

¿Igual libertad para todos?*

(Sobre el capítulo cuatro
de *Teoría de la Justicia*)

Equal Liberty for All?
(On the Fourth Chapter
of a Theory of Justice)

Igual liberdade para todos?
(Sobre o quarto capítulo
de Uma Teoria da Justiça)

THOMAS POGGE

Cátedra Leitner de Filosofía y Relaciones Internacionales de la Universidad de Yale (Estados Unidos). Correo: thomas.pogge@yale.edu

**Cómo citar
este artículo en APA:**

Pogge, T. (2017). ¿Igual libertad para todos? (Sobre el capítulo cuarto de Teoría de la Justicia). *Analecta Política*, 7(13), 399-416.

Recibido:
10 de marzo de 2017

Aprobado:
15 de agosto de 2017

* Originalmente este escrito se publicó en alemán con el título "Gleiche Freiheit für alle? (zu Kapitel 4)", en *John Rawls: Eine Theorie der Gerechtigkeit*, (ed.) Otfried Höffe, De Gruyter, 2013, pp. 135–152. La traducción y su publicación cuentan con la autorización del autor.

Traducido por María Julia Ochoa Jiménez. Profesora en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo: julia.ochoa@udea.edu.co. orcid.org/0000-0002-3701-9018. Dirección Postal: Calle 67 No 53-108, Bloque 14, Ciudad Universitaria. Medellín - Antioquia - Colombia

1

Una sociedad debe estar estructurada de la manera que sea mejor para sus miembros. Hace ya doscientos años que esta idea básica fue transformada en forma utilitarista por Jeremy Bentham. Para él, la calidad moral de las instituciones sociales se mide por la suma de la felicidad de las personas afectadas por ellas: las sociedades han de estructurarse como maximizantes de felicidad. Un patrón tal exige que nuestras instituciones deban cargar con una considerable infelicidad (por ejemplo, mediante prostitución forzada), para obtener una mayor ganancia de felicidad suficiente para muchos.

Rawls evitará esta dificultad mediante una transformación diferente, que es “deóntica [deontológica]” (§ 6, 48; trad. 1979, 40)¹, de la misma idea básica: “La fuerza de la justicia como imparcialidad parece derivarse de dos cosas: la exigencia de que todas las desigualdades se justifiquen ante los menos aventajados, y la prioridad de la libertad. Estas dos limitaciones la distinguen del institucionalismo y de las teorías teleológicas [por ejemplo, utilitaristas]” (§ 39, 282; trad., 1979, 235). Rawls refuerza así, por una parte, la valoración orientada hacia el destinatario que hace Bentham de las instituciones sociales, y presenta esta perspectiva de forma mucho más clara y agradable, a través de su retrato de un contrato social referido a los intereses de los futuros ciudadanos. Por otra parte, incorpora, sin embargo, las dos divergencias esenciales, mencionadas en la cita, en su posición original: asume que las partes del contrato buscan asegurar los intereses de los futuros ciudadanos mediante el uso de la regla de maximin (§ 26), según la cual los órdenes básicos alternativos no han de valorarse según el promedio, sino según los más humildes entre ellos, respecto de la calidad de vida lograda. Rawls parte de la inconmensurabilidad de los bienes esenciales para la calidad de vida humana y, especialmente, de que las partes del contrato ven el principal interés de los futuros ciudadanos en disfrutar de ciertas libertades fundamentales –como, por ejemplo, la libertad de circulación, la libertad de conciencia, la participación política, la seguridad jurídica y la integridad física (§ 82)–.

Así, para Rawls, la tarea primordial de las instituciones sociales consiste en asegurar el disfrute de esas libertades para todos. Esta tarea está plasmada en el primer principio de la justicia: “Cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertades para todos” (§ 46, 336; trad. 1979, 280). Y el destacado estatus de esta

1 En el texto se indica la referencia de *A Theory of Justice* en inglés y, al lado, se indica la referencia de la traducción en castellano realizada por María Dolores González (1979). Por ejemplo: (§ 6, 48; trad. 1979, 40).

tarea está asegurado por la primera norma de prioridad: “Los principios de justicia han de ser clasificados en un orden lexicográfico, y, por tanto, las libertades básicas sólo pueden ser restringidas a favor de la libertad. Hay dos casos: a) una libertad menos extensa debe reforzar el sistema total de libertades compartido por todos; b) una libertad menor que la libertad igual debe ser aceptable para los que tienen una libertad menor” (§ 46, 336; trad. 1979, 280). Esta norma de prioridad, ilustrada en el cuarto capítulo, será examinada aquí críticamente.

Esta norma puede ser criticada por ser *demasiado restrictiva*, por ejemplo, al afirmar que las libertades fundamentales también pueden ser limitadas para la satisfacción de necesidades básicas económicas (véase Pogge, 1989, § 12). Quiero mostrar aquí, por el contrario, que la primera norma de prioridad, en otro sentido, *no es suficientemente restrictiva*, o sea, que admite limitaciones a las libertades fundamentales completamente inadmisibles desde una perspectiva moral, y que la teoría de Rawls es, así, víctima de una variante de un tipo de dificultad que es conocida desde la crítica del utilitarismo.

