

ENTRE EL DESEO Y LA RAZÓN. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ENCRUCIJADA. *SUB RATIONE BONI*¹

Between the desire and the reason.
Human rights at the crossroads. *Sub ratione boni*

J. J. MORESO

Universidad Pompeu Fabra

«*Quidquid homo appetit, appetit sub ratione boni*».

Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* I.^a-IIae q. 1 a. 6 co.

I. EL LIBERALISMO Y LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Hay pocas dudas de que el liberalismo político es una concepción que figura en el trasfondo de los diseños institucionales de las democracias constitucionales contemporáneas. Se trata de diseños institucionales nacidos históricamente con las revoluciones francesa y norteamericana en el siglo XVIII, elaborados con las ideas de los padres del liberalismo político, de John Locke a Jean-Jacques Rousseau². Y, es claro, la idea central del liberalismo político radica en conceder a la libertad la primacía normativa, de modo que aquellos dispuestos a usar la coerción para limitar la libertad corren con la carga de la justificación, lo que Gaus ha llamado *el principio liberal fundamental*. De ello se sigue la necesidad de justificación de todas las autoridades políticas y del derecho, en la medida en que limitan la libertad de los ciudadanos³.

¹ Recensión de Fernando Simón Yarza: *Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, 239 pp.

² La literatura es ingente y bien conocida. Para Europa puede verse Blanco Valdés (2010), para Estados Unidos, Ackerman (1993; 1998; 2014), y para el constitucionalismo iberoamericano, Gargarella (2013).

³ Una buena presentación de estas conocidas ideas en, por ejemplo, Gaus, Courtlan y Schmidt (2018).

Pues bien, Fernando Simón Yarza (2017) nos ofrece una articulada y perspicua presentación de algunas de las versiones más relevantes del liberalismo político en la actualidad, en los capítulos 3, 4 y 5 reconstruye las ideas de John Rawls, el filósofo político más influyente de los últimos cincuenta años, de Ronald Dworkin, que también es el filósofo del derecho más influyente de los últimos cincuenta años, y Jürgen Habermas, el último gran filósofo *continental*. La elección tiene todo el sentido del mundo, puesto que las reflexiones sobre los derechos humanos y su alcance y protección en el nivel nacional e internacional beben a menudo de estos autores. Y el libro de Fernando Simón pretende ser también una contribución a la justificación de los derechos humanos. Estos capítulos constituyen la segunda parte del libro, precedida de una primera parte, dedicada a exponer las ideas clásicas de, tal vez, los dos más grandes filósofos de la historia: Aristóteles e Immanuel Kant. Esta primera parte, fundamental para el autor, trata de mostrar, de un modo anticipatorio, que las concepciones de Aristóteles y de Kant evitan caer en los obstáculos a los que el liberalismo, en general, nos aboca⁴. Y estos obstáculos aparecen contados en la tercera parte del libro. Los obstáculos, dicho ahora algo abruptamente, son que el liberalismo supone, a menudo, una concepción subjetiva del bien humano, que algo es bueno solo significa que algo es deseado o anhelado por algún ser humano. Y, ello, siempre con arreglo al autor, lleva al liberalismo a defender la neutralidad del Estado frente a las diversas concepciones del bien y a una concepción que, a menudo, se conoce como *perfeccionismo*. En palabras de Wall (2017): «Todos los perfeccionistas defienden un enfoque del bien que es objetivo en el sentido de que identifica estados de hechos, actividades o relaciones que son buenas en sí mismas y no buenas en virtud del hecho de ser deseadas o disfrutadas por seres humanos». El libro termina con una cuarta parte más constructiva, destinada a poner los primeros rudimentos de un *liberalismo perfeccionista* de matriz aristotélico-tomista.

Considero el libro bienvenido al debate en nuestra cultura constitucional hispana por varias razones. La primera es clara, porque es un libro valioso que detecta con agudeza los problemas importantes de fundamentación y cualquier constitucionalista, tal vez menos versado en esta literatura, aprenderá mucho de su lectura. La segunda es que, me temo, la especialización y el aumento del conocimiento han hecho que cada uno, al menos en nuestra cultura, discuta, digámoslo así «con los suyos». Los analíticos, a los que pertenezco, que en filosofía política equivalen (o casi) a los *liberales igualitarios*, entre ellos; los críticos, a

⁴ Korsgaard (1986) trata de persuadirnos, con buenos argumentos, de que Aristóteles y Kant comparten, por razones diversas, una concepción racionalista de lo bueno capaz de concitar la dimensión subjetiva y la dimensión objetiva.

menudo partidarios de la filosofía hermenéutica continental, y últimamente de posiciones más bien *populistas*, entre ellos; los aristotélicos, en nuestra cultura, a menudo católicos, que son más conocidos por la defensa de posiciones *conservadoras* en cuestiones fundamentales que tienen que ver con la vida y la muerte de los humanos, entre ellos. Y, claro, los desacuerdos entre nosotros siguen aumentando. No estoy seguro, pero me temo que sí, que esta atomización de nuestros debates intelectuales es también causa del *faccionalismo* en el que está cayendo la política pública en España, en Latinoamérica y en el mundo en general⁵. El libro de Fernando Simón pone sinceramente las bases para un debate franco, un debate capaz de averiguar cuáles son nuestras discrepancias más profundas y ver de qué modo es posible tender puentes que nos permitan garantizar la estabilidad del proyecto liberal de sociedad bien ordenada. Y esta es la tercera y más importante razón para recomendar el libro, un libro que se halla en el centro de la razón práctica, allí donde confluyen la filosofía, la política y el derecho.

