

CAPÍTULO SEGUNDO

JUSTICIA COMO CONTRATO, AUTOPROPIEDAD, MÉRITO Y EFICIENCIA

Los fundamentos de un liberalismo igualitario para una teoría de la justicia, especialmente a partir de la obra de Rawls, han sido cuestionados dentro de las mismas filas liberales desde lo que se ha caracterizado como liberalismo libertario. Sin duda, uno de los autores más incisivos en esta crítica ha sido Robert Nozick, y su libro *Anarquía, Estado y utopía*,¹ publicado apenas unos años después de *Teoría de la justicia*, puede considerarse como uno de los referentes teóricos más robustos de esta doctrina.

Junto con Nozick he incluido en este capítulo otras vertientes del libertarismo que, en conjunto, dan cuenta de su fecundidad propositiva y que, en alguna medida, han justificado y acompañado lo que de manera genérica —y no sin cierto dejo peyorativo— se ha dado en llamar, desde mediados de los años setenta hasta la fecha, “neoliberalismo”.² Vale la pena detenernos un poco en estas críticas desde el punto de vista de la filosofía política y jurídica, con el propósito de situar mejor los alcances de su concepción y evitar confusiones dentro de la misma familia liberal.

I. PREMISAS DEL LIBERALISMO LIBERTARIO

Centraré mi atención sobre tres de las premisas básicas dentro de la familia libertaria: la defensa de un individualismo atomista, la afirmación exclusiva de la libertad negativa desde un neutralismo axiológico y la relevancia del

¹ Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York, Basic Books, 1974.

² Véase un estudio introductorio y crítico del neoliberalismo en Escalante, Fernando, *Historia mínima del neoliberalismo*, México, El Colegio de México, 2015. Llama la atención que el autor no haga ninguna mención al pensamiento de Robert Nozick. El libro se concentra en la propuesta económica eficientista y utilitarista que, quizás con razón, explique y caracterice adecuadamente lo que comprendemos hoy por “neoliberalismo”. Así entendido, tal concepción podría considerarse como una especie dentro del género libertarismo, junto a las versiones deontológicas, por ejemplo, de un autor como Nozick.

mérito. El énfasis de los diferentes autores en alguna de estas propiedades perfila las distintas concepciones como subespecies del liberalismo libertario. Una de estas concepciones, que abona en la dirección del eficientismo, ha tenido un especial interés en la filosofía del derecho dentro de la corriente que se conoce como Análisis Económico del Derecho (AED). Dedicaré un apartado especial a esta vertiente en la propuesta de alguno de sus representantes.

1. *Individualismo atomista, contrato y autopropiedad*

Muchos críticos del liberalismo argumentan que los juicios sobre valores, a diferencia de los juicios sobre hechos, son simplemente expresiones de nuestras preferencias subjetivas. Este subjetivismo/escepticismo acerca de las concepciones de lo bueno para el ser humano por lo general se acompaña de la acusación de un individualismo abstracto o atomista. Ambas acusaciones son falsas si se refieren al liberalismo igualitario, pero resultan verdaderas respecto del liberalismo libertario.

En efecto, los libertarios parten de una concepción atomista de los seres humanos como “seres esencialmente solitarios con necesidades e intereses que están separados si no es que en franca oposición a aquellos de otros individuos”.³ O bien, de acuerdo con el conocido principio de Robert Nozick: “De cada quien de acuerdo con lo que elige hacer, a cada cual de acuerdo con lo que hace para él mismo (quizás con la ayuda prestada por otros) y lo que los demás eligen hacer o dar a él”.⁴

Si tomamos a la letra tal principio, pienso que aun para Nozick, que se apoya en Locke y en la premisa del *self-ownership*, las demás personas tienden a aparecer como sujetos neutrales cuando no inciden sobre nuestros intereses de forma significativa, o simplemente mediatizados cuando sirven como ayuda u obstáculo para la realización de nuestros propósitos y la satisfacción de nuestros deseos.⁵ Para los libertarios, las relaciones intersubjetivas terminan siendo relaciones instrumentales. Insisten en la afirmación de la existencia de una esfera privada del sujeto que debe ser protegida por el Estado, pero este reconocimiento no es inquebrantable.

Tal individualismo descansa sobre una concepción negativa del ser humano —de corte hobbesiano—, como es el caso de Buchanan, para quien el

³ Jaggar, Alison, *Feminist Politics and Human Nature*, cit. por Will Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 14.

⁴ Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, cit., p. 160.

⁵ Arblaster, Anthony, *The Rise and Decline of Western Liberalism*, cit. por Crittenden, Jack, *Beyond Individualism*, Oxford University Press, 1992, p. 191.

Estado no es sino el producto de la guerra y la dominación, de la tendencia natural del ser humano a esclavizar al más débil. Es necesario, entonces, una suerte de contrato de esclavitud, donde a cambio de garantizar su subsistencia, el débil produzca bienes para el más fuerte y le ceda sus “derechos”. Finalmente se trata de un pacto racional y colectivo. ¿Qué tanto hay que ceder al Estado y limitarlo para que este no termine convirtiéndose en un Leviatán o en un “ogro filantrópico”?:

Al reconocer que hay límites a la conciencia que tienen los hombres sobre los otros, y que el conflicto personal sería omnipresente en la anarquía, el individualista extremo se ve forzado a admitir la necesidad de algún agente que haga cumplir las normas, de algún medio institucionalizado para resolver las disputas interpersonales. Es posible derivar el origen del Estado de un cálculo individualista de ese estilo, al menos en el plano conceptual, como sabemos por los escritos de Thomas Hobbes y por los contractualistas de antes y después. Esta metodología esencialmente económica puede extenderse para dar explicaciones conceptuales a muchos de los aspectos de la realidad política que observamos.⁶

Hay que crear mecanismos fácticos, desde el *homo economicus*, para que cada individuo maximice su bienestar a costa de los demás en una suerte de “cálculo consensual”. En términos políticos, se trataría de un procedimentalismo sin restricciones normativas ideales —de derechos o de justicia distributiva— que frene la voracidad del Estado y su aparato burocrático.

El individualismo atomista no es una teoría igualitaria del sujeto, sino libertaria. La idea del *self-sufficiency*, la visión de la política a partir del *self-interest* y el credo *You are what you own*, referido este último a la propiedad o al *self-ownership*, y con su correlato en una teoría contractual a partir de un consenso fáctico, no son sino prolongaciones contemporáneas del liberalismo clásico inspiradas en pensadores como John Locke.⁷

La idea de autopropiedad para Nozick comprende no solo mi cuerpo, sino también mis talentos y capacidades. Lejos de entender estos últimos como parte de un acervo común —los más talentosos deben institucionalmente poner sus talentos al servicio de los menos aventajados— como pensaba Rawls, Nozick, por el contrario, considera que cuando parte del esfuerzo de algunos se destina institucionalmente a mejorar la suerte de otros

⁶ Buchanan, James M., *Los límites de la libertad. Entre la anarquía y el Leviatán*, trad. de Verónica Sardón, Madrid, Katz Editores, 2009, pp. 23 y 24. Hobbes, Thomas, *Leviatán*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 1980, especialmente caps. XIII, XIV y XVII.

⁷ Locke, John, *Segundo tratado del gobierno civil*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 1990, caps. 5 y 9.

se violenta el principio de *self-ownership* provocando, incluso, una “nueva esclavitud” en nombre de la justicia.

Los libertarios no objetan la idea de igualdad en sí misma, sino su imposición por parte del Estado. En este sentido, nada impide que los individuos se organicen en una sociedad de iguales, pero es moralmente inaceptable que se imponga contra su voluntad. La imposición de la igualdad solo podrá hacerse a costa de la libertad.

