

LIBERTAD Y VIRTUD EN EL ESTADO LIBERAL. ANÁLISIS DEL MATRIMONIO  
ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO DESDE LA FILOSOFÍA POLÍTICA

Julián Daniel González Escallón

Universidad del Rosario  
Facultad de Jurisprudencia  
Bogotá, D.C.

2019

LIBERTAD Y VIRTUD EN EL ESTADO LIBERAL. ANÁLISIS DEL MATRIMONIO  
ENTRE PAREJAS DEL MISMO SEXO DESDE LA FILOSOFÍA POLÍTICA

Por:

Julián Daniel González Escallón

Tesis presentada para optar por el título de doctor en Derecho

Director

Wilson R. Herrera Romero

Profesor de carrera académica- Facultad de Ciencias Humanas- Carrera de Filosofía

Universidad del Rosario

## AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer antes que a nadie a mi familia: a María Eugenia, Pablo y Juan Pablo, cuyo apoyo en cada decisión ha sido determinante para poder culminar este escrito. Quisiera también agradecer a Wilson Herrera, que se animó a guiarme en este camino y a quien debo inmensas lecciones. También a Manuel Restrepo y Julio Gaitán, quienes desde la dirección del doctorado en derecho de la Universidad del Rosario me dieron la oportunidad de concretar este sueño que llevo a término con esta tesis. Así mismo quiero dar las gracias a los profesores y personal administrativo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, a mis compañeros estudiantes del doctorado en derecho, que me dieron todo el soporte y la compañía desde el primer momento.

También agradezco a Liliana Sánchez, Marco Velásquez, Víctor Rincón, Carlos Andrés Uribe, Juan Felipe García, Juan Camilo Contreras, Carolina Olarte, Gustavo Cote y tantos otros profesores y profesoras en la Universidad Javeriana, quienes leyeron versiones de este texto y cuyos comentarios me hicieron ver falencias e incongruencias que espero haber subsanado para hacer honor a su esfuerzo. Agradezco a mi gran amigo, Vicente F. Benítez, profesor de la Universidad de la Sabana, quien desde el pregrado me lee con paciencia y siempre me presta su lucidez. Debo hacer especial mención a Gustavo Gallón Giraldo, director de la Comisión Colombiana de Juristas, y a todo su equipo, quienes me apoyaron también dándome la oportunidad de trabajar en su organización y el tiempo para poder estudiar y escribir.

Parte muy importante de este texto se escribió en mi estancia doctoral, por lo que debo agradecer inmensamente a la profesora Patricia Mindus en el departamento de filosofía en la Universidad de Uppsala, que me abrió las puertas de su grupo de investigación en filosofía del derecho y la oportunidad de intercambiar ideas con ella. Así mismo a Sebastián Reyes, Elena Prats, Tommaso Braidà, Guilherme Marques Pedro, Julieta Rábanos y José Jaime Baena, quienes hicieron de mi paso por Uppsala un tiempo de mucha actividad intelectual pero también de mucha alegría.

A mis amigos y amigas, a mis colegas, a todos los que han hecho parte de este proceso y a quienes estaré eternamente en su deuda.

*«Das höchste wäre zu begreifen, daß alles Faktische schon Theorie ist»*

*«Lo más importante sería, entender que lo factual ya es teoría»*

*Johann Wolfgang von Goethe*

# Contenido

AGRADECIMIENTOS .....	iii
INTRODUCCIÓN .....	1
<i>Mapa analítico del texto</i> .....	13
1. LA LIBERTAD COMO DIÁLOGO: RECONOCIMIENTO, IDENTIDAD Y COMUNIDAD	14
1.1 <i>Introducción</i> .....	14
1.2 <i>La libertad como valor político, el pacto civil y la idea de lo público</i> .....	17
1.3 <i>Identidad y reconocimiento: una forma de entender la dualidad entre lo público y lo privado</i>	31
1.4 <i>La autodeterminación y sus límites</i> .....	40
1.5 <i>La ley y la libertad</i> .....	49
1.6 <i>Conclusiones</i> .....	55
2. LA NEUTRALIDAD COMO PRINCIPIO Y EL PERFECCIONISMO COMO	
CONSECUENCIA .....	58
2.1 <i>Introducción</i> .....	58
2.2 <i>El guardián de la neutralidad en el Estado liberal</i> .....	61
2.3 <i>Lo bueno y lo justo. El liberalismo como cláusula conversacional</i> .....	72
2.4 <i>La libertad como reconocimiento y la dicotomía perfeccionismo/anti-perfeccionismo</i> .....	86
2.5 <i>Conclusiones</i> .....	99
3. LA DECISIÓN SOBRE LOS VALORES DE LA BUENA VIDA: EL INDIVIDUO O LA	
COMUNIDAD .....	102
3.1 <i>Introducción</i> .....	102
3.2 <i>Liberalismo, positivismo jurídico y modernidad</i> .....	104
3.2 <i>La crítica al pensamiento moral moderno</i> .....	112
3.3 <i>La tesis de la separación, el positivismo jurídico normativo y construccionismo moral</i> .....	119
3.4 <i>¿Es posible una lectura del bien y la virtud en el liberalismo?</i> .....	128
3.5 <i>Conclusiones</i> .....	135
4. RECONOCIMIENTO LGTBI EN EL ESTADO LIBERAL: EL DISCURSO SOBRE EL	
DERECHO AL MATRIMONIO DE PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL ANÁLISIS	
CONSTITUCIONAL .....	139
4.1 <i>Introducción</i> .....	139
4.2 <i>El discurso de los derechos humanos y los derechos LGTBI</i> .....	141
4.3 <i>Los jueces constitucionales en acción: adjudicación en derechos LGTBI</i> .....	153
4.3.1 <i>Colombia</i> .....	155

4.3.2 México .....	160
4.3.3 Estados Unidos de Norteamérica.....	164
4.3.4 Argentina.....	169
4.5 Conclusiones .....	174
5. CONCLUSIONES GENERALES .....	178
5.1 Soberanía y libertad.....	179
5.2 Jueces y Democracia.....	181
5.3 Virtud y Sociedad .....	184
BIBLIOGRAFÍA.....	186
Libros .....	186
Artículos.....	189
Colaboraciones en obras colectivas .....	192
Ponencias .....	193
Sentencias y pronunciamientos judiciales.....	193
Recursos electrónicos.....	194

## INTRODUCCIÓN

En este texto quiero presentar un marco general en el que se puedan encuadrar los grandes debates filosófico-jurídicos del derecho constitucional colombiano en lo relativo al entendimiento del derecho a la autodeterminación individual. Esta tensión está presente en muchas democracias liberales actuales<sup>1</sup>; cuestiones similares se detectan en distintos sistemas jurídicos, que han dado con soluciones que transitan senderos similares. Para llevar a cabo esta tarea, quiero presentar los supuestos bajo los que estoy trabajando: el problema de investigación y mi hipótesis sobre la misma, incluiré los objetivos que quiero cumplir con este estudio y por último presentaré la estructura general del texto.

El problema general del que se ocupa esta tesis es el desacuerdo en las sociedades contemporáneas que adoptan la democracia liberal<sup>2</sup> en la forma en la que los derechos individuales se han interpretado por parte de los jueces constitucionales<sup>3</sup>. En Colombia, la Corte Constitucional en muchos de sus fallos ha ampliado el llamado derecho al libre desarrollo de la personalidad más allá de lo que un amplio sector de la sociedad considera apropiado. Materias como el aborto, el matrimonio de parejas del mismo sexo, la eutanasia, la dosis personal de drogas, entre otros, han sido motivo de crítica desde la opinión pública. Esta misma situación parece replicarse en las democracias liberales de las américas, donde los jueces, al aplicar las garantías individuales constitucionales, se ven en algunas ocasiones en las antípodas de la posición mayoritaria de su comunidad. Esta tesis se concentrará en particular en uno de estos casos para examinar el razonamiento judicial-constitucional que

---

<sup>1</sup> Al respecto, ver: Hampton, Jean, *Political Philosophy* (Westview press, Westview Colorado, 1997) Pags.169-216 y Moore, Margaret, Liberalism, Communitarianism, and the Politics of Identity, en “Contemporary Debates in Political Philosophy”, 322-342 (Thomas Christiano & John Christman, eds., Blackwell Publishing, Hoboken, New Jersey, 2009)

<sup>2</sup> Entiendo como democracia liberal un sistema de gobierno basado en la elección popular de representantes y división de poderes públicos, que incorpora principios políticos liberales que se materializan en la consagración de derechos fundamentales a los que, en principio al menos, debe acceder toda la población. No se trata de una estructura completa sino de la unión de una forma de gobierno con una teoría política. Esta unión, aunque provechosa, también es causa de sus principales tensiones. Al respecto, ver: Bobbio, Norberto, *Democracia y Liberalismo* (Editorial Fondo de Cultura Económica, México DF, 2012) Pags. 45 a 48.

<sup>3</sup> Como ejemplos de esta tendencia: Has the Supreme Court Gone Too Far? (Disponible en: [http://content.csbs.utah.edu/~dlevin/jud\\_pro/class-readings/Has\\_the\\_Supreme\\_Court\\_Gone\\_Too\\_Far.pdf](http://content.csbs.utah.edu/~dlevin/jud_pro/class-readings/Has_the_Supreme_Court_Gone_Too_Far.pdf) recuperado el: 22/10/2018) y Judicial review cases undermining parliament, says justice secretary (Disponible en: <https://www.theguardian.com/law/2014/mar/26/judicial-review-cases-undermine-parliament-chris-grayling> recuperado el: 22/10/2018).

exhiben los jueces en cuanto al matrimonio de parejas del mismo sexo. Más allá de buscar coincidencias en la configuración judicial del matrimonio entre parejas del mismo sexo, la idea que persigue el trabajo es evidenciar como en el caso propuesto, los jueces constitucionales se apoyaron en el derecho individual a la autodeterminación y el papel que este derecho juega en el razonamiento político-jurídico de los casos estudiados. Este derecho de la autodeterminación individual a grandes rasgos protege la capacidad individual de tomar decisiones para perseguir fines fijados por el individuo. La autodeterminación implica que es el individuo quien debe ser el artífice de su propio destino y debe elegir que significa “vivir bien” para sí mismo.

Sin embargo, en comunidades políticas como las que se estudiarán, existe una tensión entre lo que la comunidad considera que es “vivir bien” y la forma de vida que individuos dentro de la misma eligen seguir. En una comunidad decididamente liberal dicha tensión no debería existir, debido a que dentro de esta forma de pensamiento las formas sustantivas de la buena vida pueden ser opuestas, pero esto no implica que haya una correcta y otra llamada a desaparecer. En teoría, el proceso en virtud del cual la autodeterminación forma la identidad en un contexto de valores políticos liberales no hace distinción entre lo que pudiera ser en principio, una “buena vida” o una “mala vida”. Esta elección está en manos del individuo, según los principios liberales de neutralidad legal y no-intervención. De acuerdo con lo anterior, en los sistemas legales liberales modernos el derecho a elegir entre distintas concepciones de bien y mal está consagrado de una manera o de otra. Aún si la autodeterminación es llamada libertad individual, libre desarrollo de la personalidad, o cualquier otro nombre, existe un derecho que promueve y asegura la prerrogativa de elección sobre lo que significa el bien o el mal respecto de lo que cada individuo cree positivo o negativo para su existencia<sup>4</sup>. Este derecho tiene el potencial de ser el umbral de emancipación de muchas maneras de entender la individualidad, y para algunos miembros de las comunidades liberales este derecho está garantizado. Pero para algunos otros, el derecho a la

---

<sup>4</sup> Lo que cada individuo cree sobre que valores vale la pena defender y cuales conductas o ideas rechazar impacta así mismo la discusión pública sobre lo que las mayorías creen positivo o negativo. De cualquier forma, y en principio al menos, las reglas que guían la forma en la que los individuos crean su propia idea de la buena vida no son las mismas que guían los límites que los individuos ponen unos a otros para la convivencia pacífica de la sociedad.

autodeterminación se encuentra bloqueado por ideas opuestas sobre principios morales. Principios morales que son compartidos por la mayoría de la comunidad por un sector mayoritario de la comunidad. En este escenario, la tensión entre individualismo y comunitarismo es parte del conflicto. El punto de esta investigación es encontrar si el derecho de autodeterminación puede generar o no el espacio de emancipación individual para aquellos que no comparten la forma tradicional y mayoritaria de entender lo que una “buena vida” significa.

Debido a que se trata de principios sobre los cuales las mayorías tienen posiciones difícilmente negociables, la representación política que la democracia implica provoca que la visión de la buena vida de las mayorías se imponga como la predilecta, ocasionando que en algunos casos la forma de ver la buena vida de los individuos con ideas minoritarias de buena vida se vea deteriorada sin importar su derecho a autodeterminarse. En este escenario, las mayorías buscan que el derecho plasme su entendimiento de una vida valiosa y condene las que encuentran negativas apoyándose en el principio mayoritario de la democracia<sup>5</sup>. El liberalismo, por otro lado, busca proteger de la intervención de las mayorías a los individuos cuando de preservar su derecho a elegir la forma de vivir su vida se trata<sup>6</sup>. En esta tensión

---

<sup>5</sup> Cabe la posibilidad de que las mayorías sean políticamente liberales y la tensión entre la sociedad y los individuos respecto de formas de vida valiosas y negativas esté resuelta a favor del individuo. Es decir, puede que las mayorías encuentren que debe ser el sujeto quien decida que es negativo o positivo para su vida (dentro de los límites de la legalidad). El supuesto de este trabajo no es que no existan dichas comunidades políticas, sino como entender los debates teóricos en comunidades en las que las mayorías no son liberales.

<sup>6</sup> El liberalismo es una teoría política con numerosas vertientes, entendimientos y debates que se tienden por al menos dos siglos de pensadores que en general, tratan algunos asuntos coincidentes, como David Weinstein señala: “algunos liberales analíticos debaten sobre si lo bueno debe prevalecer sobre lo justo o viceversa, mientras otros se ocupan de si el liberalismo es compatible con el pluralismo y el multiculturalismo. Algunos se preguntan por la compatibilidad del liberalismo frente a la justicia distributiva local y global. Otros se concentran en el estatus ontológico que el liberalismo supone y si esto ocasiona una devaluación del rol de la comunidad y aniquila la identidad (...) cualesquiera sean sus ansiedades conceptuales, los liberales analíticos filtran la tradición a través de estas preocupaciones, ya sea explícita o implícitamente”. (traducción propia). Weinstein, David, *Nineteenth- and Twentieth-Century Liberalism en: The Oxford Handbook of the History of Political Philosophy*, 414-435 (George Klosko, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2011) Pags 414-415. En particular, Weinstein distingue entre el liberalismo centrado en valores (que a su vez se divide en deontológico y consecuencialista) y el liberalismo contractualista -estas dos distinciones originales de Philip Pettit- (pág. 417). En general, las distinciones se refieren a actitudes sobre los principios liberales; o bien los derechos liberales son parte innata de la dignidad humana (liberalismo deontológico) o estos son producto de una organización eficiente para que los miembros de una comunidad alcancen su potencial (liberalismo consecuencialista). El liberalismo contractualista sostiene que no hay valores establecidos de antemano, sino que estos se acuerdan de tal forma que sean aceptables para todos.

constante muchas formas de identidad tienen que hacer permanentemente pedidos al ordenamiento jurídico con el fin de proteger su forma de existir. Un ejemplo puntual de lo anterior es la forma como se han desenvuelto los derechos LGBTI en la última década. En este caso se puede ver cómo la oposición a que las parejas homosexuales accedan al matrimonio, en igualdad con parejas heterosexuales, representa una posición que en sus argumentos rescata la soberanía del legislador y el derecho que le asiste a las mayorías para tomar decisiones sobre la forma en la que creen adecuado vivir. Por otro lado, los jueces han acudido a la supremacía de la Constitución sobre otras fuentes del derecho y a la protección de los derechos individuales como tarea de las Cortes para mantener su posición.

Leeré el conflicto a la luz del debate entre comunitarismo y liberalismo, en virtud de que los argumentos que esbozan los que están a favor o en contra siempre refieren a principios liberales o bien para justificar sus posturas, o como a principios a criticar, por no tener en cuenta las concepciones compartidas de una comunidad. Este debate tiene relación con las interpretaciones en el sistema jurídico, en particular, cuando de ponderar sobre principios y derechos legales se trata. Jueces afines a la idea de acuerdo con la cual es la comunidad quien debe definir que es la buena vida pueden tender a dar prevalencia a la labor legislativa para que desarrolle ese contenido; mientras que, jueces que estimen más relevante salvaguardar la autonomía individual tienden a anteponer este derecho individual sobre el parecer mayoritario, como se verá en el cuerpo del trabajo.

Entenderé entonces la idea buena vida como la construcción individual o colectiva de valores que se rigen por una idea de virtud<sup>7</sup>. La conexión entre las múltiples maneras individuales de entender el bien y el mal, lo correcto o lo incorrecto, no sólo forma una individualidad, sino

---

Visto de esta manera, es difícil categorizar a qué tipo de liberalismo se atiene este escrito, pero en general, creo que el liberalismo es una forma de compatibilizar valores contrarios dentro de una misma sociedad, por lo que me inclino por la corriente contractualista.

<sup>7</sup> A lo largo de este texto usaré el término virtud en muchas ocasiones. Con esto me quiero referir a cómo un individuo o una comunidad eligen cómo comportarse para alcanzar un estilo de vida acorde a su forma comprensiva de entender una vida valiosa. Es decir, para ser honrado (virtuoso en la honradez) no solo hace falta reconocer que es bueno intrínsecamente ser honrado (idea de bien) sino además actuar con honradez. Actuar de esta forma no solo es decir la verdad, o no mentir, sino actuar de tal manera que el juicio comprensivo del carácter del individuo esté guiado por esa virtud. Es decir, que la idea de bien es el fin, pero también es el medio, la virtud es una idea, pero también es su práctica. VER: Merrihew Adams, Robert, *A Theory of Virtue* (Oxford University Press, Oxford, 2006)

que también delimita los contornos de un plan de vida afín a la búsqueda de valores determinados. Esto implica adicionalmente escoger entre ideas rivales de lo que significa vivir una buena o mala vida. En este sentido, la elección de virtudes también afecta la idea de un “yo”, de una identidad, entendida como una construcción narrativa, en la que el individuo compara sus actuaciones pasadas y las relaciona con actuaciones de otros sujetos, inserto en una historia en la que el individuo narra sus actuaciones y las dota de sentido<sup>8</sup>. Dado que “escoger” y el ejercicio de la voluntad son partes fundamentales de este esfuerzo, la autodeterminación y sus límites son parte del enfoque de esta investigación. Tomaré una postura crítica respecto de la autodeterminación, señalando que no existe tal cosa como una voluntad absoluta independiente de todo contexto o realidad social, sino una voluntad relativa que estableceré como la capacidad que tiene un individuo de ejercer la autodeterminación en cada contexto, escogiendo entre opciones determinadas por las condiciones fácticas y las capacidades y recursos del individuo. La construcción de la identidad es, por los elementos aquí enunciados, un proceso que demanda una proyección hacia el futuro de la existencia, un camino que transita hacia un fin pero que así mismo proviene de un lugar histórico, económico y político determinado, por lo que involucra el pasado y origen del individuo. Aun el más caustico de los nihilistas podría estar de acuerdo si propongo que vivir sin un propósito claro o escoger la propia muerte puede ser un objetivo guiado por valores, un plan, inclusive. Así mismo, entenderé “valores o principios liberales” a un tipo de principios políticos que incorporan al menos tres postulados: (i) derechos individuales oponibles al Estado y los particulares, (ii) soberanía legal –*rule of law*- que obliga a todos los miembros

---

<sup>8</sup> Me refiero en particular a la idea de identidad de Paul Ricoeur. El mencionado autor distinguió dos formas de identidad: la mismidad y la ipseidad. La primera es identidad como repetición, como un evento que sucede una y otra vez del que se puede decir que es el mismo cada vez que sucede. Un ejemplo de lo anterior es la lluvia, o el amanecer. Puede decirse que ningún amanecer es igual a otro, pero de cada amanecer podemos decir sin duda que es el sol que se levanta por el oriente con características más o menos similares. La ipseidad hace referencia a la similitud “hacia afuera”, poder relacionar un X con Y por una característica común. Involucra también la idea de *carácter* como las características distintivas de un individuo, que permiten decir que se trata de una persona determinada y no de otra. Sin embargo, señala que nada de esto explica el “intervalo de sentido” entre la mismidad, la ipseidad y el carácter, por lo que proporciona una forma de tender puentes entre todas estas concepciones de identidad y la designa como identidad narrativa. Esta forma de explicar el fenómeno de la identidad implica concebir al individuo como un sujeto que está atravesado por la consistencia de sus propios actos (mismidad) y por lo percibe de las acciones de otros con respecto a lo que él o ella valora como bueno o malo (ipseidad). En el diálogo de estas dos formas de concebir la identidad el sujeto se inscribe en una narración sobre sí mismo, su propia historia y la consecuencia de esa historia en su ser siendo esta la identidad narrativa. Ricoeur, Paul. *Si mismo como otro* (Siglo XXI editores, México D.F., 2006) Págs. 109-120.

del pacto civil y (iii) la prohibición al Estado de imponer estándares morales de corrección, es decir, el mantenimiento del principio de neutralidad<sup>9</sup>.

En este sentido la ley, entendida como un marco de conducta dentro de las sociedades liberales, no favorece ni dificulta una visión particular sobre la buena vida (en teoría, al menos). Teniendo en cuenta lo anterior, entenderé el derecho en dos vías: como un instrumento político y como una fuente normativa por la cual se regulan las relaciones de los individuos entre ellos y entre los individuos y el Estado. En su faceta como fuente de derecho, muchos teóricos han insistido en que el derecho tiene reglas de aplicación e interpretación provenientes del sistema jurídico como un sistema normativo con características especiales que lo separan de otros órdenes normativos, como la moral<sup>10</sup>. Este entendimiento ha producido una robusta filosofía que se ha denominado positivismo jurídico. En su aspecto político, es un acuerdo de respeto por reglas creadas por instituciones determinadas, y la sujeción a estas para el mantenimiento de un proyecto colectivo a largo plazo.

Partiré de la base de que el derecho *es*, y que ese ser es distinto de lo que *debería ser* (postulado sostenido mayoritariamente por los positivistas jurídicos). Ahora bien, también supondré que los límites de lo jurídico y lo político están chocando constantemente y son borrosos en algunos casos, lo que permite entender por qué el control de la interpretación jurídica y en cabeza de quien está labor, tiene un alto valor en los cuerpos políticos en casos complejos donde la discusión traslapa distintos tipos de órdenes normativos. Si bien el ordenamiento legal existe como hecho independiente a la valoración que uno pueda hacer del mismo y sus características especiales lo apartan de otro tipo de estructuras que imponen obligaciones y consecuencias, el derecho está inmerso en prácticas que lo convierten en incentivo o desincentivo en algunos casos -como los teóricos del análisis económico del

---

<sup>9</sup> Estos principios del liberalismo están sujetos a debate en mayor o menor medida, siendo el tercero el más controvertido. La “neutralidad” es un concepto problematizado por los críticos del liberalismo e incluso por algunos liberales perfeccionistas. Este debate se adelantará mayoritariamente en el segundo capítulo de este texto.

<sup>10</sup> La famosa tesis de la separación sostiene que el derecho y la moral son dos órdenes normativos distintos y que por esa razón la ley no es lo que debería ser sino lo que materialmente es. La máxima más popular al respecto es: nada de premisas *debe ser* materialmente *es*. Sobre este particular se volverá en el texto del trabajo, pero para una definición elemental, ver: Marmor, Andrei y Sarch, Alexander. The Nature of Law (Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/> recuperado el 12/02/2019).

derecho lo señalan- o en instrumento político de dinámicas de hegemonía y resistencia dependiendo de quién y cómo utilice las normas legales. Esta separación no implica que el derecho sea esencialmente político, pero sí permite al menos afirmar que su uso depende de quién lo ejercite y sus propósitos particulares. Debido a que esta tesis se encarga de analizar principios provenientes de la filosofía política liberal, la posición que tomaré es normativa. Esto significa que, si bien el derecho “es”, los principios que lo gobiernan y que provienen de una teoría determinada marcan una forma de interpretación, o de como la ley debería ser interpretada.

Si bien este trabajo no se centra en determinar “qué es” el derecho, es necesario evaluar su labor como escenario de disputa entre formas de ver la buena vida. Dicho de otra manera, me concentraré en mostrar cómo el positivismo jurídico sirve un propósito político cuando separa el derecho de la moral y procura mantener los límites de la disciplina claros para que no pueda ser manipulada por formas de pensamiento coyunturales y volverse instrumento de opresión. Siendo este el caso, sostendré que la teoría positivista debe leerse dentro del contexto histórico de la modernidad y la formación del liberalismo político. Esto tiene una consecuencia en el entendimiento legal, por lo que la filosofía jurídica está inmersa en esta discusión y encarna en gran medida el choque ideológico que la circunda<sup>11</sup>.

Esta red de conocimientos y teorías se enlazan desde distintos ámbitos de estudio y pasan por conceptos claves en la discusión. Estas categorías tendrán un desarrollo en el texto y se articularán para evidenciar que funcionan como puntos neurálgicos que son transitados con distintos fines y entendimientos desde lo jurídico y lo político. Principal ejemplo de lo anterior es la idea de libertad y lo que esa palabra designa tanto en el sistema jurídico como en la configuración política comunitaria. Si bien su uso puede ser identificado en distintos materiales y autores, es posible que las concepciones varíen. Por ello, se hace necesario explorar qué significa ser libre como ejercicio de la autodeterminación desde distintos puntos de vista y en qué se concreta la idea. Lo mismo sucede con el concepto de identidad y de reconocimiento, que tienen un desarrollo teórico desde la filosofía política, la psicología y

---

<sup>11</sup> La conexión entre el pensamiento moderno, el liberalismo y el positivismo será abordada en el capítulo tercero de este texto.

que es relevante como parte del desarrollo de la personalidad en la discusión jurídica. En síntesis, estos conceptos son claves dentro de la discusión que ilustraré histórica y filosóficamente. Supondré que estos conceptos no pueden ser vistos unívocamente, sino que sus contenidos están sujetos al cambio que puede provocar la aproximación a una disciplina o una revisión histórica. El objeto de explorar a fondo cómo se ha interpretado cada categoría excede por mucho el objeto de este texto, por lo que buscaré caracterizarlos dentro de la tradición liberal y las tradiciones críticas a esta, así como su valor en el discurso jurídico de los derechos, que ordinariamente hace parte disciplinar del derecho constitucional. En este entendido, los conceptos mencionados serán estudiados como parte de un entendimiento histórico, político y teórico. Identificar las interacciones y relaciones entre las constelaciones conceptuales de la filosofía política y la jurídica es suponer que estas relaciones existen.

En este rango de posiciones que contienden por el control interpretativo del derecho, la pregunta sobre la que centra este trabajo está inscrita en el debate respecto de la manera en la que las mayorías presentes en la comunidad procuran establecer su forma de virtud como un estándar general de conducta y como los individuos que no conciben esta forma de virtud como resonante con su idea de vida buena acuden a los jueces para hacer valer sus derechos individuales, apelando al derecho a su autodeterminación individual. Así puesto, la pregunta es: En los Estados democráticos y liberales de la actualidad, ¿quién toma la decisión sobre cuál debe ser la idea de buena vida que debe guiar las actuaciones de los individuos pertenecientes a la comunidad? Esta pregunta puede dividirse en dos: quién debería hacerlo y sobre quién efectivamente lo hace. Ahora bien, para responder a esta pregunta deben plantearse otras, cuyo abordaje permiten desarrollar los elementos de juicio que ilustren la pregunta principal. La estructura del texto se refiere a cuatro cuestionamientos pertinentes en la discusión sobre quién es el llamado a decidir sobre la idea de virtud individual de acuerdo con el liberalismo.

Mi hipótesis respecto de la pregunta es que la tensión entre la idea de voluntad popular proveniente de la democracia y los principios del liberalismo político que se encuentran inscritos en el derecho positivo tiende a favorecer al individuo como gestor de su propia idea de bien por sobre la que su comunidad pueda mayoritariamente sostener. La idea tiene sentido

si se tiene en cuenta que la mayoría de los desacuerdos, cuando llegan a un punto crítico sobre la libertad individual y la formación de la identidad en los estados democráticos liberales están mediadas por jueces y un discurso de derechos individuales<sup>12</sup>. Esta estructura, sumada a la neutralidad comprensiva que pone límites a la voluntad mayoritaria cuando busca consolidar a través del derecho un proyecto de virtud determinado, es uno de los elementos claves en lo que conocemos como democracia liberal. Esto implica que el ordenamiento jurídico, al mantener distancia de los proyectos individuales de buena vida, cumple una tarea política que se alinea con los principios del liberalismo. Si bien las formas de neutralidad jurídica y neutralidad del Estado liberal no son idénticas entre ellas, cumplen labores similares en ámbitos separados. Todo este fenómeno puede evidenciarse en casos en los cuales los ordenamientos jurídicos tienen que responder a reclamos de igualdad que involucran el reconocimiento a formas de identidad minoritarias. Estos reclamos normalmente se formulan en términos de garantías de derechos individuales y apelan a contenidos legales que se encuentran en las Cartas Políticas de los Estados. Toda esta discusión pone sobre la mesa una pregunta sobre cuáles son las alternativas para solventar las distancias que el principio de elección mayoritaria le plantea al liberalismo.

El argumento general que sostendré en este trabajo es que las formas de ver la buena vida minoritarias pueden verse en una situación desfavorable cuando las mayorías presionan cambios legislativos y políticos de acuerdo con sus valores sobre la buena vida. Para sustentar esta tesis, partiré de una concepción de libertad que va más allá de la idea de autodeterminación (la forma clásica liberal), y que se centra en el reconocimiento, lo que implica entender que el deber de los jueces constitucionales es mantener el principio de neutralidad liberal, y proteger a las formas de ver la buena vida minoritarias con el fin de que puedan ser ejercidas en condiciones de igualdad con la forma de ver la buena vida mayoritaria. Estas formas de ver la buena vida minoritarias deben poder vivir dentro de la

---

<sup>12</sup> No necesariamente todos los desacuerdos sobre interpretación y aplicación de los límites de la libertad individual se determinan judicialmente, en algunas democracias liberales estos desacuerdos son dirimidos por el legislativo o directamente por mecanismos de participación popular. Los ejemplos estarán planteados en el texto, sin embargo, puede adelantarse el caso irlandés (por referendo) o el alemán (vía legislativa) en cuanto al matrimonio igualitario.

comunidad, de forma abierta y sin temor a represalias ni exclusión y en esto consiste la libertad como reconocimiento.

El objetivo general de este trabajo es establecer un marco conceptual en el cual se pueda evaluar cómo interactúa el derecho a la autodeterminación y a la formación de la identidad, ejercido por personas que pertenecen a minorías políticas, con la idea de buena vida mayoritaria de la comunidad en el marco de un sistema legal positivo operado por agentes que toman decisiones basados en normas e interpretaciones de este sistema legal (jueces). Como objetivos particulares buscaré establecer el significado de la libertad dentro del discurso contractualista-liberal y las implicaciones de la forma en la que se ha entendido dentro de esta filosofía. También mostraré la relación entre el diseño de la separación de las ramas del poder público y la salvaguarda de la neutralidad y los niveles en los cuales el discurso jurídico positivista está relacionado con la modernidad y sus principales postulados, con el fin de mostrar como actúa el principio de neutralidad liberal a través de la separación de lo bueno y lo justo en la práctica. Por último, mostraré como los jueces han decidido casos en los cuales la autodeterminación individual se enfrenta al parecer moral de la comunidad en democracias liberales cercanas en su diseño y valores principales, en los casos de matrimonios entre parejas del mismo sexo.

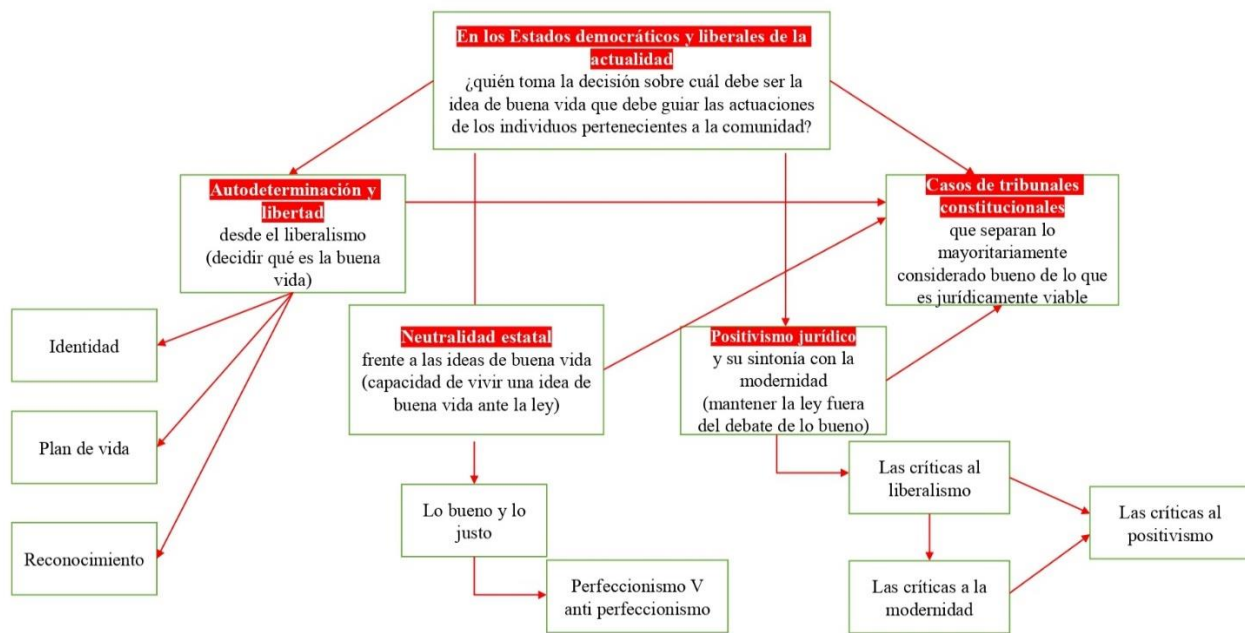
El método que se seguirá para abordar la pregunta es analítico. Entiendo por metodología analítica el estudio teórico de un fenómeno a través de la revisión de conceptos y categorías. Para cumplir con los objetivos enunciados arriba, este trabajo se divide en cuatro capítulos: en el primero se hará un análisis de los conceptos de libertad, autodeterminación y reconocimiento. Con este análisis se pretende aclarar lo que significa la libertad como reconocimiento, que es justamente el enfoque que considero se debe usar para entender cómo debe ser la relación entre las pretensiones de las minorías y la concepción mayoría sobre la buena vida. En el segundo capítulo, haré un análisis sobre la relación entre la neutralidad del estado y el principio liberal de la prioridad que debe tener el individuo en escoger su propio plan de vida. En este capítulo, se discutirá cómo las posturas liberales acudiendo a una concepción de libertad como autodeterminación, han defendido la idea de que el Estado debe mantenerse neutral frente a la cuestión de cómo deben decidir los individuos sus

concepciones de buena vida. En el tercer capítulo usaré los elementos aportados por los dos capítulos precedentes y estudiaré las teorías críticas de la modernidad y el liberalismo de Charles Taylor y Alasdair MacIntyre. Mostraré como estos autores elaboran su argumento sobre la incapacidad de los principios liberales para dar las herramientas a la sociedad para elaborar en conjunto una idea de virtud. A partir de estos planteamientos mostraré que el liberalismo y el positivismo jurídico comparten muchos de sus presupuestos básicos porque ambos son formas de pensamiento moderno-ilustrado, que defiende la capacidad del ser humano de llegar racionalmente a conclusiones universales y replicables un procedimiento determinado. En el punto siguiente, trataré las críticas de Charles Taylor y de Alasdair MacIntyre al pensamiento moral moderno y los puntos comunes de las críticas de ambos autores al liberalismo y la forma en que elimina la posibilidad de incluir el contexto comunitario sobre lo que significa vivir una buena vida por consecuencia de sus postulados ilustrados. También mostraré cómo las críticas al positivismo jurídico por parte de las teorías valorativas comparten conexiones con las críticas al liberalismo. Por último, abordaré las principales posturas del liberalismo ético. Esta forma de enfocar el liberalismo acepta que el liberalismo no es neutral y que tiene principios que son comunes a todas sus vertientes. Esta visión de la filosofía liberal no rehúye -como algunas de sus pares- el hecho de que si hay principios privilegiados y un modelo moral que el liberalismo propone, pero sostiene que el modelo propuesto ofrece mejores posibilidades para convivir en sociedades plurales que otras formas de entender la buena vida. En ese sentido, el liberalismo depende de proveer un andamiaje a muchas formas de buena vida y en esto hay un fin sustantivo valioso políticamente. En el último capítulo, mostraré como todos los procesos descritos en los capítulos anteriores llegan a concretarse en derechos para comunidades minoritarias. Para ello, estudiaré el caso puntual del derecho al matrimonio para personas homosexuales. En la primera parte de este capítulo mostraré un panorama general sobre cómo el discurso de los derechos humanos sirvió como medio para empezar a hacer los primeros reclamos de los individuos LGTBI que apelaron a reclamar que los DD HH se promulgaron para eliminar las barreras entre las personas y garantizar igual acceso a los seres humanos sin importar que tipo de estilo de vida o que fines persigue. Este discurso político tomó fuerza jurídica y empezó a producir una discusión que terminó en cambios legales nacionales e internacionales. En la siguiente sección del capítulo analizaré cuatro decisiones judiciales en

las amélicas (EE. UU., México, Colombia y Argentina) respecto del matrimonio homosexual, donde puede evidenciarse que existe una línea argumentativa que pasa por la igualdad ante la ley y el reconocimiento al desarrollo individual.

La revisión de estos conceptos es fundamental para abordar el problema sobre a quién pertenece la decisión sobre la buena vida en comunidades que adoptan principios políticos liberales, porque es en esos conceptos y la forma de interpretarlos donde hay un desacuerdo entre los liberales y sus críticos. Mientras los liberales creen que la autonomía debe ser protegida por encima de la construcción de valores de la comunidad, los críticos en general creen que la autonomía no puede desprenderse de un escenario social puntual que le da contenido. Lo mismo sucede con la neutralidad y con la pretensión descriptiva del positivismo. En síntesis, los liberales clásicos (en oposición al liberalismo ético o al liberalismo perfeccionista) sostienen que dentro de un ejercicio racional pueden alcanzarse conclusiones válidas, universales y neutrales, mientras los críticos creen que ninguna discusión ni construcción conceptual está por fuera de los límites políticos. Todo lo anterior amerita la revisión de estos conceptos para encontrar los argumentos que se sostienen desde distintas formas del liberalismo y como sus críticos buscan problematizarlos.

Mapa analítico del texto



# 1. LA LIBERTAD COMO DIÁLOGO: RECONOCIMIENTO, IDENTIDAD Y COMUNIDAD

## 1.1 Introducción

La discusión sobre la libertad ha sido, posiblemente, una de las más transitadas en la filosofía política y jurídica hace al menos dos siglos<sup>13</sup>. Difícilmente puede encontrarse un texto o discurso sobre valores políticos que no incluya como una de sus tesis centrales al menos una idea de libertad<sup>14</sup>. La disquisición sobre si los seres humanos son o no libres no sólo es abordada desde la filosofía y la política, sino desde muchas formas de la expresión humana, lo que da cuenta de que no se trata de una inquietud marginal, sino de unas de las cuestiones fundamentales del devenir humano: qué es la libertad, o qué significa ser libre. Por supuesto, responder esas preguntas puntuales excede por mucho el objeto de este texto y más a aún de este capítulo. Para orientar esta tarea y delimitar el alcance, me orientaré a responder la pregunta ¿De qué hablamos cuando hablamos de libertad como valor político en las sociedades democrático-liberales en los siglos XIX y XX? Para responder esta pregunta es necesario establecer primero cuáles son las posturas teóricas que se han dado en los debates en torno a la idea de libertad civil y situar históricamente -en los siglos comentados- el debate respecto de la idea de libertad civil<sup>15</sup>. En este debate se expondrán las teorías sobre la libertad contractualista liberal y las críticas que se han desarrollado al respecto.

Mi respuesta se encaminará a señalar que la libertad como valor político en las sociedades liberales de los siglos XIX y XX, ha girado jurídica y moralmente en torno a la idea de autodeterminación personal. Expondré que esta forma de concretar la libertad no permite entenderla como un proceso político.

---

<sup>13</sup> Podría decirse que incluso más. La idea de libertad puede ser estudiada desde Platón, VER: Ariza, Sergio, El concepto de libertad en La República de Platón. 19 Archai, enero a abril, 33-59 (2017). sin embargo y para efectos del presente texto, no se busca hacer una genealogía extensiva de la libertad sino buscar la discusión dentro de su aspecto más moderno.

<sup>14</sup> Desde Albert Camus en textos como *El Hombre Rebelde* o Herman Hesse con *El Lobo Estepario*, hasta el discurso de Simón Bolívar ante el Congreso de Angostura. En estos textos y seguramente en muchos más hay una reflexión acerca de que es y que significa ser libre.

<sup>15</sup> Me refiero a libertad civil, teniendo en cuenta que quiero tratar el valor político de la libertad específicamente.

En la primera parte del capítulo ilustraré la idea de libertad que recorre la teoría contractualista liberal<sup>16</sup>. En estas teorías, la libertad refiere la capacidad individual de razonar y producto de ese razonamiento, autodeterminarse y tomar decisiones sobre la propia existencia<sup>17</sup>. En general, este tipo de posturas de corte individualista promueve un orden político que permita la mayor cantidad de expresión individual posible, con la menor cantidad de intervención bien de la comunidad o de las instituciones en la formación del plan de vida. Las teorías contractualistas argumentan que, si un individuo no puede formular su plan de vida de manera autónoma, no puede considerarse como un ser humano libre<sup>18</sup>. Ante el argumento contractualista liberal, acogeré una postura crítica, de acuerdo con la cual la libertad implica no únicamente autonomía y la posibilidad de ejercerla, sino el diálogo entre el individuo y sus valores, y la comunidad y los suyos. Argumentaré que la libertad es un proceso dialógico, cuyo centro no es exclusivamente el individuo, sino que requiere de un intercambio entre el individuo y su comunidad en el que el individuo se hace parte de una conversación y en esta conversación, adquiere un lugar en la comunidad que le permite enunciar y discutir sus valores morales. Teniendo en cuenta las ideas expuestas, el argumento se encamina a establecer que el reconocimiento juega un papel central en la idea de libertad, que puede ser comparable en su importancia a la autodeterminación.

En el segundo punto exploraré los conceptos de identidad<sup>19</sup> y reconocimiento desde el punto de vista de su interrelación con la libertad. Más allá de una dicotomía entre los aspectos públicos y privados de la libertad, el proceso dialógico del ejercicio de la autodeterminación

---

<sup>16</sup> Para este punto cuando se habla de contractualismo liberal las fuentes son más o menos estándar y se encuentran bien determinadas en la tradición: Hobbes y Locke. Cada autor tiene una forma de abordar la misma cuestión, pero coinciden en que el poder político existe de la conjunción de los individuos en la sociedad, y su acuerdo de no resolver sus diferencias a través de la violencia, sino con la ley, nombrando a un tercero (Estado) para que resuelva sus diferencias. Esta es la libertad civil. Sobre las distancias entre la concepción de libertad lockeana y hobbesiana, ver: Spector, Horacio, *Four Conceptions of Freedom*. 38 *Political Theory*, 6, 780-808 (2010).

<sup>17</sup> Autodeterminarse como ser autor de uno mismo. Appiah, Kwame Anthony, *La ética de la identidad* (Katz Editores, Buenos Aires, Madrid, 2007) Pág. 235.

<sup>18</sup> La teoría electoral democrática también descansa en el principio en el cual, las personas a través de su raciocinio y lo que consideran benéfico, se gobiernan a sí mismas como un cuerpo político. Ver: Przeworski, Adam, *Democracy and the Limits of Self-Government* (Cambridge University Press, Cambridge, 2010) Págs. 20 y 21.

<sup>19</sup> Los valores que el individuo pondera sobre otros. Aquellos elementos de su individualidad que, de perderlos se convertiría en una persona distinta. La idea de “no sería yo si...” Oshana, Marina A. L., *Autonomy and Self-Identity*, en *Autonomy and the Challenges of Liberalism*, 77-97 (John Christman & Joel Anderson, eds., Cambridge University Press, Cambridge, 2005).

implica no sólo actuar con parámetros de conducta individualmente considerados como positivos, sino que esta selección de valores está en construcción de acuerdo con lo que lo que el individuo considera central en su persona, y sin lo cual, ya no sería el mismo. El proceso mediante el cual los miembros de la comunidad consideran como iguales unos a otros, y presumen mutuamente que son seres racionales que persiguen fines racionales<sup>20</sup>, esto es lo que denominaré reconocimiento. En este punto argumentaré que un entendimiento transversal de la libertad como se propone a lo largo de este capítulo depende en gran medida del reconocimiento de distintos modelos de virtud en el debate moral de la comunidad, más que de plantear un plan de vida autodeterminado.

En la tercera parte pasaré a las dificultades prácticas del concepto de autodeterminación y los límites que este mismo tiene cuando de establecer una idea individual de *bien*<sup>21</sup> se trata. Normalmente, dado que la formación de la conciencia individual está transida por contingencias históricas, políticas y materiales, la autodeterminación puede ser problematizada como una categoría puramente ideal, dado que, en el caso puntual de los individuos, difícilmente una voluntad pueda formarse de manera totalmente racional<sup>22</sup>. Esto pondría en duda la idea según la cual un individuo puede hacerse una idea de que es *lo bueno* y *lo malo* de manera abstracta y racional. Argumentaré que la autodeterminación es una capacidad que no significa perfección en el conocimiento, sino decisiones aceptando consecuencias prácticas. En esa medida incluye la capacidad de escoger alternativas

---

<sup>20</sup> La formulación de “seres racionales que persiguen fines racionales” es kantiana, pero me apoyo más en la idea que rastrea Charles Taylor sobre la igualdad en la dignidad en Rousseau como concepto de reconocimiento. Taylor, Charles, *Politics of Recognition*, en *Multiculturalism and 'The Politics of Recognition'*, 25-73 (Amy Gutmann, ed, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1992). Al respecto un extracto elocuente: “...el descubrimiento de mi propia identidad no significa que la haya encontrado aisladamente, sino que fue negociada a través de un diálogo, en parte interno, en parte en compañía de los demás. Es por esa razón es que el ideal de una identidad generada internamente da una nueva importancia al reconocimiento. Mi propia identidad depende de forma crucial en mi relación dialógica con los demás” (traducción propia). Taylor, Charles. *Ibidem*. Pág. 34.

