

CONSTITUCIONALISMO Y DIVERSIDAD CULTURAL*

* Los textos que se reúnen bajo este título fueron presentados en el *IX Seminario Eduardo García Máynez* sobre teoría y filosofía del derecho, organizado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), la Universidad Iberoamericana (UIA), la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y la Universidad Libre de Derecho (ULD). El evento se llevó a cabo en la ciudad de México los días 8 y 9 de octubre de 1999.

EL CONSENSO DEMOCRÁTICO: FUNDAMENTO Y LÍMITES DEL PAPEL DE LAS MINORÍAS

*Ernesto Garzón Valdés**

1. Valor Instrumental de la democracia

Pienso que no hay mayor inconveniente en aceptar que toda forma de gobierno tiene un carácter instrumental: regular el comportamiento social a través del monopolio del uso de la violencia legítima y la implantación de un sistema político-jurídico dotado de competencia sancionadora y capaz de imponer heterónomamente formas de comportamiento con miras a garantizar una convivencia en la que el bien de la paz social supere los sacrificios que pueda requerir su mantenimiento. Esto es lo que podría llamarse concepción mínima de la función de un gobierno y su justificación. Es la concepción que fuera sostenida clásicamente por Thomas Hobbes: de lo que se trataba era de evitar la confrontación entre lobos en discordia. El valor del gobierno o de un sistema político consistía precisamente en el aseguramiento de la seguridad individual. Versiones posteriores, como la de John Locke y la corriente liberal impusieron mayores exigencias a los sistemas políticos que culminaron con la concepción de un Estado social de derecho que garantizara la vigencia no sólo de deberes negativos sino también positivos. Pero, tanto en la versión minimalista como en las maximalistas, las formas de gobierno son evaluadas desde el punto de vista de su aptitud para asegurar la obtención de ciertos fines y la vigencia de ciertos valores. Es decir, no ponen en duda el carácter instrumental de los sistemas políticos.

Si se acepta este punto de partida, es aconsejable detenerse en la consideración de aquello que Georg Henrik von Wright ha llamado “bondad instrumental”:

* Universidad de Maguncia, Alemania.

“Atribuir bondad instrumental a alguna cosa es *primariamente* decir de esta cosa que *sirve bien algún propósito*. Una atribución de bondad instrumental *de su tipo* para alguna cosa presupone que existe algún propósito que está, diré, *esencialmente asociado* con el tipo y que se piensa que esta cosa sirve bien. Una atribución de bondad instrumental *de su tipo* a alguna cosa es pues *secundario* en el sentido de que presupone lógicamente un juicio de bondad *para algún propósito*.”¹

Esta capacidad para servir un propósito es una característica *funcional*.² Y puede suceder que algo sirva bien para determinados propósitos y no para otros. No hay nada ilógico en decir que algo es bueno y no bueno según el propósito que se persigue.

La relación funcional de medio-fin permite aplicar criterios de verdad o falsedad a los enunciados que predicen la bondad instrumental de algo. Dicho con las palabras de von Wright:

“[...] los juicios genuinos de bondad instrumental son siempre juicios objetivamente verdaderos o falsos.”³

Pero, cuando nos referimos a la bondad de instrumentos que sirven para lograr algún fin de relevancia social, solemos incluir también la valoración del fin perseguido. Y por ello, hasta negamos bondad instrumental a ciertas formas de gobierno tales como la dictadura, a pesar de que puedan ser causalmente eficientes para lograr el fin perseguido. Esta referencia a valores remite, en última instancia, los juicios sobre la bondad o maldad de las instituciones a un ámbito donde ya no es posible recurrir a la verdad o falsedad de los enunciados de bondad instrumental como pauta de corrección. Conviene, por ello, no confundir ambos niveles: el causal y el valorativo. El primero permite emitir juicios de verdad o falsedad; el segundo, de corrección normativa. Dado que ambos aspectos se encuentran en niveles diferentes, puede perfectamente suceder que algo que es causalmente eficiente sea valorativamente incorrecto. Ello significa que puede construirse la siguiente tabla de casos posibles:

¹ Georg Henrik von Wright, *The Varieties of Goodness*, Londres: Routledge & Kegan Paul 1963, pág. 20.

² *The Varieties of Goodness*, pág. 21

³ *The Varieties of Goodness*, pág. 29.

	eficacia causal	valoración
1)	+	+
2)	+	-
3)	-	+
4)	-	-

Si nos referimos ahora al caso concreto de la democracia, de acuerdo con el enfoque propuesto, la eficacia causal de la democracia dependerá del fin propuesto y su valoración de la calidad de este fin. Para simplificar las cosas, adoptaré la posición de un liberal coherente que confiere importancia esencial al respeto de ciertos derechos básicos de libertad e igualdad individuales o, más exactamente, al ejercicio de la autonomía personal en condiciones de igualdad dentro del marco de un Estado social de derecho.

Por lo que respecta a la eficacia causal de la democracia, podría decirse que ella es causalmente eficaz para expresar las preferencias de los ciudadanos, al menos por lo que respecta a los programas de acción política que presentan los diversos candidatos y a las decisiones colectivas. Pero no sólo ello: la expresión de las preferencias de los votantes contiene un elemento normativo con respecto al resultado de la votación: deben aceptarse e imponerse las preferencias de la mayoría. Ello vale para toda elección y decisión democráticas, tanto para las de los ciudadanos como para la de los representantes parlamentarios y los tribunales colegiados.

De acuerdo con el esquema propuesto cabe, pues, preguntarse si el juicio de eficacia causal de la democracia así entendida es verdadero y si su pretensión normativa es correcta.

¿Cuáles son las razones que podrían invocarse en favor de una respuesta afirmativa a ambas cuestiones?

Básicamente las dos siguientes:

- i. Una razón utilitarista: la satisfacción de las preferencias de la mayoría asegura un mayor quantum de felicidad social. De acuerdo con esta concepción, lo relevante es la satisfacción agregada de los deseos de las personas sin que importe cuáles sean estos deseos y quiénes los sustenten. En este sentido, la versión utilitarista podría prescindir de una determinada concepción de lo bueno ya que cada cual cuenta como individuo y nada más que como tal. Además, como se confiere prioridad a los deseos de las personas y no a sus intereses, la regla de la

mayoría democrática constituiría una buena garantía en contra de todo intento de paternalismo o, de lo que es peor aún, de perfeccionismo. La regla de la mayoría o, si se prefiere, el consenso mayoritario sería, en este sentido, el mejor antídoto contra la dictadura, sea ésta malevolente o benevolente.

Cuanto mayor sea la suma de los deseos satisfechos, tanto mejor. El consenso mayoritario sería garantía de la felicidad social en su conjunto.

- ii. Una razón epistémica: es más difícil que la mayoría se equivoque. Si se acepta la existencia de verdades políticas, se dice, entonces habría que admitir que es más difícil que muchos se equivoquen acerca de lo que es políticamente correcto.

Esta argumentación fue formulada en el siglo XVIII por el marqués de Condorcet y recogida en nuestro tiempo por William N. Nelson y más expresamente por Carlos S. Nino. Veámosla más de cerca.

