamente elegidos. Ello sucedería tanto con deberes generales (los que nos corresponden por el hecho de ser personas), como con los deberes especiales, que nos corresponden por el rol que ocupamos en la sociedad. Así, entre estos últimos encontramos nuestros deberes como miembros de una familia, como miembros de un grupo de amigos o como miembros de una pareja.

Las anteriores indicaciones llevan a hacer una analogía persistente en estos autores entre la obligación política y la obligación familiar. Podría decirse que la experiencia que tenemos de nuestras obligaciones políticas es razonablemente similar después de todo a nuestras experiencias en el seno de una familia. En ambos casos, las obligaciones surgen de las relaciones sociales en las que normalmente nos hallamos, sin que quepa encontrar actos concretos de compromiso voluntario, y ambos casos contienen exigencias para mostrar una lealtad y un respeto especiales. Esta analogía mostraría que las obligaciones familiares y la obligación política son parecidas de una manera muy relevante, tanto en la generación como en el contenido de tales obligaciones. Sería este parecido relevante lo que justificaría este argumento por analogía (Dworkin, 1986: 195-96; Horton, 1992: 145-159; Gilbert, 1993: 122-128).

Otra rasgo característico de esta posición es sostener, de diferentes maneras pero con un núcleo común, la idea de que para que nuestras posiciones sobre la cuestión de la obligación política sean realistas tienen que encajar con el supuesto indiscutible de que existe en nuestras sociedades una experiencia moral compartida. Ésta es una crítica de nuevo a las posiciones voluntaristas, ya que éstas no reflejarían esta citada experiencia. La gente corriente no experimenta su vida política como voluntaria y, en cambio, experimenta muchos otros deberes de una manera no voluntaria (como el caso aludido de las obligaciones familiares). Es éste también un argumento que es posible utilizar contra el anarquismo filosófico. Esta última posición, a la que ya aludí anteriormente, fue utilizada sobre todo en la década de los 70 para oponerse a las teorías voluntaristas, justamente aludiendo al escaso realismo que mostraban como descripción de lo que era en realidad la vida política. Así, concluía el anarquismo afirmando que no existe una obligación política general puesto que todos los argumentos esgrimidos para justificarla tenían que enfrentar el problema de hacer compatible la au-

toridad estatal con la autonomía individual exigida por tal obligación. Pero si vemos las cosas desde la perspectiva del deber institucional, entonces parece que el realismo respecto a las creencias de la gente está de su lado y no del anarquismo.

Una consecuencia de afirmar que existe una experiencia moral compartida es que toda tesis que quiera justificar la obligación política tiene que dar cuenta del llamado «requisito de particularidad». Las obligaciones de los ciudadanos como tales son de carácter especial, contienen lealtad o compromiso respecto a la comunidad política en la que han nacido o en la que residen. Los deberes morales más generales que tienen contenido político como el deber de promover la justicia o la igualdad no podrían justificar nuestras obligaciones políticas, puesto que estas últimas exigen una vinculación con nuestra particular comunidad. El promover tales valores puede exigir el apoyo a otras comunidades, que no sean la nuestra. Esta es una crítica que se puede hacer a los defensores de la idea de la obligación política entendida como deber natural y que veremos más adelante.

Por último, la obligación política entendida como deber institucional implica la visión de que tal tipo de obligación se justifica internamente, que es tanto como decir que la práctica local (la constituida por determinados comportamientos desarrollados en una determinada comunidad) puede generar de manera independiente obligaciones morales. Esto se puede sostener como una tesis fuerte o como una tesis débil. En el sentido fuerte, esta tesis diría que para imponer genuinas obligaciones no es necesario ni que éstas sean voluntariamente aceptadas, ni consentidas, ni reconocidas, ni útiles, ni conformes con cualquier principio externo a las propias prácticas. En sentido débil, uno podría sostener que simplemente las prácticas locales determinan al menos el contenido específico de muchas obligaciones, es decir la conducta exigida, incluyendo el contenido de nuestras obligaciones políticas, aun cuando se requiera algún principio moral general y externo a la práctica si es que debemos estar obligados a aceptar o cumplir con las exigencias de la práctica local. Por ejemplo, el principio de utilidad podría indicarnos que debemos conformar nuestra conducta a los requisitos específicos de la práctica local.

Las características que acabamos de ver definen el espacio dentro del cual se pueden ofrecer argumentos a favor de la obligación política como deber institucional. Esta posición se construye, por supuesto, en

parte al excluir las opciones del voluntarismo, el anarquismo y las teorías del deber natural. Pero estas características compartidas por distintos autores requieren además algún argumento adicional para justificar esa visión. Algunos de estos argumentos los veremos a continuación, aunque debe quedar claro por todo lo dicho antes que a tales argumentos subyace la misma concepción de la obligación política como una exigencia moral especial, vinculada a una posición social, cuyo contenido está determinado por lo que las prácticas locales establezcan para quienes ocupen esa posición.

Puede haber distintas maneras de intentar fundamentar la tesis de que la obligación política es un deber institucional. Aquí me referiré sólo a dos de ellas. Una, basada en el concepto de compromiso común; la otra, que podemos identificar *grosso modo* con algunas de las teorías llamadas comunitaristas.

2.2. El compromiso común

Margaret Gilbert ha acuñado la expresión «compromiso común» (*joint commitment*) para dar cuenta de algunas actividades compartidas por los seres humanos en una comunidad determinada. Para que exista ese compromiso común los participantes tienen que expresar mutuamente de algún modo que tienen ese compromiso. La función principal de este tipo de compromisos es la de establecer un conjunto de derechos y obligaciones entre los participantes en esas actividades compartidas que establezcan un vínculo especial entre ellos. Es importante destacar que los compromisos de los que habla Gilbert pueden ser implícitos y no necesitan ser totalmente voluntarios (Gilbert, 1993).

Esta idea se aplicaría a la obligación política del siguiente modo. En la mayoría de países, los gobernados se describen a sí mismos como una especie de sujeto plural; así, por ejemplo, hablan de «los españoles» o «los franceses», y se refieren a su país como «nuestro país». Este lenguaje expresaría, según Gilbert, el compromiso común de todos ellos en relación con «su» comunidad política y ayudaría a explicar su experiencia moral compartida de sentir obligaciones de obediencia y apoyo especiales respecto de su comunidad o gobierno.

Esta posición resulta atractiva, ya que apunta a una idea intuitiva, como es el hecho de que efectivamente de algún modo los ciudadanos

de un mismo Estado pueden tener algún tipo de conciencia de que están embarcados en un proyecto común, como lo están, por ejemplo, los integrantes de una orquesta para que las piezas que interpretan suenen lo mejor posible. Sin embargo, también es una idea que se presta a ciertas críticas.

Para empezar, podría decirse que no hay que confundir que alguien sienta que tiene una obligación con el hecho de que realmente la tenga. El mero hecho de que los ciudadanos de un Estado hagan referencias continuas a «nuestro» país y tengan un vago sentimiento de deuda respecto a él, no debe llevar a la conclusión de que esos ciudadanos tienen de hecho obligaciones políticas, aunque realmente *crean* que las tienen. Esas creencias y sentimientos pueden estar tan mediatizados por confusiones, por ideas poco meditadas o por inducciones por parte de otros, que difícilmente podemos reconocerlos como fuentes de obligaciones.

A pesar de lo anterior, un defensor de la posición que estamos analizando podría responder diciendo que es indudable que cuando alguien muestra una cierta disposición a continuar en esa empresa común, es que de hecho está consintiendo tácitamente. Pero esta estrategia tendría que afrontar los consabidos problemas que presenta el consentimiento tácito (Hume, 1739-1740:105). Por lo que ahora interesa, bastará con decir que el estar dispuesto a seguir en una actividad de este tipo, aun bajo condiciones de conocimiento de todas las circunstancias relevantes para que no pueda hablarse de engaño (algo que difícilmente se puede dar en nuestras sociedades), no es lo mismo que consentir y no puede tener las mismas implicaciones normativas.

Alguien podría decir todavía que la obligación proviene no sólo del hecho de que uno continúa dentro de la actividad, sino por la razón de que genera *expectativas* en los demás, que éstos tienen derecho a ver cumplidas. Si con un grupo de amigos quedamos todos los sábados por la mañana para jugar a fútbol y es una actividad continuada, puede parecer razonable que si en un determinado momento decido no ir, los demás compañeros se sientan defraudados y entiendan que yo tenía una cierta obligación, basada en lo que la propia Gilbert denomina «comprensión tácita» entre los amigos. En estos casos, efectivamente parece razonable suponer que hay obligaciones de los participantes, pero porque se trata de actividades basadas en un contacto personal, directo y continuado entre amigos, en las cuales es de suponer que se han dado

genuinas expresiones de compromiso común de seguir con el partido de fútbol semanal. Si en este ejemplo nos parece razonable que surjan obligaciones recíprocas, no es porque en él se generen simples expectativas, sino por el hecho de ser actividades con ciertas características, es decir, porque son actividades personales y directas.

Tomemos, en cambio, un ejemplo en el que, aunque se generen expectativas, las relaciones entre los implicados no sean personales y directas (el ejemplo lo tomo de Simmons, 1996: 258). Se cuenta que Kant era tan metódico y puntual en los paseos por su ciudad que las amas de casa ponían en hora sus relojes al paso del ilustre filósofo. Al caminar cada día a la misma hora por los mismos lugares, podría decirse que efectivamente los paseos de Kant generaron una razonable expectativa entre las amas de casa de Königsberg de que ellas podrían seguir poniendo cada día sus relojes en hora. ¿Quiere decir esto que Kant, transcurrido un cierto tiempo de sus ininterrumpidos paseos, había adquirido la obligación de seguir paseando a la misma hora? ¿Se puede sostener que si un día Kant decidía no salir a pasear, además de la frustración de expectativas generada, habría incumplido una obligación respecto a sus conciudadanas? No parece razonable. Y no lo es debido a que la relación de Kant con las amas de casa de Königsberg no era la especie de relación directa y personal que, en cambio, aparecía en el anterior ejemplo. Si esto es así, entonces puede afirmarse que los esfuerzos por extender un análisis que es apropiado sólo para ciertas clases de actividades compartidas, las que son directas y personales, a un análisis que cubra las actividades compartidas que son muy impersonales e indirectas, como la de los residentes en la misma comunidad política, tienen serias dificultades para lograr su objetivo.

En definitiva, esta primera estrategia, basada en el compromiso común, necesita una noción más fuerte de compromiso ciudadano para dar cuenta de la obligación política. Pero los hechos de la vida política real permiten, como mucho, una noción más débil del compromiso de los ciudadanos, que en cambio no explica en absoluto tal obligación. Por contra, si se insistiera en una noción más fuerte de compromiso se caería en una visión voluntarista de la sociedad política, cuyo rechazo es como sabemos una de las características básicas de estas concepciones.

2.3. La identidad social de las personas

Una segunda estrategia proviene de algunos autores comunitaristas, entendido el término «comunitarista» en un sentido amplio. Se podría concretar en dos tesis, la tesis de la identidad social del individuo y la tesis de la independencia normativa. Diré algo brevemente de cada una de ellas, para después calibrar si sus implicaciones son razonables.

La *tesis de la identidad social* del individuo podría resumirse así: algunas de nuestras obligaciones se justifican por el hecho de que negarlas implicaría negar nuestra identidad como seres constituidos socialmente. Lo que hace que alguien sea quien es, con sus valores y objetivos, tiene que ver, al menos en parte, con ciertos roles sociales que ocupa. Pero el hecho de ocupar tales roles implica conceptualmente tener ciertos deberes institucionales ligados a ellos. A los efectos que ahora interesan, se diría que el hecho de que mi identidad esté parcialmente constituida por mi rol como miembro de alguna comunidad política significa que mi identidad incluye estar sujeto a las obligaciones políticas de esa comunidad. De lo cual se infiere que si dejo de lado estas obligaciones en realidad estoy renunciando a parte de mi identidad. En palabras de MacIntyre: «la justificación racional de mis deberes, obligaciones y lealtades políticas estriba en que si me desprendiera de ellas ignorándolas o menospreciándolas, debería desprenderme de una parte de mí mismo, perdería una parte crucial de mi identidad» (MacIntyre, 1981: 56).

La *tesis de la independencia normativa*, por su parte, consiste en sostener que las prácticas sociales locales determinan de forma independiente exigencias morales. Mientras la tesis de la identidad intenta mostrar la incoherencia de negar las obligaciones políticas que están conectadas conceptualmente con lo que uno es, esta segunda tesis se refiere a la fuerza normativa de las reglas y prácticas sociales e institucionales locales bajo cuya influencia la identidad de uno se desarrolla. Existiría así una fuente de obligaciones políticas que no requeriría una justificación ulterior en términos de la utilidad de la institución o de su equidad o en términos del consentimiento prestado por los implicados.

¿Qué se puede decir frente a estas dos tesis? De nuevo, se impone empezar reconociendo algún contacto con ciertas intuiciones que tenemos. Efectivamente, parece sensato mantener que, de algún modo, la sociedad en la que vivimos y las prácticas en las que nos implica-

mos conforman nuestra identidad como personas. Ahora bien, ¿de este hecho podemos extraer las consecuencias anteriormente mencionadas respecto a la obligación política?

Pongamos un ejemplo. Pensemos en alguien que era un miembro del Ku Klux Klan. Ese individuo no puede negar de manera inteligible las obligaciones vinculadas por la práctica local a su rol. Pero seguramente coincidiremos en que el hecho de que fuera ininteligible que negara esas obligaciones y siguiera siendo miembro de esa organización, no genera ninguna obligación moral de quemar casas o linchar a personas por el color de su piel. Y ello es así aunque tales obligaciones estuvieran conectadas conceptualmente con el hecho de ser miembro del Ku Klux Klan. Alguien podría objetar, entonces, que simplemente esto ocurre porque la práctica local de la que estamos hablando es claramente inmoral y por tanto no puede generar obligaciones morales. Pero si esto es así, ¿qué añade la tesis de la identidad social al argumento? Si únicamente las prácticas locales que se ajustan a principios morales *externos* pueden dar lugar a obligaciones morales, entonces el hecho de que alguien se «desprenda» de obligaciones políticas perdiendo así una parte crucial de su identidad, resulta irrelevante desde el punto de vista moral. Es más, si la práctica en la que uno participa es inmoral, lo que dicta la moral justamente es no participar en ella, aunque ello conlleve la pérdida de parte de su identidad.

Si la tesis de la identidad social plantea problemas, queda por dilucidar la fuerza de la tesis de la independencia normativa. Sobre este punto cabe decir que esta tesis se sustenta en dos fundamentos, uno de filosofía general y otro relativo a una constatación empírica. El fundamento de filosofía general es la creencia de que el universalismo en teoría moral no es adecuado y que la moralidad para que pueda ser comprensible debe ser entendida de una manera más restringida, por ejemplo, culturalmente relativizada. Esta discusión está en el centro de las disputas contemporáneas en filosofía moral entre universalistas y particularistas o entre universalistas y relativistas, y es de una complejidad y alcance que su análisis debe dejarse para otra ocasión. Respecto a la constatación empírica, la posición que estoy comentando se basa en el hecho de que a menudo adscribimos a las personas deberes vinculados al rol que ocupan en la sociedad, sin hacer ulteriores referencias a principios morales universales. Como ha dicho algún autor, «a menudo basta indicar que un hombre es el padre de un chico para atribuirle

ciertas obligaciones respecto a su hijo. Es innecesario y engañoso buscar alguna justificación moral adicional para esas obligaciones» (Horton, 1992: 156). Sobre este punto sí que es posible decir algo aquí.

Si es cierto que a veces atribuimos obligaciones de la manera que recoge la cita anterior, no lo es menos que, como hemos indicado anteriormente, las prácticas locales pueden ser injustas, con lo que entonces parece que tenemos que ir en busca de principios morales externos a la práctica concreta. ¿Existe algún argumento para decidir a cuál de estas «constataciones empíricas» hay que dar mayor peso?

Aunque la respuesta merecería un mayor desarrollo, podemos concentrarnos en la idea de las obligaciones familiares, que nos resultan a todos muy próximas. Se puede estar de acuerdo en que el parentesco con alguien sea suficiente para adscribir ciertos derechos y obligaciones a los parientes sin necesidad de recurrir a principios morales externos. Ahora bien, también parece razonable pensar que no nos sentiremos cómodos adscribiendo *todas* las obligaciones asignadas por las prácticas locales a los parientes. No aceptaremos sin más *todos* los aspectos de las variadas prácticas de la vida familiar. Del hecho de que exista una práctica consolidada en algún lugar consistente en que los miembros femeninos de la familia se dedican enteramente a satisfacer los deseos del marido o padre, que es considerado el patriarca familiar, ¿inferiremos que esas esposas e hijas tienen la obligación de comportarse de esa manera, ya que ello satisface el rol que juegan en esa práctica? No parece que este tipo de inferencias sean razonables. Pero si no lo son, ¿dónde queda la constatación de que muchas veces atribuimos obligaciones vinculadas al rol, con independencia de otras consideraciones? Pensemos en los casos no dudosos en los que adscribimos a alguien este tipo de obligaciones. Su contenido sería, por ejemplo, el de la obligación de los padres respecto de los hijos de prestarles atención, cuidados y apoyo. Ahora bien, seguramente atribuimos a estas obligaciones estos contenidos por cuanto creemos que todos o casi todos los padres, en todas o casi todas las épocas han hecho esto con sus hijos. Pero esto es transformar estos deberes institucionales en algo parecido a los deberes naturales. Lo que nos confunde es que estos deberes naturales tienen el mismo contenido que el de algunos deberes familiares, asignados por algunas prácticas locales. A continuación exploraré la posibilidad de concebir la obligación política en términos de deberes naturales.

3. Deber natural

Entenderemos por deber natural el que surge por el mero hecho de ser persona, con independencia del consentimiento prestado, de la posición concreta que uno ocupe en la sociedad y de las consecuencias de nuestras acciones. Un ejemplo paradigmático de deber natural sería el de no dañar a otros, puesto que no se basa ni en el consentimiento que el obligado haya dado, ni en ninguna relación especial del obligado con respecto a la persona que no hay que dañar y porque existe con independencia de las consecuencias que la acción dañina pueda ocasionar. En lo que sigue haré referencia a dos posiciones que toman el deber de obediencia al Derecho como un deber natural. Por un lado, las doctrinas iusnaturalistas y, por otro, la que sostiene que existe un deber natural de apoyar las instituciones justas.

3.1. La doctrina iusnaturalista

De manera muy esquemática puede decirse que la tesis que comparten los autores iusnaturalistas, al menos los representantes del iusnaturalismo clásico, es que el Derecho positivo deriva de alguna manera de principios morales que serían universalmente válidos y cuyo contenido podría ser descubierto mediante razonamiento sobre la naturaleza humana. Estos principios, que conformarían el Derecho natural, por sí solos no podrían garantizar el mantenimiento de una sociedad bien organizada. Pero la existencia de una sociedad de este tipo es considerada como algo moralmente valioso. Por eso, se hace imprescindible una autoridad política que, primero, cree una serie de normas positivas que recojan y desarrollen aquellos principios, regulando cuestiones técnicas que no pueden deducirse de los principios y, segundo, haga cumplir mediante el uso de la coerción las normas creadas. De este modo, las normas de la autoridad política sólo serán obligatorias, aunque con distintos grados de exigencia dependiendo del autor y el caso, si representan el desarrollo de los principios que conforman el Derecho natural o, al menos, no los contradicen (Delgado Pinto, 1982).