<sup>21</sup> Me valdré para este fin de la concepción Rawlsiana de teoría del bien y de plan de vida. Rawls, John, *Teoría de la justicia* (Fondo de Cultura Económica, FCE, México, 2012). Págs. 119 a 184.

<sup>22</sup> Acogeré parcialmente la crítica de Michael Sandel en el sentido en que el ser humano situado en contexto difícilmente se crea a si mismo de manera puramente racional. Sandel, Michael J, *The Procedural Republic and the Unencumbered Self*, 12 *Political Theory*, 1, 81-96 (1984). También recogeré la crítica de David Heyd y Franklin G. Miller, en el sentido en que los planes de vida requieren un enfoque conceptual realista, a riesgo de convertirse en una sobreconceptualización inalcanzable. Heyd, David & Miller, Franklin G, *Life Plans: Do They Give Meaning to Our Lives?* 93 *The Monist*, 1, 17-37 (2010).

irracional si es que el individuo conoce los riesgos a los que se somete, y está dispuesto a aceptar las consecuencias.

En la sección final del capítulo, pasaré hacia la relación de la libertad como proceso dialógico y la ley como espacio institucional de ese diálogo, en dos aspectos. En primer lugar, lo que significa ser libre en términos jurídicos. Rastrearé entonces la tradición contractualista dentro del derecho civil occidental del siglo XIX y trataré de mostrar que la tradición civil estableció la capacidad de razonar y de formar un juicio de la realidad, como un elemento central de su teoría de la voluntad de la autonomía privada<sup>23</sup>. En segundo término, discutiré como la ley interpela al individuo y lo hace generar juicios morales sobre si cierta ley o forma de regulación determinada es en su entender justa o no, lo que involucra un juicio sobre el cumplimiento de esta.

## 1.2 La libertad como valor político, el pacto civil y la idea de lo público

En esta sección reconstruiré la teoría contractualista liberal para mostrar la importancia de la de autodeterminación en dicho discurso. También mostraré que para el surgimiento del contrato es necesario contar con una idea de reconocimiento y que la libertad producto del pacto incluye también el reconocimiento. Mi hipótesis es que la libertad como autodeterminación es una consecuencia del pacto civil, mientras la libertad como reconocimiento es el punto de partida de este.

---

<sup>23</sup> Un ejemplo de lo mencionado: “la voluntad del negocio jurídico supone una mediana experiencia acerca de las relaciones jurídicas, ciertos conocimientos del comercio, es decir, una apreciación sobre los valores y las cosas que sirven de intercambio a tales valores. No todos los sujetos de derechos están dotados de una voluntad de esta clase. Los que están provistos de ella tienen ‘capacidad para negociar’, y quienes carecen de ella se encuentran en ‘incapacidad de negociar’” Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro, *Derecho civil* (Temis, Bogotá, 2011). Pág. 582. En esta misma línea varios ejemplos: Claro S, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Imprenta Cervantes, Santiago de Chile ,1931). Pág. 173. Y Díez- Picaso, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil* (Tecnos, Madrid ,1984). Págs 230 y 231.

En su discurso de 1818 titulado *La libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*<sup>24</sup>, Benjamin Constant sostiene que los antiguos<sup>25</sup> ejercían su idea de libertad cuando interactuaban en conjunto y tomaban decisiones respecto de los asuntos públicos. Constant caracteriza el tipo de libertad del que gozaban los antiguos como “La participación constante en el poder colectivo” y llama a esta la libertad política. Frente a esta libertad, la de los modernos tiene su base en el ejercicio privado de actividades que no incumben a nadie sino al individuo, y de los cuales ni el Estado ni la sociedad tiene prerrogativas de afectar. Constant argumenta que el tránsito de la libertad antigua a la moderna se debe en primer lugar, a que en el mundo antiguo las guerras eran constantes entre las repúblicas, lo que obligaba a los ciudadanos a atar su seguridad y existencia a la defensa de sus fronteras y su comunidad; mientras que, en la era moderna, la paz es la constante por el establecimiento de los estados nacionales. Esta transformación está relacionada, en primer lugar, con el comercio. Según Constant, para los antiguos la guerra era la forma de apropiación de bienes para la supervivencia, mientras que para los modernos este intercambio se realiza a través de transacciones de bienes y servicios. Teniendo esto en cuenta, Constant razona que en formas asociativas que incluyen mayor territorio y mayores asociados- como los Estados modernos- el poder político se vuelve menos intenso en el individuo, que difícilmente puede intervenir directamente en los asuntos políticos de su comunidad. En segundo lugar, la ausencia de esclavos que se ocupen de las actividades veniales no permite al ciudadano tomar parte en los asuntos políticos trascendentes y por último el comercio -que reemplazó la guerra- toma más tiempo que la guerra en términos de la constancia de uno y otro: la guerra deja periodos de inactividad mientras el comercio es constante. Todas estas circunstancias llevan a Constant a concluir que, en las sociedades modernas, la actividad política no tiene el peso preponderante -actividad que los antiguos estaban en necesidad de ejercer por su circunstancia de su supervivencia- porque requiere los medios de ejercer el comercio para su subsistencia. Así las cosas, el individuo moderno requiere condiciones amplias para ejercer

---

<sup>24</sup> Una copia del discurso de Constant: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2124/16.pdf> (Recuperado el: 05/09/2017)

<sup>25</sup> Si bien no hay una mención directa a quienes eran los pueblos antiguos, menciona a Roma y a Esparta en algunos pasajes. Por lo anterior, puede deducirse que a los pueblos antiguos que hace referencia Constant es el romano y el heleno.

individualmente el comercio, y no requiere tomar decisiones políticas sobre su comunidad directamente, tarea que ahora tienen los representantes políticos.

El argumento de Constant es relevante por dos razones. La primera es que señala que la distancia entre cómo se entiende, qué es y cómo se ejercita la libertad depende en gran medida de cuáles son las necesidades puntuales de la comunidad en la que se encuentre<sup>26</sup>. En esta forma de entenderlo, las comunidades antiguas tenían un problema material que podía menoscabar a su libertad. Al entrar en guerra, una de las posibilidades existentes era que se les redujera a esclavos, o al menos se les arrebatara de toda forma de subsistencia (sus bienes, tierras, esclavos y demás). Esto sumado a que el número de ciudadanos no era excesivo, hace pensar que tiene sentido que la comunidad ejerciera conjuntamente las decisiones políticas fundamentales. La otra razón por la cual el trabajo de Constant es importante, es porque ilustra la entrada en escena de los estados nacionales; lo que produjo un cambio material en occidente en el siglo XIX: la reconfiguración de los cuerpos políticos, creando ciudadanos de Estados y otorgando derechos políticos en masa. Estos dos factores implicaron la representación como medio de administrar lo público, dejando al individuo para ejercer el comercio, o cualquier actividad que le genere provecho o lo que sea que decida hacer. Al hacer esta comparación, Constant separa la libertad moderna -que él considera es de tipo individual- de la libertad política, esto es la libertad de los antiguos. Esta libertad moderna es en todo caso impracticable sin un pacto civil que aleje la posibilidad de la guerra y que cree una comunidad distinta de individuos que se avengan al cumplimiento del pacto. El diagnóstico de Constant apunta al establecimiento de un cuerpo político que se ocupe de lo público por medios representativos, y un cuerpo de ciudadanos que están libres de ejercer sus actividades de forma individual.

Tanto la idea de separación entre el Estado e individuos, como la idea de la libertad como ejercicio público de discusión, tienen un germen común: la necesidad de establecer mediante

---

<sup>26</sup> Para este caso, los puntos de comparación están en comunidades occidentales con distancias históricas y políticas que vale la pena salvaguardar, pero la tradición occidental moderna rescata, o se reivindica en muchas formas, de cuna helena y romana. Lo anterior es discutible, de cualquier manera. Para una lectura crítica del relato de la tradición romana y helena en la tradición legal occidental, ver: Monateri, Pier Guiseppe, Black Gaius: A Quest for the Multicultural Origins of the 'Western Legal Tradition'. 51 Hastings Law Journal, 3, (2008).

un proceso de diálogo las reglas esenciales de convivencia entre los individuos, así como las reglas de elección y conformación del Estado en todas sus formas. Aun la idea de la libertad política de Constant requiere un acuerdo sobre quiénes son los que pueden intervenir en los asuntos públicos, y quienes no pueden acceder a ese espacio. Este acuerdo sobre la pertenencia o no a una comunidad sólo puede provenir de alguna forma de un acuerdo previo sobre estas materias. El mecanismo mediante el cual estos límites son distinguidos y los derechos ciudadanos creados, es lo que en términos generales es considerado como el pacto civil. El pacto supone que este se genera entre individuos iguales entre ellos, y que el mismo disuade a los individuos de acudir a la violencia y les entrega derechos personales que pueden ser justificables a través de un procedimiento preestablecido. Entendido así, casi cualquier idea de república tendría algún tipo de pacto civil, sin embargo, este concepto está reservado para una teoría y momento histórico determinado que normalmente está asociado con el contractualismo liberal. Teniendo esto en cuenta, a continuación, mostraré el contractualismo como otro punto de partida de la discusión. Por dos razones vale la pena hablar del contractualismo para discutir el concepto de libertad. Por un lado, la libertad en sus múltiples formas (religiosa, de expresión, de credo político, etc.) tiene una consagración como derecho en las cartas constitucionales y los ordenamientos legales liberales. Estas Cartas de derechos en su fundamento filosófico, no son otra cosa que pactos civiles con las características que los filósofos contractualistas modernos señalaron: otorgamiento de derechos practicables ante particulares y el Estado, instrumentos de igualdad material de los asociados. Así, las libertades establecidas en las constituciones nacionales de los siglos XIX y XX recogen en gran medida la discusión sobre la libertad ciudadana y personal. Por otro lado, el contractualismo surge dentro del periodo histórico de la modernidad<sup>27</sup>, lo que implica que dentro de la cuestión de los pactos civiles se encuentra también una reflexión sobre la libertad que proviene del contractualismo.

---

<sup>27</sup> Esta afirmación debe ser entendida como un tipo especial de contractualismo, teniendo en cuenta que en el diálogo de Sócrates Critón (o del deber) ya se mencionaba que los ciudadanos constituyen una Polis a través de reglas que se avienen a cumplir, incluso cuando no es conveniente para el individuo. En la República de Platón (libro segundo) este mismo germen de idea es expresado cuando Sócrates dialoga con Glaucón y Adimanto, respecto de la forma en que una ciudad llega a ser tal: con personas que con sus tareas y talentos satisfacen sus necesidades en conjunto. Platón; Casadesús Bordoy, Francesc (trad.) *Critón, El político* (Alianza editorial, Madrid, 2008) págs. 41 a 47 y Platón; Pabón José Manuel (trad.), Fernández Galiano, Manuel (trad.) *La República* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949). Págs 75 a 81.

Dentro de las teorías de los contractualistas modernos, la libertad es una condición preexistente al pacto. Siguiendo a Locke, cuando el hombre nace, lo hace con plenas facultades naturales de “proteger su propiedad (...) su vida, su libertad y sus bienes”<sup>28</sup> e incluso cada ser humano puede juzgar el crimen cometido en su contra y castigarlo de la manera que encuentre apropiada. De acuerdo con Locke, la sociedad civil nace en el momento en que estos derechos naturales son cedidos a un tercero designado para cumplir ese rol, y que sea este quien juzgue las transgresiones a la propiedad y los derechos individuales. Lo mismo señala Hobbes en los capítulos XVIII y XIV del *Leviatán*<sup>29</sup> cuando sostiene que la guerra entre los hombres deviene de la competencia, la desconfianza y la gloria. Jean Hampton muestra en *The Social Contract Tradition* que “Hobbes deriva la libertad individual de la subyugación política en el estado de naturaleza de la igualdad razonable de los hombres entre ellos”<sup>30</sup>. De acuerdo con Hampton, en el siglo XVI y XVII la jerarquía política era pensada como servir a un individuo o a varios (no a un Estado). En ese sentido, los individuos son libres políticamente porque no están atados por ningún vínculo más allá de la fuerza<sup>31</sup>. Para la competencia, la desconfianza y la gloria, es necesario una autoridad que mantenga a raya la voluntad de batallar de los hombres, una seguridad distinta a su propia fuerza individual. Este derecho de libertad natural – que Hobbes y Locke coinciden en señalar- puede ser ejercido en cualquier momento, sin embargo, el estado de guerra permanente producto de este tipo de acción implica que la fuerza y el fraude son lícitos para sobrevivir a la guerra. Hampton también encuentra que las teorías de Locke y Hobbes se encuentran en este punto: “El punto de Hobbes y Locke es que teniendo en cuenta que nadie es superior mental o físicamente como para establecer su reinado con suficiente velocidad sobre todos los demás sin su cooperación, debemos ser tratados como iguales desde el punto de vista político, lo que significa que no estamos naturalmente subordinados a nadie”<sup>32</sup>. Para dejar atrás la guerra, es necesario procurar la paz y defenderla a través del pacto civil. Tanto en Locke como en Hobbes existe la idea de la libertad natural, pero también

---

<sup>28</sup> Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (Alianza Editorial, Madrid, 2012) Pág. 102.

<sup>29</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (Fondo de Cultura Económica, FCE, México, 2011) Págs. 106 y 107.

<sup>30</sup> (traducción propia) Hampton, Jean. *Hobbes and the social contract tradition* (Cambridge University Press, Cambridge, 1986) Pag 25.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> *Ibidem*. Pág. 26

se concibe un mecanismo de renuncia a la misma que inicia el pacto de la sociedad en el que la violencia puede ser derrotada como medio de solución de las disputas. Esto implica que para la formación del pacto el individuo debe tener la voluntad para evitar la violencia, debe encaminar su voluntad para deponer su libertad natural y encaminarse a la paz que el pacto civil ofrece<sup>33</sup>.

De forma muy similar Jean Jaques Rosseau estructura su propia teoría contractualista, utilizando elementos comunes a las teorías de Hobbes y Locke. En el contrato ideado por Rosseau se señala que se trata de un acuerdo de la voluntad<sup>34</sup> donde los individuos son libres de ejercer la libertad natural, pero también de renunciar a ella y entrar a otro tipo de acuerdo generalizado con reglas distintas. Las teorías contractualistas enunciadas acá parten de un entendimiento de acuerdo con cual o bien la guerra es el supuesto, o se forja un pacto civil para evitar la continuación del conflicto como medio de subsistencia. ¿Existe entonces la potestad de entrar o no entrar en el pacto, y al no hacerse parte de este, seguir ejerciendo la libertad natural? Ante esto, creo que las consideraciones teóricas tienen un lugar subsidiario a lo que muestra la práctica. El individuo puede renunciar al pacto social, si ese es su deseo. Esta renuncia puede implicarle muchas formas de castigo y de persecución, pero efectivamente puede decidir incluso, tomar las armas en contra del Estado que vigila el pacto y hacer la revolución. Los movimientos revolucionarios en el mundo son producto de individuos que encuentran que el orden establecido por el pacto social no les satisface en alguna medida, y encuentran que romper este pacto es la única forma de crear uno que verdaderamente represente sus intereses con justicia. Esto implica que el individuo puede

---

<sup>33</sup> Quentin Skinner estudia de cerca la idea de libertad para Hobbes. La premisa de la que parte su análisis es que Hobbes habla poco de libertad, pero reconstruyendo desde varios aspectos del Leviatán, concluye que la idea en Hobbes sobre esta noción es que: “Un hombre permanece libre si no tiene impedimentos ni obstrucciones para actuar de acuerdo con su voluntad o deseo. Solamente cesa de ser libre si es impedido en dicha manera en su voluntad (que es por el mismo causada) no opera como la causa de su accionar” (traducción propia). Skinner, Quentin, “Thomas Hobbes on the proper signification of Liberty”, 40 Transactions of the Royal Historical Society, 121-151 (1990). Pág. 139.

<sup>34</sup> Particularmente claro este punto: Munoz-Dardé, Véronique, Liberty's Chains. 83 Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes, 161-196 (2009). Pág 188. Dice la autora: “En la teoría tradicional contractualista, el individualismo está localizado en el pensamiento de acuerdo con el cual la fuente de todo poder legítimo, y por ello mismo la fuente de toda autoridad, debe estar en la voluntad de cada individuo. El mecanismo por el cual se transfiere la autoridad del individuo a la sociedad política es el consentimiento”. (traducción propia) En su análisis, la autora muestra lo complicado que resulta la noción de contrato social de Rosseau en su aplicación si es que debe cada individuo aceptar libremente dicho contrato, en el entendido en que el mismo requiere su consentimiento.

tomar decisiones sobre si pacta con la sociedad, o se retira e inicia la guerra. Más aun, las batallas revolucionarias exitosas en las américas, Europa y en general, en el mundo, provienen de individuos descontentos con el orden político en el que se encuentran y ejercen el derecho a negar la autoridad del pacto para reformarlo. Así lo señala Hampton en *Political Philosophy*, cuando reconstruye las teorías de Hobbes y Locke: “El más importante de los límites [del contrato social] es la amenaza de rebelión. Que se hace efectiva a menos que el comportamiento del soberano sea consistente con los términos en los cuales los individuos lo invistieron con dicho poder. (...) Como Hobbes, Locke hace del consentimiento individual la fuente de toda autoridad política (...) lo anterior sucede porque no hay una subordinación natural de unos hombres a otros, la subordinación de seres humanos libres debe provenir del consentimiento de ellos mismos”<sup>35</sup>. Esta idea pone de presente que el hecho del asentamiento de un pacto político por un tiempo determinado depende necesariamente de que las personas que pusieron su voluntad en el mismo continúen entregándola de manera sucesiva. El despliegue de un comportamiento determinado en consecuencia de un compromiso adquirido implicaría que existe una elección de hacerse parte del pacto.

Una vez consolidado el pacto, el individuo puede autodeterminarse. De acuerdo con los autores contractualistas modernos anteriormente mencionados, en particular Hobbes, el estado de naturaleza no permite el ejercicio de la razón en su expresión total porque reduce al individuo a su instinto de supervivencia. El sujeto, en el estado de naturaleza, debe hacer la guerra aun si no lo desea porque de lo contrario será víctima de quienes quieren sus bienes y su propiedad. Una vez el pacto está en vigencia y el individuo no tiene que pensar en hacer la guerra o en defenderse de ella, puede empezar a actuar organizando sus prioridades de forma racional, lo que es distinto a reaccionar de acuerdo con la necesidad de la supervivencia. En esta reflexión se encuentran Constant y los contractualistas modernos, la libertad política de los antiguos estaba fundada en el supuesto de la guerra permanente y la protección de la polis, mientras que tras el estado nacional la libertad moderna está más enfocada al comercio y la mayor cantidad de libertad de los individuos frente al Estado. En el caso de la libertad moderna, puede decirse que es una libertad basada en la autodeterminación en la medida en que el individuo puede reflexivamente tomar decisiones.

---

<sup>35</sup> Hampton, Jean. *Political Philosophy* (Westview Press, Boulder, Colorado, 1997) Pag. 55.

No significa lo anterior que en la guerra no hay al menos una forma de racionalidad o que el sujeto moderno puede autodeterminarse sin más constreñimientos que su propia voluntad, sino que, al menos filosóficamente, existen una distancia entre el estado de guerra o de naturaleza y la paz que ofrece el pacto civil, que permite un ejercicio más amplio y adecuado de la razón.

En todo este proceso lo que se evidencia son dos tipos de libertades distintas: la que existe naturalmente previa al pacto y la que se obtiene por hacer parte de este, llamada libertad civil. Una forma de ver esta distinción es entender la libertad civil como la libertad propiamente dicha, mientras la natural se refiere a la mera decisión de no ejercer medios violentos como forma de supervivencia. La libertad anterior al pacto no conoce la diferencia entre la libertad política y la libertad individual, por esto, no podría existir propiamente una forma de libertad en el estado de guerra. Y ello porque está ausente un pacto político, por lo que no puede haber forma de establecer una libertad civil en términos modernos.

Más que una reflexión en torno a si la libertad anterior al pacto es una verdadera libertad, esta distinción tiene dos ventajas para entender el surgimiento de la libertad moderna y de la libertad civil. Hacer un corte histórico desde el cual pueda distinguirse la libertad moderna resulta muy provechoso, dado que el pacto civil sería el punto de origen de esa idea puntual de libertad, lo que implica que el rastreo de esa idea de libertad en concreto, en Grecia o en Roma, o en cualquier punto antes de la entrada en vigor de las tesis contractualistas, no tendría sentido. Como tampoco lo tendría rastrear la idea en cualquier lugar que no fuera de herencia occidental. Por otro lado, el punto de partida de la libertad desde lo expuesto tiene que ser el pacto, y sólo cuando existe uno puede tener lugar la libertad civil propiamente dicha. Conceptualmente hablando, cualquier tipo de actuación o circunstancia anterior al pacto no puede llamarse libre en propiedad. La libertad en este sentido tiene que ocurrir por la renuncia a la violencia, la entrada a un cuerpo político y el reconocimiento de los derechos individuales. Por supuesto, esto no quiere decir que el contractualismo sea la teoría que insertó la idea de libertad en occidente, esa aseveración requeriría una investigación independiente para probarse. El punto que quiero resaltar es que la idea de libertad moderna tiene un origen y un entendimiento particular desde las tesis contractualistas liberales, que

bien entendido, pone límites conceptuales importantes que permiten entender de donde provienen las categorías asociadas de la idea contemporánea de libertad política y civil.

En síntesis: la distinción entre libertad política y libertad civil depende de la existencia de un orden social con pacto político y civil que garantice ambos tipos de libertad. Antes de un pacto, la libertad individual no puede ser considerada propiamente tal porque no está amparada por un pacto civil, y porque la libertad que existe en la guerra es la que obliga a la supervivencia -Hobbes- y a ejercer la justicia en favor y con recursos propios -Locke-. Por lo anterior, sin el pacto político de naturaleza pública, no es posible ejercer la libertad civil o moderna. En consecuencia, la libertad política en la tradición liberal contractualista está atada a una forma específica de cuerpo político, que implica la creación y pertenencia del individuo a una comunidad política o a un pacto civil de alguna naturaleza. Esta postura es la misma que defiende Hannah Arendt, señalando que la “interrelación con uno mismo” no es exactamente lo que puede denominarse libertad, aún si la cultura política mayoritaria pudiera señalar lo contrario<sup>36</sup>. En su visión, la exploración de los límites internos del individuo y su expresión en el mundo son más una muestra de libre albedrío que de libertad. También afirma que lo que los escritores políticos del siglo XVIII llamaron libertad es más bien soberanía. La soberanía no es en términos de Arendt lo mismo que la libertad, e incluso puede decirse que es un entendimiento perverso de lo que la libertad significa. Al respecto, anota: “políticamente, la equiparación de libertad con soberanía es tal vez la más perniciosa y dañina consecuencia de la equiparación filosófica entre libertad y libre albedrío. Dado que lleva o bien a la negación de la libertad humana – sobre todo si se comprende que sean lo que sean y estén donde estén, los hombres no son nunca soberanos-, o a la idea según la cual la libertad de un hombre o de un grupo sólo puede adquirida a través de tomar la libertad (soberanía) de todos los demás”<sup>37</sup>. Arendt concluirá que una verdadera libertad requiere una renuncia a la soberanía, dado que la soberanía se retiene a través de la violencia y que la libertad debe ser obtenida a través del ejercicio político. Así, de acuerdo con Arendt la libertad no es libre

---

<sup>36</sup> “... a pesar de la influencia que el concepto de una libertad interior no-política ha tenido en la tradición de pensamiento, parece seguro afirmar que los seres humanos no sabrían nada de la libertad interior si no hubiera primero experimentado la condición de ser libre entre otros hombres como una realidad tangible” (traducción propia) Arendt, Hannah, *Freedom and Politics: A lecture*. 14 *Chicago Review*. 1, 28-46 (1960). Pag 29.

<sup>37</sup> (traducción propia) Arendt, Hannah (1960) *Op. Cit.* Pag. 40..

albedrío ni tampoco es lo que ella llama soberanía. Por un lado, el libre albedrío está más cercano a una categoría metafísica que política, en el entendido en que se parece más a la capacidad de tomar decisiones individuales que a obtener derechos derivados del pacto civil. Sin duda puede decirse que los conceptos están relacionados, pero Arendt anota que no se puede hacer una “equiparación filosófica” entre estas ideas. De otro lado, la soberanía si es una categoría política, pero no es lo mismo que libertad. La soberanía representa la capacidad que tiene el cuerpo político para autodeterminarse, pero no puede ser equiparado a la libertad porque esta última pertenece al individuo una vez se hace parte de un cuerpo político y obtiene las garantías asociadas a esta condición. Las distinciones que ilustra la autora separan conceptos afines a la libertad, para mostrar que cuando se trata de libertad propiamente tal, se hace referencia a la libertad civil. Esta exposición de Arendt tiene sintonía con el contractualismo liberal en la medida en que requiere a los individuos a renunciar a la soberanía para obtener libertad, que en este caso sería la libertad civil que ofrece el pacto.

Esta idea de libertad civil de Arendt y el contractualismo liberal se acercan en un punto y es en la renuncia a los medios de la guerra -lo que Arendt llama soberanía- para obtener la libertad civil. Pero también se separan en otro y es la forma en que comprenden la libertad que otorga el pacto. Para el contractualismo liberal, la libertad está más cercana a la autodeterminación<sup>38</sup>, mientras que Arendt se inclina hacia una visión más política que depende del reconocimiento. Para el contractualismo liberal es fundamental poner al centro de la idea de libertad civil la autodeterminación, porque de la capacidad de autodeterminarse depende cumplir el pacto. De otra forma: tanto Arendt como el contractualismo liberal parten del hecho de la renuncia a la guerra como inicio del pacto, pero los efectos de esa renuncia se dirigen a consecuencias distintas. De las dos formas de entender la libertad civil, la de Arendt tiene más sentido con la libertad como reconocimiento, teniendo en cuenta que no toda forma de autodeterminación es necesariamente libre. Arendt en su texto *Eichmann en*

---

<sup>38</sup> “...el individuo no debe cuentas a la sociedad por sus actos, en cuanto éstos no se refieren a los intereses de ninguna otra persona, sino a él mismo” Mill, John S, *Sobre la libertad* (Alianza Editorial, Madrid, 2005) Pág. 208. Dice así mismo Axel Honneth en su texto *El derecho a la libertad*: “En la Modernidad de la sociedad, el reclamo de justicia solo puede ser legitimado públicamente cuando se hace referencia de una u otra manera a la autonomía del individuo; no es la voluntad de la comunidad, no es el orden natural, sino la libertad individual la que constituye la piedra normativa fundamental de todas las ideas de justicia” Honneth, Axel, *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática* (Katz Editores, Buenos Aires, Madrid, 2017). págs. 31-32.

*Jerusalén*, al estudiar el juicio en el postscriptum de su obra<sup>39</sup> sostiene que, aun si uno tiene un arma presionada contra su pecho y se le pide que asesine a su mejor amigo para evitar la propia muerte, hay una elección que tomar<sup>40</sup>. Esta elección puede ser producto de la autodeterminación, pero difícilmente se trata de una decisión que pudiera catalogarse como una decisión libre, aun en un concepto amplio de libertad. Más allá de las divergencias que pudieran hacerse a la idea de libertad como autodeterminación, lo cierto es que es posible diferenciar conceptualmente entre la libertad como autodeterminación y otro tipo de noción donde la pertenencia a una comunidad y la interacción entre muchas formas de buena vida y de proyectos de vida es lo que se entiende como libertad civil.

Una tesis similar a la de Arendt es la que sostiene Axel Honneth en el primer capítulo de *The struggle for recognition*, donde retoma la tesis del joven Hegel según la cual el hombre en soledad es como cualquier animal. El hombre por su condición requiere de la compañía y la interacción de otros seres humanos, que lo *reconozcan* como ser humano y le den el trato de tal. Si se ubica esta tesis hegeliana explorada por Honneth en diálogo con Arendt, tendremos que un hombre apartado de la comunidad humana no tiene posibilidad de ser humano en realidad, dado que necesita de la interacción de los otros miembros de su comunidad para convertirse en un individuo. La pregunta que emerge de la lectura de Arendt es si podría el ser humano ser libre sin una comunidad humana (política) a su alrededor. Es posible que un ser humano tenga toda la soberanía de actuar estando en soledad, pero eso no significa libertad<sup>41</sup> necesariamente. En el sentido en que Honneth y Arendt conciben la libertad, es un

---

<sup>39</sup> Arendt, Hannah, *Eichmann en Jerusalem* (Debolsillo, Barcelona, 2016). Pág. 429.

<sup>40</sup> El mismo ejemplo está en *Two Concepts of Liberty* de Isaiah Berlin: “no todas las opciones son igualmente libres, o libres en absoluto. Si en un Estado totalitario traiciono a mi amigo bajo amenaza de tortura, tal vez incluso si actué por temor a perder mi trabajo, puedo decir razonablemente que no actué libremente. Sin embargo, tomé, por supuesto, una elección, y pude, en cualquier caso, en teoría, haber elegido ser asesinado o torturado o encarcelado. la mera existencia de alternativas no es, por lo tanto, suficiente para decir que mi acción fue libre (aunque puede ser voluntaria) en el sentido amplio de la palabra” (traducción propia). Berlin, Isaiah, *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty* (Oxford University Press, Oxford, 2002). Pie de página en la pág. 177.

<sup>41</sup> Isaiah Berlin dirá que el deseo de ser el autor de sí mismo y de vivir sin irrupción de fuerzas externas es lo que la libertad es: “El sentido ‘positivo’ de la libertad viene a cuento cuando no estamos tratando de responder la pregunta ‘¿que soy libre de ser o hacer?’, sino cuando nos preguntamos ‘¿quién me gobierna?’ o ‘¿quién decide quién soy, y que no, que hacer o que ser?’ la conexión entre democracia y libertad individual es más tenue de lo que parece para los defensores de ambos. El deseo de ser gobernado por mí mismo, o de participar en el proceso mediante el cual mi vida es controlada, es un deseo más profundo que el de tener un área de acción, y quizá históricamente anterior” (Traducción propia) Berlin, Isaiah (2002) Op. Cit. Págs. 177-178.

componente necesario la interacción con una comunidad y que producto de este intercambio entre la comunidad y el individuo se modele una idea de buena vida. Por lo tanto, el proceso de creación de identidad y de idea de buena vida supone un diálogo. Este diálogo es el fondo en el cual el individuo genera su propia teoría del bien y acepta o controvierte las tesis mayoritarias de su comunidad. Para ilustrar este proceso dialógico supongamos el clásico ejemplo de Robinson Crusoe. Robinson pudo apropiarse de buena parte de una isla incrementando su propiedad, tomando lo que quería de acuerdo con su necesidad y según lo fuera dictando su necesidad. Incluso pudo haber practicado la religión que hubiese deseado, o expresado cualquier opinión respecto a cualquier tema. Y sin embargo ¿era libre Robinson Crusoe? De acuerdo con Arendt y Honneth, la respuesta es no, teniendo en cuenta que para crear una verdadera libertad que pueda ser ejercida, necesita un espacio donde pudiera elegir con sus pares la forma de vida y los límites de esta que hubieran encontrado razonables. La libertad como autodeterminación diría que en la medida en que Crusoe es capaz de tomar juicios y decisiones sobre su vida, sería libre. Este ejemplo pone de relieve que la libertad civil del contractualismo liberal está al menos incompleta si no se formula dentro de un espacio en particular y de una organización política, lo que implica que la libertad como autodeterminación depende -al menos en un sentido amplio- de que el pacto incluya la libertad como reconocimiento. Visto así, ambas formulaciones se complementan, dado que el pacto civil no solo se forma para liberar a la comunidad de la guerra sino para darle al individuo un espacio entre sujetos que se reconocen como iguales dentro de la cual pueda desarrollar una idea de bien determinada. Esta idea de bien depende del diálogo político que se establezca entre sus miembros.

En resumen: según las teorías abordadas, antes del pacto civil tanto la comunidad como el individuo están sujetos a la eventualidad de la guerra y el ataque, por lo que no pueden usar de forma completa las posibilidades de la racionalidad sino para subsistir. Esta libertad es la natural, de acuerdo con los contractualistas, y se agota en el momento en que se pacta el fin del estado de guerra o naturaleza. Una vez el pacto existe, la libertad civil inicia y permite la autodeterminación, como un ejercicio de razón y del individuo haciéndose parte de su comunidad. Sin embargo, tanto la conformación pacto como la creación de una comunidad alrededor del mismo requieren el reconocimiento de sus miembros como seres iguales entre

ellos, lo que puede ser interpretado como un derecho moral anterior a la libertad como autodeterminación<sup>42</sup>.

Para concluir este apartado, se puede imaginar por un momento que Robinson Crusoe, tras volver a Inglaterra, siente la necesidad de reconectarse con los años que pasó como prisionero de la isla y toma actitudes que inquietan a sus vecinos y familiares. Constantemente se le ve semidesnudo en la calle, y en algunas ocasiones, corretea animales para darles muerte y alimentarse de ellos con herramientas sumamente rudimentarias. También siente la necesidad de derribar algunos árboles propiedad de la municipalidad y con sus manos construir una cabaña. Al cabo de un tiempo sus amigos, familiares y vecinos, cansados del comportamiento errático de Crusoe lo llevan a juicio por encontrar que sus actitudes y actos no se ajustan a los cánones de la vida en sociedad y le acusan de violar una decena de leyes contra la decencia pública, la construcción con árboles propiedad de ciudad y otras tantas. Al encontrarlo culpable el jurado de varios de estos cargos, se le extiende una condena benévola dada su condición, procedencia e historia reciente: quedarse en Londres y adaptarse a las formas de la vida civilizada o volver a su isla, para poder vivir a sus anchas.

Algunas posibles respuestas de este hipotético Crusoe nos pueden dar luces de la libertad civil que emerge de los pactos políticos. Por un lado, dentro de las teorías más cercanas a la autodeterminación, sería posible afirmar que Crusoe, en un ejercicio legítimo de ser el autor de su propia vida, puede volver a la isla si es su deseo. Lo anterior no es para nada descabellado, una persona puede elegir vivir lejos de la sociedad, y no tener contacto con otros individuos. La pregunta sería si el ejercicio de esa autodeterminación se lo podría llamarse libertad. Una persona que se incline por una idea de libertad como reconocimiento, imagino, no estaría satisfecho con la renuncia a la forma de vida que Crusoe añora para unirse

---

<sup>42</sup> Ronald Dworkin llama a este derecho moral igualdad en respeto y consideración (equal concern and respect) cuando estudia el fundamento del contractualismo expuesto por Rawls en su *Teoría de la Justicia*. Dice: "... el derecho a igualdad en respeto y consideración, (...) [desde el punto de vista de Rawls], no es un producto del contrato, sino una condición de admisión a la posición original. Este derecho, dice, es 'debido a los seres humanos como seres morales', y se sigue de la personalidad moral que distingue humanos de animales. Lo poseen todas las personas que pueden dar justicia, y solo ese tipo de personas pueden contratar. Este derecho, por lo tanto, no emerge del contrato, sino que está asumido, como un derecho fundamental debe estarlo, en el diseño" (traducción propia) Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978) Pág. 181

con resignación a la forma de vida de la comunidad. Esta persona sometería a apelación el fallo para proteger el derecho que le asiste a Crusoe de vivir dentro de su comunidad aun con sus peculiares costumbres, o al menos conseguir indulgencia para algunas de las actuaciones menos perniciosas de Crusoe. Si bien el reclamo pudiera no resultar exitoso, crearía un espacio para empezar una discusión sobre los límites del comportamiento aceptable en la sociedad londinense. La presión a los límites construidos de lo que la comunidad encuentra razonable o deseable y la discusión respecto de formas de ver la buena vida, es lo que entiendo como libertad como proceso dialógico.

La libertad como diálogo se aleja de la idea de libertad como autodeterminación del contractualismo liberal en dos formas. La primera, entiende que la libertad civil es un valor político situado dentro de un pacto y que este pacto, implica pertenecer a una comunidad que como supuesto reconoce a los individuos que la componen como seres autónomos. La autodeterminación es parte importante del concepto de libertad en la tradición contractualista liberal, pero es importante rescatar, además de la autodeterminación, la pertenencia a una comunidad política entre individuos que se conciben como iguales. Esta igualdad no es la igualdad como principio legal o como derecho, sino como un derecho moral anterior incluso al pacto civil. Este derecho está supuesto en el pacto y ocupa un lugar anterior a la autodeterminación. En consecuencia, la autodeterminación es efecto y no principio. En segundo lugar, la libertad como diálogo implica que el individuo entiende que sus valores van a entrar en cuestionamiento por distintos tipos de argumentos desde todo tipo de sectores de su comunidad. Este diálogo entre el individuo y su comunidad conforma una idea de libertad menos centrada en la autodeterminación, y más cercana al reconocimiento. Esta concepción de libertad como diálogo requiere antagonismo<sup>43</sup>, en la medida en que el diálogo pondrá en debate ideas contrarias sobre la buena vida. Esto no implica que las decisiones

---

<sup>43</sup> Antagonismo en el sentido de Chantal Mouffe, que precisamente sobre la construcción de la idea de lo público dice: “Para introducir conflicto y antagonismo [...] hay que reconocer que la *respublica* es el producto de una hegemonía dada, [...] y que es posible desafiarla. En gran medida, la política versa sobre las reglas de la *respublica* y sus múltiples interpretaciones posibles; versa sobre la constitución de la comunidad política, no sobre algo que tenga lugar en el interior de la comunidad política, como querrían algunos comunitaristas. La vida política concierne a la acción colectiva, pública; apunta a la construcción de un «nosotros» en un contexto de diversidad y de conflicto. Pero para construir un «nosotros» hay que distinguirlo del «ellos», y eso significa establecer una frontera, definir un «enemigo»” Mouffe, Chantal, *El retorno de lo político*. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical (Paidós, Barcelona, 1999). Pág 100.

sobre lo que buena vida significa deban ser resueltas a través de mayorías, sino que el diálogo es lo que ofrece la posibilidad del reconocimiento, y la posibilidad del diálogo está dada por un pacto civil que permita el mismo.

### 1.3 Identidad y reconocimiento: una forma de entender la dualidad entre lo público y lo privado

Teniendo en cuenta que una construcción de libertad como diálogo requiere un intercambio entre el individuo y la sociedad, debe haber un proceso en el cual primero adquiera sus propios valores con los cuales juzga sus acciones propias y las de los demás, y con los cuales inicia el proceso de intercambio con la comunidad<sup>44</sup>. Teniendo en cuenta lo planteado en el apartado anterior, la idea de buena vida refiere a un proceso que depende del diálogo con la comunidad y en esa misma medida, la creación de la identidad individual tiene esta misma naturaleza dialógica. Por esta razón, el proceso de creación de identidad y el reconocimiento de la comunidad se dan simultáneamente. La creación de la identidad está ligada a la búsqueda individual de unos bienes que el individuo encuentra deseables y persigue. la formación del sujeto no sucede en un vacío histórico y político, sino que depende del contexto del individuo<sup>45</sup>.

Para entender en que consiste la relación entre individuo y comunidad, es clave referirnos al concepto de reconocimiento. Este consiste fundamentalmente en que la persona se concibe

---

<sup>44</sup> Charles Taylor dice que este proceso de diálogo interno entre nuestros valores y los de nuestra comunidad nunca nos abandona: “Definimos nuestra identidad siempre en diálogo con, incluso en oposición a, los valores que nuestras personas más cercanas quieren ver en nosotros. Incluso si abandonan nuestras vidas -nuestros padres, por ejemplo-, la conversación con ellos siempre continúa en nuestro interior mientras vivamos” (traducción propia). Taylor, Charles (1992) Op. Cit. Pág. 33.

<sup>45</sup> La crítica de Sandel a la idea liberal sobre el individuo sin lastre (unencumbered self) en ese sentido es muy acertada: “Como un ser auto-interpretativo, estoy en capacidad de reflexionar sobre mi historia y en esa medida distanciarme de ella, pero la distancia es siempre precaria y provisional, el punto de reflexión no puede ser provisto finalmente por fuera de mi historia. La ética liberal pone al individuo más allá del alcance de su propia experiencia, por encima de la deliberación y la reflexión. Negando el autoconocimiento expansivo que podría dar forma a una vida en común, el individuo liberal se encuentra cautivo entre el desprendimiento ideal de un lado, y sus lazos históricos y personales de otro. Este es el destino del individuo sin lastre, y su promesa de emancipación” (traducción propia). Sandel, Michael J (1984) Op. Cit. Pág. 91

como parte de una comunidad y ello se da efectivamente, en la medida en que los miembros de la comunidad lo consideran como parte de esta. La identidad se construye en un proceso contingente que implica tomar opciones respecto de valoraciones sobre la buena y mala vida, y esas opciones pueden llegar a repercutir así mismo en la comunidad de la cual el individuo hace parte. Desde el punto de vista del individuo, a lo largo de su vida suceden circunstancias en que los valores de la comunidad chocan con sus propios deseos y fuerzan a retar sus preconcepciones sobre la buena o mala vida<sup>46</sup>. Si acata los valores y principios de la comunidad, debe restringirse de ciertas acciones disonantes con dichos valores y principios, si decide retarlos, debe enfrentar las consecuencias de esa decisión. Difícilmente un ser humano dentro de una comunidad encuentre en todos los casos que los valores y principios que su comunidad sigue son justos, equitativos y direccionados permanentemente al bien común. Aún si existiera un individuo que entiende y acata la totalidad del sistema de normas al que su comunidad lo somete, puede haber un punto de disloque entre lo que la comunidad quiere y lo que el mismo individualmente desea.

Un ejemplo de la situación descrita Antígona<sup>47</sup>, la famosa tragedia de Sófocles. En esta ficción, la hija de Yocasta y Edipo se enfrenta a la ley de Tebas oponiendo la ley divina. Se vio en esta situación porque sus dos hermanos, Polinices y Eteocles se dan muerte el uno al otro. Eteocles muere defendiendo Tebas mientras Polinices tiene el mismo destino atacando la ciudad. Ante estos hechos, el rey Creonte decide que Polinices no puede ser enterrado con los ritos funerarios propios de la ciudad y los dioses, y debe ser dejado a la intemperie para que los elementos se ocupen de acabar con su carne y sus huesos, mientras Eteocles recibe las honras fúnebres propias de un héroe. Antígona se entrevista con el rey, y le suplica que permita dar un entierro digno a ambos por el amor filial que los une. Creonte se niega porque en su papel de rey, debe hacer cumplir las leyes que los ciudadanos se han dado a sí mismos.

---

<sup>46</sup> La búsqueda individual del deseo y su expresión como una fuerza política es parte central de Luxon, Nancy “Ethics and Subjectivity: Practices of Self-Governance in the Late Lectures of Michel Foucault”, 36 *Political Theory*, 377-402 (2008).

<sup>47</sup> Este ejemplo está basado en el análisis que realiza Axel Honneth sobre los principales postulados del psicólogo George Herbert Mead: “ Para los sujetos individuales, el mundo de experiencias psicológicas puede emerger únicamente en el momento en el cual el individuo se encuentra con dificultades en llevar a cabo un plan de acción preconcebido en el cual su interpretación de la situación, que hasta ese momento había sido objetivamente confiable, es privada de su validez y separada del resto de la realidad, calificándola como una noción meramente subjetiva” (traducción propia) Honneth, Axel, *Struggle for Recognition. The Moral Grammar of Social Conflicts* (The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1995). Pág. 72.

A este reclamo, Antígona opone la ley divina, que excede en jerarquía a la ley de los hombres<sup>48</sup>. Movida por la creencia de que hay una ley superior a la de Tebas, Antígona da sepultura de acuerdo con las costumbres a su hermano rebelde en contra de la orden del Rey. La obra termina con la orden de Creonte de dar muerte a Antígona por desobedecer la orden del soberano de Tebas. Se le condena a ser enterrada viva y ella decide ahorcarse para no sufrir martirio. Al final de la obra, con su familia muerta por las consecuencias de sus acciones, Creonte se lamenta de haber desoído la ley superior.

Como en el caso de Antígona<sup>49</sup>, es posible que un individuo cualquiera pueda llegar a estar en tensión con los valores y normas de una comunidad -en mayor o menor medida-. Cada ser dentro de la comunidad seguramente puede encontrar que las normas que la misma ha establecido no son apropiadas en algunos casos, o no contemplan casos que deberían, o son abiertamente omisivas, etc. Este choque entre la norma y el deseo puede terminar de varias maneras, por ejemplo, en un cambio institucional y normativo, en la resignación o en la decisión de desobedecer la regla. En el caso de Antígona, la disyuntiva al respecto sobre si respetar la regla que su comunidad tiene dispuesta para el caso o buscar un cambio basado en el mérito de su caso particular implica dos cosas. La primera es la reflexión respecto de su caso; Antígona debe ponderar qué es más importante para ella, la orden de su rey o el respeto a la ley divina. El proceso interno dará por resultado un principio moral que se antepone a otro, una idea de buena o mala vida que está dada por la confrontación entre valores<sup>50</sup>, la resultante de esta ponderación estará dada por razones lógicas o psicológicas,

---

<sup>48</sup> “...yo le enterraré. Hermoso me es morir haciéndolo. Con su amor yaceré con él, que mi amor tiene, habiendo cometido un piadoso delito, pues es más largo el tiempo que debo complacer a los de abajo que el que deba agradar a los de aquí, ya que he de yacer allí por toda la eternidad. Tú, si te parece bien, menosprecia las cosas que tienen los dioses en aprecio” Sófocles, Gil, Luis (trad.) *Antígona* (Penguin Random House, Bogotá, 2015) Pág. 35.