Esta razón tal vez me sirva de excusa para no ofrecer al lector un resumen de los retratos de los clásicos y contemporáneos ni una ordenada presentación de sus objeciones. Baste con decir aquí que la cuidadosa reconstrucción de Aristóteles de la mano de Tomás de Aquino es exquisita. Y si estuviéramos en un foro de debate sobre historia de las ideas, añadiría: ¿cómo el Aquinate, que no leía griego ni árabe, y que leyó siempre a Aristóteles en traducciones de estos idiomas al latín —la *Política* en la traducción que acababa de terminar Guillermo de Moerbeke hacia 1260 (Regan, 2007: vii-viii)—, fue capaz de captar como nadie el fondo de Aristóteles y de construir la monumental filosofía y teología cristianas a partir de esa lectura?

Lo que voy a hacer es lo siguiente. Voy a tratar de reconstruir el argumento que configura el esqueleto del libro. Y voy a tratar de presentar ordenadamente algunas objeciones a algunos de los pasos intermedios y, por lo tanto, también a la conclusión de dicho argumento.

Vaya por delante que en filosofía política me considero un *rawlsiano*⁶ y, por lo tanto, algunos de mis argumentos intentarán mostrar o bien que Rawls puede escapar a las objeciones que Fernando Simón plantea o bien, en otros casos, que tiene buenas razones para defender sus puntos de vista.

⁵ El faccionalismo que tan bien vislumbraba James Madison en el número 10 de *El Federalista* (Hamilton, Madison y Jay, 1999).

⁶ Un miembro, si se quiere, de la *izquierda rawlsiana*, porque, como sucediera con Hegel, son ahora muchos los que reclaman su legado. Hago esta precisión por lo que se refiere a mi posición en cuestiones de justicia distributiva, por cierto, la ausencia más sorprendente del libro de Fernando Simón, ni una palabra sobre las consecuencias de las tesis argüidas para la justicia distributiva.

II. EL ESQUELETO DEL ARGUMENTO DE FERNANDO SIMÓN

Según Fernando Simón, la primacía normativa que el liberalismo otorga a la libertad presupone una concepción *subjetiva* de lo bueno, aquello que es bueno depende de aquello que los seres humanos de hecho deseamos o preferimos. Simón, por ejemplo, afirma (2017:132):

Si se parte de una naturaleza teleológica del hombre, puede afirmarse que más allá de las inclinaciones y deseos que experimente *de facto* un ser humano, existen unos intereses objetivos que le vienen dados por naturaleza y de los que no puede disponer arbitrariamente. La relativización de sus intereses a inclinaciones subjetivas, como ya se ha reiterado, hace de la liberación del deseo un principio hermenéutico clave para comprender el entendimiento de los derechos. El logro de la vida humana sólo puede determinarse entonces en función de la perspectiva de la persona de cuya realización se trata.

Y es esta concepción subjetiva de lo bueno la que genera la tesis rawlsiana (Rawls, 1988) de la primacía de lo correcto sobre lo bueno. Los principios de justicia, sobre todo el primer principio rawlsiano que garantiza las libertades y derechos básicos, configuran el marco de los planes de vida realizables en una sociedad democrática, en ese marco cualquier plan de vida es valioso y queda en manos de los ciudadanos, con arreglo a sus deseos y preferencias, la realización de los diversos bienes posibles.

Y de ahí surge el principio, *no perfeccionista*, de neutralidad del Estado frente a los diversos planes de vida. La tolerancia liberal, por así decirlo, tiene un fundamento escéptico acerca de los fines propios de la vida humana, acerca de la teleología de lo humano, a lo que se refiere muchas veces el autor. Y si no escepticismo, al menos una inquietante *abstinencia epistémica* al respecto⁷.

Esto es, rechazar la neutralidad del Estado y aceptar algunas políticas perfeccionistas comportan el rechazo también de la tesis de la prioridad de lo correcto sobre lo bueno y la tesis del subjetivismo de los valores.

Antes de tratar de mostrar que estas tres tesis son independientes entre sí y que solo es parte del núcleo del liberalismo político la tesis de la prioridad de lo correcto, que por sí sola comporta un no perfeccionismo muy limitado, debo reconocer que algunas versiones del liberalismo abrazan estas tres tesis.

La tesis del subjetivismo de los valores es una tesis atribuible a algunos pasajes de David Hume, el más famoso tal vez aquel en el que dice que «no es contrario a la razón preferir la destrucción del mundo entero a un rasguño en

⁷ Por ello la crítica de Raz (1990) a Rawls (por ejemplo, 1988) y Nagel (1987).

mi dedo» (Hume, 1975: 2.3.3.6). Para Hume, los deseos son pasiones, es decir, no son algo que racionalmente activamos nosotros, sino algo que nos sucede y que explica nuestras acciones: el deseo de beber agua más la creencia de que el vaso frente a mí contiene agua es lo que explica que yo me beba el contenido del vaso. La racionalidad es solo instrumental, referida a mis creencias. No hay racionalidad de los deseos.

Esta es la lectura estándar de la teoría humeana de la motivación. Una tesis influyente pero ampliamente controvertida. En su versión más robusta, no hay propiamente *razón práctica*, más que como un mero instrumento al servicio de los deseos y las pasiones, no sujetos a la racionalidad. No es tan claro, sin embargo, cómo esta posición que algún día fue predominante en muchos departamentos de filosofía (pero ya no lo es más) bajo el nombre de *emotivismo moral* estaba en condiciones de producir la tesis de la prioridad de lo correcto ni la tesis de la neutralidad del Estado acerca de los diversos planes de vida. Me atrevo a conjeturar que se creía, como algunas veces todavía se cree, que la consciencia de que no hay un espacio para la objetividad en moral irá produciendo de modo benéfico una cierta tolerancia que, al final, redundará en algo como la neutralidad para hacer posible la convivencia de las plurales convicciones.