Nozick sostiene que, aun cuando los individuos no lo desearan expresamente, a largo plazo habrá de surgir un Estado que, si desea respetar la individualidad moral de las personas, necesariamente no deberá ser redistributivo. Los libertarios harían suya la siguiente exclamación:

¡Dejen que la autonomía se distribuya espontáneamente, es decir, según hechos no dirigidos expresamente para efectuar esa distribución (la “mano invisible”) y que no violan los derechos de nadie; cualquier intento de intervenir deliberadamente al respecto es inaceptable, puesto que no existe forma legítima de redistribuir esa autonomía sin usar a ciertos hombres como meros medios en beneficio de otros!⁸

Esta mano invisible guía a las personas a través de asociaciones protectoras que funcionan como compañías de seguros que defienden a sus clientes frente a ataques de terceros, hasta llegar al Estado mínimo que *de facto*, aunque no *de jure*, detenta el monopolio de un poder adquirido sin violar el principio moral de la libertad individual. Este Estado, sostiene Nozick, no tiene funciones redistributivas. Su teoría de la distribución está dirigida a tres aspectos: la adquisición originaria de la propiedad, la transmisión de esta y la corrección de relaciones de propiedad injustas; se basa además en los tres principios de apropiación justa, transmisión justa y corrección. La tesis de Nozick se resume en que “todo lo que surge de situaciones justas y de forma justa, es justo”, y el mercado es el lugar natural para realizar todos los contratos entre los individuos.

Esta posición de Nozick es objetable. Por un lado, como señala Garzón Valdés, la dinámica del mercado conduce necesariamente a un crecimiento acumulativo de la propiedad y a una notoria injusticia social que llegará a un umbral en el que se produce el llamado “Efecto Mateo”, es decir, una situación donde ocurre que “al que tiene se le dará y al que no tiene hasta lo poco que tiene se le quitará”, favoreciendo la consiguiente acumulación desproporcionada de la propiedad. Lo importante a destacar es que si esta sociedad

⁸ Véase Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 341.

no quiere derrumbarse como consecuencia de su propia inestabilidad social, el Estado se verá estructuralmente obligado a asumir el papel de árbitro y así, inadvertidamente, de un Estado mínimo se transitará hacia un Estado social que, en aras de la paz, tendrá que instrumentar profundas redistribuciones.

Puesto que el Estado que entiende Nozick no tiene una legitimidad *de jure* sino *de facto*, se puede llegar a la posibilidad de un Estado intervencionista con fuertes dosis de autoritarismo.⁹ Dicha situación es autofrustrante, porque en estas condiciones lo que se pone en peligro es la autonomía de los individuos y los derechos individuales derivados de la misma.

El caso de Nozick es ilustrativo para demostrar que la aplicación desnuda del principio del individualismo conduce a situaciones que contradicen el principio de libertad, tan caro a los libertarios. Como afirma Kymlicka:

El libertarismo comparte con el liberalismo igualitario un compromiso con el principio del respeto a las elecciones de las personas, pero rechaza el principio de rectificación de las circunstancias desiguales. Llevado al extremo, esto no es solo intuitivamente inaceptable, sino autodestructivo, porque la falla de rectificar las circunstancias desventajosas puede socavar los mismos valores (por ejemplo, la autodeterminación) que intenta promover el principio del respeto a las elecciones individuales.¹⁰

2. Libertad negativa y neutralismo axiológico

Por lo que respecta a la libertad negativa, es sin lugar a dudas Isaiah Berlin quien más ha contribuido a desarrollar su concepto, y la literatura sobre el tema generada a partir de sus trabajos es abundante. Para Berlin, la libertad negativa es la *libertad de*, distinta de la libertad positiva o *libertad para*, en el sentido de autorrealización.¹¹ En la línea de Berlin, los libertarios identifican la libertad en su vertiente negativa e ignoran o rechazan la positiva. Pero, ¿respecto de qué se es libre? Pienso con Martín Farrell que una libertad negativa lo es con respecto al contenido de las normas jurídicas:

⁹ Véase Garzón Valdés, Ernesto, “Mercado y justicia”, *Isonomía*, México, ITAM-Fontamara, núm. 2, abril de 1995, pp. 7-28.

¹⁰ Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 152.

¹¹ Berlin, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969.

Si una norma jurídica me prohíbe ejercer el comercio, o practicar el culto religioso, yo no tengo libertad (negativa) de hacerlo. Las normas jurídicas pueden abstenerse de coartar mi libertad en estos aspectos, y pueden no coartar mi libertad de dos maneras diferentes: 1) concediéndome expresamente la libertad de comerciar y de practicar el culto, o 2) guardando silencio sobre estas cuestiones, en un sistema jurídico que aplique el principio de que todo lo que no está jurídicamente prohibido está jurídicamente permitido. En cualquiera de estas dos formas yo tengo libertad negativa respecto de estas dos conductas [...] Al conceder libertades negativas las normas jurídicas crean una especie de cerco alrededor del individuo, cerco dentro del cual ni el Estado ni los demás individuos pueden interferir.¹²

La preeminencia de la libertad negativa descansa en una premisa anterior, a saber, la distinción que todos los libertarios aceptan entre omitir y actuar. Así, para Nozick, si uno se abstiene de hacer ciertas cosas —robar, matar, violar— ha cumplido con su deber, en el sentido de haber respetado los derechos de los demás. De esta manera, los derechos del individuo son derechos a ciertas omisiones por parte de otros individuos, por tanto, para violar un derecho ajeno hay que hacer algo. Si un individuo se abstiene de actuar no puede estar violando los derechos de nadie.¹³

Ahora bien, si el omitir y el actuar son cosas diferentes, puesto que para el libertario solo se causa daño al actuar, los deberes que corresponde imponer al Estado solo son negativos; y si únicamente estos son los deberes a imponer, se sigue que la única libertad que le concierne al Estado es la libertad negativa.¹⁴ Los derechos que se desprenden a partir de esta concepción de la libertad deben entenderse como derechos de no interferencia —derechos a que otros no me dañen—, que actúan como restricciones laterales y superan cualquier otra consideración de carácter moral. Como es claro, se rechazan los derechos positivos en términos prestacionales, limitándolos estrictamente a aquellos que sean producto de transacciones voluntarias.

Por lo que hace al neutralismo estatal, la argumentación libertaria es clara. La ignorancia sobre lo bueno implica escepticismo, que exige una actitud de tolerancia que, a su vez, requiere de un Estado neutral. Para

¹² Farrell, Martín D., *La filosofía del liberalismo*, Madrid, CEC, 1992, p. 182. En este sentido que apunta Farrell, también Raz afirma: “El individualismo tiende a conducir a una visión del liberalismo como una teoría del gobierno limitado. Presenta una visión de la libertad política como una doctrina de lo que el gobierno no puede hacer, cómo no debe tratar a los sujetos, en qué áreas de la conducta individual se debe abstener de actuar, y principios similares”, en *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 18.

¹³ Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, cit., p. 123.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 22-23.

los libertarios no existen bases racionales objetivas para escoger entre diferentes planes de vida, por lo que la neutralidad estatal es deseable como la única respuesta no arbitraria a tal estado de cosas. En consecuencia, un Estado o gobierno que demanda lealtad debe mantenerse escrupulosamente neutral entre sus ciudadanos.¹⁵ El neutralismo se corresponde también con la concepción libertaria que rechaza la intervención del Estado a través de deberes positivos. El Estado solo debe asegurar la libertad negativa de los individuos y cualquier injerencia incurriría en un paternalismo injustificable.

Contra el neutralismo, de nueva cuenta tiene razón Kymlicka cuando sostiene que:

El verdadero asunto con respecto a la neutralidad no es el individualismo: nada en la insistencia de Rawls sobre el Estado neutral es inconsistente con el reconocimiento de la importancia del mundo social para el desarrollo, la deliberación, y la persecución de los valores individuales.¹⁶

El neutralismo postulado por los libertarios, coherente con un subjetivismo de los valores, es concebido en términos negativos. En la medida en que es imposible partir de un criterio objetivo, el Estado no debe intervenir en los conflictos o desacuerdos entre los individuos.