En la concepción de Condorcet, la búsqueda de la verdad política es la razón para la acción del *Homo suffragans*. De lo que se trataría es de la búsqueda colectiva de la verdad, es decir, de lo probablemente verdadero. La pluralidad de personas que emiten su voto permitiría inferir que la probabilidad de error es menor que la probabilidad de verdad.⁴ A diferencia de lo que sucede en la argumentación utilitarista, el *Homo suffragans* no expresa un deseo o un interés sino un juicio de verdad. Las leyes votadas por la mayoría serían la formulación más cabal de una renovación del pacto social originario y la referencia más realista a la voluntad unánime de los ciudadanos en ese pacto. Ello le permitía llegar a Condorcet a su tantas veces citada conclusión:

“Una buena ley debe ser buena para todos los hombres como una proposición verdadera es verdadera para todos.”⁵

⁴ Cfr. Gilles-Gaston Granger, *La mathématique sociale du marquis de Condorcet*, París: Odile Jacob 1989, pág. 97: “el acto del *Homo suffragans* tendería a hacer aparecer en cada cuestión sometida a debate la verdad más probable.”

⁵ Cfr. Condorcet, *Mathématique et société*, selección de textos e introducción de Roshdi Rashed, París: Hermann 1974, pág. 66.

Carlos S. Nino adopta como punto de partida lo que él llama “teorema de Condorcet”.⁶ La democracia sería un “sucedáneo institucionalizado” de la discusión moral:

“La democracia puede definirse como un proceso de discusión moral sujeto a un límite de tiempo.”⁷

“[...] un proceso de discusión moral con cierto límite de tiempo dentro del cual una decisión mayoritaria debe ser tomada [...] tiene mayor poder epistémico para ganar acceso a decisiones moralmente correctas que cualquier otro procedimiento de toma de decisiones colectivas.”⁸

Pienso que ni el argumento utilitarista ni el epistémico son sostenibles. En efecto, por lo que respecta al argumento utilitarista y su afirmación de que la votación permite conocer las preferencias de los votantes, sabemos desde la llamada “paradoja de Borda”, retomada por el propio Condorcet, que ello suele no ser posible cuando se trata de elegir entre más de dos candidatos o programas de preferencias. Puede suceder entonces que obtenga la mayoría justamente la preferencia que no figura en el primer lugar de ninguno de los candidatos o programas. Podría, además, ponerse en duda la conveniencia de tomar incondicionadamente en cuenta los deseos de las personas: no siempre es verdad que cada cual es el mejor juez de sus intereses, como creía John Stuart Mill. Y tampoco puede aceptarse sin más que toda forma de paternalismo tenga que conducir al perfeccionismo o la dictadura como sostiene Robert Nozick. Además, no es verdad que siempre la satisfacción de las preferencias de la mayoría sea equivalente a un mayor quantum de felicidad social, todo depende de la intensidad de las mismas:

“[...] una preferencia débil por parte de una gran mayoría de la población en el sentido de impedir que una minoría realice ciertas acciones (por ejemplo, practicar la homosexualidad o formas protestatarias del culto religioso) puede superar, en el cálculo del agregado de satisfacción de deseos, una preferencia más intensa por parte de una minoría de realizarlos.”⁹

⁶ Cfr. Carlos S. Nino, *La construcción de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa 1997, pág. 178.

⁷ Carlos S. Nino, *La construcción de la democracia deliberativa*, cit., pág. 167.

⁸ Carlos S. Nino, *La construcción de la democracia deliberativa*, cit., pág. 168.

⁹ Brian Barry, *Justice as Impartiality*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pág. 135.

Por lo que respecta al valor epistémico de la regla de la mayoría, hay que tener en cuenta que tanto en Condorcet como en Nino la obtención de este valor está supeditado a la existencia de condiciones fuertes.

En efecto, en el caso de Condorcet, siguiendo a Locke, existía una continuidad argumentativa entre la idea del contrato social y su respeto de los “derechos naturales” y la regla de la mayoría. Por ello podía Condorcet decir que las leyes no son

“la expresión de la voluntad arbitraria del mayor número sino que son como verdades deducidas por la razón de los principios del derecho natural y adoptados como tales por la pluralidad”.¹⁰

Pero Condorcet sabía perfectamente que en la realidad

“En el ejercicio concreto del sufragio el votante está expuesto a los juegos del interés, las pasiones, la corrupción y el error [...] Aun si la intervención de estas causas es mínima, ella es desde ya suficiente para volver ilusoria la hipótesis fundamental del modelo.”¹¹

Había, pues, que distinguir entre la votación como dato empírico, es decir, el fenómeno psicosocial de la votación y el dato normativo, es decir, la concepción ideal del sufragio como un modo de determinar la verdad:

“Hay un gran número de cuestiones importantes, complicadas o sometidas a la acción de los prejuicios y de las acciones, sobre las cuales es probable que una persona poco instruida sostendrá una opinión equivocada. Hay pues un gran número de puntos con respecto a los cuales cuanto más se multiplique el número de votante tanto más temor tendrá de obtener con la pluralidad una decisión contraria a la verdad; de manera que una constitución puramente democrática será la peor de todas para todos los objetos sobre los cuales no conozca verdad alguna.”¹²

Por ello, para que el modelo funcionara, las decisiones de los votantes debían ser

¹⁰ Cfr. Condorcet. *Mathématique et société, cit.*, pág. 68.

¹¹ Cfr. Condorcet. *Mathématique et société, cit.*, pág. 76.

¹² Cfr. Condorcet. *Mathématique et société, cit.*, pág. 74.

“siempre tomadas bajo ciertas condiciones (o restricciones). El número de votantes, la mayoría exigida, la forma de la deliberación, la educación y la ilustración de los votantes, son condiciones necesarias para definir la situación de decisión. La verdad de la decisión no depende solamente de los votantes sino de las condiciones en las cuales el voto se efectúa, de la forma de la asamblea [...] como así también de su funcionamiento para llegar a una decisión.”¹³

Y así afirmaba Condorcet:

“Supondremos ante todo las asambleas compuestas de votantes que tienen una igual exactitud de espíritu y luces iguales: supondremos que ninguno de los votantes tiene influencia sobre los votos de los otros y que todos opinan de buena fe.”¹⁴

“una igual sagacidad, una igual perspicacia de espíritu de las que todos hacen igual uso, que todos están animados de un igual espíritu de justicia, en fin, que cada cual ha votado por sí mismo, como llegaría si ninguno tuviera sobre la opinión de otro una influencia mayor que la que ha recibido de sí mismo.”¹⁵

Algo similar ocurre cuando se analizan más de cerca las condiciones que Nino enumera para que la discusión democrática sea realmente un sucedáneo institucionalizado de la discusión moral: uno se encuentra con requisitos que difícilmente se cumplen en la discusión parlamentaria real o en las votaciones ciudadanas. Veamos algunos:

- i. “todo participante (debe) justificar sus propuestas frente a los demás”;
- ii. las posiciones que se adopten deben ser “reales y genuinas”;
- iii. la discusión tiene que ser “auténtica”;
- iv. las proposiciones tienen que ser aceptables “desde un punto de vista imparcial”;

¹³ Cfr. Condorcet. *Mathématique et société, cit.*, pág. 70.

¹⁴ Cfr. Condorcet. *Mathématique et société, cit.*, pág. 152.