2

El cuarto capítulo de *Teoría de la Justicia* trata varias limitaciones de las libertades fundamentales permitidas por la teoría de Rawls. Él escribe, por ejemplo, que la libertad de conciencia puede ser limitada por el Estado, en la medida en que solo así pueden evitarse lesiones a la seguridad y al orden públicos, a través de las cuales estarían en peligro las libertades de todos; decisivo sería aquí el “interés del ciudadano igual representativo” (§ 34, 242; trad. 1979, 203). En el párrafo siguiente, Rawls muestra que la libertad de grupos intolerantes puede ser limitada “cuando el tolerante, sinceramente y con razón, cree que su propia seguridad y la de las instituciones de libertad están en peligro” (§ 35, 250; trad. 1979, 209). Poco después, dice que se puede conceder mayor peso político a los ciudadanos cultos, si de allí resulta una seguridad de las libertades fundamentales no políticas de los incultos que sea suficientemente mejor – “[a]dmitiendo estas consideraciones, el voto plural puede ser perfectamente justo” (§ 37, 264; trad. 1979, 220)–. En lugar de malgastar mis fuerzas en la discusión de numerosos ejemplos, quiero ocuparme aquí exhaustivamente solo de las observaciones de Rawls para la construcción de un sistema penal justo, un tema en el que se pueden evidenciar, de manera especialmente clara y dramática, las consecuencias de la primera norma de prioridad. Las paradojas que allí emergen pueden transferirse fácilmente a otros temas, aunque no lo puedo demostrar aquí por razones de espacio.

Rawls dice que un sistema penal trae consigo, por lo menos, dos desventajas: “una, los costos de mantenimiento del sistema coercitivo cubierto por la tributación; la otra es el peligro para la libertad del ciudadano representativo, medido por la posibilidad de que estas sanciones afecten injustamente su libertad. El establecimiento de un sistema coercitivo sólo es racional si estas desventajas son menores que la pérdida de libertad causada por la inestabilidad. Suponiendo que esto sea así, la mejor disposición es la que minimiza estos riesgos” (§ 38, 272; trad. 1979, 227). De acuerdo con la norma de prioridad, han de tenerse en cuenta solo los peligros para las libertades fundamentales y, en la medida en que para todos los ciudadanos es válido el mismo sistema penal, ha de valorarse el peligro total (la suma de los tres peligros mencionados por Rawls) que debe disminuirse para estas libertades, desde la perspectiva del ciudadano igual representativo.

¿Cómo es, en concreto, esa valoración? Rawls escribe:

Supongamos, por ejemplo, que a causa de agudos antagonismos religiosos, los miembros de sectas rivales estén reuniendo armas y formando bandas armadas para preparar una guerra civil. Enfrentado a esta situación, el gobierno promulgaría una ley prohibiendo la posesión de armas de fuego (suponiendo que su posesión no fuera ya un delito). Y la ley podrá sostener que es prueba suficiente de culpabilidad que se encuentren armas en la casa o en la propiedad del demandado, a menos que pueda demostrar que otro la puso allí. Excepto por esta cláusula, la falta de intención y el conocimiento de la posesión y la conformidad con las normas razonables de protección se consideran improcedentes. Se sostiene que estas defensas normales harían ineficaz la ley, y sería imposible su puesta en vigor.

Ahora bien, aunque esta ley infrinja el precepto según el cual deber implica poder, puede ser aceptada por el ciudadano representativo como una menor pérdida de libertad, al menos si las penas impuestas no son demasiado severas. (Aquí supongo que el encarcelamiento es una reducción drástica de la libertad, y, por tanto, la severidad del castigo debe tenerse en cuenta.) Observando la situación desde la etapa legislativa, podemos decir que la formación de grupos paramilitares, que la aprobación de una ley podría impedir, es un peligro mayor para la libertad del ciudadano medio, que el ser considerado estrictamente responsable por la posesión de armas. Los ciudadanos pueden considerar la ley como el menor de los males, resignándose al hecho de que, aunque puedan ser considerados culpables por cosas que no han hecho, los riesgos de su libertad con cualquier otra medida serían mayores (§ 38, 273; trad. 1979, 228).

Lo que está en juego aquí es el principio antiguo, e incorporado por Rawls en el sistema de las libertades fundamentales (§ 38, 267; trad. 1979, 224-225), de que la sanción solo es permitida tratándose de mentalidad culposa (*mens rea*). Esto no significa necesariamente que el acusado deba haber proyectado, o incluso solo previsto, los daños que provocó, o su alta probabilidad. Incluso el comportamiento negligente es normalmente considerado suficiente para satisfacer la condición de *mens rea*. En las leyes con responsabilidad estricta el problema reside, empero, en que, de acuerdo con ellas, pueden ser castigadas incluso personas que se han preocupado intensamente por la conformidad con la ley, esto es, que no han incurrido en la más mínima negligencia. Piénsese, por ejemplo, en una mujer que ha revisado su casa y su terreno dos veces al día en busca de armas y, aunque ella sabe que otro le debe haber introducido las armas, no lo puede demostrar. Incluso esta mujer, completamente inocente, habría incurrido en delito, de acuerdo con una ley de tal tipo.

Sin embargo, Rawls considera que tal ley es justa. Él justifica su juicio por la ponderación, desde la perspectiva del ciudadano representativo, de dos riesgos: si el gobierno puede adoptar tal ley, se corre el riesgo de ser castigado, incluso sin culpa, por posesión de armas. Si no puede, se corre el riesgo de sufrir los daños de una guerra civil que tal ley puede evitar. En consecuencia, concluye Rawls, deberían ser permitidas tales leyes para todas aquellas situaciones en las cuales el segundo riesgo pesa más que el primero. (Él pasa por alto aquí que en el primer caso se corre, además, el riesgo de una ponderación defectuosa de los mencionados riesgos por parte del gobierno.)

La teoría de Rawls permite entonces el castigo de inocentes, lo que es un hecho sumamente interesante, ya que Rawls frecuentemente es calificado como el héroe deontológico que se enfrenta audazmente al dragón utilitarista con la sublime divisa, acomodada por Rawls dos veces dentro del libro —y puesta en la tapa de la edición de bolsillo americana—:

Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad por algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros (§ 1, 19-20; trad. 1979, 17; véase también § 87, 636; trad. 1979, 528-529).