<sup>49</sup> Hegel utiliza el ejemplo de Antígona como la lucha entre la ley divina y la ley terrena. Mi uso de la tragedia se enfoca más a la consideración de acuerdo con la cual Antígona se encuentra en un conflicto entre las leyes y buenas prácticas que su comunidad observa y lo que ella considera lo adecuado para el caso.

<sup>50</sup> “Negar la existencia de una sola y verdadera moral, o de que el entendimiento moral está dado por cierto contenido, no es decir que los seres humanos eligen una moralidad en la misma forma en la que elige un cereal para su desayuno, o dado que la moralidad es una mera convención, no hay una verdad moral. Mi reclamo es aquel de acuerdo al cual el entendimiento moral de una persona es descifrable a través de los términos de lo que esa persona considera virtuoso, y de que esa verdad moral sea patente para la persona que tiene la capacidad y la voluntad de ejercerla por su propio razonamiento y entendimiento reflexivo: construyendo el tipo de integridad que es una expresión de su virtud, [...] es sólo a través de la virtud vista desde el punto de vista personal que una persona puede desarrollar amor por sí mismo...” (traducción propia) Chazan, Pauline, *The moral self* (Routledge, London, New York, 1998) Pág. 160.

pero revela lo que Antígona entiende por fundamental *-no sería yo sí...-*. Una vez tomada la decisión, Antígona debe enfrentarse a la norma de su comunidad o a sus convicciones sobre la ley superior y afrontar lo que su decisión produzca. En el caso descrito, lo que se observa es un proceso de argumentación complejo entre Antígona y Creonte y en la que se involucrarán normas jurídicas y principios morales que justifican esas normas. Esta interpelación entre las razones de Antígona y su comunidad parte del supuesto de que su comunidad entiende que Antígona tiene una razón para actuar de la manera en que lo hace y aun si no están de acuerdo con el comportamiento o la decisión, están en capacidad de entender que estaba motivada para tomarla y que las consecuencias que de ella se sigan, deben ser asumidas por ella.

Siguiendo con el ejemplo, el comportamiento de Antígona estaría así mismo condicionado por su concepción de lo que sería una vida buena y que incluye aquellos valores que ella asume como propios y que configuran su identidad personal. Antígona en este caso, sopesa todos los eventos y conocimientos racionales que posee hasta llegar a un punto en el que debe ponderar si obedecer la norma de Creonte es compatible con su concepción de buena vida, lo que lo lleva a una decisión que resuena con su idea de virtud y pondera los elementos que la componen. Esto es lo que constituye al fondo la identidad, lo que Martín Lutero expresara cuando dijo *Hier stehe ich. Ich kann nicht anders* (Aquí estoy, esto soy, no puedo hacer algo distinto). El ejemplo ofrecido muestra que la construcción de la identidad puede experimentarse como una experiencia personal y solitaria, pero está mediada por muchos estímulos provenientes de la circunstancia en la que se encuentre el individuo. No se trata de una experiencia autocontenida y solipsista, sino que requiere de cierto antagonismo y pugna del sujeto con su medio social. Particularmente esta tensión en el ejemplo está planteada en términos de normas, principios y valores, que pueden bien ser jurídicos o morales. La construcción identitaria no es un proceso exclusivamente individual; la disonancia entre lo que el individuo *debería* entender por buena vida y lo que efectivamente entiende, genera impacto en el cuerpo social<sup>51</sup>, La constitución de identidad tiene un efecto político, que se

---

<sup>51</sup> Así lo entiende Paul Ricoeur: “Hemos llamado también poder-en-común a la capacidad que tienen los miembros de una comunidad histórica de ejercer, de modo indivisible, su querer-vivir-juntos, y hemos distinguido cuidadosamente este poder-vivir-en-común de la relación de dominación en la que se instala la violencia política, tanto la de los gobernantes como la de los gobernados. El poder-sobre, injertado en la

genera cuando los individuos toman decisiones basados en razones morales propias y se ven interpelados por otros miembros de la comunidad. No todas las decisiones requieren un cálculo moral, pero las que lo requieren – como el caso de Antígona - normalmente contrastan las ideas de virtud del agente y las de la comunidad a su alrededor.

La base del diálogo entre el individuo y la comunidad es el reconocimiento: el ejercicio mediante el cual el individuo se hace parte de una conversación en su comunidad; conversación que es política en la medida en que incumbe la forma en la cual la comunidad asume discusiones públicas. Este proceso así relatado pudiera parecer sencillo, pero implica al menos dos cosas: la primera, que, si un individuo no logra ubicar su visión sobre los valores sociales en el debate público, esta visión no tendría discusión y por lo tanto no habría consecuencias prácticas de esa forma de ver la buena vida y dos, aún en un debate público sobre valores que deben predominar en una sociedad o comunidad no hay garantía de que haya efectivamente una reivindicación si la postura es minoritaria y a pesar de ubicar el discurso, no llega a transformaciones políticas y jurídicas concretas. Teniendo en cuenta estas dos objeciones, si una forma particular de una minoría de ver la buena vida riñe con la mayoritaria, la minoría puede verse inclinada a plantear su reclamo en términos jurídicos para que el Estado provea las condiciones en las cuales la forma de ver la buena vida mayoritaria y minoritaria puedan coexistir sin anularse. Siendo así, el proceso de reconocimiento puede llegar a cambios efectivos en los sistemas legales que den soluciones a problemas de identidades minoritarias, sin que esto signifique que pueden ejercer su plan de vida sin oposición. Se trata de hasta qué punto los individuos que tienen una idea de buena vida minoritaria pueden ser parte de la comunidad y en esa medida, ser reconocidos. Vale la pena preguntarse si el reconocimiento implica que la comunidad asimila a tal punto el pluralismo moral, que ha creado un orden político y jurídico que elimina las barreras para la creación de planes de vida diversos, lo que implica modelos diversos de moral, virtud e identidad. O si implica exclusivamente la consolidación de algunas estructuras jurídicas de

---

disimetría inicial entre lo que uno hace y lo que se hace al otro —con otras palabras, lo que este otro padece— puede considerarse como la ocasión por excelencia del mal de violencia. La pendiente descendiente es fácil de jalonar desde la influencia, forma suave del poder-sobre, hasta la tortura, forma extrema del abuso”. Ricoeur, Paul (2006) Op. Cit. Págs. .233-234.

protección y reclamo en casos puntuales<sup>52</sup>. A su vez esta pregunta genera otra: ¿Es posible exigir a las mayorías que interiormente realicen un proceso de introspección y en consecuencia amplíen creencias de su idea de buena vida?<sup>53</sup> Lo más posible, es que un régimen liberal<sup>54</sup> tienda a responder negativamente. Sería igualmente lesivo dentro del liberalismo señalar al ciudadano que debe incluir la idea de virtud en un sentido u otro. Dentro de la teoría liberal, el Estado no puede interferir en la formación del alma del ciudadano<sup>55</sup>. Así pues, el reconocimiento que puede tener lugar en una comunidad política- de valores liberales- proviene de instituciones legales que protegen el desarrollo de la individualidad y la libertad de iniciar debates públicos. El lugar común que requieren entonces los ciudadanos es no negarse entre ellos -y por supuesto no por parte del Estado- ese mismo estatus de ciudadano. Esta mínima forma de reconocimiento implica que los miembros de la comunidad ven en el otro los derechos que entienden que tienen vigencia. De acuerdo con Michael Walzer: “La experiencia de la ciudadanía exige el previo reconocimiento simple- Tal vez sea esto lo que significa la expresión “respeto igualitario”. Podemos conferirle cierto sentido positivo: cada ciudadano posee los mismo derechos legales y políticos, el voto de cada ciudadano cuenta de la misma manera, mi palabra en los tribunales posee el mismo peso que la tuya”<sup>56</sup>. Todo lo anterior apunta a que el reconocimiento no implica *estar de acuerdo* con el otro, sino entender que cada ciudadano por el sólo hecho de ser parte de la comunidad, está facultado para mantener un diálogo desde su idea de virtud hacia la idea de la comunidad. ¿Esta forma de reconocimiento es suficiente para hacer operativos los derechos que otorga ser ciudadano?

---

<sup>52</sup> Lo que parece estar claro es el papel central de un ordenamiento jurídico orientado hacia fines de protección de la individualidad es fundamental para que la comunidad ofrezca reconocimiento. Dice Honneth: “En estas situaciones históricas excepcionales [en las cuales grupos sociales determinados discuten la denegación de derechos básicos desde la perspectiva de como el apartamiento del reconocimiento perjudica la oportunidad del auto respeto individual] – como aquellas representadas en las discusiones de los derechos civiles en la década de 1950 y 1960 en EEUU- la importancia psicológica del reconocimiento legal (auto respeto) de comunidades tradicionalmente excluidas rompe la superficie lingüística: en las publicaciones relevantes que usualmente pueden encontrarse se establece como la invisibilización legal necesariamente lleva a un debilitante sentido de vergüenza social, del cual el individuo puede únicamente liberarse a través de la protesta activa y la resistencia” (traducción propia). Honneth, Axel. (1995) Op. Cit. Págs. 120-121.

<sup>53</sup> Es importante distinguir entre tres niveles morales: el del individuo en cuanto a si mismo (la idea de buena vida), la moral de un grupo con la cual el individuo se identifica (la idea de buena vida que comparte con otros) y la moral de la sociedad en general.

<sup>54</sup> Sobre este tema en particular habrá un desarrollo en el segundo capítulo, donde se abordará la idea de neutralidad liberal.

<sup>55</sup> Expresión de Kwame Anthony Appiah en *Ética de la identidad*.

<sup>56</sup> Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia* (Fondo de Cultura Económica, México ,2015) Pág 288.

Volvamos al ejemplo. Antígona se rebela contra el sistema para salvar el honor de su hermano y su descanso en el más allá. Supongamos que por su pericia en la oratoria logra establecer un argumento de tanta fuerza, que Creonte falla a su favor. Polínicos es enterrado con las pompas funerarias idénticas a las de Eteocles. ¿Cómo se sentirían los miembros de la comunidad que tuvieron que aceptar que sus familiares fueran dejados en las murallas de la ciudad en el pasado por haberse rebelado contra el legítimo rey de Tebas?, algunos seguramente lo aceptarían y lo verían como un avance en materia de derechos. Pero aquellos de ellos que no compartan esa visión, podrían entender de distintas maneras la decisión. Podrían pensar, por ejemplo, que Antígona manipuló el sistema y pervirtió sus principios, o que Creonte erró su interpretación de buena o mala fe. Estos miembros de la comunidad pueden sentirse inclinados a, por ejemplo, ver a quienes se vean beneficiados por el nuevo precedente creado por Antígona, como personas que aprovechan un error de interpretación para lesionar a la comunidad, o incluso, como infractores de un valor moral, y es posible que algunos de esos inconformes buscaran bloquear el rito funerario de los rebeldes. Lo que trato de ejemplificar, es que es posible que incluso las adjudicaciones que otorgan derechos y avances en materia de derechos básicos pueden persuadir a miembros de la comunidad de que de alguna manera se ha roto el sistema, por lo que la forma de oponerse a esta ruptura institucional es bloquear en lo posible, la aplicación de esa forma de “ilegitimidad”. La solución a esa percepción de ruptura del sistema jurídico puede encaminarse a una reforma legal que corrija el “error” de juicio de Creonte. En cuanto a la percepción de infracción moral, queda el reproche y la sanción social. En últimas, la consecuencia de que Antígona sea efectivamente una ciudadana y goce de reconocimiento es que puede ejercer los derechos que su comunidad juzga como básicos, pero el reconocimiento – a este nivel al menos- puede no ser una herramienta definitiva para la aplicación de estos.

El proceso en el que el individuo crea su identidad y se integra como un sujeto dentro de una comunidad política no puede separarse de la discusión sobre lo qué es y significa ser libre. Si la libertad debe ejercerse en un pacto civil y la autodeterminación dentro de ese pacto implica construir una idea de lo bueno, la aplicación de esa idea de lo bueno particular puede tener efectos políticos. En una comunidad homogénea, donde los valores son generalmente

aceptados por sus miembros y hay consensos muy generalizados sobre la idea de lo bueno, el espacio político puede que mantenga líneas básicas sobre algunos asuntos centrales. Estos consensos no son extraños en comunidades liberales<sup>57</sup>- sin que esto quiera decir que el liberalismo sea opuesto al pluralismo- y prueba de esto es que en este tipo de comunidades hay similitudes sobre cuáles son los derechos ordinariamente protegidos (vida, salud, autonomía, dignidad, etc.). La interpretación de estos bienes y sus aplicaciones está en debate constante, y las distintas maneras de entender, por ejemplo, qué es y cómo se protege el derecho a la vida, es donde la visión particular de virtud tiene un rol en la construcción política del valor de la vida. El supuesto para que un individuo o un grupo de ellos puedan en debate público exponer su idea particular respecto del derecho a la vida, por ejemplo, es ser libres.

La construcción de identidad implica elegir ideas sobre lo bueno y lo malo; estas ideas que formamos como individuos no se crean en el vacío, sino que provienen de la comunidad en la que vivimos. Su origen es político, y su consecuencia es también política porque la manera en la que el individuo practica esos valores impacta en su comunidad. Tener un lugar en la comunidad para vivir esos valores es el reconocimiento. Poner el reconocimiento al centro de la libertad, implica pensar que la identidad y el reconocimiento no son fenómenos aislados, sino que tienen consecuencias políticas para el individuo y para su cuerpo social, por lo que la formación de la identidad y el reconocimiento son parte constitutiva de la libertad civil. No integrar en la conversación comunitaria sobre la buena vida al individuo con una idea minoritaria de la misma, es marginarlo del espacio político de la comunidad, y esto implica no dialogar con su forma de ver la buena vida. La consecuencia de lo anterior es la ausencia de reconocimiento, que puede entenderse como una forma de excluirlo del pacto y en esa medida de eliminar la posibilidad de vivir de acuerdo con una forma de ver la buena vida y un sentido de ser libre. Así, una idea de la buena vida por fuera de la discusión de la

---

<sup>57</sup> Norberto Bobbio señala que los derechos tienen tres fundamentos en occidente: primero, la deducción de estos desde la naturaleza humana (derecho natural). Segundo, las tesis ético-racionalista que argumentan que desde el ejercicio de la razón es posible encontrar cuales son las condiciones elementales de la humanidad y, en tercer lugar, el argumento constructivista, que encuentra que los derechos son consensos políticos sobre (lo que Rawls llamaría) bienes públicos fundamentales en un momento determinado de la historia. Ver: Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos* (Editorial Sistema, Madrid, 1990) Págs. 64 y 65 Y Rawls, John (2012) Op. Cit. Pág. 95.

comunidad implica marginarla a un espacio donde la misma no entra dentro de las posibilidades socialmente aceptables de existir. Estas formas de vida representan una afrenta a valores profundos de la mayoría de los individuos de la comunidad y en algunos casos, es posible que integralmente los miembros de la comunidad crean que es imperioso condenar estilos de vida y conductas determinadas. Como ejemplo de lo anterior, pocos discutirían si el homicidio debe ser delito y si las formas de la buena vida que implican esa conducta deben ser protegidas. En casi la totalidad de los casos, los individuos de la comunidad propugnarían por hacer inaceptables esas conductas y formas de vida que incluyen el asesinato como una práctica corriente. Este tipo de “casos fáciles” son engañosos, porque ilustran bien que hay proyectos de vida que una comunidad razonablemente rechazaría de plano, pero no responde por qué hay planes de vida que no causan lesiones a otros individuos o a la comunidad, pero aun así o son ilegales o son moralmente reprobables. Ronald Dworkin sintetiza esta cuestión de este modo: "Dado que un reto a un valor profundamente incrustado y genuino de la moralidad pública podría razonablemente amenazar la existencia de la comunidad, y por tanto ese valor debe ser puesto por encima del umbral del quehacer legal, ¿cómo podríamos distinguir entre un peligro claro y presente que justifique no sólo escrutinio, sino acción? ¿Qué es necesario más allá de una apasionada desaprobación popular para mostrar que se está en presencia de una amenaza real?"<sup>58</sup>.

La preocupación está centrada en determinar que se pone por fuera de la legalidad a sabiendas de lo que dejar de lado significa. La pregunta no sólo es importante desde el punto de vista legal, sino desde lo político. Dependiendo de dónde se pongan los límites de lo discutible en comunidad, se cobijan o no formas de virtud determinadas, lo que implica reconocimiento o no a identidades. Estas decisiones tienen en la práctica consecuencias a las que la autodeterminación está sometida. En el siguiente apartado, trataré las consecuencias que tiene para la autodeterminación existir en un contexto, y daré las razones por las cuales la autodeterminación no es absoluta, y existe dentro de los confines de una comunidad política.

---

<sup>58</sup> (Traducción propia) Dworkin, Ronald. (1978) Op. Cit. Pag. 245. Al respecto vale la pena ver la reflexión de Hans Lindahl sobre los límites autoimpuestos del derecho, lo que nombra y lo que excluye, y lo que significan estas decisiones: “¿Cómo deberíamos responder a una a-legalidad cuando ponemos los límites de un ordenamiento legal? Y esto significa: ¿cómo lidiamos con las fronteras como límites y como fisuras?” (Traducción propia) Lindahl, Hans, *Fault Lines of Globalization. Legal Order and the politics of a-legality* (Oxford university press, Oxford, 2013) Pag. 227.

#### 1.4 La autodeterminación y sus límites

Hasta acá, se ha discutido la tesis de que la libertad política puede concebirse como un derecho que implica poner en discusión una idea de virtud, esto es un conjunto de valores, que configuran las identidades que los individuos pueden escoger y pueden llegar a tener reconocimiento dentro de la comunidad política. En esencia, el argumento general se dirige a poner en contexto la idea de libertad, criticando los supuestos teóricos que dentro del liberalismo sostienen que la autodeterminación es el elemento central de la idea de libertad. En esta sección, argumentaré que existen límites de la autodeterminación<sup>59</sup>, que están dados por las prácticas político-morales de las sociedades liberales.

Para iniciar, no es posible hablar de comunidades políticas occidentales en los últimos doscientos años sin incluir el establecimiento de las democracias modernas. Al respecto, Adam Przeworski señala que:

“la ciudadanía moderna involucra un conjunto de derechos predecibles y justiciables y de obligaciones correlativas para cada miembro de la comunidad política. La democracia y la ciudadanía eran coextensivas en muchos de los Estados nacionales del siglo XIX en Europa, dado que la membresía a la comunidad política estaba restringida legalmente a aquellos que eran capaces de ejercer sus derechos políticos junto con sus obligaciones [...] con el advenimiento del sufragio universal, se convirtió en una condición definitiva de la democracia que todos los individuos deben tener la capacidad de ejercer como ciudadanos los mismos derechos y obligaciones”<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Entendiendo por autodeterminación: “El ser autónomo es el autor de su propia vida. El ideal de autonomía personal es el de una persona controlando, hasta cierto punto, su propio destino, dándole forma a través de decisiones sucesivas a través de su vida” (traducción propia) Raz, Joseph, *The Morality of Freedom* (Oxford University Press, Oxford, 1986). Pág. 369.

<sup>60</sup> (Traducción propia) Przeworski, Adam (Ed), *Sustainable Democracy* (Cambridge University Press, Cambridge, 1995) Pag 34.

En este pasaje, Przeworski argumenta que la regla democrática implica que los individuos someten a la decisión política los dilemas fundamentales de su sociedad, y que, en ese intercambio de argumentos, los individuos involucran su idea de lo que la justicia es<sup>61</sup>. Cómo funciona este tipo de mecanismo puede observarse en la labor del legislativo, que funciona como foro de discusión de problemas públicos, que se solucionan a través de normas jurídicas. Las leyes son debatidas por los representantes de la sociedad y se ponen en juego distintas concepciones de lo justo, enmarcadas en posiciones políticas de distintos espectros.

Para poder ejercer la libertad política, se asume que los individuos tienen la capacidad de formular juicios, de comprender cuáles son los valores que están en disputa y que implicaciones pueden tener para sus vidas. Esto a su vez implica que los individuos tienen la capacidad de construir sus propios planes de vida, es decir, de concebir lo que sería una vida buena para ellos<sup>62</sup>. La teoría del bien depende tanto de las preferencias que el individuo tenga respecto de su existencia como de los valores morales que el individuo observe. Poder ejercer ese tipo de juicios y actuar de una manera determinada que refleje la idea de buena vida, es lo que dentro del liberalismo es llamado autodeterminación. La crítica de Waldron a la idea de Rawls sobre su principio de justicia es replicable a ese respecto a la teoría del bien y la idea de autodeterminación. Los límites materiales de las ideas de la virtud practicables están dados por el contexto político y de esa misma manera, la teoría del bien. La idea de “bien” requiere un entendimiento sustantivo con consecuencias, por lo que no todo tipo de virtud es factible en democracias liberales como las contemporáneas. Si una idea de virtud determinada no puede tener lugar en la comunidad, entonces la autodeterminación como gobierno de uno mismo se encuentra también limitada.

Un ejemplo de lo anterior puede ser el partido político holandés del amor vecinal, la libertad y la diversidad (Party for Neighbourly Love, Freedom, and Diversity). Este partido fue fundado en 2006, su agenda política incluía la legalización de la pornografía infantil, bajar la edad de consentimiento para acceder a relaciones sexuales a los doce años y la de participar

---

<sup>61</sup> Al hacer una crítica al concepto de justicia que utiliza Rawls (justicia como imparcialidad), Jeremy Waldron argumenta que el concepto de justicia no está separado de una idea sustantiva de lo que las personas entienden por *justo*. Waldron, Jeremy, *Law and disagreement* (Oxford University Press, Oxford, 1999) Pag. 160.

<sup>62</sup> Se hizo alusión a este concepto anteriormente, pie de página 29.

en películas de adultos a los dieciséis. En 2010 y sin ganar ninguna posición en una corporación pública, el partido fue disuelto. Sin embargo, el desacuerdo alrededor de la existencia y valores que impulsaba el movimiento político llegó hasta las cortes holandesas en julio de 2006, donde organizaciones de derechos humanos solicitaron a los jueces que impidieran la participación de este partido en las elecciones generales. La corte encargada desestimó los cargos, sustentando su decisión en que incluso este tipo de partido tenía derecho a exponer su plataforma política, por más repugnante que pareciera a los votantes<sup>63</sup>. Desde el punto de vista puramente legal, este tipo de forma de ver la buena vida tiene el derecho de exponer su argumento -como lo encontró el sistema legal holandés-, pero de acuerdo con una encuesta, el 82% de los holandeses estaba en completo desacuerdo con las posiciones del partido. Lo anterior muestra que aun si el sistema legal promueve valores liberales y la autodeterminación, no todas las formas de ver la buena vida tienen cabida en una comunidad (o por lo menos no son mayoritariamente aceptadas) y las formas de ver la buena vida presentes en la comunidad deben estar dentro de un margen determinado.

Teniendo en cuenta la dificultad de la autonomía y la teoría del bien puestas en contexto, es claro que en el Estado y la sociedad tienen un rol en la creación tanto de la autodeterminación como en la teoría del bien individual<sup>64</sup>. El límite de hasta dónde puede tanto el Estado como el cuerpo político intervenir en la autonomía individual, es una cuestión fundamental en el marco de un régimen político que ha asumido como central garantizar la libertad de los ciudadanos. Una respuesta a esta pregunta que muestra la fuerte relación que hay entre la autodeterminación y el contexto social y político la ofrece Michael Sandel quien señala que<sup>65</sup> la formación del alma no sucede como un proceso racional, sino que esta elección está limitada por aspectos que tienen que ver con la situación en la que se encuentre el individuo. La situación histórica, política, geográfica, económica determina el marco de opciones que el individuo puede elegir para configurar su concepción de una buena vida. Así, lo que señala Sandel es que las personas por lo general no están en un estado de vacuidad y de opciones ilimitadas que se tienen a su paso, donde lo único que parece tiene importancia es la

---

<sup>63</sup> Dutch court lets paedophile party contest country's general election (Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2006/jul/18/topstories3.mainsection> recuperado el: 06/03/2019).

<sup>64</sup> Appiah, Kwame Anthony (2007) Op. Cit. Págs. 233 a 307.

<sup>65</sup> Sandel, Michael J (1984) Op. Cit.

construcción individual y la elección de valores que el individuo por su impulso elija. Los seres humanos, en general, se encuentran transidos por luchas internas sobre los valores que constituyen una vida virtuosa. La crítica de Sandel es que el ser sin lastre (unencumbered self) no existe en la práctica. Sin embargo, esto no implica que necesariamente toda la teoría del bien liberal y de la autodeterminación sufran una ruptura conceptual que les impida ser funcionales.

Es imposible pensar al individuo fuera de un contexto determinado; la vida que lleva una persona que sobrevive con menos de un dólar en Austin (EE. UU), diverge de la persona que se ve obligada a sobrevivir con menos de tres mil pesos colombianos en Medellín. Lo mismo puede decirse de personas con ingresos superiores en ambas ciudades e igualmente con cualquier otro tipo de distinción que pueda imaginarse. Si bien las circunstancias que diferencian a estas personas son importantes, la capacidad que tienen todos ellos de ser racionales sobre los medios con los que cuentan y cómo los utilizan para llevar una vida más o menos acorde a como desean existir permanece. Sin duda los críticos dirán que la capacidad de generar una idea de bien y de poder perseguirlo depende de los medios con que cuente el individuo, y esta crítica tiene peso, en la medida en que la influencia es corroborable, pero anular por completo la autodeterminación del individuo para reemplazarlo por contingencia parece una solución determinista. No se trata necesariamente de elegir sobre todas las posibilidades imaginables, sino de ejercer la capacidad de razonar dentro de los márgenes que la circunstancia requiere. Por supuesto, es mucho más difícil rehusar la comisión de un ilícito cuando se tiene una amenaza sobre un familiar o una necesidad imperiosa que si no existiera ninguna de esas circunstancias. La “razonabilidad” se encuentra no en elegir cualquier tipo de valor o cualquier estilo de vida, sino sopesar dentro de las opciones que se presentan al individuo cuál se ajusta mejor con la forma en la que existe. El individuo no puede separarse de su historia y su entorno, pero asumiendo que este contexto existe y que hace parte de la idea de buena vida del individuo (positiva o negativamente), existe una elección sobre el modelo de buena vida. Un individuo criado en valores católicos por sus padres y su comunidad puede desarrollar una actitud crítica o unirse a la comunidad religiosa. No en todos los casos se genera resistencia y tampoco en todos los casos los hijos de católicos

practicantes son practicantes. Puede existir una tendencia, pero esto no elude que el individuo puede -en un entorno liberal- cuestionar su medio y retar sus valores.

En esta medida, hay un primer límite a la autodeterminación que está dado por la naturaleza del mundo en el que los individuos existen. Sin embargo, hay otra dificultad que plantean los estados modernos de bases liberales. Teniendo en cuenta que en muchas ocasiones valores como la libertad, la igualdad, la dignidad humana y otros tantos son invocados como el contenido central de los programas políticos del liberalismo, vale la pena preguntarse si en algún caso, cuando estos valores chocan con las opciones autodeterminadas del ciudadano, el Estado puede intervenir para regular al individuo y evitar que este atente contra el contenido de estos mismos valores. Jeremy Waldron, se plantea<sup>66</sup> varias alternativas respecto de qué significa la dignidad humana<sup>67</sup>. Frente a este interrogante, Waldron sostiene que la idea de dignidad humana no es precisa y en relación con su alcance no hay un punto final en la discusión sobre que es la dignidad humana desde el punto de vista legal. Lo anterior explica por qué en el debate sobre los derechos humanos hay diversas interpretaciones sobre los derechos y como deben aplicarse. El derecho a la vida significa prerrogativas distintas para una persona que apoya la interrupción voluntaria del embarazo que para una que no lo hace. Tanto quien la apoya como quien no pueden acordar sobre la existencia e importancia del derecho, pero tienen una lectura sobre lo que demanda un examen acorde con la dignidad humana. Waldron muestra en su artículo que la dignidad puede tener distintas concepciones y que las mismas tienen un impacto en la forma en que se interpretan los derechos que se derivan de cada una de estas: “algunos dirían que nuestra dignidad consiste en haber sido creados a imagen de Dios. Otros dirían, como Kant, que nuestra dignidad está basada en la importancia metafísica de poseer capacidad moral, la habilidad de actuar bajo principios aun en contra del impulso o la inclinación, el sentimiento y cada elemento de interés propio que nos presiona a tomar la decisión contraria. Otros dirían que la dignidad está basada en nuestra

---

<sup>66</sup> Waldron, Jeremy, Is Dignity the Foundation of Human Rights? NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 12-73 (2013). (Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/13578561.pdf> recuperado el: 29/10/2018)

<sup>67</sup> Una de las acepciones que Waldron estudia es la dignidad como libertad y autonomía individual, en la obra de James Griffin. Waldron, Jeremy (2013) Op. Cit., Págs. 17 y 18

habilidad no metafísica de ser responsables sobre nuestra vida y el reconocimiento de esta habilidad en nuestros semejantes...”<sup>68</sup>.

Un ejemplo de lo anterior puede observarse en la intervención que en el año 2016 el alcalde mayor de la ciudad de Bogotá, Enrique Peñalosa, realizó en el sector conocido como “el Bronx”<sup>69</sup>. El mencionado sector, era notable por ser hogar de muchos habitantes de calle, así como un expendio de drogas masivo y un lugar donde muchos tipos de crimen tenían lugar a diario. Una vez se intervino esta zona, muchos de los consumidores habituales de drogas tuvieron que ser desalojados, pero al parecer, no existió un plan claro respecto de su reubicación. Lo anterior causó que muchos de dichos consumidores y adictos se esparcieran por la ciudad. El alcalde salió al paso de las críticas señalando que, de acuerdo con la doctrina vigente de la Corte Constitucional, es ilegal forzar a dichas personas a tomar un tratamiento, lo que implicó dejarlos a su suerte<sup>70</sup>. Sin enfocarse en otra problemática que esta puede plantearse esta pregunta: ¿Puede forzarse a una persona a tomar un tratamiento médico que lo ayude en su condición de dependiente de drogas ilegales teniendo como razón para esta intervención una concepción de dignidad humana?

Frente a este caso la Corte Constitucional tenía una línea argumentativa que señalaba, sin importar la precariedad de la persona, no es dado al Estado imponerle una recuperación forzosa. Suponiendo un punto de vista sobre los derechos fundamentales y la dignidad humana tenemos dos opciones: en una de ellas, para ejercer efectivamente la autodeterminación dentro de un contexto general de dignidad humana, el individuo tiene que guiarse dentro de una idea inicial de dignidad. La misma puede corresponder a un modelo de autocuidado y preservación de sí mismo. En este caso, la idea de dignidad implicaría obligar a una persona presa de la drogadicción a tomar un tratamiento. En otro sentido, es posible que la idea de dignidad esté asociada con permitir al individuo tomar decisiones aún si estas

---

<sup>68</sup> (traducción propia) Waldron, Jeremy (2013) Op. Cit., Págs. 27 y 28.

<sup>69</sup> Peñalosa intervendrá el deprimido sector del Bronx (Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/para-el-alcalde-no-puede-haber-una-republica-del-crimen-en-medio-de-la-ciudad/459047> recuperado el 21/09/2017).

<sup>70</sup> Qué dice el fallo sobre habitantes de calle que Peñalosa pide revisar (Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/dice-el-fallo-sobre-habitantes-de-calle-penalosa-pide-r-articulo-649420> recuperado el 21/09/2017).

lo perjudican. El texto de Waldron tiene una relevancia particular en cuanto al debate de la autodeterminación, dado que al final se trata de cuándo la comunidad, a través de sus representantes y las normas jurídicas, puede intervenir en la vida de sus asociados y decidir en su nombre. En este caso en particular, la Corte Constitucional tenía una posición clara sobre la imposibilidad por parte del Estado o sus delegados para intervenir en la decisión individual respecto de si el adicto quiere o no entrar a rehabilitación.

Aun así, el ejemplo resulta elocuente por el razonamiento que se puede seguir de él. En el estado de adicción a cualquier sustancia, la razón del individuo no puede ser rectamente ejercido, teniendo en cuenta que la sustancia que sea modifica el cuerpo y lo hace dependiente de la sustancia. Así, la “decisión” de permanecer consumiendo alguna droga de esta naturaleza no es realmente libre, en la medida en que los impulsos fisiológicos que llevan al consumo tienen una presión tal sobre el individuo que este es incapaz de controlarlos y tomar una decisión razonable. En esta medida, ¿podría estar el Estado facultado para forzar en un primer momento al adicto a recibir tratamiento, con el fin de que pudiera ejercer finalmente su autodeterminación cuando se viera libre de su adicción? Esta pregunta remite una vez más a la crítica de Sandel a Rawls y sobre el individuo sin lastre.

Tanto Sandel como Waldron argumentan que la teoría del individuo en el liberalismo está basada en supuestos que materialmente son impracticables, en la medida en que los seres humanos se encuentran sometidos a muchas circunstancias que no permiten un ejercicio abstracto de la razón, lo que es el supuesto de la autodeterminación. Frente a esta crítica se podría responder que la autodeterminación no implica racionalidad perfecta ni una libertad absoluta. Una visión minimalista de la autodeterminación se concreta en el plan de vida que el individuo quiera perseguir y la forma en que lo hace. Volviendo al caso de los adictos y la facultad o no del Estado para incentivar a los individuos a seguir una idea de la buena vida específica, dentro de una idea de dignidad humana determinada, la intervención estaría justificada. En uno donde este ideal abstracto de vida buena general no existe, la intervención del Estado no tiene lugar. La primera alternativa es lo que se conoce como perfeccionismo moral, que supone que hay unas formas de vida que son beneficiosas para el individuo y por

lo tanto esas deben ser incentivadas, mientras las que son dañosas deben ser desincentivadas<sup>71</sup>.

De cualquier forma, el Estado debe obedecer a una jerarquía constitucional sobre unos valores que tienen prelación sobre otros, como por ejemplo el catálogo de derechos y su prevalencia sobre otros órdenes jurídico-normativos<sup>72</sup>. Puesto de otro modo: no somos libres individualmente -tal vez si como cuerpo político- de decidir qué derechos están reconocidos como fundamentales constitucionalmente, sino que estos se establecen con la pretensión de ser generales y abstractos. Al menos en esta forma dependemos como individuos de una forma particular de ver “lo fundamental”. ¿Esta elección de valores reta la autonomía individual? La respuesta desde el liberalismo sería que estos valores no remiten a una concepción sustantiva de buena vida específica, sino que son beneficiosos para todos los individuos, independientemente de la idea de buena vida que puedan desarrollar. La autonomía se desarrolla desde esa base porque son valores que desde muchas formas distintas de ver la buena vida tienen una alta jerarquía. Esta idea tiene sintonía con el consenso traslapado rawlsiano: “puede haber, en efecto, diferencias considerables entre las concepciones de justicia de los ciudadanos, siempre que estas concepciones conduzcan a juicios políticos similares, y ellos es posible ya que premisas diferentes pueden producir una misma conclusión”<sup>73</sup>. Puesto de otro modo: si bien hay pugnas en las formas de ver la buena vida entre individuos y entre mayorías y minorías, hay puntos de acuerdo sobre los cuales muchas formas de virtud distintas pueden coincidir. Por ejemplo, en el respeto a la vida, a la libertad o a la igualdad. Si bien para distintas formas de ver la buena vida hay distintas concepciones sobre qué significan estos derechos, lo cierto es que hay acuerdo sobre la

---

<sup>71</sup> Esta definición de lo que el perfeccionismo moral involucra es muy amplia, hay buenos argumentos respecto del perfeccionismo o alguna forma de él, como en los capítulos 5 y 6 de *Morality of freedom* de Joseph Raz, o la idea de virtudes cívicas del republicanismo de las que habla Pettit: “(...) las leyes republicanas deben estar imbricadas en un sistema de normas civiles, de este modo, podría haber dicho que las leyes republicanas deben estar apoyadas en el hábito de la virtud cívica o de una ciudadanía correcta- por sus hábitos, como solemos decir, de civilidad- si es que han tener alguna oportunidad de prosperar [...] uno de los temas recurrentes en la tradición es que la republica requiere un base de difundida civilidad; la república no puede prevalecer con la ley exclusivamente” (Traducción propia) Pettit, Philip, *Republicanism. A theory of freedom and government* (Oxford university press, Oxford, 2002) Pag. 245.

<sup>72</sup> Rawls dirá que estos valores son tales dado que encajan en el modelo de consenso traslapado. Rawls, John (2012) Op. Cit., Pág. 352.

<sup>73</sup> Rawls, John. Ibidem.

importancia de la consagración constitucional de los mismos. La batalla puede ser interpretativa pero no sustantiva en el sentido en que no hay un reclamo de base sobre si debe consagrarse (por ejemplo) la libertad religiosa en la constitución.

Aún más, el Estado debe formar a los individuos en la autonomía, porque de ello depende el mantenimiento de la sociedad como espacio de la pluralidad. Es razonable pensar que el Estado debe dar las herramientas a los individuos para que puedan juzgar de forma independiente y de acuerdo con su forma sustantiva de ver la buena las opciones que a lo largo de su vida se les presentarán. Esta es la tesis que presenta Anthony Appiah en su *ética de la identidad*:

*“los enfoques democrático-liberales de la educación se han caracterizado por involucrar [...] el bien del individuo: preparar al niño para una existencia autónoma. (...) [esto] tiene que ver con el bien del sistema político: un orden político que se perpetúa a sí mismo no puede permanecer indiferente a la promulgación de, al menos, algunos de sus principios constitutivos. (Se trata de una versión de la sentencia pronunciada por el arquitecto de la educación de John Stuart Mill, su padre, James: ‘El fin de la educación es transformar al individuo tanto como sea posible en un instrumento de felicidad, primero para sí mismo y después para otros seres’)”<sup>74</sup>.*

Aún si el razonamiento de distintos tipos de personas transita por distintos puntos, pueden estar de acuerdo con que, en la práctica, hay una necesidad de promover ciertos valores básicos en sociedad. Visto de forma inversa, si la educación que reciben los niños y los jóvenes de manera general resultara contraria a lo que el grueso de la sociedad considera apropiado, la idea de consenso traslapado se fracturaría y generaría un debate sobre los currículos de los colegios y universidades<sup>75</sup>. El límite, siguiendo a Appiah, es que la

---

<sup>74</sup> Appiah, Kwame A. (2007) Op. Cit. Pág 292.

<sup>75</sup> Vale la pena advertir que la idea de consenso traslapado no necesariamente llega a valores inclusivos y liberales. Una sociedad guiada por valores machistas, por ejemplo, puede tener un consenso traslapado respecto de no dejar que las mujeres puedan heredar, o tener propiedades a su nombre. No necesariamente los acuerdos generales sobre lo fundamental generan inclusión. Sin embargo, al menos en Estados liberales, hay cierta hegemonía de derechos individuales que en general, los individuos encuentran como positivos.

formación de los ciudadanos los haga seres con capacidad de tomar decisiones autónomas de acuerdo con el raciocinio que deben aprender a desarrollar para ser miembros del cuerpo político. La respuesta es ambigua al menos en un sentido: Puede que no se trate efectivamente de un tipo de conocimiento que “haga más libre” al individuo, sino de darle suficientes herramientas para que por sí mismo pueda arribar a conclusiones en su propio modelo de pensamiento. Es importante decir que “más autónomo” no significa necesariamente “más racional”. La autonomía incluye también asumir formas de pensamiento por fuera de la racionalidad, y los estados liberales tienden a proteger el libre credo individual.

A lo largo de esta sección, he tratado de mostrar que la autodeterminación está sujeta al menos a dos variables: la primera, la circunstancia puntual del individuo, que depende de su posición económica, momento histórico, creencias personales, etc., segundo, los principios que los estados liberales defienden como neutrales pero que también implican una orientación hacia el mantenimiento de un tipo específico de sociedad con valores determinados. Esto en términos prácticos significa que la autodeterminación tiene límites políticos y sociales. Lo cual no quiere decir que se extinga la posibilidad de autoría de sí mismo del individuo, lo que se realza más bien es la importancia de la interacción entre el individuo y su entorno social. En la medida en que una sociedad construye los límites de lo que considera aceptable y los individuos desarrollan su plan de vida dentro de condiciones de existencia, la autodeterminación no puede ser considerada como una fuerza independiente del contexto. Teniendo en cuenta estas precisiones, cobra más importancia el entendimiento del pacto civil como la condición de posibilidad que permite a los individuos interactuar entre ellos desarrollando sus vidas como parte de una comunidad.

### 1.5 La ley y la libertad

En las tres últimas secciones discutí el valor del pacto civil como el lugar de la libertad, el reconocimiento y la identidad como procesos políticos que configuran al individuo y los límites del concepto de autodeterminación. En general, he analizado la postura liberal que supone que la libertad individual está en el ejercicio de la autodeterminación. He argumentado que la autodeterminación sólo puede existir si se es parte de una comunidad

política, lo que hace que la discusión pública -que es posible por la existencia de un pacto civil- de los límites de la libertad, se parte de *ser libre*. También he discutido la crítica a la teoría liberal en relación con el supuesto de que el individuo está en un vacío histórico, político y filosófico, centrando la autodeterminación como autoría de uno mismo como característica principal de la libertad. Dicha crítica se ha encaminado a plantear que la autodeterminación está situada en concreto, y que la discusión pública de valores es parte esencial de esos límites de la autodeterminación, lo que implica la creación de una identidad -formación de la idea individual de virtud- dentro de un entorno cultural y la posibilidad de tener un diálogo con la comunidad como forma de reconocimiento.

Para cerrar este capítulo, quiero discutir qué significa ser libre desde la perspectiva legal. En general, la ley es una manifestación de fuerzas políticas que crean senderos de conducta y que expresa valores comunitarios y que, sin leer en esa clave cultural, la ley es inaplicable<sup>76</sup>. Si el pacto civil es el medio por el cual los ciudadanos son libres, debe ser la ley la que hace posible el pacto y donde se establece lo que significa ser libre. Para analizar la relación entre el derecho y el desarrollo de la libertad, analizaré, en un primer momento, las tesis que Axel Honneth expone en su libro *El derecho a la libertad*. En este texto, Honneth ubica la libertad en tres contextos: el jurídico, el moral y el social. La libertad jurídica se entiende como el ejercicio de la autonomía privada. En el modelo legal la libertad tiene que ver con el reconocimiento recíproco de personas que se consideran a sí mismas como seres racionales<sup>77</sup> y que por ende se reconocen como “personas que tienen el derecho a decidir por sí mismas”<sup>78</sup>. La libertad jurídica depende de la capacidad del individuo de formar un juicio del mundo, si puede percibirlo a través de sus sentidos como la mayoría de las personas lo hacen y actuar de forma concordante con este. Esta idea de libertad jurídica se apoya fuertemente en los mismos supuestos desde los cuales se articula la autodeterminación desde el

---

<sup>76</sup> Esta es una posición situada dentro de un debate sobre qué es lo que compone lo que llamamos ley. Si se trata de las disposiciones o prescripciones legales, o si para interpretar correctamente lo que la ley es, debe haber consideraciones por fuera de la ley que integren prácticas y valores del escenario social donde la ley se desenvuelve. Mi posición en este respecto se encuentra marcada dentro de la segunda postura, donde para saber que es la ley es necesario leerla más allá del sistema jurídico y entender donde se desenvuelve. Esta posición es defendida primordialmente por Ronald Dworkin en: *Law's Empire* (Harvard Press, Cambridge, Massachusetts, 1986). Una postura dentro de este espectro es rescatada en: Greenberg, Mark, How facts make law, 10 *Legal Theory*, 157- 198 (2004).

<sup>77</sup> Honneth, Axel (2017) Op. Cit., Pág. 113

<sup>78</sup> Ibidem.

liberalismo. En gran medida, las codificaciones civiles del siglo XIX en las Américas y Europa establecieron como figura predominante la autonomía de la voluntad individual, que dentro del derecho civil actual sigue siendo primordial. Lo anterior no es casualidad, el establecimiento de la idea de autonomía de la voluntad individual se generó en un contexto donde los pactos civiles realzaron la autonomía y la actividad individual como parte esencial de la organización social<sup>79</sup>.

Pero esta autodeterminación no sólo se da en el ámbito jurídico, también aparece en la esfera moral. Esto nos lleva a la segunda concepción de libertad. Esta, según Honneth, refiere a la posibilidad que cada individuo tiene para hacer un juicio sobre la conducta que elige y los valores que rigen su comportamiento. En este juicio moral, el sujeto consulta su capacidad racional y decide si la forma en la que actúa sería aceptada por él si fuera alguien distinto quien la ejerciera<sup>80</sup>. Para Honneth, la verdadera libertad existe cuando el individuo sigue el llamado de su parecer cuando juzga algo correcto o incorrecto (ajustado a una idea de lo bueno). Parecería que la libertad moral<sup>81</sup> pertenece a un juicio privado, y al igual que la libertad jurídica, la libertad moral supone un tipo de reconocimiento mutuo en comunidad, que implica que, si un individuo invoca su conciencia como fuente de sus acciones, debe

---

<sup>79</sup> Al respecto, Hannah Arendt habla de los hombres de letras franceses y su creencia en la razón como fuente del orden civil: “En el siglo XVIII los hombres preparados para el poder y con aliento, entre otras cosas, para aplicar lo que habían aprendido mediante el estudio y el pensamiento eran llamados *hommes de lettres*, y esto es todavía un nombre mejor para ellos que nuestro término ‘intelectuales’, en virtud del cual que habitualmente subsumimos una clase de escribas y escritores profesionales cuyos trabajos son necesarios para que la burocracia en constante expansión del gobierno moderno y administración de empresas, así como por las necesidades casi equiparablemente veloces necesidades de crecimiento para el entretenimiento en la sociedad de masas. El crecimiento de esta clase en los tiempos modernos era inevitable y automático. (...) En comparación con esta experiencia norteamericana, la preparación de los *hommes de lettres* franceses que iban a hacer la revolución era teórica en extremo; sin duda los actores en juego de la Asamblea francesa también se divirtieron, a pesar de que casi no lo habría admitido y, ciertamente, no tenía tiempo para reflexionar sobre este aspecto de un negocio de otro modo sombrío. No tenían experiencias para respaldarse, sólo las ideas y los principios improbados en la realidad para guiarles e inspirarles, y estos principios habían sido concebidos, formulados y discutidos antes de la Revolución”. (Traducción propia) Arendt, Hannah, *On Revolution* (Compass book edition, New York, 1965). Pág. 118.

