

CAPÍTULO 34

LA NEUTRALIDAD DEL DERECHO

Hugo Omar SELEME*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Perfeccionismo*. III. *Moralismo Jurídico*. IV. *Liberalismo: Neutralidad de objetivos sin neutralidad de justificación*. V. *Liberalismo Político: Neutralidad de Objetivos y Neutralidad de Justificación*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de la neutralidad del derecho se enmarca dentro del problema más amplio de los límites del derecho. No cabe duda de que el derecho posee límites empíricos o fácticos. No cualquier objetivo es apto para ser alcanzado a través de las herramientas jurídicas. Como todo artefacto humano, el derecho puede hacer sólo ciertas cosas. Así, por ejemplo, si uno quiere garantizar la provisión de bienes de primera necesidad a precios accesibles, el dictado de una norma jurídica fijando precios máximos no parece ser una herramienta adecuada. El resultado que probablemente se dará, si es que se está en el marco de una economía de mercado, será el desabastecimiento. La norma jurídica cuyo objetivo declarado es garantizar el acceso a ciertos bienes, es probable que produzca el efecto contrario.

Los ejemplos de que existen ciertos fines que no pueden alcanzarse a través de las normas jurídicas son numerosos y es por ello pacíficamente aceptado que el derecho posee límites empíricos. Los teóricos del derecho, sea cual sea su orientación, aceptan que no todo puede lograrse a través del derecho. Sin embargo, el panorama cambia radicalmente cuando nos movemos del ámbito fáctico al normativo. Esto es, cuando el asunto sobre el que nos interrogamos no es si existen cosas que el derecho no puede hacer, sino si existen cosas que el derecho no *debe* hacer. La pregunta por dónde se encuentran los límites normativos del derecho ha recibido respuestas divergentes.

* Catedrático de Ética, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) y CONICET.

Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, pp. 1247-1274.

Específicamente, el problema ha girado en torno a dos asuntos interconectados. En primer lugar, la disputa se ha centrado en si le está moralmente permitido al Estado diseñar las instituciones públicas – incluidas las jurídicas – para promover ciertas formas de vida consideradas moralmente valiosas. ¿Puede el Estado dictar normas jurídicas o adoptar políticas que tengan por objetivo promover una de las muchas concepciones de la “vida buena” que existen? En segundo lugar, han existido posiciones encontradas con respecto a si el derecho y las políticas estatales pueden estar justificadas sobre la base de cosmovisiones filosóficas acerca de qué es el ser humano o acerca de cuál es el modo valioso de vivir.

La neutralidad es una de las posibles respuestas a esta faceta del problema de los límites normativos del derecho. Quienes defienden la neutralidad del derecho ofrecen una respuesta a las dos preguntas recién formuladas. En relación con la primera pregunta, sostienen que el Estado no debe dictar normas que tengan por objetivo promover o penalizar ciertas concepciones morales referidas a qué es valioso en la vida humana. Así, por ejemplo, en materia religiosa el Estado no puede ser confesional, sino que debe permanecer neutral con respecto a las diferentes concepciones religiosas de la “vida buena”. No puede dictar normas que tengan por objetivo facilitar la vida de aquellos que profesan una religión, en detrimento de quienes profesan otra. Por esta razón, a este tipo de neutralidad se la denomina “neutralidad de objetivo”. Con respecto a la segunda, afirman que el Estado no debe dictar normas – o llevar adelante políticas – que se encuentren justificadas en concepciones sobre las que ciudadanos razonables discreparían, esto es concepciones morales o metafísicas. El diseño de las instituciones públicas debe estar fundado en razones que todos los ciudadanos a quienes las instituciones se aplican puedan aceptar, sean cuales sean las concepciones del bien o metafísicas a las que adhieren. Esta neutralidad se denomina “neutralidad de justificación”.

No obstante, optar por la neutralidad no es la única posición que uno puede adoptar frente a estas preguntas. Más aun, durante siglos casi la totalidad de los pensadores occidentales han defendido modos de organizar el Estado y de justificar las normas jurídicas completamente ajenos a la aspiración de neutralidad. El ideal de neutralidad es, podría decirse, un recién llegado al ámbito de la filosofía legal y política. Su origen puede rastrearse hasta el surgimiento del liberalismo político, acaecido como consecuencia de los conflictos religiosos suscitados por la reforma protestante.

Luego de la fragmentación de la cristiandad medieval, debido a sus aspiraciones de universalidad y verdad, hizo su aparición en el escenario

político un problema que hasta entonces había sido desconocido para occidente: la existencia de religiones rivales expansionistas, con distintas concepciones de la “vida buena”, que no admitían entre sí ningún grado de conciliación.¹ El liberalismo surgió así históricamente como un intento de dar respuesta a la imposibilidad práctica mostrada por los individuos de acordar, con el fin de organizar la convivencia política, sobre una determinada concepción de la “vida buena”. Dado que los individuos ahora discrepaban respecto de cuál era la mejor manera de llevar adelante sus planes de vida, lo que se necesitaba era encontrar criterios de diseño institucional, esto es, principios de justicia que permitieran organizar las instituciones públicas – incluido el derecho– sin apelar a ninguna concepción de la “vida buena”, fuera esta religiosa o de otra índole. Frente al pluralismo de concepciones del bien el liberalismo optó por la neutralidad como modo de encontrar una respuesta al problema de garantizar la convivencia política pacífica: el Estado no debía comprometerse con ninguna concepción del bien.²

¹ Señalo que este problema era nuevo para Occidente porque el Imperio Islámico ya había tenido que enfrentar el problema de la coexistencia con el Cristianismo que era una religión que poseía una doctrina sobre la “vida buena” y tenía aspiraciones de expansión universal. Contrario a lo que usualmente se piensa, el período originario del Islam no estuvo caracterizado por una aspiración de neutralidad política y tolerancia. Las expresiones del Corán que podrían interpretarse como mandatos de tolerar a otras religiones, no son tales. Así, el pasaje que señala “Vosotros tenéis vuestra religión y yo la mía” (*Corán* 109: 6), proviene de la época en que el Islam estaba siendo perseguido en la Meca y más que como un mandato a tolerar a otros aparece como un pedido de que se deje a los musulmanes en paz. La sura que señala: “Si tu Señor hubiera querido, todos los habitantes de la tierra, absolutamente todos, habrían creído. Y ¿vas tú a forzar a los hombres a que sean creyentes, siendo así que nadie está para creer si Alá no lo permite?...” (*Corán* 10: 99-100) debe entenderse como un consuelo para el fracaso experimentado por Mahoma en su intento de convertir a los habitantes de la Meca al Islam. Estos pasajes reflejan el pensamiento Islámico antes de haber adquirido el poder político.

La situación cambió cuando el poder político pasó a manos de los musulmanes luego de la Hégira. La prueba más contundente del cambio son las últimas palabras de Mahoma antes de morir: “¡Que Alá combata a los Judíos y Cristianos! Que ellos transformen las tumbas de sus profetas en mezquitas. No pueden existir dos religiones en la tierra de los árabes.” El pasaje del Corán usualmente utilizado para defender la tolerancia es la sura 2:256, que comienza diciendo “No cabe coacción en religión”. Sin embargo, es discutible dentro del Islam cuál es el significado de esta sura y si no fue derogada por revelaciones posteriores referidas a la Jihad (*Coran* 9:73 y 9:29 y los “versículos de la espada” *Corán* 9:5). Para un extenso análisis de la tolerancia dentro del Islam, en el que me he basado aquí, ver Friedmann, Yohanan, *Tolerance and Coercion in Islam*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

² Esta explicación del surgimiento del Liberalismo sigue en líneas generales lo que señala John Rawls en *Political Liberalism*, Columbia, New York, 1993, pp. xxi-xxviii.

Esta nueva tesis liberal vino a cambiar siglos de pensamiento político. Desde la Grecia clásica el modo de ver a la política había sido diametralmente opuesto. Para el pensamiento político clásico el Estado no debía ser neutral entre las diversas concepciones de la “vida buena”. Dado que algunas de estas concepciones eran verdaderas y otras falsas, la principal función del Estado residía en hacer que los ciudadanos llevaran adelante vidas moralmente valiosas. Para alcanzar este fin el Estado debía promover la verdadera concepción de la “vida buena” intentando eliminar las concepciones desviadas. La política no aspiraba a ser neutral con respecto a la ética sino que se encontraba enraizada en ella. Con el advenimiento del Cristianismo la función de la política siguió siendo idéntica sólo que cambió el lugar en donde buscar la verdadera concepción de la “vida buena”. El carácter doctrinal del Cristianismo determinó que la tarea que hasta entonces había llevado adelante la reflexión ético-filosófica quedara en manos de la teología. Mientras en el pensamiento clásico la política hundía sus raíces en la ética, en el medieval lo hacía en la religión. Sin embargo, en ninguno de los dos casos el derecho – o el Estado en general – pretendían neutralidad.