¹⁵ Cfr. Condorcet. *Mathématique et société, cit.*, pág. 71

- v. no puede tratarse de una “mera expresión de deseos o la descripción de intereses”;
- vi. no ha de limitarse a la “mera descripción de hechos, como una tradición o una costumbre;
- vii. ha de cumplirse con el requisito de universalidad;
- viii. las personas no deben limitarse a la expresión de “razones prudentiales o estéticas” sino que tienen que intentar ser morales.¹⁶

También parece que no se cumple en la realidad otra exigencia de Nino:

“En una democracia en funcionamiento, es esencial que la mayoría nunca sea un grupo definido de gente de la población, sino una construcción que hace referencia a individuos que cambian constantemente de acuerdo con el tema que esté en discusión.”¹⁷

Las condiciones para asegurar la capacidad epistémica de la discusión colectiva y de la decisión mayoritaria son:

“que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión; que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos.”¹⁸

No cuesta mucho inferir que, si se aceptan las restricciones de Condorcet o de Nino, abandonamos el ámbito de la eficacia causal de un mero procedimiento para la adición de votos y entramos en el de las restricciones al simple acto de depositar un voto. El *Homo suffragans* es ahora un *Homo restrictus*. En el modelo del *Homo suffragans irrestrictus* no se satisfacen ni los propósitos del enfoque utilitarista ni los de la versión epistémica de la democracia. Ello impide, a su vez, la obtención de los valores que esta forma de gobierno debería alcanzar. Nos encontraríamos frente al caso 4 de la tabla presentada más arriba. Este resultado no deja de tener un cierto halo paradójico: si en el procedimiento democrático se permite el ejercicio irrestricto de la autonomía individual, no podemos realizar los valores de una democracia liberal. Más adelante volveré sobre este punto; ahora

16 Cfr. Carlos S. Nino, *La construcción de la democracia deliberativa*, cit., págs. 171 s.

17 Cfr. Carlos S. Nino, *La construcción de la democracia deliberativa*, cit., pág. 177.

18 Cfr. Carlos S. Nino, *La construcción de la democracia deliberativa*, cit., pág. 180.

me interesa subrayar tan sólo que tanto en el caso de Condorcet como en el de Nino se trata de restricciones subjetivas que debe autoimponerse el *Homo suffragans*. Antes quiero subrayar

2. Irrelevancia del consenso fáctico y la inutilidad conceptual del consenso hipotético

En otro lugar,¹⁹ he tratado de demostrar que el consenso, tanto en su versión fáctica (en autores como Niklas Luhmann, James S. Fishkin y Jürgen Habermas) como en su versión hipotética (James Buchanan, John Rawls o David Gauthier, por ejemplo) no puede servir como punto de partida para la fundamentación de la legitimidad política de la democracia. Dicho brevemente: el consenso meramente fáctico es el resultado de una racionalidad estratégica que puede conducir a los más aberrantes resultados, y el hipotético, en el mejor de los casos, una dramatización innecesaria en la que participan seres individualmente indiscernibles. Es por ello coherente que Condorcet resumiera sus requisitos para la obtención de la verdad política afirmando rotundamente:

“En general, como el método de obtener la verdad es uno, es necesario que los procedimientos de una asamblea deliberativa se aproximen lo más posible a aquéllos que siguen el espíritu de un solo individuo en el examen de una cuestión.”²⁰

Si se acepta que el consenso mayoritario (o unánime) no puede ser el criterio que nos permita evaluar la calidad moral de una votación, podría pensarse que lo relevante es

3. El disenso de las minorías

Dejando de lado las dificultades vinculadas con la denotación de la palabra “minoría” (¿étnicas, religiosas, ideológicas, o de acuerdo con sus hábitos sexuales, edad, educación, etc.?) podría aceptarse sin mayor in-

¹⁹ Cfr. Ernesto Garzón Valdés, “Consenso, racionalidad y legitimidad” en del mismo autor, *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1993, págs. 455-471.

²⁰ Cfr. Gilles-Gaston Granger, *La mathématique sociale du marquis de Condorcet*, pág. 96.

conveniente que una de las características de toda minoría políticamente relevante es una actitud de disenso con respecto a las medidas adoptadas mayoritariamente. Si se acepta esta propuesta, conviene detenerse entonces a analizar el significado político del disenso.

Como es sabido, Javier Muguerza ha sido en nuestro medio quien con mayor vehemencia y mejores argumentos ha insistido en la “relevancia discursiva del disenso”.²¹ Analicemos más de cerca la vía del disenso. Por lo pronto, cabe preguntarse en qué consiste la diferencia entre consenso y disenso. Dado el carácter negativo del disenso, éste está siempre referido a un consenso previo; su calidad ética habrá de depender de la calidad ética de lo negado. Podría pensarse entonces en las siguientes alternativas:

- a) que el consenso adoptado responde a principios básicos de la moralidad política. Un ejemplo de consenso fáctico que satisface estas condiciones puede ser el caso de constituyentes que establecen, por unanimidad, el catálogo de derechos fundamentales que figuran en constituciones como la española o la alemana;
- b) que el consenso adoptado viola estos principios, como puede ser el caso del consenso de los jefes nazis reunidos en 1942 a orillas del Lago de Wann, sobre la “solución de la cuestión judía”.

En el caso a) es obvio que el disenso carece de todo valor moral. Tal es el caso del disenso de los encomenderos en México y el Perú con respecto a las llamadas Leyes Nuevas de 1542.

En el caso b) el disenso puede ser, por lo menos, de dos tipos:

- b₁) quien disiente no lo hace por razones moralmente aceptables sino hasta moralmente repugnantes: sería el caso del nazi que en la reunión del Lago de Wann disiente de la “solución Auschwitz” porque piensa que es mejor fusilar judíos;
- b₂) quien disiente lo hace por razones morales, por respeto a la “condición humana”. El disidente pone de manifiesto que el principio de no dictadura, formulado por Kenneth J. Arrow en su famoso teorema,

²¹ Cfr. Javier Muguerza, “La obediencia al derecho y el imperativo de la disidencia. (Una intrusión en un debate)” en *Sistema*, No. 70 (1986), págs. 27-40 y del mismo autor, *Desde la perplejidad*, México/Madrid/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1990.

no es siempre válido en cuestiones morales. Es el caso de los disidentes que protagonizan a lo largo de la historia las emancipaciones de la dominación y la discriminación arbitrarias, historia que dista mucho de estar concluida y que requiere la presencia de disidentes alertas como los propuestos por Muguerza.

Es interesante tener en cuenta que a lo que aspira el disidente es que los demás lleguen a un consenso acorde con su disidencia. La situación final a la que se aspira es la del consenso. En este sentido, el disenso es una actitud transitoria enmarcada por dos consensos: el que se niega y el que se desea lograr. El disenso, a diferencia del consenso, no tiene aspiraciones de estabilidad. El disenso tiende a autoeliminarse creando las circunstancias en las que deja de ser necesario.

Sin embargo, de aquí no puede inferirse (como lo pone de manifiesto el caso b₁) que el disenso constituya un remedio para “el” punto flaco de la teoría del consenso. Es obvio que consenso y disenso se diferencian por la nota de negación que este último contiene pero, lo importante no es la negación en sí sino lo que se niega. Para evitar caer en la situación anárquica en la que cada cual juega su juego y no acepta jugar el juego de los demás sólo en aras de una mayor diversidad, hay que determinar previamente cuáles son los juegos moralmente admisibles.