<sup>80</sup> “...en un primer nivel de abstracción el sujeto considerado moralmente autónomo debe dar el paso que lo coloca en las perspectivas de *todos* los potencialmente implicados prescindiendo de su originaria toma de partido por algunos de ellos; para alguien a quien atribuimos la competencia de orientarse según principios correctos no debe tener ninguna importancia en un conflicto moral relevante cuán cerca o lejos de él se encuentran las personas implicadas.” Honneth, Axel (2017) Op. Cit. Pág 148.

<sup>81</sup> “‘libertad moral’ debe querer decir que un sujeto dispone de un margen de acción, por lo común aceptado y otorgado informalmente, de seguir solo aquellas normas morales que puede aprobar mediante el uso de la razón porque estas tendrían la aprobación de los implicados directa o indirectamente”. Honneth, Axel, (2017) Op.Cit. Págs.142 y 143.

poder presentar su argumento de tal manera que sea accesible racionalmente para otros individuos y razonable para ellos- universalizable, en una palabra-<sup>82</sup>. Supongamos el caso de un transportador público a quien un pasajero de su automóvil le pide orillarse para llegar a su paradero. El conductor debe considerar varias cosas, pero entre ellas, si al momento de tomar la dirección va a utilizar luces que señalen su movimiento. Podría perfectamente no hacerlo, el volumen de su automóvil le permitiría pasar inmediatamente sobre cualquiera que se interpusiera. Un juicio moral como se ha establecido en este caso debe llevarlo a la reflexión sobre si su conducta recayera sobre él, cómo reaccionaría. Dado que nadie querría sufrir en circunstancias normales el perjuicio de ser arrollado por un automóvil, el conductor debería razonar que su actuar es incorrecto y que podría lesionar a personas con su comportamiento. Tanto en la libertad jurídica como en el caso de la libertad moral, el ejercicio de la razón es el punto de partida: el individuo depende de su capacidad de comprender las circunstancias que lo rodean y expresar una voluntad al respecto. En esa medida, tanto la libertad jurídica como la moral tienen una línea común.

Concebir un juicio moral puede ser en principio un acto privado, pero ejercerlo en relación con otros, puede llegar a ser un razonamiento que tenga un carácter público. Incluso, el juicio moral puede no provenir de una orden jurídica, sino que puede ejercerse sobre el consenso de la comunidad sobre la conveniencia de un comportamiento o un estilo de vida<sup>83</sup>. Cuando se busca una razón para no seguir un comportamiento que se espera de un sujeto, bien porque la ley se lo ordena o porque su entorno social se lo demanda, el individuo debe sopesar lo que su comunidad espera de él y lo que su juicio moral le dicta como lo correcto. En caso de contradicción entre el juicio y el mandato legal, ¿está el individuo llamado a cumplir la ley? Para poder responder esta pregunta, habría que determinar si la ley efectivamente tiene una validez moral, o si hay una razón moral para obedecer la ley<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Honneth, Axel, Op. Cit. (2017) Págs. 144-145.

<sup>83</sup> Honneth, Axel, Ibidem. Pág. 152.

<sup>84</sup> En principio, la ley no tiene una validez moral sino civil, lo que significa que la razón de su cumplimiento no está en la razonabilidad moral sino en su obligatoriedad política y su coerción por parte del cuerpo político. Si bien la teoría de Austin de orden del soberano respaldada por amenaza no es suficiente para explicar el fenómeno del ordenamiento jurídico – como H.L.A. Hart argumentó en *El concepto de derecho* y en alguna medida, esta idea es refutada en la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen- ubica el problema del cumplimiento de la ley en un espectro coercitivo. Los teóricos que refutan la tesis normativa de Austin normalmente lo hacen mostrando como los sistemas legales devienen de complejas redes jurídico-políticas. Los más positivistas o con teorías más descriptivas (Kelsen, Hart o Raz) mantienen la separación entre derecho y moral, mientras aquellos

Aun si la relación de la moral con el orden normativo está en disputa, la pregunta sobre si la ley es moralmente obligatoria no es parte del debate, o al menos no de forma explícita<sup>85</sup>. En este sentido, la obligatoriedad del sistema jurídico descansa (desde el punto de vista de Kelsen, por ejemplo) en su narrativa contractualista-civil, en la medida en que es un pacto político el que da lugar al ordenamiento jurídico. Lo que significa que el derecho tiene poder coercitivo en tanto que tiene autoridad. Esta cuestión no escapa a los filósofos más clásicos de la teoría liberal. Es así como John Locke, en su *Segundo tratado sobre el gobierno civil*<sup>86</sup> se pregunta cuál es la razón por la cual los hombres, señores de sí mismos, desean enajenar su libertad originaria a favor de un tercero. La respuesta se encuentra en que se requiere un tercero para dirimir las controversias que surjan entre aquellos miembros de la comunidad. La labor del Estado es la de un juez. Sin él, los conflictos terminarían en una espiral interminable de agravio-desagravio. En la visión de Locke, se requiere el consentimiento de los miembros de la comunidad, y las personas no pierden la capacidad de objetar ante el Estado. Lo anterior muestra que aún para un filósofo clásico del pensamiento liberal, la obligatoriedad de la ley y la obediencia al Estado sigue siendo un punto que depende de la voluntad individual.

Por último, Honneth se refiere a la libertad social: "... Para Hegel el concepto 'intersubjetivo' de libertad se amplía nuevamente a uno 'social': 'libre' es en último término el sujeto solo cuando en el marco de prácticas institucionales se encuentra con una contraparte a la cual lo conecta una relación de reconocimiento mutuo, porque puede ver en las metas de este una condición de la realización de las propias metas"<sup>87</sup>. Esta forma de libertad es tomada de la tradición hegeliana quien provee dos formas de ejemplo de este tipo de libertad. El primero es el amor, que requiere como condición de posibilidad reconocer al objeto del afecto como

---

con teorías valorativas del derecho (Dworkin, Waluchow) tienen teorías más amplias sobre las interacciones entre la ley y la moral.

<sup>85</sup> "Si todos los hombres tienen la obligación continua de alcanzar el más alto grado de autonomía posible, entonces parecería que no hay ningún Estado cuyos sujetos tengan la obligación moral de obedecer sus mandatos. Por lo tanto, el concepto de un estado legítimo de derecho parecería vacío y el anarquismo filosófico parecería ser la 'única creencia política razonable para un hombre ilustrado'" (Traducción propia) Wolff, Robert P. *In defense of anarchism* (University of California Press, Berkeley, 1970) Pág. 19. Ver también: Arendt, Hannah, *Between past and future*, 91-142 (The Viking Press, New York, 1961)

<sup>86</sup> Locke, John, Op. Cit. Pág 134.

<sup>87</sup> Honneth, Axel. (2017) Op. Cit. Pag. 68.

otro que está en paridad de condiciones con uno mismo y cuyos intereses deben ser tenidos en cuenta en el desarrollo de los propios<sup>88</sup>. El otro ejemplo que Hegel propone es el mercado económico, en el que los agentes que son parte de este están obligados a ver a los otros como agentes igualmente valiosos y entrar en relaciones mediante las cuales todos puedan cumplir los fines que se propusieron y en general, queden en mejor situación producto de esa interacción<sup>89</sup>. Honneth menciona que el ejemplo del mercado es particular en la medida en que incluso en este, el más atomizado de los escenarios institucionales, es posible constatar que los individuos ejercen un tipo de libertad que requiere ser parte una práctica que involucra el reconocimiento como forma de interacción. Honneth -siguiendo a Hegel- señala entonces que hay dos tareas fundamentales que los espacios institucionales que se basan en este tipo de libertad social deben cumplir. La primera es “asegurar, como medio de transmisión, ciertas clases de expresiones del comportamiento que pueden ser entendidas como invitaciones a realizar objetivos complementarios en compañía”<sup>90</sup>. La segunda “las mismas instituciones deben permitir a los individuos adquirir una concepción intersubjetiva de su libertad en primer lugar; solo creciendo dentro de prácticas cuyo objetivo es la realización compartida de objetivos complementarios en que los sujetos aprenden a verse a sí mismos como miembros conscientes de una comunidad que les garantiza libertad”<sup>91</sup>.

En conjunto, estas tres formas de libertad parecen traslaparse en la práctica. La libertad jurídica otorga a los individuos la capacidad de obligarse a través de medios legales para cumplir los fines que ellos mismos determinen. La libertad moral se refiere a la capacidad individual de generar juicios morales respecto de las circunstancias que los rodean (incluido su entorno legal) y, por último, la libertad social, que se encamina a reconocer las necesidades y los medios de los demás como parte de las consideraciones para la realización de los planes propios. Esta última forma de libertad tiene una importante sintonía con la idea de libertad como reconocimiento mencionada anteriormente. Al parecer la reflexión sobre el concepto legal de libertad se reduce a una forma de tráfico jurídico de derechos, pero encuentra una importante sintonía con la forma de ver el mercado por parte de Hegel, quien encuentra que

---

<sup>88</sup> Ibidem.

<sup>89</sup> Ibidem. Pág. 46.

<sup>90</sup> (traducción propia) Ibidem. Pág. 49.

<sup>91</sup> (traducción propia) Ibidem.

en este espacio donde los agentes se ven en la necesidad de apoyarse en las necesidades de otros para poder satisfacer las propias puede haber una forma de reconocimiento. En ese mismo sentido, el derecho puede ser un ámbito de reconocimiento en muchas maneras. La más clásica es posiblemente la forma en que las leyes modelan quien y en qué circunstancias es considerado sujeto de derechos. Las normas del derecho civil señalan quienes no pueden entrar en tráfico jurídico (obligarse con otras personas) quienes tienen problemas intelectivos que les permitan comprender sus actos (dementes, disipadores), por un lado, y quienes no hayan cumplido la edad determinada para la mayoría de edad<sup>92</sup>. Todos los anteriores requisitos del código civil se dirigen a personas que no pueden perfeccionar su voluntad, es decir, no pueden entender con claridad las implicaciones de sus actos. Lo anterior podría ser considerado como una distinción legal sencilla, pero pone límites a la interacción de ciertos individuos e impone categorías de las que depende poder interactuar socialmente.

## 1.6 Conclusiones

La pregunta que orientó este capítulo tenía un propósito doble. Por un lado, ubicar el liberalismo como fenómeno histórico y el otro, identificar que significa dentro de la teoría liberal la idea de libertad. En cuanto al primero, el liberalismo se caracteriza por su secularismo y su racionalismo, estructurado en los siglos XVII y XVIII, Las revoluciones burguesas partieron de la capacidad racional de los hombres para deducir que todos los individuos pertenecientes a la comunidad merecían igual dignidad y equidad en derechos ciudadanos y apostaron por un pacto civil donde la consecución de la paz era el propósito fundamental, argumentando que mientras persistiera el conflicto dentro de las sociedades, el ciudadano no podría apropiarse de los recursos justos para su supervivencia ni la estabilidad para visualizar su vida y actuar de acuerdo al plan que tuviera para ella. El concepto articulador en ese sentido es la libertad, que para los liberales más clásicos consistía en la capacidad de poder actuar de acuerdo con la voluntad sin otro límite que los derechos de los

---

<sup>92</sup> Artículo 1504 del Código Civil Colombiano: “son absolutamente incapaces los {dementes}, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes”.

otros ciudadanos. En ese sentido la libertad se divide en la capacidad individual de actuar en consecuencia de los deseos y en la potestad de interactuar dentro de un sistema político de diversas formas: elegir y ser elegido, proponer en público y profesar opiniones y preferencias de distintas clases. Sin embargo, el primer tipo de libertad requiere un pacto civil que haga respetar dicha libertad, por lo que es la libertad política la condición de posibilidad sin la cual todas las otras no tienen un sustento o forma de oponerse en sociedad. Dicho de otra forma: sin una sociedad conformada a través de un pacto político inicial, es imposible ejercer las libertades privadas que ese mismo pacto otorga y que se discuten y limitan en el marco de ese mismo arreglo social.

Esta división entre libertades pública y privada requiere pensar la relación entre la forma en la cual el individuo interactúa con su comunidad y como el cuerpo político reacciona a esta interacción. Siguiendo a Honneth he tratado de mostrar que este proceso es dialógico y supone que el individuo toma posturas sobre los valores que encuentra disponibles en la comunidad y los recha o los asume como propios. Esta construcción dialógica crea un sentido de identidad en el sujeto, y el sujeto interactúa con la comunidad. El éxito de este diálogo depende de que la comunidad permita al individuo expresar su individualidad y se genere el reconocimiento de esta. Esta puesta en marcha de diálogo está situada política e históricamente, ya que el individuo no se crea en el vacío y su autodeterminación está circunscrita a las opciones disponibles en el momento determinado. En este proceso la ley juega un papel, dado que es el instrumento que hace operable el pacto civil dentro del cual son posibles las libertades y en principio, la garantía de esas libertades hace legítimo la aplicación de las normas de derecho. Lo anterior no implica que las mismas sean moralmente exigibles por razones intrínsecas a la ley, sino que su legitimidad deriva del proceso político que la antecede. En este orden de ideas, la ley no es moralmente exigible por defecto, pero sus efectos pueden ser moralmente deseables.

Iniciar con este capítulo busca poner en contexto la discusión sobre la libertad individual en democracias liberales, que resulta fundamental para desarrollar los puntos sobre neutralidad en el liberalismo y las conexiones entre la concepción de neutralidad en el liberalismo y el positivismo jurídico, que, siendo distintas, buscan separar los ámbitos de lo bueno y lo justo.

Esta separación permite el espacio para entender la libertad como reconocimiento, y otorga al individuo la posibilidad de construir su propia idea de buena vida.

## 2. LA NEUTRALIDAD COMO PRINCIPIO Y EL PERFECCIONISMO COMO CONSECUENCIA

### 2.1 Introducción

En el capítulo pasado expuse una forma de libertad desde el reconocimiento que complementa la idea de libertad como autodeterminación. De acuerdo con lo argumentado, la libertad como autodeterminación no es equiparable a la libertad como un diálogo con la comunidad. En este capítulo quiero llevar la mencionada discusión hacia uno de los principios liberales que tiene una estrecha relación con la idea de la libertad como autodeterminación, me refiero al principio de neutralidad liberal. Dentro de la teoría liberal, una de las garantías de la autonomía es la no intromisión del Estado en la idea de vida buena de los individuos. Un Estado de corte liberal no adopta una posición de apoyo o condena hacia un estilo de vida en particular, manteniéndose al margen de la idea de bien de los ciudadanos. La discusión sobre la potestad o no del estado para intervenir en la vida de los ciudadanos, desde un enfoque liberal, presenta dos corrientes en el liberalismo: el perfeccionismo y el anti-perfeccionismo. En palabras de Joseph Raz: “el argumento anti-perfeccionista sostiene que la implementación y promoción de ideales de buena vida, aún si son en sí mismas valiosas, no son materia de acción legítima del Estado”<sup>93</sup>. Las teorías perfeccionistas, de otro lado, señalan que el Estado puede desincentivar malas formas de vida mientras incentiva formas de vida buenas, siempre y cuando no se afecte la autonomía, que es un principio central en el liberalismo. Al respecto, el mismo Raz, quien es un defensor de esta postura señala: “La vida autónoma es valiosa únicamente si es invertida en la persecución de proyectos y relaciones aceptables y valiosas. El principio de autonomía permite y aún, requiere, que los gobiernos creen oportunidades moralmente valiosas, y eliminen las repugnantes”<sup>94</sup>. En este escenario, las preguntas que orientarán este capítulo serán: ¿Es posible en un sistema político democrático mantener un principio de neutralidad liberal comprensivo por parte del Estado?, ¿qué esquema protege mejor la libertad como reconocimiento, la teoría perfeccionista o la anti-perfeccionista?

---

<sup>93</sup> (traducción propia) Raz, Joseph (1986) Op. Cit. Pág 110.

<sup>94</sup> (traducción propia) Raz, Joseph. Ibidem, Pág. 417.

Sostendré que, en un Estado de principios liberales, deben incentivarse las condiciones de la libertad como reconocimiento sin que eso resulte en una forma de perfeccionismo. El desincentivo puede no equivaler a prohibición, e incluso puede ser que la forma de vida que se promueve sea objetivamente provechosa, sin embargo, al desincentivar un estilo de vida, se restringe la posibilidad de poder dialogar respecto de la idea de virtud que ese estilo de vida representa y, por tanto, hace menos viable el reconocimiento pleno de los individuos que quieran seguirlo. De acuerdo con Raz, el principio del daño de Mill, el cual señala que el individuo puede hacer todo aquello que no dañe a otras personas, no implica que el incentivo y el desincentivo puedan ejercerse sin necesidad de coerción, permitiendo al individuo ejercer su autonomía. La respuesta de Raz puede mantener al individuo autónomo, pero no es posible sostener que un desincentivo a una idea de virtud otorga el mismo grado de reconocimiento que a otra idea de virtud que está promovida por el Estado. Seguiré este razonamiento para concluir que el anti-perfeccionismo protege de mejor manera la libertad como reconocimiento que el perfeccionismo.

En el primer apartado haré una distinción conceptual sobre a qué rama del poder público puede asignarse la labor de proteger el principio de autonomía. Si bien los teóricos hablan del Estado de manera indistinta como un solo cuerpo, lo cierto es que en los estados constitucionales y democráticos occidentales el Estado es un órgano compartimentado, con distintas funciones que dependen de la forma en que se eligen las personas que lo integran y las tareas constitucionales que desempeñan. En sociedades donde la democracia representativa es la regla, las mayorías son quienes tienen más influencia política en el cuerpo legislativo y por esta razón, los representantes de las mayorías tienen agendas políticas que -en principio- responden a los valores políticos de su comunidad. Si los valores de esa comunidad incluyen, por ejemplo, una firme creencia sobre que el alcohol es perjudicial para todas las personas y está prohibido el comercio y consumo de alcohol, una ley que busque levantar la prohibición tiene pocas probabilidades de convertirse en realidad. Puede que las personas que aboguen por la libertad de ingerir alcohol encuentren injusto no poder consumirlo, y es posible -en gracia del ejemplo- que haya pruebas científicas de que no hay secuelas mayores cuando hay un consumo responsable y ese grupo minoritario de ciudadanos

esté científicamente en lo correcto, sin embargo, al estar en una posición políticamente minoritaria, deben -en principio, al menos- obedecer la ley y abstenerse de consumir alcohol. Puesto así, ¿Quién puede entonces defender el principio de neutralidad por parte del Estado, si las mayorías y sus valores son las que están mejor representadas? Abordaré la forma en la cual las democracias contemporáneas elijen a los miembros más representativos de sus ramas del poder público y mostraré que la rama judicial es la que tiene mejores posibilidades de salvaguardar el principio de neutralidad comprensivo.

En el siguiente punto, estudiaré la distinción entre lo bueno y lo justo. Asumiendo que, en el marco de una democracia liberal, son los jueces los que pueden defender mejor los principios de la autonomía y la neutralidad, mostraré cómo las ideas de bueno y justo hacen parte de la discusión democrática, dejando lo justo en manos de los jueces y lo bueno en manos de los órganos de elección popular. Mostraré algunas críticas al sistema de revisión judicial de la constitución, en las cuales se argumenta que la decisión sobre interpretación constitucional debería estar en manos de los representantes democráticos mayoritariamente elegidos, o directamente en manos de los electores. Mostraré cómo esas críticas son una forma de traslapar las ideas de lo bueno y lo justo, creando la posibilidad de tomar decisiones puramente políticas basadas en la idea de virtud que defiende la mayoría de los ciudadanos. Mostraré que la democracia no implica únicamente la decisión de las mayorías, sino que para permitir que las instituciones democráticas funcionen adecuadamente es necesario que algunas decisiones se tomen en lugares donde las mayorías no tengan influencia directa, precisamente para mantener las instituciones que articulan el debate democrático y su capacidad de generar políticas, leyes y demás formas de expresión de las mayorías.

En la parte final del capítulo, daré las razones por las cuales considero que la neutralidad debe ser entendida no como la abstención de ciertas actuaciones por parte del Estado, sino que mantener efectivamente la neutralidad implica tomar decisiones políticas para impulsar políticas de inclusión y reconocimiento. Teniendo esto en cuenta, el principio de neutralidad debe estar gobernado por el principio de igualdad, que debe orientar la forma en la que se ejercita la neutralidad.

## 2.2 El guardián de la neutralidad en el Estado liberal

Antes de entrar al centro de la pregunta sobre la necesidad o no de la neutralidad del Estado, es necesario preguntarse de qué hablamos cuando tratamos sobre el Estado<sup>95</sup>. Esta pregunta es importante dado que, dependiendo de su respuesta, se puede establecer si la neutralidad es o no un principio que pueda perseguirse a través de la acción estatal.

De acuerdo con John Locke, los gobiernos se constituyen para tres fines: proteger la propiedad, juzgar y hacer la justicia efectiva para que los civiles no la ejecuten por sí mismos<sup>96</sup>. Estos objetivos justifican la creación de un gobierno, pero muchos tipos de gobierno pueden cumplir con estos requisitos y no respetar, por ejemplo, derechos individuales más allá de la propiedad. Los estados contemporáneos buscan cumplir estas tareas con instituciones y organismos de distintas naturalezas, estableciendo en sus constituciones políticas los fines, funciones y procedimientos que le dan forma y contenido a los Estados<sup>97</sup>. Siguiendo a Kelsen, las Constituciones son la norma con mayor rango en el

---

<sup>95</sup> Cuando Bruce Ackerman, John Rawls y Ronald Dworkin se refieren al principio de neutralidad, utilizan constantemente las expresiones *the state* (El Estado) y *the government* (el gobierno). Ackerman, por ejemplo, menciona que: “En un estado liberal, no es posible definir los términos de la conversación política de forma que degrade el derecho que le asiste a mi conciudadano de expresar sus ideas en la forma en la que mejor hagan sentido para él. No puedo forzarlo a sostener su argumento [...] en términos que le requieran negar la validez de su propia respuesta a la pregunta sobre el significado de la vida” (Traducción propia) Ackerman, Bruce, *Social Justice and The Liberal State* (Yale University Press, New Haven, CT, 1980) Pag. 54. Rawls respecto de la neutralidad señala: “Históricamente, un tema común del pensamiento liberal es que el Estado no debe favorecer a ninguna doctrina comprensiva ni a su concepción del bien asociada”. Rawls, John, *Liberalismo político* (Fondo de Cultura Económica, FCE, México, 2015) Pag 186. Dworkin sobre la misma cuestión de la neutralidad: “¿Qué significa que el gobierno trate a sus ciudadanos como iguales? [...] Esta pregunta puede ser respondida de dos maneras fundamentalmente distintas: La primera supone que el gobierno debe ser neutral en lo que se puede llamar la pregunta sobre la buena vida. La segunda supone que el gobierno no puede ser neutral en dicha cuestión, porque no puede tratar a sus ciudadanos como seres humanos iguales sin tener una teoría de lo que un ser humano debe ser” <sup>95</sup> (Traducción propia) Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985) Pag. 191.

<sup>96</sup> Locke, John, Op. Cit. Pag 135.

<sup>97</sup> Los Estados Nacionales modernos hacen pactos políticos constitucionales, que dan orden al Estado y dotan de legitimidad sus funciones: “la cultura política de un país se cristaliza alrededor de su Constitución. Cada cultura nacional desarrolla una interpretación distintiva de los principios constitucionales que están igualmente consagrados en otras constituciones republicanas. -tal como soberanía popular y derechos humanos- a la luz de su propia historia nacional”. (traducción propia) Habermas, Jürgen, *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory* (The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1998). Pág. 118. sobre establecer principios constitucionales con una identidad nacional que no responde necesariamente a los valores republicanos, VER: Jokubaitis, Alvydas, Can the Constitution Do Away with Nation State?, en *The Concept of Constitution in the History of Political Thought*, 32-44 (Arkadiusz Górnisiewicz, y Bogdan Szlachta, eds., De Gruyter Open, Warsaw, Berlin, 2018) Disponible en: <https://www.degruyter.com/viewbooktoc/product/498650> (recuperado el 23/05/2018).

ordenamiento y todas las normas posteriores derivan su validez de esta primera, suponiendo que todas las normas jurídicas dependen de una norma anterior de jerarquía superior que las justifique. La norma básica no tiene una formulación única, sino que es un acto de elección del cuerpo político que la configura. Estas normas pueden o no ser justas (dentro de un debate sobre lo que es la justicia), garantizar una relativa paz o no, pero son normas en sentido positivo<sup>98</sup>. Kelsen distingue entre la norma básica del ordenamiento de la norma fundante, la segunda está supuesta y es el acuerdo social respecto de conformar un cuerpo político, fuente de validez de todos los actos legales posteriores, que incluyen la norma básica<sup>99</sup>. En este sentido, la constitución encarna jurídicamente un pacto político, y a través de su obligatoriedad, crea las instituciones que componen el Estado. Estas instituciones están marcadas desde el siglo XVIII en occidente por la teoría de la separación de poderes<sup>100</sup>, que establece que los poderes públicos deben cumplir funciones individuales para evitar excesos por parte de las personas que los ejercen. Lo anterior, sumado al sistema de pesos y contrapesos, es parte importante de las constituciones de los estados liberales contemporáneos. En ese marco legal e institucional, es donde el Estado se desarrolla y cumple los fines para los que fue establecido. Esta precisión pudiera parecer elemental, pero muestra que el Estado es algo complejo, en el que intervienen distintas instituciones con reglas y objetivos que en algunos casos coinciden y en otros contienden.

La consecuencia de estas tradiciones actuando en conjunto, son las constituciones políticas contemporáneas, que son a su vez cartas de derechos y establecen la forma de organización del Estado. Dichas cartas de derechos, de una parte, son los instrumentos mediante los cuales los ciudadanos pueden hacer exigibles garantías básicas entre ellos y hacia el Estado<sup>101</sup>. En

---

<sup>98</sup> Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law* (University of California Press, Oakland, CA, 1967) Págs. 201 y 202.

<sup>99</sup> Dentro de la teoría de Kelsen, hay una norma supuesta que es la que otorga validez a la norma básica (Constitución). En *El Concepto de Derecho*, HLA Hart sostiene que su regla de reconocimiento no funciona en el sentido de la norma fundante kelseniana. VER: Hart, HLA, (Oxford University Press, Oxford, 1994) Págs. 292 a 294.

<sup>100</sup> Es importante resaltar que, en su obra, Montesquieu no estructura su teoría para la democracia, sino para una república, dado que, en su entender, la democracia sólo es viable en sociedades pequeñas. También vale la pena decir que Montesquieu no estableció la distinción entre legislativo, ejecutivo y judicial, sino la necesidad de separar las funciones del Estado para poder tener una república saludable. Vile, M.J.C. *Constitutionalism and separation of powers* (Liberty Fund, Indianapolis, 1998) Págs. 83 a 106.

<sup>101</sup> Como se delinea en el primer capítulo, los derechos -de acuerdo con la tradición liberal contractualista- provienen de un pacto político que se concreta en la Constitución y así mismo la forma de Estado se cristaliza en el texto. Al respecto, el relato de Gary D. Glenn sobre si los derechos son materia del pacto civil o de la ley

principio, la protección de estos derechos corresponde al Estado en su conjunto, pero quien hace efectivas las garantías son los jueces<sup>102</sup>, que deben decidir en qué casos y de qué manera un derecho se está vulnerando o no. Por otra parte, la Constitución dispone los mecanismos por medio de los cuales se conforman los poderes públicos. En las democracias presidencialistas contemporáneas, lo más común es la conformación de la rama legislativa del poder público a través de voto popular, individual y secreto. Lo mismo sucede con las elecciones a presidente de la República, quien es la máxima autoridad de la rama ejecutiva. La rama judicial en algunos casos sigue la norma de elección popular (En E.E.U.U., por ejemplo, para algunas posiciones)<sup>103</sup>, mientras en otros casos las altas cortes eligen a sus propios miembros (mecanismo de cooptación), sin contar con agencias y órganos independientes de las tres ramas del poder público que también tienen funciones constitucionales con sus propias normas de postulación y elección<sup>104</sup>. Sumado a todo esto, el sistema de pesos y contrapesos otorga competencias a una rama sobre la otra, para que su actuación tenga que articularse sin que ninguna prime sobre las otras. En este escenario, ¿de qué rama del poder se puede decir que debe ser neutral?, ¿en qué condiciones?, ¿neutral frente a qué? Como mostraré a continuación, el criterio con el que se deben responder estas preguntas ha de estar de acuerdo con la función que cada rama e institución estatal cumple.

Primero, y con el fin de poder determinar si una actuación está siendo neutral, es importante fijar el criterio de neutralidad. Para ello usaré la formulación de Joseph Raz en *The Morality of Freedom*. Según Raz, la neutralidad tiene tres parámetros:

---

natural, ver: Glenn, Gary, Natural Rights and Social Contract in Burke and Bellarmine. En *Rethinking Rights: Historical, Political, and Philosophical Perspectives*, 58-79 (Bruce Frohnen y Kenneth Grasso, eds., University of Missouri Press, Columbia, MO, 2009).

<sup>102</sup> “El movimiento de derechos homosexuales en EE. UU. ofrece un ejemplo de cómo el proceso social ofrece contornos donde la interpretación constitucional puede tener lugar. Cuando el movimiento de derechos de parejas homosexuales cobró vigor al final de la década de 1960, la discusión sobre si los homosexuales tenían derechos constitucionales a sostener relaciones y a casarse, estaba fuera de la cuestión. De cualquier modo, el movimiento homosexual reunió aliados políticos, y lentamente presionó los límites de “fuera de la cuestión” a un debate activo”. (traducción propia) Balkin, Jack, *The Framework Model and Constitutional Interpretation*, En *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, 241-264 (David Dyzenhaus y Michael Thornburn, eds., Oxford University Press, Oxford, 2016) Pág 249.

<sup>103</sup> Más adelante en el texto haré una síntesis de seis Constituciones contemporáneas de Estados democráticos mostrando sus reglas de conformación de legislativo, ejecutivo y judicial.

<sup>104</sup> Respecto de este particular, el análisis de la legitimidad y responsabilidad de este tipo de órganos en: Vivert, Frank, *The Rise of The Unelected* (Cambridge University Press. Cambridge, 2007)

“(i) Ninguna actuación política puede ser emprendida o justificarse en la promoción de una idea bien o con base a permitir a ciertos individuos específicos perseguir una idea determinada de bien. (ii) Ninguna actuación política puede llevarse a cabo si incrementa la probabilidad de que un individuo se vea inclinado a una u otra concepción de bien, o se incrementen sus posibilidades de realizar su concepción de bien, a menos que otras acciones sean tomadas que cancelen dichos efectos. (iii) Uno de los objetivos de la autoridad gubernamental, que es anterior a cualquier otra, es asegurar que todas las personas tengan igual posibilidad de perseguir en sus vidas y promover en su sociedad la idea de bien de su preferencia”<sup>105</sup> .

Raz llamará al tercer postulado el “principio de neutralidad (política) comprensiva”, mientras llamará al segundo “principio de neutralidad (política) estrecho”<sup>106</sup>. Se trata de tres formas distintas de expresar un “el Estado no está siendo neutral si...” que podría aplicarse a casos particulares. Parte también de la controversia sobre la neutralidad es la naturaleza del principio, quien puede cumplirlo y aplicarlo en casos concretos. La neutralidad podría ser un principio general de derecho, aplicable a todas las ramas del poder público y en algunos casos; o podría ser un criterio de interpretación judicial, caso en el cual podría ser un elemento de juicio para los falladores en los casos que lleguen a sus despachos<sup>107</sup>. La distinción es importante porque de ella depende que órgano del Estado (o todo el) debe alinear sus actos y políticas con la neutralidad comprensiva. Verlo desde esta perspectiva plantea preguntas como: ¿sería adecuado pedirle al legislativo que guarde el principio de neutralidad política comprensiva en todos los casos? No tomaré el ejemplo de las conductas penalmente

---

<sup>105</sup> (traducción propia) Raz, Joseph (1986) Op. Cit. Págs. 114 y 115.

<sup>106</sup> (traducción propia) Raz, Joseph Ibidem. Pág 117. Rawls tomará este tipo de neutralidad y formulará así mismo tres concepciones de neutralidad en: Rawls, John. Ibidem. Págs. 187 y 188.

<sup>107</sup> No quiere decirse con esto que un principio general de derecho no puede ser un principio de interpretación judicial. Normalmente los principios funcionan como criterios interpretativos, pero existen algunos de esos criterios que no son principios generales de derecho. Por ejemplo, la igualdad (en Colombia) es un principio y un derecho, por lo que el Estado en su conjunto debe procurar respetar y promover ambas facetas. La igualdad sirve también como criterio de interpretación judicial de algunas normas y para aplicar herramientas como el juicio de igualdad. Por otro lado, la Corte Constitucional colombiana (y otras altas cortes) han generado criterios de interpretación que, aunque pueden responder a principios, no lo son estrictamente. Un ejemplo es la debida carga argumentativa, donde la Corte pondera si un acto administrativo o una sentencia sustenta debidamente la decisión. Este criterio se basa en el debido proceso legal, pero es una herramienta propia que la Corte ha utilizado como criterio para determinar si una decisión cumple un estándar argumentativo.

perseguidas porque considero que existe un consenso traslapado<sup>108</sup> donde muchas concepciones de bien que defienden ideas muy distintas de buena vida tienen acuerdos sobre valores a proteger en la sociedad (vida, integridad personal, dignidad, etc.). Aún si hay variaciones en la interpretación de lo que significan valores como la vida, la integridad personal y demás, el asesinato, la violación, el robo y otras conductas son igualmente repudiadas desde muchas ideas de virtud distintas.

Me refiero aquí a otro tipo de casos que tienen mayores complicaciones, como por ejemplo la discusión sobre el consumo de drogas. Supongamos una sociedad donde el debate del consumo de sustancias psicoactivas es de gran importancia. En esa sociedad hipotética no hay leyes que prohíban el consumo ni el tráfico, pero hay una creciente preocupación al respecto. Propongo para este análisis el siguiente lente: la hipotética reacción de las tres ramas ante la inquietud que esta sociedad está planteando. Propongo también ver en los tres casos (ejecutivo, legislativo y judicial) tres factores que condicionan la posición que pueden asumir: (1) la forma de elección constitucionalmente establecida de sus miembros, (2) el alcance y objetivo de los actos que esa rama del poder público expide y (3) un análisis sobre si teniendo en cuenta (1) y (2) es posible que razonablemente - por su función y elección- que esta rama pueda seguir el principio de neutralidad política comprensivo. Para este ejemplo, supondré que el Estado hipotético elige a los miembros de su congreso por voto popular, secreto y único, así como se elige popularmente a su presidente y cuentan con una Corte Suprema de Justicia que incluye una sala constitucional, que vela por la integridad interpretativa de la constitución y decide cuando una ley resulta inconstitucional para removerla del ordenamiento jurídico y sus miembros son elegidos por el Congreso por un solo periodo de 10 años.

Supongamos que las mayorías en la comunidad política están en contra del uso de sustancias psicoactivas para uso recreativo. Por esa razón, en las elecciones populares, la mayoría de los representantes legislativos prometen establecer una prohibición a ese tipo de drogas y en su mayoría, llegan al congreso. En su legislatura proponen prohibir cualquier forma de uso de sustancias psicoactivas y así lo consiguen. En este caso y como ya se anotó, el legislativo

---

<sup>108</sup> Rawls, John (2015) Op. Cit. Pág. 142.

se compone de ciudadanos electos popularmente y así lo establece la Constitución. Este congreso expide leyes de carácter general y abstracto, lo que significa que aplican a toda la población en principio. En el tercer paso del “test” propuesto, puede ser que esta ley no permita a muchos miembros de la comunidad perseguir su idea particular de bien en condiciones de igualdad con las personas para quienes esas sustancias no son de su preferencia (quebrantando el principio de neutralidad), pero pedirle al legislativo que se rija por el parámetro de neutralidad como foro de decisión mayoritario es un contrasentido<sup>109</sup>. Los políticos que dedican su vida a representar un electorado determinado dependen de mantener su adhesión a una agenda política y cumplir en su objetivo de representar una forma de vida en el proceso de formación de las leyes. Puesto de ese modo, los legisladores no pueden ser neutrales, la naturaleza misma de la tarea que les está encomendada no lo permite, ni tampoco lo permite la forma en que constitucionalmente se establece la forma de su elección<sup>110</sup>.

En el caso del presidente, este debe hacer exigible la ley que el congreso aprobó, teniendo en cuenta que la labor de la rama ejecutiva es entre otras, hacer obedecer la ley. El presidente en este caso también es electo popularmente, por lo que su gobernabilidad dependen de mantener cierta sintonía con los valores políticos de su comunidad. También tiene que mantener una relación más o menos armónica con el congreso, si quiere que su agenda legislativa logre llegar a buen término. Puede que la reciprocidad voto-agenda política no sea tan estricta como con la rama legislativa si se tiene en cuenta que los presidentes pueden tener algunos períodos, pero por lo general, su reelección no es indefinida como si puede suceder con los congresistas. Esto significa que puede tener posiciones contra-mayoritarias, pero el costo político -en general- de contravenir sus promesas de campaña y las políticas por la

---

<sup>109</sup> Ronald Dworkin en su ensayo *Liberalism*, caracteriza una forma de Estado liberal que incorpora el libre mercado como mecanismo económico y la democracia representativa como forma de decisión política para mostrar como en ambos casos surgen problemas para ejecutar la agenda política liberal con estas dos instituciones. Pone entonces el caso en el que un legislativo criminaliza un acto sexual o de hablar a favor de una opinión política impopular y como el legislativo está atado a sus electores y su visión política: “Los ciudadanos votarán estas preferencias eligiendo a sus representantes, un legislador que elige ignorar estas preferencias no puede sobrevivir” (traducción propia). Dworkin, Ronald (1985) Op. Cit. Pág. 197.

<sup>110</sup> A este respecto, Jeremy Waldron anota: “el legislativo incorpora el descuerdo en su procedimiento, y toman sus decisiones en medio de este. Los legisladores hacen la ley bajo el supuesto de visiones explícitamente partidistas de sus posturas y los votos de sus miembros” (traducción propia). Waldron, Jeremy (1999) Op. Cit. Pág 24

cuales la mayoría lo eligió puede llegar a ser alto, pasando por perder mayorías en el congreso o en los casos más graves, un proceso de juicio político. El presidente en el caso imaginado debe emitir decretos que dan operatividad a la ley, proveyendo andamiaje normativo para que a su vez las autoridades administrativas (policía, por ejemplo) puedan actuar en pro de dar cumplimiento de la ley. Estos decretos no pueden ni contravenir la ley – son de inferior jerarquía normativa- ni sobrepasar las funciones que la ley le otorga. Así las cosas, el ejecutivo por su función y el origen de la elección del presidente, tampoco está en principio, en capacidad normativa o política de ser neutral ante las concepciones de vida de los ciudadanos<sup>111</sup>.

En último caso, está la rama judicial. Supongamos que un ciudadano interpone una acción pública de inconstitucionalidad, porque estima que la ley expedida por el congreso es violatoria de su autonomía personal, que está protegida como un derecho civil básico por la Constitución. Dado que los jueces son elegidos de forma indirecta, dependen en gran medida de una posición política que pueda ser favorable al interés del congreso, pero una vez electos, su periodo único les permite tomar posiciones de principio y no necesariamente ajustadas a los intereses de quienes los eligieron. El juez actúa por medio de sentencias, que pueden generar efectos sobre las partes o en el caso de las sentencias sobre la constitucionalidad de las leyes, puede tener efectos generales. En el caso planteado, la Corte Suprema encuentra que la prohibición general de uso de drogas es violatoria de la autodeterminación individual y decide eliminar la ley del ordenamiento jurídico. Puede ser que la Corte reciba todo tipo de reclamos por parte de la ciudadanía, del presidente y del congreso, pero con la decisión en firme y la posición sentada, quedaría únicamente esperar que haya renovación en las sillas de la magistratura para intentar cambiar la posición en el futuro. Por supuesto es posible que la Corte también decida que la autonomía personal no se extiende hacia la “autodestrucción” que ocasionan las drogas, y mantenga la ley en el ordenamiento, de cualquier forma, el punto de análisis que propuse arriba no tiene como criterio si el órgano efectivamente protege la neutralidad comprensiva, sino si es posible que pueda hacerlo por el diseño constitucional y su función. De las tres ramas, la que razonablemente podría proteger el principio de

---

<sup>111</sup> En Colombia se contempla la posibilidad de que el presidente objete por inconstitucionalidad (o por inconveniencia) las leyes que expide el legislativo. En Ecuador también parece ser el caso. VER: Oyarte Martínez, Rafael, Objeciones presidenciales. 3 Iuris Dictio, 6, 80-87 (2002).

neutralidad comprensivo es la rama judicial, considerando que sus decisiones tienen impacto general y que su posición no depende, al menos no directamente, de la elección popular. Por supuesto, los jueces deben atenerse a la ley y esta es producida por el congreso o por el legislador extraordinario (el ejecutivo). Pero, aun así, los jueces tienen el mandato superior de respetar la Constitución por encima de lo que puedan producir las otras dos ramas.

El ejemplo que acabo de proponer puede ser objetado de depender de variables muy específicas para poder funcionar y que está estructurado para poder afirmar que únicamente la sección más alta de la rama judicial encargada del control constitucional puede observar realmente el principio de neutralidad comprensivo. Las variables escogidas para el ejemplo son reglas más o menos generales por medio de las cuales las democracias liberales actuales funcionan en las américas y Europa, y debe tenerse en cuenta que, para poder funcionar como ejemplo este debe ser general, por lo que no se ajusta específicamente a un caso determinado. Los supuestos del ejemplo propuesto son una forma común de establecimiento de las relaciones entre las ramas del poder público y la ciudadanía a través de sus normas constitucionales<sup>112</sup>..

---

<sup>112</sup> La regla de elección popular de la rama legislativa y el presidente, así como un judicial con una Corte Suprema con funciones de proteger la integridad de la constitucionalidad del ordenamiento, son fórmulas institucionales estandar en las democracias liberales. Así, por ejemplo, el artículo 260 de la Constitución Política Colombiana de 1991 establece que: “Los ciudadanos eligen en forma directa presidente y vicepresidente de la República, Senadores, Representantes [a la cámara]”, mientras el 239 dispone que la Corte Constitucional se compone de miembros electos por el Congreso y ternados por presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado por periodos de 8 años. En Argentina, el artículo 45 de la Constitución de la Nación de 1853 señala que la cámara de diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, y el artículo 54 dispone que el senado se compondrá de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires, elegidos en forma directa. Por otro lado, el artículo 94 dispone que El Presidente y el vicepresidente de la Nación serán elegidos directamente por el pueblo. La función jurisdiccional-constitucional argentina se ejerce a través de su Corte Suprema de Justicia, cuyos miembros son electos por el presidente y el senado por una sola vez hasta que cumplan 75 años y al cumplir esa edad, pueden ser reelegidos por periodos de 5 años de forma indefinida (artículo 99, inciso 4). Por otro lado, la Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos de 1917 en su artículo 41 establece que la renovación de los poderes legislativo y ejecutivo se realizará a través de elecciones libres, auténticas y periódicas, en el artículo 96 fija la elección de los Ministros que integran la Corte Suprema de Justicia Mexicana por el Senado en terna que envía el presidente de la república y el artículo 105 de la misma constitución, otorga funciones constitucionales a dicha Corte Suprema. En España, la Constitución de 1978 previene que el congreso sea elegido por sufragio universal (artículo 68, numeral primero) y de acuerdo con artículo 99, el presidente del gobierno elegido por nominación del rey y votación del Congreso de Diputados. El tribunal Constitucional español se compone de doce miembros nombrados por el Rey y propuestos por el Congreso, el Senado, el gobierno y el consejo general del poder judicial y vela por la integridad de la Constitución a través de acciones públicas de inconstitucionalidad (artículo 159 de la Constitución Española). También es el caso francés (Artículos 6, 24 y 56 de la Constitución francesa de 1958) y alemán (Ley fundamental alemana de 1949, en sus artículos 38, 54 y 92). Una buena síntesis de las razones políticas e históricas por las cuales las Cortes

En cuanto si del ejemplo se sigue que el principio de neutralidad política comprensiva sólo puede ser protegido por el poder judicial, lo que trato de establecer es que por la arquitectura constitucional es la instancia en la que posiblemente es más factible defender el principio<sup>113</sup>. Esto no implica que el legislativo o el presidente no puedan o no deban intentar atenerse a esa misma idea de neutralidad, sino que el costo político para el legislativo y la cabeza del ejecutivo de buscar la neutralidad puede ser políticamente poco viable<sup>114</sup>, o incluso no deseable, si de representar la voluntad general se trata. Otro punto que puede ilustrar como el ejemplo tiene validez, es el llamado debate entre Kelsen y Schmitt<sup>115</sup>, donde ambos teóricos se preguntaron sobre quién debería tener el deber de mantener la integridad interpretativa de la Constitución. Kelsen argumentaba que debería ser una Corte con funciones constitucionales, con el fin de mantener la separación de poderes y el control de una rama sobre la otra<sup>116</sup>. Para Kelsen, darle funciones de control constitucional al legislativo es confuso, dado que es la rama encargada de producir las normas y no podría ser ecuánime al determinar si las normas que emite se ajustan o no a la Constitución. Carl Schmitt reta la visión de Kelsen argumentando que el principio de separación de poderes que sustenta una corte específica para interpretar la Constitución depende de un entendimiento de la regla de derecho en la cual la ley existe independientemente de la interpretación de la ley, es decir, que la ley es un hecho y no una interpretación de un agente sobre lo que la ley dice. Schmitt rechaza todo el planteamiento sosteniendo que el juez no puede tener en sus manos una decisión política que le pertenece al legislador. En la visión de Schmitt, o bien la

---

Constitucionales europeas funcionan como lo hacen, y la razón de ser de ciertas actitudes afines entre dichos órganos en las democracias occidentales, puede ser hallado en: Ferejohn, John y Pasquino, Pasquale, "Constitutional Adjudication: Lessons from Europe", 82 *Texas Law Review*, 1671-1704 (2004).