En lo que sigue, para poner en contexto el ideal de neutralidad, presentaré las respuestas alternativas brindadas por el perfeccionismo – tal es el nombre que se ha dado a las concepciones políticas que pretenden promover un ideal de “vida buena” a través del aparato estatal – y el moralismo jurídico. Ni el perfeccionismo ni el moralismo jurídico aspiran a ningún tipo de neutralidad. El Estado puede dictar normas jurídicas y llevar adelante políticas que tengan por objetivo alentar una determinada concepción moral acerca de cuál es el modo adecuado de vivir. En ambos supuestos cambian las razones por las que una concepción de la “vida buena” es seleccionada por el Estado, pero tanto el perfeccionismo como el moralismo jurídico consideran que es moralmente correcto seleccionar una concepción y utilizar el aparato estatal para su promoción. Del mismo modo, ninguna de las dos posiciones sostiene que las normas y políticas estatales deben ser neutrales en su justificación. El Estado no sólo puede promover una concepción moral acerca de la “vida buena” sino que puede utilizar estas concepciones para justificar las normas y políticas que adopta, aun si estas políticas no tienen por objetivo promover ningún ideal particular de vida humana.

Luego de presentar al perfeccionismo y al moralismo jurídico, presentaré una variante de liberalismo que aspira a la neutralidad de objetivo pero no a la neutralidad de justificación. Para esta concepción, al igual que para el perfeccionismo, la política está enraizada en la ética. No obstante,

dada las peculiaridades de la concepción ética que se defiende el resultado que se obtiene es que el Estado no debe promover a través de sus políticas o normas ninguna concepción particular de la “vida buena”. Por último, presentaré una variante de liberalismo – elaborada por John Rawls – que sostiene que el Estado debe ser neutral en los dos sentidos señalados si quiere tratar a sus ciudadanos como libres e iguales.

II. PERFECCIONISMO

La preocupación central de la filosofía moral en el período clásico, al menos desde el período antropológico de la filosofía griega en adelante,³ fue suministrar una guía para llevar adelante una vida buena, entendida como una vida plenamente humana. Las razones por las que los filósofos abandonaron la reflexión cosmológica, que había caracterizado al pensamiento pre-socrático, y se abocaron a la reflexión antropológica y ética son variadas. Sin embargo, vale la pena destacar una que tiene que ver con cierto rasgo de las religiones clásicas: su ritualismo. Las religiones clásicas eran esencialmente religiones cívicas, construidas alrededor de la participación en rituales más que en torno a una doctrina acerca de cuál era el modo adecuado de vivir. Lo único que exigía la religión por parte de aquellos que la profesaban era el cumplimiento de ciertas prácticas o ritos. Esto trajo aparejado que cuando el ideal de vida griego entró en crisis la religión no tuvo nada que ofrecer para reemplazarlo.⁴

Una de las razones de la crisis fue el relativismo provocado por la constatación de que otras culturas tenían ideales diversos. Tal acontecimiento fue facilitado por los crecientes vínculos comerciales, y por el flujo de personas y mercaderías que esto trajo aparejado, que parte del mundo griego había desarrollado con otras comunidades del mediterráneo. No fue casual que la crisis de valores tuviese lugar en Atenas, la ciudad-estado cuyo comercio había tenido el crecimiento más vertiginoso. Cuando la crisis se desató fue lógico que los atenienses, imposibilitados de buscar respuestas en la religión, se volvieran a los filósofos para buscar una guía acerca de cual

³ Usualmente la filosofía griega se divide en tres períodos, de acuerdo a la temática central en torno a la que gira la reflexión filosófica: el período cosmológico, el antropológico y el religioso que culmina con el neoplatonismo. El período antropológico se inicia con Sócrates y los Sofistas. A partir de este período la pregunta por la “vida buena” estuvo presente en la filosofía griega.

⁴ Sigo aquí lo que Rawls señala en la Introducción a sus *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 2000.

era el modo bueno de vivir. Desde allí en adelante todos los sistemas filosóficos incluirían un ideal de vida entre sus componentes.

Esta preocupación de la filosofía clásica por identificar el ideal de “vida buena” se trasladó a su modo de entender la reflexión política. El afán de los filósofos griegos por encontrar una salida al relativismo moral, los condujo a la búsqueda de ideales de vida objetivos, no sujetos a variación según el lugar y el tiempo. La moral – de la cual el ideal de vida formaba parte – comenzó a ser concebida como un conjunto de reglas y principios verdaderos que no podían ser alterados por los seres humanos sino que debían ser descubiertos mediante el uso de la razón. Finalmente, esta forma de concebir al ideal de “vida buena” y a la moral en general, determinó un modo de abordar la reflexión política. Si existía una única moral verdadera y un único ideal de “vida buena” era lógico pensar que el modo correcto de organizar las instituciones colectivas debía ser uno que promoviese la realización por parte de los ciudadanos del ideal de vida que previamente se había identificado. De este modo, como hemos señalado, la política fue puesta al servicio de la ética.

En el pensamiento clásico existía, por así decirlo, una división del trabajo filosófico. La tarea de la ética era descubrir el ideal de vida y las reglas y principios morales objetivos a los que una vida buena debía ajustarse. La tarea de la filosofía política era diseñar instituciones que sirviesen para promover este ideal entre los ciudadanos. No sólo era permisible que las instituciones políticas – incluidas las jurídicas – tuviesen por objetivo promover una forma de vida o estuviesen justificadas en una particular concepción del bien, sino que era necesario que así fuese. Las instituciones políticas eran vistas como un instrumento para que los ciudadanos alcanzasen el ideal de vida que les permitiría desarrollarse como seres humanos plenos.

Este modo de concebir a las instituciones políticas se mantuvo inalterado hasta las guerras de religión del siglo XVII. Durante la Edad Media la división del trabajo filosófico siguió vigente, sólo cambiaron los encargados de llevar a cabo las tareas. Mientras el diseño de instituciones que promoviesen el ideal de “vida buena” siguió a cargo de la filosofía política, la encargada de proveer el único ideal de vida válido dejó de ser la ética y paso a ser la religión o más específicamente la teología. El Cristianismo, a diferencia de la religión cívica del período clásico, no era una religión cívica sino que poseía una doctrina acerca de cómo vivir, poseía un ideal de hombre. Por lo tanto, era lógico que quienes creían en esta religión buscaran en ella, y no en la ética filosófica, el ideal de vida a perseguir. Las insti-

tuciones políticas medievales tenían por objeto promover un ideal de vida sólo que éste, a diferencia de lo que sucedía en el período clásico, no debía ser descubierto con la razón sino que había sido revelado y debía ser aceptado por la fe.

Puede señalarse entonces que las concepciones perfeccionistas poseen dos elementos. El primero es un ideal de vida humana o una concepción de “vida buena”. Lo que hace buena o valiosa una particular forma de vida es que instancie ciertas excelencias o logros. Estos rasgos de excelencia son concebidos de modo objetivo, como algo a ser descubierto o revelado. Este primer elemento es lo que distingue a las diversas concepciones perfeccionistas.⁵ Diversas concepciones perfeccionistas profesan diferentes ideales de perfección humana. El segundo elemento es un modo de concebir la política. El modo correcto de diseñar las instituciones políticas es aquel que promueve en los ciudadanos que las habitan los rasgos de excelencia que vuelven sus vidas valiosas.⁶

A primera vista, un riesgo que presentan las políticas perfeccionistas es el de cercenar la autonomía individual. Si las instituciones políticas pueden promover cierta forma de vida, aun a través del recurso de la coacción, entonces la autonomía individual se encuentra en riesgo. Así, por ejemplo, si el ideal de vida humana incluye ciertas pautas con respecto al modo bueno de vivir la sexualidad, nada impediría que las instituciones políticas penalizaran las conductas sexuales que no se ajustan a ese ideal, como un intento de disuadir a los ciudadanos que desean llevarlas adelante. Frente a esta posible consecuencia de adoptar una visión perfeccionista, no es difícil

⁵ Si se considera al hedonismo como un ideal de vida, es posible concluir que el utilitarismo es una variante de perfeccionismo. Existirían dos modos de concebir la “vida buena”. Uno es el que he seguido en el texto, equiparando a la bondad con excelencia humana. Otro sería el hedonista que equipara a la bondad con el bienestar.

Hacer esto conllevaría a considerar toda concepción teleológica como perfeccionista. Aunque no hay nada que impida adoptar esta clasificación, pienso que oscurece las diferencias que existen entre el utilitarismo y los otros tipos de teleologismos. Es mejor ver al utilitarismo como un intento por encontrar una métrica subjetiva de bienestar que sirva como patrón común ante la diversidad de métricas objetivas en conflicto. Es la fragmentación de las concepciones objetivas del bien que eran la base de las concepciones las políticas perfeccionistas - fragmentación iniciada con la reforma protestante - lo que condujo al utilitarismo como vía de escape. Dicho de otro modo, el utilitarismo fue la alternativa para lograr la convivencia política frente a la posibilidad de diversos perfeccionismos en pugna.

