

## PRÓLOGO

En varios pasajes célebres de *La montaña mágica*, Settembrini y Naphta debaten airadamente sobre dos visiones del mundo, antagónicas. Uno por la defensa de la modernidad ilustrada, la racionalidad y el cosmopolitismo; el otro cercano al romanticismo, a la irracionalidad y a un nacionalismo inevitablemente endógeno. Hay otros personajes en la novela de Mann que eluden el debate, intentando subir la montaña, ubicándose en una tierra de nadie, “desde arriba”; o manteniéndose a ras de suelo, en un hedonismo desbordante y suicida, “desde abajo”. Son los personajes de Castorp y Peeperkorn, que tienen en común el deseo por Clawdia, inteligente, sutil y escurridiza. Se trata sin duda de un mosaico de caracteres humanos que le permite a Mann ironizar en los contrastes: entre la solemnidad y la ridiculez, entre la seriedad y la frivolidad, entre la euforia y el delirio. Todo ello bajo un trasfondo enfermizo que es finalmente un microcosmos de la condición humana: un sanatorio en Davos, enclavado en los Alpes suizos, en un tiempo que preludia el inicio de la Gran Guerra.

En una obra tardía de Shakespeare, *el Bardo*, en pleno Renacimiento isabelino —tan escépticamente bello—, al igual que Mann, contrasta el mundo de Ariel con el de Calibán; y Tucídides confronta la retórica de Cleón con la de Diódoto en el famoso debate sobre Mitilene, exquisitamente comentado por nuestro jurista y filósofo Ulises Schmill. Y de nueva cuenta hay aquí, también, otros personajes quizás no tan exultantes, pero muy atractivos: Próspero y Pericles.

Puestos a elegir, elegiría a Settembrini, Ariel y Cleón —los erizos a los zorros—, pero quisiera acompañarme de los dones de Clawdia y de las habilidades de Próspero y Pericles. Ni montañas ni pantanos, simplemente los valles.

En el amplio mundo de las teorías de la justicia, acotado a un periodo que en este libro se circunscribe entre la publicación de *Teoría de la justicia* de Rawls hasta *La idea de justicia* de Sen, unos años menos o unos años más, el libro que el lector tiene en sus manos intenta ofrecer otro caleidoscopio de personajes tan poderoso y fascinante como el del mundo de la literatura o de la historia. Filósofos del derecho, de la moral, de la política o de la eco-

nomía que han puesto en el centro de su atención el tema y los problemas relacionados con la justicia. Y por supuesto, aparecerán también contrastes y antagonismos entre las teorías. Intentaremos exponer cada una de ellas en su mejor expresión, pero —debo decirlo desde este prólogo— asumiré deliberadamente no el punto de vista del “observador externo”, neutral y avalorativo, sino el punto de vista del “participante”, crítico y propositivo. No se trata de un manual de consulta universitario, sino de una toma de posición que dialoga y debate: una introducción crítica a las teorías contemporáneas de la justicia.

Desde las primeras páginas, como el lector podrá apreciar, no se escatimará en una aspiración a la corrección y universalidad kantianas, pero intentando moderarla con cierta sensatez empírica y cotidiana, en línea con la tradición hobbesiana. Entre la ética de la convicción y la ética de la responsabilidad se propone una ética de lo razonable; entre el absolutismo y el subjetivismo morales, un objetivismo mínimo; entre el liberalismo y el socialismo a ultranza, un liberalismo igualitario o, si se prefiere, un socialismo democrático. Creo que Rawls ha dado con la expresión y la actitud correctas: “un equilibrio reflexivo”. Y creo que Habermas y Garzón Valdés tienen razón cuando descubren en el derecho ese carácter bifronte, que lo ubica entre la facticidad y la validez, la seguridad y la legitimidad, haciendo del mismo, entre todos los saberes prácticos, uno de los más completos y ambiciosos.

¿Un libro más sobre la justicia? Y, además, ¿introdutorio? Las preguntas son pertinentes, pero creo que puedo dar algunas respuestas. La primera tiene que ver con una mera necesidad de poner por escrito notas, reflexiones, ejercicios de discusión que fueron adquiriendo algún orden en los años dedicados a la impartición del curso de Filosofía del Derecho. No todo ha quedado bien ordenado, pero creo que no debemos ponernos tan exigentes con la pureza estructural y el afán de exhaustividad. No están todos ni todas las autoras que se esperarían; faltan libros; no aparece el “último debate”; no es el mejor caso judicial para ejemplificar y argumentar. Todo ello es cierto, pero sí creo que están los primeros auxilios y los equipos básicos para una excursión, que puede ser tan corta o tan larga como se lo proponga el o la lectora. Si el libro abre el apetito, su objetivo está más que cumplido.