¿No se arruina esta hermosa ambición cuando, para disminuir el peligro de una guerra civil, aceptamos el castigo de inocentes?

Rawls puede refutar esto. Aquí parece estar justificada una gran pérdida de libertad para pocos (los inocentes castigados) a cambio de una pequeña ganancia de libertad para muchos. Ahora, Rawls lo ve de otra manera. Él dirá que, *contemplada ex ante*, la disminución del riesgo de guerra civil lograda a través de la ley era más valiosa para las libertades fundamentales de cada uno de los ciudadanos que evitar el riesgo de ser castigado siendo inocente. En consecuencia, ciertamente es anulada la integridad de algunos, mediante el castigo inmerecido autorizado por la ley, si bien solo cuando esa limitación de sus libertades fundamentales, contemplada *ex ante*, era en su conjunto ventajosa *para esos mismos ciudadanos*.

Rawls habla, en la introducción de su ejemplo, de “casos extremos” (§ 38, 273; trad. 1979, 228), y con ello sugiere que su teoría raramente permite tales leyes. Aun cuando, efectivamente, es raro un riesgo grave de guerra civil, esto me parece infundado. En los Estados Unidos, cada año decenas de miles son heridos o mueren por armas de fuego, y es fácilmente posible que exactamente la ley imaginada por Rawls signifique una ganancia para las libertades del ciudadano representativo. En general –como consecuencia de la ponderación de riesgos *ex ante* propuesta por Rawls–, las leyes con responsabilidad estricta serían procedentes allí donde un comportamiento dañoso *con mens rea* pueda ser reducido considerablemente, mediante la intimidación adicional que resulta del conocimiento de que no se puede conseguir la simulación de ideas no culposas. Hay muchos casos en los cuales tal simulación puede documentarse solo con dificultad: los conductores imprudentes afirman que el control automático de velocidad o velocímetro ha fallado. Los conductores ebrios sostienen que no habían notado que había –tanto–alcohol en el ponche. Los violadores aseguran que creían contar con el consentimiento de su víctima. Los traficantes de drogas declaran no tener idea de cómo las drogas llegaron a su maleta. Y los asesinos sostienen haberse sentido atacados o haber asesinado a su víctima por equivocación. En algunos de estos casos, no vale la pena tener que juzgar, muchas veces en aras de la disuasión, seres humanos que no tenían, de hecho, ninguna mentalidad culposa, y que no representan ningún peligro agravado para los demás. Pero, en muchos otros casos, *valdrá* la pena, es decir, las libertades del ciudadano representativo estarían menos amenazadas por un cierto riesgo a ser juzgado por un delito, también sin *mens rea*, que, por el riesgo, así evitable, de ser víctima de un delito de ese tipo.

3

Como se ha mostrado, las leyes con responsabilidad estricta no son las únicas limitaciones de las libertades fundamentales que permitiría la teoría de Rawls. El problema aparece muy generalmente en la parte de la “teoría no ideal”, que, al comparar órdenes básicos alternativos, debería también atender el hecho de la conformidad incompleta, es decir, en qué medida cada uno de esos órdenes motivaría efectivamente a los ciudadanos a un comportamiento conforme con las normas. Ya que en las sociedades humanas no es posible de ninguna forma contar con la completa conformidad con las normas, el interés de los futuros ciudadanos no puede limitarse al mero postulado de las libertades fundamentales en el código. Para ellos no son importantes los derechos formales, sino sus objetos, o sea, las libertades realmente disfrutadas por ellos. Los derechos formales son meramente un medio para ese fin; tal vez son un medio necesario hoy en día, aunque, con seguridad, no uno suficiente, como lo demuestran diferentes constituciones de vitrina. Esto está completamente claro también para Rawls: “Si un orden básico asegura igual libertad de conciencia o libertad de pensamiento, se mide por el contenido de los derechos y libertades definidos por sus instituciones, y por cómo estos son interpretados y aplicados efectivamente” (Rawls 1982, 163, mi traducción; véase § 10, 75; trad. 1979, 62). Si el primer principio de Rawls exige ciertas libertades fundamentales para todos los ciudadanos, entonces no se trata meramente de su fijación jurídica, sino también de hacer que estas libertades sean “seguras” (§ 37, 260; trad. 1979, 217), “efectivamente ejercibles” (§ 82, 587; trad. 1979, 489) o “practicables” (§ 38, 271; trad. 1979, 226). El interés de los futuros ciudadanos en este punto es, entonces, por así decirlo, bidimensional, ya que se refiere tanto al *alcance* como a la *seguridad* de las libertades fundamentales que tienen en un orden social.

Aquí se muestra, de pasada, un problema importante para la teoría de Rawls: no podemos, de forma realizable, aspirar a una sociedad humana en la que *todas* las libertades fundamentales *de todos* los ciudadanos estén *completamente* seguras. Sin embargo, de acuerdo con Rawls, debe ser posible, de forma realista, cumplir completamente el primer principio de justicia. Este principio debe, en consecuencia, ser entendido de manera que exija solamente la *suficiente* seguridad de las libertades fundamentales. Si el primer principio debe tener un significado claro como parte de su criterio de justicia, entonces Rawls debería especificar un límite de seguridad para cada una de las libertades fundamentales, de manera que pueda ser valorado si un ciudadano se encuentra o no en el disfrute suficientemente seguro de una libertad fundamental determinada. Debido a que Rawls ignora este tema, su teoría no puede responder importantes preguntas prácticas: ¿cómo debe

ser creada una sociedad para que asegure, por ejemplo, la integridad física de todos los ciudadanos? ¿Qué ocurre si manifestantes opuestos al gobierno son apaleados ocasionalmente?; ¿qué tan frecuentemente puede ocurrir algo así sin que se derribe la justicia de su orden básico? ¿Qué ocurre si determinados grupos de ciudadanos corren peligro de ser víctimas de un crimen violento?; ¿qué grados de peligro son compatibles con la justicia del orden básico? Sin tener respuestas para tales preguntas es ilusorio el consenso que el primer principio de Rawls ha encontrado en el espacio anglofono: no se sabe qué significaría aplicar o realizar este principio.