⁶ Puede encontrarse un tratamiento minucioso del Perfeccionismo en Arneson, Richard, “Perfectionism and Politics”, *Ethics*, vol. 111, 2000, pp. 37-63; Brink, David, *Perfectionism and the Common Good*, Clarendon Press, Oxford, 2003; Hurka, Thomas, *Perfectionism*, Oxford University Press, New York, 1993; Sher, George, *Beyond Neutrality: Perfectionism and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

comprender porqué gran parte de los pensadores liberales se han opuesto al mismo.

Sin embargo, el conflicto entre autonomía y perfeccionismo no es inevitable. No hay nada en la estructura de las concepciones perfeccionistas que de modo necesario las lleve a promover políticas que cercenan la autonomía individual. Todo depende de cómo es concebido el ideal de “vida buena”. Si este incluye el valor de la autonomía, esto es, si una vida valiosa es aquella que es dirigida autónomamente por quien la vive; y si el ejercicio de la autonomía requiere la existencia de alternativas valiosas entre las que elegir, entonces queda abierto el camino para un tipo de perfeccionismo liberal. Este camino es el que ha tomado Joseph Raz en *The Morality of Freedom*. Señala, al respecto:

...el principio de autonomía es un principio perfeccionista. Una vida autónoma es valiosa sólo si se la emplea para llevar adelante proyectos y relaciones aceptables y valiosos. El principio de autonomía permite y hasta exige que los gobiernos creen alternativas moralmente valiosas y que eliminen aquellas que son repugnantes.⁷

La idea de Raz sería la siguiente. Una vida valiosa – de acuerdo a su ideal – es aquella que es llevada delante de acuerdo a las propias convicciones del individuo sobre aquello que tiene valor, siempre que estas convicciones sean verdaderas. Una vida no es valiosa simplemente por conducirla de acuerdo a las propias creencias, sino que recibe valor de otras razones sustantivas que son independientes de estas creencias. Así, si alguien, creyendo que es valioso, persigue un objetivo equivocado a lo largo de su vida, más allá de lo que crea ha llevado adelante una vida carente de valor. De modo que para Raz una vida buena tiene que haber sido elegida de modo autónomo,⁸ de acuerdo a las propias convicciones, y adicionalmente la elección tiene que haber sido la adecuada. La forma de vida que se ha elegido tiene que ser objetivamente valiosa.

Una vez articulado este ideal de vida, el paso siguiente de Raz consiste en establecer que la autonomía sólo puede ser ejercitada si existen alternativas valiosas entre las cuales elegir. Si sólo existiese una forma de vivir que

⁷ Raz, Joseph. *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 417.

⁸ Una aclaración adicional es necesaria. Según Raz, para que una decisión sea autónoma no sólo tiene que haber sido realizada entre alternativas valiosas, sino que tiene que haber sido hecha en una situación de “independencia”. Si alguien está sometido a la voluntad de otro, no está en condiciones de ejercitar su autonomía aun si dispone de alternativas valiosas entre las que elegir. Este modo de concebir la autonomía acerca su posición a las concepciones republicanas de la libertad.

tuviese valor intrínseco, entonces el ideal de vida antes descripto sería inalcanzable puesto que esta forma de vida – aun si dotada de valor - no podría ser elegida autónomamente. Si la autonomía es un valor, de modo indefectible deben existir diferentes formas de vida valiosas entre las que elegir.⁹ El compromiso con la autonomía hace que el perfeccionismo de Raz , a diferencia del perfeccionismo clásico, presuponga el pluralismo moral. Mientras en la variante clásica sólo existe una forma de vida moralmente valiosa que debe ser promovida por las instituciones políticas, en la variante de Raz , si es posible llevar una vida valiosa en algún sentido, es necesario que exista más de un plan de vida que esté dotado de valor moral.

El pluralismo moral es una condición necesaria para que el ejercicio de la autonomía sea posible, pero de ningún modo es suficiente. Para que alguien ejerza su autonomía no basta que conceptualmente existan diversas formas de vida valiosas, sino que es necesario adicionalmente que algunas de estas se encuentren de hecho disponibles. Dicho de otro modo, aunque el pluralismo moral sea cierto esto no garantiza que los individuos a la hora de decidir que vida seguir dispongan de alternativas valiosas entre las cuales elegir. Si en la sociedad en la que habitan ninguna forma de vida valiosa es visible, no existe ningún modo en que puedan ejercitar su autonomía de modo significativo. Señala Raz:

...Una persona puede tener un objetivo comprensivo sólo si este está basado en formas sociales existentes, esto es en formas de comportamiento que son ampliamente practicadas en su sociedad...¹⁰

La premisa adicional que le permite a Raz obtener su conclusión perfeccionista es una que afirma que la existencia de las formas sociales necesarias para que las alternativas valiosas estén disponibles requiere de modo necesario la intervención activa de las instituciones políticas. Haciendo explícita esta posición sostiene:

Dar apoyo a las formas de vida valiosas es una cuestión social antes que individual. La monogamia, suponiendo que es la única forma da matrimonio moralmente valiosa, no puede ser practicada por un individuo. Necesita de una cultura

⁹ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 399.

¹⁰ Raz, *The Morality of Freedom*, op. cit., p. 308.

que la reconozca y que la apoye a través de la actitud pública y a través de sus instituciones formales...¹¹

La línea argumental seguida por Raz, entonces, es la siguiente. El Estado debe promover que los individuos lleven adelante vidas valiosas. Una vida valiosa es aquella que posee valor intrínseco y ha sido elegida autónomamente. El ejercicio de la autonomía requiere que existan alternativas valiosas entre las cuales elegir. La existencia de estas alternativas valiosas depende de la existencia de formas sociales. La existencia de estas formas sociales requiere de la intervención activa del Estado. En consecuencia, el Estado debe determinar cuáles son las formas de vida valiosas, cuáles son las formas sociales que estas formas de vida requieren, y adicionalmente debe sostener —a través de sus normas jurídicas y sus políticas— estos planes de vida valiosos y las formas sociales de las que dependen. El Estado no debe permanecer neutral frente a las concepciones de la “vida buena”.

Las críticas a la concepción perfeccionistas pueden agruparse en dos categorías. En la primera, se encuentran las objeciones que tratan de mostrar que llevar adelante políticas perfeccionistas transgrede ciertos valores morales. Específicamente, procuran mostrar que el Perfeccionismo no respeta a los ciudadanos como seres libres e iguales. Esta es la línea de crítica que han seguido los liberales que han ofrecido razones morales a favor de la neutralidad estatal y que presentaremos con más detalle en el apartado correspondiente. En la segunda categoría se encuentran aquellas críticas que tienden a mostrar que el Perfeccionismo es una empresa imposible. Quienes han formulado ataques desde este flanco no tratan de cuestionar la moralidad de las políticas perfeccionistas sino la posibilidad de llevarlas a cabo.

Las críticas agrupadas en la segunda categoría, a su vez, son de dos tipos. En primer lugar tenemos las críticas directas al perfeccionismo. Lo que estas objeciones intentan cuestionar es la existencia de ideales de vida que sean objetivamente más valiosos que otros. Una versión más débil de la crítica no se apoya en el nihilismo sino en el escepticismo epistémico. Según ésta aun si existen valores e ideales morales objetivamente valiosos no existe un test que permita identificar de manera no

¹¹ *Idem*, p. 162. Por supuesto, es posible discutir si el paso que hace Raz de la necesidad de apoyo social a la necesidad de apoyo político es correcto. Es posible aceptar que “dar apoyo a las formas de vida valiosas es una cuestión social” sin concluir que éste solo se puede lograr a través del apoyo de “sus instituciones formales”.

controvertida cuáles son las formas de vida que poseen valor moral intrínseco. En las sociedades modernas los individuos no sólo poseen concepciones de la “vida buena” divergentes sino que adicionalmente discrepan sobre qué cuenta como una razón para afirmar que una forma de vida humana está dotada de valor, es decir, discrepan sobre los criterios para determinar qué concepciones de la “vida buena” son correctas y cuáles no lo son. Cualquier política perfeccionista tendrá que embarcarse en profundas e interminables discusiones filosóficas para mostrar que el ideal de vida que promueve es el correcto.