Debe apreciarse que no hay ningún argumento que asegure este tránsito, si no hay razones para aceptar un espacio de objetividad en materia moral, no hay razones tampoco a favor de la tolerancia ni de la intolerancia, como ha de resultar obvio.

Por lo tanto, frente a esta versión del liberalismo, subjetivista extremo acerca de los valores, tal vez valen las críticas de Fernando Simón. Se trata de una concepción sumamente frágil, incapaz de proporcionar la estabilidad fundada en el mutuo reconocimiento y la reciprocidad que requiere cualquier sociedad humana.

Sin embargo, a continuación, voy a tratar de mostrar que la tesis de la prioridad de lo correcto sobre lo bueno no presupone el subjetivismo acerca de los valores y que solo implica una tesis débil de la neutralidad, compatible con diversas políticas públicas en el ámbito de los planes de vida de las personas.

III. LA TESIS RAWLSIANA DE LA PRIORIDAD DE LO CORRECTO

Antes de analizar la tesis rawlsiana, es preciso aclarar que, en mi opinión, mientras la tesis del subjetivismo de los valores ha de ser rechazada, la tesis sobre la motivación de las acciones humanas queda abierta al debate filosófico. Hay autores que sostienen que son los deseos (o, en general, las actitudes *conativas*) los que explican las acciones humanas, aunque para

justificarlas debemos apelar no a los deseos que contingentemente tenemos, sino a aquellos que tendríamos si fuésemos racionales (con un conjunto unificado y coherente de deseos, sin pasiones compulsivas ni debilidad de la voluntad), a razones ya no *motivacionales* sino *normativas*. Y aquí, como es obvio, podemos generar de nuevo un espacio de razones, en donde la objetividad puede ser restaurada⁸.

Sin embargo, la tesis del subjetivismo acerca de los valores me parece que debe ser rechazada. Un argumento reciente de Enoch (2011) me parece concluyente: si los juicios morales fuesen la expresión de meras preferencias subjetivas, entonces elegiríamos entre ellas usando algo semejante a la *imparcialidad* que usamos cuando, entre dos amigos, uno prefiere ir al teatro y otro al cine, si no hay otras razones (la última oportunidad de ver actuar una gran actriz o algo semejante del contexto), tirar una moneda al aire o decidir los miércoles tú y yo los viernes es todo lo que debemos hacer. Sin embargo, si la preferencia de uno fuese ir a ver una *snuff movie*, la resistencia del otro a someterse al requisito de imparcialidad sería hacer lo debido. Enoch presenta lo que denomina la tesis del *subjetivismo* caricaturizado del siguiente modo (*ibid.*: 25): «Los juicios morales expresan preferencias simples, que están exactamente a la par con una preferencia por jugar al tenis o ir al cine».

Y este es el argumento para la refutación, un argumento que —como puede verse— es una instancia de *reductio ad absurdum* (*ibid.*: 25-26):

- (1) Subjetivismo caricaturizado (para la *Reductio*).
- (2) Si el subjetivismo caricaturizado es verdadero, entonces los conflictos interpersonales debidos a desacuerdos morales son realmente sólo conflictos interpersonales debidos a diferencias en meras preferencias (del contenido del subjetivismo caricaturizado).
- (3) Por lo tanto, los conflictos interpersonales debidos a desacuerdos morales son sólo conflictos interpersonales debidos a meras preferencias (de 1 y 2).
- (4) IMPARCIALIDAD, esto es, más o menos: cuando un conflicto interpersonal (de la clase relevante) es una cuestión meramente de preferencias, entonces una solución imparcial, igualitaria es requerida, y es incorrecto mantener la posición propia.

⁸ Esta es la vía de Smith (1987; 1994). Toda la cuestión gira respecto de la fortuna del internalismo de las razones defendido por Williams (1979). Recientemente Rodríguez-Blanco (2014) ha elaborado una poderosa crítica a la concepción humeana, de impronta aristotélica (vía Anscombe, 1957), explicando las acciones humanas «under the guise of the good», para aplicarlo al ámbito de las razones jurídicas para actuar.

(5) Por lo tanto, en casos de conflicto interpersonal (de la clase relevante) debidos a desacuerdos morales, una solución imparcial, igualitaria es requerida y es erróneo mantener la propia posición (de 3 y 4).

(6) Sin embargo, en casos de conflicto interpersonal (de la clase relevante) debidos a desacuerdos morales a menudo una solución imparcial *no* es requerida, y es permisible, incluso debido, mantenerse en la propia posición (de la sección previa).

(7) Por lo tanto, el subjetivismo caricaturizado es falso (de 1, 5 y 6, por *Reductio*).

No obstante, la aceptación de la objetividad de los valores no conlleva, según creo, el rechazo de la tesis de la prioridad de lo correcto sobre lo bueno. En palabras de Rawls (1988: 251-252): «En la justicia como equidad, la prioridad de lo correcto implica que los principios de la justicia (política) establecen límites a los planes de vida permisibles; una vez establecidas las pretensiones de los ciudadanos respecto a los fines a alcanzar, aquellos que transgreden los límites no tienen peso [...]. En una frase: la justicia traza el límite, el bien revela el significado (“justice draws the limit, the good shows the point”) [...]. De modo que lo correcto y lo bueno son complementarios».