Pero, si esto es así, a la pregunta acerca de cuál es la relevancia moral del disenso sólo se puede dar respuesta si se sabe contra qué consenso previo se dirige y cuál es la calidad moral del disenso. Y así como la calidad moral del consenso no puede ser referida al consenso mismo, lo mismo sucede con el disenso.

Pero, como el disenso moralmente justificado apunta a la creación de un consenso moralmente justificado, podría pensarse que en la génesis de la legitimidad democrática existe siempre un disenso. En vez de un consenso originario, podría hablarse de un “disenso originario”. Si ello es correcto, podría darse un paso más y admitir la plausibilidad de la alternativa del disenso.

Un primer argumento que podría aducirse en favor de la alternativa del disenso es el de la experiencia histórica: la conquista de los derechos humanos. Dolf Sternberger²² ha ilustrado con buenos ejemplos el papel de

²² Cfr. Dolf Sternberger, *Herrschaft und Vereinbarung*, Francfort del Meno: Suhrkamp 1986, págs. 129 ss.

los disidentes en el desarrollo de la emancipación social y en la formulación de los derechos humanos, desde las dos grandes revoluciones del siglo XVIII hasta nuestros días. Pero, como el mismo Muguerza lo reconoce, la historia presenta también abundantes contra ejemplos. Los encomenderos disidentes no contribuyeron, por cierto, a la mejora de la condición humana del indio al lograr la derogación de las Leyes Nuevas, y no hay que olvidar que Hitler fue un disidente en Weimar. La historia da para todo.

Si se acepta que el disenso tiene, en tanto negación, que estar referido siempre a un consenso previo, cabe preguntarse de qué tipo de consenso se trata: fáctico o hipotético. Y en ambos casos, la insuficiencia del consenso como fuente de legitimidad se transmite al disenso que lo niega: la calidad moral, tanto del consenso como del disenso, no puede derivar del hecho del consenso o del disenso.

Aun cuando no se aceptaran estas observaciones, lo que parece indiscutible es que no es la existencia del consenso o del disenso lo que fundamenta los derechos humanos o la legitimidad sino justamente al revés. Sostener lo contrario equivaldría a aceptar una especie de “alquimia del consenso”²³ o del disenso, que transformaría los actos de voluntad de quien consiente o disiente en moralmente valiosos por el sólo hecho de ser manifestaciones consensuales o disensuales. Sólo un consenso que respete los derechos humanos es éticamente aceptable. Lo mismo vale para el disenso. El hecho de que el consenso presuponga pluralidad de individuos o el disenso proceda “de una decisión tomada en la soledad de la conciencia” (Muguerza 1989, 51) no constituye una diferencia esencial entre ambos ya que también quien consiente puede prestar su consentimiento en virtud de una decisión tomada en la “soledad de su conciencia”. Pero, en todo caso, queda en pie la incapacidad de ambos recursos para fundamentar la corrección moral de la democracia.

4. La insuficiencia de una concepción minimalista de la democracia para la regulación de los principios básicos de una organización social moralmente valiosa

La concepción minimalista de la democracia convierte al procedimiento democrático en manifestación de los deseos de los votantes y confiere sin más calidad normativa a los resultados de la votación.

²³ Cfr. Brian Barry, *Theories of Justice*, Berkeley/Los Angeles: University of California Press 1989, pág. 361.

Podría entenderse entonces a este modelo de democracia como un caso de justicia procedimental pura de acuerdo con la definición de John Rawls según la cual

“[P]ure procedural justice obtains when there is no independent criterion for the right result: instead there is a correct or fair procedure such that the outcome is likewise correct or fair, provided that the procedure has been properly followed.”²⁴

Rawls ofrece como ejemplo de una justicia procedimental pura un sistema de cooperación basado en el principio de oportunidad equitativa (*fair*). La ventaja de la justicia procedimental pura sería que nos libera de la necesidad de definir principios que tengan en cuenta las enormes complejidades de las cambiantes circunstancias y posiciones relativas de las personas. Pero, es obvio que para que el resultado sea aceptado como justo estas circunstancias tienen que ser calificadas de antemano o bien como irrelevantes desde el punto de vista de la justicia o bien tan complejas que no habría ningún procedimiento que pudiera tomarlas a todas en cuenta.

Un ejemplo del primer caso sería cuando se trata de la satisfacción de deseos secundarios relativamente irrelevantes de la gente. El procedimiento de la mayoría podría ser considerado como el más adecuado para resolver los posibles conflictos. Un ejemplo del segundo tipo podría ser la regla que estableciera el principio de la cola para el otorgamiento de órganos de transplante. Las circunstancias particulares de cada paciente pueden ser tan complicadas que un análisis a fondo de las mismas podría significar la pérdida misma de los órganos. Podría pensarse también en el caso de un buque que se hunde y donde hay que resolver urgentemente quién sube al bote salvavidas. Tal vez aquí puede recurrirse al sistema de echar la moneda. Este es un caso en donde los intereses en juego son vitales (en el más estricto sentido de la palabra). Si no se recurre al sistema de la moneda, la consecuencia puede ser que el barco se hunda y nadie se salve. Es decir, que en los dos extremos de los casos triviales, por una parte, y de los muy complejos y graves, por otra, la justicia procedimental pura parece ser la más adecuada. Y creo que esto es también obvio: en los casos del primer tipo no está en juego una cuestión de justicia, en los del

²⁴ *A Theory of Justice*, Oxford: Clarendon Press 1972, pág. 86.

segundo tipo, se trata de elecciones trágicas donde el resultado es siempre insatisfactorio desde el punto de vista de la justicia. Escapa por así decirlo a la calificación de justo o injusto.

En todo caso, lo que puede inferirse de lo hasta aquí dicho es

- i. ni el consenso mayoritario ni la disidencia minoritaria son suficientes para poder pasar del caso 4 de nuestra tabla al caso 1;
- ii. tampoco es una buena vía la suposición de que el *Homo suffragans restrictus* ha de estar sometido sólo a restricciones subjetivas de honestidad o veracidad.

Podría pensarse entonces que lo que se requiere son restricciones institucionales externas, inmunes a las actitudes o motivaciones subjetivas del *Homo suffragans*. Quisiera proponer a tal fin

5. El recurso del coto vedado

Desde hace tiempo abogo por el concepto de “coto vedado” en el que han de resguardarse los derechos fundamentales no negociables, como condición necesaria de la democracia representativa. Sólo fuera de este “coto vedado” cabe el disenso, la negociación y la tolerancia. Quien pretenda abrir la puerta del “coto vedado” y transformar derechos fundamentales en objeto de disenso y negociación elimina la posibilidad de que la democracia pueda satisfacer la pauta de corrección moral que de ella se espera. El disidente no puede pues abrir todas las puertas. En una democracia representativa que acepte el núcleo inviolable del “coto vedado”, es decir, la vigencia del “principio de la mayoría” y no el “dominio de la mayoría” como diría Hans Kelsen²⁵ la disidencia vale sólo en el ámbito de lo negociable.