Lo cierto es que el Estado no puede ni debe ser neutral. Por ello, según Macedo:

Aun en sus formas no idealizadas el liberalismo no puede realmente ser neutral entre los distintos valores públicos; reconoce el mérito supremo de algunos valores públicos: la libertad individual y la responsabilidad, la tolerancia del cambio y de la diversidad, y el respeto de los derechos de aquellos que respetan los valores liberales. El liberalismo requiere el apoyo de valores positivos para explicar por qué se debe respeto a las personas y para justificar los derechos que poseen. El liberalismo afirma, sobre todo, el valor positivo de la libertad, libertad para desear, criticar, revisar y perseguir un plan de vida, y reclama de las demás personas el respeto a los derechos de otros, comparten o no los mismos propósitos o ideales.¹⁷

El liberalismo requiere, entonces, respeto por los derechos humanos, voluntad de persuadir más que de ejercer coerción, subordinación de los

¹⁵ Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, cit., p. 33.

¹⁶ Kymlicka, Will, "Liberal individualism and neutrality", en Avineri, Shlomo y Shalit, Avner de, *Communitarism and Individualism*, Oxford University Press, 1992, p. 184.

¹⁷ Macedo, Stephen, *Liberal Virtues*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 258.

deseos e intereses personales a reglas impersonales de derecho y, de manera muy especial, contribuir a la satisfacción de las necesidades. En este sentido, contra los libertarios cabe decir que el liberalismo igualitario defiende no un neutralismo sino un pluralismo que se funda en la objetividad de los bienes básicos.

Me inclino a pensar que muchas de las críticas dirigidas contra el neutralismo liberal son acertadas cuando atacan a los libertarios, pero creo que no alcanzan a los igualitarios. Es cierto que estos últimos, comenzando por el mismo Rawls, pueden ser blanco de críticas cuando usan la expresión “neutralidad” para referirse a la imparcialidad o al pluralismo; sin embargo, en este punto comparto la apreciación de Raz, que sostiene que la concepción de Rawls no es de hecho una doctrina de la neutralidad sino del pluralismo moral. Este reconoce la existencia de una multitud de formas de vida incompatibles, pero moralmente valiosas, y combina naturalmente con el punto de vista de que los individuos deben desarrollarse libremente para encontrar la forma de bien que desean perseguir en su vida.¹⁸

II. RELEVANCIA DEL MÉRITO

Entre los libertarios, y en línea con autores utilitaristas como John Stuart Mill, ha cobrado relevancia también la noción de mérito como criterio de justicia.¹⁹ Para Sadurski, la justicia requiere que se trate a los individuos considerando sus esfuerzos y elecciones y, de acuerdo con un sentido retribucionista, considerar la responsabilidad por las acciones realizadas como objeto de elogio o culpa. Pero, ¿qué tipo de esfuerzos son susceptibles de ser premiados o sancionados? Según Sadurski lo serían aquellos que terminen generando consecuencias beneficiosas; por tanto, los que no hayan sido producto de la “suerte boba” ni exclusivamente de un balance costo-beneficio, sino de las cualidades y del carácter del sujeto: sacrificio, riesgo, molestia, fastidio, en síntesis, una conducta gravosa. Si una conducta resulta beneficiosa socialmente, pero no supone tales cualidades u obedece a obligaciones institucionales, no resulta meritoria:

¹⁸ Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, cit., pp. 132 y 133.

¹⁹ ¿En qué sentido se puede predicar el libertarismo y el utilitarismo de Mill? Es una pregunta que ha sido y seguirá siendo objeto de debate. Para efecto de este apartado habrá que releer *Sobre la libertad*, trad. de Pablo de Azacárate y Natalia Rodríguez Salmones, Madrid, Alianza Editorial, 1989, especialmente caps. 2 y 3, y enfatizar la noción de “carácter” y de justicia relacionadas con la individualidad y la autorrealización humanas.

Under the general conception of justice as equilibrium desert is relevant to justice in distribution only when it express an actual burden, that is, when it involves some effort, sacrifice, work, risk, responsibility, inconvenience an son forth, when it is linked with an expediture of energy and time.²⁰

Sadurski rechaza cualquier criterio meritório sobre la base de cierta “aristocracia feudal” por razones que tienen que ver con cuestiones tan arbitrarias como el nacimiento, o bien, bajo la garantía de ciertas libertades básicas y una distribución de la renta acorde con las reglas formales en el libre juego del mercado. Si bien en este liberalismo de mercado se garantizan las oportunidades desde un punto de vista formal, no se atajan las desventajas desde un punto de partida sustantivo, por ejemplo, por cuestiones sociales o económicas. La concepción meritocrática de Sadurski exige que se iguale a las personas en el punto de partida con intervenciones estatales directas y robustas.

Pero antes de adentrarnos en el tema de la igualdad, hay algo de lo que Sadurski debe dar cuenta. Es un hecho que existen muchas dificultades para medir los méritos, tanto por lo que hace a las diferentes concepciones teóricas que lo justifican como porque resulta extremadamente difícil conocer el funcionamiento interno de las mentes, las emociones y las intenciones de las personas; no solo sincrónicamente, sino sobre todo diacrónicamente, a lo largo de toda una vida.

Parece deseable lograr una “justicia como equilibrio” desde el punto de vista social, como propone Sadurski, es decir que lo que “obtiene” una persona debe ser igual a lo que “aporta”, y aquellos individuos que hacen más por los demás de lo que realmente reciben deberían ser compensados. Una consecuencia que se sigue de esto es que la justicia como mérito incentiva la existencia de recompensas extrínsecas más bajas para los trabajos intrínsecamente menos gravosos y que no demandan un esfuerzo o un riesgo mayores. Sin embargo, aceptando que debe existir un piso de igualdad como condición necesaria para las conductas meritorias, ¿resulta suficiente para solventar todas las arbitrariedades? Aún no.

La concepción meritocrática no resuelve el problema de las arbitrariedades derivadas de la distribución natural de capacidades y aptitudes, de la conformación genética y de la organización neuronal por nacimiento. Desde el punto de vista moral, estas diferencias entre los individuos son igualmente arbitrarias: el esfuerzo, la propensión al riesgo, la voluntad de sacrificio en buena medida responden también a las dotaciones naturales de los individuos y resultan igualmente arbitrarias. Por ello, satisfecha la necesidad

²⁰ Sadurski, Wojciech, *Giving Desert its Due*, University of Sydney, 1985, p. 116.

de igualar en las oportunidades, tanto en el acceso como en el punto de partida, cabe preguntarse qué porción de la responsabilidad del individuo se debe a las circunstancias biológicas y sociales, por ejemplo, y qué porción depende de su autonomía en términos del esfuerzo, el trabajo, la disciplina, la perseverancia, etcétera. Por supuesto, deben excluirse los extremos de un determinismo biológico, social, y también de la utopía libertaria sobre el *self-made man or woman*. Y es precisamente aquí donde el principio de diferencia de Rawls cobra relevancia: nadie merece su mayor capacidad natural ni se merece un punto de partida más favorable en la sociedad. Si aceptamos tales diferencias, solo es a condición de que los más aventajados mejoren la situación de quienes han salido perdiendo.

El reproche de Sadurski —como lo es también de Dworkin— a Rawls, es que este, en su teoría de la justicia, en aras de igualar corrigiendo todo aquello que tuviera que ver con la lotería natural, fue insensible tanto al tema de las capacidades naturales como también al del esfuerzo personal. Así, por ejemplo, si dotamos de los mismos recursos iniciales a todos los individuos, superando el test de la envidia, y uno decidiera usar esos recursos en placeres sofisticados y gastarlos en un solo día, para luego quedar desempleado, y otro individuo, un poco más previsor, decide ahorrar parte de esos recursos para los tiempos de “vacas flacas”, parece que sería injusto pedirle a este último su contribución para un fondo de desempleo, en beneficio del primero. Hay un déficit de responsabilidad que debe ser tomado en cuenta para efectos distributivos. El reproche a Rawls es no haber atendido precisamente ese déficit de responsabilidad. Con todo, y sea de ello lo que fuere, no parece que una concepción meritocrática resuelva a cabalidad el déficit de arbitrariedad moralmente relevante para una teoría de la justicia.