En segundo lugar, tenemos las críticas indirectas al perfeccionismo. Los que estas críticas intentan mostrar es que el intento de llevar adelante políticas perfeccionistas es auto-frustrante. Un argumento en este sentido ha sido ofrecido por Will Kymlicka. Según el “principio de adhesión”, al que Kymlicka adhiere, no es posible llevar adelante una vida buena a menos que uno crea que el plan de vida que está desarrollando es moralmente valioso.¹² Si el plan de vida que estoy llevando adelante es objetivamente valioso, pero yo no adhiero a él – esto es, no creo que tenga valor alguno – entonces mi vida carece de valor moral. Si esto es así, concluye Kymlicka, todo intento del Estado de promover que sus ciudadanos lleven adelante vidas valiosas a través de la imposición de un ideal de vida por medio del derecho, será auto-frustrante. La mera imposición de un plan de vida – por más valioso que este sea – garantiza que la forma de vida de aquellos a quienes se impone carezca de valor moral. Así, concluye Kymlicka, lo mejor que puede hacer un Estado que pretende promover que sus ciudadanos lleven adelante vidas moralmente valiosas es no llevar adelante políticas perfeccionistas.¹³

En una sociedad pluralista y democrática, caracterizada por la coexistencia de concepciones del bien divergentes, la crítica directa al Perfeccionismo posee una especial fortaleza. Si los ciudadanos poseen diferentes concepciones morales, si no existe ningún criterio compartido para identificar cuáles son verdaderas y cuáles son falsas, y si las decisiones políticas deben adoptarse por consenso ¿qué garantiza que cualquier intento de imponer un código moral a través del derecho no que-

¹² Kymlicka toma este principio de Ronald Dworkin, cuya posición bosquejaremos más adelante.

¹³ Cfr. Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1990, pp. 199,205. Kymlicka reconoce que este argumento no muestra que sean auto-frustrantes las políticas perfeccionistas que tienen por objeto cambiar las creencias de los ciudadanos acerca de que planes de vida son valiosos.

de atascado en medio de la controversia filosófica acerca de qué plan de vida es objetivamente correcto? Esta es una inmensa dificultad que enfrenta en la práctica cualquier forma de Perfeccionismo que aspire a tener relevancia política.

III. MORALISMO JURÍDICO

La magnitud de la dificultad que enfrenta el perfeccionismo explica porqué quienes se oponen a la neutralidad de las instituciones políticas han recurrido a otro tipo de argumentos para justificar su posición. ¿Cómo puede ser defendido el hecho de que el Estado justifique sus normas y políticas en base a una concepción del bien o busque promoverla, sin vernos arrastrados a las profundidades del debate filosófico? ¿Cómo oponerse a la neutralidad del Estado sin comprometerse con la idea de que ciertos valores o ciertos ideales de vida son los moralmente correctos? ¿Cómo puede justificarse que el Estado imponga o promueva cierta moral sin que sea necesario argumentar para mostrar que es la moral correcta? A primera vista la tarea luce imposible ya que parece que no puede existir ninguna razón para imponer una moral o un ideal de vida que no sea la corrección moral de las pautas o el ideal de vida que se pretende imponer. El Moralismo Jurídico ha sido el camino elegido como alternativa al perfeccionismo para llevar adelante esta tarea.

Uno de los primeros en exponer el argumento del Moralismo Jurídico fue Patrick Devlin.¹⁴ La circunstancia que motivó el argumento de Devlin a favor de la imposición de la moral por parte de las instituciones políticas, fue la publicación del “Wolfendon Report” acerca de la regulación legal de la homosexualidad. El reporte recomendaba la no intromisión del Estado en las conductas homosexuales entre adultos llevadas adelante por mutuo consentimiento y en privado. El reporte, apelando a la distinción entre lo público y lo privado, señalaba que debía dejarse un ámbito de moralidad o inmoralidad privada en la que el derecho no debía inmiscuirse.¹⁵ El argumento de Devlin estuvo dirigido a cuestionar esta conclusión.

¹⁴ Devlin, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965.

¹⁵ Cfr. “Wolfendon Report”, Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, Cmd. 247, 1957, parágrafo 61.

El modo perfeccionista de alcanzar este objetivo hubiese sido señalar el carácter inmoral de la homosexualidad como ideal de vida, afirmando que era la tarea de las instituciones políticas promover que los ciudadanos llevaran adelante formas de vida valiosas. Esta línea de ataque pone en cuestión la distinción entre lo público y lo privado, al sostener que es una tarea de las instituciones públicas promover ciertas formas de vida valiosas en el ámbito privado. Aunque Devlin consideraba que la homosexualidad era un tipo de adicción y una “forma de vida miserable”,¹⁶ este juicio no juega ningún papel en su argumento para prohibir la homosexualidad. A diferencia del argumento perfeccionista, el de Devlin no sustenta su conclusión de que se debe imponer la moral a través del derecho sobre la premisa de la corrección moral del ideal de vida que se pretende promover. Aunque la homosexualidad, según Devlin, es una forma de vida “miserable” y carente de valor, no es esta la razón por la que el derecho debe desincentivarla.

La premisa sobre la que Devlin apoya su argumento no es una que sostiene el valor moral de conducir la vida privada de un modo o de otro, sino una que afirma el valor moral de la sociedad o la comunidad política. El primer paso de Devlin es apelar a un valor político en lugar de un valor que se aplica a las formas de vida de los ciudadanos en su vida privada. La existencia de la sociedad es moralmente valiosa. El paso siguiente del argumento es sostener que así como los individuos tienen un derecho a la auto-defensa – derecho que el mismo Stuart Mill reconocía que se encontraba detrás del principio liberal del daño a terceros como justificación de la coacción estatal – así también la sociedad tiene derecho a defender su propia existencia. De esto se sigue que la sociedad tiene derecho a proteger todo aquello que necesita para existir.

Habiendo sentado estas dos premisas Devlin se ocupa de establecer aquello que una sociedad necesita para existir. A diferencia de un individuo que es una unidad física, la sociedad no se mantiene unida físicamente sino a través de creencias e ideas compartidas. Dentro de estas creencias compartidas que mantienen unida a una sociedad ocupan un lugar destacado las creencias morales. Estos vínculos son necesarios para la existencia de la sociedad, puesto que si ellos se debilitan o desaparecen entonces la misma sociedad deja de existir. Al poner juntas las dos premisas anteriores con ésta última, la línea argumental de Devlin comienza a vislumbrarse. La existencia de la sociedad es algo moralmente valioso porque los seres humanos para subsistir necesitan de la sociedad. La sociedad tiene un derecho de auto-defensa que es análogo y se funda en el derecho de auto-

¹⁶ Devlin, *The Enforcement of Morals*, *op. cit.*, p. v.

defensa que tienen los individuos. Una condición necesaria para que exista la sociedad es que se mantengan en pie las creencias y valores compartidos que unen a sus miembros.¹⁷

El corolario del argumento de Devlin es que la sociedad puede proteger su existencia utilizando el aparato estatal para dictar normas y llevar adelante políticas que tengan por objetivo defender a los valores morales que son el cemento que mantiene unido a sus miembros. La sociedad puede utilizar al derecho para preservar la moralidad común que la mantiene unida y que es esencial para su existencia.¹⁸ Así, dadas las creencias morales de la sociedad inglesa con respecto al carácter desviado de la homosexualidad, la recomendación del informe Wolfendon acerca de que la moralidad privada debía quedar exenta de la interferencia estatal era desacertada. La sociedad tiene derecho, concluía Devlin, a preservar sus creencias morales utilizando para ello el aparato coercitivo del Estado. Permitir la proliferación de conductas homosexuales pondría en riesgo las creencias morales que mantienen unida a la sociedad. Las creencias morales de nuestra sociedad están, en palabras de Devlin, “empotradas en la casa en la que vivimos y no sería posible removerlas sin tirar la casa abajo”.¹⁹

Las políticas y normas que justifica el Moralismo Jurídico son semejantes a las defendidas por el Perfeccionismo. El Estado está justificado en intentar promover cierto ideal de vida o ciertas pautas morales. La neutralidad del derecho es un objetivo indeseable que subvierte la función que tienen las instituciones jurídicas dentro de una sociedad. Sin embargo, el modo en que el Moralismo Jurídico justifica su oposición a la neutralidad del Estado diverge de la justificación perfeccionista. El Moralismo Jurídico no promueve una concepción moral de la “vida buena” porque sea la moralmente correcta sino porque es la socialmente aceptada. Al igual que el perfeccionismo busca proteger a los ciudadanos sólo que no intenta protegerlos de llevar adelante una vida carente de valor moral, sino del daño que recibirían si la sociedad en la que viven se desarticulase. Los seres humanos necesitan de la vida en sociedad y, por tanto, proteger a la sociedad es un modo de proteger a cada uno de los seres humanos que la componen.

De este modo el Moralismo Jurídico es capaz de justificar políticas similares a las defendidas por el Perfeccionismo sin necesidad de embarcarse en ninguna justificación filosófica referida a cuál es el ideal de vida moralmente correcto. El Moralismo Jurídico se presenta como una posición más

¹⁷ Cfr. Devlin, *The Enforcement of Morals*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁸ Cfr. Devlin, *The Enforcement of Morals*, *op. cit.*, p. 11.