La segunda respuesta tiene que ver con el perfil del posible lector. Es un libro escrito desde la ética, la filosofía política y la filosofía del derecho, pero pensado principalmente para juristas. En todos los capítulos, salvo el último, se harán referencias a “instrumentos jurídicos” —sentencias, amparos, ordenamientos jurídicos, algún texto doctrinal o alguna reseña de libro— que permita al lector aterrizar las diversas teorías de la justicia en la práctica o

en el quehacer jurídicos. Parto de la convicción de que atrás, o por debajo o por arriba de cualquier decisión judicial, iniciativa de ley, amparo, acción o controversia, lo sepa o no lo sepa el actor jurídico, hay una concepción del derecho y de la justicia que les da —o debería dar— cierto cuerpo, coherencia y consistencia. De nueva cuenta, si el libro sirve para hacer explícito lo implícito y un poco más claro u ordenado lo que en la superficie aparece oscuro o críptico, el libro también ha cumplido su propósito. En el apartado final se ofrece una Guía de lecturas con las recomendaciones y las selecciones pertinentes. Todas ellas asequibles.

La tercera respuesta tiene que ver también con el perfil del o de la jurista, pero concebido ahora de una forma integral. Siempre he pensado que la formación de un jurista queda incompleta si carece de una comprensión de la historia de las instituciones y si es incapaz de situarse política y socialmente en la realidad nacional y mundial que le ha tocado vivir. Estoy convencido también de que todo jurista debe familiarizarse con los pensadores clásicos para que pueda percatarse, con una buena dosis de humildad, de que las grandes preguntas han sido ya formuladas por cabezas pensantes que cimentaron o pusieron las bases de nuestra cultura contemporánea.

La enseñanza del Derecho debe imbricarse con los estudios históricos y con la lectura de clásicos, que alimenten la capacidad de asombro y la posibilidad de ejercitar la duda de forma inteligente. En el libro he incluido referencias a nuestros clásicos y en la misma Guía de lecturas se presenta una selección de los textos más significativos para acompañar a los autores contemporáneos. El criterio de selección ha sido privilegiar el lente con el que los clásicos han sido vistos y analizados por dichos autores, y mostrarlos de una forma viva, incorporándolos a las teorías y a los debates contemporáneos. Hubiera querido también dedicar varias páginas en cada uno de los capítulos al contexto histórico-cultural dentro del que se despliegan las propuestas de justicia. Esta es una deuda que queda pendiente y que espero y deseo cumplir en una futura publicación.

Finalmente, creo que es necesario y —en algún sentido— urgente familiarizar a nuestros estudiantes de Derecho con las teorías contemporáneas de la justicia, y hacerlo desde un enfoque filosófico: enseñar a pensar, argumentar y apasionarse con las diversas propuestas, y arriesgar una toma de posición crítica desde el mismo salón de clase y desde el primer día de clases, que les permita dar respuesta a un sinnúmero de problemas en las distintas áreas jurídicas. El libro no está pensado desde el subjetivismo y el escepticismo morales. Si algo hemos aprendido desde la publicación del libro de Rawls es que la justicia puede ser abordada con rigor desde un punto de vista racional; y que gracias —entre otros— a autores como Hart

o Dworkin, la justicia dejó de ser concebida como un patrimonio exclusivo de los moralistas y los politólogos, para incorporarse de lleno en los debates iusfilosóficos. Al igual que en los demás apartados, en la Guía de lecturas se ofrece una selección de textos de los autores contemporáneos, seleccionados y comentados en cada uno de los capítulos.

El libro inicia con unas Preliminares que quieren situar el problema de la justicia algunas décadas antes de la publicación del libro de Rawls, en 1971. Desfilarán en este apartado autores como Max Weber, Hans Kelsen, Alf Ross y Gustav Radbruch —un cuerpo compacto de pensadores básicamente de la primera mitad del siglo XX—; analizaré el debate clásico entre iusnaturalistas, iuspositivistas y realistas jurídicos; la revisión de este debate por autores como Herbert Hart, Norberto Bobbio y Eduardo García Máynez —que cubre la década de los sesenta—; y unas líneas iniciales para presentar la obra de Rawls y destacar la importancia de su irrupción en el amplio mundo de la filosofía práctica. Entre los clásicos es ineludible la lectura del capítulo V de la *Ética nicomáquea* de Aristóteles.