Las corrientes iusnaturalistas han recibido numerosas críticas, centradas básicamente en la dificultad de establecer un contenido homogéneo de ese supuesto Derecho natural. Sin embargo, para el tema que

nos ocupa, puede resultar de un cierto interés indagar en la relación que establecen estas teorías entre la obediencia a la autoridad y el mantenimiento de una sociedad bien organizada, por cuanto parece introducir un elemento consecuencialista que se aleja de los postulados deontológicos que subyacen a estas doctrinas.

Según el iusnaturalismo clásico, las normas jurídicas son reglas para el *bien común*. Así lo dice claramente Tomás de Aquino al dar su definición de ley: «ordenación de la razón al bien común, promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad» (*Suma de Teología*: I-II, q. 90, a.4). Los seres humanos necesitan la autoridad tanto para coordinar actividades de cierta complejidad como para servir de guía a quienes sean ignorantes o tengan tendencias antisociales. La autoridad política es, entonces, una institución (natural) para promover el bien común. Puesto que los individuos tienen el deber de promover el bien común, entonces tienen el deber de apoyar a quienes ejercen la autoridad política y de obedecer sus normas. Este deber implica obedecer el Derecho, aun cuando no exista una razón independiente para hacer lo que el Derecho requiere (Finnis, 1980).

Llegados a este punto, surge una cuestión interesante: ¿tendremos el deber de obedecer una concreta norma jurídica que no contribuya a ese bien común? La respuesta más evidente es que no tendremos ese deber. Suele citarse como apoyo a esta respuesta la frase de Agustín de Hipona, según el cual la ley injusta no es ley. Como el hecho de no contribuir a ese bien común (o, para ser más precisos, el hecho de actuar contra el bien común) sería una de las razones, junto a otras, para considerar que una norma es injusta, entonces no existiría la obligación de obedecerla. Ahora bien, las cosas no son tan sencillas. Tomás de Aquino, que hace suyas las palabras de Agustín de Hipona, no supone que este tipo de normas sean ineficaces para conseguir otros propósitos laudables. En contraposición a las normas que vulneran lo que este autor denomina «ley divina», que en ninguna circunstancia generarían un deber de obediencia, en cambio una norma que sea contraria al bien humano –dice Tomás de Aquino– «no vincula en conciencia, *excepto quizás para prevenir escándalo o disturbios*» (*Suma de Teología*: I-II, q. 96, a.4). Por tanto, para este autor las normas pueden ser injustas por dos razones, por ser contrarias a la ley divina y por ser contrarias al bien común. En el primer caso, nunca existe un deber de obediencia, en el segundo depende de si con nuestra desobediencia generamos «es-

cándalo o disturbios». Este último inciso tal vez pueda proporcionarnos una respuesta más elaborada a la cuestión que antes he planteado.

Por eso, cabe abordar una cuestión más general. Si con nuestro incumplimiento de concretas normas injustas (entendidas sólo en el sentido de contrarias al bien común) podemos poner en riesgo una autoridad política que en general calificaríamos como justa (por ejemplo, porque la mayor parte de sus normas sí contribuye a ese bien común), ¿estaría justificado ese incumplimiento? Y, lo que constituye la otra cara de la moneda, si nos hallamos ante una norma concreta que promueve el bien común pero ha sido dictada por una autoridad política ilegítima, ¿tendremos el deber moral de obedecerla?

Aunque no está claro qué diría al respecto Tomás de Aquino, ni que todos los iusnaturalistas clásicos dieran las mismas respuestas a estas preguntas, un planteamiento coherente en relación con la descripción que aquí he hecho de sus tesis, podría desarrollarse como sigue.

Para empezar, habría que distinguir entre dos tipos distintos de normas en función de su vinculación respecto al mantenimiento de un determinado régimen político. En todo sistema jurídico encontraremos normas que *predominantemente* contribuyen al sostenimiento de un régimen determinado (sea éste justo o injusto) y otras que no tienen, al menos de manera directa, esta vinculación (Greenawalt, 1987: 192). En el primer grupo se podrían incluir, por ejemplo, las relativas al reconocimiento de los derechos humanos (característico de los regímenes justos) o a su vulneración (característico de los regímenes injustos). En el segundo grupo se incluirían las que resuelven problemas de interacción como los que vimos en su momento, o las que sancionan ciertos delitos, sanción que es necesaria para la convivencia. Piénsese que el gobierno realmente existente es el único que está en condiciones de resolver en un momento determinado problemas de coordinación a gran escala, como por ejemplo la ordenación del tráfico en un país. La particularidad que quiero destacar de las normas pertenecientes a este segundo grupo es que cualquier autoridad política, sea del signo que sea, si quiere comportarse como tal autoridad, no tiene más remedio que regular estas cuestiones de una manera eficaz (recuérdese, al respecto, la idea de autoridad como servicio).

Los iusnaturalistas podrían aceptar que estas últimas normas, por su contribución al bien común, generan un deber de obediencia, aunque sean promulgadas por un Estado injusto. En cambio, respecto a las nor-

mas del primer grupo, dada la vinculación mencionada entre su cumplimiento y el mantenimiento de un determinado régimen, las que contribuyan a perpetuar un régimen injusto no originarían el nacimiento de ese deber de obediencia, salvo que de no hacerlo se produzca «escándalo o disturbios». Por supuesto, la plausibilidad de esta respuesta radica en una premisa presupuesta: siempre es preferible moralmente que exista un Estado, aunque sea injusto (sólo como opuesto al bien común), a que no exista ningún Estado.

Podemos analizar más claramente las distintas situaciones posibles atendiendo a las características que he considerado relevantes (que las normas sean justas o injustas, estén vinculadas o no al mantenimiento de un determinado régimen y, cuando existe tal vinculación, que el régimen sea justo o injusto):

- a) Normas justas vinculadas al mantenimiento de un régimen justo.
- b) Normas injustas vinculadas al mantenimiento de un régimen injusto.
- c) Normas justas vinculadas al mantenimiento de un régimen injusto.
- d) Normas injustas vinculadas al mantenimiento de un régimen justo.
- e) Normas justas sin vinculación al mantenimiento de ningún régimen.
- f) Normas injustas sin vinculación al mantenimiento de ningún régimen.

Los casos a) y b) no presentan mayores problemas, ya que resulta claro que en el primero existe deber de obediencia y no así en el segundo. La solución propuesta en los casos e) y f) tampoco sería discutible, por cuanto el factor predominante en ellos, una vez descartada la característica de la vinculación, sería el que las normas sean justas o no: existirá un deber de obediencia en el primer caso y no en el segundo. El punto conflictivo estaría en los casos c) y d). Según lo dicho anteriormente, parecería que los iusnaturalistas deberían decidir que en el caso c) no existe un deber de obediencia, mientras que en el caso d) sí que existiría. Por tanto, en estos supuestos, el factor determinante no es la justicia de la norma sino la vinculación con el régimen. Sin embargo, la frase anteriormente citada de Tomás de Aquino da a entender que, con

independencia del tipo de régimen que se trate, las normas vinculadas al mantenimiento del Estado son siempre de obligado cumplimiento desde el punto de vista moral «para prevenir escándalo o disturbios». El caso más claro de alguien que ha sostenido esta posición tal vez sea el de Sócrates, el cual prefiere acatar la pena de muerte sabiendo que es injusta antes que desobedecer la ley. Sobre esta cuestión es interesante recordar que los defensores de la desobediencia civil tratan de hacer compatible la vulneración de determinadas normas, que se consideran injustas, no con el mantenimiento de cualquier Estado, sino con el que en general consideran legítimo (Garzón Valdés, 1981).

La que se ha reconstruido aquí es una posible solución a estas cuestiones, solución que tal vez sea coherente con los postulados del iusnaturalismo clásico. Pero no es la única manera posible de enfocarlas, ni siquiera dentro de las teorías que sostienen que el deber de obediencia al Derecho es un deber de tipo natural. Un buen ejemplo de ello es la tesis que analizaré a continuación.

3.2. El deber de obedecer un Estado justo

Algunos autores, (Rawls 1971; Waldron, 1993), han defendido que sólo puede justificarse un deber de obediencia al Derecho dentro de un régimen justo. Por ello califican al deber de obedecer el Derecho como un deber natural de apoyar aquellas instituciones justas que se nos aplican. En palabras de Rawls, «desde el punto de vista de la justicia como imparcialidad un deber natural básico es el deber de justicia. Este deber nos exige apoyar y obedecer a las instituciones justas existentes que nos son aplicables» (Rawls 1971: 138). Queda claro que una posición como ésta niega la relevancia que antes se ha otorgado a la posible vinculación de las normas incumplidas con el mantenimiento del régimen. Si el régimen es injusto, entonces no existe deber alguno de obedecer sus normas, estén éstas vinculadas o no con su mantenimiento.

Rawls, en un primer momento, consideró que el deber de obediencia al Derecho se podría justificar apelando al principio del juego limpio (Rawls, 1964; para una defensa de este tipo de justificación véase Hart, 1955). Sin embargo, después cambió de idea, al menos en cuanto al alcance general que antes le había dado. En su *Teoría de la justicia* mantiene que ese deber sólo se da respecto de aquellos ciudadanos

de gobiernos justos que tienen un cargo o que han satisfecho sus intereses por obra del gobierno. Excluye, pues, al grueso de la ciudadanía de tener una obligación de obedecer el Derecho, sobre la base de que, para la mayoría de las personas, recibir beneficios del gobierno no es algo que hagan voluntariamente, sino que es algo que simplemente les sucede (Rawls, 1971: 336-344). Sin embargo, no considera que lo anterior implique que la mayoría de los ciudadanos de un Estado razonablemente justo sea libre desde el punto de vista moral para desobedecer las normas jurídicas. Lo que sostiene es que todo aquel que es tratado por el Estado con razonable justicia tiene el deber natural de obedecer todas las leyes que no sean claramente injustas, sobre la base de que todos tienen un deber natural de apoyar y dar conformidad a las instituciones justas.

Para Rawls, pues, el deber natural de promover y apoyar instituciones justas es el fundamento moral general de la obediencia al Derecho. Como es sabido, según este autor, una sociedad es justa si se cumplen dos principios de justicia. Éstos, enunciados muy brevemente, nos vienen a decir que todos los bienes primarios sociales (libertad, oportunidades, ingresos, riqueza y los fundamentos de la auto estima) tienen que ser distribuidos de manera igualitaria, a menos que una distribución desigual de alguno de ellos o de todos resulte ventajosa para los menos favorecidos.

Dado que la justicia es un valor tan importante, parece razonable suponer que cada uno de nosotros tiene un deber natural de promoverla. Pero seguramente el problema más importante al que se enfrenta esta posición es que, aún admitiendo lo anterior, resulta difícil mostrar cómo ese ideal general de promover la justicia requiere un deber más concreto de obedecer las normas jurídicas de nuestro propio Estado. Este, como dije en su momento, es el problema del «requisito de particularidad» y que abordaré a continuación.

El requisito de particularidad consiste en la estipulación de que una adecuada justificación de la obligación política debe explicar el deber que una persona tiene de obedecer las leyes de su propio Estado *en particular*. Las justificaciones de la obligación política en términos de deber institucional tenían una respuesta obvia a esta demanda, ya que justamente dicha obligación nacía del hecho de ser ciudadanos de un determinado Estado. Pero si se defiende la obligación política como un deber natural, dado que éste no surge de ninguna vinculación espe-

cial, entonces la exigencia de particularidad requiere explicación. Aún así, se podría pensar que en realidad no existe tal problema. Bastaría con interpretar que el deber de promover la justicia requiere que apoyemos las *instituciones* justas, dado el indudable papel que juegan las instituciones, y entre ellas especialmente los Estados, en asegurar la justicia. Si a esta premisa se añadiera otra según la cual los Estados contemporáneos son instituciones justas (lo cual como mínimo es discutible), entonces la conclusión sería que debemos obedecer las leyes de nuestro Estado.

Sin embargo, las cosas no son tan fáciles. Quedarían todavía por responder algunas preguntas. En primer lugar, de todas las instituciones que aspiran a hacer del mundo un lugar más justo, ¿por qué tendríamos la obligación específica de apoyar instituciones *políticas* como son los Estados? En segundo lugar, asumiendo que debemos apoyar Estados, ¿por qué deberíamos cada uno de nosotros apoyar a nuestro propio Estado en particular? En tercer lugar, incluso si admitiéramos que tenemos el deber de apoyar a nuestro propio Estado, ¿por qué este apoyo tiene que tomar la forma de la obediencia a sus normas jurídicas?

Para comprender la dificultad de responder a estas preguntas por parte de quien defienda que el deber de obedecer al Derecho es un deber natural de justicia puede ponerse un ejemplo (lo tomo de Wellman, 2004: 100). Pensemos que una persona, llamémosle Claudia, decide dedicar su vida a ayudar a los demás. Estudia la carrera de Medicina y cuando la termina se va por su cuenta a un país subdesarrollado para ayudar con sus conocimientos a los más necesitados. Cura a niños enfermos, apoya a las familias con sus expertos consejos, etcétera. ¿Podría dudarse que Claudia está cumpliendo con el deber natural de contribuir en la medida de sus posibilidades a que este mundo sea más justo, incluso en mayor medida de lo que podemos hacer el resto cumpliendo con las normas de nuestro Estado? Ahora imaginemos que un buen día Claudia se da cuenta que su acción será más efectiva si presta su apoyo a una *institución* y elige enrolarse en una ONG como Médicos Sin Fronteras. ¿Ha hecho mal por elegir apoyar a esa institución y no, por ejemplo, las normas del Estado en el que desarrolla su misión? Al respecto, si se supone que el deber del que aquí se habla es el de apoyar instituciones políticas justas, ¿no cumpliría mejor obedeciendo las normas de otro Estado que fuera más justo que las del Estado en que se encuentra? Acabemos imaginando que salvamos estos obstáculos y

creemos que existe el deber de apoyar al Estado en el que se encuentra Claudia, ¿por qué no podría elegir ella de qué forma hacerlo en vez de verse obligada a cumplir las normas del mismo?

Éstas son algunas de las dificultades con las que se encuentran los defensores de esta posición. Pero hay otras relacionadas con el requisito de la particularidad. Se trata de dilucidar qué significa que debemos apoyar las instituciones justas «*que nos son aplicables*». Simmons, por ejemplo, ha constatado que existe una ambigüedad a la hora de considerar en este contexto la palabra «aplicable», lo cual conduciría según este autor a un dilema (Simmons, 1979: 148). Una institución es de aplicación a alguien en un sentido fuerte si uno libremente accede a ella. En cambio, una institución puede ser de aplicación a una persona en un sentido débil: simplemente en virtud de haber sido incluido por la institución que se trate en su campo de aplicación. Para este autor, las teorías que defienden el deber natural de justicia tendrían que optar por uno de estos sentidos, pero cada uno de ellos lleva a consecuencias no deseadas. Si eligen el sentido fuerte, reintroducen la necesidad de que se dé un consentimiento por parte de aquél a quien se le «aplica» la institución, con lo cual el fundamento de la obligación política sería voluntarista y no basado en un deber natural. Si por el contrario, eligen el sentido débil de «aplicable», tendrían que admitir que la institución de la que se trate imponga de manera unilateral obligaciones a las personas, lo cual parece implausible.

Para mostrar esto último imaginemos que en el ejemplo anterior, en vez de que Claudia eligiera voluntariamente entrar a formar parte de Médicos Sin Fronteras, esta organización la considerara de oficio miembro de ella y le reclamara el abono de las correspondientes cuotas. Admitiendo que dicha organización es justa y que pretende promover la justicia, ¿Claudia tendría un deber natural de pagar las cuotas? Llegados a este punto, cabe que las intuiciones de unos y otros diverjan. De todas maneras, al menos no puede decirse que resulta claro que en estos casos existiría el mencionado deber natural. Estas dudas, obvio es decirlo, se extenderían al deber natural de apoyar a nuestro Estado, suponiendo que sea justo.

4. Conclusiones

En este trabajo he realizado un breve recorrido por algunos de los argumentos más relevantes que se han ofrecido para considerar justificado el deber de obediencia al Derecho, dejando a un lado las posiciones voluntaristas.

Por razones distintas, ninguna de las teorías analizadas alcanza su objetivo, que es el de justificar un deber *universal* de obediencia al Derecho. Pero todas ellas tienen aspectos sugerentes y plausibles que se han puesto de manifiesto a lo largo de la exposición.

Por ello, aunque estos argumentos tomados por separado no logren demostrar convincentemente que existe un deber universal de obedecer al Derecho, cada uno de ellos tiene su porción de éxito en el intento, bien sea respecto a los sujetos de las normas, bien sea en relación con su contenido.

En cuanto a los sujetos, las posiciones voluntaristas tendrían su relevancia aunque parcial, ya que algunas personas dan su consentimiento expreso al Estado, como es el caso de quienes ocupan una posición especial dentro de su entramado (por ejemplo, miembros del Parlamento, del gobierno o de la judicatura).

En relación con el objeto que regulan las normas y en la medida que podamos considerar aceptable el argumento utilitarista o el de la autoridad como servicio, el deber de obediencia se haría extensivo a aquellos casos en los que indudablemente se incrementa la utilidad general, sin instrumentalizar a nadie, y a aquellos en los que la autoridad está en mejores condiciones para resolver problemas de racionalidad colectiva que los individuos por sí solos, como sucede con los problemas de interacción mencionados (dilema del prisionero, creación de bienes públicos y problemas de coordinación).

Por último, tal vez en aquellos casos relativos a los sujetos de la obligación política o al objeto de la materia regulada, en los que los anteriores argumentos no fueran suficientes, queda aún un espacio, con los límites que hemos visto en su momento, para justificaciones que tengan que ver con un deber institucional o un deber natural.

Bibliografía

Bentham, J., 1776, *A Fragment on Government*. Cambridge, Cambridge University Press, 1988. Traducción castellana, *Fragmento sobre el gobierno*. Madrid, Sarpe, 1985.

Delgado Pinto, J., 1982, *De nuevo sobre el derecho natural*. Salamanca, Universidad de Salamanca.

Dworkin, R., 1986, *Law's Empire*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

Edmunson, W., 1998, *Three Anarchical Fallacies*. Cambridge, Cambridge University Press.

Finnis, J., 1980, *Natural Law and Natural Rights*. Oxford, Oxford University Press. Traducción castellana de ORREGO, C., *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

Garzón Valdés, 1981, «El problema de la desobediencia civil», en *Derecho, ética y política*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 611-630.

Gilbert, M., 1993, «Group Membership and Political Obligation», *Monist*, 76, pp. 119-138.

Greenawalt, K., 1987, *Conflicts of Law and Morality*. Oxford, Oxford University Press.

Hart, H.L.A., 1955, «Are they natural rights?», *Philosophical Review*, vol. 64, pp. 175-191. Traducción castellana de E. L. Suárez, «¿Existen derechos naturales?», en Quinton, A. (ed.), *Filosofía política*. México, FCE, 1974, 84-105.

Horton, J., 1992, *Political Obligation*. Atlantic Highlands, N.J., Humanities.

Hume, D., 1739-1740, *Tratado de la naturaleza humana*. Traducción castellana de F. Duque, Madrid, Tecnos, 1988.

Kant, I., 1785, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, Espasa Calpe, 1983.

Macintyre, A., 1981, *After Virtue, A Study in Moral Theory*. Notre Dame, Ind., Notre Dame University Press.

Moreso, J. J. y Vilajosana, J. M., 2004, *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid/Barcelona, Marcial Pons.

Rawls, J., 1964, «Legal Obligation and the Duty of Fair Play», en Hook, S. (ed.), *Law and Philosophy, A Symposium*, 3-18. Nueva York, New York University Press.

—————, 1971, *A Theory of Justice*. Traducción castellana de M. D. Gonzalez, *Teoría de la justicia*. México, FCE, 1979.