¹⁹ Devlin, *The Enforcement of Morals*, *op. cit.*, p. 10.

atractiva para un entorno cruzado por el relativismo de los valores. Aun si los valores son relativos y no es posible ofrecer ningún argumento definitivo a favor de ninguno de ellos, sigue siendo cierto que algunos de estos valores son aceptados socialmente y otros no. Sólo esto le basta al Moralismo Jurídico.²⁰ Mientras se puede argumentar en contra del Perfeccionismo simplemente mostrando que la moralidad es un invento humano, esto es que sólo existen creencias morales, no es posible dirigir el mismo argumento en contra del Moralismo Jurídico. Aun si la moralidad es una creación humana, y ningún código o ideal moral es objetivamente superior a otro, es todavía cierto que algunas de estas creaciones son nuestras – esto es de la sociedad a la que pertenecemos – y otras no.²¹

La reacción liberal frente al Moralismo Jurídico defendido por Devlin no se hizo esperar y provino de filósofo del derecho más destacado de la época: H. L. A. Hart. Aunque Hart en su ensayo “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”²² no hace explícita la distinción entre Perfeccionismo y Moralismo Jurídico y parece oponerse a ambas posiciones por igual, creo que la distinción se encuentra implícita en su trabajo. Es cierto que Hart comienza su trabajo dedicado a criticar el Moralismo Jurídico de Devlin haciendo referencia a Platón y Aristóteles, quienes son representantes paradigmáticos de la concepción perfeccionista. No obstante, la mención de estos filósofos es sólo para destacar la función que le adjudicaban al derecho como promotor de un ideal de vida, tesis que el Moralismo Jurídico comparte con el Perfeccionismo. De modo que esta mención no puede tomarse como un indicio de que Hart no veía ninguna diferencia entre la posición moralista y la perfeccionista, sino como prueba de que veía entre ellas alguna semejanza. Más aun, las diferencias entre ambas posiciones son consignadas en el trabajo de Hart, sólo que éste las presenta como dando origen a dos tipos de moralismos.

²⁰ Haciendo explícito este punto, señala Devlin: “Lo que es relevante no es la calidad del credo sino la fuerza de la creencia en él”. (Devlin, *The Enforcement of Morals*, *op. cit.*, p. 114). Si cierta doctrina es creída por el hombre común, y si esta creencia tiene la fuerza suficiente, entonces está justificado imponerla a través del derecho. (Cf. Devlin, *The Enforcement of Morals*, *op. cit.*, p. 17).

²¹ Una discusión del Moralismo Jurídico puede encontrarse en Dworkin, Gerald. “Equal Respect and the Enforcement of Morality”, Paul, Ellen Frankel; Miller, Fred D.; y Paul, Jeffrey (eds.) *Crime, Culpability and Remedy*, Blackwell, Oxford, 1990, pág. 180-193 y en Dworkin, Gerald “Devlin was right: Law and the Enforcement of Morality”, *William and Mary Law Review*, vol. 40, 927.

²² Hart, H.L.A., “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, pp. 248-262.

Un tipo de moralismo se asienta en una concepción de la moralidad según la cual ésta no es una creación humana sino que tiene que ser descubierta por el hombre gracias al uso de su razón o a través de la revelación. En contra de esta versión “clásica” del moralismo —que se corresponde con la posición que hemos denominado perfeccionista— Hart no ofrece ningún argumento en su trabajo ni dedica ningún espacio a discutirla.²³ El segundo tipo de moralismo se asienta en una concepción de la moralidad que la entiende como un artefacto humano. Con esta versión del moralismo, que se corresponde con la defendida por Devlin, es con la que Hart confronta. De modo que aunque Hart engloba a las dos posiciones bajo el rótulo de “Moralismo Jurídico” la distinción que traza entre ellas —más allá de los rótulos— se corresponde con la distinción que he propuesto en el texto entre Moralismo Jurídico y Perfeccionismo.

Los argumentos de Hart en contra del Moralismo Jurídico defendido por Devlin son variados. En primer lugar, Hart concede la premisa de Devlin de que una sociedad para existir necesita de una moralidad compartida,²⁴ pero pone en cuestión que esto se logre manteniendo inmutable la moralidad que comparte en un tiempo dado. Nada impide que la sociedad mude unas creencias morales compartidas por otras creencias igualmente compartidas. Tal sería el caso de Inglaterra. Mientras en la época en que Devlin escribía pudo ser cierto que la mayoría consideraba a la homosexualidad como una forma de conducta moralmente desviada, hoy la mayoría piensa lo contrario. Es decir, la sociedad ha cambiado unas creencias compartidas por otras.²⁵ En segundo lugar, Hart sostiene que si lo que nos interesa es no poner en riesgo las creencias morales que comparte la sociedad lo que debe desincentivarse son las manifestaciones públicas en contra de este código moral, no aquellas que se realizan en privado y que no tienen ningún impacto sobre las creencias sociales. El Estado no debe desincentivar las conductas que contravienen la moralidad compartida que son realizadas en el ámbito privado sino sólo aquellas que tienen algún impacto público. Por último, Hart se ocupa de quitarle al argumento moralista la pátina de legitimidad democrática con la que se encuentra revestido. Para

²³ Hart denomina a esta concepción de la moralidad “la tesis clásica”. (Cfr. Hart, “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”, *op. cit.*, p. 248).

²⁴ Hart concede esto sólo a los fines del argumento, puesto que critica a Devlin no haber ofrecido ninguna prueba empírica de esta premisa.

²⁵ Dado que a Devlin le interesan las creencias morales del hombre común, si las creencias compartidas por los hombres comunes cambian esto no representa ninguna amenaza para la existencia de la sociedad.

esto contrapone a la democracia como forma de gobierno con el populismo democrático, entendido como una doctrina acerca de cómo debe determinarse la forma moralmente valiosa de vida. Según éste último el modo moralmente valioso de vivir es aquel que considera moralmente valioso la mayoría. Hart considera esto último una extralimitación de la regla de mayoría democrática. Que una concepción moral sea mayoritaria no dice nada con respecto a su corrección moral, y menos con respecto a la corrección moral de su imposición a través del derecho.

Ronald Dworkin ha mostrado que la aparente ventaja que el Moralismo Jurídico tiene sobre el Perfeccionismo a la hora de justificar la imposición de una moral a través del derecho, es ilusoria. Como hemos visto, el Moralismo Jurídico intenta justificar las normas y políticas que tienen por objetivo promover una concepción de la “vida buena” sin tener que argumentar para mostrar su valor moral. Sin embargo, señala Dworkin, el riesgo que se corre al adoptar esta estrategia es el de no haber ofrecido ningún argumento moral para justificar la falta de neutralidad del derecho. Al concentrarse en las creencias morales de los individuos – y en sus respuestas emocionales frente a ciertos comportamientos – el Moralismo Jurídico caricaturiza lo que es un argumento moral. Una prueba de este extremo es que de acuerdo con el Moralismo, aun una sociedad que se encuentra unida por creencias compartidas inmorales tendría derecho a imponerlas a través del derecho.

IV. LIBERALISMO: NEUTRALIDAD DE OBJETIVO SIN NEUTRALIDAD DE JUSTIFICACIÓN

Habiendo esquematizado las dos principales posiciones contrarias a la neutralidad del derecho y del Estado —el Perfeccionismo y el Moralismo Jurídico— toca ahora el turno de las posiciones a favor de la neutralidad. Aunque como hemos visto no todas las posiciones liberales favorecen la neutralidad lo cierto es que todas las posiciones que favorecen la neutralidad son liberales. De modo que las distintas variantes de respuestas afirmativas al problema de la neutralidad son en última instancia variantes de liberalismo. Según una variante —a la que dedicaré la presente sección— el Estado no debe tener por objetivo favorecer, a través de sus normas y políticas, a ningún plan de vida en particular. Es decir, el Estado debe poseer neutralidad de objetivo. Sin embargo, esta neutralidad de objetivo no viene unida a la neutralidad de justificación. En cambio, de acuerdo a la segunda variante —a la que estará dedicada la siguiente sección— las mismas razones que justifican que el Estado deba poseer neutralidad de objetivo son las que favorecen la neutralidad de justificación.

El representante paradigmático de la primera variante de liberalismo es Ronald Dworkin.²⁶ El objetivo de Dworkin es ofrecer una justificación de la neutralidad de objetivo que se encuentre fundada en una concepción acerca de en qué consiste el valor de la vida humana. A primera vista esta parece una tarea difícil de llevar adelante, después de todo, si hemos encontrado aquello que confiere valor a la vida humana —aún si esto incluye la autonomía como sucedía en el caso de Raz— ¿qué determina que el Estado no esté justificado en intentar promover a través de su aparato coercitivo esta forma de vida valiosa? La estrategia de Dworkin para justificar la neutralidad es apelar a una concepción abstracta de aquello en que consiste vivir una vida buena, que deja espacio para albergar a concepciones variadas acerca de cuáles son los detalles concretos de una vida dotada de valor. La concepción del bien a la que apela tiene carácter estructural lo que posibilita que no excluya —y de este modo dé sustento a la tolerancia y a la neutralidad— las particulares concepciones substantivas de la “vida buena” que existen en el seno de las sociedades liberales.²⁷

De modo que la justificación de la neutralidad de objetivo propuesta por Dworkin descansa en una concepción acerca de cuáles son los aspectos estructurales que cualquier concepción apta de la “vida buena” debe satisfacer. Dicho de otro modo, no se trata de ofrecer aquellas cosas específicas que poseen valor en la vida humana, esto es, no se trata de ofrecer un plan detallado acerca de cuál es el modo valioso de conducir la propia vida. Lo que trata de hacer Dworkin es identificar cuál es el mejor modo de concebir aquello que tiene valor para una vida humana. No pretende identificar qué es lo valioso sino en qué consiste que sea valioso, en donde reside la raíz última de su valor. La tarea que Dworkin se propone realizar, entonces, consiste en identificar estas características estructurales y abstractas de una concepción del valor para luego, en un segundo paso, mostrar que sobre ellas puede fundarse el requerimiento de que el Estado sea neutral.