Rawls no puede sencillamente añadir los umbrales necesarios, porque con ello introduciría una discontinuidad altamente implausible en su teoría: la inseguridad de una libertad fundamental, más allá de los límites, sería una injusticia en relación con los bienes primarios, injusticia esta que necesariamente ha de reducirse a través de reformas institucionales, independientemente de los costos económicos. La inseguridad de una libertad fundamental, que no va más allá de los límites, sería insignificante moralmente y no necesitaría ser reducida, aun cuando sería posible a bajos costos. De cualquier forma, que se establezcan los inexistentes límites de la seguridad, sería manifiestamente absurdo darles una importancia tan enorme.

Volvamos al problema central. Si tanto el alcance como la seguridad de sus libertades fundamentales son importantes para los ciudadanos, entonces el alcance de las libertades de los ciudadanos puede ser limitado cuando mediante ello –visto *ex ante*– se mejora suficientemente la seguridad de las libertades del mismo ciudadano. Ahora, las libertades fundamentales pueden estar amenazadas tanto por excesos autorizados legalmente por parte del gobierno y sus funcionarios, como a través de actuaciones ilegales. Las personas son golpeadas por policías y por delincuentes; ultimadas por verdugos y por conductores ebrios; encerradas en prisiones y en sótanos; torturadas por servicios secretos y por escuadrones de la muerte. En la valoración comparativa de los órdenes básicos que pueden instalarse, es de tomarse en cuenta qué tan fuertemente amenazados estarían sus miembros por tales males. Allí han de verse las lesiones de los dos tipos como equivalentes, pues, al fin y al cabo, para los futuros ciudadanos racionales puede ser indiferente si determinado riesgo de sus libertades fundamentales se origina del lado estatal o del privado, de actuaciones oficiales o de delitos. Esta indiferencia es problemática, pues la teoría de Rawls permite instituciones sociales que autorizan u obligan a los funcionarios a lesionar las libertades fundamentales de los ciudadanos, cuando de esta manera (visto *ex ante*) las libertades fundamentales del mismo ciudadano son, en general, aseguradas de la mejor manera. Ya vimos esto en relación con la cuestión de si determinados delitos deben ser definidos

con responsabilidad estricta. Quiero ahora ilustrar mejor el mismo punto en otro ámbito, que es el campo del derecho penal.

Incluso en relación con la pregunta sobre cómo debe regularse la persecución y el enjuiciamiento de sospechosos, la ponderación de riesgos propuesta por Rawls desde la perspectiva del ciudadano futuro conduce a respuestas problemáticas. Una de nuestras convicciones morales fundamentales es que la absolución del inocente es mucho más importante que la condena del culpable. Aprobamos, de esta manera, que en el proceso penal la prueba de la culpa del acusado deba prevalecer sobre cualquier duda. Nos negamos categóricamente a establecer estándares de prueba más bajos que aumentarían mínimamente el número de condenas equivocadas y, en cambio, reducirían considerablemente el número de absoluciones equivocadas. En la medida en que observamos la cuestión desde la perspectiva del futuro ciudadano, esta negación categórica es justificable a duras penas: ella conduce a una sociedad en la que muchos delitos son cometidos por personas que fueron absueltas injustamente o asumen con buena razón que, aunque uno sea pillado, con un buen abogado se puede lograr la absolución. La partes de Rawls serían en este punto más flexibles que nosotros: un estándar de prueba ha de bajarse si los delitos adicionales producidos por el estándar más alto amenazan más seriamente las libertades fundamentales del ciudadano representativo que las condenas equivocadas adicionales producidas por el estándar más bajo.

Consideraciones parecidas son válidas para los trabajos de investigación de la policía. Seguramente el número de delitos graves aumentará si imponemos a los policías todo tipo de limitaciones, por ejemplo, en los registros o los interrogatorios. Por eso, también esta exigencia se presenta como problemática desde la perspectiva de los futuros ciudadanos. Es probable que, mediante el relajamiento de algunas de estas limitaciones, los riesgos para la libertad del ciudadano representativo puedan disminuir en general.

Discrepancias mucho más evidentes entre nuestras convicciones morales y la teoría de Rawls salen a la luz solo con la pregunta sobre cuáles penas han de ser establecidas para diferentes delitos. Nuestro derecho penal actual está, en general, atado a la idea de que la medida de la pena debe corresponder a la culpa del delincuente, atendiendo la culpa –dicho en términos generales– a dos factores: el daño que típicamente provocan los hechos delictivos del tipo relevante y la mentalidad del delincuente. En el tema de la medida de la pena, también las partes del contrato de Rawls se orientarían por el daño, especialmente si este consiste en un riesgo para las libertades fundamentales de los ciudadanos. Como segundo factor relevante no nombrarían, no obstante, la mentalidad (ser asesinado por otro, por

ejemplo, es siempre igualmente malo, de forma completamente independiente de la mentalidad del autor del delito), sino el efecto de la medida de la pena sobre la frecuencia del delito. Aceptar el riesgo más alto producido por una medida de la pena más fuerte es entonces, y solo entonces, racional cuando a través de ello se puede disminuir de forma aún más considerable el riesgo producido por delitos del tipo en cuestión. Dos tipos de delitos que, tomando en cuenta el pensamiento culposo, serían penados de manera similar pueden ser penados de manera completamente diferente, si la elasticidad de la cuota de delitos difiere en relación con la medida de la pena. Un delito cuya frecuencia disminuye rápidamente, mientras aumenta el endurecimiento de pena, habría de ser castigado más fuertemente que un delito del mismo tipo que, por el contrario, tiene una frecuencia que disminuye solo lentamente cuando aumenta el endurecimiento de la pena. La teoría de Rawls, pensada de manera consecuente, sugeriría, de esta manera, también reformas en la medida de la pena. Algunos delitos deberían ser penados más levemente, otros más duramente de lo que lo son actualmente. Me concentraré en los últimos, es decir, delitos con el pensamiento culposo moderado y amplia elasticidad. Son delitos en los cuales la cuota de reincidencia es especialmente alta o la disuasión a través de la amenaza de pena funciona especialmente bien.