Que la adopción de decisiones de acuerdo con el principio de la mayoría significa una restricción de la libertad de quienes integran la minoría es obvio. Pero que la viabilidad de las democracias en las sociedades con un número apreciablemente grande de miembros tiene que aceptar este tipo de restricciones es también un hecho cierto. En efecto, al no ser posible la democracia directa, es necesario recurrir a un sistema de represen-

²⁵ Cfr. Hans Kelsen, *Daas Problem des Parlamentarismus*, Viena/Leipzig: Braumüller, 1925.

tantes, es decir, a un sistema parlamentario, cuya función primordial, según Kelsen, es

“La formación de la voluntad estatal a través de un órgano colectivo elegido por el pueblo sobre la base del derecho de sufragio universal e igual, es decir, democráticamente, y que decide de acuerdo con el principio de la mayoría.”²⁶

El principio de la mayoría, según Kelsen, es justamente el que impide el dominio de una clase sobre otra, es decir, el dominio de la mayoría o la “casualidad de la aritmética.”²⁷ El razonamiento kelseniano está dirigido precisamente en contra de la identificación del “principio de la mayoría” con el “dominio de la mayoría”; por ello la afirmación de que el principio de la mayoría requiere la existencia de la minoría no es una mera tautología en el sentido de que no puede hablarse de mayoría si no hay minoría.

El principio de mayoría requiere la exclusión de algunos temas básicos de la negociación parlamentaria o de la votación ciudadana.

Con respecto a cuáles deben ser estos temas, y cuál es el criterio de exclusión, mi propuesta es la siguiente:

- a) Deben ser excluidos de la negociación y el compromiso parlamentarios todos aquellos bienes que son considerados como básicos para la realización de todo plan de vida.
- b) La determinación de este campo de exclusión no puede quedar librada al consenso fáctico ni de los representados ni de los representantes. El consenso fáctico determina sólo el campo de la moral positiva de una determinada colectividad en un determinado momento de su historia. Del hecho de que los miembros de una colectividad coincidan en la aceptación de determinadas pautas de comportamiento no se infiere sin más que ellas están también permitidas desde el punto de vista de una moral esclarecida o ética.
- c) Por lo que respecta a la vigencia efectiva de los derechos en el “coto vedado” de los bienes básicos, es indiferente la voluntad o deseos de los integrantes de la comunidad. Aquí está plenamente justificada una

²⁶ Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tubinga: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1929, pág. 28.

²⁷ Cfr. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., pág. 53.

actitud paternalista en el caso de que los miembros de la comunidad no comprendan la importancia de estos bienes básicos. Y ello es así porque la no aceptación de la garantía de los propios bienes básicos es una clara señal de irracionalidad o de ignorancia de relaciones causales elementales como son las que existen entre la disponibilidad de estos bienes y la realización de cualquier plan de vida. En ambos casos, quien no comprende la relevancia de los bienes básicos puede ser incluido en la categoría de incompetente básico.

- d) Si se acepta lo dicho en el párrafo anterior, hay que aceptar también que, con respecto a los bienes básicos, para quien o quienes los defiendan no rige el “principio de no dictadura” tal como lo formulara Kenneth J. Arrow.
- e) Si se admite, como creo que es correcto, la tendencia a la expansión de la ética, no es aventurado afirmar que el coto vedado de los bienes básicos tiene también una tendencia a la expansión. Ella puede estar determinada por un doble tipo de factores: 1) factores de tipo cognitivo, es decir, la intelección de que algunas conclusiones hasta ahora no percibidas, pueden ser inferidas de las premisas del sistema ético. Creo que esto es lo que sucede cuando se habla de diferentes generaciones de derechos humanos. No se trata aquí de la inclusión de nuevas premisas, sino de inferir conclusiones de premisas ya aceptadas. Basta pensar, por ejemplo, en la relación que existe entre el derecho a la vida (derecho humano de la llamada “primera generación”) y el derecho a un medio ambiente no contaminado (derecho de la “tercera generación”) o la que existe entre el deber negativo de no dañar y el deber positivo de no omitir ayuda cuando se puede así evitar un daño. Pero 2), existen también factores materiales de disposición de recursos económicos, técnicos o culturales que pueden requerir correr los límites del coto vedado.
- f) Tomando en cuenta estas limitaciones, el ámbito de la gestión del representante es, por una parte, el del afianzamiento de la vigencia efectiva de los bienes básicos. Se trata aquí de la defensa de los bienes primarios (Rawls) o de los intereses universalizables (Habermas). Pero también es el campo de la negociación y el compromiso, es aquél que, siguiendo una propuesta de James O. Grunebaum,²⁸ puede ser llama-

²⁸ James O. Grunebaum, “What ought the representative represent?”, en Norman E. Bowie (ed.), *Ethical Issues in Government*, Filadelfia, 1981.

do el ámbito de los deseos secundarios de la gente, es decir, aquéllos que no están relacionados con bienes primarios. Aquí rige el principio de respetar los deseos de los representados, con la cláusula cautelar que dice:

“deberán satisfacerse los deseos secundarios de los representados siempre que, sobre la base de la información de que dispone el representante, su satisfacción no implique el sacrificio de algún bien básico o la frustración de deseos secundarios que los propios representados valoran más que el deseo secundario de cuya satisfacción se trata”.

El campo de la negociación y el compromiso es el ámbito adecuado para la persecución de los intereses secundarios, sobre la base de la evaluación de costos y beneficios. El representante está aquí sujeto a la obligación ética de procurar la mayor satisfacción posible de los deseos secundarios de los representados, con las limitaciones señaladas. Su estrategia de negociación y compromiso estará guiada por razones propias del hombre prudente.

Pero, admitiendo que el campo de la negociación y el compromiso está sujeto a consideraciones prudenciales, de costo-beneficio, queda todavía pendiente la cuestión de saber si este ámbito de lo prudencial no requiere un cierto umbral que debe ser proporcionado también sobre la base de consideraciones éticas.

La negociación y el compromiso requieren pues una igualdad aproximada de recursos jurídicos y políticos. En este sentido, la negociación parlamentaria y la actuación del *Homo suffragans* presuponen, para ser éticamente aceptables, una cierta homogeneidad social.

Si esto es así, es necesario contar con algún criterio que permita determinar cuándo una sociedad es homogénea a fin de que el compromiso sea equitativo y todos los grupos sociales se sepan integrables a través de la actividad parlamentaria y la votación democrática. Al respecto, mi propuesta es la siguiente:

Una sociedad es homogénea cuando todos sus miembros gozan de los derechos incluidos en el coto vedado de los bienes básicos.

Cuando tal no es el caso, el principio de la mayoría se transforma en dominio de la mayoría (Kelsen) o constituye una forma ideológica de justificación del poder normativo (Habermas)

La exigencia del umbral de homogeneidad es obvia si se piensa que la representación parlamentaria, impuesta por la división del trabajo, es la única forma viable de la democracia en las sociedades actuales y que ésta es el mejor candidato a una justificación ética cuando no se reduce a la aplicación de un procedimiento sino que incluye el ingrediente normativo del respeto a la libertad y la igualdad. Es esto justamente lo que le permite a Kelsen iniciar su razonamiento de justificación de la democracia a partir de la libertad natural y su transformación contractual en la libertad política: idea sustentada no sólo por Kant sino por Rousseau.

Desde el punto de vista jurídico positivo, la conclusión, también obvia, es que los derechos incluidos en el coto vedado de los intereses universalizables o derechos humanos, no pueden ser objeto de recortes productos de negociaciones parlamentarias. Ellos constituyen el núcleo no negociable de una constitución democrático-liberal que propicie el Estado social de derecho. Para el coto vedado vale la prohibición de reforma (como la establecida por el artículo 79, 3 de la Ley Fundamental alemana) y el mandato de adopción de medidas tendientes a su plena vigencia.