<sup>113</sup> "Dado que la nueva rama del gobierno ha sido deliberadamente ubicada fuera de las ramas políticas, las pistas en las que esta nueva rama puede reclamar su legitimidad se encontraran en la rama que originalmente se ubicó a cierta distancia de la elección democrática: la rama judicial" (traducción propia) Vivert, Frank (2007) Op. Cit. Pág. 115.

<sup>114</sup> De acuerdo con Martin Flaherty: "[...Si alguna rama del poder público pareciera la más proclive a tomar su mandato popular para propósitos tiránicos o precipitados, sería el legislativo. En contraste, los padres fundadores entendieron la presidencia no como una posición representativa en principio, sino como un premio relativamente apolítico para personas que hubieran demostrado una extraordinaria virtud y carácter a través del servicio público desinteresado. No es así hoy día. Como los unitarios reconocen rápidamente, hoy por hoy no hay un representante electo con mayor responsabilidad que el presidente". (traducción propia). Flaherty, Martin S., *The Most Dangerous Branch*, 105 *The Yale Law Journal*, 7, 1725-1839 (1996). Pág. 1822.

<sup>115</sup> El debate está ilustrado en: Vinx, Lars, *The Guardian of The Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law* (Cambridge university press, Cambridge, 2015).

<sup>116</sup> Vinx, Lars. (2015) Op. Cit. Pags. 44 a 49.

contradicción entre la norma y la Constitución es tan palpable que la única tarea posible del juez es declararla inconstitucional, o bien hay un problema de interpretación entre la constitución y la ley que puede ser solventada a través de la interpretación por vía de autoridad del legislativo<sup>117</sup>. Así, el guardián de la Constitución debe ser el presidente, quien tiene la autoridad política para interpretarla, teniendo en cuenta que tanto la carta política como la elección del representante provienen del mismo origen popular<sup>118</sup>. La solución de Schmitt parece en la práctica no ser la más adecuada, los autoritarismos del siglo XX que pusieron un poder excesivo en sus figuras presidenciales o ejecutivas mostraron en la práctica que la Constitución está mejor defendida en manos de los jueces que de otros poderes públicos, suponiendo un equilibrio de poderes, en la medida en que el judicial puede mantener distancias políticas cuando lo reclama la situación. Puesto de otra manera, lo que Schmitt destacaba como una falencia de la teoría de separación de poderes es una de sus grandes fortalezas: los jueces pueden armonizar los derechos constitucionales con el contenido legal sin tener que responder políticamente por su decisión<sup>119</sup>, al menos en el sentido en que no tienen un electorado al cual rendir cuentas o del que dependan para tener su asiento en la Corte. Esto no significa que los jueces sean seres ajenos a las tensiones políticas, pero en la práctica tienen menos incentivos para responder al parecer mayoritario que las otras dos ramas del poder público<sup>120</sup>.

Queda una última cuestión por abordar para terminar este apartado: si son los jueces quienes pueden cumplir con el propósito de preservar la neutralidad comprensiva, requieren de dos condiciones previas: un fundamento normativo para poder actuar y un caso concreto que permita el desarrollo del principio. Por fundamento normativo me refiero a una provisión en el ordenamiento jurídico que obligue al juez a actuar en uno u otro sentido. Ahora bien, si la

---

<sup>117</sup> Vinx, Lars. Ibidem. Pag. 117.

<sup>118</sup> Vinx, Lars. Ibidem. Pag. 150.

<sup>119</sup> Sobre la forma en la que el Estado requiere la colaboración armónica de sus ramas del poder público además del sistema de pesos y contrapesos: Kavanagh, Aileen, The Constitutional Separation of Powers, En: *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, 221-240 (David Dyzenhaus y Michael Thorburn, eds., Oxford University Press, Oxford, 2016).

<sup>120</sup> La tesis de Ronald Dworkin del “derecho como integridad” o de Duncan Kennedy de *la-sentencia-a-la-que-quiero-llegar* son coincidentes al menos en que los jueces son efectivamente actores políticos, y que toman decisiones que requieren una interpretación que desborda las normas jurídicas y que involucra más que la mera subsunción de una conducta en una norma. Ver: Dworkin, Ronald, (1986) Op. Cit. Y Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial* (Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1999).

protección de la neutralidad comprensiva es parte de la protección a la libertad individual, es necesario que exista una cláusula que indique a los jueces que sus decisiones deben preservar la posibilidad de que los ciudadanos promuevan en condiciones de igualdad su idea de vida buena y puedan desarrollar su existencia de acuerdo con ella. Planteado así, lo más probable es que esa norma no exista en los sistemas jurídicos liberales y democráticos contemporáneos, sin embargo, el derecho a la autodeterminación individual está presente en las constituciones nacionales de inspiración liberal. Esta cláusula ha permitido en Colombia, por ejemplo, la despenalización de la dosis mínima de sustancias psicoactivas<sup>121</sup> o la despenalización del aborto en tres casos<sup>122</sup>. El fundamento de ambas decisiones anotadas pasó consiste en afirmar que hay un ámbito del individuo donde el Estado no puede acceder y es responsabilidad única del individuo asumir los riesgos de su comportamiento. La neutralidad comprensiva en este sentido es un principio en la forma en la que Robert Alexy lo describe<sup>123</sup>, es un mandato de optimización que obliga al juez constitucional a procurar que, dentro del límite de la legalidad, los ciudadanos puedan ejercer un proyecto de vida en concordancia con su propia idea del bien. Posiblemente el principio no tenga una consagración literal dentro de las constituciones, pero al proteger el derecho individual a formar autónomamente la conciencia, la neutralidad se ve involucrada por necesidad.

Volviendo al caso, se puede decir que la neutralidad es una condición de la cual un juez no puede prescindir. En la caracterización de las ramas del poder público mencioné que los jueces crean sentencias, que en unos casos se aplican entre las partes del proceso y en otros, como en los casos de los juicios de constitucionalidad, tienen efectos generales. Aun si en los casos de inconstitucionalidad una norma como la del ejemplo es declarada inconstitucional, lo cierto es que la rama judicial es esencialmente reactiva y necesita que un ciudadano interponga el caso para que se pueda pronunciar. Entendido así, el principio de

---

<sup>121</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-221 de 1994, expediente D- 429. 5 de mayo de 1994. Ponencia de Carlos Gaviria Díaz.

<sup>122</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-355 de 2006, expedientes D- 6122, 6123 y 6124. 10 de mayo de 2006. Ponencia de Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araujo Rentería.

<sup>123</sup> “El punto decisivo para distinguir reglas de principios es que los principios son normas que requieren que algo suceda hasta el máximo grado posible dadas las posibilidades legales y fácticas. Los principios son mandatos de optimización, caracterizados por el hecho de que pueden ser satisfechos en distintos niveles, y que el grado apropiado de satisfacción depende no solo de que es fácticamente realizable sino también de qué es legalmente posible” (traducción propia). Alexy, Robert, *A Theory of constitutional rights* (Oxford university press, Oxford, 2002) Págs. 47 y 48.

neutralidad sería además de un principio, un criterio de decisión judicial en los casos en los cuales esté ponderándose el derecho a la autodeterminación individual. Ahora bien, al menos en la Constitución Colombiana de 1991, la neutralidad no está establecida de forma independiente como un principio. Si bien puede desprenderse de varios artículos y de su interpretación, no puede decirse que se trate plenamente de un principio jurídico-constitucional. Para poder hablar de ese principio, tendría que tener una consagración normativa y ser aplicable a todas las ramas del poder público en todas sus actuaciones. Esto muestra que incluso la rama que tiene posibilidad de hacer exigible un principio de neutralidad comprensivo tiene límites materiales por sus funciones para aplicarlo a los casos que son de su competencia.

En conclusión, la teoría sobre que el Estado o el Gobierno deben promover las condiciones para que los ciudadanos puedan vivir de acuerdo a su idea particular de buena vida, tiene algunas dificultades prácticas por la forma en la que están estructurados las ramas del poder público en los ordenamientos constitucionales liberales contemporáneos, siendo la rama judicial, en cuanto al control de constitucionalidad al que están sujetos las leyes quien puede asegurarse que las leyes no contravengan el derecho de los ciudadanos a autodeterminarse. Aun siendo este el caso, la actuación de los tribunales constitucionales está enmarcada en asuntos puntuales que no necesariamente implican la aplicación general del principio, lo que hace preguntarse si la neutralidad es verdaderamente un principio, o más un criterio de interpretación judicial en los casos en los que se involucra la autodeterminación individual.

### *2.3 Lo bueno y lo justo. El liberalismo como cláusula conversacional*

Habiendo concluido en el punto anterior que, en el marco de una democracia representativa, la posibilidad de aplicación del principio de neutralidad tiene más posibilidad de ser protegido por parte los jueces, en esta sección quiero explorar un aspecto de la discusión sobre la neutralidad política: la distinción entre lo bueno y lo justo. Gran parte del debate sobre la neutralidad pasa por la intersección entre la idea individual o colectiva sobre lo bueno, o sobre cuáles son los valores que deben guiar una vida “moralmente correcta” y

cómo debe actuar la ley respecto de esas concepciones de la vida buena, si se entiende que el principio de neutralidad no permite ponderar una idea de bien sobre otra, o al menos no por razones intrínsecas a la idea de moral por sí misma.

Una sociedad liberal debe debatir el mérito de una idea moral por sus propios argumentos, y rechazar el tipo de argumento según el cual una concepción de vida es buena porque se apoya en cierta autoridad, como, por ejemplo: “mi idea de vida buena es superior a las demás personas porque mi credo religioso es la fuente de toda legitimidad”. Para prevenir que este tipo de formas de razonamiento entren en el debate público, Bruce Ackerman propone una “restricción conversacional” en lo que respecta a cuestiones relativas a poder político. Siempre que un argumento moral tome la forma: “(i) el Estado debe actuar en un sentido A, porque B concepción de bien es mejor que la de los demás, O, (ii) El Estado debe actuar de forma A, porque C es un individuo intrínsecamente superior a los demás, y su visión moral debe prevalecer sobre las otras”<sup>124</sup>, debe ser rechazado de plano. Esta clase de argumento en el cual el liberalismo deja fuera de la discusión pública cierta clase de posturas es objeto de crítica desde algunas teorías. Estas críticas señalan que el liberalismo deja por fuera de la discusión política las visiones comprensivas de la buena vida y señala su agenda como neutral, pero a su vez propone valores como la justicia e igualdad, que a su vez también incluyen valores comprensivos<sup>125</sup>, entendiendo por este tipo de valores concepciones de bien de un contenido moral rígido. Por ejemplo, la moral cristiana, o republicana, etc. Este tipo de valores liberales pueden significar o que el liberalismo no es neutral, o que la neutralidad es un ideal que no puede ser del todo practicado<sup>126</sup>. Según Ludvig Beckman, los críticos de la neutralidad, lo que sostienen es que: “la idea de legitimidad política liberal es excesivamente restrictiva. La queja consiste en la observación sobre que la neutralidad no solo destierra las

---

<sup>124</sup> Esta es una versión aproximada de las formulaciones de restricción conversacional que Ackerman supone son la base de la neutralidad. Ackerman, Bruce (1980) Op.Cit. Pag. 11. También es de alguna manera la misma cláusula que utiliza Will Kymlicka: “El estado no justifica sus acciones referenciando una categorización pública del valor intrínseco de las diferentes formas de vida porque no hay una categorización a la que pueda referirse” (traducción propia). Kymlicka, Will, *Liberal Individualism and Liberal Neutrality*. 99 *Ethics*, 4, 883-905 (1989).

<sup>125</sup> Joseph Raz aboga por una forma de perfeccionismo, donde la vida buena esté incentivada a través del ordenamiento jurídico. Por otra parte, Carl Schmitt hace una crítica similar, acusando a la doctrina liberal de poner la regla de derecho por encima de la autoridad soberana, quien tiene que poder tomar decisiones políticas. Schmitt, Carl, *Teología política* (Trotta, Madrid ,2009) Págs. 13-36. Y Raz, Joseph (1986) Op. Cit. Págs 117 a 124.

<sup>126</sup> “Hay situaciones en las que no se puede ser neutral”, como dirá Joseph Raz.

malas justificaciones de la legitimidad de la vida política. Dado que la neutralidad excluye todas las razones que depende de ideas específicas de la buena vida, también excluirá lo que muchos ciudadanos consideran buenas razones”<sup>127</sup>.

Las críticas señaladas sugieren que la idea de lo bueno debe ser instrumental al momento de determinar qué es lo justo, mientras la teoría liberal cree que es posible formular principios de justicia neutrales que no involucren principios de vida buena de ninguna doctrina comprensiva. Alexa Zellentin al respecto afirma: “la distinción entre lo justo y lo bueno es central en la idea liberal de la neutralidad. Para que la neutralidad tenga sentido, requiere que haya una clase de valores hacia los que el Estado no debe ser neutral. Por ejemplo, el Estado no debe ser neutral hacia la neutralidad misma, o justo, o democrático. Tampoco puede ser neutral hacia formas de vida que nieguen o infrinjan los derechos de otros. [...] el tipo de asuntos hacia los cuales el Estado debe ser neutral son descritos como ‘concepciones de vida buena’. En contraste, el tipo de cuestiones sobre las que el Estado no debe ser neutral es llamado ‘lo justo’ o ‘los principios de justicia’”<sup>128</sup>. De acuerdo con lo planteado, los jueces en un Estado liberal para mantener el principio de neutralidad deben observar la pregunta sobre a quién puede exigirse qué, y en favor de quién<sup>129</sup>. Puesto en esta perspectiva, la neutralidad parece tener al menos dos críticas. La primera es una crítica del mérito de la neutralidad, que encuentra que sostener este principio no es provechoso para la vida política. En esta línea están las teorías perfeccionistas y las teorías que argumentan que la sociedad debe poder involucrar su idea de bien en las decisiones políticas que se le presentan. Por otro lado, están aquellos que sostienen que no es posible tomar decisiones de índole político que tengan resultados neutrales.

---

<sup>127</sup> Beckman, Ludvig, *The liberal state & the politics of virtue* (Transaction Publishers, New Brunswick, London, 2001). Págs. 115 y 116.

<sup>128</sup> (traducción propia) Zellentin, Alexa, *Liberal Neutrality: Treating Citizens as Free and Equal* (De Gruyter, Berlin, 2012) Pág 44.

<sup>129</sup> “la justicia no se preocupa por todo lo que pudiera llamarse obligatorio sino con las obligaciones y deberes que nos debemos los unos a los otros. En particular, la justicia no se preocupa por los deberes hacia dios(es). Tampoco su preocupación es por las personas como seres humanos sino por un tipo de relación entre ellos, relaciones determinadas por derechos y deberes. El contenido de la justicia depende del contenido de esos derechos y deberes. La estructura de la justicia se pregunta únicamente quién debe a quién qué cosa” (traducción propia). (traducción propia) Zellentin, Alexa (2012) Op. Cit. Pág 46.

Ante la crítica sobre si la neutralidad es un fin deseable o no, considero que la pregunta debe plantearse de forma opuesta: ¿es deseable vivir en una sociedad donde la idea de bien tiene influencia directa en la forma en la que se aplican los principios de justicia? O de acuerdo con lo expuesto en la primera parte de este capítulo ¿es deseable que los jueces adjudiquen de acuerdo con la idea de bien de la sociedad? La primera consecuencia de ese modelo de adjudicación sería la imposibilidad de mantener el principio de neutralidad como parámetro de interpretación, teniendo en cuenta que lo justo y lo bueno serían indistinguibles entre ellos<sup>130</sup>. Si los jueces tuvieran que aplicar una idea de vida buena en los casos en los que la autonomía individual fuera el centro del debate, este modelo exigiría que en los casos en que la autonomía no se ejerza dentro de una idea determinada de vida buena, habría que sancionar que ese tipo de vida no está dentro de las posibilidades legítimas del ejercicio de la autodeterminación y, por lo tanto, no tiene cabida en la comunidad.

Tal vez lo más difícil de sortear no es que lo bueno incida en la idea de lo justo, sino que solo podría ser una idea de lo bueno la que gobierne lo justo. Supongamos un escenario donde la idea de Ronald Dworkin del derecho como integridad fuera la regla de adjudicación: “El principio de integridad en la adjudicación implica que los jueces identifiquen derechos legales y deberes, hasta donde sea posible, bajo el supuesto que todo el material legal fue creado por un mismo autor -la personificación de la comunidad- expresando una concepción coherente de justicia e imparcialidad”<sup>131</sup>. Los jueces tendrían que encontrar una interpretación del ordenamiento legal para darle una solución al caso, esta respuesta tendría que ser coherente con todos los insumos legales disponibles y suponer que todo el material fue creado por un solo autor: la comunidad. Si ese es el caso, los valores políticos de la comunidad tendrían que hacer parte del proceso interpretativo junto con la ley que como ya se dijo, debería ser el reflejo del parecer mayoritario si es que el congreso aprueba la

---

<sup>130</sup> Podría haber, sin embargo, ideas de la vida buena que no contienen una idea de lo justo. Bien porque no hay una distinción o porque no la requieren. Una teoría completamente iliberal (como el fascismo, por ejemplo) puede tener una idea de la buena vida y valores comprensivos, pero prescindir por completo de la idea de lo justo. Por otro lado, las ideas comprensivas de la buena vida no se agotan en una concepción de lo justo. Para más sobre este tipo de debate, ver: Ross, William David, *The Right and The Good* (Clarendon Press, Oxford, 2002).

<sup>131</sup> Dworkin, Ronald (1986) Op. Cit. Pág 225. Una crítica que podría hacerse a Dworkin sobre este punto es la consistencia de lo expuesto en *Liberalism* y lo que su teoría de adjudicación generaría en la práctica en estados de principios constitucionales y liberales.

legislación bajo la regla de las mayorías. Si ese fuera el caso, los fallos judiciales reflejarían también el parecer mayoritario, dejando sin ninguna posibilidad de aplicación el principio de neutralidad. Como se dijo antes, en la medida en que la concepción sobre la buena vida mayoritaria resultaría victoriosa en el legislativo, el ejecutivo y el judicial, cualquier forma de virtud que no encajara en ese modelo no tendría posibilidad de ser protegida a través de la adjudicación, lo que haría imposible reconocer legalmente cualquier otra forma de vida que no se ajuste a la idea mayoritaria de buena vida.

Las anteriores consecuencias no son por mismas indeseables. Un comunitarista diría que un sistema legal que involucre la idea de virtud de la sociedad en su criterio de lo justo tiene ventajas sobre uno que no lo hace<sup>132</sup>, por ejemplo, procurar sociedades más homogéneas que tengan menos problemas de comunicación y acuerdo. Ante esta postura, habría que considerar el efecto sobre las minorías, que en los escenarios en los que el criterio de adjudicación incluye una idea de virtud mayoritaria, podrían quedar rápidamente excluidas de la discusión pública y no tendrían forma de impugnar las decisiones que les causaran detrimento en su idea de virtud. No necesariamente siempre es así y no se desprende como consecuencia directa de las ideas planteadas que las minorías quedaran a discreción de la mayoría<sup>133</sup>, pero al menos quedarían en un escenario muy poco favorable, en el que las posibilidades de pluralismo moral en la sociedad se reducirían en la práctica y por supuesto, esa sociedad ya no podría decir que es una sociedad de principios liberales.

Desde otro punto, está la crítica procedimental que se pregunta si es realmente practicable la neutralidad en la forma en la que los liberales la caracterizan. Esta crítica se encuentra formulada en Raz, en una sección de su libro *The Morality of Freedom* titulada “La imposibilidad de la neutralidad política estricta”. Raz supone dos casos, en ambos se trata de

---

<sup>132</sup> En el capítulo siguiente desarrollaré con mayor detalle la teoría de las sociedades heroicas de Alasdair MacIntyre y como la búsqueda de la virtud de este tipo de sociedades está atado a un concepto particular de moral. MacIntyre prefiere abiertamente un estilo de moral que responda a los valores propios de la comunidad, que el rasgo moral del liberalismo que tiende al naturalismo. Desde este punto de vista, involucrar en el ordenamiento jurídico valores propios de la comunidad es una alternativa más acorde a la búsqueda de la virtud que la liberal. MacIntyre, Alasdair, *Tras la Virtud* (Espasa, Barcelona, 2015). Págs. 155-166.

<sup>133</sup> El caso de Irlanda en este sentido es interesante. A través de un referendo, Irlanda incluyó en su Constitución el matrimonio igualitario. Ver: Murphy, Yvonne, “The marriage equality referendum 2015”, *Irish 31 Political Studies*, 2, 315-330 (2016).

países en guerra y la posición relativa de un tercer país. En el primer caso, trae como ejemplo la posición de Uruguay frente a la guerra entre Somalia y Etiopía. Debido a que Uruguay no tiene intereses en ninguno de los dos países en conflicto, puede decirse que es neutral ante esa guerra. En un segundo caso imagina la guerra entre rojos y azules, suponiendo que un tercer país comercia alimentos con los rojos. En este ejemplo evalúa varias respuestas sobre cómo podría el tercer país ser neutral ante el conflicto entre rojos y azules<sup>134</sup>. Usa ambos casos para mostrar que hay ciertos escenarios en los que ser neutral, o actuar de forma neutral, es imposible. La pregunta a la que arriba después de tratar sus ejemplos es: “El conflicto en el cual es Estado se supone debe ser neutral es sobre la habilidad de las personas de escoger y exitosamente perseguir concepciones sobre lo bueno (y esto incluye ideales sobre las buenas sociedades o el mundo) [...] La vida entera, de alguna manera, está involucrada en la búsqueda de una idea de vida buena. ¿se puede ser estrechamente neutral en un conflicto comprensivo?”<sup>135</sup>.

El punto de Raz es que cuando hay conflictos sobre valores, la neutralidad no es una opción posible. Hay algunos casos contemporáneos de este tipo de debate, por ejemplo, el derecho de las mujeres a abortar, el consumo de drogas, la penalización del trato cruel hacia los animales, entre otros. El Estado no puede tomar posiciones intermedias en estos casos, y de acuerdo con Raz, debe o bien prohibirlo o tolerarlo y las razones que encuentre el Estado para una decisión o la otra tendrán una consecuencia en las formas en la que una persona puede vivir su vida o practicar una idea de virtud. Una vez más, esta crítica a la neutralidad depende de cómo se entienda qué es el Estado. Los ejemplos que utiliza Raz caracterizan la decisión de un tercer Estado de interactuar o no con Estados que son parte de un conflicto armado entre ellos. Normalmente, este tipo de decisiones competen a la cabeza de la rama ejecutiva, como el jefe de gobierno y eventualmente podría ser materia de un debate en el legislativo. Lo expuesto resuena con la interpretación de Estado que propuse anteriormente, tanto el ejecutivo como el legislativo no tienen por qué seguir el principio de neutralidad, dado que esas dos ramas en particular tienen un deber político representativo que les implica precisamente tomar posiciones respecto de los asuntos públicos. En los casos mencionados

---

<sup>134</sup> Raz, Joseph. (1986) Op. Cit. Pág. 121.

<sup>135</sup> Raz, Joseph. Ibidem. Págs 123 y 124.

arriba (aborto, drogas, maltrato) se espera que la mayoría se exprese a través de sus representantes y que estos últimos tomen determinaciones que en efecto no pueden ser neutras. Sin embargo, como vimos arriba, los jueces pueden y deben ponderar el interés de la mayoría con los derechos individuales, por lo que es posible que ellos sí estén en posibilidad de tomar decisiones intermedias que no sean de plano afirmativas o negativas.

Esta crítica sobre si es o no posible la neutralidad parece responder a una pregunta más ontológica que política: ¿es posible ser objetivo, ser neutral? Esta pregunta parece coincidir con las críticas al liberalismo de Sandel que se comentaron en el primer capítulo sobre el individuo sin lastre. La respuesta desde lo expuesto tiene que ser la misma: el individuo no está en el vacío y tiene concepciones de lo bueno y lo malo que se forman dentro de un ambiente político, económico, moral e histórico determinado. Ahora bien, no se sigue de esa conclusión que la neutralidad en visiones comprensivas sea imposible. Debe considerarse que la neutralidad es un principio político – o un criterio de adjudicación, como se mencionó –, lo que no significa no tener posiciones -por parte de los jueces, o de cualquier ciudadano-, sino proteger igualmente a todas las concepciones de bien, o no prevalecer una sobre la otra. Los ejemplos que Raz trae a colación son sobre países en guerra y como un tercer Estado reacciona ante este conflicto, pero la neutralidad liberal no necesariamente implica tomar un camino como aliado o como enemigo de una concepción de buena vida, sino no poner impedimentos a una u otra y ofrecer los medios para que las formas de vida rivales puedan coexistir sin anularse -al menos no como consecuencia de una acción estatal-. El ejemplo de Raz implica que el Estado neutral tiene costumbres con los países que están en guerra e incluso intereses involucrados y esta forma de explicarlo funciona bien para mostrar la dificultad de ser neutral en el campo de las relaciones entre países, pero la neutralidad vista como se ha explicado aquí (como un valor político propio del liberalismo) funciona distinto a la neutralidad en los casos ofrecidos por Raz. La razón es que el tercer país no tiene posibilidad de hacer compatibles los intereses de los Estados en guerra y se relaciona con ellos entre pares, mientras que el principio de neutralidad liberal implica una acción desde el Estado hacia la ciudadanía, estando el Estado situado de mejor manera de hacer compatibles -hasta un punto- las ideas de la buena vida de los ciudadanos. Haciendo esta distinción, es posible decir que, si bien los individuos pueden tener posiciones inconmensurables sobre

concepciones comprensivas de la buena vida, los jueces pueden integrar en su análisis el principio de neutralidad cuando adjudican<sup>136</sup>.

Si bien la idea de virtud mayoritaria es parte del proceso de formación legal y de implementación de ciertas políticas por parte del ejecutivo, existe una línea teórica que defiende la idea de que los jueces no deberían tener el poder de interpretar la constitución y la interpretación constitucional estaría en manos o del legislativo o directamente del pueblo, borrando cualquier límite entre la idea de bien y la de lo justo. Esta es la propuesta de Jeremy Waldron y Mark Tushnet, para quienes la interpretación judicial de la Constitución socava la democracia y por esta razón, abogan por limitar el poder de control de constitucionalidad que tienen los jueces. Tanto Waldron como Tushnet exponen -de maneras distintas- que algunos debates respecto de la moralidad política que suelen suceder en instancias de jueces constitucionales, deberían resolverse bajo medios democráticos. Tushnet, sobre la llamada teoría del derecho constitucional popular señala: “El derecho constitucional popular devuelve el derecho constitucional al pueblo, actuando a través de la política. Tanto los jueces como las personas pueden dar respuestas erróneas a preguntas importantes. El derecho constitucional popular no ofrece garantías respecto de obtener resultados políticos progresistas, pero por supuesto, esta garantía tampoco puede ofrecerla el derecho constitucional elitista”<sup>137</sup>. De manera similar, Waldron en su análisis de la postura de Dworkin sobre cómo los jueces son una salvaguarda de la democracia, señala: “Si una pregunta debe decidirse políticamente en la comunidad, un miembro de esta puede razonablemente solicitar ser tenido en cuenta en los mismos términos que sus conciudadanos. Habría muchas razones para negar su pedido, pero sería absurdo negarlo sobre la base que se trata de una pregunta sobre la democracia. Y sería absurdo porque fallaría en tratar esa pregunta sobre la democracia, como cualquier otra pregunta política, a través de los medios democráticos”<sup>138</sup>. Tanto el argumento de Waldron como el de Tushnet tienen un punto

---

<sup>136</sup> De acuerdo con Ronald Dworkin, en esto se distinguen el pensamiento liberal del conservador: la liberal procura separar lo más posible la idea de bien de la discusión política, mientras el conservador busca que parte primordial de la discusión política involucre la idea de bien. Dworkin, Ronald (1985) Op. Cit. Pag. 200.

<sup>137</sup> (traducción propia) Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts* (Princeton university Press, Princeton, Nueva Jersey ,1999) Pag. 186

<sup>138</sup> (traducción propia) Waldron, Jeremy (1999) Op. Cit. Pág 293. Sobre este punto particular de si los jueces realmente son mejores “razonadores morales” que los ciudadanos, ver: Waldron, Jeremy, “Judges as moral reasoners”. 7 *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2–24 (2009).

común: la idea de tomarse en serio la democracia. Lo anterior significa que, si una pregunta llega a la comunidad e involucra resultados políticos, la comunidad debe ser quien responda. La razón es no permitir que los jueces lleven a cabo el razonamiento político y moral que la interpretación constitucional les demanda en ciertos casos, dado que de alguna manera se socava el principio democrático y constitucional de acuerdo con el cual, los ciudadanos deben ser considerados suficientemente autónomos como para poder definir cuál es su postura sobre un asunto en particular. Quitar esta oportunidad a la comunidad, equivale a tratar a los ciudadanos como personas cuyo razonamiento no puede ser del todo confiado, lo que para una democracia que se tome a sí misma en serio es inadmisibile<sup>139</sup>.

El argumento contiene una idea muy poderosa: si los ciudadanos son considerados como seres autónomos, fines en sí mismos, que persiguen fines racionales de forma racional ¿bajo qué criterio un ciudadano puede votar un representante por las posturas que comparten, pero no puede por sí mismo razonar sobre las cuestiones políticas que ese mismo representante está llamado a decidir? La crítica a la que esta pregunta apunta es: si la teoría democrática y liberal asume que los seres humanos están dotados de la inteligencia suficiente para conformar una sociedad y tomar a diario todo tipo de decisiones que los afectan a ellos y a la comunidad ¿por qué no pueden decidir directamente sobre ciertos asuntos políticos? Para responder estas preguntas hay primero que entender cuál es la idea de democracia de Waldron y de Tushnet están defendiendo y por qué, en su razonar, las decisiones políticas trascendentales -como suelen serlo las que estudian la constitucionalidad de una norma- no deberían estar en manos de jueces, que, según ellos, tienen exactamente la misma posibilidad de falibilidad en cuestiones morales que un ciudadano ordinario. Según sus argumentos, al retirar el control constitucional de manos de los jueces no habría un resultado determinado que pudiera seguirse del procedimiento<sup>140</sup>, pero el procedimiento se ajustaría más al principio democrático de decisión mayoritaria. Lo que esto implicaría es qué decisiones sobre interpretación constitucional quedarían en manos de las mayorías<sup>141</sup>, esto sería más

---

<sup>139</sup> Tomo a Tushnet y a Waldron por ser parte de esta línea de discusión, pero por supuesto ellos no están solos en la orilla teórica que defienden. Ver: Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2012)

<sup>140</sup> Waldron, Jeremy (1999) Op. Cit. Pag. 300.

<sup>141</sup> Waldron diría que de todas maneras están en manos de mayorías, dado que las cortes toman decisiones bajo esta misma regla. Waldron, Jeremy (1999). Op. Cit. Pag. 297.

democrático comparativamente que dejar esas decisiones en manos de jueces. La idea de democracia con la que Tushnet y Waldron trabajan es aquella según la cual la comunidad debe poder tener la capacidad de auto regularse a través de la ley, tras haber debatido los desacuerdos sobre la forma en la cual debe procederse ante una circunstancia determinada; lo que incluye debates respecto de ideas comprensivas de la buena vida. Las decisiones que emanen del debate democrático son lo que califica al poder político como uno ejercido legítimamente. En otras palabras, puede decirse que para los autores la legitimidad de la democracia proviene del autogobierno, que se concreta en las decisiones políticas de la comunidad.

Al respecto, es importante anotar que la idea de democracia de Waldron y Tushnet está basada en la idea de autogobierno<sup>142</sup>. Para ambos, la revisión constitucional por parte de los jueces no responde al principio de autogobierno en la medida en que los jueces deciden como se interpreta la constitución y no una instancia representativa del pueblo. Esto socava el constructivismo político y moral<sup>143</sup> que la democracia supone. El autogobierno es parte de la idea de democracia, pero no es su único elemento. Entre las variadas interpretaciones de democracia, una de ellas es la democracia representativa. En esta forma de ver la democracia, el legislativo puede ir contra los intereses de los ciudadanos cuando estos puedan ser contraproducentes para ellos mismos, lo que implica que no necesariamente representatividad implica más decisión popular directa. Podría decirse que, como forma de procedimiento en el desacuerdo sobre valores, la única forma legítima en una democracia para dirimir este desacuerdo es a través de un arreglo mayoritario, pero también es cierto que esa no es la única forma de determinar que una organización es democrática. En el fondo, puede argumentarse que, desde el punto de vista de la legitimidad de la representación, el legislativo debe ser el lugar del debate público, pero eso no significa que el legislativo

---

<sup>142</sup> Otras maneras de ver la democracia podrían estar, por ejemplo, asociadas no a la decisión y al debate público, sino a la agencia política: “No hay una razón particular para creer que la deliberación une a las personas, aun si las personas así lo esperan y lo quieren” (traducción propia). Shapiro, Ian, *Enough of Deliberation: Politics Is about Interests and Power*, en: *Deliberative Politics essays in democracy and disagreement*, 28-38 (Stephen Macedo, Ed., Oxford University Press, Oxford, 1999) Pág 31.

<sup>143</sup> Waldron aborda este debate en derecho desde las teorías realistas y constructivistas morales, comparando estas teorías con el positivismo jurídico y la teoría del derecho natural, mostrando que el positivismo de alguna manera adopta las tesis constructivistas dado que no asumen contenidos morales previos. Waldron, Jeremy (1999) *Op. Cit.* Págs. 180-186.

únicamente tenga en cuenta el interés de sus electores al momento de tomar decisiones<sup>144</sup>. En suma: la decisión mayoritaria es parte importante de la democracia, pero eso no implica que sea la única forma de elegir en una sociedad democrática. La democracia también depende de instituciones que no sólo reposan en el voto individual y popular, sino, por ejemplo, en los compromisos políticos que los representantes y los partidos efectúan para mantener el equilibrio entre el poder mayoritario y otras fuerzas políticas. Dice Adam Przeworski respecto del autogobierno: “Los partidos no persiguen el bien común, sino que buscan el acuerdo entre intereses conflictivos”<sup>145</sup>. Lo anterior significa que aun en democracias representativas, la expresión de las mayorías tiene límites que son sopesados por los representantes y por los partidos. Esto sin demeritar que son electos popularmente, lo que los dota de legitimidad popular, contrario a los jueces<sup>146</sup>.

En este sentido, aun dentro de los mecanismos que se supone son los adecuados para la participación de las mayorías, el mandato que el legislativo obtiene por su elección popular no es cien por ciento efectiva. Esto llevaría a pensar entonces que lo adecuado sería la participación directa de los ciudadanos en la conformación de las leyes o aun en la interpretación de la Constitución, pero por supuesto esto es impráctico y difícilmente un Estado puede someter todas sus políticas a refrendación popular. El rol institucional que cumplen los representantes está sujeto a control popular, pero eso no en todos los casos significa que se trate de una perfecta representación de todos los intereses de los electores. ¿Esto significa entonces que la decisión es menos democrática? Posiblemente no. Significa que los representantes no están únicamente condicionados por los intereses de sus electores, sino que existen tensiones y contrapesos institucionales en los cuales los representantes se ven envueltos. Si la razón por la cual los representantes tienen más legitimidad para dirimir conflictos de constitucionalidad es porque son electos popularmente, esto significa que tienen

---

<sup>144</sup> Podría decirse entonces que los miembros de una corporación electa por voto directo tienen un incentivo muy grande para representar a su electorado, pero también puede contra argumentarse que, aun siendo una institución representativa, los congresistas deben conciliar con intereses políticos de muchas naturalezas, como deben hacerlo los jueces.

<sup>145</sup> Przeworski, Adam, (2010) Op. Cit. Págs. 28 y 29.

<sup>146</sup> Incluso las acciones públicas de inconstitucionalidad, que podrían ser vistas como una forma de intervención de la ciudadanía en el debate judicial de interpretación de la constitución, puede ser visto como un arreglo entre élites políticas e intelectuales para mantener cierto control interpretativo del texto. Al respecto ver: Rojas Betancourth, Danilo, “El carácter elitista de la acción pública de inconstitucionalidad y sus principales consecuencias”, 28 Pensamiento Jurídico, 105-118 (2010).

legitimidad porque concretan el ideal de autogobierno y no cabe duda de que los legisladores están más sintonizados con el parecer popular que otras ramas del poder público, pero eso no implica que respondan únicamente al interés de quienes los eligen. Los jueces por otro lado no cuentan con el aval popular para cumplir la tarea que les está encomendada en cuanto a control de constitucionalidad, ¿esto significa que los jueces no están cumpliendo una tarea democrática? Podría argumentarse que el hecho de que no sean electos popularmente no implica que los jueces no sean representantes de intereses públicos y los expongan de una forma o de otra, en conjunto con la obligación central de fallar en derecho y mantener principios como la neutralidad. Aún más, en muchos sentidos los jueces también tienen una tarea que se basa en una institución tan valiosa como el autogobierno para una democracia<sup>147</sup>: el sistema de pesos y contrapesos. La revisión de constitucionalidad permite que el congreso tenga límites a su tarea y mantiene el orden político, evitando reformas que podrían significar en la práctica el final de un ordenamiento democrático. Los ciudadanos pueden elegir dentro de la democracia opciones determinadas, pero elegir democráticamente ponerle fin a la democracia -por ejemplo- puede ser un contrasentido. Esto implica que debe haber algo más en la democracia que solo la idea de decisión mayoritaria, algo que lo dote de estabilidad suficiente para mantenerse aún si los ciudadanos quisieran votar por un sistema feudal o por concentrar el legislativo, el ejecutivo y el judicial en una sola persona. Es posible que en una democracia una decisión política mayoritaria sea legítima, pero tal vez la legitimidad democrática de un Estado está más allá de la legitimidad que otorga el voto o el consentimiento popular: la democracia es más que la regla de elección mayoritaria

También es necesario considerar que no hay garantía alguna de que sea posible disuadir a las mayorías de que tomen decisiones razonables tomando en cuenta el interés de formas de virtud con las que no tienen afinidad moral<sup>148</sup>, y podría ser en la práctica regresivo para ideas

---

<sup>147</sup> Al analizar la situación de los migrantes que profesan el islam en Europa y su relación con los jueces, dice Katja Jansen: “[Los] jueces son esenciales para la preservación de una sociedad democrática y el mantenimiento del principio de legalidad. Por lo tanto, es crucial que los estados les permitan a los jueces llevar a cabo sus responsabilidades profesionales de forma independiente imparcial, y sin la interferencia indebida del poder ejecutivo, el legislativo o personas o grupos de la sociedad civil” (traducción propia) Fredriksen, Katja Jansen, *The Neutrality and Impartiality of Judges in a Multicultural Society*. en: *The Independence of Judges*, 275-292 (Nils Engstad, Astrid Lærdal Frøseth, y Bård Tønder, Eds., Eleven international publishing, The Hague, 2014) Pag. 290.

<sup>148</sup> “No hace falta adoptar la visión política de Carl Schmidt para reconocer que ciertos intereses y compromisos ideológicos son irreconciliables. Por supuesto, las partes en conflicto negocian y acuerdan, y se conforman con

de bien que, hasta hace relativamente poco, no veían posibilidad de acceder en pie de igualdad a beneficios legales y procedimientos que la ciudadanía en general tiene garantizados. De cierta manera, apelar al argumento democrático es obviar que en la arena de la decisión mayoritaria lo justo cede al paso a lo bueno, y en ese estado de cosas, la idea de virtud de la minoría sería sistemáticamente derrotada. Esto no significa que las mayorías actúen con malicia, sino que anteponer la idea de buena vida ajena a la propia sin ningún incentivo, puede resultar en la victoria permanente de la mayoría entendiendo que la idea de democracia de Waldron y Tushnet implica someter las decisiones políticas al parámetro de la discusión a través de las mayorías. Desde el punto de vista de la distinción de lo bueno y lo justo, poner la interpretación constitucional de los derechos en manos de las mayorías sería poner en peligro la defensa con que cuentan ciertas formas de virtud minoritarias para ejercer su derecho a la autodeterminación. Si bien Waldron es reactivo a la idea<sup>149</sup> y pudiera resultar paradójico, es posible que para defender la democracia sea necesario mantener algunas instancias por fuera de la decisión de la mayoría. Las cláusulas generales de protección de derechos individuales podrían ser respetados por las mayorías y votados en distintas ocasiones para mantenerse, pero en el evento en que esos mecanismos sean derrotados por una sola vez, los costos podrían ser muy elevados.

Del mismo modo, si los jueces son la institución que, en la práctica, tiene potestad de mantener la separación entre el orden jurídico y la voluntad política (lo justo/ lo bueno), su tarea es también democrática, porque permite que en las instancias donde el voto popular es la práctica y la regla, se protejan las instituciones que son el cimiento de la posibilidad de los ciudadanos para elegir entre opciones distintas. Creo que en el fondo de la discusión sobre la idea de democracia de Waldron y Tushnet hay una preocupación por rescatar de manos de

---

el acuerdo, pero es posible que sientan que algo en el acuerdo no es como lo hubieran querido y se reservan el derecho de reabrir la discusión cuando el momento sea más propicio (...) los acuerdos permanentes son extraños en la vida política precisamente porque no tenemos forma de alcanzar algo como un veredicto en asuntos problemáticos (...) La manera democrática de ganar es educar, organizar y movilizar más personas que la parte contraria. “Más” hace a la victoria legítima, y si bien la legitimidad se fortalece si buenos argumentos pueden hacerse sobre los problemas sustantivos, la victoria es raramente obtenida por los argumentos” (traducción propia). Walzer, Michael, *Deliberation, and What Else? en: Deliberative Politics essays in democracy and disagreement*, 58-69 (Stephen Macedo, Ed., Oxford University Press, Oxford, 1999). Pág. 66.

<sup>149</sup> “Siempre hay una pérdida de democracia cuando una visión sobre las condiciones de la democracia es impuesta a través de una institución no-democrática, aun cuando dicha visión puede resultar correcta y su imposición genere el mejoramiento de la democracia”. (traducción propia) Waldron, Jeremy (1999) Op. Cit. Pag 302.

los jueces aquellas decisiones que corresponden a las mayorías en términos políticos. Sin embargo, reducir la democracia a una regla de la mayoría es despojar al sistema de muchos de sus mejores rasgos. La democracia encarna muchos otros valores distintos<sup>150</sup> a la discusión y toma de decisiones mayoritaria, y muchas de sus instituciones buscan equilibrar precisamente el hecho de que las mayorías tienen el peso político más importante en las democracias. Buscar no concentrar el poder y dar períodos a los dirigentes, proteger los derechos individuales, y darle límites al constituyente son fórmulas que permiten proteger el sistema democrático como un todo. Dicho de otro modo: para proteger el sistema democrático como un orden integral, es necesario que la idea de lo bueno se vea representada en escenarios de discusión como el legislativo, pero también es necesario que lo justo mantenga prioridad en las decisiones judiciales.

Para concluir, el liberalismo funciona como el establecimiento de mínimos dentro de los cuales se puede dar la discusión democrática, dejando claro que en el debate democrático ninguna decisión que mayoritariamente se adopte, puede generar una disminución en derechos para una sección de la comunidad. Ante el reclamo de las teorías que buscan rescatar el valor del desacuerdo democrático, no sólo es posible hacer una revisión teórica del argumento sobre qué significa democracia, sino poner de presente que las consecuencias de dejar toda la carga de la decisión política en manos de las mayorías tienen consecuencias que exceden las teóricas. Podría relativizar el hecho de que depende de qué tipo de comunidad política estemos hablando, la decisión mayoritaria podría ser más o menos afortunada, pero aun las sociedades mejor educadas con los estándares económicos y culturales más altos pueden tomar decisiones que afectan negativamente a sus ciudadanos y que adicionalmente tienen la capacidad de desestabilizan su región. Puede que para ellos las consecuencias no

---

<sup>150</sup> Por ejemplo, En *On Holism, Pluralism, and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State*, Thomas Kleinlein hace un paralelo entre dos posturas expuestas en dos textos (*The Constitutionalization of International Law* de Jan Klabbers, Anne Peters y Geir Ulfstein, por un lado y *The Twilight of Constitutionalism?* Editado por Petra Dobner y Martin Loughlin). Para una sección de los teóricos abordados en este artículo, la idea de democracia es indivisible de la autodeterminación grupal, que incluye soberanía en un territorio y demás elementos de los estados nación clásicos. Para otros la democracia es la articulación de los estados nacionales y ciudadanos globales e instituciones transnacionales. Estos segundos sostienen que puede crearse una gobernanza democrática global. Este texto muestra que la democracia puede encarnar muchos tipos distintos de valores más allá de regla de elección de mayorías o de separación de poderes Ver: Kleinlein, Thomas, “On Holism, Pluralism, and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State”, *The European Journal of International Law* Vol. 21 no. 4. Págs. 1075–1084. Pág. 1081 y 1082.

sean palpables, pero la regla de decisión mayoritaria puede ser muy lesiva para los más vulnerables, quienes no tienen opción sino atenerse a lo que no pueden controlar<sup>151</sup>. Los jueces constitucionales, cuando están en juego derechos individuales, están en posición de hacer frente a la decisión política de las mayorías protegiendo a quienes no tienen la suficiente representación dentro del debate del legislativo, y así proveer de algún equilibrio a la democracia. Al final, vale la pena volver a la idea de consenso traslapado de John Rawls<sup>152</sup>, podemos crear una idea de justicia y ubicarla en el espectro de lo justo que refleje los mejores rasgos de las doctrinas comprensivas de los ciudadanos, pero no podemos dejar que lo bueno y lo justo se confundan en una misma idea, por el riesgo para las doctrinas con menos seguidores que podrían ver su idea de virtud aplacada por lo que la mayoría considera mejor. Los jueces en este aspecto mantienen una distancia entre las ideas de virtud cuando fallan casos sobre autodeterminación y defienden el principio de neutralidad de leyes que lo afectan de alguna manera.