Desde luego que Rawls puede contabilizar el endurecimiento de la pena (como el tiempo adicional que el delincuente juzgado pasa en la cárcel) como un riesgo elevado. Pero sobre eso hay que decir dos cosas. En primer lugar, con alta elasticidad no necesariamente ocurren tales costos. Si bien cada persona juzgada por un delito pasa más tiempo en la cárcel, con eso se disminuye el número de los que perpetran este delito y, de esta manera, presumiblemente también el número de personas castigadas por ese delito. Al fin y al cabo, no se necesita, entonces, que se eleve el riesgo de cárcel para el ciudadano representativo, pudiendo incluso disminuirse. Es más importante, en segundo lugar, que al ciudadano representativo le corresponda también una utilidad mediante la medida de una pena más alta: que la frecuencia del delito disminuya considerablemente.

Rawls no da ningún indicio sobre cómo han de compensarse los peligros de las diferentes libertades fundamentales unas frente a otras (por ejemplo, a través de penas de cárcel más largas o cuotas delictivas más altas). A pesar de esto, podemos tratar este problema a través de un ejemplo, en el cual interviene, en ambos lados, un riesgo cuantificable de la misma libertad fundamental. Se trata de la pena de muerte para conductores ebrios (un delito que provoca que en Alemania alrededor de 4.000 personas mueran anualmente [en los Estados Unidos alrededor de 17.000]). Se piensa en una ley, de acuerdo con la cual aquel que es pillado volviendo a conducir muy ebrio sea castigado con una determinada probabilidad

de ejecución. Los delinquentes que serán efectivamente ejecutados se determina al azar, siendo ajustado el porcentaje de los que han de ser ejecutados, de manera que el total de víctimas mortales —delinquentes ejecutados y personas asesinadas por conductores ebrios— se minimiza. (La idea de una lotería de ejecución proviene, por lo demás, de la Antigua Roma, donde la cobardía de las unidades militares estaba sujeta a una probabilidad de ejecución de diez por ciento. La palabra de los antiguos romanos [“diezmar”] todavía la tenemos, aunque su significado original ha sido olvidado.) Es claro que una lotería de ejecución tal tendría un considerable efecto disuasivo. Naturalmente, nadie sabe cuán grande exactamente sería este efecto. Sin embargo, se puede asumir que la “reforma” podría, en conjunto, salvar muchas vidas humanas. (Si en Alemania tuvieran lugar por año 80 ejecuciones de conductores ebrios, la frecuencia de delitos disminuiría seguramente en más de 2%. Mas es de tomar en cuenta que la “reforma” podría ampliar el número de policías muertos: quien es pillado conduciendo ebrio creería que no tiene nada más que perder.) Lo mismo aplicará en países en los cuales conductores ebrios ya son castigados de una forma más severa que entre nosotros.

¿Podemos aceptar la teoría de Rawls y, a pesar de esto, rechazar coherentemente la absurda reforma? Desde luego, siempre puede decirse que un riesgo de ejecución es mucho peor que un riesgo de muertes por accidentes de tránsito que sea igualmente alto. Pero, mejor contemplado, aplica lo contrario. Porque, primero, es posible protegerse bien frente a la pena de muerte, si, por ejemplo, cuando se va a una celebración se deja el auto en casa, mientras que es completamente imposible lograr el mismo grado de seguridad frente a la posibilidad de ser asesinado por un conductor ebrio, sin una enorme pérdida en calidad de vida. Segundo, un condenado a muerte puede, al contrario de una víctima de accidente, concluir su vida razonablemente: ordenar sus negocios, pensar en su testamento y despedirse de amigos y familiares. Y, porque casi todos los ejecutados han realizado una injusticia, la muerte posiblemente sería para ellos, tercero, una lesión menor a una libertad fundamental, en comparación con los inocentes asesinados por conductores ebrios. E incluso si, a pesar de estas consideraciones, un riesgo de ejecución es realmente peor que un riesgo *igualmente alto* de muerte por accidente de tránsito, subsiste el problema de que estos riesgos no resulten igual de altos. Si mediante 80 penas de muerte se pueden salvar de muerte accidental 400 seres humanos por año, entonces, para bloquear la introducción de la pena de muerte, se debería sostener que un riesgo de ejecución es tan malo como un riesgo de muerte por accidente de tránsito *cinco veces más alto*. ¿Cómo pueden convencerse de eso las partes racionales?

4

Hemos tratado diferentes ámbitos temáticos en el campo del derecho penal, en los cuales las reformas institucionales propuestas por la primera norma de prioridad de Rawls –y su punto de vista de los futuros ciudadanos– colisionan de forma completamente evidente con nuestros sentimientos y convicciones morales. Para andar completamente seguros, quisiéramos presentar una vez más la combinación de las diferentes “reformas”: la pena de muerte combina con bajos estándares de prueba –o delitos con responsabilidad estricta para los que existe pena de muerte–. Un sistema penal tal tendría, obviamente, la ejecución de inocentes como consecuencia. No obstante, las partes lo preferirían al tradicional, porque para los ciudadanos futuros un riesgo pequeño de ser castigado, tal vez incluso siendo inocente, es mejor a un riesgo grande de padecer, como inocente, de otra manera un daño equivalente. En interés de tales ciudadanos, asumen un pequeño riesgo de ejecución, si, a través de ello, su riesgo de muerte temprana disminuye claramente.