Para llevar adelante la primera tarea, Dworkin comienza preguntándose por la clase de bondad que hace que una vida sea buena. Es necesario destacar que la pregunta no busca identificar los bienes o valores concretos que una vida debe poseer para ser valiosa, sino el *tipo* de bondad que determina que sea buena. La respuesta de Dworkin se funda en la distinción entre el bienestar volitivo y el bienestar crítico. El bienestar volitivo se alcanza cuando un individuo logra alcanzar todo aquello que quiere, mien-

²⁶ Dworkin, Ronald, “The Foundations of Liberal Equality”, Stephen Darwall (ed.) *Equal Freedom*, University of Michigan Press, Michigan, 1995, pp. 190-306.

²⁷ Cfr. Dworkin, “The Foundations of Liberal Equality”, *op. cit.*, pp. 207 y 208.

tras que el bienestar crítico se logra cuando alcanza todo aquello que debería querer. La distinción se asiente sobre la idea de que existen deseos que simplemente tenemos —por ejemplo, asistir a un partido de fútbol— y deseos que deberíamos tener —por ejemplo, tener una vida de relación floreciente—. En el primer caso, si resulta que alguien pierde el deseo o nunca lo tuvo, su vida no pierde valor por no haber logrado satisfacerlo. En el segundo caso, si resulta que pierde su deseo o nunca lo tuvo, su vida pierde valor por no haberlo satisfecho. Si no tiene el deseo de tener relaciones sanas con aquellos que lo rodean —por ejemplo con sus familiares— y por lo tanto, no hace nada para cultivar dichos vínculos, su vida es disvaliosa en el sentido de que no tiene bienestar crítico.

Si uno acepta que existen dos tipos de bienestar —y parece difícil negarlo— el paso siguiente es identificar en dónde reside el valor crítico de una vida humana. Dworkin ha denominado a su propuesta el “modelo del desafío”. Según este modelo el valor crítico de una vida se encuentra en el valor inherente que tiene un respuesta diestra al desafío que implica la tarea de vivir. Vivir es el desafío más grande que enfrentamos y las formas de vida que adoptamos son una respuesta a este desafío. Si la respuesta al desafío es una respuesta diestra, entonces la vida que hemos llevado adelante posee el valor inherente que tiene toda tarea que ha sido ejecutada con destreza. Parte del desafío consiste en encontrar por nosotros mismos aquello en lo que consiste una respuesta diestra dada las peculiares circunstancias en las que nos encontramos. De modo que no existe una única concepción de la “vida buena” que pueda aplicarse a todos los seres humanos, puesto que las circunstancias y los desafíos que cada uno enfrenta son diferentes.

Ahora bien, no cualquier respuesta diestra a un desafío está dotada de valor inherente. Si el desafío es fútil el carácter diestro de la respuesta no le confiere valor alguno. Para entender este punto, un ejemplo puede ser de utilidad. Imaginemos que estamos jugando un partido de fútbol en donde el arco del equipo contrario es mucho más grande que el propio. Los tantos que marco para mi equipo, por más que son una respuesta diestra al desafío de convertir goles en un argo más grande que el propio, no poseen valor deportivo inherente alguno. La razón de ello es que el desafío al que estoy dando respuesta con mis jugadas no es el desafío adecuado. Estoy usufructuando una ventaja indebida. Lo mismo se aplica a nuestra vida en general. Si la situación en las que nos encontramos es una situación injusta —por ejemplo, porque nuestra porción de derechos y libertades es mayor o menor de la que tenemos

derecho moral a poseer – entonces el plan de vida que decidamos llevar adelante no tendrá el valor intrínseco que hubiese tenido en circunstancias justas.²⁸ Aunque la respuesta al desafío que se nos ha presentado sea diestra, el desafío no es el adecuado.²⁹

Para Dworkin existe una relación entre la satisfacción de los deberes que tenemos con respecto a otros, que vienen determinados por las exigencias de justicia, y la consecución satisfactoria de una vida buena. Señala al respecto:

...no podemos describir el desafío de vivir bien sin realizar algunas suposiciones acerca de los recursos que una vida buena debería tener disponibles...una vida buena es una vida adecuada para circunstancias en las cuales los recursos están distribuidos de modo justo.³⁰

La distribución injusta de los recursos, sin embargo, no es el único modo en que las instituciones públicas pueden obstaculizar la posibilidad de que los ciudadanos lleven vidas valiosas de acuerdo al “modelo del desafío”. Como he señalado, el modelo considera que parte del desafío de vivir consiste en identificar por uno mismo cuál es el modo adecuado de vivir. Si uno acierta al identificar cuál es la respuesta diestra al desafío, esto es si lo que uno cree que es valioso en la vida en realidad lo es, entonces una vida llevada de acuerdo con esas creencias será una vida valiosa. Si, por el contrario, uno lleva adelante actividades que son valiosas pero que uno cree que carecen de cualquier valor, uno no ha tenido éxito en dar una respuesta diestra al desafío de vivir. Aunque el plan de vida que uno lleva contenga actividades valiosas, no se trata del plan *que uno tiene* para vivir. Esta concepción del valor es denominada por

²⁸ No he señalado en el texto que tal plan carecería de valor inherente porque el propio Dworkin reconoce que algunos planes de vida llevados adelante en circunstancias injustas poseen valor, aunque señala que estos casos son excepcionales.

²⁹ Dworkin distingue entre las circunstancias que funcionan como limitaciones y aquellas que funcionan como parámetros. Las primeras ayudan u obstaculizan que una persona viva bien. Las segundas sirven para definir qué sería para esa persona una respuesta diestra al desafío de vivir. El modelo del desafío requiere que existan circunstancias de ambos tipos. Si todas las circunstancias son limitaciones – y el individuo no tiene parámetros de aquello en que consiste vivir bien – sería imposible para el individuo determinar que circunstancias ayudan y cuales obstaculizan su tarea de llevar adelante una vida buena. No sería posible para él identificar donde reside el desafío. Si todas las circunstancias son parámetros, entonces no existiría ningún desafío en absoluto. Para Dworkin, por las razones que he expuesto en el texto, la justicia es un parámetro de la vida buena.

³⁰ Dworkin, “The Foundations of Liberal Equality”, *op. cit.*, p. 259.

Dworkin la concepción constitutiva, que se contrapone con la concepción aditiva.

Según la concepción constitutiva defendida por Dworkin, y fundada en el modelo del desafío, existe una conexión constitutiva entre la creencia de que algo sea valioso y su valor. La creencia de que algo es valioso es condición necesaria —aunque no suficiente— para que algo tenga valor *para esa* persona. Esta es la razón por la que si no creo que lo que estoy haciendo tiene valor, entonces no lo tiene. La concepción aditiva, en cambio, sostiene que el bienestar que posee una persona puede mejorar con independencia de que ella crea que lo que está haciendo posee valor. Si lo que hace es intrínsecamente valioso —con independencia de que ella lo crea o no— su nivel de bienestar ha aumentado.

Ahora bien, si la concepción constitutiva es la correcta de acuerdo al “modelo del desafío”, existe un modo en que el Estado puede impedir que los ciudadanos lleven adelante vidas valiosas. Si el Estado no respeta las creencias de los individuos acerca de cuál es el modo valioso de vivir —esto es si no respeta su autonomía— una condición necesaria para que éstos lleven adelante vidas valiosas no se encuentra satisfecha. Dicho de otro modo, si las instituciones públicas no permiten que los ciudadanos conduzcan sus vidas de acuerdo con sus propias convicciones, esto impide que los ciudadanos lleven adelante vidas valiosas porque no les permite dar sus propias respuestas al desafío que implica vivir. Para decirlo gráficamente, si el Estado intenta promover que los ciudadanos lleven adelante actividades que son valiosas de acuerdo a cierta concepción del bien que el propio Estado considera acertada, la respuesta que los ciudadanos son obligados a dar al desafío de vivir puede ser acertada —si es que efectivamente la concepción del bien es la adecuada— pero no es *su* respuesta al desafío. Lo valioso es que los ciudadanos *encuentren su respuesta* al desafío de vivir, y que esta respuesta sea una respuesta diestra. Si el Estado promueve una concepción del bien —esto es, si no posee neutralidad de objetivo— entonces imposibilita que la respuesta ofrecida por los ciudadanos sea *suya*, y de este modo impide que lleven adelante vidas valiosas.³¹

³¹ Vivir de acuerdo con las propias convicciones es necesario para alcanzar lo que Dworkin denomina “integridad ética”. (Cfr. Dworkin, “The Foundations of Liberal Equality”, *op. cit.*, p. 267). La integridad ética, como condición necesaria para llevar adelante una vida con valor crítico, es lo que en última instancia justifica la exigencia de que el derecho deba poseer neutralidad de objetivo.