Otro problema de interés que debe abordarse desde una concepción meritocrática es la de determinar cuándo una remuneración es justa. Al parecer, institucionalizar la compensación por el mérito socava las bases sobre las que el mérito es adquirido. Como señala Tom Campbell, ofrecer una recompensa por una forma naturalmente buena de obrar alienta a comportarse no bajo un esquema de moral pura (honesta), sino de una moral prudencial (estratégica): moverse por la recompensa.²¹ Si se acepta esta última, nos acercaría al esquema liberal clásico de la libre competencia y del cálculo costo-beneficio. Una respuesta posible para evadir la crítica utilitarista sería afirmar que un sistema de recompensas justo no debería ir más allá de lo que se atribuiría a las personas que actuaran con independencia de tales

²¹ Campbell, Tom, *La justicia*, trad. de Ernesto Garzón Valdés y Jorge Malem, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 171-180.

incentivos, en el entendido de que los individuos no solo se mueven por razones egoístas, sino también por razones parcialmente altruistas.

Para ir más allá, de acuerdo con la propuesta de Sadurski y Campbell, habría que pensar en cualquier situación en la que la contribución individual sea tal que se pueda crear un excedente que supere sus propias asignaciones, y para el cual se pueda y se deba exigir recompensas compensatorias (bonos). Solo es posible llegar a ese excedente con dedicación de energía física e intelectual, experiencias desagradables vividas, riesgos y costos de oportunidad sobre los cuales es necesario ponerse de acuerdo en términos de qué es lo que se considera gravoso y qué no lo es, a partir de gustos medios y situaciones típicas.

Por supuesto, como hemos dicho, una consecuencia de comprender la justicia como mérito es que incentiva la existencia de recompensas extrínsecas más bajas para los trabajos intrínsecamente menos gravosos, lo cual puede ir en contra de la tendencia a que los apetecibles trabajos de alto nivel sean los mejores remunerados. Lo que sí debe descartarse en cualquier circunstancia es que, por un lado, el estatus social, el abolengo familiar, la herencia laboral, el nepotismo público y privado sean las justificaciones posibles para los altos ingresos y, por el otro, que los talentos naturales, como pensaba Rawls, deban diluirse en una suerte de fondo común.

III. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y CRITERIO DE EFICIENCIA

Uno de los representantes contemporáneos más destacados del Análisis Económico del Derecho (AED), en su vertiente deontológica, es Robert Cooter. Para seguir cierto orden intentaré sintetizar sus principales propuestas, en lo que hace a los supuestos epistemológicos, metaéticos y normativos, y proceder luego a un comentario crítico de las mismas.

Desde un punto de vista epistemológico, para Cooter, el AED debe entenderse en sus propios términos y no por referencia a ninguna tradición filosófica. Dicho con otras palabras, consciente del desacuerdo existente respecto de las diversas decisiones políticas sobre lo correcto y lo incorrecto en cuanto a la asignación de derechos, obligaciones, deberes, responsabilidades, privilegios, etcétera, y a las teorías que sirven para justificarlas, no corresponde al AED ofrecer algún criterio de solución. De lo que se trata más bien es de encontrar algún concepto, principio o criterio regulativo entre las diversas concepciones, lo suficientemente neutral y ajeno a cualquier consideración axiológica, que permita construir esa plataforma común de teori-

zación. Algo así como una especie de herramienta con la que se pudiera garantizar el éxito de cualquier operación. Tal principio o criterio normativo lo encuentra Cooter en la noción de eficiencia y, más específicamente, en el principio de “eficiencia Pareto”:

A policy science can, however, find areas of common agreement and build upon them. The economic analysis of law tries to remain neutral at its core with respect to competing conceptions of right, including conceptions of the ideal income distribution. That possibility is substantially realized by making Pareto efficiency its central normative concept.²²

Desde el punto de vista de la metaética, el principio de “eficiencia Pareto” es consistente con un relativismo de los valores y un escepticismo moral: “When judging whether a change is an improvement, a Paretian analysis does not impose anyone’s values upon anyone else. It is, consequently, consistent with value relativity and moral skepticism”.²³ Para Cooter, al parecer, uno y otro son condiciones necesarias para garantizar la pretensión de neutralidad del principio y, con ella, la propia neutralidad del AED.

A partir, entonces, de una relativización de los valores por la cual estos serán reducidos a preferencias individuales con igual título para su satisfacción, como se verá enseguida, y cuya elección sería arbitraria o limitada por las condiciones que impone el grupo y los valores compartidos, se sigue que las instituciones sociales deben perseguir un solo propósito, que es el de maximizar sin desperdicio la satisfacción de las preferencias individuales. Tal empresa es posible recurriendo al principio de “eficiencia Pareto”.

El principio de “eficiencia Pareto” afirma que una situación S (una cierta asignación de recursos) es *superior* a otra situación S' si al menos una persona está mejor y ninguna está peor en S que en S' . Una situación es a su vez *óptima*, si y solo si no hay ninguna otra situación posible en la que al menos una persona esté mejor y ninguna esté peor que en ella. Traducido y conducido al terreno legal significaría que cualquier ley debe ser descartada si existe otra que alguien prefiera y nadie rechace: “any law should be discarded if there is another that some people prefer and no one disprefers”.²⁴

Cooter está consciente de que este enfoque a través del principio de “eficiencia Pareto” no es totalmente neutral. Subyace en él un fuerte individualismo, pues con las leyes, como con las mercancías, las personas obten-

²² Cooter, Robert, “The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law” (BRL), *Notre Dame Law Review*, vol. 64, 1989, p. 835.

²³ *Ibidem*, p. 822.

²⁴ *Ibidem*, p. 835.

drán lo que ellas prefieran. Con todo, es claro para Cooter que cualquiera que sea el principio que se adopte para el arreglo social más justo, se debe procurar no desperdiciar recursos.

El principio de “eficiencia Pareto” cruza un buen número de teorías que van desde las posiciones más escépticas hasta las igualitarias, y todas parecen coincidir en un individualismo subyacente. De esta forma, la concepción paretiana del AED permite establecer una conexión entre las diversas concepciones de lo correcto y las preferencias individuales: la filosofía y la política determinan qué debe ser lo correcto en el derecho y en el gobierno, mientras que la economía determina qué es lo mejor con respecto a las preferencias individuales. La propuesta de Cooter es una suerte de síntesis de ambas que denomina teoría sobre las “mejores leyes correctas” (*the best right laws*), donde el principio de “eficiencia Pareto” y su vocación de neutralidad constituyen la plataforma común de cualquier concepción de lo correcto.

Con respecto a las teorías que analiza Cooter, el utilitarismo comparte con el principio de “eficiencia Pareto”:

- a) La satisfacción de las preferencias individuales, en la medida en que la decisión óptima está directamente determinada por los gustos y las oportunidades.
- b) El carácter individualista de los valores, en tanto estos residen exclusivamente en la satisfacción de las preferencias de los individuos y no, por ejemplo, en las tradiciones culturales o en las virtudes comunitarias.
- c) El autointerés, que si bien no es un requerimiento lógico del principio, incrementa su poder de aplicación. Sin embargo, pese a estas similitudes, Cooter toma distancia crítica frente al utilitarismo, en tanto que, por una parte, el principio ideal utilitarista de la suma total de beneficios supone una medición interpersonal cardinal imposible de efectuar tratándose de preferencias subjetivas y, por la otra, al privilegiar el bienestar social pone en riesgo la misma libertad de los individuos.²⁵

De la misma manera, lo que Cooter llama teoría materialista, que desde Adam Smith hasta Richard Posner propone la maximización de la riqueza como criterio de eficiencia, acepta el supuesto del subjetivismo individualista. Según Posner:

²⁵ Conviene tener presente a uno de los padres del utilitarismo, Bentham, Jeremy, *Los principios de la moral y la legislación*, trad. de Margarita Costa, Buenos Aires, Claridad, 2008; y la exposición y crítica del utilitarismo en general en Sandel, Michael, *Justicia*, *cit.*, cap. 2.