#### *2.4 La libertad como reconocimiento y la dicotomía perfeccionismo/anti-perfeccionismo*

En los dos apartados anteriores expuse como los jueces son la rama del poder público quienes pueden hacer efectivo el principio de neutralidad, mostrando que las mayorías en las democracias constitucionales y liberales contemporáneas controlan el legislativo y eligen la cabeza del ejecutivo (directa o indirectamente), por lo que responden a su visión de lo público. Después, pasé a mostrar cómo las ideas de lo bueno y lo justo se traslapan en algunos casos y cómo de su distinción depende mantener un orden político y jurídico liberal. Mostré

---

<sup>151</sup> Entre otras, ver: Refugiados, migrantes y el voto del Brexit. ( <https://www.lawgazette.co.uk/legal-updates/refugees-migrants-and-the-brexit-vote/5052157.article> recuperado el 09/05/2018) y La administración Trump amenaza con cárcel y separar a los hijos de sus padres para aquellos que crucen ilegalmente el bode suroeste ( <https://www.nytimes.com/2018/05/07/us/politics/homeland-security-prosecute-undocumented-immigrants.html> recuperado el 09/05/2018)

<sup>152</sup> “una concepción de la justicia no necesita ser más indiferente, por ejemplo, a la verdad filosófica y moral, así como el principio de tolerancia, bien entendido, no necesita ser indiferente a la verdad religiosa. Como buscamos una base de justificación pública en que estemos de acuerdo en asuntos de justicia, y como no podemos razonablemente esperar a llegar a un acuerdo político acerca de esas cuestiones controvertidas, recurrimos a las ideas fundamentales que al parecer compartimos en nuestra cultura política. A partir de esas ideas fundamentales intentamos elaborar y aplicar una concepción política de la justicia congruente con nuestras convicciones examinadas tras cuidadosa reflexión. Hecho esto, los ciudadanos pueden, dentro de sus doctrinas comprensivas, considerar la concepción política de la justicia tan verdadera, o razonable, como lo permitan cualesquiera puntos de vista que sostengan”. Rawls, John (2015) Op. Cit. Pags. 151 y152.

cómo las teorías que abogan por retirar el control de constitucionalidad de las cortes lo que hacen en la práctica es borrar las distinciones entre lo justo y lo bueno, haciendo depender todas las decisiones políticas de la idea que tienen las mayorías sobre la idea de lo bueno. Por último, concluí que esta idea puede ser muy perjudicial para la estructura de la democracia, dado que es posible argumentar que la democracia requiere espacios donde las decisiones no se tomen de forma mayoritaria, para salvaguardar los principios mismos en los cuales está basada la conversación democrática. En este apartado final, quiero mostrar, por qué la postura anti-perfeccionista es la que ofrece una mejor protección a la libertad como reconocimiento. Para ilustrar este punto, iniciaré con la discusión que aborda Joseph Raz respecto del principio de daño de J.S. Mill.

De acuerdo con la reconstrucción de Raz, el principio de daño de Mill señala que la única razón legítima para que el Estado pueda intervenir en la autodeterminación del individuo es si este libremente daña a otro individuo que no está obligado a soportar esta carga. Raz argumenta que es posible darle una interpretación a la idea de “daño” que podría permitir al Estado intervenir en los asuntos individuales con el fin de incentivar formas de vida cualitativamente positivas<sup>153</sup> y desincentivar las formas de vida que causan un detrimento al individuo. Esta postura es catalogada como perfeccionista y es posible que sea compatible con la idea liberal de neutralidad siempre y cuando no se ejerza coacción, sino que se genere un incentivo o desincentivo para seguir uno u otro modelo de vida. Mostraré como los jueces podrían fallar casos en los cuales es aceptable incentivar formas de vida positivas y que esa decisión sea compatible con la idea de libertad como autodeterminación, pero al incentivar un estilo de vida sobre otros posibles, esta forma de perfeccionismo es incompatible con la libertad como reconocimiento.

Para Raz, el principio de daño debe verse de una forma comprensiva y extensa. La tesis de Raz es que no se trata únicamente de los individuos que con sus acciones dañan a otros de manera directa, sino de entender el daño en el contexto de la comunidad en la que las acciones del individuo se desenvuelven: “una persona que falla en cumplir con sus obligaciones con

---

<sup>153</sup> Por ejemplo, incentivar el deporte, la comida saludable y la abstención de consumir ciertos productos que son objetivamente dañinos para el individuo (tabaco o alcohol, por ejemplo).

los demás los está dañando, aun si esas obligaciones están diseñadas para promover la autonomía de los otros miembros de la comunidad más que prevenir su deterioro. De lo anterior se sigue que el gobierno cuya responsabilidad es promover la autonomía de sus ciudadanos está en capacidad de redistribuir recursos, proveer bienes públicos y proveer otros servicios de manera obligatoria, siempre que las leyes reflejen y concreten deberes autónomos de los ciudadanos”<sup>154</sup>. En este pasaje, el autor está sugiriendo que no se trata únicamente de acciones que individualmente una persona puede cometer, sino de obligaciones mayores entre ciudadanos como pagar impuestos, y cumplir con otro tipo de conductas para no dañar a la comunidad en la que el individuo se desenvuelve. En ese tipo de escenarios, el Estado está facultado para utilizar la coerción en contra del individuo cuando este con su conducta genera un daño a su comunidad, entendiendo el daño como una minusvalía en una situación que podría ser mejor si la obligación hubiera sido satisfecha de manera oportuna. El caso de Raz sobre los impuestos es claro: si un ciudadano deja de pagarlos, los recursos que no pudieron ser recaudados no podrán ser posteriormente usados por el Estado para pagar profesores, médicos, policías, etc. Este daño que se causa sobre la comunidad se concreta en la pérdida de autonomía de otros individuos, lo que compatibiliza la forma de entender el principio de daño de Mill con la mirada perfeccionista de Raz.

Así, Raz sintetiza su visión del principio de daño de esta manera: “reinterpretado no como una restricción de perseguir fines morales por parte del Estado, sino como la forma correcta en la cual el Estado puede promover el bienestar de sus ciudadanos. Dado que los individuos deben llevar vidas autónomas el Estado no puede forzarlos a ser personas morales. Todo lo que puede hacer es promover las condiciones de la autonomía. Usar medios coercitivos invade la autonomía y derrota el propósito de promoverla, a menos que sea usada para promover la autonomía evitando un daño. (...) visto bajo esta luz el principio del daño permite políticas perfeccionistas hasta tanto estas no sean impuestas a través de la coerción”<sup>155</sup>. Desde este punto de vista, Raz establece que la autonomía requiere que el Estado promueva las condiciones en las cuales una idea de buena vida pueda existir y las malas formas de vivir sean desincentivadas:

---

<sup>154</sup> (traducción propia). Raz, Joseph. (1986) Op. Cit. Pag 417.

<sup>155</sup> (traducción propia). Raz, Joseph. (1986) Op. Cit. Pag 420.

“una buena cantidad de paternalismo indirecto no solo es tolerado sino abiertamente apoyado por muchos amantes de la libertad. Su clamor por leyes que incrementen los controles de seguridad y calidad de bienes manufacturados y ese mismo razonamiento para demandar cualificaciones estrictas como condición para publicitar servicios médicos, legales y otro tipo de profesiones. Estas medidas no coaccionan a aquellos a quienes protegen. Pero tampoco están diseñadas para detener a algunos para dañar a otros. Su efecto es reducir las opciones de las personas bajo el entendido en que está en su mejor interés no tenerlas”<sup>156</sup>.

Aquí Raz se sitúa como un perfeccionista, que justifica en cierta medida la intervención del Estado en la manera en la cual los individuos construyen su vida. Es importante señalar que Raz no argumenta a favor de prohibir conductas o valores moralmente desagradables, sino que pone de presente que los Estados liberales suelen tomar posturas perfeccionistas a través de la ley y de otro tipo de políticas estatales. El argumento de Raz es que este tipo de elecciones no coartan la autonomía, sino que la informan si se comprende que permiten tomar mejores decisiones y elegir varios tipos de valores en un escenario de morales plurales y competitivas<sup>157</sup>.

Tanto el alcohol y el tabaco pueden ser los ejemplos más claros en cuanto a la formulación del principio del daño de Raz. Estos hábitos pueden ser considerados como “repugnantes”, asumiendo que causan enfermedades a sus consumidores y propician adicciones de difícil tratamiento, que condicionan la voluntad del individuo. El Estado en ejercicio de una consideración prudencial grava estos productos con impuestos con el fin de desincentivar el consumo. Puesto de otro modo: con el fin de desincentivar una conducta nociva para el individuo, el Estado en ejercicio de sus funciones crea barreras impositivas al consumo del alcohol y el tabaco.

---

<sup>156</sup> (traducción propia). Raz, Joseph. (1986) Op. Cit. Pag 422.

<sup>157</sup> Raz, Joseph (1986). Op. Cit. Pag 425.

El Estado puede tener el sustento científico y las pruebas sobre la incidencia del tabaco y el alcohol en todo tipo de cánceres y daños al individuo que los consume, y ejercer iniciativas para su desincentivo. Por ejemplo, obligando a los que manufacturan estos productos a poner anuncios en los empaques publicitando los daños que la persona puede sufrir si el uso de ese producto es continuado<sup>158</sup>. En este caso, no se trata de un desincentivo propiamente tal, sino de alertar al individuo que consume dichos productos sobre las posibles consecuencias de su decisión, lo que estaría de acuerdo con el deber del Estado de informar y dejar que el ciudadano tome la decisión de consumir o no. El incentivo podría ser una ventaja comparativa a quienes no consumen el producto -un subsidio por abstenerse de consumir ciertos productos- o un desincentivo que en todo caso no puede pasar de ser disuasivo, y nunca prohibitivo. Lo más posible es que el desincentivo tome la forma de una política tributaria que grave ciertos productos y servicios. Es importante recordar que Raz está tratando el principio del daño de Mill, la pregunta, al respecto, es hasta dónde llega la autodeterminación individual y cómo puede establecerse cuando debe ser limitada. En esas coordenadas, el caso del tabaco y el alcohol funciona dentro de las especificidades que Raz propone: se trata de una conducta que, en principio, daña exclusivamente al usuario, y cuyos efectos nocivos también están claros para quien decide consumir estos productos. Si se considera que los efectos a largo plazo del tabaquismo y el alcoholismo impactan negativamente en el individuo y en la sociedad de distintas maneras, el desincentivo está justificado.

Cabe preguntarse si dentro de los supuestos que Raz describe en su interpretación del principio de daño el desincentivo al uso de esos productos equivale a una política perfeccionista. Mostraré dos razones por las cuales la consideración del daño puede no ser la única razón para desincentivar algunas conductas y, en consecuencia, el Estado no estaría incentivando estilos de vida positivos necesariamente.

La primera razón es la que supone la actuación estatal. El Estado pueden basar su impuesto en una consideración económica y no moral: el Estado puede argumentar que la razón para

---

<sup>158</sup> El argumento respecto de por qué no hay buenas razones, teniendo en cuenta el principio de neutralidad comprensivo, para negar el consumo de drogas a los ciudadanos y una buena comparación con el alcohol, en: Husak, Douglas, Liberal Neutrality, Autonomy, and Drug Prohibitions. 29 Philosophy & Public Affairs, 43-80 (2000).

este tipo de imposición es que las personas que fuman o que beben con regularidad suelen desarrollar enfermedades relativas al consumo de esos productos y el tratamiento de esas enfermedades es más costoso para el sistema de salud, que, si bien puede tener componentes privados, depende de recursos económicos para poder prestar el servicio eficientemente a quienes lo requieren. Esta razón económica no requiere que el Estado explícitamente señale que esta conducta implica un hábito negativo para el individuo y su bienestar, sino que puede ser argumentado desde una lógica económica: el consumo genera gastos, para cuya financiación se requieren impuestos que se dedican al sistema de salud para pagar por las eventuales enfermedades de los fumadores y alcohólicos. Aun si el Estado no reinvierte directamente en salud los recursos obtenidos, el desincentivo económico puede funcionar bajo la consideración que son bienes que no son necesarios para la supervivencia del individuo y pueden ser considerados un lujo, por lo que económicamente el impuesto sigue teniendo sentido. Si fumar o beber fuera abiertamente desagradable o inmoral, requeriría que el Estado así lo identificara abiertamente, y efectivamente hay Estados que tienen prohibiciones expresas en su ley por consideraciones morales, como quedarse a solas con una mujer bajo el mismo techo sin estar casados sin tener vínculos de sangre<sup>159</sup>. Esto puede significar que hay razones económicas que justifican ese desincentivo de mejor manera.

La segunda objeción es la diversidad de productos dañosos para la salud que no son materia de impuestos más altos o de señalamientos sociales más severos. El azúcar refinado<sup>160</sup>, las carnes procesadas, el café y otros tantos productos generan adicciones y daños considerables al organismo propiciando enfermedades, pero no hay una carga impositiva superior para desincentivar el consumo de estos productos. Si la razón fuera una aplicación del principio de daño en la forma en la que Raz lo estructura, estos productos deberían estar gravados en igual medida y por las mismas razones que lo están las bebidas alcohólicas y los cigarrillos. Es decir, estos productos deberían tener una carga impositiva mayor destinada al servicio público de salud, para financiar el daño de quienes deciden consumir estos productos (como

---

<sup>159</sup> ‘Un estado vigilante’: los ciudadanos de Aceh toman la ley Sharia en sus propias manos (disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2018/apr/23/a-vigilante-state-acehs-citizens-take-sharia-law-into-their-own-hands> recuperado el 14/05/2018).

<sup>160</sup> ¿Qué tan adictivo es el azúcar? (Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/salud/que-tan-adictivo-es-el-azucar-articulo-710328> recuperado el 14/05/2018).

en el caso del alcohol y los cigarrillos). Esto implica que incluso la consideración sobre lo dañinos que pueden ser para los individuos ciertos productos no es la única razón para justificar el desincentivo por parte del Estado. De acuerdo al principio de daño planteado por Raz, los cigarrillos y los productos que incluyen azúcar refinada deberían tener una similar carga impositiva.

El punto de este ejercicio es mostrar que no todas las conductas que pueden causar lo que Raz caracteriza como daño son desincentivadas, y no necesariamente el desincentivo depende de una razón moral, entendiendo como razón moral una razón que apela a la protección del individuo para desincentivar una conducta que lo daña personalmente y a la comunidad donde vive. Establecer la razón del desincentivo o por qué algunas sustancias dañosas y adictivas son desincentivadas y otras con las mismas características no lo están, no está en el propósito de esta reflexión, el punto queda claro con evidenciar que el criterio del desincentivo no corresponde del todo al de daño. Más allá de Raz, intuyo que la razón es económica, en la medida en que las personas que consumen estos bienes desarrollan hábitos de consumo fuertes respecto de ellos<sup>161</sup>.

Para Steve Lecce, en *Against Perfectionism: defending liberal neutrality* el planteamiento de Raz de incentivo-desincentivo sobre ciertas conductas perversas es contradictorio con su principio de no coerción. Lecce sostiene que el desincentivo equivale igual a la manipulación y, por lo tanto, tiene los mismos efectos nocivos de acabar con la autonomía que la coerción. Al respecto dice Lecce:

“...consideremos lo siguiente. Un impuesto para dar mantenimiento a un parque de la municipalidad, por ejemplo, no es recaudado para desincentivar a las personas para usarlo, sino para financiar el uso de ese bien público para los usuarios. Un impuesto motivado para desincentivar intrínsecamente de la caza, por otro lado, es estructurado con el objetivo de reducir la probabilidad de que una persona decida matar animales por deporte. Es difícil ver como la independencia de la manipulación que Raz cree,

---

<sup>161</sup> creo que en este caso la lógica del desincentivo económico funciona a la inversa de cómo se supone que debería funcionar, no disuade a quienes ya consumen, quienes difícilmente cambiarán su hábito, sino como una fuente de ingreso constante en materia de impuestos para los Estado

es fundamental para que una persona sea autónoma, es consistente con la alteración artificial e intencional de los costos de distintas opciones”<sup>162</sup>.

Creo que en esta crítica Lecce no caracteriza correctamente cual es el punto de Raz. Es posible distinguir entre la manipulación y el desincentivo si se tiene en cuenta que la manipulación requiere engaño o alguna forma de viciar el entendimiento de la realidad. El desincentivo no funciona de esa manera, no crea una disuasión que se basa en una artimaña, sino que pone una barrera que está en el individuo atravesar o no. De acuerdo con lo expuesto por Raz respecto de la inadmisibilidad de la coerción y su equiparación con la manipulación, creo que puede hacerse una equiparación en los medios que se utilizan cuando se coacciona y cuando se manipula. En ambos casos, se busca dominar la voluntad de un individuo bien a través de la fuerza o a través del engaño, el desincentivo o el incentivo no actúan de la misma manera, no es un truco sino opciones dejadas al individuo para que este escoja entre ellas.

¿Que un Estado grave con mayores impuestos el tabaco y el alcohol que otros productos lo hace quebrantar el principio de neutralidad? No necesariamente, en la medida en que no es una prohibición y no afecta directamente la autodeterminación personal, o al menos no más de lo que los precios de cualquier otro producto determinan su consumo. También debe considerarse que existen razones de política pública de salud que sustentan impuestos hacia el tabaco y el alcohol, como se señaló anteriormente. Por último, no creo que sea posible argumentar que ciertos hábitos son objetivamente buenos para el individuo, los perversos efectos que pueden llegar a causar la nicotina o el exceso de alcohol en el cuerpo y su incidencia en distintas patologías están más allá de discusión. El punto no es sobre si es positivo o negativo para el individuo, sino cual debería ser la postura de un Estado de principios liberales sobre las opciones que elijan los ciudadanos si ejercen su autodeterminación a despecho de su bienestar. En principio al menos, un Estado de estas características no podría sino informar al ciudadano y dejarle tomar una decisión. Los ejemplos sobre conductas “moralmente repugnantes” son muchos: drogas, prostitución, eutanasia y otros tantos. Aun conductas que estando dentro de la legalidad pueden ser

---

<sup>162</sup> Lecce, Steven, *Against Perfectionism: Defending Liberal neutrality* (University of Toronto Press, Toronto, 2008) Pags. 123 y 124.

“moralmente repugnantes” como el abuso de medicamentos de prescripción, tabaquismo, alcoholismo, adicción a videojuegos o a la pornografía, etc. la postura perfeccionista dirá que el Estado no puede ser ajeno a tomar una postura respecto de proteger a los individuos de males que podrían generar a largo plazo una mejor y más completa autonomía<sup>163</sup>. A través del ejemplo planteado, se puede argumentar que el Estado toma posturas en cuanto a conductas y costumbres, aun si estas provienen de distintos razonamientos además de las consideraciones morales como la bondad o perversión de algún comportamiento.

La lectura que puede darse del perfeccionismo en ese sentido es que no se trata solo de una postura sino de toda una práctica política que no puede ser evadida. Como se ha reiterado a lo largo de este capítulo, el órgano del Estado competente para analizar si gravar o no el consumo de ciertos bienes y que se encarga de decidir si una conducta es perjudicial o no para la comunidad es el legislativo, y en efecto esta rama del poder público ejerce esa potestad a través de las leyes; ¿estas prohibiciones son compatibles con la libertad como autonomía? Lo más posible es que este sea el caso. Dentro de la teoría perfeccionista expuesta, no se trata de prohibir o de sacar de la discusión estilos de vida sino de generar un desincentivo a algunas conductas que son dañinas independientemente de la idea de bien que el individuo decida seguir. Aun así, si el ciudadano quiere persistir en la conducta tiene el derecho a hacerlo y no puede haber más intervención del Estado en este sentido. También y como se mostró a través del ejemplo, las razones para generar incentivos y desincentivos pueden no provenir directamente de un enfoque moral determinado o una postura sobre la autonomía, sino un entendimiento económico del problema que supone el consumo de ciertos productos. En todo caso, la autonomía no se ve directamente afectada por este tipo de medidas, salvo que el desincentivo pase a ser abiertamente prohibitivo (como por subir el impuesto al consumo de tabaco a 500% del valor comercial del producto). Por estas razones, creo que el perfeccionismo moral es compatible con la autonomía, en la medida en que no elimina opciones directamente, sino que evidencia los perjuicios de conducir ciertos estilos de vida y crea desincentivos para evitarlos.

---

<sup>163</sup> Hurka, Thomas, *Perfectionism* (Oxford University Press, Oxford, 1993). Pag 148.

Mientras un Estado liberal democrático no elimine lo que encuentra como moralmente repugnante, o no lo desincentive al punto de ser materialmente una prohibición, la autonomía individual sigue siendo la regla para el individuo. El legislativo y el ejecutivo no pueden estar exentos de cumplir el mandato político de sus ciudadanos, y en ese ejercicio tomará determinaciones como dar estabilidad laboral a las mujeres embarazadas, proteger a los infantes, a la tercera edad y muchas otras formas de legislación cuya consideración es principalmente moral, dado que lo que buscan es proteger personas en una situación vulnerable. Estos ejemplos muestran que este tipo de justificaciones morales buscan proteger a una clase de sujeto, el punto es a quién y en qué casos puede protegerse legítimamente al individuo. Cuando Raz sostiene que un Estado neutral perfecto es inalcanzable<sup>164</sup> lo hace señalando que la forma en que Rawls entiende el principio de justicia provoca que algunos individuos con formas de ver la buena vida no liberales tengan dificultades, e incluso estas formas de vida pueden ser contradictorias con el principio de justicia. Esto lleva a concluir que esta forma de liberalismo no es neutral. Raz sostiene que el principio de justicia de Rawls podría ser comparativamente más neutral que otros, pero no puede decirse que es neutral. A lo que está apuntando Raz es que, por la tarea política del Estado, la neutralidad es una visión quimérica, como se exploró en el primer apartado de este capítulo.

La postura de Raz apunta a que el Estado no puede ser neutral, pero en el entendido en que las medidas que un cuerpo político toma afectan de forma distinta (positiva o negativa) a diferentes individuos y ese punto difícilmente puede ser rebatido. Sin embargo, la neutralidad liberal parece encaminarse a no disponer de los medios del Estado para imponer una visión comprensiva de la buena vida. Formulado así, no se trata de alcanzar la neutralidad absoluta, sino de procurar no imponer formas de la buena vida a través de acuerdos políticos entre mayorías.

La pregunta sería entonces si el perfeccionismo sería compatible con una idea de libertad como reconocimiento. En el primer capítulo, estructuré una idea de libertad que se centra en el reconocimiento, entendiendo que ser parte de la comunidad y explorar una idea de virtud dentro de la misma es la libertad. Se distingue de la libertad que se basa en la mera

---

<sup>164</sup> Raz, Joseph (1986) Op. Cit. Pag 120.

autodeterminación en que esta última se estructura en la idea de que el individuo debe poder crear su idea de virtud, pero deja de lado la importancia de que esa idea de virtud sea parte de una discusión pública y se le otorgue un espacio tomándose en serio sus argumentos. Es decir, la libertad como reconocimiento es una libertad política mientras que la libertad como autodeterminación es ante todo de carácter individual. Vale la pena decir que la libertad como reconocimiento es compatible con la idea de libertad como autodeterminación que la complementa dando cuenta del proceso que hace parte de un agente libre: desde la elección de los valores que el individuo encuentra que resuenan con su idea de lo bueno, la construcción de su identidad, y la expresión de su idea personal de lo bueno en su comunidad. Dado que el punto entre el debate sobre el perfeccionismo y el anti-perfeccionismo es determinar si la autodeterminación se ve afectada o no por la neutralidad del Estado, el criterio debería ser el mismo para la libertad como reconocimiento, es decir, si el valor central de la libertad como reconocimiento se ve comprometido con una elección por parte del Estado sobre cuál es la vida buena que sus ciudadanos deberían seguir. Teniendo esto en cuenta, lo fundamental para esta idea de libertad es si el individuo puede expresar y vivir su idea de virtud en la comunidad, así que en esa medida habría que preguntarse si el perfeccionismo o el anti-perfeccionismo promocionan o lesionan la posibilidad de ser parte de la comunidad y de formar su identidad, persiguiendo una idea determinada de virtud.

En principio, la postura anti-perfeccionista es la que parece más congruente con la libertad basada en el reconocimiento en un Estado de principios liberales. Considerando que, si el Estado no distingue entre estilos de vida que incluyan conductas “moralmente repugnantes” de las moralmente valiosas, no puede darles tratamientos distintos a una o a otra. En esa no discriminación entre formas de vida, el reconocimiento por parte del Estado y la comunidad tendría que ser el mismo para todas las formas de buena vida, si dependiera exclusivamente de lo que el Estado incentiva o desincentiva, vale aclarar. Dicho de otro modo: el perfeccionismo toma opciones por formas de vida determinadas, lo que es tomar partido por ideas de buena vida. Por ejemplo, en un marco perfeccionista, sería incentivado un estilo de vida que incluya no consumir alcohol ni tabaco, lo que implica que al menos desde el punto de vista del desincentivo, sí habría estilos de vida más deseables que otros y esto puede afectar el reconocimiento de personas que incorporan los hábitos “repugnantes” en su idea

de buena vida. La pregunta que cabría hacer es si el desincentivo realmente afecta el reconocimiento en la práctica, y la respuesta podría variar dependiendo de cómo son percibidas socialmente las personas que acostumbran a consumir alcohol o tabaco – para continuar con el ejemplo-. ¿consumir estos productos limita la posibilidad de reconocimiento de un ciudadano? Posiblemente no, salvo que ese hábito se convierta en un inconveniente para otros miembros de la comunidad, no por el acto mismo, sino por las consecuencias que en ciertas circunstancias se siguen de incluir esos hábitos en su estilo de vida (conducir un automóvil bajo la influencia del alcohol, o fumar en un hospital).

Creo importante hacer una salvedad: el debate entre perfeccionismo y anti-perfeccionismo se sitúa dentro del liberalismo, por lo que estados o formas asociativas que no observen el principio de neutralidad para empezar, están por fuera de este supuesto. Por ejemplo, Estados que no tienen una separación entre su idea de lo justo y lo bueno, y cuya legislación es establecida y popularmente reconocida como fundada en la moralidad. Los Estados abiertamente paternalistas<sup>165</sup> no conciben el ejercicio de la autodeterminación ya que entienden que solo hay un tipo de vida valiosa, y proscriben directamente otras opciones. Para ese tipo de Estado paternalista, el reconocimiento está garantizado si el individuo practica cierto estilo de vida y protege valores determinados, de no hacerlo, el individuo queda por fuera de la comunidad. Visto así, en estados paternalistas no hay ejercicio de la autodeterminación y el reconocimiento está limitado a una forma de virtud estrecha, en Estados que se alejan de formas paternalistas y se acercan a principios liberales, la protección al ejercicio de la autodeterminación es alta y el Estado promueve el reconocimiento de ideas de virtud diversas e incluso contradictorias entre sí.

Como dije antes en este apartado, la idea de un Estado que logre mantener todos los parámetros de la neutralidad en un sistema democrático representativo puede no ser una aspiración que en la práctica sea posible, sin embargo, la compatibilidad teórica de la libertad como reconocimiento y la teoría anti-perfeccionista sería la elección correcta sobre cómo un Estado de principios liberales debería proceder. Ahora, se puede defender la idea de que la

---

<sup>165</sup> Sobre la diferencia entre el paternalismo y el perfeccionismo (o paternalismo suave y paternalismo estricto), ver: Buckley, Francis H, *Fair Governance: Paternalism and Perfectionism* (Oxford University Press, Oxford, 2009).

libertad como reconocimiento implica cierta forma de neutralidad. Según Raz<sup>166</sup>, es posible ser neutral si una medida afecta positiva o negativamente a todas las partes involucradas en igual medida, pero difícilmente inferir un daño igual a todos los individuos puede ser considerado neutral en los términos liberales. En el marco de un Estado que tenga como referente la libertad como reconocimiento se buscaría que las formas de virtud tengan espacio para ser parte de la discusión en la comunidad. De acuerdo con Ludvig Beckman:

“un compromiso con los derechos no significa entrar en conflicto con la idea de la política de la virtud. Un gobierno que decide perseguir ciertas concepciones del bien no requiere infringir los derechos de sus ciudadanos (...) dado que la adherencia a la teoría de los derechos puede ser incorporada a la búsqueda de la virtud, la crítica común de acuerdo con la cual el estado liberal es o debe ser neutral a las concepciones de bien y a la virtud parecen dos críticas distintas”<sup>167</sup>.

Según Beckman, un Estado perfeccionista puede seguir protegiendo los derechos de sus ciudadanos sin incorporar la neutralidad liberal y ese punto es teóricamente válido. Pero en cuestiones políticas determinantes (aborto, consumo de drogas, eutanasia) un Estado perfeccionista tendrá mucha dificultad en sostener la búsqueda de una forma de buena vida determinada y una interpretación de los derechos basada en el reconocimiento y aun en la autodeterminación. Tampoco parece posible promocionar todas ideas de virtud posibles desde el Estado. Muchas de las visiones de bien comprensivas son contradictorias entre sí, pero sería deseable promover distintas ideas de buena vida que tengan igual posibilidad de acceder al debate público es una forma en la que la neutralidad puede ser alcanzada.

---

<sup>166</sup> “Se es neutral si se tiene la capacidad de afectar a las partes y si se ayuda o se perjudica a todas las partes involucradas en igual grado, y se actúa de esa forma porque se cree que las razones para actuar de ese modo se deben al hecho que esa acción tiene el mismo efecto en la suerte de las partes” (traducción propia) Raz, Josep. *Ibidem*. Pág. 113.

<sup>167</sup> (traducción propia) Beckman, Ludvig (2001) *Op. Cit.* Pág 110.

## 2.5 Conclusiones

En este capítulo analicé la neutralidad a través de la estructura de los estados liberales constitucionales modernos y la forma en la cual están divididas las tareas del poder público, la diferencia entre lo bueno y lo justo desde el punto de vista teórico y el análisis sobre si el perfeccionismo o el anti-perfeccionismo hacen alguna diferencia respecto de la libertad como reconocimiento. La problemática general que estos tres apartes ilustraron es la dificultad del principio de neutralidad en redes tan complejas como las democracias representativas en las que los Estados funcionan como agentes de intereses mayoritarios y como escenarios de discusión y decisión política. Normalmente, los legislativos funcionan con reglas de mayorías y es así se estructuran las leyes. Lo anterior no necesariamente significa que una sola visión prima y que las otras son erradicadas, porque en la práctica los partidos y los políticos buscan alianzas y consensos para pasar agendas legislativas o bloquear otras, lo que a veces implica incluir minorías en la discusión o proteger los intereses de las minorías de una o de otra manera. Pero tal como está planteado, el sistema democrático hace que por aplicación única de la ley sea muy poco probable proteger la neutralidad. Precisamente por esa razón, los jueces constitucionales tienen una tarea importante en la protección de la autonomía individual, procurando que las mayorías no puedan determinar con sus decisiones cual debe ser la idea de bien que será establecida sobre los ciudadanos a través del instrumento legal. Los jueces han probado ser los aliados más importantes en materia de neutralidad y autodeterminación de ideas de virtud que de otro modo, quedarían desprotegidas y en el peor de los casos, perseguidas. Aun así, el perfeccionismo entendido como optar por una serie de valores desde del Estado es ineludible; tanto la justicia como la equidad y la libertad son formas liberales de proteger principios que dentro de esta teoría son fundamentales para la vida en comunidad. Tener que tomar opciones sobre qué significan y como se enfocan esos valores afecta a individuos que no comparten la interpretación y esos mismos sujetos pueden considerar que están siendo atacados a través de la estructura estatal. Así, mantener la neutralidad liberal no puede ser entendido como evitar generar políticas sobre ideas sobre qué significa una vida valiosa por parte del legislativo, sino como una garantía de control del juez constitucional frente a esas decisiones.

Esta es la razón por la cual la discusión sobre qué es lo bueno, o cuáles son las buenas formas de vivir esté separada de la idea de lo justo en los estados liberales. La forma en la cual el principio de neutralidad es protegido es no usando los instrumentos legales para establecer o proteger una forma de vida en específico, de esta tarea se encargan los jueces constitucionales. Ante esta postura, críticos del control interpretativo de la constitución por parte de los jueces como Waldron y Tushnet han elaborado un argumento que basa su reclamo en una idea de democracia en la cual las decisiones mayoritarias son la instancia última de legitimidad política. Para estos, el hecho de que los jueces interpreten la constitución y sean los llamados a tomar decisiones políticas trascendentes es incongruente con el principio democrático. Las razones de ello son varias: si un sistema ha de tomarse en serio que los ciudadanos son seres que pueden tomar sus propias decisiones y elegir de manera razonada a sus representantes, no puede por principio quitarle a la comunidad su derecho a decidir en torno a asuntos políticos que son importantes para todos los ciudadanos; otra razón es que la democracia es un procedimiento y no un resultado determinado, y que tomarse en serio el constructivismo moral<sup>168</sup> implica que no hay respuestas previas sino que los principios van estructurándose de acuerdo a las necesidades políticas de la comunidad. Sin embargo, es posible argumentar que la democracia es un universo de principios en el que, si bien la decisión mayoritaria es central, también incorpora otros valores como la separación de los poderes públicos, el sistema de pesos y contrapesos y en medio de todas sus instituciones el liberalismo como lenguaje de la discusión. Ahora bien, se podría sostener que en aras de lograr avanzar en la configuración de sociedades más incluyentes y pluralistas es necesario que algunas decisiones en materia de libertades esenciales no sean tomadas a través procesos deliberativos, pues preservar la democracia exige proteger los derechos de todos los ciudadanos.

Entendida la neutralidad en el Estado como la separación de lo bueno y lo justo, y mostrar a los jueces como los mejor posicionados para proteger la neutralidad ayuda a comprender en el plano político-constitucional cómo funciona el principio, pero las razones filosóficas de dicha separación merecen también ser exploradas para determinar efectivamente si es el

---

<sup>168</sup> Entendiendo por constructivismo moral la postura de acuerdo con la cual la comunidad crea en conjunto los principios de la buena vida. Se opone al realismo moral, que supone que los principios están dados por alguna fuente (la razón, Dios, etc.). Se trata en la sección sobre lo bueno y lo justo.

individuo el llamado a construir su idea de buena vida, o lo es acaso la comunidad. En el siguiente capítulo se ahondará en las consideraciones teóricas de la neutralidad, y como este concepto aparece en distintas formas de la filosofía jurídica y política.

### 3. LA DECISIÓN SOBRE LOS VALORES DE LA BUENA VIDA: EL INDIVIDUO O LA COMUNIDAD

#### 3.1 *Introducción*

En los dos capítulos previos estructuré una forma de comprender la libertad como reconocimiento, mediante la cual se pudiera dar cuenta de la neutralidad en términos de la separación entre las cuestiones en torno a lo justo -que pertenecen a lo que debe ser legalmente permitido-y lo bueno-que corresponde a la idea de virtud colectiva o individual-. En estos capítulos también se ha delineado -en general- la contención entre dos visiones sobre la libertad y a el papel del Estado en la creación de los valores de los individuos. Una de estas formas de pensar aboga por que sea el individuo quién elija sus valores y considera que el papel del Estado es permitir a los ciudadanos vivir de acuerdo con su propia idea de virtud, mientras lo protege ante intervenciones indebidas de otros particulares en sus elecciones. La otra visión sostiene que el individuo depende de una estructura social de donde provienen sus ideas fundamentales sobre qué significa vivir una buena vida. Para esta teoría, el Estado debe desincentivar las formas de vida y conductas que resulten en consecuencias negativas o repugnantes. Teniendo en cuenta estas distinciones, en particular la dualidad entre lo bueno y lo justo, pasaré a delinear las teorías críticas al liberalismo y sus principales puntos. En general, estas teorías críticas del liberalismo coinciden en que al separar lo bueno de lo justo, se deja de lado la labor de construcción política de los valores de la comunidad y esta queda en manos de individuo auto referenciado, lo que, según ellos, causa una separación inevitable entre los miembros de la sociedad. Para esos críticos, el liberalismo abandona el valor de los acuerdos a los que el cuerpo político llega y se reemplaza por un “naturalismo racional”<sup>169</sup>, en el que los principios políticos se deducen por medio de un ejercicio lógico y científico, lo que implica que no están sujetos a debate público.

Esencialmente, la tensión se encuentra en determinar si es legítimo o no tomar decisiones políticas sobre contenidos legales que son producto de razonamientos lógicos, que, en

---

<sup>169</sup> En el llamado por Bobbio racionalismo ético: “los valores últimos no sólo se pueden demostrar como teoremas, sino que basta con haberlos demostrado, esto es, quedan en un cierto sentido como irrefutables e irresistibles, para asegurar su realización”. Bobbio, Norberto (1990) Op. Cit. Pág.60.

principio, parecerían desapasionados y neutrales y que por otro lado cobijan a todos los miembros de la comunidad. Las teorías críticas se han enfocado en cuestionar la “neutralidad” de este tipo de instituciones y más allá, hay un reclamo de base ante el racionalismo y la tradición iluminista y el reemplazo de la ética de la virtud por una ética racionalista, causante de la ruptura de los vínculos comunitarios. En este capítulo presentaré cuatro apartados en los que ubicaré la discusión que acabo de mencionar orientados por la siguiente pregunta: ¿Es el positivismo jurídico una manifestación teórica del proyecto liberal moderno? En esta búsqueda me ocupo de mostrar como la tradición liberal proviene de valores modernos, y cómo esa tradición liberal a su vez da origen al positivismo jurídico, por lo que las teorías valorativas del derecho -o teorías críticas del positivismo- tienen conexiones conceptuales importantes con las teorías críticas de la tradición ilustrada-moderna. En esta discusión, las teorías críticas del positivismo tienden a evidenciar la incidencia de la moral en el ejercicio del derecho, mientras el positivismo sostiene que el derecho no requiere a la moral para ser considerado derecho. Debido a que el positivismo jurídico separa el derecho de la moral, aparta la discusión de lo bueno de la de lo justo. Las teorías críticas buscan demostrar que ese parámetro de neutralidad o bien es inalcanzable, o es nocivo, porque no permite incluir la virtud construida comunitariamente.

En el primer punto, ilustraré el lugar del liberalismo y del positivismo jurídico dentro del entramado del proyecto moderno, mostrando las conexiones entre la estructura argumentativa y valorativa de modernidad, positivismo y liberalismo. Mostraré también la relación entre liberalismo y positivismo y como hay una línea histórica e ideas comunes que recorren estas distintas manifestaciones teóricas. La relación entre el liberalismo, el positivismo y el pensamiento moderno es un supuesto sobre el que trabajan algunos de los críticos, por lo que dar un contexto a este vínculo es de gran importancia para ilustrar la proveniencia de las teorías críticas del liberalismo. En la segunda parte de este tercer capítulo, mostraré las críticas al proyecto moderno y su estructura ético-racionalista. En concreto, mostraré la postura de Charles Taylor y Alasdair MacIntyre, quienes rescatan tradiciones distintas a la moderna-liberal-individualista donde los principios morales de la comunidad se construyen en conjunto. Estos autores sostienen que el liberalismo fracturó la posibilidad de encontrar en comunidad una idea común de virtud, dejando a cada individuo la posibilidad

de elegir una forma de vida buena. Sin una idea de virtud construida por la comunidad los choques políticos se incrementan y se pierde la estabilidad social.

En el siguiente punto, me referiré a la llamada tesis de la separación del positivismo jurídico, que consiste en sostener que el derecho y la moral son órdenes normativos separados. Esta tesis ha sido cuestionada por varios teóricos que insisten en el papel de la moral en el ordenamiento jurídico, argumentando que en ausencia de un contenido moral por mínimo que sea, la ley puede convertirse en un instrumento que perpetúa injusticias. Otros han sostenido que esta tesis de la separación es ilusoria, y que no es posible crear una barrera efectiva entre el derecho y la moral. Ante las críticas, ha surgido el llamado positivismo jurídico normativo, que en líneas generales sostiene que la labor más importante de la tesis de la separación no es conceptual sino política: mantener separado el derecho de la moral es la garantía de que ninguna forma de ver la buena vida sea obligatoria a través del derecho. Este tipo de positivismo jurídico permite a varias formas de ver la buena vida coexistir sin que una sea predominante sobre otra. Por último, formularé una lectura de la virtud a través del liberalismo, argumentando que la construcción de la idea general de la virtud como una actividad del cuerpo político, por medio de la cual se fija el horizonte moral de la comunidad, sigue siendo parte importante de la dinámica social de las democracias liberales, sin embargo, esta idea de buena vida ya no es obligatoria -ni política ni jurídicamente- a los individuos por razones morales. De otra forma: hay razones morales provenientes de la tradición liberal, por las cuales la idea de virtud generalmente más difundida de la comunidad no rige la conducta de los individuos.

### 3.2 Liberalismo, positivismo jurídico y modernidad

Si bien la conexión entre ilustración y modernidad no es conceptualmente automática, es difícil pensar en una y no referirse a la otra por los postulados generales al que ambos proyectos aluden. Así lo señala Gerard Delanty en *Modernity and Postmodernity*, cuando establece las bases de su estudio sobre la modernidad. En su lectura, la modernidad es el

periodo que empieza en el siglo XVI y se extiende hasta el siglo XVIII<sup>170</sup> y lo relaciona directamente con lo que denomina “la era ilustrada”. Esta era se caracteriza por varios eventos históricos como la revolución científica, el renacimiento, la reforma y la era de los descubrimientos. Todos estos sucesos rompieron con varias estructuras de poder presentes en los siglos precedentes. Delanty señala, precisamente, en el ensayo “Qué es la ilustración” de Kant como un ejemplo de la modernidad<sup>171</sup>, en la que se enaltece el uso público de la razón y la autonomía de la ley moral, así como la separación de distintas ramas del conocimiento que empiezan a ganar independencia y se deslindan unas de las otras, creando disciplinas donde antes había un entendimiento holístico de los problemas de la sociedad - que necesariamente transitaban por el pensamiento teológico en occidente-. Esta idea de ilustración se encuentra atada a una forma de pensamiento secular y crítico<sup>172</sup>, que se pregunta sobre la legitimidad del poder político y cuestiona los supuestos de las formas de pensamiento y gobierno tradicionales. Desde este punto de vista, la ilustración es una de las manifestaciones de la modernidad, que abarca varias otras manifestaciones históricas que comparten algunas características fundamentales: la razón como fuente de la autoridad en distintos niveles, el individuo como ser capaz de entender e interactuar con el mundo físico y social que lo rodea y el método científico como forma de encontrar las conclusiones certeras sobre las cuales se debe basar la existencia humana<sup>173</sup>. Visto así, la ilustración como movimiento hizo parte del pensamiento moderno, y sirvió como inspiración intelectual de los ideales que la modernidad encarnaría en adelante.

Precisamente en la modernidad el pensamiento científico empezó a tener un papel preponderante. Las ciencias llamadas positivas se abrieron campo como las disciplinas privilegiadas. El racionalismo, el empirismo, la replicabilidad y la técnica reemplazaron a la

---

<sup>170</sup> Delanty, Gerard, *Modernity and Postmodernity. Knowledge power and the self* (Sage Publications, Thousand Oaks, California ,2000) Pág. 10.

<sup>171</sup> Ibidem. Pág 11.

<sup>172</sup> Ibidem, Pág 13.

<sup>173</sup> Sobre el cientificismo del conocimiento moderno, Max Weber anota: “Instituciones de educación superior de todos los tipos posibles, inclusive algunas superficialmente similares a nuestras universidades, o al menos nuestras academias, han existido (China, islam). Pero una sistemática, racional y especializada persecución de la ciencia, con personal entrenado y especializado, solo ha existido en occidente en el sentido en que tiene un lugar predominante en nuestra cultura. Sobre todo, esto es cierto del oficial entrenado, el pilar del estado moderno y de la vida económica en occidente”. (traducción propia). Weber, Max, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism* (Routledge, London, New York ,2005) Pág. XXX..

metafísica. En este afán de positivizar todas las actividades humanas, el derecho también tomó un giro hacia esta perspectiva, como lo recoge Giovanni Tarello:

“La segunda de las grandes ideologías que se extienden en la cultura jurídica entre finales del siglo XVIII e inicios del XIX [es el positivismo jurídico]. Portadores de esta segunda ideología son Leibniz y Wolff. Se trata de la ideología para la que el derecho es un dato, como todos los otros datos de la realidad; por lo cual el conocimiento del derecho es conocimiento totalmente idéntico a todos los demás conocimientos, y el método del conocimiento del derecho es el método del conocimiento en general, o mejor el método general de conocer. Cada problema jurídico debe encontrar una respuesta cierta, y la respuesta cierta consiste en la solución derivada; según las reglas de la lógica, de premisas ciertas. Estas premisas ciertas son las proposiciones fundamentales que reflejan las reglas del derecho. Las reglas del derecho son, por consiguiente, proposiciones que, como todas las proposiciones, son predicaciones de una cualidad de un ente”<sup>174</sup>.

De esta estructura racional y analítica de pensamiento pueden observarse dos ejemplos en la teoría jurídica. Por un lado, el positivismo jurídico, que tiene sus bases en la misma forma de pensamiento que la modernidad: el principio racional -el derecho como fuente de certezas que fueron encontradas por deducciones lógicas y un método determinado - lo que significa a la postre que se trata de pensamiento científico. Normalmente se marca el inicio del positivismo jurídico con Bentham y Austin, que distinguieron entre las leyes como lo que son y como debían ser, aludiendo a que el estudio del derecho ha de centrarse en lo que efectivamente es y no en lo que valorativamente podría representar. Esta visión sigue siendo parte importante del discurso positivista hoy en día. Por otro lado, el formalismo jurídico, una filosofía así mismo analítica y racional que sostiene que existen principios de racionalidad inmanente en inscritos en los ordenamientos jurídicos y que labor judicial consiste en “descubrirlos”.

---

<sup>174</sup> Tarello, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho* (Fondo de cultura económica, FCE, México, 2005) Pág. 43.