Raz, J., 1979, *The Authority of Law*. Oxford, Oxford University Press. Traducción castellana de R. Tamayo, *La autoridad del derecho*. México, UNAM, 1982.

Robinson, P.H., 1988, «Hybrid Principles for the Distribution of Criminal Sanctions», *Northwestern University Law Review*, 82, 19-34.

Simmons, A.J., 1979, *Moral Principles and Political Obligations*. Princeton, N.J., Princeton University Press.

—————, 1996, «Associative Political Obligations», *Ethics*, vol. 106, nº 2, pp. 247-273.

Tomás de Aquino, *Suma de teología*. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1997 (2ª edición).

Ullmann-Margalit, E., 1977, *The Emergence of Norms*. Oxford, Clarendon Press.

Vilajosana, J. M., 2007, *Identificación y justificación del derecho*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons.

Waldron, 1993, «Special Ties and Natural Duties», *Philosophy and Public Affairs*, 22, pp. 3-30.

Wellman, C. H., 2004, «Political Obligation and the Particularity Requirement», *Legal Theory*, 10, pp. 97-115.

Wolff, R. P., 1970, *In Defense of Anarchism*. Nueva York, Harper & Row.

Recepción: 3/03/2008

Aceptación: 29/05/2008

REGLA DE CLAUSURA Y CONTINGENCIA DEL DERECHO: SOBRE EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA EXISTENCIA DE LAGUNAS NORMATIVAS

*Germán Sucar**

Resumen

El propósito del presente trabajo es defender la posibilidad de la existencia de lagunas normativas en un sistema jurídico en el marco teórico del juspositivismo. En él se indican las diferentes maneras en que la existencia de lagunas normativas podría intentar ser negada, analizándose críticamente, en particular, dos importantes argumentos esgrimidos por uno de los representantes más prominentes del positivismo jurídico: Hans Kelsen. Por una parte, el argumento que se apoya en el principio de prohibición y, por la otra, un argumento que Alchourrón y Bulygin entienden como una variante del primero, esto es, basado en el principio de prohibición interpretado a la luz de la noción de permisión débil, que en el presente trabajo se concibe como de distinta naturaleza, a saber, como sustentado en la postulación de la existencia (necesaria) de una regla de clausura en los sistemas jurídicos, lo cual da lugar a una forma novedosa de plantear y de evaluar el problema de la existencia de lagunas normativas. Se concluye que los argumentos considerados resultan impotentes para demostrar la imposibilidad de la existencia de lagunas normativas en un sistema jurídico, y que tal posibilidad es una consecuencia que se sigue de los postulados del positivismo.

Palabras clave: positivismo jurídico, lagunas normativas, regla de clausura.

Abstract

The aim of this paper is to defend the thesis of the possible existence of normative gaps in legal systems within the theoretical framework of legal positivism. Different arguments developed to deny this possibility will be presented and critically analyzed, especially two of them which were upheld by one of the most prominent representatives of legal positivism: Hans Kelsen. The first one is based on the principle of prohibition, and the second –which was considered by Alchourrón and Bulygin as a variant of the first, *i.e.*, an argument based on the principle of prohibition interpreted in the light of the notion of weak permission–, that here will be conceived of as different in nature, *i.e.*, based on the (necessary) existence of a closure rule in all legal systems, and thus introducing a novel approach to

* Investigador de la Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne

discuss the issue. It will be concluded not only that these arguments fail to disprove the possibility of normative gaps in legal systems, but also that this possibility is a consequence that necessarily follows from the very postulates of legal positivism.

Key words: legal positivism, legal gaps, closure rule.

1. Introducción

De acuerdo con el positivismo jurídico normativista, los enunciados jurídicos resultan verdaderos o falsos en virtud de lo que las normas que integran un sistema jurídico disponen con relación a ciertas conductas en determinados casos, lo que a su vez depende de la existencia o acaecimiento de ciertos hechos sociales (básicamente, la aceptación de criterios de pertenencia de normas a un sistema jurídico y de actos de promulgación y derogación o de normas consuetudinarias)¹. Tal doctrina postula, además, la objetividad del conocimien-

¹ Dado que la expresión “positivismo jurídico” es utilizada para hacer referencia a tesis de muy variada índole, resulta menester precisar su alcance (cf. Bobbio 1965 y Hart 1958). A tal efecto, la doctrina juspositivista puede ser definida sobre la base de la adopción de ciertas tesis específicas, a saber, la tesis de las fuentes sociales (la cual implica, a su vez, la tesis de la no conexión identificatoria y la tesis de los límites, y que es una cierta especificación de la tesis de la separación entre el derecho y la moral, es decir, del rechazo de *toda clase* de conexión necesaria entre el derecho y la moral) y la tesis de la neutralidad epistémica. De acuerdo con la **tesis de las fuentes sociales**, la existencia y contenido del derecho está determinado por hechos sociales. De acuerdo a esta **tesis de los límites**, cuando los tribunales resuelven cuestiones con respecto a las cuales el derecho es indeterminado, inevitablemente se basan (al menos parcialmente) en consideraciones de tinte extra-jurídico. Así, el derecho es determinado cuando las fuentes jurídicamente obligatorias proporcionan la solución. En cambio, si una cuestión jurídica no está resuelta por estándares derivados de fuentes jurídicamente válidas, el derecho es indeterminado, y se carece de una respuesta jurídica. Según la tesis *de la no conexión identificatoria*, la identificación de lo que el derecho establece sobre una cuestión particular no depende ni exige ningún tipo de evaluación o valoración, moral ni de ninguna otra clase, de modo que nada puede ser identificado como derecho simplemente porque sea evaluado o valorado positivamente y nada puede ser dejado de ser identificado como derecho porque sea evaluado o valorado negativamente. Por último, la **tesis de la neutralidad epistémica** rezaría algo como lo siguiente: la definición del concepto de derecho y de otros conceptos jurídicos tales como derecho subjetivo, obligación, potestad, contrato, matrimonio, etc. han de ser definidos mediante propiedades no evaluativas o valorativas y sin realizar ningún tipo de evaluación o valoración (cf., principalmente, Raz 1979, Hart 1980 y 1994, y Bayón 2002), y sin que sea necesario tampoco para ello que el teórico, en tanto tal, asuma un punto de vista interno con relación al derecho. Ahora bien, la tesis de las fuentes sociales puede ser especificada de más de una manera. Una de ellas es el normativismo convencionalista de corte hartiano. Algunos de sus rasgos centrales son los siguientes: 1) que el derecho es, básicamente, un conjunto de normas cuyo contenido y existen-

to jurídico, esto es, del conocimiento *objetivo* de las calificaciones deónticas de ciertas acciones de acuerdo a lo establecido por las disposiciones que integran un orden jurídico.

Sin embargo, determinar lo que el derecho efectivamente dispone puede no resultar una tarea sencilla. Los juristas, desde larga data, han individualizado al respecto una serie de dificultades, que son usualmente englobadas bajo la noción genérica de *interpretación del derecho*. Estas dificultades son de diversa índole y han conducido a los jusfilósofos a indagar su naturaleza así como a analizar si ellas afectan y, en su caso, de qué manera, la regulación de las conductas por parte del derecho, por un lado, y cuál es su incidencia en el conocimiento jurídico, por el otro.

¿Revisten tales dificultades entidad suficiente como para constituir una causa de indeterminación en la regulación jurídica de las conductas o, por el contrario, sólo son susceptibles de provocar un mayor esfuerzo por parte del intérprete para encontrar la solución que el derecho, de manera más o menos explícita, en realidad provee de modo determinado? Esta cuestión ha dado lugar a respuestas diferentes por parte de los teóricos del derecho, las cuales podrían sintetizarse de manera muy general en las siguientes tres posiciones: a) considerar que tales dificultades son superables en todos los casos; b) que son insalvables en todos los casos; o c) que son superables en ciertos casos e insalvables en otros. Juan José Moreso, empleando la terminología introducida por Hart, ha denominado *noble sueño*, *pesadilla* y *vigilia* a estos tres dife-

cia depende de ciertas prácticas sociales convencionales (i.e., de prácticas complejas de aceptación y obediencia de normas); 2) que éste determina normativamente las conductas humanas, calificándolas deónticamente; 3) que la determinación jurídica de las conductas depende de una reconstrucción sistemática del material normativo, es decir, que el derecho es un sistema de normas; 4) que es posible formular enunciados descriptivos acerca del derecho y, más específicamente, que tales enunciados tienen por función informar cuál es el contenido de las normas que lo integran (cf. Hart 1961). Exceptuando la afirmación de que el contenido y la existencia del derecho dependen de prácticas de aceptación, estos cuatro rasgos también podrían ser considerados receptados por el positivismo kelseniano, al menos en una lectura clásica de su doctrina, así como por el defendido por Alf Ross (cf. especialmente Kelsen 1960 y Ross 1958); ello sin perjuicio de la diferente concepción que poseen Hart, Kelsen y Ross acerca de los sistemas jurídicos, de las normas y de la estructura lógico-semántica de los enunciados jurídicos descriptivos relativos a ellas. En lo que sigue, a los efectos del presente trabajo, adoptaré esta última especificación menos restrictiva de la tesis de las fuentes sociales. Una exposición detallada de todas estas cuestiones, así como una defensa del modelo positivista-normativista convencionalista respecto tanto de otras variantes del positivismo como de corrientes antipositivistas, puede consultarse en Sucar, 2008.

rentes puntos de vista, respectivamente.² De acuerdo con la tesis del noble sueño, todos los casos jurídicos, aún los más difíciles y controvertidos, tienen una única solución. Para la tesis denominada pesadilla, todos los casos jurídicos, aún los aparentemente más fáciles, carecen de una única solución. Las soluciones jurídicas no estarían predeterminadas (ni por los textos jurídicos ni por ningún otro factor). Según la tesis de la vigilia, aunque algunas veces no resulta posible determinar una única solución para un caso jurídico –casos difíciles o atípicos–, otra veces ello sí resulta posible –casos fáciles o normales.

Ahora bien, si se admite que el derecho puede resultar indeterminado respecto de la calificación deóntica de las conductas que pretende regular (y no simplemente que es dificultoso identificarlas), ¿no parece razonable pensar que ello afectará también la pretendida objetividad del *conocimiento jurídico*, esto es, que la objetividad de la determinación de las condiciones y el valor de verdad de los enunciados jurídicos quedará comprometida (total o parcialmente según se estime que la indeterminación del derecho es relativa a todos los casos o sólo a ciertos casos)? La respuesta a este interrogante está lejos de ser obvia y su formulación exige un detenido análisis de las diferentes clases de dificultades que se considera pueden afectar la determinación jurídica de las conductas. En el presente trabajo limitaré doblemente el objeto de análisis. Por una parte, sólo tomaré en consideración un único putativo supuesto de indeterminación del derecho: las denominadas *lagunas normativas*. Por otra parte, aunque creo que la existencia de lagunas normativas en un sistema jurídico no afecta la determinación de las condiciones de verdad de los enunciados jurídicos, es decir, la objetividad del conocimiento jurídico, no abordaré esta cuestión.³

De esta manera, el propósito del presente trabajo es defender la posibilidad de la existencia de lagunas normativas en un sistema jurídico, en el marco teórico del juspositivismo. Comenzaré por precisar la noción de laguna normativa, distinguiéndola de otros supuestos de indeterminación (punto 2), para seguidamente indicar las diferentes maneras en que la existencia de lagunas normativas podría intentar ser negada (punto 3). A continuación analizaré críticamente dos importantes argumentos esgrimidos en este sentido por uno de los representan-

² Cf. Hart, 1977 y Moreso, 1997: 183-188.

³ En Sucar, 2008 defiendiendo esta postura.

tes más prominentes del positivismo jurídico: Hans Kelsen. Así, primero abordaré el argumento (también sostenido por otros jusfilósofos) basado en el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido (principio de prohibición), y su impugnación por parte de Alchourrón y Bulygin (punto 4); luego consideraré un argumento que Alchourrón y Bulygin entienden como una variante del primero, es decir, como un argumento basado en el principio de prohibición interpretado a la luz de la noción de permisión débil y que, por mi parte, concibo como un argumento de distinta naturaleza, a saber, como uno sustentado en la postulación de la existencia (necesaria) de una de una regla de clausura en los sistemas jurídicos, lo cual da lugar a una forma novedosa de plantear y de evaluar el problema de la existencia de lagunas normativas (punto 5). Concluiré que en todos los supuestos (y variantes) considerados, los argumentos bajo análisis resultan impotentes para demostrar la imposibilidad de la existencia de lagunas normativas en un sistema jurídico, y que la posibilidad de su existencia es una consecuencia que se sigue de los postulados del positivismo jurídico (punto 6).

2. La noción de laguna normativa

Siguiendo una importante tradición, Marmor denomina genéricamente *lagunas jurídicas* a las distintas clases de perplejidad que suele presentar la tarea de determinación jurídica de la conducta, expresando a su respecto:

Típicamente, ellas se dividen entre aquellos casos para los cuales simplemente no existe una pauta [*standard*] que cubra el caso particular que se confronta, y aquellos casos para los cuales existe una pauta [*standard*] putativa que podría aplicarse al caso, pero su prescripción relevante es indeterminada debido a la vaguedad, a la ambigüedad, o a alguna otra forma de falla en la comunicación.⁴

A estas clases de lagunas jurídicas adiciona lo que denomina *indeterminación fáctica* y que caracteriza en estos términos:

⁴ Cf. Marmor, 2001b: 142.

El derecho puede prescribir una pauta [*standard*] jurídica cuya existencia depende de ciertos hechos, y puede muy bien ocurrir que aquellos elementos fácticos que tornaría aplicable la norma no puedan discernirse bajo ciertas circunstancias.⁵

Alchourrón y Bulygin, por su parte, distinguen diferentes tipos de lagunas e introducen, además, la noción de contradicción normativa, para dar cuenta del particular tipo de problema que produce la inconsistencia entre normas. A fin de apreciar acabadamente la caracterización de los supuestos de indeterminación normativa ofrecidos por Alchourrón y Bulygin es menester introducir algunas nociones relativas a su concepción de las normas y de los sistemas jurídicos. Ellas son necesarias también para precisar los términos de la discusión que se emprenderá a continuación.

En primer lugar, ha de decirse que Alchourrón y Bulygin parten de la idea de que una de las funciones básicas del derecho consiste en calificar normativamente ciertas acciones, esto es, determinar su permisión, obligación o prohibición. Pero dado que en el derecho la calificación deóntica de las conductas no se realiza incondicionalmente sino que, por el contrario, se la supedita a la ocurrencia de ciertas circunstancias, puede afirmarse que una de las funciones básicas del derecho consiste en correlacionar descripciones de ciertas circunstancias fácticas a ciertas consecuencias normativas. Por esta razón, una de las principales preocupaciones de los juristas consiste en determinar cuál es el *status* deóntico de una acción. Ahora bien, una acción puede realizarse dentro de un conjunto de situaciones o estados de cosas que los autores argentinos denominan *universo de discurso* (en adelante UD). Los estados de cosas que pertenecen al UD son los elementos del UD y todos los elementos del UD comparten cierta propiedad común que es la propiedad definitoria del UD. De esta manera, el UD puede describirse como el conjunto de todos aquellos elementos (estados de cosas) identificados por una determinada propiedad, la cual define el ámbito del problema jurídico a solucionar.⁶

El conjunto de acciones cuya determinación normativa es la que está en cuestión constituye un *universo de acciones* (en adelante UA). Algunas de estas acciones serían básicas, en el sentido de que todas las de-

⁵ Cf. Marmor, 2001b: 142, nota 21.

⁶ Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 32 y 202.

más son compuestos veritativo-funcionales de ellas. Todo conjunto de acciones básicas constituye el UA. Así delimitado el problema, su ámbito fáctico quedará determinado por aquellas propiedades que el legislador ha tomado como relevantes, es decir, por un *universo de propiedades* (en adelante UP) y por el conjunto de casos posibles en que quedará dividido el universo de discurso si se toma en consideración la presencia o ausencia de esas propiedades, esto es, por un *universo de casos* (en adelante UC). El ámbito normativo del problema estará dado por el conjunto de caracterizaciones normativa de las acciones, vale decir, por un *universo de soluciones* (en adelante US) que el legislador haya correlacionado a los diversos casos.⁷

A fin de evitar ambigüedades, Alchourrón y Bulygin distinguen entre casos genéricos y casos individuales. Llamam *caso genérico* a cada una de las propiedades del UP que divide los elementos del UD en la clase de aquellos en que la propiedad está presente y en las que no lo está, pues toda propiedad (y todo compuesto veritativo-funcional que no sea ni tautológico ni contradictorio) del UP define un caso (posible). Es de destacar que los autores también llaman *caso genérico* a todo subconjunto definido por esta propiedad. Los casos genéricos pueden ser *elementales* o *complejos*. Como toda propiedad de un UP y todo compuesto veritativo-funcional de tales propiedades –siempre que éste no sea tautológico ni contradictorio– define un caso posible, la propiedad que lo define puede ser simple o compleja. Cuando la propiedad definitoria es una conjunción que contiene todas las propiedades del UP o sus negaciones (pero no ambas), el caso definido por esa propiedad es denominado elemental. Los casos no elementales, por su parte, son denominados complejos. El conjunto de todos los casos elementales conforma el universo de casos. Si n es el número de las propiedades del UP, entonces 2^n es el número de los casos elementales, es decir, de los casos del correspondiente universo de casos. Los casos elementales son simples, en el sentido de que no pueden subdividirse en otros casos, mientras que todos los casos complejos son analizables en términos de casos elementales. Todo caso complejo equivale a la disyunción de dos o más casos elementales. Alchourrón y Bulygin denominan, en cambio, *caso individual* a los elementos del UD, esto es, los estados de cosas que se producen en una ocasión (pudiendo, por lo tanto, ser localiza-

⁷ Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971, 29-49 y Rodríguez, 2002, 39-40.

dos espacio-temporalmente) y que poseen la propiedad definitoria del UD. Similares consideraciones pueden hacerse con relación a las acciones, de manera tal que se distinga entre acciones genéricas y acciones individuales.⁸ En concordancia con estas ideas, los autores llaman *normas* a todo enunciado que correlaciona un caso genérico con soluciones normativas (acciones genéricas deónticamente calificadas).⁹

En segundo lugar, Alchourrón y Bulygin toman como base para la definición de sistema jurídico a la definición de Alfred Tarski de sistema deductivo. Para Tarski, un sistema deductivo es un conjunto de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas.¹⁰ Sobre esa base, los profesores argentinos caracterizan a los *sistemas jurídicos* como sistemas deductivos entre cuyas consecuencias existe al menos una norma y en donde el contenido de *alguna* norma consiste en un acto coactivo –sanción.¹¹

Simplificando un poco las definiciones ofrecidas por Alchourrón y Bulygin, puede decirse que existe una *laguna normativa* cuando a un caso genérico establecido por el derecho no se le ha correlacionado solución normativa alguna. Existe una contradicción normativa, por el contrario, cuando a un caso genérico se le ha correlacionado más de una solución normativa incompatible.¹² Una *laguna axiológica* se produciría, en cambio, cuando pese a la existencia en un sistema jurídico de una solución para cierto caso genérico, tal solución es considerada axiológicamente inadecuada, pues se interpreta que el legislador al configurar el caso genérico no ha tomado como relevante cierta distinción que el intérprete entiende debería haber sido tomada en cuenta.¹³ Las *lagunas de conocimiento* se darían cuando no se sabe si un cierto caso individual pertenece o no a una determinada clase de casos genéricos por falta de conocimiento de las propiedades de hecho, *i.e.*, empíricas, del caso individual en cuestión. Existiría una *laguna de reconocimiento*, en cambio, cuando no se sabe si un cierto caso individual pertenece

⁸ Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 57-60 y 34-35.