La riqueza es el valor en dólares, o monedas equivalente [...] de todo en la sociedad. Se mide por lo que la gente está dispuesta a pagar por algo o, si ya lo posee, lo que exigiría en dinero por separarse de ello.²⁶

La diferencia con el utilitarismo es que ahora las preferencias individuales están acotadas: solo cuentan las elecciones registradas en el mercado expresadas en términos monetarios. Se evita así el problema utilitarista de la medición interpersonal sin eliminar el criterio de “eficiencia Pareto”, visto ahora como “superioridad Pareto potencial” o criterio Kaldor-Hicks. Pero para Cooter, la noción de riqueza empleada por Posner, en términos de costos-beneficios monetarios, presenta grandes dificultades que podrían resumirse en la siguiente cuestión: ¿es la riqueza en sí misma un valor o es un instrumento para la consecución de algún otro valor? La respuesta de Cooter —coincidente en parte con la de Ronald Dworkin—²⁷ es clara. La maximización de la riqueza como criterio de eficiencia puede enmarcarse dentro de una lógica de la elección, pero de ninguna manera en una teoría sustantiva de los valores. Constituir la en esta última es colocarla bajo la misma crítica que le cabe al utilitarismo, es decir, poner en riesgo la propia libertad individual.

Desde el punto de vista ético-normativo, para Cooter, uno de los valores centrales es la libertad. Las concepciones de lo correcto en las cuales la libertad ocupa un lugar central no solo son consistentes con el principio de “eficiencia Pareto”, sino complementarias. Para Cooter, la libertad debe entenderse en tres sentidos: la libertad como permisión o ausencia de prohibición, la libertad como no interferencia en terceros, y la que el autor denomina “libertad conjuntiva” (*conjunctive liberty*), es decir, aquella concepción de la libertad de acuerdo con la cual su alcance, en términos de “máxima libertad” (*maximum liberty*), es medido como una suma ponderada de los diferentes tipos de actos permitidos: libertad de expresión, de prensa, de religión, de asociación, etcétera.²⁸ Cuál sea el criterio de ponderación en los casos en que estas libertades entren en conflicto no es un asunto

²⁶ Posner, Richard, “Some Uses and Abuses of Economics in Law”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, núm. 2, invierno de 1979, cit. por Roemer, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, México, ITAM-Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística-FCE, 1994, p. 32.

²⁷ Dworkin, Ronald, “Is Wealth a Value?”, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985. Para un análisis de la polémica Dworkin-Posner puede consultarse Hierro, Liborio, “Contra el imperio de la riqueza (Dworkin vs. Posner)”, en *Revista de Ciencias Sociales*, Chile, Universidad de Valparaíso, núm. 38, 1993, pp. 383-411.

²⁸ Cooter, Robert, “Liberty, Efficiency, and Law”, *Law and Contemporary Problems*, Durham, Carolina del Norte, vol. 50, núm. 4, otoño de 1987, pp. 142-150.

to relevante para los propósitos de mostrar la complementariedad entre el principio de “eficiencia Pareto” y el valor de la libertad.

En cualquier sentido que se entienda la noción de libertad, esta supone un respeto irrestricto a los valores y preferencias del individuo que, como ya se ha dicho, constituye el punto de partida del principio de “eficiencia Pareto”. La crítica dirigida hacia la versión estándar del principio no tiene relación con el supuesto de la libertad individual, sino con la idea de que pocos cambios beneficien a alguien sin que perjudiquen a otro. De ahí la necesidad de considerar un “Pareto potencial o prospectivo”. Lo cierto es que tanto el primero como el segundo, que también se halla sujeto a objeciones, son consistentes y complementarios con la libertad individual. Este es un deslinde importante con aquellas teorías que, aceptando el individualismo como punto de partida, terminan negando la libertad de los individuos, como son los casos, ya comentados, del utilitarismo y del materialismo.

Sea a través de la maximización del bienestar social (utilitarismo) o de la maximización de la riqueza (materialismo), ambos criterios ponen en entredicho las libertades individuales. En términos de Cooter, no toman los derechos individuales en serio. Estos están consagrados en el *Bill of Rights* precisamente para proteger las libertades individuales de estándares agregativos de elección social como los presentados por ambas posturas. Esta defensa de los derechos individuales sustentada por Cooter lo sitúa en una perspectiva deontológica del AED muy distinta, por ejemplo, de la versión consecuencialista de Posner.²⁹

Réplica a algunos enunciados del AED

La pretensión epistemológica de Cooter de comprender al AED en sus propios términos y no por referencia a alguna tradición filosófica, con el fin de garantizar su neutralidad, es una empresa desde un principio condenada al fracaso, por dos razones. Primero porque el reconocimiento de la genealogía del AED, por ejemplo en la escuela realista estadounidense del derecho, no solo debe verse desde un punto de vista descriptivo, en términos de sus nexos históricos —de alguna manera irrelevante para el estatus epistemológico del AED—, sino como un marco programático que orienta el tipo de preguntas y de intereses que definirán al AED.

²⁹ Véase el análisis de Richard Posner al principio de discriminación racial, desde el consecuencialismo eficientista, *The Economics of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, pp. 351 y ss.

El realismo jurídico estadounidense enseñaba, por ejemplo, “que los estudiosos del derecho deberían ocuparse de la ley tal como funciona en la práctica haciendo uso de las ciencias sociales, y que la economía era una de las ciencias sociales a la que podían recurrir los abogados académicos”. Pero también enseñaba algo más interesante, que quisiera expresar en los términos del juez Holmes: “Si queréis conocer el derecho y nada más, mirad el problema con los ojos del mal hombre, a quien solo le importan las consecuencias materiales que gracias a ese conocimiento puede predecir; no con los del buen hombre que encuentra razones para su conducta dentro o fuera del derecho en los mandamientos de su conciencia”. Para Holmes, tales consecuencias no eran otras que las resoluciones de los propios tribunales, por tanto, el derecho no era otra cosa que: “[...] las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos”.³⁰

Tal perspectiva del “hombre malo” —en el sentido de Holmes más cercano a la idea de egoísta que de perverso—, es decir, la del individuo que únicamente se preocupa por evitar consecuencias desagradables, que solo está interesado en que se le indique qué actos puede realizar impunemente y cuáles serán objeto de castigo por parte de los jueces, es la que permea, las más de las veces de manera acrítica, en el AED, y Cooter no es la excepción.

¿Qué sentido tendría poner a la noción de eficiencia como eje alrededor del cual debe girar todo el AED, como sugiere Cooter, si no se asume previamente la perspectiva del “hombre malo”? Como bien señala Carlos Nino, al menos tenemos el derecho a preguntar qué pasa con el hombre bueno, es decir, el individuo que quiere cumplir con su deber independientemente de cuáles sean las consecuencias.³¹ Para usar la terminología de Herbert Hart, qué pasa con el individuo que obedece al derecho no “desde un punto de vista externo”, sino “desde un punto de vista interno”; no movido por el temor a la sanción, sino por convicción.

Desde el punto de vista de la metaética, Cooter parece inclinarse por el llamado subjetivismo individualista, que parece ser la vía más adecuada para la defensa de la libertad de los sujetos. Si lo bueno fuera algo objetivamente determinable, nada impediría imponerlo a los individuos y esta imposición conduciría a posiciones dogmáticas y autoritarias que violentarían o restringirían la libertad. Pienso que el error de esta postura es confundir los enfoques interno y externo de las preferencias y terminar negando el primero, cuando lo valioso precede al deseo o al interés. Dicho en otros

³⁰ Holmes, Wendell, “The Path of the Law”, *Collected Legal Papers*, 1921, *cit.* por Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 46 y 47.