Se podría objetar que todas las reformas bosquejadas tienen considerables riesgos secundarios fuera del sistema penal y, por ello, perderían su plausibilidad tan pronto como se comparen los órdenes básicos en tanto un todo, y no únicamente fragmentos particulares. Dudo mucho de que esta objeción realmente sea cierta, de forma empírica, en todos los casos. E incluso cuando tales situaciones empíricas altamente complejas de nuestro actual sistema penal pudieran reconciliarse con la perspectiva del ciudadano futuro, no se explicaría de ninguna manera nuestro rechazo inmediato e intransigente a las reformas discutidas aquí. Rawls y la mayoría de sus lectores consideran absurdo castigar a los conductores ebrios con la pena de muerte, sin que hayamos estudiado las estadísticas relevantes, las elasticidades, los efectos disuasorios y otros efectos secundarios, ni hayamos calculado, analizado e integrado en un juicio general los efectos empíricos relevantes. Los juicios de prudencia desde la perspectiva de los ciudadanos futuros coinciden, así, con nuestros juicios de justicia más profundos, en el mejor de los casos, solo casualmente y de forma parcial y no pueden, a la postre, ser reconstruidos de forma sistemática.

¿Se podría modificar la teoría de Rawls, de manera que los efectos de las instituciones sociales en la calidad de vida de los ciudadanos puedan valorarse no *ex ante*, sino *ex post*? Al contrario de Rawls, se compararían entre sí no dos *amenazas* para las libertades fundamentales del ciudadano representativo, sino *lesiones* a la libertad fundamental ocurridas a diferentes grupos de ciudadanos. Debido a la regla maximin válida en la posición original, se dejaría de lado, en gran parte, el número de ciudadanos afectados en cada caso, es decir, se preguntaría únicamente

te qué grupo padece la lesión grave a la libertad: ¿aquel que, de manera evitable, es asesinado por conductores ebrios, o aquel que es ejecutado a causa de conducir ebrio? Ahora bien, esta modificación tiene consecuencias absurdas. Si las partes se identificaran con los peor ubicados *ex post*, presumiblemente excluirían por completo tecnologías como el auto. Porque con tales tecnologías a los peor ubicados *ex post* (niños asesinados en accidentes de auto) les toca esencialmente peor que a cualquier grupo de ciudadanos en una sociedad sin autos. Pero si las partes permitieran tales tecnologías, entonces deben valorar *ex ante*, como en la teoría de Rawls, es decir, afirmar, por ejemplo, que sus prioridades para el ciudadano representativo (alta probabilidad de una mayor libertad de movimiento) prevalecen sobre sus desventajas (baja probabilidad de un accidente).

Otra estrategia para eliminar las consecuencias absurdas consistiría en incorporar a la ficción del contrato social que los ciudadanos futuros tienen un fuerte interés en no vivir en una sociedad con pena de muerte —o con estándares bajos de prueba en algunos procesos penales, etc.—. Mas lo arbitrario de esta incorporación trivializa y socava el experimento mental de Rawls: con tales incorporaciones se puede, al fin y al cabo, desplazar todo desde la teoría contractual, sencillamente atribuyendo al futuro ciudadano imaginado un interés exactamente en las regulaciones sociales que, a la postre, se desea tener confirmadas. Lo que hace interesante la teoría de Rawls es, al contrario, la idea de someter nuestros juicios morales a un examen *independiente*, mediante un juicio de *prudencia* realizado en una situación inicial justa e imparcial. (¿Y por qué sería prudente preferir un mayor peligro de muerte provocada por conductores ebrios que uno menor por pena de muerte?) Los ciudadanos futuros son, consiguientemente, dotados con intereses egocéntricos plausibles que se refieren a una vida buena (§ 25, 171-173; trad. 1979, 144-146), no ya con interés en determinadas regulaciones sociales, a través de las cuales el autor sencillamente pone el resultado que desea en boca de las hipotéticas partes de su experimento mental.

5

Retengamos dos resultados: en un sentido profundo, y hasta ahora no comprendido completamente, la teoría contractual de Rawls está estrechamente emparentada con la conocida variante del utilitarismo; ambas recomiendan “reformas” parecidas de nuestras instituciones sociales —occidentales—. Y estas reformas son —incluso para el propio Rawls— moralmente inaceptables. En esta medida, su teoría no es “una concepción moral practicable y sistemática [opuesta]” al utilitarismo

(*Preámbulo*, 11-10; trad. 1979, 9) y tampoco puede reconstruir uniformemente su propio premeditado juicio de justicia (§ 9, 70; trad. 1979, 60).

No se trata meramente de problemas especiales en el área de la práctica penal, y ni siquiera solo de que la primera norma de prioridad de Rawls no es suficientemente restrictiva. Ya su idea central nos despierta dudas: que las cuestiones de justicia han de ser respondidas desde la hipotética perspectiva del futuro ciudadano, que la instalación y reforma de las instituciones sociales, así como la adaptación a las condiciones modificadas, han de efectuarse de acuerdo con aquellos principios en relación con los cuales los ciudadanos inteligentes, detrás de un velo de ignorancia, se pondrían de acuerdo de antemano. Que la primera norma de prioridad no es suficientemente restrictiva y conduce a problemas, por ejemplo, en cuestiones de la práctica penal, radica en su desviación, orientada hacia el destinatario, de la posición original. El problema es, entonces, absolutamente fundamental, y concierne a cada teoría de la justicia orientada hacia el destinatario.