A modo de síntesis, la línea argumental que conduce a la conclusión de que el derecho —y en general el Estado— debe poseer neutralidad de objetivo es la siguiente. Una vida es buena si posee bienestar crítico, y no sólo bienestar volitivo. El valor crítico de una vida humana —aquello que provoca bienestar crítico en quien la vive— reside en el hecho de ser una respuesta diestra al desafío que implica vivir. Las circunstancias en las que vivimos nos presentan un desafío. Si el desafío es el adecuado —si no es fútil— y si nuestra respuesta es diestra, entonces nuestra vida tiene el valor inherente de toda tarea realizada con destreza. Esta concepción de lo que confiere valor a la vida es lo que Dworkin denomina el “modelo del desafío”. De modo que según este modelo tienen que darse diferentes condiciones para que una vida sea valiosa. En primer lugar, las circunstancias tienen que ser justas, de otro modo el desafío no sería el adecuado. En segundo lugar, el individuo tiene que encontrar su respuesta al desafío. En tercer lugar, la respuesta tiene que ser alcanzada con destreza. Lo que conduce a la neutralidad de objetivo es la segunda condición. A menos que el individuo pueda decidir autónomamente —sin injerencias del Estado— como conducir su vida, la respuesta que ofrezca al desafío de vivir no será *suya* y, por tanto, su vida no poseerá valor crítico.

La neutralidad de objetivo del derecho es defendida sobre la base de una concepción abstracta de la “vida buena”. Para decirlo en términos que el propio Dworkin no aceptaría, pero que son ilustrativos, la neutralidad de objetivo se logra sobre la base de una concepción metaética.³² El Estado liberal toma partido por una concepción metaética que describe ciertos rasgos estructurales de las concepciones substantivas de la “vida buena”. El inclinarse por esta concepción —que está recogida en el “modelo del desafío”— es lo que funda su compromiso con la neutralidad de objetivo con respecto a las concepciones substantivas del bien. Dworkin defiende la neutralidad del derecho sobre la base de fundamentos metaéticos o filosóficos. Ofrece una justificación no neutral —en tanto toma partido por una concepción abstracta de la “vida buena”— de la neutralidad de objetivo del derecho.

³² Dworkin no aceptaría este modo de describir su posición debido a que niega la distinción entre ética y metaética (Ver Dworkin, Ronald, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe it”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, núm. 2, 1996, pp. 87-139).

V. LIBERALISMO POLÍTICO: NEUTRALIDAD DE OBJETIVO Y NEUTRALIDAD DE JUSTIFICACIÓN³³

La segunda variante de Liberalismo —cuyo representante paradigmático es John Rawls— es la que más comprometida se encuentra con la defensa de la neutralidad del derecho y del Estado.³⁴ Los tipos de neutralidad que reclama para el derecho son variados de modo que conviene primero identificarlos y luego esquematizar cuáles son las razones que ofrece para defenderlos. En primer lugar, al igual que sostiene Dworkin, el derecho debe poseer neutralidad de objetivo. El Estado no puede dictar normas o llevar adelante políticas que tengan por objetivo promover ciertas concepciones del bien. Esto, como es obvio, no implica que el Estado no pueda dictar normas que tengan por efecto hacer que la prosecución de ciertas concepciones del bien sea más factible o menos dificultosa. Lo que esta neutralidad exige es que su objetivo no sea favorecer o desinsentivar cierta concepción de la “vida buena”. La neutralidad de objetivo no implica que el Estado deba garantizar que sea igualmente accesible para todos los ciudadanos la prosecución de las concepciones del bien que profesan.

En segundo lugar, a diferencia de la posición defendida por Dworkin, el derecho debe ser neutral en su justificación.³⁵ Para Rawls esta exigencia tiene múltiples facetas. La que hemos tenido presente en el texto hasta este punto es la que señala que las normas jurídicas o las políticas públicas no deben justificarse a partir de la superioridad o inferioridad de una determinada concepción de la “vida buena”. Sin embargo, en opinión de Rawls, la justificación de las normas y políticas públicas no sólo debe ser “valorativamente neutral” —esto

³³ Para un tratamiento detallado de los tipos de neutralidad a los que aspira la concepción rawlsiana de justicia y de las críticas que ha recibido desde posiciones comunitaristas, ver Seleme, Hugo Omar. *Neutralidad y Justicia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

³⁴ Tomo como caso paradigmático de esta versión de Liberalismo a la presentación que Rawls hace de su concepción en *Political Liberalism*, Columbia, New York, 1993.

³⁵ Alguien podría sostener que es perfectamente posible que un Estado esté organizado en función de principios de justicia en cuya base subyace una concepción sustantiva de la “vida buena”, y aun así ser neutral en el sentido de que sus políticas podrían no estar diseñadas para favorecer a aquella concepción. Éste podría ser el caso, por ejemplo, de un Estado confesional católico que, sin embargo, y en razón de su adhesión a una determinada doctrina religiosa, estatuyera la tolerancia de culto.

Pienso, no obstante, que la posición es equivocada porque, aunque el Estado no discriminara a la hora de distribuir los bienes materiales producto de la cooperación social en base a las distintas concepciones del bien que profesan las personas, no podría evitar hacer una distribución discriminatoria de otros tipos de bienes como, por ejemplo, la autoestima. Así, en el caso del ejemplo, las personas cuya convicción religiosa no coincidiera con la que subyace a los principios que organizan su vida en común, verían su autoestima menoscabada.

es, neutral con respecto a las concepciones del bien — sino que adicionalmente debe ser neutral a nivel metaético y metafísico. Si ubicamos a la reflexión metaética y a la metafísica bajo el rótulo de reflexión filosófica, puede afirmarse que el liberalismo rawlsiano aspira a extender la tolerancia y la neutralidad a las concepciones filosóficas.

La neutralidad metaética, en opinión de Rawls, implica la satisfacción de dos exigencias diferentes. Por un lado, las normas jurídicas o las políticas estatales no deben justificarse a partir de una posición con respecto al status metaético de las concepciones del bien que profesan los ciudadanos. Así, por ejemplo, si la justificación que se ofrece del principio de tolerancia religiosa es que todas las concepciones son igualmente válidas —lo que implica adoptar una posición relativista con respecto a su status— la neutralidad metaética no ha sido satisfecha. El Estado, al utilizar esta justificación para fundar la norma que protege la libertad de culto no ha tomado partido por ninguna concepción religiosa en particular —ha respetado la neutralidad de objetivo— pero sí ha tomado partido por una concepción metaética. Por otro lado, la segunda exigencia que debe ser satisfecha es que los principios de justicia que se ofrecen para justificar las normas y políticas no sean presentados por el Estado como verdaderos desde el punto de vista moral. Si el Estado hiciese esto estaría adoptando alguna de las distintas concepciones de verdad defendidas por los particulares sistemas filosóficos. En lugar de ello, lo que el Estado debe hacer es presentar a estos principios como los más razonables para organizar la vida en común de una sociedad pluralista y democrática. La justificación del derecho y las políticas no debe tomar partido por alguna posición respecto al status metaético de las concepciones del bien de los ciudadanos ni de los principios de justicia que son implementados por el Estado.

La neutralidad metafísica, por su parte, implica la exigencia de que las normas y políticas públicas no se encuentren justificadas a partir de ninguna concepción filosófica con respecto a la naturaleza humana. El Estado no debe tomar partido —a través de sus normas o políticas— por ninguna concepción metafísica.³⁶ Esto no significa que el Estado no deba estar comprometido con una concepción normativa de persona que establezca el modo en que debemos tratarnos recíprocamente en el ámbito público. De hecho la concepción de justicia defendida por Rawls se asienta en una concepción normativa de persona libre e igual. No obstante, esta concepción a diferencia de una concepción

³⁶ Para cotejar una crítica comunitarista a la neutralidad metafísica de la concepción rawlsiana, ver Sandel, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982. En *Neutralidad y Justicia* he ofrecido razones para justificar porqué considero a esta crítica inadecuada.

metafísica de persona no pretende describir quienes somos sino cuál es el modo en que debemos tratarnos. No pretende responder una pregunta teórica sino una práctica. Puesto que es posible tratarnos como aquello que no somos —por ejemplo, podemos tratarnos como hermanos aunque no lo seamos— no existe ninguna dificultad en señalar que las normas jurídicas y las políticas deben estar fundadas en una concepción normativa de persona, y a la vez señalar que deben ser metafísicamente neutrales.