³¹ Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, *cit.*

términos, el valor de la libertad de los individuos no deriva de una visión externa de las preferencias, como se supone en el principio de “eficiencia Pareto”, sino de que existan razones acerca de estados de cosas valiosas que subyacen a aquellas.

En segundo lugar, Cooter advierte que el principio de “eficiencia Pareto” no es tan puro ni tan neutral, en la medida en que supone un individualismo de base. No obstante, en tanto este individualismo subyace a las principales teorías que han tratado de ofrecer criterios de eficiencia, el principio actúa como si lo fuera. Pienso que el individualismo que sostiene Cooter en la mejor tradición analítica anglosajona, que bien puede remontarse hasta Hobbes, es el que, siguiendo a Steven Lukes, se denomina “individualismo metodológico”: aquella doctrina que sostiene que todos los intentos para explicar los fenómenos sociales deben rechazarse a menos que puedan expresarse totalmente en términos de hechos acerca de los individuos.³² Cooter no excluye la interacción entre los propios individuos y que, como ya he señalado, termine aceptando un relativismo moral, pero al igual que con Robert Nozick, las demás personas tienden a aparecer como neutrales cuando no inciden sobre nosotros de alguna forma significativa, o de lo contrario, sirven como ayuda u obstáculo para la realización de nuestros propósitos y deseos.

Por lo que hace al propio principio de “eficiencia Pareto”, creo que no está de más recordar alguna de las críticas que se le han realizado con el fin de mostrar su escasa capacidad ética normativa. Me refiero, por ejemplo, a aquella que le formula Amartya Sen, en el sentido de que el principio de Pareto no permite comparar entre sí situaciones óptimas: “un estado puede ser un óptimo de Pareto con algunas personas en la más grande de las miserias y con otras en el mayor de los lujos, en tanto que no se pueda mejorar la situación de los pobres sin reducir el lujo de los ricos”.³³ Por supuesto que los economistas podrían argüir que no es función de la economía científica realizar valoraciones éticas o políticas —entre otras cosas, como ya se ha visto, porque se rechaza algún criterio racional y objetivo de valoración—, pero entonces deberían admitir que el criterio de eficiencia resulta sumamente inoperante para toda cuestión de interés.

Con respecto a las críticas de Cooter al utilitarismo y al materialismo, estoy de acuerdo. La cuestión de la limitación o negación de las libertades individuales en aras de una maximización del bienestar social o de la riqueza no es sostenible. Lo que resulta perverso en estas teorías es que partiendo

³² Lukes, Steven, *Individualism*, Oxford, Basil Blackwell, 1973, p. 110.

³³ Sen, Amartya, *The Standard of Living*, Cambridge University Press, 1987, pp. 50 y 51.

de la defensa incondicional de las libertades o de las preferencias individuales terminen proponiendo criterios que ponen en riesgo, si no es que destruyen, las propias libertades individuales. Algo semejante a lo que sucede con la defensa incondicional del mercado o con la defensa incondicional de la tolerancia: terminan destruyéndose a sí mismas. Las libertades o las preferencias individuales tienen también sus límites y, por supuesto, uno de ellos, como bien lo señala Cooter, es la no incidencia en la libertad de terceros.

Pero de esta crítica general al utilitarismo y al materialismo no debe inferirse necesariamente la aceptación de un liberalismo libertario, como parece defender el autor. El énfasis de Cooter está puesto especialmente en la defensa de las libertades negativas: en las libertades entendidas como ausencia de prohibiciones. Poco o nada se dice con respecto a las libertades positivas: la *libertad para*, en el sentido de autorrealización, y la razón me parece clara. La mejor forma de maximizar es que los propios individuos, que son quienes mejor conocen sus preferencias, se hallen libres para negociar e intercambiar.

¿Cuál debe ser entonces el papel de las normas jurídicas en tal contexto? Fundamentalmente dos: 1) proveer las condiciones necesarias para una transacción efectiva, por ejemplo, delimitando los derechos de propiedad, asegurando el cumplimiento de los contratos, previniendo el fraude, en fin, asegurando las libertades negativas con los correspondientes deberes negativos, y 2) corregir las fallas del mercado. Por tanto, el objetivo del derecho y de su aplicación judicial en particular es remover los obstáculos del intercambio a través, digamos, de leyes antimonopólicas, de una severa regulación de las externalidades negativas, etcétera. La función de las normas jurídicas sería la de suplir o, en su caso, perfeccionar el mercado.³⁴

Sin embargo, el papel de las normas jurídicas no se limita exclusivamente a perfeccionar o suplantar el mercado. El asunto no es de tipo cuantitativo, sino cualitativo: el deber del juez, por ejemplo, no es servir al mercado, sino determinar si este debe prevalecer ante ciertos conflictos. En otros términos, no entender la función del juez como un instrumento de la eficiencia al servicio del mercado, sino comprometido en un proceso tendente a promover o incluso remover, si es necesario, los valores encarnados en el derecho. Esta crítica supone que no todos los valores se reducen a preferencias subjetivas y que no solo es posible fundamentarlos en un objetivismo moral a partir del reconocimiento de necesidades o bienes básicos, por ejemplo, sino que también es posible establecer una jerarquía entre ellos. No todo es negociable en el mercado y no todo está sujeto a los criterios de

³⁴ Fiss, Owen, "The Death of Law", en *Cornell Law School*, vol. 72, núm. 1, 1986.

eficiencia. Pienso, en este sentido, que el liberalismo en su vertiente deontologista es un buen contrapeso al utilitarismo y al materialismo, como propone Cooter; pero pienso también que el liberalismo sin bases objetivas en el reconocimiento de necesidades básicas y deberes positivos por parte del Estado termina negándose a sí mismo.

Es verdad que Cooter hace referencia a Rawls cuando lo usa como un ejemplo más de la versatilidad y neutralidad del principio de “eficiencia Pareto”, pero Cooter tiene serias reservas para aceptar el igualitarismo de Rawls con base en el criterio *maximin*; además, difícilmente aceptaría una conciliación de las libertades básicas con algún principio distributivo y pienso que rechazaría cierto objetivismo axiológico presente en Rawls cuando pone especial énfasis en destacar las “circunstancias de la justicia” y la exigencia de satisfacción de los bienes básicos.

Qué tan compatible sea el principio de “eficiencia Pareto” a partir de ciertos supuestos igualitarios y de una versión fuerte de los derechos humanos, tanto individuales como sociales, es algo que hay que estudiar con más detalle. En todo caso, me parece que un liberalismo igualitario estaría más cerca de un AED, con todas las limitaciones éticas que sugiere un Guido Calabresi, que con la propuesta que sugiere un Richard Posner.³⁵

La propuesta de Cooter se ubicaría en una zona intermedia. Cooter es tan crítico del criterio de maximización de la riqueza de Posner y de las propuestas utilitaristas como lo es Calabresi, pero el deontologismo de Cooter, a diferencia del de Calabresi, se constriñe al modelo libertario. Una mezcla apropiada de eficiencia y equidad, diría Calabresi, es altamente instrumental para conseguir lo que muchos verían como una sociedad justa. Esta supone el deber de satisfacer las necesidades básicas de cada ser humano como sujeto moral. Necesidades que no están sujetas a las preferencias individuales ni son susceptibles de ser negociadas bajo criterios de eficiencia en el mercado.