⁹ *Ibid.*, 37.

¹⁰ Cf. Tarski, 1956: capítulo V., “Fundamental Concepts of the Methodology of the Deductive Sciences”, 69-70.

¹¹ Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 92-96.

¹² *Ibid.*, 101.

¹³ *Ibid.*, 101 y capítulo VI.

a un caso genérico como consecuencia de la indeterminación semántica (vaguedad) de los conceptos que caracterizan el caso genérico.¹⁴

Adviértase que lo que Marmor denomina *laguna fáctica* concuerda aproximadamente con lo que Alchourrón y Bulygin entienden por laguna de conocimiento y que lo que Marmor entiende por el tipo de laguna que distingue en primer lugar (*casos para los cuales simplemente no existe una pauta que cubra el caso particular que se confronta*), podría concordar aproximadamente con los supuestos de laguna normativa.¹⁵ Por último, lo que Marmor entiende por el tipo de laguna que distingue en segundo lugar (*casos para los cuales existe una pauta putativa que podría aplicarse al caso, pero su prescripción relevante es indeterminada debido a la vaguedad, a la ambigüedad, o a alguna otra forma de falla en la comunicación*) podría decirse que coincide aproximadamente con lo que Alchourrón y Bulygin denominan lagunas de reconocimiento.¹⁶

¹⁴ *Ibid.*, 63.

¹⁵ En realidad, la inexistencia de una norma que se considera debería existir para contemplar una cierta situación, no es concebida por Alchourrón y Bulygin como un caso de laguna normativa, sino como un mero caso de inadecuación axiológica (cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 157-160). Dada la generalidad de su formulación, el supuesto destacado por Marmor podría ser también identificado con esta noción más amplia, sea como fuere que se la denomine.

¹⁶ Circunscribir ésta última clase de lagunas a problemas producidos por la vaguedad, con la consiguiente exclusión de los problemas producidos por el fenómeno de la ambigüedad lingüística y de otras fallas en la comunicación, resulta particularmente importante si se tiene en cuenta la distinción entre aquellos problemas que deben enfrentarse al intentar determinar el significado de los textos formulados por el legislador (*i.e.*, al interpretar las formulaciones normativas) y aquellos problemas que surgen una vez que tales textos ya han sido interpretados. Mientras que la ambigüedad es relativa únicamente al primer tipo de problemas, la vaguedad es relativa sólo al segundo de ellos. En efecto, antes de haber especificado o atribuido un cierto significado a los textos que forman parte del material reconocido como jurídicamente relevante no es posible considerar si en un sistema jurídico existe o no una laguna normativa (o una contradicción normativa, o una laguna axiológica, de reconocimiento, o de conocimiento). Todos estos supuestos se hallan estructurados sobre la base de los casos y de las soluciones que establecen (o, por defecto, no establecen) las normas jurídicas; y la determinación de cuáles son los casos y las soluciones previstas en un sistema jurídico presupone la interpretación de las expresiones lingüísticas en que se encuentran formulados los textos jurídicos. Ésta última tarea no está, tampoco, exenta de importantes dificultades, pues la determinación del significado de un texto puede verse afectada por ciertos problemas de índole semántica, sintáctica o pragmática, de manera tal que ellos conduzcan a más de un resultado, esto es, a diferentes *normas*. Para dar cuenta de esta clase de situación en la cual es posible, como resultado de la interpretación, atribuir más de un significado a un mismo texto jurídico, es usual distinguir, entre *norma* y *formulación normativa* (cf., por ejemplo, von Wright 1963). Una formulación normativa sería una expresión lingüística o conjunto de expresiones lingüísticas derivada de algunas de las fuentes de producción jurídica, la cual es considerada con prescindencia de su significado. De acuerdo con la distinción

Entiendo que la clasificación de los autores argentinos aventaja a la ofrecida por Marmor en varios aspectos. Desde un punto de vista conceptual, ella presenta el mérito de definir con mayor precisión lo que en la caracterización de Marmor resulta difuso. En esta última no es posible distinguir entre aquellos supuestos que Alchourrón y Bulygin individualizan mediante las nociones de laguna normativa y de laguna axiológica.¹⁷ Por lo demás, resulta más claro acompañar con un calificativo específico cada uno de los diferentes conceptos de laguna que hablar, como hace Marmor, genéricamente de “lagunas” en todos los casos de indeterminación.

De conformidad con la nociones introducidas, entonces, las *lagunas normativas* podrían ser definidas de manera más precisa del siguiente modo: un caso C_i de un universo de casos C_j es una laguna normativa del sistema α con relación a un universo de soluciones si, y sólo si, α no correlaciona C_i con ninguna solución de ese universo de soluciones; o, mejor aún, como un caso no correlacionado con ninguna solución *maximal*. Soluciones maximales son aquellas que califican deónticamente tanto la realización como la abstención de una cierta conducta p (Fp , Op y Php),¹⁸ mientras que las soluciones minimales sólo califican deónticamente o bien la realización o bien la abstención de una cierta conducta p (Pp , $P\sim p$ y $\sim Fp$).¹⁹

trazada, las formulaciones normativas expresan normas, de modo que sólo corresponde hablar de “normas” como resultado de la operación interpretativa que consiste en especificar o atribuir significado a las expresiones lingüísticas componentes. Podría decirse, entonces, que una norma es la correlación de un significado a una formulación normativa y que dos formulaciones normativas correlacionadas a un mismo significado expresan dos normas diferentes aunque sinónimas. Es dable advertir, además, que en el caso de las normas consuetudinarias, antes de que su contenido pueda ser formulado en un texto habrá de interpretarse la regularidad de la conducta de los agentes, tarea que en sí misma también puede ofrecer dificultades de determinación. Pero, en cualquier caso, si tales regularidades constituyen reglas sociales, deberá ser posible formular su contenido en un lenguaje. Ahora bien, el texto que quepa extraer como formulación de la regla en cuestión podrá, a su vez, presentar dificultades de interpretación lingüística.

¹⁷ Ella permite, además, dar cuenta de la noción de contradicción normativa que no aparece en el esquema de Marmor.

¹⁸ Repárese que $Fp = Pp \wedge P\sim p$; $Op = Pp \wedge \sim P\sim p$; y que $PHp = \sim Pp \wedge P\sim p$.

¹⁹ Repárese que $Pp = Pp \vee P\sim p$; $P\sim p = \sim Pp \vee P\sim p$; y que $\sim Fp = \sim Pp \vee \sim P\sim p$. Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 45-49 y Rodríguez, 2002: 65.

3. La negación de la existencia de lagunas normativas

Quienes adhieren a una posición *determinista* en este dominio niegan que puedan existir tales clases de lagunas. En este sentido, puede sostenerse que para todo caso genérico contemplado en un sistema normativo existe una solución normativa correspondiente. Tal tesis afirma que todo sistema jurídico es *completo*. Es importante destacar que para la definición de sistema completo no se toma en cuenta meramente la completitud respecto de un cierto universo de casos y un cierto universo de soluciones, sino la completitud respecto del universo de casos y del universo de soluciones definidos a partir de las tesis de relevancia del sistema.

A fin de comprender acabadamente lo antedicho ha de especificarse la noción de tesis de relevancia y su diferencia con la noción de hipótesis de relevancia. Para Alchourrón y Bulygin la *tesis de relevancia* de un sistema normativo α para un universo de acciones UA_i es el enunciado que identifica el conjunto de las propiedades relevantes con relación a α y UA_i . La *hipótesis de relevancia* para un universo de acciones UA_i , en cambio, es el enunciado que identifica el conjunto de propiedades que deben ser relevantes para UA_i de acuerdo a un cierto criterio axiológico. En suma, la tesis de relevancia es un criterio para la selección del universo de propiedades y, por consiguiente, del universo de casos, que permite determinar las propiedades formales de un sistema normativo, como la completitud o la coherencia. La hipótesis de relevancia, en cambio, es un criterio de adecuación axiológica para los sistemas normativos, pues ella determina el conjunto de las propiedades que deben ser relevantes para un universo de acciones. El problema de determinar si una propiedad debe o no ser relevante para un universo de acciones determinado es, por lo tanto, un problema axiológico y supone un criterio valorativo, mientras que el problema de identificar las propiedades que forman parte de la tesis de relevancia de un sistema no lo es.²⁰

Es a partir de la noción de sistema completo que Alchourrón y Bulygin afirman que la completitud de un sistema es un ideal racional y es sobre su base que definen la noción de laguna normativa. Se trata de un ideal en el siguiente sentido: si el derecho califica deónticamente

²⁰ Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 154.

una cierta acción A (solución normativa) ante la ocurrencia de una cierta circunstancia descrita genéricamente (caso genérico), ello implica que se ha atribuido relevancia normativa a n propiedades (que definen el caso genérico). Dado que ellas definen 2^n casos posibles, según estén presentes o no dichas propiedades, resultaría racionalmente exigible que se califique esa acción para cada uno de los 2^n casos posibles determinados por tales propiedades.²¹

No obstante, cabe considerar otra manera de negar la existencia de lagunas normativas: sostener la tesis según la cual todo caso y toda solución normativa *posibles* están necesariamente contemplados en todo sistema normativo o, dicho de otro modo, que todo sistema normativo es necesariamente completo con relación a cualquier universo de casos y a cualquier universo de soluciones. Dicha tesis afirma que todo sistema normativo es *cerrado*. La tesis de que los sistemas normativos son cerrados implica la tesis de que los sistemas normativos son completos, pero la inversa no vale, esto es, la completitud de los sistemas normativos no implica que ellos sean cerrados. Vale decir, si se afirma que todo caso y toda solución normativa posibles están necesariamente contemplados en todo sistema normativo (*i.e.*, que el sistema normativo es cerrado), entonces los casos contemplados en cualquier sistema determinado poseen una solución (*i.e.*, el sistema es completo). Pero la afirmación de que en todo sistema normativo los casos contemplados poseen una solución correspondiente no implica que todo caso y toda solución posibles estén necesariamente contemplados en todo sistema normativo.

Se han ensayado diferentes argumentos para defender una y otra tesis. La idea de Dworkin de que el derecho está conformado no sólo por reglas sino también por otro tipo de *standards* jurídicos susceptibles de proveer siempre una respuesta correcta, como por ejemplo principios político-morales, puede ser interpretada –dada la amplitud de su formulación– como destinada a mostrar ya sea que los sistemas jurídicos son completos, ya sea que los sistemas jurídicos son cerrados. Siguiendo el plan trazado, no consideraré este tipo de argumentos.²²

²¹ *Ibid.*, 149-157 y 225-241.

²² Cabe precisar que un planteo como el mencionado parece presuponer entre otras cosas que la moral (que forma parte del derecho) es un sistema completo o cerrado de normas, concepción que puede ser cuestionada. Por lo demás, creo que hay buenos argumentos para no aceptar la

Otra manera de defender la tesis de que los sistemas normativos y, por ende, los sistemas jurídicos, son cerrados, es aquella que se vincula con el denominado *principio de prohibición*. Ella ha sido sostenida, entre otros autores, por Hans Kelsen. El rechazo de la existencia de lagunas en el derecho por parte de Kelsen representa una excepción notoria a las posiciones asumidas por la gran mayoría de los autores sumados a las filas del positivismo jurídico. Amén del interés que reviste la particularidad de la posición de Kelsen para la evaluación de cuál es la postura que debe asumir al respecto el juspositivismo, el análisis de su obra presenta la ventaja adicional de permitir considerar dos argumentos diferentes para rechazar la existencia de lagunas en el derecho. En efecto, en lo que se refiere al problema de las lagunas, como lo señalan Alchourrón y Bulygin, cabe distinguir dos etapas en el pensamiento de Kelsen.²³ La primera abarcaría el período que va desde la edición original de la *Teoría pura del derecho*,²⁴ hasta la versión francesa posterior de dicha obra,²⁵ pasando por la *Teoría general del derecho y del Estado*.²⁶ La segunda estaría representada por la última edición de la *Teoría pura del derecho*.²⁷ En lo que sigue me ocuparé sucesivamente de analizar cada una de tales posturas.

4. La primera doctrina de Kelsen en pos de la inexistencia de lagunas normativas

A fin de evaluar los argumentos dirigidos en contra de la existencia de lagunas normativas en el derecho, resulta de la mayor importancia observar que el concepto de laguna normativa, tal como ha sido definido por Alchourrón y Bulygin, es un concepto relacional, de manera que una laguna normativa es una propiedad de un sistema normativo con relación a un conjunto de casos (UC) y de soluciones normativas maximales (US_{max}). Ello trae como consecuencia que la pregunta por la existencia de lagunas normativas sea un problema *empírico* que sólo

doctrina de Dworkin en cuanto a que la moral (crítica o ideal) forma parte del derecho. He defendido esta postura en Sucar, 2008.

²³ Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 184-188.

²⁴ Cf. Kelsen, 1934.

²⁵ Cf. Kelsen, 1953.

²⁶ Cf. Kelsen, 1945.

²⁷ Cf. Kelsen, 1960.

puede ser resuelto con relación a un UC y un US determinados. Sin embargo, el problema de la existencia de las lagunas normativas puede ser –y de hecho ha sido– planteado en un nivel puramente conceptual. Así, por ejemplo, si se lograra probar por medios puramente conceptuales que los sistemas normativos (y, por ende, los sistemas jurídicos) son necesariamente completos respecto de todo UC y US, el problema de la existencia de las lagunas normativas quedaría resuelto en forma negativa para ese tipo de sistemas. Un sistema normativo es *cerrado*, como se ha dicho, si es tal que en él toda acción es deónticamente determinada en todo caso posible. Los sistemas que no son cerrados son denominados *abiertos*. Un sistema abierto podría ser completo, pero su completitud sería esencialmente dependiente de la elección del UC y del US. Los argumentos que giran en torno al principio de prohibición pueden ser interpretados como destinados a demostrar que los sistemas normativos son cerrados. Esta es la estrategia seguida por Kelsen en su primera etapa para rechazar la existencia de lagunas normativas en el derecho. Dicho principio podría formularse de la siguiente manera: *todo lo que no está prohibido está permitido* (o equivalentemente, *todo está prohibido o permitido*).²⁸

El argumento es presentado por Alchourrón y Bulygin como sigue:

Si el principio de prohibición fuera una verdad necesaria, todo acto (estado de cosas) estaría normado (como permitido o como prohibido) y todo sistema sería, por consiguiente, cerrado (carente de lagunas). Ahora bien, si “permitido” y “prohibido” son interdefinibles, es decir, si “permitido” significa lo mismo que “no prohibido” y “prohibido” significa “no permitido”, entonces, el principio de prohibición expresa una verdad necesaria, ya que es analítico. Resulta, por lo tanto, que si se acepta que los caracteres deónticos permitido y prohibido son interdefinibles con la ayuda de la negación, es decir, son conceptos contradictorios, todo sistema normativo será trivialmente cerrado, pues todas las conductas son deónticamente caracterizadas por todo sistema normativo.²⁹

Von Wright no consideró satisfactorio este resultado, ya que en algún sentido es obvio que pueden existir sistemas normativos incompletos (con lagunas). Para evitar un resultado como éste es que rechazó,

²⁸ Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 169-172.

²⁹ *Ibid.*, 172.

en *Norma y acción*,³⁰ la interdefinibilidad entre “permitido” y “prohibido”, considerando a la permisión como un carácter deóntico autónomo. No obstante, también parece claro que, al menos en algún sentido, “permitido” significa lo mismo que “no prohibido” y, por eso, en la obra de Von Wright se advierte una vacilación respecto de esta cuestión. Así, en *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*,³¹ aceptó nuevamente la interdefinibilidad entre “permitido” y “prohibido”, pero distinguiendo seis distintos conceptos de prohibido (obligatorio), con lo cual sería posible la existencia de sistemas abiertos, siempre que los conceptos de permitido y prohibido que figuran en el principio de prohibición no sean “correspondientes”, ya que los conceptos “no correspondientes” no son interdefinibles.³²

A juicio de los autores argentinos, las dificultades de Von Wright han de buscarse en su aceptación de la tesis de que la interdefinibilidad entre “permitido” y “prohibido” implica que todos los sistemas normativos son necesariamente cerrados. Estas dos proposiciones, no obstante, serían independientes, por lo que resultaría posible aceptar la interdefinibilidad entre ambos conceptos y rechazar la necesaria clausura de los sistemas. Alchourrón y Bulygin se proponen mostrar que detrás del principio de prohibición se esconde una engañosa ambigüedad y que dicho principio o bien es analíticamente verdadero, pero entonces no clausura el sistema (no excluye la posibilidad de lagunas normativas), o bien presupone lo que se debería probar, a saber, que todos los sistemas normativos son cerrados. A tal fin, realizan una serie de distinciones. En primer lugar, distinguen entre *normas* y *proposiciones normativas*. Mientras que las normas son enunciados *prescriptivos* que se usarían para ordenar, prohibir o permitir conductas humanas, las proposiciones normativas serían enunciados *descriptivos* que se usarían para informar *acerca de* las normas o *acerca de* las obligaciones, prohibiciones o permisiones establecidas en las normas. De acuerdo con la interdefinibilidad de los caracteres normativos (permitido, prohibido, obligatorio), la *normas* “Permitido p”, “No prohibido p” y “No obligatorio no p”, serían lógicamente equivalentes y significarían lo mismo. También serían lógicamente equivalentes las normas “Prohibido p”, “No permitido p” y “Obligatorio no p”. Muy distinta sería la situación,

³⁰ Cf. Von Wright, 1963.

³¹ Cf. Von Wright, 1968.

³² Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 172.

en cambio, respecto de las proposiciones normativas. Así, decir que p está prohibido en el sistema α es afirmar que la norma que prohíbe p forma parte (es consecuencia, se infiere) del sistema α . Por lo tanto, el enunciado metasistemático “ p está prohibido en α ” es verdadero si, y sólo si, entre las consecuencias de α se halla una norma que prohíbe p . Y esta norma puede tanto expresarse mediante el enunciado “Prohibido p ” como mediante el enunciado “No permitido p ”. Como expresiones de normas, estos dos enunciados dirían lo mismo. Cuando del sistema se infiere la norma que permite p , se dice que p está permitido en α . La norma que permite p puede expresarse de distintas maneras: “Permitido p ”, “No prohibido p ”, etc. También estos enunciados, como expresiones de normas, serían sinónimos.³³

Estas consideraciones permitirían, en segundo lugar, introducir las nociones de *permisión fuerte* y *prohibición fuerte*. Habría una permisión o prohibición fuerte cuando a las consecuencias del sistema α pertenece una norma que permite o prohíbe, respectivamente, p . Estas nociones son relativas a las proposiciones normativas que afirman que una conducta posee un determinado *status* normativo según que una norma la permita o la prohíba. Ahora bien, mientras que permitido y prohibido, como caracteres de las normas, serían dos conceptos contradictorios, la permisión y la prohibición fuertes no serían contradictorias, pues cabría una tercera posibilidad, a saber, que del sistema no se pueda inferir ni la permisión ni la prohibición de la conducta p . Ello es lo que ocurriría justamente cuando entre las consecuencias del sistema no figura ninguna norma que permita p y tampoco ninguna que prohíba p . Los enunciados “de α se infiere una norma que permite p ” y “de α se infiere una norma que no permite (= prohíbe) p ”, no sólo no son contradictorios, sino que ni siquiera son contrarios: no sólo pueden ser los dos falsos, sino que también pueden ser ambos verdaderos. En este último caso p , estará simultáneamente permitido y prohibido en el sistema α , de modo que el sistema en cuestión sería incoherente. Pero el hecho de que un sistema contenga normas contradictorias no implica que también lo sean las proposiciones normativas que describen este sistema³⁴.