Comprendido así, como puede verse, la prioridad de lo correcto no presupone una concepción subjetiva de lo bueno. En Rawls hay, como Fernando reconoce en su libro, los rudimentos para la elaboración de una teoría de lo bueno, que se enraíza en la adopción de lo que Rawls (1971: 374-376) denomina el *principio aristotélico*, con arreglo al que es un básico principio de la motivación humana, aquel según el cual los seres humanos disfrutan de la actualización de sus potencias (sus capacidades innatas o adquiridas) y este disfrute aumenta en la medida en que la potencia es más realizada o la complejidad es mayor. El efecto que acompaña a este principio hace que cuando somos testigos de estos desempeños en otras personas surja en nosotros el deseo de hacer las mismas cosas que ellos. Y ello, según Rawls, guarda relación con las bases del autorrespeto, que constituyen uno de los bienes primarios de la justicia como equidad. En este sentido (Wall, 2014a; 2014b), estas reflexiones constituyen el germen de una concepción del bien intrínseco en la justicia como equidad rawlsiana, y permiten conjeturar el modo de acomodar algunas políticas perfeccionistas en dicha doctrina.

Es cierto, por otro lado, que Rawls rechaza el perfeccionismo explícitamente, pero por él comprende una teoría ética teleológica que lleva (Rawls, 1971: 325) «a la sociedad a organizar las instituciones y otorgar derechos y obligaciones a los ciudadanos para maximizar el logro de la excelencia en el

arte, la ciencia y la cultura». Una posición que Rawls asociaba con la filosofía *elitista* de F. Nietzsche (véase sobre ello Arneson, 2000).

Lo que comporta únicamente que el perfeccionismo así entendido no es un candidato plausible, en la posición original, a principio de justicia, y no lo es porque las libertades individuales de muchos podrían ser cercenadas en pro de la excelencia de unos pocos.

Lo único que la prioridad de lo correcto comporta, en este ámbito, es la no imposición de planes de vida, porque si la coacción se usara para obligar a seguir un modo de vida determinado, entonces la dignidad humana es la que sería vulnerada. En este sentido, mínimo si se quiere, la prioridad de lo correcto sobre lo bueno comporta la neutralidad del Estado sobre los diversos planes de vida. Supongamos que es una buena cosa, como yo acepto, disfrutar de la música barroca. En ese sentido, un mundo en donde mi hija y yo asistimos esta tarde a un concierto de música barroca de Jean-Philippe Rameau, por ejemplo, es un mundo con una dimensión valiosa al menos. Sin embargo, si mi hija no alcanza a disfrutar de la música de Rameau y yo la obligo a acompañarme, entonces este mundo es peor desde el punto de vista axiológico que el mundo en donde yo voy solo y ella se queda en casa viendo una serie de Netflix. Es peor porque la coacción arruina el valor del concierto para ella⁹.

Y este es el sentido de neutralidad que Rawls destaca en su teoría y que necesitamos rescatar. Por cierto, se trata del mismo argumento que en el Concilio Vaticano II se usó para defender la libertad religiosa, contra la posición anterior de la Iglesia católica. Es obvio que la Iglesia considera del máximo valor profesar la fe cristiana y vivir de acuerdo con ella. Sin embargo, en la *Dignitatis humanae* (Concilio Vaticano II, 1965: I.2) se afirma:

Este Concilio Vaticano declara que la persona humana tiene derecho a la libertad religiosa. Esta libertad consiste en que todos los hombres han de estar inmunes de coacción, tanto por parte de individuos como de grupos sociales y de cualquier potestad humana, y esto de tal manera que, en materia religiosa, ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia, ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público, sólo o asociado con otros, dentro de los límites debidos. Declara, además, que el derecho a la libertad religiosa está realmente fundado en la dignidad misma de la persona humana, tal como se la conoce por la palabra revelada de Dios y por la misma razón natural. Este derecho de la persona humana a la libertad religiosa ha de ser reconocido en el ordenamiento jurídico de la sociedad, de tal manera que llegue a convertirse en un derecho civil.

⁹ Se trata de un argumento relevante en la argumentación de Dworkin (1990).

Es decir, aun si el ser humano está, conforme a la doctrina cristiana, ordenado a tener la relación con Dios, con los demás y consigo mismo que establece el catolicismo, ello carece de valor y viola la dignidad humana si se procura de manera coactiva. No es de extrañar que este pasaje de la declaración conciliar sobre la libertad religiosa le parezca a Rawls (1997: 796, nota 75) la prueba meridiana de la aceptación de la Iglesia católica de la tesis de la prioridad de lo correcto como núcleo de la doctrina del liberalismo político.

Sin embargo, debe quedar claro, esta es la única tesis *mínima* de la neutralidad. Una tesis compatible con diversas y parciales políticas perfeccionistas. Porque como quiere Joseph Raz, un liberal *perfeccionista* (1986: 133), ciertas concepciones del bien carecen de valor o incluso son dañosas para los humanos, y procurar eliminarlas del conjunto de elección de los humanos no disminuye su autonomía sino que la robustece. O porque sin desear coaccionar a los humanos en aquellos deberes para consigo mismos, la política puede establecer mecanismos indirectos que apunten *aspiracionalmente* las actividades de excelencia y el cultivo de las virtudes (recientemente, Kramer, 2017). O bien, huyendo absolutamente del perfeccionismo *elitista* nietzscheano, algunos han intentado ampliar la noción de naturaleza humana y de su bien intrínseco más allá de Rawls, y han construido un liberalismo más perfeccionista y aristotélico, a veces denominado *socialdemocracia aristotélica*, me refiero como es claro a las contribuciones de A. Sen y M. Nussbaum tratando de establecer qué potencias y qué realizaciones de ellas son de la esencia humana¹⁰.