Finalmente, desde el punto de vista normativo, con respecto a las libertades, ya he enfatizado la importancia de este valor para Cooter, aun cuando se limite a las libertades negativas. De los tres tipos de libertades que señala el autor: en cuanto permisión, como no interferencia en terceros y conjuntiva, me llama la atención especialmente esta última, que se entendería como una suma ponderada de los diferentes tipos de actos permitidos. Cooter está consciente de la necesidad de algún criterio de ponderación

³⁵ Para un análisis del pensamiento de Calabresi y sus diferencias con Posner (y Dworkin) véase Hierro, Liborio, “La pobreza como injusticia. (Dworkin vs. Calabresi)”, *Doxa*, Universidad de Alicante, núms. 15-16, 1994, pp. 945-969.

cuando las libertades entran en conflicto, pero hasta donde entiendo, no ofrece ninguno. Se limita a decir que el principio Pareto es práctico cuando los sujetos en conflicto se encuentran simétricamente situados con respecto a un futuro incierto, pero si no lo están —casos difíciles o trágicos—, entonces el principio es insuficiente y debe dar cabida a otro criterio de solución con el riesgo de poner en entredicho, por ejemplo, las libertades y los derechos individuales correspondientes.

Para situaciones en las que el conflicto se plantea entre dos valores, derechos o principios normativos, el criterio de eficiencia es irrelevante. Los fallos judiciales en los casos de *Roe vs. Wade*, *Brown vs. Board of Education* o *Village of Skokie vs. National Socialist Party of America*, por citar tres casos conocidos y paradigmáticos de conflictos de valores o dilemas en el ámbito estadounidense, solo confirman la necesidad del papel activo de los jueces para su resolución, aun cuando el valor que se optó por proteger arrojara resultados de enorme ineficiencia. Es claro que cuando lo que se analiza son casos difíciles y trágicos se corre el riesgo de sacrificar algunas libertades y derechos. Pero esto lo único que muestra es la insuficiencia del principio de “eficiencia Pareto” y del AED, no que no existan algunos criterios de solución.

IV. EXCURSUS. DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN O EQUIDAD ELECTORAL

En este *excursus* me interesa poner de relieve las diferencias entre una concepción libertaria y una igualitaria en torno a un problema que ha cobrado relevancia a partir de un fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos y que, en el sentir de los igualitarios, ha puesto en cuestión los mismos fundamentos de una democracia liberal. En México, esta confrontación adquirió relevancia a partir del llamado “amparo de los intelectuales”. Comencemos por este último.

El 27 de agosto de 2007, y después de un crispado periodo, durante y posterior a las elecciones del 2006 en México, el Instituto Federal Electoral (IFE) entregó al Senado una serie de propuestas de reformas en materia electoral. El 12 de septiembre, la Cámara Alta avaló el uso de los tiempos oficiales para difundir la propaganda de los partidos, vetando la contratación de espacios comerciales por parte de los partidos políticos y los particulares, y facultando solo al IFE para realizar la distribución de los espacios en medios de comunicación electrónicos. Las reformas tocaban directamente

los intereses económicos del duopolio televisivo. Como era de esperarse, comenzaron a sucederse los amparos promovidos por varias organizaciones sociales y algunos ciudadanos en contra, puntualmente, de la adición al artículo 41 constitucional, fracción III, párrafo tercero, promulgada junto con otras reformas el 13 de noviembre de 2007. En ella se establece que, además de los partidos políticos:

Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero.

En concreto, el llamado “amparo de los intelectuales” contra los actos del H. Congreso de la Unión³⁶ se sustenta en la violación a las garantías consagradas en los artículos 1, 3, 6, 9, 13, 133 y 135 constitucionales. Por supuesto, el más relevante es el artículo 6, que consagra el derecho a la libertad de expresión. No deja de llamar la atención la reiterada alusión a una defensa del régimen “democrático deliberativo”, sin ofrecer una definición del mismo.

¿Qué interpretación se propone en el amparo sobre el derecho a la libertad de expresión? La formulación constitucional del artículo 6 proyecta una:

concepción negativa de la libertad que requiere o implica únicamente la inhibición del Estado, esto es, la no injerencia a través de intromisiones por parte de aquel, frente a la capacidad de las personas de expresar libremente su opinión; libertad de expresión que conectada con su ejercicio colectivo genera la opinión pública y, en última instancia, el derecho a la información.

Y agrega:

el Órgano Revisor de la Constitución trastocó y modificó los valores en que se apoya el régimen democrático deliberativo, pues que limitó el ejercicio del derecho a la libertad de expresión [...] impone a los quejosos la obligación inmediata de abstenerse de contratar espacios en los medios de comunicación masiva, radio y televisión [...].

³⁶ SCJN, amparo en revisión 155/2011. Escrito de demanda de amparo de Fabián Aguinaco *et al.*

Viola además el derecho a la libre asociación, “pues se obliga a asociarse a un partido político para poder expresarse a través de los medios masivos de comunicación”.

Como sabemos, en sesión plenaria de 28 de marzo de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió desestimar el juicio de amparo promovido contra las reformas constitucionales de 2007. No entró al fondo del asunto.

Lo que me interesa resaltar para los propósitos de este capítulo es que el debate abierto en México en torno al conflicto entre los derechos a la libertad de expresión y a la equidad en las contiendas electorales, ambos consagrados en la Constitución, pone de manifiesto una tensión de fondo entre dos propuestas filosóficas distintas dentro de la misma familia liberal: o la versión libertaria que defiende a ultranza la libertad de expresión, o la versión igualitaria que busca garantizar la imparcialidad en la contienda democrática como condición *sine qua non* para el ejercicio político de la libertad ciudadana.

Para los libertarios existe algo así como una equiparación entre la libertad del mercado y la libre expresión de las ideas. Tal equiparación es una mera ilusión. Como sostiene Victoria Camps:

[...] el mercado real no es democrático. No hay igualdad de oportunidades en el mercado, como no la hay tampoco en ningún escenario imaginable para la libre expresión y confrontación de ideas. En el mundo que conocemos, solo quienes tienen poder económico, tienen a su vez capacidad real para expresarse y dominar el universo mediático e incluso el político. ¿Quién ha hecho a Berlusconi varias veces presidente del gobierno italiano más que el poder mediático que él mismo ostenta? [...] El poder de utilizar ese derecho universal que es la libertad de expresión no está equitativamente repartido en la sociedad real. Hablar de un libre mercado de ideas es puro engaño.³⁷

Para John Stuart Mill, uno de los defensores clásicos de la libertad de expresión, esta no debía concebirse como un fin en sí mismo, como una suerte de valor absoluto, sino como un medio para mejorar a la sociedad. Así lo comprendió James Madison al señalar que la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense debía leerse dentro del conjunto de valores constitucionales y democráticos; y el mismo juez Louis Brandeis, que la en-

³⁷ Camps, Victoria (ed.), *Democracia sin ciudadanos. La construcción de ciudadanía en las democracias liberales*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 155 y ss.

tendió como un medio para mejorar la democracia. Esta es la tesis central de pensadores contemporáneos como Cass Sunstein³⁸ y Owen Fiss.³⁹

Pienso con ellos, que en el marco de un Estado constitucional y democrático de derecho, la equidad electoral es una precondition necesaria, y por tanto, insoslayable, de la democracia. Asimilar la democracia al libre mercado de las ideas es condenarla al suicidio institucional. El problema reside en seguir considerando a la institución del mercado como algo bueno *per se*; algo que por su propio dinamismo, en la medida en que se minimicen los factores de distorsión, producirá las bondades requeridas por cualquier sociedad medianamente decente. Si además, como afirman algunos economistas libertarios como Friederich Hayeck, el mercado es condición necesaria de la democracia y se acepta también la tendencia natural del mercado a su concentración, entonces el escenario se nos vuelve doblemente enfermizo.⁴⁰ Desde este punto de vista, por ejemplo, la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Citizens United vs. Federal Election Commission* significa un claro retroceso que abona en la dirección de privilegiar al mercado y a los poderes fácticos por encima de la equidad electoral. Obama lo ha expresado impecablemente al referirse a esta decisión como “devastadora”, ya que mina los cimientos de la propia democracia.⁴¹

En una votación dividida, 5 contra 4, los jueces conservadores-republicanos declararon que las corporaciones y los sindicatos tienen un derecho constitucional a gastar tanto como deseen en comerciales televisivos electorales, que específicamente apoyen a candidatos particulares o se dirijan contra ellos. Esta decisión resulta extraordinaria en Estados Unidos, puesto que desde 1907 con la Ley Tillman, las corporaciones, que solo son personas ficticias creadas por el derecho, no tienen los mismos derechos consagrados por la Primera Enmienda en relación con la actividad política que sí tienen los individuos.