Es el coto vedado el que transforma confiablemente al *Homo suffragans* en *Homo suffragans restrictus* y permite ubicar a la democracia en el caso 1) de la tabla propuesta.

6. Una propuesta de fundamentación racional del contenido y límites del coto vedado

Desde luego, queda pendiente el problema de saber cómo puede determinarse y, sobre todo, justificarse el contenido del coto vedado. Admitamos que cuando ingresamos en el ámbito de las concepciones de lo bueno entramos en un terreno inseguro ya que no es posible formular con precisión qué es lo bueno para cada cual. Evitemos el tembladero y vayamos a un terreno más seguro o preparémosnos adecuadamente para ingresar en aquél a través de un desvío.

La vía que deseo proponer es la de considerar no lo que es lo bueno sino lo que es lo malo. Por supuesto que alguien podría aducir que éste es un recurso barato ya que lo malo es la privación del bien, como diría San Agustín. Pero no nos apresuremos.

La vía propuesta es una “vía negativa” que partiría de tres suposiciones básicas, que deberían ser sumadas a las ya mencionadas al comienzo de este trabajo. La primera es que, sobre el trasfondo de la ignorancia

querida, aceptamos una concepción del agente humano cuyas reglas de comportamiento no son las de un “club de suicidas”, como diría Herbert Hart:

“No podemos hacer abstracción del deseo general de vivir y tenemos que dejar intactos conceptos tales como peligro y seguridad, daño y beneficio, necesidad y función, enfermedad y curación- pues éstas son vías para describir y apreciar simultáneamente las cosas haciendo referencia a la contribución que prestan a la supervivencia, que es aceptada como un fin. [...] Para plantear [...] cualquier cuestión acerca de cómo deberían convivir las personas, tenemos que suponer que su objetivo, hablando en términos generales, es vivir.”²⁹

La segunda suposición es una concesión parcial a Rawls y Barry: admitamos que no existe ninguna concepción de lo bueno que no pudiera ser puesta en duda razonablemente. Pero —y por ello la concesión es parcial— de aquí no se infiere sin más una neutralidad razonable que se soporte a sí misma: así como la tolerancia, si es que no quiere convertirse en ‘tolerancia boba’, ha de estar enmarcada por un cerco de intolerancias, así también lo razonable requeriría el cerco de lo irrazonable. La tercera recoge una constatación de Brian Barry relacionada con la cuestión de por qué la moralidad del sentido común establece una distinción entre evitar un daño y promover un bien:

“La razón es que hay enorme desacuerdo acerca de en qué consiste lo bueno mientras que personas con una gran variedad de concepciones de lo bueno pueden estar de acuerdo con lo malo del daño.”³⁰

La vía negativa podría consistir en buscar, por lo pronto, alguna concepción de lo malo cuya aceptación fuera irrazonable. Partiría, pues, de lo absolutamente irrazonable, es decir, de estados de cosas cuyo rechazo sería unánime, independientemente de la concepción de lo bueno que se tenga o, dicho con otras palabras, cuya aceptación sería una “perversión irracional” (“*irrational perversion*”) para utilizar, una vez más, una ex-

²⁹ Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1963, pág. 188.

³⁰ Brian Barry, *Justice as Impartiality*, cit., pág. 25.

presión de Georg Henrik von Wright.³¹ Tal vez no habría mayor inconveniente en utilizar aquí la expresión “irrazonable por excelencia”. El propio von Wright ha indicado expresamente cuáles estados de cosas podrían ser incluidos en esta categoría: aquéllos que afectan básicamente la supervivencia de la especie humana.

Tras la barbarie del holocausto, no pocos autores han recurrido a la idea del “mal radical”, expresada por Kant en “La religión dentro de los límites de la mera razón”. El sentido de esta expresión ha sido, desde luego, modificado ya que no se refiere sólo a “la maldad insuperable” que habita en el corazón humano y que no puede “ser totalmente eliminada”, una versión secularizada del pecado original, sino al mal absoluto, a la evidencia empírica del mal.

Lo radicalmente malo impide la realización de todo plan de vida (en cuya formulación suele manifestarse la concepción de lo bueno). Así, podría decirse que para John Stuart Mill, tan enemigo de todo tipo de paternalismo, la esclavitud era una de las manifestaciones de este mal radical, y, por ello, rechazaba la permisibilidad moral de la esclavitud voluntaria aduciendo que la libertad era condición necesaria para la realización de todo plan de vida.

La vía negativa aquí propuesta es similar a la de Dasgupta:

“Mi idea es que estudiando una forma extrema de mal-estar (“ill being”) podemos obtener una comprensión del bien-estar (“well being”).”³²

No muy diferente es el enfoque de Avishai Margalit cuando trata de caracterizar una sociedad decente negativamente, es decir, partiendo de la definición de una sociedad indecente. Como justificación de esta vía negativa aduce tres tipos de razones: morales, lógicas y epistémicas:

“La razón moral procede de mi convicción de que existe una fuerte asimetría entre erradicar el mal y promover el bien. Es mucho más urgente eliminar males dolorosos que crear beneficios agradables. [...] La razón lógica está basada en la distinción entre los fines que pueden ser alcanza-

³¹ Georg Henrik von Wright, “Science, Reason, and Value” en del mismo autor, *The Tree of Knowledge and other Essays*, Leiden/Nueva York/Colonia: E. J. Brill, 1993, págs. 229-248, pág. 247.

³² Partha Dasgupta, *An Inquiry into Well-Being and Destitution*, cit., pág. 8.

dos directa e inteligiblemente y aquellos que son esencialmente productos secundarios y no pueden ser obtenidos directamente. [...] existen actos específicos, tales como escupirle a alguien en la cara, que son humillantes sin ser productos secundarios de otros actos. [...] La tercera razón, la epistémica, es que es más fácil identificar la humillación que el comportamiento respetuoso, así como es más fácil identificar la enfermedad que la salud. [...] Todas éstas son razones para elegir caracterizar negativamente y no positivamente la sociedad decente [...].”³³

Y también ya Karl Popper había observado:

“Creo que, desde el punto de vista ético, no existe simetría entre el sufrimiento y la felicidad o entre el dolor y el placer. [...] El sufrimiento humano contiene una apelación moral directa, un pedido de ayuda mientras que no existe una exigencia similar de aumento de la felicidad por parte de quien de todas maneras le va bien. [...] En lugar de la mayor felicidad del mayor número, habría que pedir, más modestamente, la menor cantidad de sufrimiento evitable para todos. [...] Me parece que hay alguna analogía entre esta concepción de la ética y la concepción de la metodología científica que propuse en mi *Logik der Forschung*. Se aclara el campo de la ética si formulamos nuestras demandas negativamente, es decir, si pedimos la eliminación del sufrimiento más que la promoción de la felicidad. Similarmente, es útil formular la tarea del método científico como la de la eliminación de las teorías falsas [...] más que en la obtención de verdades establecidas”.³⁴

Como es sabido, esta tesis de Popper condujo a lo que él mismo denominó “utilitarismo negativo” y que fuera objeto de una interesante polémica acerca de la conveniencia de utilizar esta designación. No he de entrar en ella.³⁵ Aquí tan sólo me interesa recordar enfoques similares al que aquí propongo.