Es más, algunos autores defensores de la existencia de algunos bienes humanos intrínsecos, como Finnis (1980) o Raz (1986), sostienen también que estos bienes no son susceptibles de ser jerarquizados de antemano, que son inconmensurables entre ellos. Y de dicha inconmensurabilidad algunos obtienen la consecuencia de la neutralidad del Estado. Dicho algo precipitadamente: dado que estos plurales planes de vida son inconmensurables, el Estado no debe decantar la solución. Se trata de una idea controvertida (ver críticamente Arneson, 2000) que merece una discusión pausada en la que no es posible detenerse aquí.

En resumen, el liberalismo político está solo comprometido con la idea de la prioridad de lo correcto sobre lo bueno. De ello se deduce que las

¹⁰ Entre nosotros las expresiones «capabilities» y «functionings» son traducidas siempre como «capacidades» y «funcionamientos». Pero dado el origen aristotélico (bien argüido por Nussbaum tantas veces) de estas expresiones, me inclino por «potencias» y «realizaciones» (a veces «actualizaciones»), que es como «dynamis» y «energeia» han sido siempre traducidos al español filosófico. Véase, por ejemplo, Sen (1982; 1985), Nussbaum (1990; 1992) y Nussbaum y Sen (1993).

autoridades públicas únicamente pueden usar la coacción, normalmente (quedan algunas políticas paternalistas defendibles) bajo el *principio del daño*, para evitar un daño a terceros. Sin embargo, el liberalismo es compatible con diversas metaéticas (hay liberales realistas en moral, más aristotélicos, y los hay constructivistas, más kantianos), también con diversas éticas normativas (hay liberales consecuencialistas y hay liberales deontológicos): en la casa del liberalismo político hay muchas moradas. Tal vez la única posición que debe rechazarse sea el subjetivismo radical, que tiene consecuencias ampliamente relativistas¹¹. De un modo similar, el principio del daño es compatible con la adopción de multitud de medidas no coactivas que, por así decirlo, dotan de sentido a nuestra autonomía personal, haciendo más cabales nuestras decisiones.

IV. BACK TO BASICS

Es sorprendente, no obstante, que cuando uno llega a la parte crítica del libro, no se halla principalmente, como podría esperarse, con la defensa de determinadas políticas más o menos elitistas a favor de determinada concepción el bien. Más bien encontramos allí un regreso a las cuestiones fundamentales de cualquier concepción de la moralidad, previa incluso a nuestra noción de la justicia. Fernando Simón nos lleva, en casi todos sus ejemplos, a la cuestión fundamental del *status moral*, de quiénes tienen *status* de agente moral. Una cuestión que se halla en la encrucijada entre la teoría ética y la metafísica. No creo que esta cuestión pueda resolverse mediante un debate acerca del perfeccionismo en política, la verdad. Requiere de nuestro paciente esfuerzo como filósofos. Incluso una cuestión como la *teleología*, que parecía excluida de la filosofía contemporánea, ha regresado de un modo u otro, y, por ejemplo, Tom Nagel (2012) ha defendido una visión antirreduccionista del mundo, aunque no religiosa, en la cual para hacer lugar a la conciencia, al conocimiento y a los valores en el universo, es necesario defender algún tipo de teleología, como quería Aristóteles.

Sin embargo, y este es el núcleo del segundo gran libro de Rawls (1993), es improbable que las grandes concepciones comprensivas que tenemos los ciudadanos en una sociedad *plural* converjan. Por ello, Rawls sostiene que el ámbito de la razón pública, el ámbito de la política, debe conformarse con un *overlapping consensus* entre estas doctrinas comprensivas y razonables. En

¹¹ Pero este subjetivismo, desafortunadamente, era el de los más grandes *iusfilósofos* del siglo xx: Kelsen (por ejemplo, 1955), Ross (1958) y, tal vez, Hart (1994).

los últimos principios (metafísicos, religiosos) es difícil que nos pongamos de acuerdo, pero tal vez es posible encontrarnos en lo que una vez fue llamado «the region of middle axioms» (Sidgwick, 1902: 7). Para que nuestros diseños institucionales sean estables, es necesario que los elaboremos desde este punto de vista común. Y, me parece, deberemos adentrarnos en esta región sin haber resuelto problemas tan serios como los del *status* de agente moral: todos los seres humanos desde el momento de la concepción hasta la muerte, los seres humanos sentientes, los animales sentientes con cierto grado de desarrollo, los seres dotados de autonomía, la capacidad de elaborar y elegir racionalmente planes de vida futuros, etc.

En este punto, lo que le diría a Fernando Simón es que considere también las dificultades que su propia concepción, defensora del estatus de agente moral unido al hecho de ser un miembro de la especie humana, debe afrontar cuando trata de elaborar una doctrina que todos podamos compartir. Dedicaré el próximo epígrafe, el penúltimo, a esta cuestión.

V. EL CASO MAINUMBY

Durante el mes de abril de 2015, la opinión internacional quedó conternada por el hecho de que una niña de diez años, paraguaya, había sido violada varias veces por la pareja de su madre hasta quedar embarazada. El aborto en Paraguay es ilegal, incluso en el caso de violación. Y aunque determinadas organizaciones internacionales, como, por ejemplo, Amnistía Internacional, solicitaron al Gobierno paraguayo que considerara una excepción en este caso, el Gobierno paraguayo se negó. Unos meses después, Mainumby —no su nombre real, como se conoce a la niña para preservar su intimidad— tuvo una hija y afortunadamente las dos salieron con vida de este difícil lance¹².

Creo que también Fernando Simón reconocerá que este no es un caso fácil. Que hacer recaer en esa pobre familia paraguaya la tremenda responsabilidad de tener una hija, poniendo en peligro —como ha de resultar obvio— la salud de la madre de diez años, no es una decisión que pueda tomarse a la ligera.