³³ *Ibid.*, 172-174.

³⁴ *Ibid.*, 174-175.

En tercer lugar, Alchourrón y Bulygin señalan que las proposiciones normativas admiten dos tipos de negación. En efecto, como el enunciado metasistemático “la norma que permite p es consecuencia de α ” es verdadero si, y sólo si, entre las consecuencias de α hay una norma que permite p , su negación puede ser entendida de dos maneras distintas. Decir que una acción no está permitida en un cierto sistema normativo puede significar o bien que no existe en tal sistema una norma que permita la acción en cuestión, donde la negación opera sobre todo en el enunciado metalingüístico (*negación externa*), o bien que una norma no permite tal acción en el sistema considerado, en cuyo caso la negación opera sobre la norma mencionada en el enunciado metalingüístico (*negación interna*). Es fácil ver que una proposición normativa es incompatible (contradictoria) con su negación externa, pero no lo es con su negación interna. Así, “la norma que permite p es consecuencia de α ” es incompatible con “la norma que permite p no es una consecuencia de α ”, pero no con “la norma que no permite p es una consecuencia de α ”. Los autores hacen notar, asimismo, que la negación interna de una prohibición fuerte es una permisión fuerte: decir que la norma que no prohíbe (= permite) p es una consecuencia de α , es lo mismo que decir que p es permitido por α en sentido fuerte. Por el contrario, la negación externa de un enunciado que afirma la prohibición fuerte de p no significa que p es permitido en el sentido fuerte. Todo lo que este enunciado dice es que una cierta norma (la prohibición de p) no se infiere del sistema, pero este enunciado deja abierta la cuestión de saber si entre las consecuencias de α existe alguna otra norma que se refiera a p o si no hay ninguna norma de tales características. Así, p podría tanto estar permitido en sentido fuerte (si existe en α una norma que permita p) como permitido solamente en sentido débil (si no hay ninguna norma en α que permita p). Resulta muy frecuente calificar como “permitida” una conducta por el solo hecho de que ella no está prohibida en un sistema normativo. Pero en este contexto la expresión “permitido” posee un significado muy diferente al de la permisión en sentido fuerte. Para caracterizarlo, Alchourrón y Bulygin introducen la denominación *permisión débil*, aclarando que ella es (al igual que la permisión fuerte) una noción relativa a las proposiciones normativas y no a las normas. La diferencia entre ambas nociones radicaría en que mientras la permisión fuerte expresa un hecho positivo (la existencia

de una norma permisiva), la permisión débil sólo alude a un hecho negativo (la inexistencia de una norma prohibitiva).³⁵

Sobre la base de las distinciones expuestas, los autores argentinos emprenden la tarea de analizar el principio de prohibición, que caracterizan como una proposición metasistemática y definen como sigue: “Para todo sistema α , para toda conducta p y para todo caso q , vale que si p no está prohibido en q en α , entonces p está permitido en el caso q en α ”. Al tratarse de una proposición metasistemática, los operadores “prohibido” y “permitido” no pueden ser entendidos en sentido prescriptivo o normativo sino en sentido descriptivo, esto es, relativo a las proposiciones normativas. Si además se excluye la noción de prohibición débil como poco usual, la expresión “prohibido” que aparece en el principio sólo podría significar la prohibición fuerte. El término “permitido”, en cambio, sería ambiguo, pues podría referirse tanto a la permisión débil como a la permisión fuerte. Según se asigne una u otra interpretación a la expresión “permitido”, Alchourrón y Bulygin distinguen dos interpretaciones del principio de prohibición que denominan, respectivamente, *versión débil* y *versión fuerte*.

En la versión débil, el principio de prohibición sería un enunciado necesariamente verdadero por ser analítico. En efecto, en esta versión el principio diría que si de α no se infiere la prohibición de p en el caso q , entonces de α no se infiere la prohibición de p en el caso q , lo que no sería más que un caso particular del principio de identidad. Dadas las definiciones precedentemente expuestas, el principio diría entonces que “lo que no está prohibido (en sentido fuerte) está permitido en sentido débil” que es lo mismo que decir que “si no existe una norma en α que prohíba p entonces p está débilmente permitido (= no hay una norma en α que prohíba p)”. En esta interpretación, el principio constituiría una verdad necesaria, pero en modo alguno excluiría la posibilidad de que el sistema sea incompleto, esto es, el principio no clausuraría el sistema y sería compatible con la existencia de lagunas normativas, *i.e.*, que el caso q no esté correlacionado con *ninguna* solución. En esta formulación del principio, q no estaría correlacionado con la solución “prohibido p ” (en sentido fuerte), por lo que p no estaría prohibido o, lo que es lo mismo, estaría permitido en sentido débil (no hay una norma que lo prohíba). Esto demostraría que la permisión débil no sólo es

³⁵ *Ibid.*, 175-177.

compatible con la existencia de lagunas normativas, sino que la existencia de una laguna implicaría la permisión débil.³⁶

En su versión fuerte, el principio diría “todo lo que no está prohibido en sentido fuerte está permitido en sentido fuerte”. Su versión extendida sería la siguiente: “Para todo sistema α , para toda conducta p y para todo caso q , vale que si de α no se infiere la prohibición de p en q , entonces de α se infiere la permisión de p en q ”. En esta interpretación, el principio no sería necesario ni verdadero, a menos que todos los sistemas normativos sean cerrados, es decir, completos respecto de cualquier UC y cualquier US. En efecto, del sólo hecho de que una cierta norma (que prohíbe p) no pertenezca al sistema no se podría inferir que otra norma distinta (la que permite p) forme parte del mismo, a menos que el sistema contenga una regla de clausura, es decir, una regla que autorice a efectuar esa inferencia. Si el principio de prohibición *presupone*, para resultar verdadero, que todos los sistemas normativos son cerrados, entonces no se lo puede esgrimir –so pena de caer en un círculo vicioso– como prueba de la clausura necesaria de todos los sistemas.³⁷

La primera doctrina de Kelsen, como he adelantado, coincide con el argumento general que venimos de considerar y puede, por lo tanto, ser rechazada sobre la base de las objeciones que vienen de considerarse.³⁸ En lo que sigue, por lo tanto, pasaré a analizar su segunda doctrina.

³⁶ *Ibid.*, 178-179.

³⁷ *Ibid.*, 179.

³⁸ Joseph Raz, coherentemente con la aceptación de la tesis de las fuentes, acepta la posibilidad de la existencia de indeterminación jurídica como consecuencia de la vaguedad y de conflictos normativos (i.e., cuando el derecho habla con “voz incierta” o con “demasiadas voces”, respectivamente). No obstante, rechaza la existencia de lagunas. Su argumento, básicamente, es que, concebidas las normas como razones para la acción, cuando no existe una razón jurídica concluyente para una determinada acción, se sigue que su omisión está concluyentemente permitida, pues operarían en el derecho reglas de clausura que pueden fundarse en premisas analíticas. Su argumento recurre, por lo tanto, también al principio de prohibición, entendido como principio lógico. Cf. Raz, 1979: capítulo IV: “Razones jurídicas, fuentes del derecho y lagunas”. Aunque Raz, al igual que Kelsen, no habla de “lagunas normativas”, de sus consideraciones surge que puede estar pensando en supuestos como los comprendidos por Alchourrón y Bulygin bajo esa denominación (i.e., un caso genérico al cual el orden jurídico no le ha correlacionado una solución normativa) y también en aquellos supuestos en que el orden jurídico no contempla el caso genérico ni tampoco, por ende, su solución. Para referirse a las lagunas, Raz habla genéricamente de aquellos supuestos en que –se supone– el derecho no regula una cierta acción o “guarda silencio”. Como han mostrado Moreso, Navarro y Redondo, las tesis de Raz admiten diversas interpretaciones, ninguna de las cuales permite extraer las conclusiones por él pretendidas (cf. al respecto Moreso-Navarro-Redondo, 2001 y 2002b). Por su parte Bulygin ha demos-

5. La segunda doctrina de Kelsen en pos de la inexistencia de lagunas normativas

En la última edición de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen expresa:

el orden jurídico siempre es aplicado por un tribunal en un caso concreto, aun en el caso en que el orden jurídico, en opinión del tribunal, no contenga ninguna norma general que regule positivamente la conducta del demandado o acusado, es decir, en cuanto le imponga la obligación de una conducta que, según afirma el demandante privado o el acusador público, no habrían cumplido. Ya que en ese caso su conducta se encuentra negativamente regulada por el orden jurídico, es decir, regulada en cuanto esa conducta no le está jurídicamente prohibida y, en este sentido, le está permitida. Este caso, con todo, es interpretado por la jurisprudencia tradicional –en determinadas circunstancias– como ‘laguna’ en el orden jurídico. [...] Según la misma, el derecho válido no es aplicable en un caso concreto, cuando ninguna norma jurídica general se refiere a ese caso. De ahí que el tribunal tenga, para resolver el caso, que colmar la laguna mediante la producción de la norma jurídica correspondiente. [...] esta teoría es errada, puesto que reposa en la ignoran-

trado que la argumentación de Raz descansa en una apelación encubierta al principio de que lo que no está prohibido está permitido y en una falta de atención a la distinción entre normas y proposiciones normativas. Cf. Bulygin, 2002. Dworkin también ha recurrido a una forma de argumento que implica acudir al principio de prohibición para negar la existencia de lagunas normativas, el cual según entiendo puede ser rechazado, básicamente, por los mismos argumentos desarrollados por Alchourrón y Bulygin ya examinados (cf. Dworkin, 1985b, especialmente, punto III.2: 492-500). Dicho artículo es una versión revisada de su trabajo de similar título de 1977 (Cf. Dworkin, 1977d). Aunque en el texto no se habla de “lagunas normativas”, la naturaleza de los problemas y de los argumentos involucrados en el artículo de Dworkin nos conduce a pensar que tiene en mente aquellas situaciones que Alchourrón y Bulygin comprenden bajo la noción de laguna normativa. Dworkin se refiere genéricamente al problema de si existe una “respuesta correcta” a cualquier cuestión jurídica, lo cual para el positivismo dependería de la existencia de una norma que regule la cuestión jurídica en consideración. No obstante, al igual que Kelsen y Raz, no parece diferenciar entre la ausencia completa de una norma positiva que regule una cierta conducta y la ausencia de solución normativa para un caso genérico que el orden jurídico prevé (laguna normativa). Para una refutación directa de los argumentos de Dworkin en pos de la tesis de la negación de la existencia de lagunas normativas en el derecho véase Rodríguez, 2003. Por otra parte, ciertos autores como Brian Bix consideran que las lagunas no surgen del derecho, sino de una inadecuada interpretación de los materiales jurídicos. Cf. Bix, 1993: 25-28. Aunque una adecuada interpretación del material normativo permite a veces obtener como resultado un conjunto de normas coherente y completo, ello no siempre es el caso. En particular, nada asegura que una interpretación de los textos permita siempre identificar en el material jurídico soluciones normativas para los casos contemplados por el legislador, a menos que se recurra a interpretaciones forzadas o se apele a *standards* no jurídicos.

cia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido. La aplicación del orden jurídico válido no es lógicamente imposible en el caso en que la teoría tradicional supone una laguna. Puesto que si bien en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello también constituye aplicación del derecho [...] un orden jurídico siempre es aplicable y efectivamente es aplicado cuando el tribunal tiene que rechazar la demanda fundándose en que el orden jurídico no contiene ninguna norma general que imponga al demandado la obligación pretendida por el demandante.³⁹

De la cita se desprende que Kelsen admite la “permisión débil”, con lo que –según viene de verse– el principio de prohibición se vuelve inocuo y no excluye en modo alguno la existencia de lagunas normativas. A juicio de Alchourrón y Bulygin, la admisión de la permisión débil por parte de Kelsen implica una admisión implícita de la posibilidad de lagunas normativas. Sin embargo, como apuntan los autores, Kelsen se esfuerza por mantener su tesis originaria de que no existen lagunas en el derecho. Para hacerlo, recurriría a la estratagema de modificar subrepticamente la definición de “laguna”. En su primera doctrina, el término “laguna” se definía como la imposibilidad de aplicar el derecho válido a un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica la conducta debida, por lo que el esfuerzo de Kelsen debía estar dirigido a mostrar que en todos los casos existe una norma jurídica aplicable: en los casos en que no existe una norma particular referente al caso en cuestión, era aplicable la norma negativa, que excluía la posibilidad de lagunas. En su segunda doctrina, en cambio, por “laguna” ya no se entendería, como en la primera, el caso en que no hay ninguna norma aplicable, sino el caso en que es lógicamente imposible aplicar la totalidad del orden jurídico. Para Kelsen, el orden jurídico sería siempre aplicable, por lo que toda conducta que no esté regulada como prohibida, está, *ipso facto*, permitida. Alchourrón y Bulygin concluyen que en la primera etapa Kelsen sostuvo la versión fuerte del principio de prohibición, mientras que en la segunda adhirió a su versión débil.⁴⁰

³⁹ Cf. Kelsen, 1960: 254-256.

⁴⁰ Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 186-187.

Aunque Kelsen es poco claro en este punto, creo que su segunda doctrina puede ser interpretada de una manera diferente a la propuesta por Alchourrón y Bulygin. La idea de Kelsen parece ser que aun cuando no existe una norma jurídica general que contemple la situación planteada al órgano jurisdiccional respecto de un sujeto, el orden jurídico, de manera general, resolvería esta situación mediante el expediente de ordenar al juez que en tales circunstancias rechace las pretensiones formuladas. A fin de precisar el alcance de la posición de Kelsen, entenderé que la expresión “inexistencia de una norma general” comprende dos situaciones diferentes, a saber: a) la inexistencia tanto del caso genérico como de la solución normativa correspondiente; y b) la existencia de un caso genérico al que no se le ha correlacionado la correspondiente solución normativa.⁴¹

Creo que la idea de Kelsen puede ser explicada más satisfactoriamente sobre la base de la distinción hartiana entre reglas primarias y reglas secundarias. De acuerdo con Hart, en efecto, para hacer justicia a la complejidad de un sistema jurídico es necesario distinguir dos tipos de reglas diferentes aunque relacionados: *reglas primarias*, que prescriben a los seres humanos que hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no, esto es, que imponen deberes u otorgan derechos; y *reglas secundarias*, que establecen que los seres humanos pueden introducir nuevas reglas de tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas o controlar su actuación, es decir, que confieren potestades públicas o privadas para la creación o modificación de deberes u obligaciones (esto es, reglas de *reconocimiento*, de *cambio* y de *adjudicación*, respectivamente).⁴² Así, podría decirse que cuando no existe una regla primaria

⁴¹ Cabe recordar que sólo el supuesto indicado en b) es considerado por Alchourrón y Bulygin una laguna normativa. El supuesto indicado en a) es contemplado por los autores argentinos como un caso de inadecuación axiológica. Tomamos, sin embargo, a ambos supuestos en nuestro análisis para ser justos con la reconstrucción del ploteo de Kelsen, en el cual no se distinguen entre ellos, pareciendo quedar comprendidos tanto uno como lo otro. Esta estrategia expositiva no significa en absoluto una impugnación a las distinciones trazadas por Alchourrón y Bulygin.

⁴² Cf. Hart, 1961: 41, 86 y 117. Cabe resaltar que Hart utiliza también otro criterio de distinción entre reglas primarias y reglas secundarias: que las reglas primarias se refieren a las reglas secundarias, ya sea para establecer sus criterios de validez (regla de reconocimiento), para regular su cambio (reglas de cambio), o para regular su aplicación a casos particulares (reglas de adjudicación). La utilización de ambos criterios de diferenciación (i.e., aquel según el cual las reglas primarias y las reglas secundarias se distinguen porque las primeras imponen deberes mientras que las segundas confieren potestades, y aquel según el cual ellas se diferencian por-

que regule una determinada situación (en alguno de los dos sentidos indicados), las reglas secundarias del sistema prescriben a los jueces rechazar los planteos formulados bajo tales circunstancias.

En este punto de la exposición se abren una serie de interrogantes cuya respuesta es necesaria tanto para clarificar la naturaleza del argumento de Kelsen como para evaluar si él permite o no justificar el rechazo de la existencia de lagunas normativas en el derecho. En primer lugar, ¿el deber de rechazar la demanda frente a planteos de situaciones no contempladas por las normas jurídicas generales (reglas primarias), surge de una norma jurídica positiva (regla secundaria) o, por el contrario, surge, por decirlo así, de la estructura ontológica del derecho, de su racionalidad esencial inmanente? Por otra parte, ¿qué quiere decir, en tales supuestos, “rechazar” la pretensión? Y, más específicamente, ¿el rechazo importa o no calificar deónticamente una acción?

En cuanto a la primera cuestión, si se descartan como no plausibles las teorías que atribuyen al derecho una cierta estructura ontológica o una cierta racionalidad propia como características independientes de las que éste posee en tanto resultado de prácticas sociales específicas, habrá de llegarse a la conclusión de que el deber de rechazar la pretensión de resolución de una situación no contemplada por una norma general (regla primaria), dependerá de la existencia *contingente* en un orden jurídico de una regla secundaria que imponga tal deber. Ello es consecuencia de la tesis las fuentes sociales. Kelsen, por el contrario, pese a su filiación positivista, parece no percatarse de que se trata de una regla de clausura contingente y más bien parece suponer que se trata de un rasgo necesario del derecho; rasgo que vendría dado por la forma *a priori* que nuestro intelecto proyecta sobre los actos de voluntad dirigidos intencionalmente al comportamiento de otros que han de ser interpretados como normas jurídicas, en particular, por la aplicación del principio de imputación. Recuérdese, al efecto, que aun en la edición de 1960 de la *Teoría pura del derecho*, Kelsen sostiene todavía la tesis de raigambre kantiana según la cual el método de conocimiento

que las primeras se refieren a las segundas), no da como resultado una distinción conceptual clara entre ambos tipos de reglas. Los criterios de distinción entre reglas primarias y secundarias ha sido cuestionadas por diversos autores. Puede consultarse al respecto Raz 1979: capítulo IX, Aguiló Regla, 1990 y Ruiz Manero, 1991: especialmente 99-106. En el presente contexto alcanza con admitir que las reglas primarias se dirigen a los individuos a fin de regular su conducta, mientras que las reglas secundarias se dirigen a los jueces con relación a la aplicación de las normas primarias a los casos particulares que deben resolver.

crea (en sentido epistémico) su objeto. Kelsen parece, además, dar por sentado que una norma que impone la obligación a los jueces de rechazar las pretensiones o demandas formuladas en ausencia de una norma que regule la situación planteada, tiene por efecto clausurar el sistema. Cabe, sin embargo, preguntarse si ello es necesariamente así: ¿el rechazo de las pretensiones o demandas en las condiciones señaladas, importa la clausura del sistema? Esto nos conduce a nuestra segunda pregunta. Previamente, sin embargo, es menester precisar el contenido y características de la regla de clausura.