No deja de ser interesante señalar que los intentos de justificación del establecimiento de un orden estatal suelen partir de la presentación de

³³ Avishai Margalit, *The Decent Society*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 1998, págs. 4 ss.

³⁴ Karl Popper, *The Open Society and Its Enemies*, Londres: Routledge & Keagan Paul 1962, Vol. I, págs. 284 s.

³⁵ Cfr. al respecto, James Griffin, “Is unhappiness morally more important than happiness?”, en *Philosophical Quarterly* 29 (1979), págs. 47-55. En la pág. 47 de este trabajo figura la referencia a la cita de Popper.

alternativas caracterizadas por notas negativas extremas cuya vigencia, se supone, nadie estaría dispuesto a aceptar, cualesquiera que puedan ser las concepciones de lo bueno que cada cual sustente. Baste aquí, como ejemplo, recordar a dos autores, que manifiestamente tenían concepciones diversas acerca de lo bueno (al menos por lo que respecta a lo bueno político), Thomas Hobbes y John Locke. Como es bien sabido, en el estado de naturaleza hobbesiano la vida es “solitaria, pobre, desagradable, brutal y breve”.³⁶ No muy diferente es la versión de John Locke: en la vida social pre-estatal imperan la “enemistad, la malicia, la violencia y la destrucción mutua”.³⁷ Ambos autores están persuadidos de que ningún ser razonablemente racional habrá de optar por el mantenimiento de esta precaria situación. El establecimiento de un orden social es, tanto para Hobbes como para Locke, el primer paso para la superación del “mal-estar” del estado de naturaleza.

Otro es el caso cuando se trata de concepciones de lo bueno. Aquí no sólo existen divergencias notorias y hasta irreconciliables entre los diferentes individuos sino que aquello que es bueno para una misma persona parece no poder ser nunca alcanzable plenamente. Nicolás Maquiavelo lo sabía: “los deseos humanos son insaciables, pues la naturaleza humana desea y quiere todo [...] de aquí surge [...] una eterna insatisfacción [...]”³⁸

Es verdad que el argumento agustiniano es bien fuerte y hasta parece ser irrefutable: lo malo sería siempre la negación de lo bueno. Sin embargo, si se ven las cosas desde una perspectiva algo diferente, tal vez podría admitirse que es más fácil comprobar un consenso universal acerca del mal radical que acerca de lo bueno absoluto.³⁹ El propio dinamismo de los deseos humanos hace difícil precisar la denotación de lo bueno en sí. Es ello justamente lo que aconseja dejar librado a cada cual las estrategias de la felicidad y, en cambio, encomendar al orden políticojurídico la tarea de superar los llamados “estados de naturaleza”.

³⁶ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Londres: J. M. Dent & Sons 1957, pág. 65.

³⁷ John Locke, *The Second Treatise of Government*, Indianápolis: The Bobbs-Merrill Company 1952, pág. 13.

³⁸ Niccolò Machiavelli, *Discorsi*, Stuttgart: Alfred Kröner 1977, pág. 163.

³⁹ No deja de ser interesante señalar que el recurso de la vía negativa ha sido utilizada también para facilitar la definición de conceptos tales como el de ‘libertad social’. Tal es el caso, por ejemplo, de Felix Oppenheim (*Political Concepts. A Reconstruction*, Oxford: Blackwell, 1981, pág. 53): “Examinaré, primero, el concepto de no-libertad (*unfreedom*) social por que es el más simple y porque nos ayudará a definir el concepto de libertad social.”

Pero no sólo hay consenso acerca de la irrazonabilidad del llamado “mal radical”. También con respecto al concepto de daño existe un acuerdo básico, cualquiera que pueda ser la concepción de lo bueno que se sus- tiente. Brian Barry ha observado al respecto:

“Sin embargo, para la justicia como imparcialidad, la importancia del daño reside en que es reconocido como malo dentro de una amplia variedad de concepciones de lo bueno [...]. Se ha sostenido muy a menudo como crítica a este paso que el concepto de daño no puede funcionar de esta manera porque el contenido de ‘daño’ refleja la concepción particular del bien de la persona que emplea el término. Sin embargo, nunca he visto que esta afirmación esté respaldada por una evidencia convincente y no creo que pueda serlo. Vale la pena tener en cuenta, por ejemplo, que toda sociedad recurre a una gama muy limitada de castigos tales como privación de dinero o propiedad, encierro físico, pérdida de partes del cuerpo, dolor y muerte. A menos que esto fuera considerado por gente que tiene una amplia variedad de concepciones de lo bueno como males, ellos no funcionarían confiablemente como castigos. Es también relevante que aun en sociedades con ideas acerca de la causación del daño que no compartimos, nos es familiar la concepción de los tipos de cosas que constituyen daño.”⁴⁰

Es decir que las diferentes concepciones morales no se diferencian tanto por lo que respecta a qué ha de constituir un daño sino más bien por las razones que justifican la imposición del mismo. Obviamente, ellas serán tanto más razonables cuanto menos se acerquen innecesariamente al cerco de lo irrazonable.

En un excelente libro relativamente reciente, Luis Villoro sostiene que el dogmatismo moral resulta de la pretensión de otorgar validez universal a nuestras creencias razonables. Ella sería la fuente de la intolerancia. Por otro lado, advierte frente al peligro del nihilismo moral que resultaría de la adopción de una actitud radicalmente escéptica frente a “la realidad de los valores”. Dicho con las palabras de Villoro:

“[El escepticismo] se basa en una errónea inferencia: si los enunciados de valor no se fundan en razones incontrovertibles [...] entonces, todos valen

⁴⁰ Brian Barry, *Justice as Impartiality*, cit., pág. 141.

igual; nada es seguro, puesto que todo es incierto; cualquier opinión sobre valores equivale a su contraria; nada, en realidad vale.”⁴¹

Si lo he entendido bien, Villoro se mueve entre el rechazo del dogmatismo y del escepticismo nihilista. Su punto de partida es la aceptación de las “creencias razonables” de cada persona. Ellas no son “fuente de certeza, sino sólo una presunción de realidad”;⁴² no sería posible, pues, llegar a partir de ellas “a la conclusión de la aceptabilidad universal de los valores”.⁴³ Creo que Villoro tiene razón; por ello mismo pienso también que la vía negativa aquí propuesta puede servir para superar el relativismo inevitable de las “creencias razonables” de cada cual.

Tomando en cuenta los supuestos mencionados en la sección anterior, podría recurrirse al concepto de irrazonabilidad como criterio de incorrección.

Desde lo irrazonable por excelencia y su negación⁴⁴, se puede iniciar la marcha moral que consiste en irse alejando de la “irrational perversion” o del “ill-being”. Cada uno de estos pasos podrían ser calificados de razonables. Cuáles sean los pasos que haya que dar para lograr avances en esta dirección es algo que depende de la situación de cada sociedad. Ello puede explicar por qué las exigencias de razonabilidad pueden ser diferentes según los tiempos y lugares. En este sentido tendría razón Alf Ross cuando se refiere al condicionamiento contextual de lo razonablemente esperable.

En todo caso, si utilizando la vía negativa, quiere recurrirse al concepto de razonabilidad, estos pasos deberían satisfacer, por lo menos, dos condiciones mínimas:

⁴¹ Luis Villoro, *El poder y el valor. Fundamentos de una ética política*, México: Fondo de Cultura Económica/El Colegio Nacional 1997, pág. 28.