Teorías de este tipo pueden llevarse a la fórmula general $J = f(Ci)$: la justicia de las instituciones sociales es una función de la calidad de vida de los seres humanos a los que se refiere. El utilitarismo emplea para Ci felicidad o satisfacción del deseo y para f la suma o el promedio. Rawls, al contrario, propone para Ci determinadas libertades fundamentales (y otros determinados bienes básicos sociales de menor importancia, § 15) y para f el maximin. Muchas otras sustituciones han sido propuestas en la literatura reciente (por ejemplo, Sen 1982 y Arneson 1991, véase también el principio U de Habermas 1983). Todas estas teorías de la justicia atienden solamente a cómo les va a los seres humanos bajo determinadas instituciones sociales, y no a *la manera* como las instituciones repercuten en la calidad de vida de los seres humanos. Nosotros sostenemos, por el contrario, que es sumamente significativo moralmente si un déficit en la calidad de vida —que es institucionalmente evitable—, por ejemplo, (a) es decretado oficialmente, digamos por ley (trabajo forzado); (b) se realiza mediante acciones autorizadas legalmente (esclavitud); (c) surge mediante acciones de muchos, conducidas regularmente, bien que sin intención (desempleo, pobreza); (d) tiene lugar por acciones prohibidas, aunque no impedidas suficientemente (violencia doméstica); (e) se debe a factores naturales (deficiencias genéticas no compensadas) o (f) se origina por factores causados por la propia persona (enfermedades de fumadores no compensadas). En muchos casos, también consideramos moralmente relevante si tales déficits se encuentran distribuidos de manera más o menos uniforme entre todos los grupos de la población, por ejemplo, en correlación con género, color de piel, religión o estatus de los padres (véase Pogge 1994, 99-106).

Las teorías de la justicia orientadas hacia el destinatario ven el fin de las instituciones sociales únicamente en posibilitar la mejor vida posible para aquellos a quienes ellas se refieren. Esta idea se expresa claramente en la imagen de un hipotético contrato social, adoptado en interés de los futuros ciudadanos. Para este interés es relevante la cantidad, la calidad y la distribución de los bienes y cargas que pueden esperar bajo diferentes órdenes básicos. Para este interés es irrelevante *cómo* estos bienes y cargas corresponden a cada ser humano individualmente en diferentes órdenes básicos. Y precisamente por eso —porque ignoran el tipo de efecto causal de las instituciones sociales en la calidad de vida de los seres humanos a los que se refieren— las teorías de la justicia orientadas hacia el destinatario entran en conflicto con nuestros juicios de justicia intuitivos.

Este conflicto podría ser explicado de la siguiente manera. Nuestro pensar moral se desarrolla ante todo en el ámbito interpersonal, donde tiene prioridad la valoración moral de acciones y agentes (carácter). Aquí no atendemos, de ninguna manera, solo a los intereses de los afectados por una acción, sino también a la persona misma que realiza la acción. Consideramos moralmente significativo si esa persona quería un determinado daño, si lo previó (con una probabilidad determinada) o si no pensó en ello de ninguna manera, y también si lo provocó o meramente lo dejó ocurrir. No consideramos que el interés de los “destinatarios” de las acciones sea decisivo, ni creemos que la acción pueda dirigirse siempre al logro del mejor resultado (por ejemplo, permitir asesinar a inocentes, si mediante ello se protegen de la muerte a más inocentes). Resulta obvio ahora ver el orden básico de nuestra sociedad como un sistema de prácticas y reglas, mediante las cuales los regidores, a la postre todos nosotros, tratan de una u otra manera a cada ciudadano. En la medida en que las observamos de esta manera, esas diferenciaciones éticas influyen en nuestros juicios morales intuitivos sobre las instituciones sociales. Estaremos, entonces, dispuestos a rechazar una valoración de las instituciones sociales puramente orientadas hacia el destinatario, y quizás a atribuirnos una mayor responsabilidad moral por muertes que causamos conjuntamente mediante ley (“en nombre del pueblo”), así como por muertes que dejamos que ocurran por no dictar ciertas leyes.

Las instituciones sociales pueden ser vistas, entonces, de dos maneras: por un lado, como determinantes importantes de la calidad de vida humana —como el clima— y, por otro lado, como instrumento a través del cual actúa el ser humano. El primer punto de vista sugiere valorar las instituciones sociales en razón de su efecto sobre los seres humanos, y también, en la medida de lo posible, hacerlas más propicias para los seres humanos a los que se refieren. El segundo punto de vista recomienda valorar las instituciones sociales de acuerdo a cómo tratan a los seres humanos o, más exactamente, cómo se tratan los seres humanos unos a

otros a través de ellas. Allí, los efectos de las instituciones han de ponderarse de forma diferenciada, dependiendo de cada efecto causal sobre la calidad de vida del “receptor”. Así como se dice que un ser humano trata peor a otro si lo mata que cuando solo lo deja morir (el efecto de su acción es el mismo en ambos casos: el otro muere), se dice también, en el marco del segundo punto de vista, que un orden social trata peor a los seres humanos cuya ejecución prescribe, que a otros, cuya muerte prematura era evitable por medio de una modificación institucional. Las teorías de la justicia orientadas hacia el destinatario proceden del primer punto de vista. No atienden al tipo de efecto causal y reducen, así, la pregunta sobre cómo las instituciones sociales tratan a los seres humanos a la pregunta sobre cómo ellas repercuten en los seres humanos. Precisamente por eso, todas estas teorías están expuestas a las dificultades que aquí han sido ilustradas.