Es por ello que algunos filósofos liberales, como J. J. Thomson, intentaron un día elaborar un argumento para este tipo de casos que no suponga discutir el estatus de agente moral del feto. Supongamos que todos los embriones humanos tienen estatus de agentes morales, dice J. J. Thomson,

¹² Puede hallarse una información ecuanime si uno lee los dos puntos de vista, en <http://bit.ly/2BQtESi> y en <http://bit.ly/2Eez0Xx>.

¿se deriva de ello que el aborto debe ser siempre jurídicamente impermisible? Y Thomson imagina una situación hipotética, un *Gedankenexperiment*, para tratar de mostrarnos que no se deriva dicha conclusión. Thomson (1971) nos invita a imaginar que un día despertamos, espalda con espalda, con nuestros riñones unidos a los de un famoso violinista, que necesita un tratamiento de nueve meses precisamente y hasta entonces precisa de nuestros riñones, que son compatibles con los suyos, para sobrevivir. Si es desconectado de nuestros riñones, entonces morirá. Es obvio que el famoso violinista es un agente moral. Es obvio también que si alguien en esta situación decide *supererogatoriamente* quedar conectado y permitir al violinista que sobreviva, entonces merecerá nuestro elogio y admiración. Pero la pregunta de Thomson es otra: ¿es impermisible desconectarse del violinista? ¿Tenemos un deber moral de seguir conectados a él? Y, argumenta Thomson, ninguna de las concepciones que sostienen nuestro deber de socorro frente a otros llegaría tan lejos de hacer de este comportamiento un comportamiento debido.

Es mi opinión que el ejemplo de Judith Thomson debe hacernos reflexionar sobre la permisibilidad del aborto, al menos en casos de violación, y pienso yo también que en otros casos. Trayendo el caso a la región de los principios de nivel intermedio, por así decirlo, es como F. Kamm (2002) usa el argumento de Thomson, precisamente.

Comprendo que se trata de una cuestión controvertida y que los católicos no están de acuerdo. Finnis (1973), por ejemplo, replicó a Thomson, si lo comprendo bien, aduciendo de nuevo la doctrina (de origen católico) del *doble efecto*, que autoriza a causar un mal como consecuencia de una intención oblicua, que no sea un medio necesario para alcanzar el bien, siempre que la intención directa sea buena y que el mal causado sea proporcionado e inevitable. Así, de acuerdo con la doctrina católica, si una mujer embarazada contrae un cáncer de útero, es permisible extirpar el útero, a sabiendas de que causará también la muerte del embrión, dado que la intención directa es curar el cáncer y no hay otro modo de hacerlo. Sin embargo, si en el parto surge una complicación porque la cabeza del bebé acabará produciendo la muerte de la madre, el médico —según esta versión de la doctrina— no está autorizado a realizar una craneotomía, porque en este caso la muerte del hijo es un medio necesario para salvar a la madre. Entonces, el caso del violinista estaría cubierto por el doble efecto, pero no el caso de Mainumby. Debo confesar que, para mí, no siempre es cristalina la diferencia entre este tipo de casos¹³.

¹³ Y no solo para mí, véanse, por ejemplo, Foot (1967) y Hart (1968: cap. 5). Un análisis pausado de la doctrina del doble efecto, en McIntyre (2019).

Pero no quiero dar aquí argumentos concluyentes a favor de ninguna posición. Deseo argumentar cómo, en estos casos, debemos buscar, imaginar —la imaginación es una gran aliada en las elucubraciones morales—, situaciones en las que podamos estar de acuerdo.

Algo semejante sucede, me parece, en muchos de los otros ejemplos de la tercera parte del libro de Fernando Simón. Se trata, previsiblemente, de la eutanasia, de la gestación por subrogación, de las modificaciones eugenésicas. Creo que en muchos de estos casos la respuesta no ha de ser necesariamente dicotómica. A mí, por ejemplo, la gestación por sustitución totalmente altruista (una madre que lo hace por su hija, que, felizmente casada, tiene algún problema que no le permite la anidación de los embriones, pero padre, madre y la futura abuela están totalmente de acuerdo) me parece razonable, pero no veo clara la autorización a generar un mercado de vientres de alquiler.

Todo ello requeriría, es obvio, una discusión más pausada. Pero termino con una reflexión sobre la eutanasia. Aquí también la doctrina católica rechaza plenamente la eutanasia activa, aunque puede aceptar la pasiva, en el sentido de no seguir realizando tratamientos médicos para ya solo dilatar la vida del paciente moribundo, contra su voluntad, que ya van a quedar en una especie de *ensañamiento terapéutico*. Ahora bien, hay casos, me parece, en los que la eutanasia activa y la pasiva son desde el punto de vista causal indistinguibles. Supongamos el caso de Cayo, que sufre un ictus muy grave, los médicos unánimemente dicen que no hay nada que hacer, pero que, conectado a la máquina, vivirá una semana más, y si no se le conecta tal vez solo un par de días. De acuerdo con la doctrina católica, no conectarlo es permisible. Supongamos otro caso, de Sempronia, que, ya en el hospital y conectada al aparato por problemas no de vida o muerte, también tiene un ictus grave, los médicos dicen lo mismo que en el caso anterior. Pero ahora la decisión es si hay que desconectarla de la máquina. Creo que la doctrina católica diría que este es un caso de eutanasia activa, y que no podemos desconectarla. No alcanzo a ver la relevancia moral del hecho, casual y contingente, de que Sempronia ya estuviera conectada a la máquina, y entonces debe seguir estándolo. Y si no hay esta diferencia entre eutanasia activa y pasiva, entonces tal vez algunos argumentos contra la eutanasia deban ceder¹⁴.