La extensión que Rawls realiza de la neutralidad de justificación —para incluir a las concepciones filosóficas— también afecta el modo en que concibe la neutralidad de objetivo. Un Estado liberal no puede dictar normas o desarrollar políticas que tengan por objeto promover que sus ciudadanos adopten una concepción de la “vida buena”, una concepción metafísica o una concepción acerca del status de las concepciones morales. Dicho en otros términos, la neutralidad de objetivo no es sólo valorativa, sino también antropológica y metaética. Cómo es obvio, no se trata sólo de que el Estado no pueda justificar sus acciones en base a este tipo de concepciones filosóficas, sino que sus acciones tampoco pueden tener por fin promover alguna de ellas. El Estado no puede tomar partido por ninguna de estas concepciones.

Una vez establecidos los tipos de neutralidad que, según Rawls, debe satisfacer un Estado liberal, resta por ver, aunque sea someramente la razón que esgrime a favor de esta tesis tan radical. El argumento de Rawls a favor de la neutralidad se asienta, por un lado, en su concepción normativa de persona y sociedad y, por el otro, en el hecho del carácter coercitivo del Estado y el pluralismo razonable. Básicamente la idea es que una sociedad bien ordenada conformada por personas que son tratadas como igualmente libres debe estar organizada a partir de términos que todos pueden aceptar. Si los términos de cooperación no son públicamente aceptables por todos los ciudadanos, entonces estos no son tratados como igualmente libres ya que dado el carácter coercitivo de las instituciones estatales esto equivale a imponer las convicciones de algunos sobre otros.

Las concepciones de la “vida buena”, las concepciones metafísicas y las concepciones metaéticas no son públicamente aceptables debido a lo que Rawls denomina las “cargas del juicio” las cuales provocan que personas razonables —que están dispuestas a vivir bajo términos de cooperación públicamente aceptables— desacuerden sobre estas cuestiones. Este tipo de desacuerdo, y el pluralismo que provoca, es razonable porque no puede ser atribuido a la falta de sensibilidad moral o a la falta de capacidad intelectual de aquellos que desacuerdan. El desacuerdo no es provocado porque algunos individuos están intentando defender posiciones auto-interesadas o que sean fruto de la ignorancia. Lo que provoca el desacuerdo es la complejidad de la evidencia

que debe ser sopesada, la pluralidad de consideraciones morales que se encuentran en juego, o las diferentes experiencias de vida desde la cual las personas formulan sus juicios.³⁷

El modo de utilizar el poder coactivo del Estado, dado el hecho del pluralismo razonable, sin que implique imponer las convicciones de algunos, consiste en justificar su uso a partir de las ideas compartidas que se encuentran presentes en la cultura política pública. Si las normas jurídicas y las políticas son fundadas en ideas que todos los ciudadanos comparten en tanto miembros de una misma cultura política, las convicciones de nadie son impuestas sobre otros y todos son tratados como igualmente libres. Es el carácter político de la justificación lo que garantiza que el derecho sea neutral con respecto a las concepciones del bien, las concepciones metaéticas y metafísicas que profesan los ciudadanos. Por el contrario, si la justificación de las normas y políticas públicas no es realizada sobre la base de una concepción política de persona —que sólo se aplica al ámbito público— sino sobre la base de una concepción normativa comprehensiva de persona —que se aplica a todos los ámbitos de la vida— la neutralidad de objetivo y la de justificación se encuentra comprometida.³⁸

VI. CONCLUSIÓN

Como ha mostrado nuestro recorrido la cuestión acerca de si el derecho debe ser neutral y en qué sentido debe serlo ha recibido respuestas contrapuestas. Mientras las posiciones perfeccionistas y moralistas se han inclinado por la negativa, algunas posiciones liberales —aunque no todas— han abogado por la neutralidad. El liberalismo defendido por Joseph Raz —en tanto es una variante de perfeccionismo— es contrario tanto a la neutralidad de objetivo como a la neutralidad de justificación. Su posición liberal, al igual que la de Dworkin posee raíces filosóficas. La versión del liberalismo presentada por Ronald Dworkin, defiende la neutralidad de objetivo del derecho y del Estado, pero lo hace sobre la base de una concepción abstracta del bien. Por último, la versión rawlsiana de liberalismo sostiene que tanto la neutralidad de objetivo

³⁷ Sobre el papel de las “cargas del juicio”, véase Rawls, *Political Liberalism*, *op. cit.*, pp. 56 y 57.

³⁸ Contrario a lo que sugiere la crítica comunitarista esgrimida por Sandel, fue el carácter comprehensivo de la concepción normativa presente en *A Theory of Justice* (Harvard University Press, Cambridge, 1971-1999), y no su carácter metafísico, lo que motivó los cambios introducidos por Rawls a su concepción. Para un desarrollo completo de esta línea argumental, véase Seleme, *Neutralidad y Justicia*.

como la neutralidad de justificación son moralmente valiosas. Sólo un Estado que es neutral en ambos sentidos trata a sus ciudadanos como libres e iguales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. *Bibliografía Citada*

- ARNESON, Richard, "Perfectionism and Politics", *Ethics*, vol. 111, 2000.
- BRINK, David, *Perfectionism and the Common Good*, Clarendon Press, Oxford, 2003
- DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965.
- DWORKIN, Gerald, "Equal Respect and the Enforcement of Morality" en Paul, Ellen Frankel; Miller, Fred D.; y Paul, Jeffrey (eds.) *Crime, Culpability and Remedy*, Blackwell, Oxford, 1990.
- _____, "Devlin was right: Law and the Enforcement of Morality", *William and Mary Law Review*, vol. 40, 927.
- DWORKIN, Ronald, "The Foundations of Liberal Equality", Stephen Darwall (ed.) *Equal Freedom*, University of Michigan Press, Michigan, 1995.
- _____, "Objectivity and Truth: You'd Better Believe it", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 25, num. 2, 1996.
- FRIEDMANN, Yohanan, *Tolerance and Coercion in Islam*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- HART, H.L.A., "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 1983.
- HURKA, Thomas, *Perfectionism*, Oxford University Press, New York, 1993.
- KYMLICKA, Will, *Contemporary Political Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1990.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1971-1999.
- _____, *Political Liberalism*, Columbia, New York, 1993.
- _____, *Lectures on the History of Moral Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge, 2000.
- RAZ, Joseph, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- SANDEL, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- SELEME, Hugo Omar, *Neutralidad y Justicia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

SHER, George, *Beyond Neutrality: Perfectionism and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

2. Bibliografía de Referencia

- ALEXANDER, Larry. "The Legal Enforcement of Morality", Frey, R.G. y Health Wellman, Christopher, *A Companion to Applied Ethics*, Blackwell, Oxford, 2003.
- ARNESON, Richard, "Liberal Neutrality on the Good: An Autopsy", *Perfectionism and Neutrality*, Wall, Steven y Klosko, George (eds.), Rowman & Littlefield, Lanham, 2003.
- BIRD, Colin, "Mutual Respect and Neutral Justification", *Ethics*, 107, 1996.
- DE MARNEFFE, Peter, "Liberalism, Liberty and Neutrality", *Philosophy and Public Affairs*, 19, 1990.
- FINNIS, John, "Abortion, Natural Law and Public Reason", en George, Robert P. y Wolfe, Christopher, *Natural Law and Public Reason*, Georgetown University Press, Washington D.C., 2000, pp. 75-106.
- GAUS, Gerald F., "Liberal Neutrality: A Compelling and Radical Principle", *Perfectionism and Neutrality*, S. Wall and G. Klosko (eds.), Rowman and Littlefield, Lanham, 2003.
- HAMPTON, Jean, "The Moral Commitments of Liberalism", en Copp, David; Hampton, Jean y Roemer, John E. (eds.) *The Idea of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.
- JONES, Peter. "The Ideal of the Neutral State" en Goodin, Robert E. y Reeve, Andrew (eds.) *Liberal Neutrality*, Routledge, London, 1989.
- KYMLICKA, Will. "Liberal Individualism and Liberal Neutrality," *Ethics*, vol. 99, 1989.
- NAGEL, Thomas, "Moral Conflict and Political Legitimacy", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 16, 1987.
- _____, *Equality and Partiality*, Oxford University Press, Oxford, 1991.
- RAZ, Joseph, "Facing Diversity: The Case of Epistemic Abstinance", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 19, 1990.
- WALL, Steven, "Neutrality and Responsibility", *Journal of Philosophy*, vol. 98, 2001.
- WERTHEIMER, Alan, "Liberty, Coercion and the Limits of the State", Simon, Robert. L. (ed) *The Blackwell Guide to Social and Political Philosophy*, Blackwell, Oxford, 2002.