Sobre el formalismo, es muy elocuente al respecto es el argumento en *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*<sup>175</sup>, donde Ernest Weinrib estudia lo que significa que el derecho tenga una racionalidad interna. Lo que Weinrib busca en este texto en particular es hacer frente a las críticas que se hacen a las teorías más clásicas del derecho. Estas teorías críticas establecen una relación entre el ejercicio y la interpretación del derecho con la política, la moral, y otros elementos ajenos al ordenamiento jurídico en sí mismo. Expone Weinrib:

“El formalismo legal sostiene que el contenido del derecho puede ser entendido por sí mismo mediante la referencia al modo de pensar que ofrece la estructura desde su interior. Para el formalista, la ley está constituida por el pensamiento: sus contenidos están hechos de conceptos (por ejemplo: causa, deber, consideración, oferta y aceptación) que configuran las relaciones jurídicas. La ley es idéntica a las ideas que comprende, y la inteligibilidad del derecho depende en comprender el orden y la conexión de estas ideas (...) dado que la ley se asume como inteligible desde sí misma, el contenido de la ley se estima como homogéneo, y por lo tanto accesible al pensamiento”<sup>176</sup>.

La interpretación que Weinrib propone es la de un sistema cerrado de conocimiento dentro del cual los conceptos son auto-referidos y tienen una “racionalidad inmanente”, esto es, es posible a través del estudio del derecho -sin necesidad de otra referencia - acceder al significado del concepto. En otro texto del mismo autor, en el que estudia la ley como una forma kantiana de razón, señala: “la legalidad, concebida en términos kantianos de una idea de la razón, es la unidad articulada aplicable a las relaciones externas de los seres libres y dotados de voluntad. Esta unidad conecta las varias doctrinas e instituciones de la ley a la noción de voluntad, que es el punto de la convergencia. Kant veía la ley no como una armonía

---

<sup>175</sup> Weinrib, Ernest J., *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, en: 97 *The Yale Law Journal*, 6, 949-1016 (1988).

<sup>176</sup> (traducción propia) *Ibidem*. Pág. 962.

de intereses, sino como una comunidad distintiva de conceptos entre cuyos márgenes cada voluntad libre puede perseguir sus intereses”<sup>177</sup>.

Esta lectura del formalismo jurídico de Weinrib ilustra como el pensamiento científico respecto del derecho, ve en este a una disciplina independiente y autocontenida, que encausa el comportamiento humano y la voluntad a través de las normas de derecho.

En síntesis, los valores modernos pueden ser detectados dentro del formalista en la forma en la que se privilegia el racionalismo como forma de acceder a los conceptos elementales de la disciplina y el enfoque científico del estudio de esta. El positivismo jurídico, por otro lado, es una teoría de orientación epistemológica de enfoque empirista, que busca encontrar qué *es* el derecho como hecho, más allá de lo que pudiera o fuera deseable que fuera. Si bien no es posible asimilar el positivismo al formalismo, ambas son teorías jurídicas afines, que comparten (al menos) el presupuesto de acuerdo con el cual el derecho puede ser estudiado con independencia de otros órdenes normativos y campos del conocimiento, con un método deductivo y racional. Pero el positivismo jurídico no es la única forma de pensamiento que cristaliza estas pretensiones, el liberalismo también se estructuró sobre la misma base individualista-racionalista, pero desde el aspecto político. Muy claramente lo expone Eric Hobsbawm:

"Hasta 1789, la más potente y avanzada fórmula de esta ideología progresiva había sido el clásico liberalismo burgués. Claro está que su sistema fundamental había sido elaborado con tanta firmeza en los siglos XVII y XVIII (...) Era una filosofía estrecha, lúcida y afilada que encontró sus más puros exponentes (como puede suponerse) en Inglaterra y Francia. (...) Era rigurosamente racionalista y secular; es decir, convencida de la capacidad del hombre en principio para entenderlo todo y resolver todos los problemas utilizando la razón, y de la tendencia de la conducta y las instituciones irracionales (entre las que se incluían al tradicionalismo y a todas las religiones no racionales) a oscurecer más que a iluminar. Filosóficamente se

---

<sup>177</sup> (traducción propia) Weinrib, Ernest J., Law as Kantian idea of reason, en: 87 Columbia Law review, 3, 472-508 (1987). Págs. 500-501.

inclinaban al materialismo o al empirismo, muy adecuado a una ideología que debía su fuerza y sus métodos a la ciencia, en este caso principalmente a las matemáticas y la física de la revolución científica del siglo VXII. Sus supuestos generales sobre el mundo y el hombre estaban marcados por un penetrante individualismo, que debía más a la introspección de los individuos de la clase media o a la observación de su conducta que a los principios a priori en que decía basarse, que se expresaba en una psicología (si bien este vocablo no existía todavía en 1789) que no era sino un eco de la mecánica del siglo XVII, la llamada escuela ‘asociacionista’<sup>178</sup>.

Este extracto de Hobsbawm es importante porque realza los rasgos más poderosos del liberalismo clásico: individualismo, racionalismo, empirismo y secularismo. Tanto el racionalismo como el empirismo son, como se vio, también elementos clave del formalismo y el positivismo jurídico. Ahora bien, estos rasgos son compartidos por las manifestaciones teóricas modernas sin que eso signifique que en todas ellas la idea de racionalismo o empirismo signifique lo mismo, pero al menos si da cuenta de algunos elementos comunes que recorren teorías que tienen una afinidad filosófica y un germen histórico común.

Así, entre el liberalismo y el positivismo pueden evidenciarse conexiones en su estructura teórica y metodológica<sup>179</sup>. Estas conexiones no sólo se dieron en periodos históricos similares, sino que se basaron en formas de pensamiento e idearios afines. Si lo anterior no fuera suficiente como para disuadir de las cercanías teóricas de los distintas teorías y su defensa de puntos filosóficos centrales, Lon Fuller, crítico del positivismo jurídico como del liberalismo, encuentra conexiones en su escepticismo del valor moderno del naturalismo racionalista.

---

<sup>178</sup> Hobsbawm, Eric, *La Era de la Revolución 1789-1848* (Crítica, Barcelona, 1997) Pág. 239.

<sup>179</sup> Según Keerok Lee, el mismo Hobbes era un positivista jurídico que a su vez suscribía los principios científicos anti metafísicos y pro-empíricos que pueden relacionarse con el pensamiento moderno, lo que alinea tanto el pensamiento liberal como el positivismo jurídico. Dice Lee: “A pesar de que todos los positivistas jurídicos mantienen que la ley por su sola virtud determina la obediencia, no todos usan los mismos argumentos para determinar el orden moral como subordinado o irrelevante como argumento rival de la obediencia y fidelidad de los ciudadanos. De cualquier forma, un argumento que los positivistas jurídicos tienen en común, es aplicar la lógica científica garantiza la pureza del método” (traducción propia) Lee, Keekok, *The legal-rational state* (Gower Publishing Company, Farnham, 1990) Pág 80.

Fuller en varios apartes de su obra, evidencia que las conexiones entre la crítica al positivismo jurídico y al proyecto moderno comparten elementos cruciales para ambas teorías. En su texto sobre realismo jurídico, Fuller concede a este movimiento (y en particular a Felix Cohen) inculcar un “saludable temor” hacia “abstracciones representativas, conceptos omnímodos, y metáforas posando de hechos”. Para Fuller, este tipo de metodología que propende por encontrar la “naturaleza” del concepto tiende a deducir de esa naturaleza muchos tipos de consecuencias que no consideran el aspecto práctico<sup>180</sup>. En ese mismo sentido y en otro texto, el autor mencionado señala que dentro de la ley conviven las necesidades de razonar y de confiar<sup>181</sup>. Fuller señala que la razón es parte importante del ejercicio legal, pero que hay un componente irracional, que depende de la creencia individual en la razón y necesidad de la ley. El autor argumenta que estas dos fuerzas están siempre en conflicto y son inseparables de la actividad jurídica. En este artículo, Fuller argumenta que no es posible abarcar completamente al derecho como fenómeno a través del raciocinio, dado que hay características de este tipo de disciplina que responden a valores sociales no necesariamente racionales<sup>182</sup>. La tesis central en este texto particular es que buscar mayor estabilidad a través de la razón a costa de eliminar los elementos no racionales podría resultar en una inoperatividad del sistema. Por último, en *Legal Fictions*, Fuller sostiene:

“No hay tal cosa como un plano y concreto ‘hecho’, del cual nuestras teorías tengan que dar cuenta. Todos nuestros hechos, al menos todos los hechos comunicantes - aquellos hechos que crean lo que un escritor ha denominado la ‘percepción colectiva’ de la sociedad- son hechos conceptuales. Nuestras experiencias, desde la infancia en adelante, están organizadas y conceptualizadas por acuerdos de discurso y pensamiento. Nuestro lenguaje, nuestro ‘sentido común’, nuestras teorías científicas, nuestras construcciones legales- todos los anteriores son mecanismos conceptuales para organizar y lidiar con la realidad”<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> Fuller, Lon, American Legal Realism, en: 82 University of Pennsylvania Law Review, 5, 429- 462 (1934). Pág. 443

<sup>181</sup> La expresión “fiat”, que utiliza Fuller, puede no ser perfectamente replicable en castellano. Parece ser relativa al contenido irracional que también hace parte del derecho. La expresión en castellano “fiat” también alude a “fe”.

<sup>182</sup> Fuller, Lon, Reason and Fiat in Case Law, en: 59 Harvard Law Review, 3, 376-395 (1946).

<sup>183</sup> (traducción propia) Fuller, Lon L., *Legal Fictions* (Stanford University Press, Palo Alto, CA, 1967) Pág. 134. Para una síntesis del pensamiento de Fuller, ver: Winston, Kenneth. *Lon Fuller’s Critique of Positivism*

En este pasaje, Fuller argumenta que lo que percibimos como hechos pasan por filtros interpretativos de distintas naturalezas que hacen que nuestra visión de la realidad esté mediada por muchas formas de discurso. Lo anterior impide que solo haya una forma de leer un hecho puntual; cada individuo, dependiendo del marco teórico que aplique, puede ver en un mismo suceso distintas causas y consecuencias. El autor está haciendo una crítica al positivismo jurídico que sostiene que el derecho es lo que es (la ley) y no lo debería ser (la moral), separando el hecho de la ley de los contenidos valorativos. Podría pensarse que, desde un punto de vista puramente racional, separar los hechos de las valoraciones es parte del proceso científico para analizar el fenómeno. Esta crítica de Fuller al positivismo jurídico impacta también en la forma moderna y científica de ver la realidad, en el sentido en que niega la posibilidad de percibir los hechos de forma estricta y separada de las valoraciones individuales.

En conclusión, el positivismo jurídico y el liberalismo moderno comparten ideas afines que son perceptibles en su metodología. Más que contenidos valorativos hay un procedimiento para determinar, por ejemplo, que es la ley. Un positivista jurídico como Hart diría que es la unión de reglas primarias y secundarias. Esta respuesta no dice que “es” el derecho, sino da un parámetro externo que califica un sistema normativo como derecho o no. Una respuesta valorativa a la misma pregunta podría decir que el derecho es un sistema normativo que encarna algunos valores como la justicia, la igualdad, etc. El liberalismo tampoco discute que es la buena vida, sino que crea los medios para que cada individuo determine eso por sí mismo. El otro punto de contacto es el hecho de que el positivismo jurídico sostenga la separación entre el derecho y la moral. Esta separación de órdenes normativos es parte importante del fundamento liberal, teniendo en cuenta que esta separación permite a los individuos no ser gobernados legalmente por una moral decidida mayoritariamente que responda a una sola idea de la buena vida<sup>184</sup>.

---

en: *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, editado por Patricia Mindus y Torben Spaak. Por publicarse en 2020.

<sup>184</sup> Sobre este aspecto de la importancia de la separación entre derecho y moral, H.L.A. Hart en *Law, Liberty and Morality*, discute el mérito de los argumentos presentados por Patrick Arthur Devlin, Baron Devlin, en el parlamento inglés, para mantener la criminalización de los actos homosexuales. En el mencionado texto, Hart señala: “A veces se señala que el problema no es sobre si es moralmente correcto hacer exigible la moral en sí

### 3.2 La crítica al pensamiento moral moderno

Teniendo en mente los enlaces entre la modernidad, el positivismo jurídico y el liberalismo, mostraré ahora dos textos de autores que critican el liberalismo moderno por haber despojado a la comunidad de la posibilidad de construir una idea de virtud. Estas críticas sostienen que el liberalismo al dar por supuesto axiomas sobre la condición humana, como los derechos individuales<sup>185</sup> y ha convertido estos presupuestos en ideas incontrovertibles, sacándolos de la discusión pública de la que deberían ser objeto. El liberalismo entonces ha determinado que existen muchas formas de virtud y no pudiendo establecerse cuál entre todas las formas de la moral es la que está por encima de todas, deja a los individuos en libertad de escoger entre diferentes ideas de buena vida distintas y contrarias entre ellas. Tanto para Charles Taylor como para Alasdair MacIntyre, esta decisión ha desarticulado la posibilidad de construcción de una idea de virtud de la comunidad. Ambos autores recorren caminos distintos, los dos ven en el liberalismo moderno una ruptura con la tradición de la virtud, que había sido cultivada en occidente hasta el inicio de la revolución ilustrada el advenimiento del pensamiento positivista. Ambos rastrean desde Aristóteles la idea de virtud y encuentran que la filosofía emotivista redujo el debate moral a la preferencia individual, de igual forma ambos encuentran que Nietzsche denunció el problema fundamental de la filosofía moral moderna (la atomización de la sociedad y la incapacidad de construir un horizonte moral común por consecuencia del liberalismo) y comparten su diagnóstico, no así su solución<sup>186</sup>. En lo que me centraré inicialmente, será en sus observaciones sobre la ruptura con la tradición aristotélica y sus consecuencias para el estudio de la filosofía moral.

---

misma, sino *cuál* moral debe ser obligatoria” (traducción propia) Hart, H.L.A., *Law, Liberty and Morality* (Oxford University Press. Oxford, 1982), Pág. 22. En este libro, Hart ahonda en el principio Milliano del daño (cosa que también hace Raz y que se estudió en el capítulo segundo de este texto) para determinar si los actos de homosexualismo generan realmente un daño a la moral social, que amenace con deshacer el entramado comunitario. Un buen resumen de este debate y sus principales argumentos está en Lecce, Steve (2008) Op. Cit. Págs. 76-88.

<sup>185</sup> Uno de los ejemplos de esta forma de pensamiento está en la declaración de independencia de EE. UU.: “Tomamos las siguientes verdades como evidentes, que todos los hombres son creados iguales, que están dotados por el Creador con ciertos derechos inalienables, que dentro de estos están la vida, la libertad, la búsqueda de la felicidad. Para asegurar estos derechos, los gobiernos se instituyen entre los hombres, derivando el poder del consentimiento de los gobernados...” (traducción propia) Declaration of Independence of The United States of América. 4 de Julio de 1776. (Disponible en: <http://billofrightsinstitute.org/wp-content/uploads/2011/12/DeclarationofIndependence.pdf> , recuperado el 06/08/2018).

<sup>186</sup> MacIntyre, Alasdair (2015) Op. Cit. Pág. 146.y Taylor, Charles, *Fuentes del yo* (Paidós, Barcelona ,2016) Págs. 111 a 114.

En la caracterización que Alasdair MacIntyre realiza sobre la historia de la tradición moral de occidente en *Tras la Virtud*, la primera parte de su texto se concentra en rastrear el proyecto ilustrado y los orígenes de sus posiciones teóricas, que desembocan en sus postulados políticos más relevantes. MacIntyre inicia su estudio con la filosofía emotivista que ocupa un lugar fundamental desde inicios del siglo XX<sup>187</sup>, que supone -en general- que los juicios morales de los individuos revelan una preferencia por ciertos valores, y el deseo de que otras personas juzguen ese mismo comportamiento de la misma manera<sup>188</sup>. En esta línea de pensamiento -siguiendo el razonamiento de MacIntyre- está Max Weber, quien sostiene que la autoridad no reside en criterios racionales, sino en decisiones entre valores rivales que los individuos eligen, y que la elección de este tipo de valores justifica posteriormente la autoridad burocrática del Estado<sup>189</sup>. En una sociedad donde el origen del poder político es irracional -considerando que proviene de preferencias emocionales de los individuos- y el poder burocrático es racional, el cuerpo social se divide en “personajes” que cumplen un rol dentro de la sociedad que se define por la actividad que realizan en la misma y cuya praxis define una forma de moral determinada<sup>190</sup>. Esto es lo que MacIntyre llama el “el papel gerencial en nuestra cultura”, que los individuos asumen con respecto al Estado y que termina por determinar la forma en la cual se asumen a sí mismos y el rol que cumplen como agentes morales. El policía encarna un valor, así como el director del colegio o el burócrata de una entidad; todos encarnamos un rol determinado porque no tenemos un criterio último sobre si la praxis que asumimos es en realidad digna de ser asumida y la ausencia de esos criterios últimos se debe a que creemos que nuestros juicios morales reflejan únicamente nuestra preferencia individual y por ello podemos representar todo tipo de papeles, sin realmente tener una posición ética colectiva al respecto<sup>191</sup>.

---

<sup>187</sup> MacIntyre, Alasdair (2015) Op. Cit. Pag. 29.

<sup>188</sup> Ibidem. Pág. 41.

<sup>189</sup> Ibidem. Pág. 44.

<sup>190</sup> Ibidem. Pág. 49.

<sup>191</sup> “Este yo democratizado, que no tiene contenido social necesario ni identidad social necesaria, puede ser cualquier cosa, asumir cualquier papel o tomar cualquier punto de vista, porque en sí y por sí mismo no es nada”. Ibidem. Pág. 51.

MacIntyre tratará de mostrar las razones del fracaso de la ilustración, y encuentra que el proviene de la forma en la que este pensamiento y sus expositores (Kant, Adam Smith) caracterizaron la naturaleza humana como la causa común de su desacierto<sup>192</sup>. El argumento estructurado por los modernos supone que existe una naturaleza humana inherente a todos los miembros de la especie y los valores que atados a esta naturaleza se encuentran. MacIntyre señala que esta filosofía del XVIII y XIX rompe con la tradición aristotélica que mantenía que los miembros de la especie aspiran a ser algo más de lo que son a través de perseguir a un *telos*. La discrepancia entre ambas formas de entender al ser humano se encuentra en que la tradición aristotélica ve al hombre como podría ser, siendo la ética la herramienta por la cual el individuo llega a su propósito esencial a través de entender que su camino inicia en un punto, pero debe avanzar en el mismo para poder alcanzar la virtud y así, su finalidad esencial. Los ilustrados prefirieron ajustar la moral a lo que los individuos son, a encontrar ciertas características predicables de todos los seres humanos y usar la razón como instrumento para encontrar los preceptos de la moral universal<sup>193</sup>. Los modernos rompieron la tradición que le daba un camino al individuo para alcanzar la virtud, y al hacer esto, trataron de reconducir lo que habían desarticulado a través de la razón, prescindiendo de una teleología determinada. Lo anterior tiene mucho sentido si se tiene en cuenta que el pensamiento ilustrado estaba tratando de combatir los valores preponderantemente metafísicos y teológicos de la era precedente, y que habían dominado tanto en lo filosófico como en lo político.

MacIntyre argumenta que producto de la ruptura del orden moral y del desorden en el cual el emotivismo y los filósofos morales ilustrados dejaron la tradición ética, se condensó en el principio: “nada que *deba ser, es* – ninguna conclusión *debe* de premisas, *es*”<sup>194</sup>. Un ejemplo de lo anterior es el siguiente. Si yo formulo: “El derecho debe perseguir la justicia, por lo

---

<sup>192</sup> MacIntyre, Alasdair. (2015) Op. Cit. Pags. 74 y 75.

<sup>193</sup> Ibidem, pág. 76.

<sup>194</sup> “De ahí que el principio ‘ninguna conclusión debe de premisas es’ se convierta en una verdad sin fisuras para filósofos cuya cultura sólo posee el vocabulario moral empobrecido que resulta de los episodios que he narrado. Lo que un tiempo fue tomado por verdad lógica, era signo de una deficiencia profunda de conciencia histórica que entonces informaba y aun ahora afecta en demasía un acontecimiento histórico crucial. Señala la ruptura final con la tradición clásica y el fracaso decisivo del proyecto dieciochesco de justificar la moral dentro de un contexto formado por fragmentos heredados, pero ya incoherentes, sacados fuera de su tradición”. Ibidem. Pág. 83.

tanto, el injusto debe ser castigado”, estoy diciendo que el derecho tal y como está hoy está fallando en cumplir esa tarea, de lo contrario lo que diría que el derecho es justo y castiga al injusto. La idea de que nada que deba ser, es, se replica en Austin sobre el positivismo jurídico, cuando señala que debe distinguirse lo que el derecho es y lo que este debe ser, postulado que como se expuso en el apartado anterior, los positivistas jurídicos todavía mantienen vigente. La ética planteada por la tradición clásica señala que tanto el individuo como las instituciones deben dirigirse al deber ser<sup>195</sup> y desde el punto de vista de MacIntyre, esta distinción entre el ser y el deber ser crea una fisura, separando lo que no debería estarlo. Dentro de este argumento, entonces, no se trata de reconocer que existe un ser y un deber ser, sino de señalar que este deber ser es la forma de alcanzar un “ser” completo. Un ejemplo de lo anterior podría ser el campesino, que para ser considerado uno propiamente tal, debe poder cultivar de forma eficiente sus vegetales y sus plantas, alimentar a sus animales y cuidar de ellos, llevar los asuntos de la granja de forma tal que puedan preverse las eventualidades del clima, etc. Sin adquirir ese tipo de práctica, una persona que se dedica al campo no es propiamente un campesino, o si lo es, sería un mal granjero. De esta misma manera, no puede decirse que un individuo que no desarrolla una forma de ser determinada tendiente a mostrar lo mejor de su condición, es propiamente un ser humano. Según MacIntyre, esta separación entre lo que debería ser y lo que es, es la materialización de toda la filosofía científicista y positiva en el aspecto moral y es el epítome de la destrucción de la tradición clásica.

La respuesta de MacIntyre ante lo que el señala como el desorden en el estudio de la moral en occidente, es volver la mirada a las sociedades clásicas y la forma en la cual estas construyeron su idea peculiar de moral:

“...el ejercicio de las virtudes heroicas requiere una clase específica de ser humano y una clase específica de estructura social. Por eso, el estudiar las virtudes heroicas puede parecer irrelevante a primera vista para cualquier investigación general en teoría y práctica morales. Si las virtudes heroicas requieren para su ejercicio de la presencia de un tipo de estructura irrevocablemente perdido, como así es, ¿qué

---

<sup>195</sup> Los ejemplos de MacIntyre: hombre se mantiene con “buen hombre”, reloj con “buen reloj”, granjero con “buen granjero”. Ibidem.

relevancia pueden tener para nosotros? Nadie puede ser un Héctor o un Gisli. La respuesta es quizá que lo que tenemos que aprender de las sociedades heroicas es doble: primero, que toda moral está siempre en cierto grado vinculada a lo socialmente singular y local y que las aspiraciones de la moral de la modernidad a una universalidad libre de toda particularidad son una ilusión, y segundo, que la virtud no se puede poseer excepto como parte de una tradición dentro de la cual la heredamos y la discernimos de una serie de predecesoras, en cuya serie las sociedades heroicas ocupan el primer lugar”<sup>196</sup>.

Por otro lado, Charles Taylor parece estar de acuerdo con lo observado por MacIntyre<sup>197</sup> en que la tradición moderna ha separado lo justo de lo bueno, y se ha enfocado en lo primero, dejando de lado la formación comunitaria del modelo de la buena vida. Esta forma de ver la racionalidad como si lo pudiera absorber todo en una matriz de datos exactos y equivalencias preestablecidas creó un desorden en la teoría moral<sup>198</sup>. Si bien Taylor lo que quiere reconstruir es la forma en que el individuo se percibe a sí mismo en la tradición moderna, empieza su análisis con un argumento muy similar al de MacIntyre afirmando que: “...es absolutamente imposible deshacerse de los marcos referenciales; dicho de otra forma, que los horizontes dentro de los cuales vivimos nuestras vidas y que les dan sentido, han de incluir dichas contundentes discriminaciones cualitativas.(...) La tesis aquí es (...) que vivir dentro de tales horizontes tan recientemente cualificados es constitutivo de la acción humana y que saltarse

---

<sup>196</sup> Ibidem. Págs. 161-162

<sup>197</sup> “Gran parte de la filosofía moral contemporánea, en particular, pero no únicamente, en el mundo angloparlante, se hace centrado tan restrictivamente en la moral, que los planteamientos de algunas de las conexiones clave que quiero trazar aquí resultan incomprensibles. Esta filosofía moral ha tendido a centrarse en lo que es correcto hacer en vez de lo que es bueno ser, en definir el contenido de la obligación en vez de la naturaleza de la buena vida; y no deja un margen conceptual para la noción del bien como objeto de nuestro amor o fidelidad o, como Iris Murdoch ha reflejado en su obra, como el enfoque privilegiado de la atención y la voluntad” Taylor, Charles (2016) Op. Cit. Pág 19.

<sup>198</sup> Taylor hace explícitamente referencia a la llamada falacia naturalista, de acuerdo con la cual, hay inscritos en la naturaleza principios inquebrantables sobre el bien y el mal que son descubiertos a través del ejercicio de la razón. Esta falacia indica que del mismo modo que Newton “descubrió” la ley de gravedad a través de observación y análisis, es posible utilizar un método para saber cuáles son los genuinos principios morales. Dice Taylor al respecto: “...existe un talante generalizado, al que he denominado «naturalista», que puede caer en la tentación de negar por completo los marcos referenciales. Y esto es evidente no sólo en los enamorados de las explicaciones deduccionistas, sino también, de otra forma, en el utilitarismo clásico. El objetivo de dicha filosofía era precisamente rechazar cualquier distinción cualitativa y explicar todos los objetivos humanos como si tuviesen la misma base y, por ende, fuesen susceptibles de cualificación y cálculo comunes de acuerdo con alguna «moneda» común. Mi tesis aquí es que esa idea es profundamente errónea”. Ibidem. Pág. 46.

esos límites equivaldría a saltarse lo que conocemos lo integral, es decir, lo intacto de la personalidad humana”<sup>199</sup>.

Estas “contundentes discriminaciones cualitativas” están dadas por la comunidad en la que el individuo interactúa y de las cual extrae sus valores. Para poder ser o reaccionar contra un tipo de valor, debe conocerse de qué valor se está hablando y reconocer que ese valor particular está inscrito en un cuerpo social, en una clave específica histórica y política. Lo anterior implica que no puede ser cuantitativamente abstraída para ser analizada a través del prisma de la racionalidad pura<sup>200</sup>. Taylor argumenta lo que Michael Sandel había puesto de presente desde su crítica del individuo sin lastre (al que se hizo referencia en el capítulo primero). Sandel estaría acuerdo con que: “una imagen habitual del yo [de la modernidad, es] que extrae sus propósitos, finalidades y planes vitales de sí mismo, que sólo «busca relaciones» en la medida en que estas sean «satisfactorias», en gran parte se fundamenta en el hecho de querer ignorar nuestro «incrustamiento» en las urdimbres de la interlocución”<sup>201</sup>. Taylor sostiene entonces que los individuos definen su vida de acuerdo con un posicionamiento frente a ciertos bienes fundamentales, y la cercanía o lejanía ante estos es lo que determina si un ser humano vive (dentro de su propio concepto) una vida de provecho. Para la conciencia moderna, la razón y la lógica es donde el deseo es tamizado y separado de las emociones -que dentro del relato positivo y científico son una fuerza perversa-<sup>202</sup>, y se pretende separar toda finalidad o propósito de las formas de pensamiento teológico y teleológico. Adicionalmente a la interacción con los valores que el individuo asume o descarta, también este se pone en medio de una narración sobre sí mismo. El individuo construye un relato donde él es el protagonista y persigue unos fines determinados con los medios a su disposición<sup>203</sup>, quiénes somos y hacia dónde vamos. Este posicionamiento hacia una idea de “bien” y la forma narrativa de la existencia, son de acuerdo con el autor,

---

<sup>199</sup> Ibidem. Págs., 51 y 52.

<sup>200</sup> “la completa definición de la identidad de alguien incluye, por tanto, no sólo su posición en las cuestiones morales y espirituales, sino también una referencia a una comunidad definidora (...) La cultura moderna ha desarrollado concepciones del individualismo que presenta a la persona humana, al menos potencialmente, ensimismada declarando su independencia de la urdimbre de la interlocución que originalmente la formó, o por lo menos, neutralizándola”. Ibidem. Pág. 64.

<sup>201</sup> Ibidem. Pág. 68.

<sup>202</sup> Ibidem. Pág. 77.

<sup>203</sup> Ibidem. Págs. 79 y 80.

presupuestos elementales y difícilmente modificables de la condición humana, son “ineludibles requisitos estructurales del hacer humano”<sup>204</sup>.

Para finalizar, esta sección vale la pena rescatar los elementos comunes a la crítica de MacIntyre y Taylor al pensamiento moderno. Ambos autores argumentan que la modernidad, por su enfoque naturalista, ha privilegiado lo justo por encima de lo bueno (distinción descrita en el capítulo segundo). Este favorecimiento de lo justo ha hecho pasar algunos valores como neutrales y necesarios para la vida civilizada y que no dependen de un específico momento histórico o político, sino que, teniendo en cuenta que son producto de una razón más allá de cuestión -axiomas-, son necesarios para toda la humanidad desde su “descubrimiento” en adelante<sup>205</sup>. Ambos encuentran que el advenimiento de la modernidad creó una conciencia científica y positiva que se materializó en las ciencias naturales, pero que alcanzó también a la filosofía y al estudio de la moral, generando formas de pensamiento que procuraban encontrar la idea del bien moral como si se tratara de una ley física o química: a través de un método de observación empírica, capaz de replicarse y de repetirse en condiciones dadas. De acuerdo con la crítica de Taylor y MacIntyre, eliminar la pregunta sobre que es bueno ser y reemplazarla por lo que es justo hacer provocó un resquebrajamiento con la teoría clásica de la moral y destruyó los vínculos entre la forma específica de entender la buena vida de acuerdo con las prácticas y costumbres de una comunidad política determinada, y los reemplazó por fórmulas universales que no necesariamente responden a la realidad particular de cada comunidad. La crítica de ambos autores ha sido declarada “comunitarista”, porque resaltan el valor de la discusión del cuerpo político cuando de construir valores se trata. En ese entendido, ambos autores hacen una crítica constructivista ante el naturalismo que encuentran en la modernidad.

---

<sup>204</sup> Ibidem. Pág. 85.

<sup>205</sup> De ahí que MacIntyre sea resistente a la idea de derechos humanos: “No existe ninguna expresión en ninguna lengua antigua o medieval que pueda traducir correctamente nuestra expresión «derechos» hasta cerca de la Edad Media: el concepto no encuentra expresión en el hebreo, el griego, el latín o el árabe, clásicos o medievales, antes de 1400 aproximadamente, como tampoco en inglés antiguo, ni en japonés hasta mediados del siglo XIX por lo menos. Naturalmente de esto no se sigue que no haya derechos humanos o naturales; sólo que hubo una época en que nadie sabía que los hubiera. Y como poco, ello plantea algunas preguntas. Pero no necesitamos entretenernos en ellas, porque la verdad es sencilla: no existen tales derechos y creer en ellos es como creer en brujas y unicornios”. MacIntyre, Alasdair (2015) Op. Cit. Pág. 95. Sobre una reconstrucción de MacIntyre desde la tradición marxista y la crítica de los derechos, ver: Bowring, Bill, Misunderstanding MacIntyre on Human Rights, en: 30 Analyse & Kritik, 205–214 (2008).

La reconstrucción teórica de estos autores cuestiona esos supuestos sobre los que están fundados los principios del liberalismo. Debido a que tanto el liberalismo como el positivismo jurídico comparten este talante científico de la modernidad -como se vio en el primer apartado de este capítulo-. Mostraré en el siguiente punto las críticas al positivismo jurídico que se articulan desde el construccionismo político, argumentando o bien que la idea de moral de la sociedad es importante para determinar los contenidos jurídicos, o que el método deductivo del positivismo la hace una teoría poco adecuada. Estas dos formas de contrarrestar el argumento positivista jurídico son similares a los argumentos de Taylor y MacIntyre frente a la filosofía moral contemporánea.

### 3.3 La tesis de la separación, el positivismo jurídico normativo y construccionismo moral

El propósito de este apartado es mostrar las críticas que el positivismo ha enfrentado en la llamada tesis de la separación y cómo las críticas a este punto apuntan a mostrar el rol de la moral como elemento integrador del derecho. Ante estas críticas el llamado positivismo jurídico normativo ha reivindicado como el rasgo más importante de esa teoría separar el derecho de la moral, para evitar que el derecho se convierta en un medio para imponer coercitivamente una forma de moral hegemónica para todos los ciudadanos. Antes de iniciar con las críticas, quiero señalar cuáles son las características o postulados esenciales del positivismo. Me valdré para este fin de Andrei Marmor, quien expone en su texto *Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral*<sup>206</sup>, los tres puntos fundamentales de la mencionada teoría. Cabe hacer la salvedad (que Marmor advierte) sobre el positivismo: es una teoría con dos siglos de historia y con diversos teóricos que han adaptado posiciones particulares sobre distintos aspectos. Sin embargo, pueden rescatarse respecto de todas estas visiones generales tres confluencias. La primera, (i) es que la ley es esencialmente un medio para obtener un resultado, que normalmente es el orden y el bienestar de la sociedad. Siendo un instrumento, el derecho puede ser utilizado para distintos fines, algunos provechosos y otros negativos<sup>207</sup>. El segundo de los postulados del positivismo jurídico es (ii) la llamada

---

<sup>206</sup> Marmor, Andrei, *Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral*, en: 26 *Oxford Journal of Legal Studies*, 4, 683-704 (2006).

<sup>207</sup> Marmor, Andrei (2006) *Op. Cit.* Pág 685.

tesis de los “hechos sociales”. Esta tesis proviene de los primeros positivistas (Hobbes, Bentham y Austin) quienes sostenían que el derecho tiene su origen en las elecciones de la sociedad sobre sus representantes y las normas que estos expiden, por lo cual, el derecho está relacionado con la soberanía política. Los positivistas modernos (Kelsen, Hart, Raz) reestructuraron este supuesto, apuntando en que cada sociedad tiene una forma de determinar qué es y cómo se puede identificar una norma legal<sup>208</sup>. Por último, y está (iii) la “tesis de la separación”. Este postulado señala que “determinar qué es el derecho no depende conceptualmente de la moral u otro tipo de consideraciones evaluativas sobre lo que la ley debería ser en una circunstancia relevante dada”<sup>209</sup>.

Marmor señala que la primera tesis es relativamente incontrovertida y generalizada entre los positivistas jurídicos, la segunda tiene un grado mayor de debate entre los teóricos y sobre la tercera hay posturas divergentes incluso dentro de los teóricos que se afilian al positivismo jurídico, en relación a la tesis de la separación, hay división entre aquellos que sostienen que la moral y otros contenidos evaluativos pueden jugar un papel respecto de lo que la ley efectivamente es, si es que el sistema jurídico particular incluye reglas que incluyen este criterio y los que niegan esta posibilidad. Los primeros se denominan positivistas jurídicos incluyentes, y a los segundos excluyentes.

Contra estos tres postulados básicos, hay distintos teóricos que han formulado objeciones sobre los supuestos. Para efectos de este texto, exploraré la escuela del derecho natural (ius naturalismo), que se opone al positivismo jurídico principalmente en la tercera tesis (tesis de la separación). En particular, el ius naturalismo que se mencionará en este apartado argumenta que la ley injusta no tiene el carácter de ley y, por lo tanto, no hay ninguna obligación de cumplirla aun si esta ha sido expedida por el órgano competente y con las características de forma necesarios para producir efectos. Visto así, el juicio moral del individuo lo faculta para no acatar una norma<sup>210</sup>.

---

<sup>208</sup> Ibidem. Pag. 686.

<sup>209</sup> (traducción propia). Ibidem.

<sup>210</sup> Considerar al derecho y a la moral como independientes es propio de la teoría positivista, mientras que la creencia de acuerdo con la cual el derecho puede solucionar por sí mismo problemas jurídicos es más relativo al formalismo jurídico. Al respecto ver a Weinrib, al que me referí anteriormente.

En *Arbitrariedad legal y derecho supra legal*, Gustav Radbruch hace un corte de cuentas al positivismo jurídico con los juicios a los criminales de guerra nazis. Los jueces que condenaron a los militares del régimen consideraron en sus providencias que, si el orden legal disponía comportamientos atroces, no podía llamarse a ese tipo de mandatos ley en un sentido amplio, razón por la cual quienes obedecieron dichas órdenes no podían ser otra cosa que criminales de guerra<sup>211</sup>. Siendo Radbruch víctima del régimen, cree que el proyecto del positivismo jurídico en este episodio ha probado tener una desconexión entre la existencia - problema formal- y la validez de las normas de derecho -que depende de la justificación para el cumplimiento de la ley-. Radbruch reconoce que existe un valor intrínseco en la certeza de la existencia de un sistema jurídico<sup>212</sup>, sin embargo, este valor no es el único ni es tampoco el de mayor relevancia. El cumplimiento de la ley debe responder además a la conveniencia y a la justicia<sup>213</sup>. En ciertos casos estos valores entran en pugna y es ahí donde debe haber una forma para determinar si debe prevalecer el valor de la certeza de la ley o la justicia. Radbruch admite que esta no es tarea fácil pero que, en algunos casos, la estridencia de la injusticia es tan evidente y la ruptura con principios elementales tan clara, que esa norma jurídica carece de los elementos necesarios para ser llamada derecho<sup>214</sup>. Esta posición es abiertamente contraria a la tesis de la separación entre del derecho y la moral porque supone que el sentido de justicia del individuo es fácticamente fuente de derecho, y si la norma es profundamente injusta, deja de ser derecho y por lo tanto no debe tener aplicación<sup>215</sup>.

---

<sup>211</sup> “El fiscal general del Land de Sajonia, Dr. J. U. Schroeder, anunció en efecto por la prensa (‘Tägliche Rundschau del 14-III-1946) la intención de hacer valer ‘la responsabilidad penal por sentencias inhumanas’, aún cuando tales sentencias hubiesen sido dictadas en base a leyes del partido (Parteistant) nacionalsocialista sobre cuya base se dictaron las sentencias de muerte tales como las mencionadas, carece de toda validez jurídica” Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho supra legal* (Abeledo-Perrot, Tucumán, Buenos Aires, 1962) Págs. 30-31.

<sup>212</sup> Radbruch, Gustav (1962) Op. Cit. Pág. 35.

<sup>213</sup> Ibidem. Pag 36.

<sup>214</sup> “Es imposible trazar una línea más exacta entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas aún a pesar de su contenido injusto. Empero se puede efectuar otra delimitación con toda exactitud: donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí donde la ley no solamente es derecho injusto, sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica”. Ibidem. Pags. 37-38.

<sup>215</sup> “‘una orden es una orden’, se le enseña al soldado. ‘la ley es la ley’, dice el jurista (...) esta visión de la validez del derecho (que llamamos teoría positivista) ha dejado a los juristas y las personas indefensas ante la arbitrariedad, la crueldad o las leyes criminales, por más extremas que sean. Al final, la teoría positivista hace equivalentes las leyes al poder; solo hay derecho donde hay poder”. (traducción propia) Radbruch, Gustav, (Bonnie Litschewski Paulson, y Stanley Paulson (trads) *Five Minutes of Legal Philosophy* (1945). 26 Oxford Journal of Legal Studies, 1, 13-15 (2006) Pag. 13.

De otro lado, Lon Fuller -a quien me referí unos párrafos más arriba- tiene una postura contraria a la de H.L.A. Hart<sup>216</sup>. Fuller entonces señala que la teoría positivista Hartiana ve el derecho como un hecho social que debe ser estudiado por lo que es y por la forma en que se comporta, y no por lo que debería ser. Fuller por otro lado cree que el derecho tiene una moralidad interna, un propósito incardinado por el legislador, y sin el cual el derecho pierde su propósito<sup>217</sup>. Lo que la norma legal incluye debe ser parte de su ejercicio, y teniendo en cuenta que el legislador crea la ley por razones político-morales, esta debe aplicarse en igual sentido y la interpretación que no incluya esta teleología debe ser una interpretación errónea. En ese mismo sentido está la intuición de Ronald Dworkin<sup>218</sup>, quien sostiene que el derecho debe interpretarse integralmente, es decir, como si tuviera un mismo autor que encarna los valores políticos de la comunidad, una especie de espíritu de las normas. Tanto Fuller como Dworkin sostuvieron debates con Hart en la segunda mitad del siglo XX controvirtiendo esencialmente que sin una teleología -como la moral- que guíe el accionar de las normas, el derecho pierde una de sus cualidades esenciales para modelar la conducta de los individuos, mientras Hart sostiene que el derecho puede ser neutro ante la moral e insiste en que puede ser conceptualmente identificado sólo siguiendo reglas sobre sus manifestaciones<sup>219</sup>. Tanto Dworkin como Fuller coinciden en que el derecho es más que solo las normas positivas y que considerar que es únicamente eso, desarticula el valor que las normas jurídicas tienen como expresión de valores de la comunidad<sup>220</sup>.

La crítica hacia la llamada tesis de la separación apunta a que el derecho como “dato” no puede cumplir el propósito para el cual fue instituido, y debe leerse en una clave particular

---

<sup>216</sup> Fuller, Lon, *The morality of law* (Yale University Press, New Haven, CT ,1969)

<sup>217</sup> Fuller, Lon (1969) Op. Cit. Pag. 145.

<sup>218</sup> Dworkin, Ronald (1986) Op. Cit. Pág 225.

<sup>219</sup> Para Hart, definir que es el derecho a sido tradicionalmente una tarea infructuosa: “...la mayor parte de las características del derecho que se han presentado como más desconcertantes y que han provocado, y hecho fracasar, la búsqueda de una definición, pueden ser clarificadas (sic) mejor si entendemos estos dos tipos de reglas [primarias y secundarias] y la acción recíproca entre ellas. Atribuimos a esta unión de elementos un lugar central en razón de su poder explicativo para elucidar los conceptos que constituyen la estructura del pensamiento jurídico”. HLA, Hart, *El Concepto de Derecho* (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012) Pag. 102.

<sup>220</sup> En la teoría del derecho este debate no es menor. Al respecto, ver: Lacey, Nicola, *Philosophy, Political Morality, and History: Explaining the Enduring Resonance of the Hart-Fuller Debate*, en: 83 *New York University Law Review*, 1059-1087 (2008). Y Herbert L.A., Hart, Lon L, Fuller; González Jácome, Jorge (trad.) *El debate Hart-Fuller* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016)

que depende de los valores de la comunidad que lo creó. Hart, aun en su post scriptum de *El concepto de Derecho* -texto en el que hace frente a sus críticos entre los cuales están Dworkin y Fuller- insiste en que su visión del derecho es moralmente neutral, descriptiva y no pretende hacer ningún tipo de justificación del sistema, al menos no en términos valorativos<sup>221</sup>. Hart se articula directamente con la modernidad y la postura científica afirmando su propósito descriptivo y neutral, y las críticas de Fuller y Dworkin procuran sacar del trace científico a la teoría positivista, insistiendo en que no es posible situar por fuera de la moral una práctica que por sus características de creación y ejecución requiere de un entendimiento común de valores presentes en la comunidad. Tanto Chales Taylor y MacIntyre como Fuller y Dworkin<sup>222</sup> rescatan la importancia de no caer en explicaciones naturalistas y en ese sentido, sus posturas mantienen alguna similitud.

Así presentado, existe una coincidencia del que parten las teorías críticas del positivismo jurídico, el cual es que, por las pretensiones del derecho moderno, es posible determinar que es el derecho por fuera del marco referencial que la sociedad provee. La similitud entre los críticos de la modernidad y del positivismo es que no puede pensarse el derecho o la moral como entidades puramente intelectuales y conceptuales. Es necesaria una teoría valorativa o explicativa que articule el derecho o la moral dentro de la práctica social<sup>223</sup>.

Hasta acá, estas críticas reclaman el lugar de la discusión de los valores que recorren e inspiran el derecho y parece evidente, para los críticos, que el derecho no puede actuar sino en conjunción con otras formas de órdenes normativos. La preocupación de los positivistas

---

<sup>221</sup> H.L.A., Hart, (1994) Op. Cit. Pág. 240.

<sup>222</sup> Este punto de comparación que se ha elegido no significa que Fuller, Dworkin, MacIntyre y Taylor estén sintonizados en todos los puntos teóricos, sino que el contenido de su argumento crítico encuentra similitudes. Dworkin, en todo caso, sigue siendo un liberal mientras MacIntyre y Taylor no.

<sup>223</sup> Este argumento, en líneas generales, es expuesto como el origen del derecho moderno por Peter Fitzpatrick en *La Mitología del Derecho Moderno*. Dentro de una crítica general al pensamiento colonial del derecho liberal, entra en un debate contra Hart, a quien ve como la síntesis de esta forma de entender el derecho y el pensamiento conceptual/científico moderno: "Hart busca y encuentra elementos que constituyen una esencia del derecho singular y constante. Esta esencia procede de un concepto occidental del derecho, cuyos términos impregnan y moldean toda su búsqueda. Comprensiblemente, se los descubre con toda facilidad en esa búsqueda y emergen de ella fortalecidos. En dichos términos el derecho, aunque intrínseco al orden social, obra en la sociedad y la controla. Hace eso de manera determinante por medio de actos oficiales que emanan de un punto de vista ventajoso de autoridad distinta, que está necesariamente separados de la sociedad, ordenada y controlada. Todo lo cual revela una 'cosmología occidental' peculiar". Fitzpatrick, Peter, *La Mitología del Derecho Moderno* (Siglo veintiuno editores, México D.F.,1998) Pág. 211.

a estas observaciones puede formularse de la siguiente manera: si la moral se traslapa definitivamente con lo jurídico, existe la posibilidad de que la moral imperante sea expresada a través de los medios democráticos -elección de representantes y la consecuente expedición de normas- y una sola forma de ver la buena vida domine sobre todas las demás con fuerza obligatoria de la ley. Lo anterior sería devastador para los derechos de las minorías, que podrían ver rápidamente sus derechos revocados, pero no solo para este sector. Existe el peligro de que las mayorías sirvan al interés político de un grupo reducido de personas, que logren reformar a tal punto la ley que creen estados totalitarios con amparo legal, donde el disenso sería costoso y las posibilidades de cambio muy pocas. Si bien la teoría pudiera sonar paranoica, lo cierto es que los ejemplos históricos y algunos casos actuales de estados en camino del totalitarismo justifican, al menos en alguna medida, las prevenciones de los positivistas frente a abrir el espacio legal al dominio moral. Esta interpretación sobre el positivismo es lo que se conoce como positivismo jurídico normativo<sup>224</sup>. Si bien no es una de las interpretaciones más reconocidas y transitadas de la teoría, fue sostenida por H.L.A. Hart en su debate con Fuller, cuando argumentó que la distinción entre moral y derecho era benéfica para los ciudadanos y los operadores legales, dado que permitía diferenciar lo que moralmente debían hacer de lo legalmente ordenado, pudiendo de ese modo desobedecer por razones morales ante las leyes injustas<sup>225</sup>.