¹⁴ También Simón se refiere al informe presentado como *Amici curiae* por Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Tim Scanlon y Judith Jarvis Thomson, en los casos ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos: *State of Washington et al. v. Glucksberg et al.* y *Vacco et al. v. Quill et al.*, defendido el 8 de enero de 1997 (Dworkin *et al.*, 1997).

Bien, supongo que ya es claro el tipo de discusiones que —en mi opinión— deberíamos tener en estos casos controvertidos y recalcitrantes. Instalados cada uno en nuestras concepciones comprensivas, no creo que seamos capaces de llegar a los acuerdos, en un clima de reciprocidad, que precisamos.

VI. Y AL FINAL SIEMPRE EL *JUDICIAL REVIEW*

En el último capítulo, el capítulo décimo, Fernando Simón se enfrenta con el problema con el que siempre acaban nuestros debates entre democracia y derechos. Aun si estamos de acuerdo en que la doctrina de la justicia exige el respeto de un *coto vedado* de los derechos (Garzón Valdés, 1989), de *una esfera de lo indecible* (Ferrajoli, 2007: vol. II.13), entonces precisamos de una doctrina de la autoridad institucional, una doctrina que nos diga quién decide lo que hay y con qué alcance en dicha esfera. Los temores que el autor aduce frente al activismo judicial son conocidos y él parece decantarse hacia una posición mucho más deferente con el Poder Legislativo. Se trata de una cuestión crucial, sin duda alguna, y el equilibrio aquí no es fácil. Debemos dejarlo para otra ocasión¹⁵, aunque una de las razones que Simón aduce para la primacía del Legislativo, una cierta confianza en el canon interpretativo *originalista*, me parece desencaminada. Y voy a terminar mostrando las razones de mi opinión.

El canon *originalista*, al fin y al cabo, una versión de la añeja doctrina *subjetiva* de la interpretación, propone interpretar los textos como si se tratara de *recuperar* las intenciones de las autoridades que los aprobaron, o bien, tal vez mejor, como esos textos eran entendidos por los ciudadanos del momento en que se dictaron¹⁶. Esta operación conlleva consecuencias muy implausibles, ya no al interpretar la Constitución, sino al interpretar la mayoría de textos legales. Por ejemplo, antes de la reforma reciente de nuestra legislación procesal civil, la vieja Ley de Enjuiciamiento (como la nueva) establecía que son inembargables los instrumentos necesarios para el ejercicio de un oficio, con esta doctrina de la interpretación hay que suponer que hasta el año 2000 los

¹⁵ Es sabido que en el mundo anglosajón, en la discusión reciente, el más crítico y seguidor de la dificultad contramayoritaria ha sido Waldron (1998; 2006) y el mayor defensor del *judicial review* ha sido Dworkin (1996). Entre nosotros, más cerca de Waldron, Gargarella (1996), Bayón (2004) y Atria (2016); en Moreso (2009, primera parte) se encontrará una defensa más o menos dworkiniana del *judicial review*.

¹⁶ Su más relevante y agudo defensor, el anterior magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos A. Scalia (1997).

ordenadores podían ser embargados a un abogado, por ejemplo, dado que los ni legisladores ni los ciudadanos del siglo XIX podían pensar en ellos. Es más, es razonable creer que el legislador del año 2000 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil no considerara (porque todavía no habían sido creadas) las tabletas i-Pad como objetos a los que se refiere el art. 606.2: «Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada». Pero un abogado podría argüir a favor de la inembargabilidad del i-Pad de otro abogado demandado en 2019. No quiero decir que la cuestión es clara, tal vez sería controvertida, quiero decir que nadie consideraría un argumento plausible que el i-Pad es embargable porque como en el año 2000 no había no podían incluirlos en dicho contenido.

Comparto la necesidad de hallar algún modo en el que el diálogo entre las diversas ramas del gobierno (aquí la legislativa y la judicial) sea fructífero y alimemente, en vez de socavar, nuestra democracia deliberativa. Y este es un desafío del constitucionalismo de nuestros días. Sin embargo, aquí solo deseo advertir de que el *originalismo* como canon interpretativo no está en condiciones de ofrecernos casi nada de valor para progresar en ese diálogo. Algo que, en cambio, si nos ofrece el libro de Fernando, que nos obliga a seguir deliberando para encontrar el diseño institucional que muestre el mayor respeto a nuestros derechos y nos permita desarrollar plenamente nuestras concepciones del bien.

Bibliografía

- Ackerman, B. (1993). *We the People. Vol. 1. Foundations*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- (1998). *We the People. Vol. 2. Transformations*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- (2014). *We the People. Vol. 3. The Civil Rights Revolution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Anscombe, G. E. M. (1957). *Intention*. Oxford: Basil Blackwell.
- Arneson, R. J. (2000). Perfectionism in Politics. *Ethics*, 111, 37-63. Disponible en: <https://doi.org/10.1086/233418>.
- Atria, F. (2016). *La forma del Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Bayón, J. C. (2004). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En J. Betegón, F. Laporta, J. R. Páramo y L. Prieto Sanchís (comps.). *Constitución y derechos fundamentales* (pp. 67-118). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Blanco Valdés, R. L. (2010). *La construcción de la libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*. Madrid: Alianza Editorial.
- Concilio Vaticano II (1965). *Dignitatis humanae*. Disponible en: <https://bit.ly/1Ny0Leg>.