La Corte fue más allá de lo reclamado por *Citizens United*. Lo que esta corporación pidió es que se le exentara de la Ley de Reforma de Campañas

³⁸ Sunstein, Cass, *Democracy and the Problem of Free Speech*, Nueva York, The Free Press, 1993.

³⁹ Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1996.

⁴⁰ Garzón Valdés, Ernesto, *Instituciones suicidas*, México, Paidós-UNAM, 2000, pp. 63 y ss.

⁴¹ Corte Suprema de Estados Unidos, *Citizens United vs. Federal Electoral Commission*, 08-205, 558 U.S. 310, 2010. Véase Dworkin, Ronald, “La decisión que amenaza la democracia”, trad. de Miguel Carbonell, en *Isonomía*, México, ITAM-ELD-Fontamara, núm. 35, octubre de 2011. Para un estudio integral de la sentencia con comentarios de Jacob Rowbottom y Samuel Isaacharoff véase *Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras*, México, TEPJF, núm. 1, 2012.

Bipartitas (LRCB) sobre la base de que se proponía transmitir una película que “infamaba” a la candidata Hillary Clinton, únicamente en un canal de “pago por evento”. No se propuso impugnar la constitucionalidad de la ley. Los jueces Roberts, Alito, Kennedy, Scalia y Thomas decidieron por propia iniciativa que de todos modos querían declarar inconstitucional la ley: la LRCB infringía la Primera Enmienda. Con esta decisión, a juicio de autores como Ronald Dworkin, se abandonó el criterio de precedentes (Austin, 1990 y McConnell, 2003) y con ello, un siglo de historia y tradición democrática estadounidense.

De acuerdo con varios académicos e intelectuales, esta decisión de la Corte no encuentra soporte alguno en ninguna de las teorías que subyacen como justificación a la Primera Enmienda. ¿Cuáles son estas teorías?

1. La necesidad de un *electorado informado*: la libertad de discurso político es una condición necesaria para una democracia efectiva. El juez Kennedy se apoya en esta teoría, pero no da ninguna razón para suponer que permitiendo que las corporaciones ricas inunden con dinero las elecciones se produciría un público mejor informado. Más bien, hay razones para suponer que pasará lo contrario, puesto que: *a)* las corporaciones no tienen ideas propias y sus anuncios promoverán las opiniones de sus directivos; *b)* la publicidad corporativa confundirá al público, porque su volumen sugerirá que más personas que las que hay en realidad apoyan las opiniones que expresan los anuncios, y *c)* la publicidad confunde porque pretende ofrecer opiniones sobre el interés público, pero lo cierto es que los directivos están obligados a gastar los fondos corporativos solo para promover los propios intereses financieros, que además podrían ser diferentes a los del interés público. Kennedy argumentó que el discurso no puede ser restringido solo para igualar a los candidatos en cuanto a sus recursos financieros. Lo cierto es que no se trata de igualar por igualar a todos los candidatos, sino que como lo reconoce, por ejemplo, la Corte Suprema de Canadá: “crear un campo de juego nivelado para aquellos que desean comprometerse en el discurso electoral permite a los votantes estar mejor informados; ninguna voz es abrumada por otra”. Los monopolios o duopolios resultan igualmente destructivos para el mercado de ideas. Para un liberal igualitario, la equidad electoral se requiere para proteger la integridad del debate político, para hacer posible una robusta democracia deliberativa.
2. Una segunda teoría que justifica la Primera Enmienda destaca la importancia de la libre expresión no para educar al público a gran

escala, sino para *proteger el estatus y el desarrollo moral de los ciudadanos en lo individual*, como iguales en el proceso político. En su voto disidente, el juez Stevens defiende esta postura contra el derecho al voto de las corporaciones: “el dinero no es discurso”. La Primera Enmienda protege los intereses morales de individuos que sufrirán frustración e indignidad si fueran censurados. Solo los seres humanos pueden experimentar estas sensaciones, las corporaciones no. Ni siquiera los jueces más conservadores han sugerido que toda corporación debe tener una boleta electoral.

3. Por último, una tercera teoría justificaría la Primera Enmienda porque proteger la libertad de expresión contribuye a la *honestidad y transparencia del gobierno*. La decisión que adoptó la Corte en *Citizens United* podrá incentivar la corrupción incrementando agudamente la oportunidad de las corporaciones para tentar o intimidar a los congresistas, de cara a campañas de reelección.

Mi interés, como decía al principio de este *excursus*, es llamar la atención sobre las diferencias entre dos argumentaciones distintas dentro de la misma familia liberal: libertarios *vs.* igualitarios. En el marco de un Estado constitucional, liberal e igualitario de derecho, la equidad electoral es una precondition “mínima”, pero insoslayable, de la democracia, que necesita ser garantizada por el máximo tribunal en un ejercicio sólidamente argumentado de ponderación.⁴² Es una prueba de fuego para medir el talante de nuestros jueces si deciden entrar al fondo del problema. Cuando digo “entrar al fondo del problema” me refiero, como bien ha sostenido Dworkin, a que:

⁴² Existen antecedentes conocidos de tribunales límite, que han considerado inconstitucional una reforma constitucional. El ejemplo más citado es el de la Corte Constitucional de Alemania, que justifica su actuación en el mismo artículo 79, fracc. tercera de la Ley Fundamental alemana, que establece la conocida “cláusula de intangibilidad”: “No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”, *Southwest State Case* (1951), *Article 117 case* (1953), *Klass case* (1970), *Electronic eavesdropping case* (2004)); la Corte Constitucional de Italia declaró (sentencia 1146 de 1988) que “la Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de revisión constitucional o por otras leyes constitucionales”, principios entre los cuales se encuentran los derechos fundamentales; también deben citarse los fallos del Máximo Tribunal irlandés por lo que hace al control del procedimiento de reforma establecido en la misma Constitución —*State (Ryan) vs. Lemmon* (1935), *Riordan vs. An Taoiseach* (1999)—; y paradigmáticamente, en nuestra línea de reflexión, los fallos de la Corte Suprema de la India, a partir del concepto de “estructura básica” de la Constitución —*Golak Nath vs. State of Punjab* (1967), *Kesavananda Bharati vs. State of Kerala* (1973), *Minerva Mills Ltd. vs. Union of India* (1980)—.

[...] los jueces deben entender que los conceptos que utilizan en sus sentencias (responsabilidad, significado, intención, igualdad, libertad y democracia, por ejemplo) son conceptos *difíciles*, que estamos muy lejos de clarificar plenamente o de resolver del todo cuál es su mejor y más adecuada comprensión [...].

De la misma manera que los jueces han comenzado a familiarizarse con la economía o la historia constitucional para ofrecer decisiones consistentemente argumentadas:

[...] no sería irrazonable esperar que los jueces y abogados por igual tuvieran cierta familiaridad con, al menos, las principales escuelas contemporáneas de la filosofía jurídica, moral y política, lo cual parece indispensable para obtener una apreciación adecuada de cualquier argumento filosófico sobre el que deban meditar.⁴³

Dicho lo anterior, hay que insistir en que de ninguna manera se trata de asumir funciones de legislador, puesto que el órgano judicial no tiene facultades “iniciativas”, sino solo “controladoras” (siempre resuelve conflictos); ni tampoco se trata de abrir las puertas al intuicionismo o al decisionismo judicial.

⁴³ Dworkin, Ronald, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, trad. de Leonardo García Jaramillo, *Isonomía*, México, núm. 32, 2010, pp. 25 y ss.