El capítulo primero, Justicia como imparcialidad, está dedicado a una presentación de las principales ideas de Rawls desarrolladas en su libro *Teoría de la justicia*. Pongo un especial énfasis en las condiciones del contrato hipotético, en el enunciado de los principios de justicia y en la “secuencia en cuatro etapas”, esta última de sumo interés para una justificación de la jerarquía normativa jurídica. Desde este primer capítulo he querido comenzar también con algunas de las críticas internas al pensamiento de Rawls, delineadas de manera general a través del pensamiento de Brian Barry. Estas críticas internas, pero también externas, irán apareciendo en los siguientes capítulos, denotando, entre otras cosas, la fecundidad de las ideas rawlsianas. Me pareció importante, ya desde este capítulo, poner algunas cartas sobre la mesa respecto a lo que se entiende por liberalismo igualitario y explicitar con ello, desde la ética y la filosofía política, uno de los hilos conductores del libro. El clásico que acompaña este capítulo es Immanuel Kant, especialmente el Kant de la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*.

Dice muy bien Gargarella que las críticas al pensamiento de Rawls se encaminaron casi inmediatamente a mostrar sus insuficiencias, bien sea por el lado de la libertad (libertarios) o por el lado de la igualdad (igualitarios); y podríamos agregar, por el lado del procedimiento democrático. El capítulo segundo aborda el problema de la justicia desde el liberalismo libertario en autores como James Buchanan, Robert Nozick, Wojciech Sadurski y Robert Cooter. El acento está puesto en los criterios de contrato, autopropiedad, mérito y eficiencia. He seleccionado las versiones que me parecieron más moderadas dentro del amplio espectro libertario, con la idea, como decía

al principio, de presentar su propuesta en la mejor expresión. He dedicado algunas páginas más a la presentación de la justicia como eficiencia, de enorme impacto en el ámbito jurídico a través del Análisis Económico del Derecho (AED). Varios clásicos acompañan a los libertarios: Thomas Hobbes, John Locke, Jeremy Bentham y John Stuart Mill.

Desde un punto de vista externo, una de las primeras críticas a la propuesta de Rawls vino de la mano de los llamados comunitaristas. El debate generó una amplia literatura que ocupó la atención desde mediados de los setenta y durante toda la década de los ochenta. Por supuesto, sus argumentos trascienden las coordenadas temporales de la discusión y el propósito del capítulo tercero es presentarlos en las versiones de algunos de sus representantes más connotados: Charles Taylor, Michael Walzer y Michael Sandel. Intenté dar una respuesta crítica a esta concepción desde una comprensión de la autonomía personal y su relación con los vínculos sociales. Las referencias a los clásicos se centran en textos de G. W. F. Hegel, Karl Marx —el Marx de *La ideología alemana*— y Aristóteles.

El capítulo cuarto es un tanto anómalo en el conjunto del libro. No se trata de una teoría sobre la justicia, sino más bien de una actitud que ha acompañado algunas de las propuestas teóricas. Se trata de una actitud conservadora o, como prefiere llamarla uno de sus representantes más destacados, una “disposición”. Los temas recurrentes para el conservadurismo oscilan desde las nociones de mercado, tradición y autoridad, hasta las ideas de religión, virtud, educación y la propia noción de justicia. Contrastaré la actitud conservadora con la liberal y ejemplificaré este contraste con una polémica paradigmática en filosofía jurídica y política, entre Patrick Devlin y Herbert Hart. Los autores seleccionados son Michael Oakeshott, Alisdair MacIntyre, Harold Bloom y Roger Scruton, acompañados de clásicos como Edmund Burke y sus *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, y pasajes de *La democracia en América* de Alexis de Tocqueville y de *La Constitución inglesa* de Walter Bagehot.