Una regla de clausura es una regla que califica deónticamente todas aquellas acciones que no estuvieran ya calificadas por el sistema jurídico considerado. Idealmente tal regla debería cumplir con las siguientes condiciones de adecuación: a) tiene que clausurar el sistema, es decir, hacerlo completo con respecto a cualquier UC y cualquier UA, y b) tiene que preservar la coherencia del sistema, es decir, no introducir nuevas incoherencias, de tal manera que si el sistema originario es coherente, también debe serlo el sistema que resulte de agregarle la regla de clausura. No obstante, para tratarse de una regla de clausura, alcanza con la satisfacción de a) y no necesariamente con b). Una regla semejante sería una regla de *segundo nivel* que se refiere a los enunciados de primer nivel, sin incluirse a sí misma en esa referencia. Por otra parte, tendría carácter *supletorio*, pues sólo se podría recurrir a ella una vez que se ha comprobado que mediante las reglas ordinarias no se infiere ninguna solución para el caso en cuestión. Ella podría tener lugar en *sistemas normativos categóricos* –en los cuales, como las soluciones son relativas a todos los casos, es posible referirse a las soluciones (*i. e.*, acciones calificadas deónticamente) prescindiendo de los casos– o en *sistemas normativos hipotéticos*, en los cuales habrá necesariamente que contemplar las soluciones previstas para determinados casos. La clausura de estos últimos tipos de sistemas resulta más compleja. En efecto, es fácil garantizar que la regla de clausura de un sistema normativo categórico cumpla con las condiciones de adecuación de hacer completo el sistema y de preservar su coherencia. Ello se logra haciendo que la regla resulte independiente de los UA elegidos, esto es, que no sea relativa a un UA sino a cualquier UC. La formulación siguiente de la regla satisface dicho requisito: “Si del sistema normativo α no se infiere la prohibición de un contenido deóntico p (en función de *cualquier* UA), entonces se infiere la permisión de p”. En cambio, la regla de un

sistema normativo hipotético tendría la siguiente forma: “Si del sistema normativo α no se infiere la prohibición de un contenido deóntico p (en función de un UA) para un caso q de un UC cualquiera, entonces se infiere la permisión de p en el caso q ”. Esta regla tiene el inconveniente de no preservar la consistencia del sistema en aquellos supuestos menos finos que el UC relevantes.⁴³ Para evitar este resultado, sería necesario introducir una restricción prohibiendo la aplicación de la regla de clausura a todos los casos que pertenezcan a UC menos finos que UC relevantes del sistema (los casos más finos que el UC relevantes quedan automáticamente solucionados). Con esta restricción a la cláusula se preservaría la coherencia del sistema pero ella sería relativa no sólo al UA elegido, sino también a los UC relevantes del sistema. Todo lo que sería posible hacer es generalizar la clausura con respecto al UA.⁴⁴

Podemos retomar ahora nuestro segundo interrogante: ¿el rechazo de una pretensión relativa a una situación no contemplada por una norma general (regla jurídica primaria), importa o no calificar deónticamente la acción o acciones comprendidas en dicho reclamo? O, expresado de manera más general, ¿la existencia en un sistema jurídico de una regla secundaria que obliga a los jueces a rechazar las demandas relativas a situaciones no contempladas por las normas primarias, tiene o no el efecto de clausurar el sistema? A fin de responder esta pregunta es importante advertir que “rechazar” una pretensión, una demanda, etc., puede significar tanto “abstenerse de resolver”, esto es, limitarse a no avocarse a considerar la pretensión o demanda sin para ello tener que abordar la cuestión de fondo debatida, como también “desestimar aquello que se pretende”. Cuando Kelsen habla del “rechazo” de la demanda parece referirse a su desestimación por parte de los jueces y no a su abstención de resolverlas. Así, al referirse a la imposibilidad de la existencia de lagunas en el derecho expresa:

Si el orden jurídico no contiene norma general alguna que imponga la obligación de reparación a cargo del empresario por daños ocasionados

⁴³ Así, supóngase que en un UA conformado por una única acción R para la cual el sistema α (por hipótesis coherente) correlaciona con el caso “ $p.q$ ” la solución maximal “ PhR ” y el caso “ $p.\sim q$ ” con “ FR ”. Si se toma el caso “ p ” se reparará que para él no existe ninguna solución, pues no está correlacionado con “ PR ” ni con “ $\sim PR$ ”. Si se aplica la regla de clausura, se infiere la permisión de R para el caso p , pero entonces resulta que el caso “ $p.q$ ” está correlacionado con dos soluciones contradictorias “ PR ” y “ PHR ”.

⁴⁴ Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971: 193-194.

por el dependiente, cuando el daño ha sido ocasionado en actividades propias de la empresa, teniendo, en consecuencia, que rechazar el tribunal la demanda dirigida contra el empresario, admitiéndola sólo contra el dependiente, un socialista verá en la aplicación del derecho válido existente algo insatisfactorio, mientras que ello será considerado como enteramente satisfactorio por un liberal.⁴⁵

Sin embargo, es posible concebir una regla secundaria que obligue a los jueces a abstenerse de resolver las pretensiones o demandas relativas a situaciones no contempladas por las normas primarias del sistema. Estimo que la diferencia entre estos dos tipos de reglas, a saber, aquellas que permiten u declaran obligatorio abstenerse de resolver frente a situaciones no contempladas por una norma general, y aquellas que permiten o declaran obligatorio desestimar la pretensión en tales situaciones, es crucial, puesto que mientras que la desestimación de una pretensión o de una demanda implica la calificación deóntica de una acción y, por lo tanto, la clausura del sistema, la abstención de resolver no implica la calificación deóntica de conducta alguna y, por lo tanto, tampoco la clausura del sistema. Veamos esto más de cerca a través de un ejemplo.

Supóngase un determinado sistema jurídico en el cual nada se dice respecto de la circulación en bicicleta en las plazas y en los parques públicos, esto es, que el sistema no califica deónticamente la acción de andar en bicicleta con relación a los casos “en la plazas públicas” y “en los parques públicos”, ni por medio de sus reglas primarias, ni indirecta o derivadamente a través de una regla de clausura.⁴⁶ Más precisamente, en el sistema en cuestión, el “caso” en consideración no resulta definido por propiedades que ha tomado como relevantes el legislador (o que resultan relevantes a la luz de la consideración de otras fuentes admitidas como válidas)⁴⁷ y no contiene, por lo tanto, regulación alguna respecto de la acción en cuestión, que es el tipo de situación que parece presuponer el análisis de Kelsen sobre las lagunas. Diré, pues, que se trata de supuestos en los cuales el sistema no ha previsto el caso genérico en consideración y, por ende, no le ha correlacionado tampoco

⁴⁵ Cf. Kelsen, 1960: 255-256.

⁴⁶ Extraigo el ejemplo de Atria, 2005. No obstante, las consideraciones y análisis que realizo son independientes de las efectuadas por el autor.

⁴⁷ Para simplificar la exposición, me referiré solamente al supuesto de normas creadas legislativamente.

una solución. O, más brevemente, de casos genéricos no contemplados por el sistema. De todas maneras, el análisis que se desarrolla a continuación puede ser trasladado, *mutatis mutandi*, a las lagunas normativas en sentido técnico.⁴⁸

Supóngase además, que el sistema contiene una regla secundaria que obliga a los jueces a *abstenerse de resolver* aquellos planteos respecto de los cuales no exista una norma primaria en el sistema jurídico que regule la situación invocada.

En suma, el sistema del ejemplo de referencia no contiene una regla primaria que solucione el problema en cuestión, y contiene una regla secundaria que impone a los jueces el deber de abstenerse de resolver aquellos planteos relativos a situaciones para las cuales el sistema no prevé una solución a través de las normas generales dictadas por el legislador.⁴⁹

⁴⁸ Recuérdese, una vez más, que la situación contemplada en el ejemplo no es equiparable a aquella que Alchourrón y Bulygin denominan *laguna normativa*, esto es, un caso genérico definido en función de las propiedades que el legislador consideró relevantes, al que no se le correlacionó una solución. Estos dos supuestos deben ser claramente diferenciados, dado que una laguna normativa, en la terminología de Alchourrón y Bulygin, puede ser identificado como una deficiencia del sistema normativo considerado sin efectuar ninguna consideración valorativa. El supuesto que parece tener en mente Kelsen y al que alude el ejemplo bajo consideración, en cambio, si se lo considera una “laguna”, ha de tenerse en cuenta que esto implica un juicio de valor. Piénsese, por ejemplo, en un sistema jurídico compuesto por una única norma que establece “si alguien mata debe ser sancionado”. Dicho sistema no correlaciona solución normativa alguna para la acción de sancionar a quien no mata. Esa sería una laguna normativa. Ahora bien, este sistema no acuerda tampoco ninguna la solución para una situación en la cual una persona cierra una ventana porque hace frío. En efecto, el caso en el que hace frío no está tampoco correlacionado por el sistema con ninguna solución respecto de la acción de cerrar una ventana. Pero en este supuesto, el caso no resulta de las propiedades tomadas como relevantes por el legislador. Afirmar que ésta situación es una laguna depende de un juicio de valor porque el caso en cuestión aparece como consecuencia de la asignación de relevancia por parte del intérprete a una propiedad que no es relevante en el sistema según las previsiones del legislador. Si no se le asigna relevancia normativa a la propiedad “hacer frío”, el caso no aparece y, consiguientemente, no hay laguna alguna. A diferencia de este supuesto, en el caso de las lagunas normativas en sentido estricto, el caso no es introducido por el intérprete sino que resulta de considerar las propiedades a las que el legislador asignó relevancia.

Es posible suponer, como fundamento de una norma secundaria como la considerada, que la situaciones no reguladas por ley dictada por el parlamento no es deseable que sean resueltas por los jueces y que la solución a los conflictos que se susciten como consecuencia del vacío legislativo deberán esperar a la sanción de una ley que contemple dicha situación. La existencia de conflictos no resolubles durante un cierto lapso de tiempo puede reputarse menos perjudicial que dejar su resolución librada a la discreción de los jueces, lo cual no sólo podría dar lugar a decisiones contradictorias, sino que también significaría aceptar decisiones que no poseen respaldo en la voluntad popular.

El tipo especial de regla secundaria que estoy considerando, no debe hacer perder de vista la idea más general –que estimo de especial relevancia para nuestro análisis– de distinguir lo que prescriben las reglas primarias de lo que establecen las reglas secundarias de un sistema jurídico. Así, por ejemplo, las reglas secundarias de un cierto sistema, a diferencia del considerado en nuestro ejemplo, podrían habilitar a los jueces a usar otras normas que aquellas que lo integran, cuando se enfrentan a casos no regulados. Lo que quiero enfatizar especialmente es que el hecho de que un determinado sistema jurídico no prevea una solución para una cierta situación a través de sus reglas primarias no implica directamente una respuesta a lo que el juez debe jurídicamente hacer, lo cual es establecido a través de las reglas secundarias. Es de destacar, asimismo, que si un juez entra a considerar el problema planteado por las partes, sea que éste se halle o no contemplado por el sistema en consideración, para resolverlo debe usar una norma. Por consiguiente, debe solucionar el caso genérico, si es que éste no está solucionado. Limitarse a constatar que no hay norma no le serviría de nada, salvo en la hipótesis de una regla secundaria que le indique lo que debe hacer. Por último, ha de advertirse que el hecho de que un juez se encuentre con una laguna y tenga –según las normas secundarias del sistema– que resolver el caso, y para ello construya una norma general para justificar su decisión, no implica de por sí una modificación del derecho. Esto último dependerá de si el sistema admite que, en situaciones semejantes, la decisión del juez sea tomada como un hecho relevante para incorporar la norma por él creada por como parte del derecho.

Volvamos a nuestro ejemplo. En él, una persona X requiere al juez Y mediante una demanda que prohíba al individuo Z circular en bicicleta en un cierto parque público, por considerar que dicha actividad es peligrosa para los niños. De acuerdo a la regla secundaria del sistema y a la ausencia de norma primaria que regule la situación invocada por X (que se ha asumido por hipótesis), el juez Y deberá abstenerse de resolver la situación. Lo mismo deberá hacer frente a un eventual planteo de Z tendiente a que se le permita circular en bicicleta en el parque público. ¿Implica la abstención del juez de resolver calificación deóntica

alguna? Creo que la respuesta es negativa.⁵⁰ Si uno se siente inclinado a pensar lo contrario es porque estamos habituados a suponer, sobre la base de la consideración de la mayor parte de los derechos positivos modernos, que los sistemas jurídicos contienen una regla de clausura de acuerdo con la cual si una cierta acción no está prohibida, entonces debe ser calificada como permitida; y seguramente también porque en la mayoría de los ordenamientos jurídicos contienen normas secundarias que permiten a los jueces resolver los problemas que se les somete a su decisión, sea que exista una norma jurídica que explícitamente prevea la solución que deben dar al caso o no que no exista, seguramente con fundamento en la idea que la resolución de conflictos es una tarea primordial del derecho superior a otras como la de previsibilidad y seguridad en el contenido de las decisiones. Pero si existiese una regla tal en el sistema que consideramos, la situación del ejemplo estaría contemplada (de manera indirecta o derivada), pues dicha regla clausuraría el sistema al permitir inferir la calificación deóntica de las conductas en cuestión en los supuestos de inexistencia de las reglas primarias correspondientes, lo que por hipótesis no puede ser el caso. ¿Qué ocurrirá entonces, frente a la decisión de un juez de abstenerse de resolver tanto el planteo de X como el de Z? Lo más probable es que ello despierte un conflicto entre las partes involucradas, por ejemplo, que X intente o logre impedir a Z que circule en bicicleta por el mencionado parque público. Si nos vemos inclinados a pensar que X no tiene derecho a impedir que Z circule en bicicleta por el parque, es porque suponemos que el sistema contiene una norma que asegura la libre circulación (i.e., que prohíbe impedir la libre circulación). Pero, nuevamente, la existencia de una norma semejante significaría que el sistema contempla la situación que, por hipótesis, no está contemplada. El sistema en cuestión puede ser calificado de precario en la medida en que, al no dar solución a situaciones tan corrientes y previsibles, puede dar lugar a conflictos irresolubles. Si X en un raptó de ira mata a Z, será condenado por homicidio –supongo que el sistema no es tan precario como

⁵⁰ Todo lo que me interesa destacar es la posibilidad empírica de la existencia una regla secundaria tal, sin prejuzgar en absoluto acerca de si la mayor parte los sistemas jurídicos positivos, o incluso sólo algunos de ellos, contienen reglas semejantes, ni tampoco acerca de su valor político o moral. A los efectos del argumento que desarrollo lo único importante es que el hecho de que un pronunciamiento judicial implique o no la calificación deóntica de una conducta depende de la existencia contingente de de una regla secundaria que establezca una u otra solución.

para no regular la acción de matar a otro—, pero esto nada dice respecto de la circulación de bicicletas en las plazas y parques públicos. Además, en dicho sistema —desde que contiene una regla secundaria que obliga a los jueces abstenerse de resolver aquellas situaciones para las cuales el sistema no contempla solución alguna—, está vedado a los órganos de aplicación introducir normas generales no pertenecientes al sistema para calificar deónticamente tales acciones, razón por la cual, ante la invasión al parque de ciclistas —de haber gente con el temperamento de X— probablemente se agravará el conflicto.

Si, por el contrario, la regla secundaria del sistema obliga a los jueces a admitir o desestimar las pretensiones relativas a situaciones no reguladas, la admisión o el rechazo importarán la calificación deóntica de la acción.⁵¹ Así, si un juez desestima el planteo de X, ello implicará que Z puede circular en bicicleta por el parque, por lo que no podría desestimar también —so pena de caer en contradicción— el planteo de Z, y viceversa.⁵²

Dado que normalmente se estima que es conveniente evitar los conflictos entre los individuos a que puede dar lugar la falta de respuestas por parte del derecho, en aquellos supuestos en los que las reglas primarias del sistema no contemplen alguna situación respecto de la cual se efectúe un reclamo jurisdiccional, se introducen reglas secundarias que permiten calificar deónticamente las conductas involucradas en dichos reclamos. Así, o bien se introducen reglas secundarias que permiten calificar supletoriamente la calificación deóntica de la acción no

⁵¹ En efecto, como he adelantado, esto último implica, en la medida en que se exija que las decisiones judiciales sean fundadas, habilitar a los jueces a acudir a normas generales no pertenecientes al orden jurídico para solucionar aquellas situaciones no contempladas por las normas jurídicas del sistema, lo cual no significa, por sí mismo, que tales normas pasen a integrar el orden en cuestión. Tal extremo dependerá de previsiones adicionales del orden jurídico. Por lo demás, cabe destacar que de hecho buena parte de los ordenamientos jurídicos modernos contienen normas que prescriben que los jueces no puede dejar de juzgar frente al silencio u oscuridad de la ley, cláusula que entiendo debería interpretarse como una regla secundaria del tipo de la mencionada en el texto.

⁵² La consideración del tipo de regla secundaria contemplada en el ejemplo que obliga a los jueces a no entrar a evaluar la cuestión de fondo si no existe en el sistema jurídico en cuestión una regla general primaria que regule la situación cuya resolución se demanda, podrían también conducir a la conclusión de que si no existe en un sistema jurídico una regla secundaria explícita que consagre semejante solución, entonces habría que presumir que los jueces no pueden resolver casos no regulados sin hacer un pronunciamiento sobre el fondo del problema. Ello, desde luego, bajo la premisa —razonable por otra parte— de que una de las funciones primordiales del derecho consiste en la resolución de conflictos.

contemplada específicamente por ninguna regla primaria; o bien se introducen reglas secundarias que imponen la obligación a los jueces de calificar deónticamente la acción no contemplada por las reglas primarias *de uno u otro modo*, a menudo, sobre la base de la evaluación de ciertas pautas más o menos amplias introducidas por la propia regla a fin de limitar la discreción judicial.

El sistema jurídico argentino, por ejemplo, contiene una regla de clausura general, estatuida en el artículo 19 de la Constitución Nacional, que permite calificar como permitida toda acción que no esté específicamente prohibida.⁵³ Además de esta regla de clausura general, válida para la totalidad del ordenamiento,⁵⁴ contiene otras reglas más específicas relativas a ciertos sectores del ordenamiento legal. Así los artículos 15 y 16 del Código Civil imponen la obligación a los jueces de resolver todos los planteos que les sean formulados, aun en los supuestos de inexistencia o insuficiencia de la ley, debiendo tener en cuenta para ello el espíritu de las leyes, los principios de leyes análogas o los principios generales del derecho.⁵⁵ Esta obligación de resolver los planteos sometidos a su jurisdicción significa que los jueces están obligados a *admitirlos* o a *desestimarlos*, lo cual, implica la calificación deóntica de las conductas.⁵⁶ En materia penal, el ordenamien-

⁵³ En su parte pertinente el artículo 19 de la Constitución argentina establece: “*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

⁵⁴ En la doctrina argentina esta cláusula suele entenderse en sentido amplio y de forma genérica abarcando el derecho privado, laboral y fiscal, etc. sin mayores distinciones. Cf. al respecto, Zarini, 1986: 137-138 y 1992: 431-432, y Bidart Campos, 1998, tomo I: 514-5 y 1999-2000, tomo I-A: 801-803. Su aplicación al derecho administrativo es algo más compleja. Así, suele entenderse que “*frente al principio ‘debe entenderse permitido todo lo que no está prohibido que domina, en general, la vida civil, es propio del régimen de la Administración el apotegma ‘puede entenderse prohibido lo no permitido’*” (Hutchinson, 2000: 38-39). No obstante, el principio de prohibición rige en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

⁵⁵ El artículo 15 del Código Civil argentino prescribe: “*Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto del silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*”; El artículo 16, por su parte, dice: “*Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por la palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*”. Estas normas se estiman de aplicación no sólo para las cuestiones civiles sino también, por extensión, para las cuestiones comerciales y laborales.

⁵⁶ Es de destacar que, dada la existencia del artículo 19 de la Constitución Nacional, los artículos 15 y 16 del Código Civil argentino o bien se tornan superfluos, o bien pueden dar lugar a calificaciones deónticas de las acciones distintas a las que cabe extraer de las reglas primarias junto a la regla de clausura del artículo 19 de la Carta Magna.

to argentino contiene, al igual que la mayoría de los sistemas jurídicos modernos, la regla *nullum crimen sine lege* (artículo 18 de la Constitución Nacional⁵⁷). Entre las diversas maneras en que es posible entender el contenido de esta regla, interesa destacar ahora aquella según la cual ella autoriza a inferir la permisividad de una conducta (en un caso dado), si del sistema no se infiere ninguna prohibición de esa conducta (en ese caso).⁵⁸ De acuerdo con esta regla, entonces, frente a una denuncia de una acción que no resulta tipificada por el sistema penal, el juez tiene obligación de desestimarla, lo que implica, declarar permitida dicha conducta.