- Dworkin, R. (1990). Foundations of Liberal Equality. En G. B. Patterson (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values* (pp.1-119). Salt Lake City: University of Utah Press.
- (1996). *Freedom's Law. The Moral Reading of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, R., Nagel, T., Nozick, R., Rawls, J., Scanlon, T. y Thomson, J. J. (1997). Assisted suicide: the philosophers' brief. *The New York Review of Books*, 41-47.
- Enoch, D. (2011). *Taking Morality Seriously*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199579969.001.0001>.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia Iuris. Teoría del derecho e della democrazia* (3 vols.). Roma-Bari: Laterza.
- Finnis, J. (1973). The Rights and Wrongs of Abortion: A Reply to Judith Thomson. *Philosophy and Public Affairs*, 2, 117-145.
- (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Foot, P. (1967). The problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect. *Oxford Review*, 5, 1-7.
- Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.
- (2013). *Latin American Constitutionalism. The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Garzón Valdés, E. (1989). Representación y democracia. *Doxa*, 6, 143-164. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA1989.6.07>.
- Gaus, G., Courtlan, S. D. y Schmitz, D. (2018). Liberalism. En Edward N. Zalta (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (edición de la primavera de 2018). Disponible en: <https://stanford.io/2ExnLuZ>.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (1999). *The Federalist Papers*. New York: Buccaneer Books.
- Hart, H. L. A. (1968). *Punishment and Responsibility*. Oxford: Oxford University Press.
- (1994). Postscript. En P. Bulloch y J. Raz. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hume, D. (1975 [1739-1740]). *A Treatise of Human Nature* (L. A. Selby Bigge, ed., rev. por P. H. Nidditch). Oxford: Oxford University Press.
- Kamm, F. (2002). *Creation and Abortion: A Study in Moral and Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Kelsen, H. (1955). The Foundations of Democracy. *Ethics*, 66, 1-101. Disponible en: <https://doi.org/10.1086/291036>.
- Korsgaard, C. (1986). Aristotle and Kant on the Source of Value. *Ethics*, 96, 486-505. Disponible en: <https://doi.org/10.1086/292771>.
- Kramer, M. H. (2017). *Liberalism with Excellence*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198777960.001.0001>.
- McIntyre, A. (2019). Doctrine of Double Effect. En Edward N. Zalta (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (edición de la primavera de 2018). Disponible en: <https://stanford.io/2Iycrmh>.
- Moreso, J. J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons.
- Nagel, T. (1987). Moral Conflict and Political Legitimacy. *Philosophy and Public Affairs*, 16: 215-240.

- (2012). *Mind and Cosmos*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199919758.001.0001>.
- Nussbaum, M. (1990). Aristotelian Social Democracy. En R. B. Douglas, G. M. Mara y H.S. Richardson (eds.). *Liberalism and the Good* (pp. 203-52). New York: Routledge.
- (1992). Human Functioning and Social Justice: In Defense of Aristotelian New Essentialism. *Political Theory*, 20, 202-246. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/0090591792020002002>.
- Nussbaum, M. y Sen, A. (eds.) (1993). *The Quality of Life*. Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/0198287976.001.0001>.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- (1988). The Priority of Right and Ideas of the Good. *Philosophy and Public Affairs*, 17: 251-276.
- (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- (1997). The Idea of Public Reason Revisited. *The University of Chicago Law Review*, 6, 766-807. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1600311>.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- (1990). Facing Diversity: The Case of Epistemic Abstinence. *Philosophy and Public Affairs*, 19, 3-46.
- Regan, R. J. (2007). Preface. En *Thomas Aquinas, Commentary of Aristotle's Politics*. Indianapolis: Hackett Pub. Company.
- Rodríguez-Blanco, V. (2014). *Law and Authority Under the Guise of the Good*. Oxford: Hart Publishing.
- Ross, A. (1958). *On Law and Justice*. London: Stevens and Sons.
- Scalia, A. (1997). *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Sen, A. (1982). Rights and Agency. *Philosophy and Public Affairs*, 11, 3-39.
- (1985). The Well-Being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984. *Journal of Philosophy*, 11, 3-39. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2026184>.
- Sidgwick, H. (1902). *Philosophy, Its Scope and Relations*. London: Macmillan.
- Simón Yarza, F. (2017). *Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Smith, M. (1987). The Humenan Theory of Motivation. *Mind*, 96, 36-61. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/mind/XCVI.381.36>.
- (1994). *The Moral Problem*. Oxford: Basil Blackwell.
- Thomson, J. J. (1971). A Defense of Abortion. *Philosophy and Public Affairs*, 1, 47-66. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-1-4615-6561-1_6.
- Tomás de Aquino, Santo (2000). *Corpus Thomisticum S. Thomae de Aquino opera omnia. Recognovit ac instruxit Enrique Alarcón electrónico Pampilonae ad universitatis Studiorum Navarrensis aedes A.D. MM*. Disponible en: <http://bit.ly/2H0BdZY>.
- Waldron, J. (1998). *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press.
- (2006). The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115, 1346-1406. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/20455656>.
- Wall, S. (2014a). The Aristotelian Principle. N. 7. En J. Mandle y D. A. Reidy (eds.). *The Cambridge Rawls Lexicon* (pp.17-19). Cambridge: Cambridge University Press.

- (2014b). Perfectionism. N. 155. En J. Mandle y D. A. Reidy (eds.). *The Cambridge Rawls Lexicon* (pp. 602-605). Cambridge: Cambridge University Press.
- (2017). Perfectionism in Moral and Political Philosophy. En Edward N. Zalta (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (edición del invierno de 2017). Disponible en: <https://stanford.io/2EugSKX>.
- Williams, B. (1979). Internal and External Reasons. En R. Harrison (ed.). *Rational Action* (pp. 101-113). Cambridge: Cambridge University Press.