En los años noventa y hasta nuestros días, en un contexto de globalización, buena parte del debate en torno a la justicia se ha centrado en el reconocimiento fáctico de la diversidad cultural y en la propuesta normativa de la multi o interculturalidad. Apoyado en los análisis de Isabel Wences y José María Saucá abordaré en el capítulo quinto el problema de la pluralidad cultural, desde las versiones moderadas de Luis Villoro, Seyla Benhabib y Will Kymlicka. Dedicaré un apartado especial a señalar los retos que presenta la diversidad etnocultural para una concepción universalista de los derechos humanos y su necesaria consideración para una concepción liberal robusta y más sensible al reconocimiento de las diferencias. Para este

capítulo he seleccionado algunos pasajes de *Ideas para una filosofía de la historia universal* de J. G. Herder y de *El espíritu de las leyes* de Montesquieu.

Las críticas a Rawls, por sus “insuficiencias igualitarias”, objeto del capítulo sexto, se agrupan en torno a la obra de diversos autores y propuestas. Los criterios de justicia ponen el acento en los derechos o los recursos, las capacidades, el *ethos*, o bien, la idea de desigualdad estructural. Entre el liberalismo igualitario y el socialismo democrático hay varios puntos de convergencia que se harán explícitos, así como la propuesta de un diseño constitucional acorde con sus premisas. Estoy consciente de que haría falta en esta exposición un análisis de las ideas socialistas, y especialmente de la socialdemocracia. Sigo acumulando deudas para una futura publicación. Presento en este capítulo algunas de las ideas más relevantes de Ronald Dworkin, Amartya Sen y Martha Nussbaum, Gerald Cohen, Owen Fiss, Roberto Saba y Roberto Gargarella. Acompaño a estos autores con algunos clásicos como Thomas Paine, Adam Smith y Karl Marx —el Marx de los *Manuscritos*—.

Fenómenos como la apatía política, el individualismo consumista, la corrupción e impunidad de las autoridades, y la violencia y ruptura de la cohesión social, que se relacionan en buena medida con una globalización desbordada, sin esquemas regulativos y sin asideros socioculturales sólidos, abonaron para la llegada de un reclamo de justicia desde las premisas republicanas. En el capítulo séptimo se analizan algunas de estas premisas en términos de no dominación ni opresión, autogobierno y ciudadanía como ejes para el diseño de una república deliberativa, así como un comparativo entre las virtudes cívicas vistas desde el republicanismo y desde el liberalismo igualitario. He seleccionado para este apartado las propuestas de Philip Pettit, Iris Young y José Luis Martí, acompañándolos de los clásicos Nicolás Maquiavelo —el Maquiavelo de los *Discursos*—, Adam Ferguson y Hannah Arendt.

Las demandas de igualdad de las mujeres y la elaboración teórica de las mismas, a partir de las sucesivas olas feministas, serán el objeto del capítulo octavo. Analizaré las principales ideas del feminismo liberal y las críticas al liberalismo —especialmente en la versión de Rawls— desde el llamado feminismo radical: a la noción de autonomía, al punto de vista masculino de la justicia, al enfoque tradicional, a la distinción entre lo público y lo privado y a la idea de neutralidad. Centraré una buena parte de mis comentarios en la propuesta de Marta Lamas, desde el feminismo de las diferencias, con una reflexión más detenida en las relaciones entre cuerpo, mercado, privacidad e intimidad. Los textos clásicos y las páginas seleccionadas que se proponen para este capítulo son de Condorcet, *Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano*, y de Simone de Beauvoir, *El segundo sexo*.

El capítulo noveno aborda el problema de la justicia como procedimiento y como deliberación —otra insuficiencia en *Teoría de la justicia* de Rawls— centrado en el valor de la democracia. Analizaré en líneas generales los binomios democracia procedimental-democracia sustantiva, democracia representativa-democracia directa, para luego profundizar en el pensamiento de Rawls y su idea de “consenso sobrepuesto”, y en el de Habermas, a partir de las condiciones de participación en el discurso ético-jurídico. Las diferencias entre uno y otro se harán explícitas en la presentación del debate en torno a las nociones de razón y espacio público. La propuesta de Nino tercia entre las ideas de Rawls y Habermas a partir de su concepción del valor epistémico de la democracia y la relevancia de la deliberación. A la presentación del pensamiento de John Rawls en *Liberalismo político*, de Jürgen Habermas en *Facticidad y validez* y de Carlos Nino en *La constitución de la democracia deliberativa* se añaden las reflexiones de Ernesto Garzón Valdés, Michelangelo Bovero, Luigi Ferrajoli, Luis Salazar, José Woldenberg y Chantal Mouffe. Los clásicos que acompañan este capítulo son Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant y Hans Kelsen con sus *Escritos sobre la democracia y el socialismo*.