6. Conclusiones

Lo expuesto en los puntos anteriores me llevan a concluir que el argumento del principio de prohibición esgrimido, entre otros autores, por Kelsen, para rechazar la existencia de las lagunas en el derecho, como lo han puesto de manifiesto Alchourrón y Bulygin, está destinado al fracaso.

En segundo lugar, que el argumento de Kelsen para rechazar la existencia de lagunas normativas en el derecho, de acuerdo a su segunda doctrina, consiste, en definitiva, en la admisión tácita de que todo ordenamiento jurídico debe contener una norma que impone la obligación a los jueces de “rechazar la demanda” en aquellos supuestos en los que la situación planteada no se encuentre contemplada por una norma jurídica. No obstante, dada la ambigüedad de la expresión “rechazar la demanda”, es posible asignar dos contenidos diferentes a dicha obligación, según se la interprete como “no resolver” o como “desestimar”. Kelsen toma la expresión en el segundo sentido, por lo que estaría fundamentando el rechazo de la posibilidad de la existencia de lagunas normativas en la existencia de una norma de clausura –que parece suponer que todo sistema jurídico necesariamente contiene. Ahora bien,

⁵⁷ El artículo 18 de la Constitución argentina expresa al respecto: “*Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”.

⁵⁸ Cf. Alchourrón-Bulygin, 1971:198. En esta interpretación, como señalan los autores, la regla tiene por efecto clausurar el sistema, convirtiéndolo en un sistema cerrado con relación al UC y US penalmente relevantes (y no con relación a cualquier UC y US), no proveyendo, por lo tanto, un sistema absolutamente cerrado.

no hay ninguna razón para aceptar el carácter “necesario” de tal regla y, en cualquier caso, asignar dicho carácter a una regla es incompatible con los postulados del positivismo jurídico, en particular a la tesis de las fuentes sociales (y la tesis de los límites que ella implica), de acuerdo con la cual la existencia y el contenido del derecho dependen de la existencia o acaecimiento de ciertos hechos sociales, es decir, de eventos contingentes que son, por lo demás, susceptibles de presentar imperfecciones, *i.e.*, dar lugar a supuestos de indeterminación normativa.

Por lo tanto, deberemos aceptar que ella es una regla meramente contingente y, consecuentemente, que la clausura del sistema posee la misma naturaleza, por lo que el argumento de Kelsen no permite demostrar la imposibilidad de la existencia de lagunas. De adoptarse la expresión “rechazo” en el primer sentido, es decir, como “no resolver”, no podría tampoco fundamentarse la imposibilidad de la existencia de lagunas, puesto que en esta interpretación la regla no permite inferir la calificación deóntica para conducta laguna ni, por lo ende, clausurar el sistema.

Si se arriba a la conclusión de que la segunda doctrina de Kelsen importa la admisión de una regla de clausura de los sistemas jurídicos (ya sea concebida como un rasgo necesario del derecho, ya sea como una regla contingente), queda descartada la apelación por parte de Kelsen a la versión débil del principio de prohibición como argumento para rechazar la existencia de lagunas en el derecho, tal como pretenden Alchourrón y Bulygin. De hecho, como los propios autores lo destacan atinadamente, Kelsen reconoce, en su segunda doctrina, la diferencia entre permisión débil y permisión fuerte, abandonando así su primera doctrina que sustenta la inexistencia de lagunas en el principio de prohibición en tanto principio lógico. Y es este abandono justamente lo que lo lleva a suponer una regla de clausura. Lo que hace complejo y algo confuso su planteo es el hecho de que Kelsen no se refiere expresamente a dicha regla, y de que parece suponer además que ella constituye un rasgo necesario del derecho.

En cualquier caso, sea cual fuere la interpretación que en definitiva haya de atribuirse a la segunda doctrina de Kelsen en contra de la existencia de lagunas normativas –la sugerida por mi o la propuesta por Alchourrón y Bulygin–, lo cierto es que tanto ella como su primera doctrina tienen que ser rechazadas como incorrectas. Atribuible a no a Kelsen, desde un punto de vista exegético, la interpretación que pro-

pongo presenta, de todas maneras, un interés propio para analizar desde otra óptica la discusión en contra de la existencia de lagunas normativas en el derecho. No he encontrado en la bibliografía sobre el tema otros argumentos, distintos a los considerados, que permitan justificar el rechazo de la posibilidad de su existencia. Por tal razón, parece sensato, al menos desde una posición juspositivista, admitir dicha posibilidad como una fuente de indeterminación del derecho en lo que hace a la regulación normativa de las conductas.

Bibliografía

- Aguiló Regla, Josep, 1990, "Sobre 'definiciones y normas'", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 8, 273-282.
- Alchourrón, Carlos E. y Eugenio Bulygin. 1971. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974; título original, *Normative Systems*, Springer-Verlag/Wien, Library of Exact Philosophy, vol. V, traducción de los autores.
- Atria, Fernando, 2005, "Creación y aplicación del derecho. Entre formalismo y escepticismo", en Atria y otros 2005, pp. 50-71.
- Atria, Fernando y otros, 2005, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- Bayón, Juan Carlos, 2002, "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en Virgilio Zapatero Gómez (coord.), *Horizontes de la filosofía del derecho, Homenaje a Luis García San Miguel*, Alcalá de Henares, Publicaciones de la Universidad de Alcalá, vol. 2, pp. 33-54; también publicado en Internet, disponible en <<http://derecho.itam.mx/facultad/materiales/>> (última consulta realizada el 6 de octubre de 2007).
- Bidart Campos, Germán J., 1998, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar.
- _____, 1999-2000, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, edición ampliada y actualizada.
- Bix, Brian, 1993, *Law, Language and Legal Determinacy*, Oxford, Oxford University Press.
- Bobbio, Norberto, 1965, *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Eudeba. Este libro constituye una traducción parcial del libro *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, 1965 (reimpresión 1972) que recoge diversos artículos sobre el tema. Traducido por Ernesto Garzón Valdés, revisión técnica a cargo de Genaro Carrió.
- Bulygin, Eugenio. 2002. "El silencio del derecho", en *Análisis Filosófico*, XXII, núm. 2, pp. 103-114.

- Dworkin, Ronald, 1977a, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993; título original, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, traducido por Marta Guastavino.
- _____, 1977b, “No Right Answer?”, en P. M. S. Hacker y Joseph Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essay in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, pp. 58-84. Existe una versión revisada de este artículo en Dworkin 1985b.
- _____, 1985a, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press.
- _____, 1985b, “¿Realmente no hay una respuesta correcta en los casos difíciles?”, en Casanovas-Moreso (eds.) 1994, pp. 475-512; título original, “Is There Really no Right Answer in Hard Cases”, incluido en Dworkin 1985a, pp. 120-145, traducido por Maribel Narváez Mora.
- Hart, Herbert L. A., 1958, “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral”, incluido en Hart 1962, pp. 1-64; título original, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, pp. 593-629.
- _____, 1961, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963; título original, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, traducido por Genaro Carrió.
- _____, 1962, *derecho y Moral. Contribución a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, traducido por Genaro Carrió.
- _____, 1977, “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana, la pesadilla y el noble sueño”, en Casanovas-Moreso (eds.) 1994, pp. 327-350; título original, “American Jurisprudence Through English Eyes, the Nightmare and the Noble Dream”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 123-144.
- _____, 1980, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, en *Sistema* 36, pp. 3-18.
- _____, 1994. *Postscriptum a El concepto de derecho*, en Hart-Dworkin 1997, 89-141; título original *Postscript a The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, pp. 238-276, traducido por Magdalena Holguín.
- Hart, Herbert L. A. y Ronald Dworkin, 1997, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de Los Andes, estudio preliminar de César Rodríguez.

- Hutchinson, Tomás, 2000, *Ley 19.549 Régimen de Procedimientos Administrativos comentada*, Buenos Aires, Astrea, 5ª ed. revisada y ampliada.
- Kelsen, Hans, 1934, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1941; título original, *Reine Rechtslehre, Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Franz Deuticke, traducido por Jorge C. Tejerina.
- _____, 1945, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1ª edición 1949, 2ª edición, 4ª reimpresión 1988; título original, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, traducido por Eduardo García Maynez.
- _____, 1953. *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1984, 20ª ed.; título original, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, Neuchâtel, Editions de la Baconnière, traducido por Moisés Nilve.
- _____, 1960, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979; título original, *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke Verlag, zweite vollständing und erweiterte Auflage, traducido por Roberto José Vernengo.
- Marmor, Andrei. _____, 2001a. *Positive Law and Objective Value*, Oxford, Oxford University Press.
- _____, 2001b. "Four Questions About the Objectivity of Law", en Marmor 2001a, pp. 135-159.
- Moreso, José Juan, 1997, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreso, José Juan, Pablo Navarro y Cristina Redondo, 2001, "Sobre la lógica de las lagunas en el derecho", en *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 33, núm. 99 (diciembre), pp. 47-73.
- _____, 2002a, *Conocimiento jurídico y determinación normativa*, México, Fontamara.
- _____, 2002b, "Determinación, bivalencia y lagunas en el derecho", en Moreso-Navarro-Redondo 2002a, pp. 19-46.
- Raz, Joseph, 1979, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre el derecho y la moral*, México, UNAM, 1982; título original, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, traducido por Rolando Tamayo y Salmorán.

- Rodríguez, Jorge L., 2002, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- _____, 2003, “La imagen actual de las lagunas en el derecho”, incluido en *Atria y otros* 2005, pp. 127-158.
- Ruiz Manero, Juan, 1991, “Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales. Respuesta a Eugenio Bulygin”, en *Doxa - Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 9, pp. 281-293.
- Ross, Alf, 1958, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1974; título original, *On law and justice*, Stevens & Sons Ltd., traducido por Genaro Carrió.
- Sucar, Germán, 2008, *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons (Colección Filosofía y derecho).
- Tarski, Alfred, 1956, *Logic, Semantic and Metamathematics*, Indianapolis, John Corcoran (ed.), 1988; reimpresión de la edición anterior, Oxford, Clarendon.
- Wright, Georg Henrik von, 1963, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1970; título original, *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul, traducido por Pedro García Ferrero.
- _____, 1968, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, México, UNAM, 1998; título original, *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Societas Philosophica Fennica-Helsinki, traducido por Ernesto Garzón Valdés.
- Zarini, Helio Juan, 1986, *Análisis de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Astrea; 3ª ed. ampliada y actualizada 1991.

Recepción: 26/11/2007

Aceptación: 31/10/2008

SOBRE EL VALOR DE LA SEGURIDAD JURÍDICA DE RICARDO GARCÍA MANRIQUE*

*Norberto Álvarez González***

El tratamiento doctrinal de la seguridad jurídica es relativamente reciente. Es, pues, así un problema jurídico moderno que empieza –dice el autor que comentamos en Hobbes. Y que, a pesar de que yo, sobre esto, tengo mis dudas, debo de reconocer también, sin embargo, que la abundante problemática sobre la seguridad jurídica, o cuestiones adyacentes, no se remonta más allá del siglo de este autor. Y, ¿a qué se debe el interés, aun reciente, por el tema? Debo de recordar al respecto que el interés sobre el derecho giró sólo, hasta entonces, sobre el derecho trascendente: El derecho debía de materializar la justicia y punto. Como tal se presentaba por la doctrina y el poder, como un medio de hacer realidad la justicia (lo que consistía más bien en el sistema de intereses de la clase dominante presentados como el deber ser).

Por lo que el que, a la vez que justo, el derecho fuera fuerte (esto es eficaz y capaz de hacerse respetar), no planteaba muchos problemas doctrinales sino a lo sumo técnicos y solventados así a la sombra y de espaldas de la doctrina. Hasta que, como consecuencia de la emergencia de una nueva clase social –la burguesía– empiezan a plantearse ya problemas doctrinales, como el de la dureza de y conveniencia de las penas, etcétera.

Es pues, ya en esta línea del humanismo jurídico, cuando empiezan a plantearse también los problemas de la seguridad jurídica, en cuanto que empiezan a preocupar también la humanidad, no ya sólo cuál es el derecho justo, sino también como es, el derecho cierto.

Se trata, pues, de encontrar, aquí además de un derecho que convenga a quienes hacen y apoyan la doctrina, –la clase dominante, que ocupa

* Ricardo García Manrique, *El valor de la seguridad jurídica*, México, Fontamara, 2007.

** Universidad de Alcalá.

el aparato de estado, (lo que por ende lo hace justo)– de hacer también, un derecho eficaz frente a las arbitrariedades posibles de esa misma clase en perjuicio de la nueva clase emergente hacia el poder, y por tanto, con su interés reconocido ya parcialmente, un derecho que les dé también seguridad. Y esto es en lo que se trabaja, e investiga, a partir de la edad moderna. Por lo que se entenderá también así que el derecho, además de justicia, debe darnos también, seguridad es decir, debe de ser un derecho nacido y aplicado desde unas estructuras jurídico-políticas determinadas que dificulten la arbitrariedad, y faciliten así también la predecibilidad de las decisiones jurídicas.

Pero yo me pregunto ahora: ¿Tanto tiempo de la historia de la humanidad para expresarnos sólo a partir de la edad moderna una verdad que responde a una necesidad tan clara, como que además de la justicia el derecho ha de darnos también seguridad? No olvidemos que su aparición en la edad moderna coincide, obviamente, con el desarrollo de la clase que lo apoya, la burguesía, y a la burguesía le preocupa, también, sobremanera este problema porque, aunque con fuerza naciente, se encuentra, también con un Estado ocupado por la nobleza (casta con unos intereses opuestos a los suyos), por lo que será necesario, también, controlar a aquélla para no verse en situación de no poder aplicar su derecho justo –el que deriva de sus intereses de clase–, pues, aunque regida aun por un derecho preferentemente feudal, ya se hacía notar su fuerza, en el derecho vigente.

Pero, ¿por qué no se planteó ya antes el problema de la necesidad de tratar la seguridad jurídica como un valor? Antes –pienso yo, con una sola clase fuerte que ocupaba el aparato–, no se planteaba siquiera el problema. Acaso en algún momento de la historia se hubiera planteado también, pero contando siempre con una clase que ocupaba el aparato y otra con un poder naciente que no lo ocupaba por lo que la segunda, que no tenía por qué fiarse de la otra, buscaría, obviamente, nuevas formas de garantizar el legítimo interés de su seguridad. En cualquier caso no olvidemos que el conocimiento por nosotros de doctrinas tan antiguas es, progresivamente, más difícil a medida que nos remontamos a épocas cada vez más antiguas; facilitándose nos mucho el conocimiento doctrinal, desde el siglo XV con la aparición de la imprenta.

Por eso el autor comentado aquí dice que

[l]a parte histórica (de este libro) examina el desarrollo de la idea de seguridad jurídica en la filosofía jurídica moderna a través de la lectura de algunos textos de la obra de Bodino, Hobbes, Locke, Bentham y Radbruch. La obra de los dos primeros muestra la relevancia que, como instrumento de seguridad, adquiere el Derecho en el mundo moderno; la obra de los dos últimos muestra de qué modo la seguridad jurídica pasa a convertirse en expediente, aparentemente autónomo, de justificación de la obediencia al derecho, abandonando la referencia explícita a valores materiales.(22)

Esta conclusión a la que llega esta referencia de García Manrique, en relación a cómo “la seguridad jurídica pasa a convertirse en expediente aparentemente autónomo de justificación de la obediencia al derecho, abandonando la referencia explícita a los valores materiales” que el derecho protege, es una manifestación inevitable de la revalorización moral del cumplimiento del derecho, consecuencia de que éste sirve siempre de por sí a intereses materiales de clase. No necesitando, ya así, pues, –para justificarse su obediencia– una referencia explícita a los valores que protege, pues tiempo hubo, ya para que –por su cumplimiento y obediencia, reiteradas– se forjara un sentimiento de valor de su obediencia, mantenido y estimulado, por una doctrina servil a la misma clase a la que el derecho también sirve.

Asomos históricos de doctrina de la seguridad jurídica

Pero, aunque el autor mantiene que no es hasta la época moderna cuando la seguridad jurídica se desarrolla y presenta incluso como valor, abunda luego en la idea, que yo apunté antes, sobre la muy posible mayor antigüedad de una doctrina de la seguridad; llegando a encontrarse, incluso, tratamientos así en la época del Código de Hammurabi (23). Y ya centrado en la Grecia clásica, escribe, refiriéndose al diálogo “Critón” de Platón, que, en él, hay sin duda una defensa ya del valor de la seguridad jurídica. Pues, en el diálogo, el Sócrates platónico, al sostener la obligación del hombre de obedecer las leyes, al nacer, crecer y permanecer en la ciudad. marca los presupuestos para la conclusión a la que luego llegará, por lo que “cuando Sócrates es condenado a muerte (se supone que injustamente), y Critón le propone la huída Sócrates

le responde [...] que una injusticia no puede ser respondida con otra injusticia (la desobediencia a las leyes)” (23). Lo que, a García Manrique, le motiva esta razonable reflexión: “Que la desobediencia a las leyes sea considerada como una forma de injusticia bien puede considerarse, en este contexto, como una valoración de la seguridad jurídica o de algo parecido”(23).

Y ciertamente que así lo parece, al menos, porque si Sócrates prefiere morir, antes que desobedecer la ley, incluso injusta, es que la obediencia al derecho como tal, aunque sea injusto, tiene siempre para él un valor. Y ¿qué valor podría ser éste? El de la seguridad jurídica parece, ciertamente. Pero los episodios a los que Manrique se refiere no son así exactamente. Sócrates, ciertamente que no huye de la muerte injusta, y que contesta a quienes le mandan huir que no responderá a la injusticia de su muerte con la injusticia de la desobediencia a aquella decisión injusta; pero actúa así, precisamente, porque con su muerte injusta, acabaría también cayendo aquel derecho injusto. ¿Por qué? (interpreto ya el sentido de sus palabras). Porque la conciencia de los ciudadanos se resentiría de tal manera con la injusticia de su muerte que ello llevaría a la caída del derecho. Y ¿cómo incidiría este previsible resentimiento ciudadano en la caída de tal derecho? Obviamente incitando a los ciudadanos a la desobediencia generalizada. Con lo que lo que parecía una obediencia incondicional de Sócrates, al derecho para salvar así la seguridad jurídica, pasaría a convertirse, más bien, en lo contrario, en un incitar a la desobediencia al derecho injusto, para que así se debilitara y cayese antes

El Comienzo propiamente de la Seguridad Jurídica

Entra después el autor en un análisis histórico más profundo, aunque lo centra, según nos dice, en los autores centrales del tema –que son, según él, Hobbes, Bodino, Locke y Radbruch– (de los que escribe que su obra puede entenderse como una respuesta a la necesidad de restablecer el orden social deteriorado gravemente por las guerras religiosas), y en quien se fija él, principalmente es en Hobbes, que, frente a Bodino, que defendía una potestad jurídica todavía limitada desde unos principios suprapositivos, defiende ya una concentración absoluta del poder en el monarca. Y, ¿para qué? Para la protección de la vida y

de la propiedad. “Hobbes enuncia con rotundidad –escribe nuestro autor- que su función (la del Estado) es la seguridad de las vidas de los súbditos, un objetivo que no es posible alcanzar en el estado de naturaleza, donde cada uno se ocupa exclusivamente de sí mismo y las vidas de todos están, de este modo permanentemente amenazadas”(49), es decir, lograr la seguridad del pueblo. Y continúa transcribiendo a Hobbes: “Pero por seguridad no debe entenderse una mera preservación, sino también todas las demás satisfacciones de la vida que cada hombre, mediante su legítimo trabajo, y sin peligro o daño para el estado, adquiera para sí” (50). Pero no sólo vida y propiedad resultan defendibles por el Estado en la obra de Hobbes, sino también una cierta libertad. Leamos a Hobbes directamente, para saber en qué consiste:

la libertad de un súbdito radica, por tanto, solamente, en aquellas cosas que en la regulación de sus acciones ha permitido el soberano: por ejemplo, la libertad de comprar y vender, y hacer entre sí contratos de otro género, de escoger su propia residencia, su propio alimento, su propio género de vida, e instruir a sus niños como crea conveniente (*Leviatán*, XXI).