⁴² Luis Villoro, *op. cit.*, pág. 26.

⁴³ *Ibidem*, pág. 27.

⁴⁴ La vía de partir de lo extremadamente malo, para luego pasar a lo mínimamente bueno y a lo óptimo, puede ser bien fecunda. Así Dasgupta (*op. cit.*) parte del concepto de “ill-being” para acercarse a una mejor definición del “well-being”. En el caso de la discusión acerca de la universalidad de los derechos humanos, muchas veces trabada por el argumento de que ellos responden a una concepción del bien propia de las sociedades occidentales, es aconsejable también partir del análisis de lo que universalmente es considerado como malo o dañoso, por ejemplo: la muerte, la tortura, la miseria.

- a) No lesionar aquello que, utilizando la terminología de Thomas Nagel, podría llamarse la “razonable parcialidad” de todo agente.⁴⁵ Las normas morales no prescriben comportamientos supererogatorios que impongan a sus destinatarios actitudes de autosacrificio propias del héroe o del santo. Así, por ejemplo, por más respeto que se tenga por la vida de los demás, el agente destinatario de una norma moral privilegiará la salvación de su propia vida. El no haber considerado este aspecto de razonable parcialidad es lo que probablemente le hacía pensar a Max Weber que

“El mandamiento evangélico es incondicionado e inequívoco: dona lo que tienes, todo simplemente. [...] Una ética de la indignidad, a menos que se sea un santo. Esto es: hay que ser un santo en todo, al menos querer serlo, hay que vivir como Jesús, como los apóstoles, como san Francisco, entonces tiene sentido esta ética y es expresión de una dignidad. En caso contrario, no.”⁴⁶

El criterio de razonabilidad no nos impone andar por el mundo con una cruz a cuesta ni privarnos de la satisfacción de nuestras propias necesidades para satisfacer necesidades o deseos de un mismo nivel de las demás personas. El criterio de razonabilidad impide justamente que el mundo se convierta en un “infierno moral”.

- b) No dar lugar a situaciones de privilegio que van más allá de la “razonable parcialidad” o promueven comportamientos parasitarios. Si el cumplimiento de la primera condición impide la aparición del infierno moral, la segunda prohíbe el establecimiento de ‘paraísos de egoísmo’ en donde la satisfacción de nuestras necesidades y deseos se realiza a costa del sacrificio de necesidades y deseos del mismo nivel de las demás personas.

Los casos concretos de aplicación de una regla pueden poner de manifiesto la irrazonabilidad de aquella. La irrazonabilidad funcionaría de

⁴⁵ Sobre, este punto y sobre las condiciones de “nonrejectability” de las normas morales y su vinculación con el criterio de razonabilidad, *cfr.* Thomas Nagel, *Equality and Partiality*, Oxford: Oxford University Press, 1991, págs. 38 ss.

⁴⁶ Max Weber, “Politik als Beruf”, en *Gesammelte politische Schriften* (herausgegeben von Johannes Winckelmann), Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1958, págs. 505-560, pág. 550.

manera similar a la falsabilidad en las ciencias naturales, sirviendo de límite a lo “meramente racional”:

“Tal como yo lo veo, la racionalidad, cuando es contrastada con la razonabilidad, tiene que ver primariamente con la corrección formal del razonamiento, con la eficacia de los medios para un fin, la confirmación y la puesta a prueba de las creencias. Está orientada a *finés* [...] Los juicios de razonabilidad, a su vez, están orientados a *valores*. Ellos se ocupan de la forma correcta de vivir, de lo que se piensa que es bueno o malo para el hombre. Lo razonable es, por supuesto, también racional, pero lo ‘meramente racional’ no es siempre razonable.”⁴⁷

Podría entonces decirse:

- i) No existen diversas concepciones del mal (o del ill-being).
- ii) Aquellas máximas o reglas de conducta que propician el mal radical son *absolutamente* irrazonables. Son expresión de una “*irrational perversion*”.
- iii) Aquellas máximas o reglas de conducta que propician la imposición de un mal son *prima facie* irrazonables.
- iv) Si la aplicación concreta de una regla tiene consecuencias absolutamente irrazonables, esa regla debe ser abandonada: es absolutamente injustificable.
- v) Si la aplicación concreta de una regla tiene consecuencias *prima facie* irrazonables, esa regla debe ser sometida a examen y modificada o especificada de forma tal que aquellas desaparezcan. En todo caso requiere ser justificada. La interrelación parcial de hechos y valores puede ser aquí de utilidad.
- vi) Una regla o máxima de comportamiento será considerada como razonable mientras no se demuestre su irrazonabilidad (absoluta o *prima facie*) en un caso concreto de aplicación.
- vii) El ámbito de lo irrazonable es moralmente inaccesible; el de lo razonable tiene un carácter residual: en el pueden realizarse aquellas acciones cuya imposibilidad deóntica no está determinada por lo irrazonable.

⁴⁷ Georg Henrik von Wright, “Images of Science and Forms of Rationality”, en *The Tree of Knowledge, cit.*, págs. 172-192, pág. 173.

- viii) Por lo tanto, acuerdos razonables no son aquellos que realizan personas razonables sino que personas razonables son aquellas que no se saltan el cerco de la irrazonabilidad. En este sentido, podría hablarse de pautas de irrazonabilidad o de razonabilidad.

O sea que ahora el razonamiento sería el siguiente:

- i) Personas razonables son aquellas que rechazan máximas irrazonables de acción.
- ii) Esto vale para todas las personas, cualquiera que pueda ser su concepción de lo bueno.
- iii) Las concepciones de lo bueno no son inconmensurables, como suelen sostener algunas versiones del multiculturalismo.
- iv) Todas aquellas concepciones de lo bueno que excluyen máximas irrazonables son razonablemente aceptables.
- v) Entre dos concepciones de lo bueno razonablemente aceptables, aquélla que permite una promoción mayor del bienestar (entendido como un mayor alejamiento del mal-estar) es mejor.

7. Una vez más: la reacción de las minorías como pauta para medir la vigencia del coto vedado.

Si se acepta lo hasta aquí dicho, las reacciones de la minoría como actitudes de disenso son ético-políticamente necesarias si y sólo si

- i. son expresión de falta de homogeneidad social en el sentido aquí expuesto, es decir, son expresión de alguna discriminación relevante;
- ii. son una reacción frente a la violación del principio de la mayoría;
- iii. son expresión de una propuesta de ampliación del coto vedado sea a través de la explicitación deductiva de nuevos derechos básicos, sea a través de la presentación de una nueva constelación fáctica que requiera la inclusión de nuevos derechos dentro del coto vedado.

Son ético-políticamente aceptables

- i. cuando se intenta hacer valer deseos secundarios en un proceso de negociación parlamentaria o en una votación ciudadana se procura am-

pliar la agenda de temas que deberían ser objeto de discusión parlamentaria

Son ético-políticamente inadmisibles

- i. cuando pretenden imponer situaciones de privilegio, es decir, exigen el sacrificio de bienes equivalentes para la obtención de sus propios bienes;
- ii. cuando pretenden sustituir el punto de vista moral con puntos de vista culturales, étnicos o de género, es decir, introducir discriminaciones no toleradas por el coto vedado;
- iii. cuando pretenden erigirse en colectivos portadores de derechos morales.