Por último, en el capítulo décimo se trata el problema de la justicia global y el debate entre las concepciones pluralistas y cosmopolitas. Opté por presentar una suerte de narrativa que inicia en los noventa, después de la caída del Muro y de la fracturación del imperio soviético, y continúa hasta iniciada la segunda década de este siglo, después del derrumbe de las Torres Gemelas y la crisis financiera de 2008. Sucesos estos últimos —entre otros— de enorme simbolismo y de consecuencias impredecibles que cuestionaron seriamente las posibilidades de una convivencia mundial pacífica, con instituciones robustas y una expansión decidida de los derechos humanos. He calificado este periodo, hasta nuestros días, como la “desilusión cosmopolita” agravada por lo que varios autores han denominado la “brecha de desigualdad”. Desde el punto de vista de los pluralistas he seleccionado pasajes de las obras de Michael Walzer, John Rawls en *El derecho de gentes*, Thomas Nagel, Jürgen Habermas, a partir de sus propuesta de un “sistema multinivel”, y Boaventura de Sousa Santos; y por el lado de los cosmopolitas, de autores como David Held, Nancy Fraser, Thomas Pogge, Marcelo Alegre y Thomas Piketty. Marqué el contraste entre unos y otros seleccionando entre los clásicos a Thomas Hobbes y Carl Schmitt, por un lado, y a Immanuel Kant —el Kant de *La paz perpetua*— y Hans Kelsen, por el otro.

Desde las Preliminares se incluyen algunos apéndices —un *Praeludium*, varios *Excursus* dispuestos por capítulo y un *Finale con brio*— que cumplen con el propósito de dar concreción a las diversas teorías de la justicia, con

algún problema de actualidad o alguna reflexión intersticial. La selección de temas y problemas para estos apéndices —castigo, libertad de expresión, derechos humanos, bioética, migración y fronteras, corrupción, democracia, justicia constitucional, entre otros— ha respondido a un interés personal que sin duda muestra las obsesiones del autor y sus preferencias, pero que espero no resulte tan desencaminada y más bien estimule el debate y la curiosidad intelectual del lector.

En los inicios de este trabajo recibí el apoyo entusiasta de Erika Salas e Íñigo Lujambio. Al tiempo se fueron incorporando otras y otros colaboradores con sugerencias pertinentes, lecturas cuidadosas y recomendaciones, siempre sensatas y oportunas: Jorge Gaxiola Lappe, Patricio Gouk, Diego Romero, Farid Barquet, y de manera especial Paula Argüello Manzanos y Harnoldo Reyna. A todos ellos, así como al apoyo administrativo siempre eficiente de Rosa María Vargas, mi agradecimiento por su esfuerzo y el acompañamiento en este trabajo colectivo.

Agradezco a las instituciones que apoyaron la publicación del libro y me dieron la oportunidad de desarrollar cada uno de los capítulos que lo integran, en sus aulas o en seminarios. Al Departamento Académico de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), al Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJJ) de la UNAM, a la Escuela Libre de Derecho (ELD), al Centro de Estudios de Actualización en Derecho (CEAD), al Instituto de la Judicatura Federal (IJF) y a quienes hicieron posible mi colaboración en esas instituciones: Jorge Cerdio, Pedro Salazar Ugarte, Jorge Gaxiola Moraila, Juan Martín Granados, Rogelio Flores, Michel Vargas y Ramón Ortega. Un especial agradecimiento al trabajo de corrección y cuidado de la edición a cargo del área de publicaciones del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro (IECEQ), así como del IJJ-UNAM y al equipo encabezado por Raúl Márquez y Wendy Rocha.

Mis deudas con amigos, amigos y colegas nacionales y de otras latitudes son infinitas. El listado sería interminable, pero no quiero dejar de agradecer una vez más, y siempre, a dos personas que encarnan el “sentido de justicia” tan anhelado y al mismo tiempo tan ausente en estos tiempos convulsos. Su ejemplo ha sido guía en toda mi actividad profesional y personal, Ernesto Garzón Valdés y Carlos de la Isla.

Finalmente, agradezco a Ana Galán las interminables horas de discusión y aprendizaje, y su inquebrantable tenacidad republicana. Inspiración para cada una de las páginas de este libro.

Ciudad de México, diciembre de 2018