Cuanto más leo a Hobbes, a través de la publicación que aquí comento, más me convengo de que es un firme ideólogo de la nueva clase que emerge, la burguesía. Por lo que la propiedad que debe proteger el Estado, según una lectura atenta de su obra es la de dicha burguesía, hasta entonces, muy controlada su producción y apropiación por la nobleza, como ya sabemos; y la vida que estaba, hasta ahora, en peligro y que, a partir de ahora, protegerá, también, el monarca es también la de los miembros de esta clase, en unos momentos en los que, de lo que podía ser el pueblo, gozaban sólo de protección institucional los siervos de la gleba, previo hacer el juramento de fidelidad al señor. Y, ¿qué decir de las manifestaciones de libertad de contenido económico propias también de una clase secundaria y oprimida en el antiguo sistema político, en el que, a la burguesía, no le deja la clase feudal ni moverse sin pagar; o del derecho a educar a sus hijos, etcétera?

Pero, aclarado ya este punto, me llama mucho la atención que sea en Hobbes, precisamente, en quien se considera que está el origen doctrinal de la seguridad jurídica moderna. ¿Qué razones podría haber para ello? Entiendo que, con ser muy insuficiente, sólo podría encontrar yo

aquí una de cierta sustancialidad: su doctrina de la concentración del poder en el monarca iría también acompañada de la construcción de un Derecho fuerte, lo que facilitaría así, desde la vigencia de sus normas, la “certeza de derecho” que define la seguridad. Pero veamos, también: que la existencia de un Derecho fuerte, lo mismo puede dar seguridad que inseguridad, si antes no se programan debidamente dos cosas: 1) que el destinatario del derecho tenga claro que la ley no va a cambiarla el gobernante a su antojo, y 2) que tampoco es muy fácil para nadie cambiar las leyes con demasiada facilidad. Volvamos, pues al caso: Hobbes defiende un Derecho fuerte, nacido de un Estado fuerte, y con todo el poder concentrado en el monarca. El monarca, a partir de aquí, puede legislar y cambiar las leyes a su antojo. ¿Qué seguridad puede dar una tal situación política al ciudadano? ¿Hay suficientes razones para entender que Hobbes “es el autor de la teoría clásica de la seguridad jurídica”? Pienso yo más bien, a partir de aquí, que, en la edad moderna, no comienza la doctrina de la seguridad jurídica propiamente, hasta Locke, con su ya muy conocida división de poderes.

¿Es la seguridad jurídica un valor?

A pesar de que la intención de su autor fue simplemente hacer una breve introducción histórica a la temática de la seguridad, el libro se extiende mucho, en cambio, en el tratamiento histórico. En tal sentido, autores, como, además de los ya citados, Jeremy Bentham, y Gustav Radbruch, son tratados con cierta precisión, por lo que –y en lo que a mí aquí respecta–, además de tener que reducir los comentarios a su amplia parte histórica –esto es sólo una reseña– nos adentramos ya en la segunda parte del libro: “Las razones de la moralidad de la seguridad jurídica”. Hace, para ello una recapitulación de lo expuesto y se prepara ya también para el avance. Por lo que el primer epígrafe del capítulo lo titula “Recapitulación y avance.” Y en él escribe:

La primera parte de este trabajo se ha dedicado a mostrar mediante algunos ejemplos significativos, que la historia de la filosofía jurídica y política no favorece una consideración moral de la seguridad jurídica concebida en términos formales, primero, porque la filosofía jurídica y política moderna, representada aquí por Bodino, Hobbes y Locke, va-

lora normalmente una seguridad material concreta, la que se refiere a valores tales como la vida, la libertad o la propiedad, de manera que el derecho sólo se legitima en la medida en que garantiza la protección de dichos valores; segundo, porque más adelante sólo en apariencia se atribuye valor moral a la seguridad jurídica concebida en términos formales, en realidad esta atribución de valor moral sólo puede aplicarse coherentemente mediante la remisión a los valores materiales que el derecho vigente garantiza...

Este largo texto, no ofrece dudas siquiera que hagan necesaria su explicación. No obstante diré que la diferencia entre seguridad jurídica formal y material, como valor, alude sólo al valor que tiene el cumplimiento del derecho, derivado del valor –propiedad, libertad, y vida, etc.- que protege, mientras que la formal alude sólo al valor que tiene el cumplimiento del derecho como tal; por lo que dice, refiriéndose a la seguridad jurídica formal que, “ sólo en apariencia, se atribuye valor moral a la seguridad jurídica concebida en términos formales; en realidad esta atribución de valor moral sólo puede explicarse coherentemente mediante la remisión a los valores que el Derecho vigente garantiza (a mi juicio este es el caso tanto de Benthan como de Radbruch)” (149). En otros términos que, si bien de forma explícita se atribuye valor al cumplimiento del derecho cuando protege intereses determinados, de forma implícita, también, se atribuye valor a su cumplimiento porque, de algún modo este cumplimiento incide en la vigencia del ordenamiento, que, en su conjunto protege (aunque haya también, casos concretos en que no) intereses legítimos de los ciudadanos.

Y es aquí, donde el profesor García Manrique se explaya con soltura y precisión sobre cuestiones que –como la de los valores, y aquí en concreto el de la seguridad jurídica– bien podrían enmarcarse, también, en una cierta metafísica jurídica (sentida incluso con frecuencia, hasta, por autores que se presentan, algo así, como con una cuña positivista. Leámoslo:

Esta segunda parte se dedica al análisis del posible valor moral que corresponde asignar a la seguridad jurídica, a partir de ahora concebida como seguridad jurídica “formal”. La tesis que aquí sostendré es que la seguridad jurídica no es un valor moral, o no tiene valor moral, o para ser más preciso que los argumentos disponibles a favor de la moralidad de la seguridad jurídica no resultan suficientes (150).

Suficientemente explícito. Su punto de partida en el análisis al que se encamina anuncia ya su conclusión final –la seguridad jurídica no tiene valor moral–, al efecto de que el lector vaya valorando ya la conexión racional de su argumentación. Y continúa:

para ello procederé del siguiente modo: en primer lugar (capítulo III) identificaré la tesis que quiero refutar, esto es “la seguridad tiene valor moral”, explicaré en que sentido entiendo esta tesis, propondré un concepto de seguridad jurídica para saber exactamente de que estamos hablando, y avanzaré una razón que, en apariencia justifica la atribución de valor moral a la seguridad jurídica; esta razón es la predecibilidad de ciertas acciones (150).

Antes de continuar permítaseme hacer notar la lógica argumentación expositiva del autor: Y, como prueba de que su argumentación es conceptual, evitando, así la palabrería con sentidos sólo parecidos, él nos da también antes, su concepto de seguridad jurídica, evitando así cualquier malentendido argumental. Los que estamos acostumbrados a explicar conceptos –como el de derecho y moral, por ejemplo– con múltiples enfoques que, en la práctica, se reducen a los múltiples usos de una misma palabra, bien sabemos valorar esto.

Y continúa:

En segundo lugar, trataré de determinar la afinidad entre el concepto de seguridad jurídica y otros conceptos propios de la cultura jurídica, tales como los de certeza de derecho, moral interna de derecho, *rule of law*, imperio de la ley y Estado de derecho... En tercer lugar analizaré algunos argumentos utilizados para justificar el valor moral de la seguridad jurídica, y otros conceptos propios de la seguridad jurídica [...] Por último daré un argumento a favor de la negación de la tesis del valor moral de la seguridad jurídica, dado que, en el paso anterior, habré rechazado, espero que con fundamento, algunos argumentos a favor de su corrección pero eso no es suficiente para demostrar que se trate de una tesis incorrecta (150 y 151).

Enunciación de la tesis: “La tesis del valor moral de la seguridad jurídica” dice así: “la seguridad jurídica tiene valor moral” o la “seguridad jurídica es un valor moral”. Y el autor aclara: “lo cual significa que un estado de cosas que incluya la realización de la seguridad jurídica o

que favorezca esta realización es deseable por razones morales”(151)
Y concluye:

Como ya hice notar [...] de la corrección de esta tesis parece derivarse que la realización de seguridad jurídica en el ámbito de la acción de un sistema jurídico dota a éste de algún valor moral de manera que constituye una razón moral para la obediencia al mismo [...] pero no un deber incondicionado o absoluto, dado que pueden existir otras razones morales que promuevan la desobediencia a un sistema jurídico, incluso si en su ámbito de acción se realiza la seguridad jurídica (151).

Cuando leo estos párrafos tan próximos a una concepción trascendentalista del valor y así también de una común manera de entender lo de valor y valor moral, me parecería que leo a alguien distinto del Ricardo García Manrique que yo conozco. Pues ¿admite, realmente, el autor como aquí parecería prima facie una comprensión de los valores *strictu sensu*? Sigamos leyendo: “No examinaré en este trabajo ni el concepto de ‘moral’ ni el de ‘valor moral’, aunque acepto la posibilidad de que, en la discusión sobre el valor moral de la seguridad jurídica, dicho examen pueda ser relevante; si así fuera ello significaría que lo que aquí diga no es suficiente, pero espero que no innecesario o inútil” (151).

Este párrafo deja ya muy clara mi objeción y en una línea muy similar a la que era mi interpretación paralela a su primera lectura. Es decir: parte el autor (lo que no quiere decir que lo acepte) de que hay valores morales, no entrando así en el análisis de la fundamentación teórica de aquéllos, más, al encontrarse trabajando en un tema que toca, a aquél, y escribiendo, además, pensando en posibles lectores que admiten los valores como tales, y siendo necesario por evidentes razones de espacio y tiempo, partir de donde otras investigaciones han acabado, inicia su discurso, dando por válido que los valores existen y que su conocimiento es posible. A la legitimidad científica de esta manera de proceder, investigando, se refirió, también el mercantilista italiano Cesare Vivante, que cito en mi tesis doctoral, cuando escribe: “comiencese donde los anteriores han acabado, pues constituyendo las repeticiones un penoso engorro, no hay por qué aumentar la mole de dificultades tratando temas ya tratados”.

Salto yo aquí, en la lectura del libro, por razones también de tiempo y espacio (estoy haciendo simplemente una reseña) el concepto de seguridad jurídica, que para hacer posible la argumentación el autor nos da; salto también, la presentación de otros conceptos de seguridad jurídica que el autor también nos da y el de la predecibilidad como fundamento posible de la tesis, así como el capítulo IV dedicado a la “Afinidad con otros conceptos”; y me sitúo ya en la parte final de libro, en cuyo capítulo VI escribe que

El capítulo anterior se ha dedicado a mostrar una serie de argumentos ofrecidos a favor del valor moral de la seguridad jurídica y de conceptos afines y a tratar de refutarlos. Si fuese cierto que ninguno de ellos (de los argumentos dados sobre la seguridad jurídica) prueba dicho valor moral entonces cabría afirmar simplemente que el supuesto valor moral de la seguridad jurídica no ha sido todavía probado. Con ello, sin embargo, no se demostraría que la seguridad jurídica no tiene valor, sino sólo que los argumentos expuestos no sirven para demostrar que sí lo tiene (255).

Y concluye, marcándose ya el objetivo de este último capítulo: “Dedicaré, pues, este último capítulo a examinar la posibilidad de una consideración estrictamente instrumental, y por tanto no moral, de la idea de seguridad jurídica” (255).

Se me ocurre a mí aquí, una pequeña crítica, al contraponer, el autor, según yo entiendo, valor moral y utilidad instrumental de la seguridad jurídica, cuando escribe, (después de dar como no válidas todas las justificaciones teóricas de la seguridad jurídica como valor) lo que no quiere decir, según comenta, que ésta no tiene valor, sino simplemente, que las argumentaciones teóricas que se dan para aceptarlo no son válidas, por lo que, añade: “Dedicaré, pues, este último capítulo a examinar la posibilidad de una consideración estrictamente instrumental, y por tanto no moral, de la idea de seguridad jurídica”(255).

Pienso yo, sin embargo, que no siempre lo instrumental se contrapone al valor moral, pues, por ejemplo, la medicina –como buen hacer del médico para dar la salud al paciente- puede ser considerada, junto a su conveniencia técnica, como dotada también de un valor (“valor para”) moral, lo mismo que el amor puede ser considerado como un valor (“en sí”) moral o como un interés en sí desde su capacidad de dar

placer, por sí sólo, al que ama, sin remitirlo, como medio, a otro objetivo final. Así, pues, el problema de fondo, aquí, es otro (más que lo de la instrumentalidad versus el valor): O hay valores morales, o hay sólo intereses –intereses “en sí” como el de la salud (en sí mismo complacientes), o intereses *ab alio* como el de la medicina (complacientes en cuanto que conducen a tener salud)– contraponibles ambos tipos de intereses a lo que desde una concepción axiológica son los valores en sí frente a los valores para sí.

Por lo que esa contraposición entre no considerar la seguridad jurídica como valor y considerarla, en cambio sólo como un instrumento, sin ser inválida requiere una mayor precisión: que no es más que ésta: que el autor hace sinónimo instrumentalidad de conveniencia, –de lo que sería el ver los valores como meros intereses, en sí o para sí– (por proceder a una caracterización paralela a la de los valores) y de verlos en cambio, estrictamente como valores.

Así se entienden párrafos como el siguiente:

Como ya señalé en este trabajo, no hay nada en el argumento anterior que permita deducir un desprecio por la utilidad de las normas en general y de los sistemas normativos en general. Al contrario es muy probable que las normas sean herramientas esenciales para la vida humana. La apreciación de la necesidad de las normas para mejorar la vida de las personas lleva a menudo a dotarlas de un valor moral intrínseco, y esto sucede especialmente con las normas jurídicas dada su mayor importancia social, sin embargo, otras muchas cosas son esenciales para la vida humana, como el agua potable, pero a nadie se le ocurre decir que el agua tiene un valor moral (277).

Claro está, eso sería un absurdo, porque el valor moral alude a actos (valor de los actos), por eso concluye nuestro autor “aunque sí podría afirmarse que la forma en que se distribuye y usa el agua potable tiene valor moral, pero esto ya es otra cosa” (277). Está claro que es otra cosa, pues creo que se escapa ya un poco de lo que con la argumentación se pretende fundamentar.

Concluyendo:

La conclusión de este libro es la siguiente: la seguridad o cualquiera de las ideas afines a ella (certeza del derecho, moral interna del derecho, *rule of law*, imperio de la ley, etc.) no tiene valor moral, y por tanto no

puede justificar un deber moral, ni siquiera *prima facie*, de obediencia al derecho. Si este deber existe, deberá basarse en un análisis de los fines sustantivos de cada sistema jurídico particular y de los medios específicos que utilice para alcanzarlos (278).

Un inciso aclaratorio, para recordar que a García Manrique le aliena más bien una concepción positivista del derecho (que, como tal, no admite valores) por lo que esto que aquí dice ha de ser entendido en el contexto de –y dirigido a– quienes admiten el valor de la seguridad como posible. Por lo que:

Sólo cuando el juicio de moralidad de los fines y de los medios específicos sea positivo, será posible afirmar que la seguridad jurídica, en tanto medida de perfección o excelencia de un sistema jurídico genera deberes morales, para todos aquéllos (legisladores, jueces abogados) que desempeñan funciones jurídicas, y respecto de estas funciones (279).

Y concluye explícitamente, marcando muy claramente sus distancias con cualquier concepción del valor formal del derecho, y así también de su obediencia sin más:

En realidad esto sólo significa que el trabajo bien hecho sólo puede tener valor moral si sirve a valores morales, pero no que el criterio para medir el trabajo bien hecho tenga en sí un valor moral. Entretanto debemos tener en cuenta que el ejercicio del poder, mediante normas jurídicas supone uno de los mecanismos más efectivos de control social y de consecución de cualesquiera fines morales o inmorales. La seguridad implicada en el recurso al derecho no sólo garantiza a los individuos la capacidad de predecir la acción de los demás, y en especial, de los que poseen el poder social, sino que puede garantizar igualmente el éxito de este poder (279).

Y remarca sus distancias con el valor formal del derecho y de la seguridad jurídica, cuando escribe:

Desde el punto de vista moral este éxito puede ser tan deseable como indeseable, y por eso bien puede suceder que un mayor grado de seguridad jurídica, no suponga sino una extensión de un mayor grado de in-

moralidad. Sólo un análisis de los medios y de los fines propios de cada sistema jurídico particular nos dará la respuesta (279).

Me resulta esto evidente, y si no, que se lo pregunten a los negros que esperan su ejecución en el corredor de la muerte americano, asistidos por la certeza de que así va a suceder; cierto que también esta certeza de derecho tiene unos aspectos positivos: saben que no les va a linchar el carcelero ni otro preso, pero, comparando la seguridad que la ley les da, con su situación de no haber ley vigente, y así tampoco certeza de derecho, pienso que, para nada, les resultaría envidiable su situación de seguros jurídicamente, ni como interés ni como valor moral.

Pero claro está que, en un trabajo sugerente como éste, las preguntas que pueden hacerse tampoco cesan, por lo que, a mi, ahora se me ocurre ya la siguiente –y espero que también la última por evidentes razones de espacio–: Si García Manrique no admite el valor de la obediencia al derecho más que con un sentido finalista (todo depende de que el derecho proteja, o no, valores) ¿qué debe hacer, entonces el sujeto, cuando una norma en concreto es injusta pero, en cambio, importantes instituciones del derecho si lo son (pues desobedeciendo cualquier norma se merma también la vigencia del derecho en su conjunto, con lo que se mermará también así la obediencia a aquellas normas que protegen valores legítimos)? Quizás la lectura correcta aquí sea la de que, incluso siendo injusta, hay, que obedecerla, también, pero sólo porque, indirectamente (con su obediencia) se contribuye así a mantener la vigencia de otras normas, legítimas y eficaces.

En síntesis: Estamos ante un buen libro, sugerente y trabajado; acaso con una cierta voluminosidad de citas, que yo le aconsejaría suprimir en parte, sobre todo cuando los citados –como es normal entre los iusfilósofos– están dando vueltas y vueltas sobre el significado, simplemente, de una expresión, de significado siempre convencional, lo que podría ser un fruto también de una deformación profesional producida por la explicación, por ejemplo, de las distintas maneras de entenderse el concepto de derecho. He de decir, sin embargo, sin reservas, que el autor da la talla, incluso sin tener en cuenta, como criterio del nivel normal el mediocre material humano docente en el que normalmente contamos, y en el que la valía intelectual diríamos –hablando con optimismo– que no siempre es lo que más cuenta, y que, cuan-

do cuenta, lo hace sólo, o principalmente, como un elemento encubridor de otras “buenas” cualidades”, que, en realidad son las que incentivan su reclutamiento, y que, generalmente los jóvenes “aprovechables” pueden tener, también.

Recepción: 27/05/2008.

Aceptación: 31/10/2008.