Si este diagnóstico es cierto, entonces la filosofía política anglófona se encuentra en crisis: nos hemos apartado, según Rawls, del utilitarismo, porque frecuentemente exige que los intereses esenciales de uno se sacrifiquen por el bien general. Y ahora encontramos que las teorías alternativas propuestas por Rawls y sus seguidores tienen exactamente el mismo defecto, porque han tomado del utilitarismo el enfoque en el destinatario. Todavía no tenemos, entonces, ninguna alternativa al utilitarismo que pueda evitar, desde el principio, las implicaciones institucionales paradójicas criticadas por Rawls. Con ello, estamos frente al siguiente tetralema:

(1) Podemos, a pesar de todas las dificultades, insistir en el planteamiento orientado hacia el destinatario, con la esperanza de una conformación del mismo, que –también sin manipulación trivializante de la perspectiva del destinatario– reduciría sus implicaciones institucionales paradójicas a una medida moralmente aceptable. La pregunta aquí es si, luego de reflexiones más detenidas, podemos tal vez acostumbrarnos a instituciones sociales bajo las cuales, conscientemente y a veces sin intención, se sacrifique la integridad de ciudadanos individuales, por el bien del ciudadano representativo.

(2) La estrategia extrema contraria integraría completamente la teoría de la justicia, como “macroética”, en la moral interpersonal, con el propósito de conseguir una valoración más bien deontológica de las instituciones sociales no lograda en Rawls. Decimos, entonces, por ejemplo, que no podemos en ningún caso ejecutar al conductor ebrio porque no se merece la pena de muerte, aunque, de esa manera, el total de muertes prematuras disminuiría. Aceptamos sin dudas que también aquellos que mueren en nuestras calles, porque *no* imponemos la pena de muerte, no merecen morir. Pero no nos sentimos tan cercanamente responsables

por esas muertes en accidentes de tránsito adicionales que sencillamente dejamos que ocurran, como por eventuales ejecuciones estatales para conductores ebrios.

(3) Podemos dividir la valoración de las instituciones sociales entre ambos puntos de vista. Con esta propuesta reaccionó Tom Nagel a mis argumentos: para la valoración de orden económico es apropiado el primer punto de vista, porque allí los resultados individuales –que este es pobre o el otro está desempleado, por ejemplo– no serían previstos o provocados por nadie. En el sistema penal hay, por el contrario, personas, como jueces y verdugos, que utilizan y aplican las leyes penales óptimas en los casos particulares, de manera que deben provocar deliberadamente, por ejemplo, una determinada ejecución de la pena. Por eso sería apropiado el segundo punto de vista. En cualquier caso, es dudoso si una delimitación de ese tipo puede ser exactamente demarcada y generalmente fundamentada, y también si existen partes de los órdenes básicos funcionalmente definibles, en relación con los cuales la pregunta sobre la *manera* como inciden en la calidad de vida de los ciudadanos es, de forma general, moralmente insignificante (¿se ajusta el primer punto de vista también a la valoración de órdenes económicos con derechos feudales o esclavitud?). Además, según tal delimitación de los ámbitos de aplicación, no sería ya posible una valoración holística de sistemas de instituciones completos (por ejemplo, sistemas sociales).

(4) Finalmente, podemos intentar desarrollar, dentro del primer punto de vista, una teoría completamente diferente, que aborde también diferencias en el efecto causal –de las instituciones sobre la calidad de vida– y, en el sentido que expongo, no estaría, por lo tanto, orientada hacia el destinatario. Tal vez Scanlon (1982) desarrolla una solución de ese tipo, a partir de la idea de que las instituciones sociales han de ser configuradas de manera que “ninguno de los afectados por ellas pueda rechazarlas razonablemente”. Si no se infiere de esta formulación una teoría de la justicia enfocada en el receptor, entonces la pregunta sobre cuáles órdenes básicos pueden ser rechazados razonablemente, puede depender no solo de la cantidad, calidad y distribución de los correspondientes bienes y cargas entre los seres humanos respectivamente.

Si, finalmente, no puede enderezarse a una concepción de justicia moralmente aceptable, en el sentido de (1), la teoría de Rawls sería un *grandioso* fracaso. Fracasos tales han sacado frecuentemente adelante a la filosofía. Rawls nos ha conducido, por lo menos, al mencionado tetralema y, de esta manera, tal vez ha hecho posible un gran avance: ahora una gran tarea es tratar de confirmar como transitable el –más atractivo en abstracto– cuarto camino. Mientras esto no ocurra, también una mayor exploración de los tres caminos restantes es, sin duda, oportuna.

Referencias

- Arneson, R. (1991). A Defense of Equal Opportunity for Welfare. *Philosophical Studies* (62), 187-195.
- Habermas, J. (1983). *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Pogge, Th. (1989). *Realizing Rawls*. Ithaca: Cornell University Press.
- Pogge, Th. (1994). *Joh Rawls*. München: C.H.Beck.
- Pogges, Th. (1995). Three Problems with Contractarian-Consequentialist Ways of Assessing Social Institutions. *Social Philosophy and Policy* (12), 241-266.
- Pogge, Th. (1997). Lebensstandards mi Kontext der Gerechtigkeitslehre. *Zeitschrift für Philosophische Forschung* (51), 1-24.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press (edición en castellano: *Teoría de la justicia*, trad. González, María Dolores, FCE, México D.F., 1979).
- Scanlon, Th. M. (1982). Contractualism and Utilitarianism. A. K. Sen/B. Williams (Ed.). *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge, 103-128.
- Sen, A. K. (1982) Equality of What? A. K. Sen (Ed.). *Choice, Welfare and Measurement*, Cambridge: Harvard University Press, 353-369.
- Sen, A. K. (1992). *Inequality Reexamined*. Cambridge, MA: Harvard University Press.