En la primera versión de *El Concepto de Derecho* de 1961, Hart insiste en esta forma de ver el positivismo: “Ilustra las ventajas morales, políticas y normativas del positivismo legal, y usa un lenguaje en el que sugiere fuertemente que estas no eran ventajas simplemente incidentales, sino razones para que una sociedad determinada escogiera el positivismo legal como concepto de derecho, esta sociedad encontraría que el positivismo produciría grandes ventajas morales”<sup>226</sup>. En esta versión del positivismo, los individuos pueden apartarse de la ley por razones morales e incluso buscar modificar el orden legal por esas mismas razones,

---

<sup>224</sup> Una síntesis de los principales argumentos y expositores de esta idea: Schnauer, Frederick. Normative Legal Positivism EN The Cambridge Companion to Legal Positivism, editado por Patricia Mindus y Torben Spaak. Por publicarse en 2020. También ver: Celano, Bruno. Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law en: Neutrality and Theory of Law, Ferrer Beltrán, Jordi, Moreso, José Juan y Papayannis, Diego M. (Eds) (Springer, Berlín, 2013) Págs. 175-202.

<sup>225</sup> *Ibíd.* Pag. 11.

<sup>226</sup> (traducción propia) *Ibíd.*

precisamente porque entienden que la moral y el derecho no son órdenes coincidentes. Esta forma de ver el positivismo jurídico tiene una ventaja por sobre otras formas de esa teoría e incluso, un rasgo positivo a la luz de las teorías de los críticos. Si efectivamente mantener la separación entre el derecho y la moral es la vía para permitir pluralismo en las formas de ver la buena vida sin que ninguna se imponga sobre otra, entonces es posible también que desde distintas visiones sobre lo bueno surjan argumentos de que es deseable para la sociedad y para los individuos, y en esa conversación el derecho puede cambiar, pero no directamente por razones morales, sino argumentos y acuerdos políticos en los que todas las partes involucradas puedan coincidir. Para modificar el orden jurídico, los argumentos deben ser expresados de tal manera que apelen a una forma común de racionalidad y razonabilidad, lo que implica un derecho en cabeza de la comunidad a exigir argumentos, un “derecho a la justificación” como lo expone Rainer Forst en *The Right to Justification*<sup>227</sup>. Lo anterior lleva a que la estructura legal permite en un lenguaje racional y razonable el intercambio de propuestas morales, o lo que es lo mismo, es un escenario de construcción. Las respuestas del derecho no son entonces respuestas definitivas sobre asuntos trascendentes, sino acuerdos contruidos de una comunidad para progresar y vivir colectivamente.

Este positivismo legal normativo tiene una conexión con el liberalismo: el construccionismo kantiano, como veremos. John Rawls en su ensayo *Themes on Kant's Moral Philosophy* hace una distinción entre el intuicionismo moral (o realismo moral, o naturalismo) y la forma en la que Kant estructura su filosofía moral. El intuicionismo sostiene que la moral está dada por un elemento externo y que esta es descubierta por medios racionales por los seres humanos. Rawls dirá que la filosofía moral de Kant no es de esta naturaleza, aunque supone que “...no todo puede ser construido y toda construcción tiene una base, ciertos materiales, de los que proviene. El imperativo categórico procedimental no es, como se dijo antes, construido sino planteado, tiene una *base*; y esta base es la concepción que las personas libres e iguales son racionales y razonables, una concepción que está reflejada en el

---

<sup>227</sup> En este texto Forst señala que el requisito de reciprocidad y generalidad implica no demandar garantías o prerrogativas que quiere cuestionar para otros por medio de argumento. Así, si quiere hacerse un argumento en contra de la libertad de expresión, debe sopesarse que eso afectaría la libertad de expresión propia. Cualquier derecho que se demande o se proscriba debe ser recíproco a los derechos del emisor y el reclamo debe poder ser expresado en términos de generalidad. Forst, Rainer. *The Right to Justification* (Columbia University Press, New York, 2012) Pag. 214.

procedimiento”<sup>228</sup>. La forma en la que Rawls ve la filosofía moral de Kant es también la misma que el incorpora en su idea de la posición original, como lo advierte Onora O’Neill: “el constructivismo para Kant, como para Rawls, depende del planteamiento de acuerdo con el cual una pluralidad de seres diversos que carecen de coordinación previa es la fuente y la audiencia para razonar”<sup>229</sup>. De este modo, tanto el positivismo normativo como el liberalismo promueven una forma de construcción que puede ser sintetizada en dos puntos. En primer lugar, las personas pueden articular sus creencias morales a través argumentos razonables y a través de estas posturas, intentar mostrar que las mismas generan el mayor bien común. En segundo lugar, la ley solo debe ser modificada en pos de ese “mejor argumento” sobre la vida en común, y al no encarnar una idea de moral determinada permite al individuo autónomo vivir de acuerdo con su propia idea sobre la buena vida.

Dworkin condensa tanto la idea de Rawls sobre construcción kantiano y la forma en la que el positivismo normativo opera cuando estudia el supuesto que opera en el experimento de la posición original. Para Dworkin, la teoría de Rawls es deontológica y no teleológica si se considera que no establece una forma de sociedad particular, sino que ofrece a los individuos la posibilidad de llegar a acuerdos sobre su organización social a través de un derecho que les asiste, anterior al pacto. Dworkin llama a este derecho igualdad en respeto y consideración. Los individuos tienen derecho a participar en la construcción de su sociedad y de las leyes porque tienen el derecho moral a ser tomados seriamente en sus opiniones de forma paritaria<sup>230</sup>. Esta forma de ver la posición original ilumina también la forma en que se construye la ley, y si el derecho que señala Dworkin es el que está en juego en toda construcción de lo público, entonces entre el positivismo jurídico normativo y el liberalismo existe una relación.

Sin duda un constructor radical argumentaría que plantear la idea de la razonabilidad y la racionalidad como base de la discusión es suponer un modelo determinado de racional y

---

<sup>228</sup> (traducción original) Rawls, John. Themes in Kant’s Moral Philosophy en: John Rawls: Collected Papers. Samuel Freeman (Ed) (Harvard University Press, Cambridge, 2001) Pág 514.

<sup>229</sup> (traducción propia) O’Neill, Onora. Constructivism in Rawls and Kant. en: Constructing Authorities: Reason, Politics and Interpretation in Kant’s Philosophy (Cambridge University Press., Cambridge, 2015) Pág. 84.

<sup>230</sup> Este derecho a igual respeto y consideración fue abordado anteriormente, ver nota al pie # 41.

razonable<sup>231</sup> y que en esa medida si hay alguna forma de naturalismo o intuicionismo. A esta crítica se le puede responder que para crear los consensos necesarios para generar instituciones políticas y jurídicas es necesario partir de un modelo determinado que, si bien puede estar a su vez construido en supuestos históricos, políticos y sociales, presenta un fundamento lo suficientemente sólido para darlo por supuesto. En síntesis, el liberalismo tiene una conexión con la forma en la que el positivismo normativo entiende la tesis de la separación: el ordenamiento jurídico puede atender a razones morales si las razones son expresadas de forma racional y razonable. Esto no significa que todas las normas jurídicas sean razonables por sí mismas (existen normas no razonables), sino que al menos en teoría, la ley puede crearse por razones morales planteadas de determinada manera. Esta misma forma de diálogo racional es la que el liberalismo privilegia por encima de las razones puramente basadas en la moralidad del individuo.

En conclusión, la pugna entre el liberalismo y sus críticos, tanto como el debate entre el positivismo y las teorías valorativas tiene argumentos que son similares al debate entre naturalismo y construccionismo. La teoría liberal supone que hay supuestos universales (como la racionalidad) que pueden ser aplicados en todas las sociedades y a todos los individuos, porque representan mínimos que no consultan la sociedad o los valores de estas, sino puntos nodales de la existencia humana. Derechos individuales como la vida, la expresión o la dignidad son deseables independientemente de la configuración política de una sociedad. La forma de construir cuáles son los derechos elementales de los que deben gozar los individuos no depende del debate público, sino del uso de la razón. En este sentido, el liberalismo es una forma de naturalismo, porque sostiene que hay fórmulas incuestionables sobre lo fundamental para los individuos. El positivismo jurídico sostiene del mismo modo que independientemente de lo que una persona crea moralmente que debe ser la ley, la ley *es*. El positivismo jurídico normativo dirá que es deseable que la separación entre derecho y moral permanezca, para permitir precisamente la construcción entre formas diferentes de ver la buena vida<sup>232</sup>. Ese tipo de naturalismo racional es la base que comparten estas

---

<sup>231</sup> Este es el punto de Alasdair MacIntyre en *Whose Justice? Which Rationality?* Que se abordará en el apartado siguiente.

<sup>232</sup> Esta afirmación no debe ser interpretada de forma tal que implique que el positivismo jurídico deviene del liberalismo, o este de aquel, sino que encuentran puntos en común, como se ha sostenido en el texto.

manifestaciones teóricas. Sus críticos comparten también un mismo eje argumentativo: no es posible ser neutral políticamente, y eso incluye el debate general sobre la moral y sobre lo justo, que involucra al derecho por necesidad, como sistema en el que se desarrollan las reglas generales de comportamiento que siguen una idea determinada de valores. La pregunta que cabría hacerse entre estas dos teorías es si el liberalismo tiene que ser necesariamente una manifestación de naturalismo, o si el liberalismo como formulación de principios políticos puede ser también su propia agenda moral, o puesto de otra manera, si es que el liberalismo puede llegar a ser una forma de virtud construida por una comunidad<sup>233</sup>.

#### 3.4 ¿Es posible una lectura del bien y la virtud en el liberalismo?

Puede que sea posible compatibilizar el proyecto político-jurídico liberal con los rasgos que las teorías críticas encuentran más problemáticos. Para ello se tendría que mostrar que el liberalismo no es neutral, sino que tiene una visión de justicia y moral particulares y debatibles. Seguido a lo anterior, habría que dar las razones por las cuales el discurso liberal representa una postura moral determinada y cuál es la idea de virtud que propone (y por qué es más deseable que otras formas). En este apartado, estructuraré esta visión sobre el liberalismo que la desembaraza de su naturalismo y daré las razones por las cuales hay una idea de virtud que hace parte de su práctica. Construiré la idea según la cual, el liberalismo busca que los individuos sean escépticos ante sí mismos y examinen sus propias creencias, dudando de lo que creen conocer para determinar si es lo que toman por cierto es realmente conocimiento fiable. Este conocimiento no desde el aspecto físico o empírico, sino como el supuesto de que las verdades que creemos moralmente incommovibles podrían no ser certeras. Cuando los individuos son capaces de entender que no todo lo que creen moralmente correcto puede no ser oponible a otros miembros de su comunidad, pueden ser escépticos ante los absolutos morales de los demás y oponerse a que les sean impuestas

---

<sup>233</sup> Sean Colye une en una misma estructura el positivismo y el liberalismo cuando afirma: “en una sociedad compleja y moralmente diversa, personas razonables estarán en desacuerdo en sus creencias sobre cuales valores y políticas vale la pena impulsar, y bajo qué medios la sociedad buscará darles efecto. La importancia de un sistema que determina reglas radica en la idea de acuerdo con la cual los individuos racionales que se percatan que los intentos de imponer sus concepciones subjetivas de bien serán posiblemente ineficaces y destructivas, suspenderán su juicio personal sobre qué demanda la razón, y acordarán como una apuesta autoritaria del bien cualquier cosa que las reglas reclamen”. (traducción propia) Coyle, Sean, Positivism, Idealism and the Rule of Law, en: 26 Oxford Journal of Legal Studies, 2, 257-288 (2006). Pág. 265.

creencias de las que no comparten sus fundamentos. Defenderé que el escepticismo es una forma de virtud que, si bien puede parecer procedimental, encarna los mejores rasgos morales del liberalismo político.

El liberalismo como tradición es uno de los puntos que MacIntyre trata en *Whose Justice? Which Rationality?*<sup>234</sup>. En este texto sostiene que, como cualquier tradición moral, el liberalismo ha propuesto una serie de preguntas, una metodología determinada y ha optado por unas respuestas. Sin embargo, el liberalismo ha puesto el debate no en términos de lo que es “bueno” sino en lo que es procedimentalmente correcto -en un todo de acuerdo con el espíritu científico/ilustrado- y bajo ese procedimiento ha procurado indicarles a los individuos cómo deben formular sus reclamos en materia de justicia. El debate sobre el procedimiento de cómo llegar a las conclusiones más acertadas (o más aceptables, al menos) es la propuesta liberal y este debate se reproduce incesantemente al interior de las sociedades, que buscan más y mejores formas de comprender que significa y bajo qué medios se puede entender qué es la justicia, o la igualdad, o cualquiera de los que Taylor llama hiperbienes. En este sentido, la práctica propuesta por el liberalismo es una forma de virtud, que se apoya en el debate sobre los valores en términos de una racionalidad entre los interlocutores, un lenguaje común que permita la comunicación entre distintas formas de ver la buena vida<sup>235</sup>. Para MacIntyre esta virtud está relacionada con la idea liberal del mercado, donde los individuos expresan sus preferencias y buscan quien pueda satisfacerlas. Esto no solo es posible en la dimensión económica, sino en la política, donde los individuos articulan agendas individuales para formar proyectos colectivos<sup>236</sup>. En este punto es donde MacIntyre reconoce (sin estar necesariamente de acuerdo con el) con lo Rawls llama Consenso Traslapado: el bien como autoridad moral, política y civil está fuera de la discusión de los asuntos públicos, lo que queda es una forma de entendimiento común donde los mínimos que varias personas encuentren aceptables son elevados a categorías jurídicas y políticas, oponibles para toda la comunidad<sup>237</sup>.

---

<sup>234</sup> MacIntyre, Alasdair, *Whose Justice? Which Rationality?* (University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 1989) Pág 326.

<sup>235</sup> MacIntyre, Alasdair (1989) Op. Cit. Pág 335.

<sup>236</sup> Ibidem. Pág. 336.

<sup>237</sup> Ibidem. Pág. 337.

MacIntyre pasa a mostrar que varios sistemas de evaluación del bien deben estar de acuerdo sobre una misma idea para poder hacerla exigible, y esa exigibilidad depende de relaciones de cooperación entre formas distintas de comprensión de la buena vida. En este proceso de negociación de preferencias hay cláusulas sobre condiciones inalterables que no son sujeto de pacto y sobre las cuales ningún acuerdo es válido. Esta es una forma de entender los derechos individuales esenciales, sobre los cuales, sin importar el consenso o el acuerdo, no pueden estar bajo negociación en la comunidad. Lo público en el entendimiento liberal se convierte en un espacio donde las preguntas “¿qué quiero?” y “¿cuáles son mis preferencias?” tienen un lugar preponderante. Los deseos de las personas se vuelven una razón para actuar, y la comunidad deja de preocuparse por entrar en controversias sobre qué es lo bueno y se concentra en construir acuerdos que sean funcionales para los individuos<sup>238</sup>. Este tipo de mecanismo requiere que las preferencias sean formuladas de tal manera que puedan expresarse a un público amplio y captar intereses del mayor número de personas posibles, se presume que los individuos que toman parte en este ejercicio están buscando su mayor beneficio y que las preferencias que persiguen responden a su mejor interés. También está supuesto que entre mejor planteado esté un argumento respecto de las preferencias, es más posible que otros individuos se inclinen a ponderarlo por encima de otros bajo la fórmula “la política X cobija de mejor forma mi preferencia que la política Y, por lo que apoyaré X y no Y”<sup>239</sup>. Cualquier criterio sustantivo de justicia o de moral son sacados del debate o al menos, son vistos como formas no aceptables o no racionales de captar el interés público sobre una política. Todas las formas sustantivas adquieren una dimensión retórica y la discusión valorativa se torna inútil<sup>240</sup> y sólo se le otorga validez si es capaz de expresar de forma racional y eficiente su programa o su política.

El punto al que quiere llegar MacIntyre con toda esta línea de razonamiento es que a través del mecanismo de mercado la discusión de la virtud es evadida y sólo cuenta en términos de votos y de captación de intereses por parte de los representantes. Así el debate sobre los principios morales -discusión que MacIntyre denomina debate de primer nivel- es

---

<sup>238</sup> *Ibidem*. Pág. 338.

<sup>239</sup> *Ibidem*. Pág. 342.

<sup>240</sup> *Ibidem*, Pág. 343.

perpetuamente llevado a cabo, pero como ejercicio estéril que procura llegar a principios que acompañen todas las ideas presentes de bien, o posiblemente que descubran la idea de bien imperante tras todas las presentes en el mercado, mientras el mecanismo de gobierno liberal -inspirado en el modelo de mercado- gestiona las necesidades políticas. Lo que este ejercicio ocasiona es que el debate se prolonga sin ninguna consecuencia clara, y se sostiene por sí y para sí mismo. Dice MacIntyre: “el propósito de este sistema es poner en efecto un orden donde la resolución de conflictos tiene lugar sin invocar ninguna teoría sustantiva sobre el bien humano. Para lograr este fin, cualquier posición tomada en los debates filosóficos de la jurisprudencia liberal es invocada en algunas ocasiones. La señal de un sistema liberal es referir las soluciones de sus conflictos a los veredictos de su sistema legal y no a discusiones sustanciales. Los abogados, no los filósofos, son el clero del liberalismo”<sup>241</sup>. Sin embargo, esta fuerte idea de legalidad requiere un razonamiento práctico particular que se rige por principios planteados por la misma teoría liberal, y estos no son neutrales. De esta manera, el liberalismo procurando deshacerse del debate sobre lo bueno, ha incorporado una visión particular sobre el mismo, sin proveer de forma convincente un argumento para escoger dicha visión de la buena vida que no sea parte de la teoría misma<sup>242</sup>. Todo lo anterior significa que el liberalismo, como cualquier otra tradición, tiene apuestas y posturas propias que parten de supuestos de la teoría y están justificados dentro de la racionalidad que provee el liberalismo.

Finalmente, MacIntyre reconoce que los defensores del liberalismo como Rawls, Rorty y Stout han aceptado que los principios liberales contienen conceptos operativos que no son propiamente neutrales y a su vez que el liberalismo es parte de una tradición y que por esa razón contiene con otras tradiciones. La estructura que MacIntyre expone, sin embargo, no excluye en modo alguno que en el liberalismo los individuos puedan vivir siguiendo una forma de virtud determinada, y elegir formas de vivir de acuerdo con cierto tipo de valores comúnmente reconocidos por su comunidad como valiosos o necesarios. En efecto, el hecho de que el liberalismo eluda el primer nivel de discusión sobre qué es vivir una buena vida desde lo público, no implica que los ciudadanos no puedan ejercer su forma de virtud en

---

<sup>241</sup> (traducción propia) Ibidem. Pág. 344.

<sup>242</sup> “los puntos de inicio de la teoría liberal nunca son neutrales dentro de los principios del bienestar humano, siempre son puntos de inicio liberales. Y los debates estériles del liberalismo sobre la justicia son el fundamento de la justicia liberal” (traducción propia) Ibidem. Pág. 345.

conjunto, formando comunidades con propuestas concretas sobre la vida en comunidad y los valores que ese cuerpo social persigue o debería perseguir. Aún más, en la lógica democrática este tipo de coincidencias en la comunidad es lo que crea asociaciones ciudadanas, fuerzas representativas, partidos políticos, etc. Por lo que no significa que la discusión de los valores sea ocultada y reemplazada por un debate eterno sobre los principios de la justicia, sino que muchas ideas de bien se encuentran presentes en el escenario político, y se persuade a los individuos de apoyar determinadas iniciativas o propuestas a través de un lenguaje determinado y la no negociación de ciertos mínimos. El liberalismo pone su fuerza sustantiva en su forma, lo que no significa que no tenga proyecto sustantivo, sino que su idea de virtud es poner en pie de igualdad todas las propuestas de virtud, sin permitir que una de ellas derrote por completo a las otras y las obligue a salir del escenario público.

El reclamo de MacIntyre se dirige -como él advierte- hacia dos prácticas políticas con discursos distintos. Por un lado, hacia el liberalismo como mercado y por otro, a la democracia como sistema de decisión pública. El discurso liberal juega un papel en la forma en la cual se desarrollan las democracias como se indicó en el párrafo anterior: poniendo en efecto un sistema de cláusulas innegociables y separando el sistema legal de una idea de bien que excluya formas de vida (o virtud) específicas. La democracia, por otro lado, es el sistema mediante el cual se toman las decisiones políticas de la comunidad a través de la elección de representantes o en algunas ocasiones directamente<sup>243</sup>. Por ello cuando MacIntyre aterriza su crítica en el mercado de las preferencias indica que esta se dirige más hacia la democracia que hacia el liberalismo. Pero encamina de nuevo su análisis hacia la pretendida ausencia de ideas de virtud sustantivas que sean parte del proyecto político público y cómo este debate de ideas sustantivas no tiene efecto real en la forma en la que se conducen las sociedades a través de la ley. La dimensión que MacIntyre no aborda es la que se propuso: tomarse en serio el liberalismo. Esto implica tomar distancia de uno mismo y de lo que cree bueno para sí, sin necesidad de rechazarlo, sino haciendo reflexivo que existe la posibilidad de que aquello que creo es la vida buena, no es necesariamente bueno para todos los miembros de la comunidad. Cuando los liberales toman la distancia entre lo bueno y lo justo, lo hacen no

---

<sup>243</sup> Existen visiones más sustantivas tanto de la democracia como del liberalismo, pero esta versión liviana es la que aparece operativa en el texto analizado. En el segundo capítulo de esta tesis se ilustra en Waldron y Tushnet una idea más robusta del entendimiento de democracia, por ejemplo.

para acallar la discusión sobre los valores, sino para permitir que todas las virtudes puedan ser expresadas en el espectro político.

En lo anterior coinciden Ludvig Beckman y Rainer Forst. Por un lado, Beckman afirma que: “... hay dos versiones distintas del liberalismo: una intenta evadir la cuestión sobre la buena vida, la otra afirma una concepción individualista de la buena vida. Aún el liberalismo del último tipo reconoce el valor instrumental de algunas formas de virtud. Las virtudes de la justicia y la cooperación son importantes para la estabilidad liberal de las instituciones, aun si no es parte de una forma de ética particular. La crítica de que el liberalismo elude el espacio de la virtud parece ser infundado. La filosofía liberal muestra un compromiso genuino con un número alto de virtudes”<sup>244</sup>. Como complemento a lo anterior, Forst señala así mismo que: “la tesis comunitarista respecto según la cual los problemas prácticos siempre confrontan personas situadas como miembros de una determinada comunidad y deben ser atendidos dentro del contexto intersubjetivo no debe ser rechazada, pero debe ser diferenciada. Las preguntas prácticas se sitúan en distintos contextos y requieren repuestas que son justificadamente diferenciadas; y estos contextos comunitarios pueden ser descritos como esferas de reconocimiento ético, legal, político y moral que pertenece a una concepción completa de la justicia. La base de la distinción entre estas esferas, de una caracterización normativa, y de la definición de justicia, no se encuentran en una forma particular e ideal de la buena vida reconocida en todas estas dimensiones; la discusión ha mostrado como una diferenciación de estos contextos prácticos se sigue de una concepción de razón práctica que estipula que los valores y las normas deben estar intersubjetivamente justificadas”<sup>245</sup>.

Así, la crítica al proyecto liberal por parte de sus detractores respecto de su ausencia de concepción de lo bueno puede definirse señalando que, si bien el liberalismo no aboga por una forma determinada de creer en la buena vida, promueve las condiciones de la buena vida que se ajusten a las normas de derecho, y esta forma procedimental de protección es también un discurso moral y ético en sí mismo. Ante la imposibilidad de determinar que tal o cual idea de la buena vida es sin duda superior a la demás, y con el fin de proteger la supervivencia

---

<sup>244</sup> (Traducción propia) Beckman, Ludvig (2001). Op. Cit. Pág 259.

<sup>245</sup> (Traducción propia) Forst, Rainer, *Contexts of justice* (University of California Press, Berkeley, CA ,2004) Pag. 291.

de la mayor cantidad de formas de virtud compatibles con la vida en sociedad, el liberalismo rechaza asumir política y jurídicamente una idea de buena vida como la definitiva o la dominante<sup>246</sup>. Este principio de justicia y cuidado por las formas minoritarias de la buena vida presentes en la comunidad puede ser una forma de buena vida en sí misma, donde la virtud suprema es el diálogo entre formas distintas de virtud. Lo anterior puede no satisfacer a los críticos teniendo en cuenta que esta forma de ver lo público elude responder políticamente a las mayorías y cómo estas ven la buena vida. La pregunta que habría que hacerse entonces es, ¿las mayorías requieren tener control político, ético y jurídico para vivir vidas que, de acuerdo con su cosmovisión, vale la pena vivir? Si la respuesta es no, entonces no hay ninguna diferencia entre vivir en un estado liberal neutral o en uno donde las ideas de lo bueno y lo justo estén traslapadas. Si la respuesta es afirmativa, entonces esas mayorías no solo quieren vivir la buena vida de la forma en que desean, sino que buscan que toda la comunidad crea en esa misma forma de virtud. Si ese es el caso, esa forma de buena vida requiere ser hegemónica, lo que es incompatible con una comunidad que adopta principios políticos liberales.

Existen algunos tipos de forma de ver la buena vida para las cuales es indispensable dominar sobre otras (la ley sharía, por ejemplo) y esto crea entornos jurídicos y políticos que fuerzan individuos a existir dentro de parámetros morales que individualmente pueden desaprobar. En los casos más graves, estos principios lesionan directamente su identidad y su propio proyecto de buena vida, negando la posibilidad de la libertad como reconocimiento.

El desarrollo de los derechos individuales y sus conquistas en garantías para minorías pueden leerse como una agenda moral del liberalismo. Sin duda, la protección que han brindado los jueces, en los casos en los que las mayorías sociales y legislativas no han querido adelantar este tipo de políticas, ha hecho la diferencia para individuos y comunidades que se habían visto tradicionalmente lejos de poder político, gozar de derechos individuales en condiciones de igualdad con las mayorías. En este escenario es cuando la libertad como reconocimiento

---

<sup>246</sup> El proceso mediante el cual se llega a la neutralidad moral liberal, como la búsqueda de un estándar evaluativo independiente y razonable entre formas sustantivas en la buena vida, en: Gaus, Gerald F, *The moral foundations of liberal neutrality*, en *Contemporary Debates in Political Philosophy*, 81-98 (Thomas Christiano & John Christman, eds., Blackwell Publishing, Hoboken, New Jersey, 2009)

se materializa y permite integrar en una comunidad plural formas distintas de ver la buena vida. Este ejercicio solo es posible si el derecho es entendido como un orden normativo distinto a la moral y los argumentos puestos en términos de razonabilidad y generalidad. Por supuesto esto impide que formas sustantivas de ver la buena vida usen los medios políticos para confundir la separación entre el derecho y la moral, y este efecto del positivismo normativo es la herramienta por la cual se concreta el liberalismo jurídico. En síntesis, el liberalismo provee la base política que sustenta las herramientas jurídicas del positivismo y en conjunción de ambas es posible crear espacios de libertad como reconocimiento, en donde formas minoritarias de ver la buena vida pueden dialogar y ser reconocidas dentro de la comunidad. Lo anterior no es procedimental o neutro, es una agenda política con un contenido moral que genera bienestar para la comunidad entera, en la medida en que permite a las mayorías la expresión de su modelo de buena vida, mientras protege a las minorías<sup>247</sup>.

El derecho a vivir de forma distinta alcanzado por individuos que se separan de la forma mayoritaria de entender la buena vida, incluso cuando las mayorías están abiertamente en contra, no es algo menor ni carente de un valor moral que no es necesariamente explícito, pero sí intrínsecamente positivo para quienes pueden expresar su forma de virtud frente a su comunidad.

### 3.5 Conclusiones

En este capítulo mostré los elementos principales de una discusión filosófica entre quienes creen que el papel del ordenamiento jurídico debe ser el de acrisolar las convicciones morales y políticas de la comunidad y quienes creen que el derecho debe depender de criterios de validez intrínsecos a la misma disciplina para no convertirse en una herramienta de control moral de las mayorías. El debate sobrepasa, según creo, los límites entre una visión

---

<sup>247</sup> Esta es la postura desarrollada por el llamado liberalismo ético, que supone que la neutralidad liberal está mejor entendida como un propósito de paz social en el que dados unos principios básicos de justicia y diálogo, el pluralismo moral puede prosperar. Al respecto, ver: Galston, William A., *Liberal Purposes* (Cambridge University Press, Cambridge, 1991) Y Lund, William R., Politics, Citizens, and the Good Life: Assessing Two Versions of Ethical Liberalism, 49 *Political Research Quarterly*, 3, 479-504 (1996). Esta idea también está presente en la introducción de Ludvig Beckman, en la que distingue el liberalismo político del liberalismo ético. Beckman, Ludvig. (2001) Op. Cit. Págs.4-6.

comunitarista versus una liberal, o una naturalista versus una construccionista<sup>248</sup>. Al final más allá de estas categorías generales, el punto que procuré ilustrar es quién tiene en cada tradición, la labor de elaborar una teoría sobre lo que considera bueno. Según la posición que se adopte, escoger una idea de virtud depende del individuo o de la comunidad. Los liberales y los teóricos del positivismo jurídico normativo buscan expulsar el espacio jurídico a esta discusión, o al menos de esa manera los críticos procuran establecerlo. Los mencionados críticos encuentran que el liberalismo ha promocionado una pretendida neutralidad que no es posible, y ha suplantado el debate valorativo que debería tener lugar en la comunidad. Muchos puntos de la crítica al liberalismo y al positivismo son mucho más que sólidos en ese sentido, como la universalización y naturalización de contenidos sustantivos que parecen estar fuera del debate político. Es cierto que la neutralidad absoluta es difícilmente alcanzable, menos dentro de un entorno político. Los positivistas se han esforzado en estructurar una teoría limpia de todo contenido valorativo, pero incluso esa visión del derecho como un sistema normativo está atravesada por valores históricos y contextuales que son contingentes y propios del pensamiento moderno, como Taylor y MacIntyre muestran en sus textos. Es difícil contender con ese contextualismo, porque el recorrido histórico muestra el cambio de valores y como cada ética se aproximó de una u otra manera a esos valores.

Insistir entonces en la neutralidad moral y normativa como un estado último de los asuntos humanos, como el final de la historia<sup>249</sup>, no parece haber rendido los resultados esperados. Los conflictos no solo no desaparecen, sino que han empezado a multiplicarse. Las viejas formas de violencia han mutado en otras y algunos pensadores se preguntan -con razón- si ese sueño de separar la legalidad de la moral es realmente factible, o es que con la excusa de la neutralidad agendas políticas secretas se han establecido como hegemónicas. Este es uno de los reclamos de la crítica feminista o de los estudios decoloniales. Nuevos populismos prometen tomar partido abiertamente por sectores determinados, y las estructuras legales parecen crujir bajo el asedio constante de promesas de representatividad de un querer

---

<sup>248</sup> Un buen resumen de las posturas comunitaristas y sus mayores exponentes en: Dagger, Richard, "Individualism and the Claims of Community", en: *Contemporary Debates in Political Philosophy*, 303-321 (Thomas Christiano & John Christman, eds., Blackwell Publishing, Hoboken, New Jersey, 2009).

<sup>249</sup> Tomo el concepto prestado de: Fukuyama, Francis, *The end of history and the last man* (The free press, New York, 1992)

popular<sup>250</sup> y reformas de todos los espectros políticos. Así, insistir en que el derecho es neutro y no consulta la moral para sus determinaciones parece no ser la estrategia filosófica más acertada. Para los puristas no se trata de estrategia sino de encontrar la verdad y la estructura pura, razón por la cual están maniatados para responder a la coyuntura y confirman la crítica de sus adversarios sobre el cariz idealista de su proyecto. De ahí la necesidad de mostrar el rostro del positivismo bajo otra luz, no como una teoría del derecho como hecho, sino como una teoría con fines políticos, en consonancia con el liberalismo, es la garantía de la no interferencia del proyecto de vida más popular sobre el proyecto de vida individual.

De ahí, el argumento moral del liberalismo parece claro: proteger las diversas formas de ver la buena vida que por su propio peso político estarían destinadas a recibir o el olvido, o directamente la persecución por parte de las mayorías<sup>251</sup>. Por supuesto quienes reflexionan sobre el papel de la democracia como fórmula de solucionar las disputas políticas fundamentan muy bien el principio filosófico que establece el argumento, pero las consecuencias prácticas de esa aplicación ponen en riesgo muchas fortalezas que las sociedades liberales han tardado en alcanzar y que han permitido a más individuos y a más formas de virtud incluirse en la discusión pública sobre la vida común. Reivindicar el valor de esos avances a través de la herramienta jurídica será tarea del capítulo siguiente.

Este capítulo buscó evidenciar los senderos comunes y las diferencias en la idea de neutralidad tanto en la teoría jurídica como en la filosofía política. En ambos casos los defensores y detractores del concepto soportan sus argumentos en puntos comunes que deben ser diferenciados pues se ocupan de campos distintos. Sin embargo, surge de la revisión adelantada que el positivismo normativo sostiene que la separación entre lo justo y lo bueno (principio de neutralidad liberal) es parte primordial de la llamada tesis de la separación del

---

<sup>250</sup> El punto que hace este artículo de The Economist parece muy oportuno -más allá de sus conclusiones- en esta reflexión: [Beyond the tyranny of tolerance](http://discovery.economist.com/openfuture/beyond-the-tyranny-of-tolerance?kw=all) (Disponible en: <http://discovery.economist.com/openfuture/beyond-the-tyranny-of-tolerance?kw=all> recuperado el 27/08/2018)

<sup>251</sup> “El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados”. Bobbio, Norberto (1990) Op. Cit. Pág 64.

positivismo jurídico, dejando al individuo en capacidad de determinar su propia idea de bien. En el siguiente y último capítulo, pasaré a ilustrar como los contenidos teóricos hasta aquí adelantados encuentran se condensan en cuatro casos judiciales.

## 4. RECONOCIMIENTO LGTBI EN EL ESTADO LIBERAL: EL DISCURSO SOBRE EL DERECHO AL MATRIMONIO DE PAREJAS DEL MISMO SEXO EN EL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

### 4.1 *Introducción*

En los capítulos precedentes mostré los elementos generales de una discusión que en la filosofía política viene dándose desde el final del siglo XX. El debate hunde sus raíces en la teoría liberal de los siglos XVIII y XIX y es un lugar de tránsito constante dado que las preguntas sobre el rol del Estado en la vida del individuo y el desarrollo de este dentro de un cuerpo social siguen siendo cuestiones irresueltas de la práctica y la teoría política, a esto se suma el debate sobre cómo deben diseñarse los ordenamientos jurídicos. Es posible releer este debate entre comunitaristas y liberales o entre naturalistas y construccionistas y observar los rasgos distintivos de una y otra postura desde casos en los cuales hay una pugna entre el deseo mayoritario de una comunidad por hacer valer su idea de lo bueno y la protección que los jueces ofrecen a miembros de minorías políticas que no encajan en idea de la buena vida de las mayorías y uno de esos ejemplos es el escenario de los derechos de personas LGTBI. Estos derechos tienen avances de relativamente nueva data en distintas formas de equiparación de derechos para minorías sexuales otorgados por cortes y tribunales constitucionales. En estos casos, en los cuales los jueces constitucionales protegen los derechos individuales de comunidades vulnerables frente al parecer contrario de la comunidad política es donde se concretan los contenidos teóricos abordados en las tres secciones anteriores.

La pregunta que orientará este capítulo será: ¿En qué sentido adjudican los jueces constitucionales en los casos en que la idea de moral mayoritariamente aceptada riñe con la aplicación de los derechos individuales? Sostendré que en los casos que paso a mostrar, los jueces actuando en defensa de la neutralidad entendida como la separación de lo justo y lo bueno, otorgan derechos en aplicación del derecho constitucional a la igualdad y así, crean espacios de reconocimiento de ideas de buena vida diversas a la mayoritaria que no habían podido ser conquistados en el escenario legislativo. Como consecuencia de lo anterior, se

permite que formas de identidad y formas distintas de la idea de buena vida sean parte de la discusión pública y se incluye la capacidad de un tipo de identidad en el espectro de la comunidad, concretando lo que en el primer capítulo denominé libertad como reconocimiento (la capacidad de *ser* en la comunidad, en diálogo con esta, a pesar de no compartir sus valores)<sup>252</sup>.

Este proceso requiere poner en la agenda pública la discusión sobre la igualdad ante la ley a través de acciones constitucionales y un contexto normativo que permita jurídicamente estas interpretaciones judiciales. Y aun en los casos en los que los jueces promuevan estas interpretaciones, ello no implica que las sociedades tengan acuerdos mayoritarios sobre realizar cambios amplios en su estructura para ampliar la inclusión en derechos. Teniendo en cuenta lo anterior, dividiré este capítulo en tres apartados, que en su conjunto quieren ilustrar cómo sucedieron los debates sociales respecto de incluir dentro del ordenamiento jurídico la posibilidad de que una pareja del mismo sexo pueda contraer matrimonio en sociedades donde el esquema moral mayoritario no había permitido la posibilidad en el pasado por vía legislativa. Para ilustrar la discusión iniciaré desde un punto de vista más amplio, recorriendo analizando cómo el discurso de los derechos LGTBI se insertó en el discurso de Derechos Humanos (en adelante DDHH), argumentando que, dentro de los derechos intrínsecos de cada ser humano se encuentra no ser discriminado por razón a su orientación sexual y recibir un trato igual ante la ley. En ese entendido, es contrario a los derechos individuales no permitirles a parejas del mismo sexo tener una unión matrimonial en idénticas condiciones a

---

<sup>252</sup> Esta forma de ver la actividad judicial está controvertida desde muchos puntos de vista. Incluso aceptando que la labor judicial efectivamente protege los derechos que dice proteger y que esto no es incompatible estructuralmente con el principio democrático, hay quienes sostienen que los jueces no son más que una élite que cuida la espalda de intereses económicos y políticos de una clase dominante: "... la férrea defensa de los derechos y el establecimiento del control constitucional no se desarrollan aislados de las dificultades políticas y los intereses económicos. Para servir sus intereses, los poderes hegemónicos políticos, económicos y las élites judiciales buscan darle forma a la estructura en la cual operan. Las reformas constitucionales son uno de los escenarios en los cuales estas luchas por el poder tienen lugar. Dado que los derechos arraigados y el control constitucional (...) son instituciones autoimpuestas que normalmente limitan la flexibilidad de las decisiones de los actores políticos, estos actores que voluntariamente establecen dichas instituciones deben tener un interés en no retar dichos límites. Más aún, teniendo en cuenta que los catálogos de derechos fundamentales y la rama judicial carecen de la independencia para hacer efectivas sus decisiones, su autoridad depende mayoritariamente en el grado en el cual las élites encuentren el empoderamiento judicial beneficioso para su propia hegemonía política, económica y cultural" (traducción propia) Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2004) Págs. 97-98.

la de una pareja heterosexual<sup>253</sup>. En la segunda sección analizaré los pronunciamientos judiciales más relevantes sobre la materia en Colombia, México, EE. UU. y Argentina. En cada uno de los casos ubicaré la controversia y los argumentos centrales desde el punto de vista constitucional. Tras desarrollar estos dos puntos, pasaré a mostrar las similitudes y diferencias de los casos analizados.

#### 4.2 El discurso de los derechos humanos y los derechos LGTBI

De los casos que se ilustrarán en la segunda sección, y en general de los reclamos políticos y jurídicos de las personas LGTBI, se puede decir en líneas generales que hay un reclamo fundamental que incluso muchas minorías tradicionalmente soslayadas coinciden en apoyar: las personas que se identifican como LGTBI desean que en escenarios jurídicos y políticos, el tratamiento que se les dé sea el mismo que reciben las personas heterosexuales o con una identidad de género aceptada moralmente por la comunidad. En este punto de la discusión jurídica y política que trata sobre los derechos LGTBI en las democracias liberales algunos debates se han superado de forma más o menos general, como por ejemplo la descriminalización de actos homosexuales, sin embargo, hay otro tipo de barreras legales como el caso del matrimonio que han requerido una movilización legal y social que hasta hace pocos años empezó a surtir efecto. El aparato teórico y jurídico sobre el cual descansan las demandas de las parejas homosexuales ha sido claro y efectivo: partiendo de una idea de derechos humanos generales, inalienables y aceptados mayoritariamente por las democracias liberales occidentales como el catálogo esencial de mínimos que el Estado debe respetar y proteger, no es posible mantener el principio de igualdad material ante la ley y así mismo

---

<sup>253</sup> La forma en la que la ley está establecida, según la teoría crítica, privilegia estructuras que son opresivas e invisibilizan violencias contra poblaciones tradicionalmente marginadas del poder político. Este reclamo puede hacerse tanto de las personas LGTBI como de las mujeres. Tras la máscara de neutralidad hay un proyecto patriarcal que tiene resultados previsibles cuando de reivindicar derechos de marginados se trata: “Mientras el fundamento normativo de los órdenes categóricos atrincherados y los esquemas conceptuales del derecho están implícitos en una discriminación basada en género (inocentemente o de otra manera) y/o ayude a reproducirlos, a través de posicionamientos ideológicos o simbólicos, entendimientos problemáticos sobre el sexo o la diversidad sexual, el éxito de contrarrestar estos efectos con argumentos legales progresistas se ve seriamente comprometido. Para ponerlo de otra manera (...) el problema del sexo está inscrito dentro de las formas esenciales del derecho.” (traducción propia) Conaghan, Joanne, *Law and Gender* (Oxford University Press, Oxford, 2013). Pág. 228.

perpetuar instituciones y aplicaciones inequitativas de derechos. La ley en algunos casos hace discriminaciones que no se compadecen con los derechos individuales constitucionales; en el caso del matrimonio, por ejemplo, dispone que este vínculo sólo puede suceder entre un hombre y una mujer sin que, para esta distinción, medie una razón distinta a una idea determinada de buena vida. Un ejemplo de lo anterior es el análisis que Ronald Dworkin hace en su libro *Virtud Soberana*, que muestra el tipo de razonamiento que llevó a los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos a declarar como no compatible con la constitución federal una reforma a la constitución estatal de Colorado en 1992<sup>254</sup>.

Dado que algunas ciudades del estado de Colorado adoptaron normativas protegiendo a los homosexuales, a las minorías raciales y a las mujeres en cuanto a discriminación en obtención de vivienda, empleo, salud y otros asuntos, algunos ciudadanos consideraron que esa legislación validaba desde el punto de vista estatal el homosexualismo, por lo cual buscaron incluir en la constitución del estado de Colorado la enmienda número dos. Esta enmienda prohibía al mencionado estado en cualquiera de sus manifestaciones -incluyendo las municipalidades- “adoptar o poner en efecto cualquier estatuto, regulación, ordenanza o política donde las orientaciones, conductas, prácticas o relaciones homosexuales, lesbianas o bisexuales constituyan o sean de cualquier forma la base para que cualquier individuo reclame el estatus de minoría, cuota, preferencia o protección en contra de la discriminación”<sup>255</sup>. La enmienda por supuesto resultaba dañosa en extremo para la población LGTBI en Colorado, porque no solo prevenía futuras legislaciones en contra de la discriminación, sino que le daba estatus de inconstitucionalidad a todas las ya adoptadas. La única manera de combatir esta reforma de la constitución del estado era a través de una reforma que modificara esta enmienda o sencillamente la anulara. Sin embargo, teniendo a las mayorías en contra, esto era en la práctica imposible. Por lo anterior, un grupo de homosexuales residentes en Colorado demandaron en la Corte de Denver esta enmienda, señalando que violaba la Constitución federal de los Estados Unidos de Norteamérica, en el caso que se denominó *Romer versus Evans*. El pronóstico no era positivo, teniendo en cuenta que, de acuerdo con algunos fallos de esta corte, la enmienda número dos no violaba el debido

---

<sup>254</sup> Dworkin, Ronald, *Virtud Soberana* (Paidós, Buenos Aires ,2003) Pags 500-501

<sup>255</sup> Ibidem.

proceso o la cláusula de igualdad<sup>256</sup>. Sin embargo, tanto el juez de instancia como la Corte Suprema de Colorado encontraron que la enmienda violaba la Constitución federal. El primero porque no existe legalmente un derecho a que el Estado establezca como ley un prejuicio privado (derecho que fallos de la Corte Suprema de EE. UU. había encontrado inexistente en casos precedentes) y la Corte Suprema del estado argumentó que los individuos LGTBI no habían tenido oportunidad de participar equitativamente en la decisión de adopción de la enmienda. Por lo anterior, el estado de Colorado apeló la decisión a la Corte Suprema de Justicia de la unión<sup>257</sup>.

La Corte Suprema de EE. UU. se encontraba en un dilema, pues las interpretaciones y alcances que los jueces precedentes habían dado a la cláusula de igual protección ante la ley y debido proceso no se alineaban con la doctrina presente de la Corte Suprema de Justicia y el estado de Colorado solicitaba que los dos fallos precedentes fueran revocados teniendo en cuenta el precedente vigente y, por lo tanto, la modificación a su constitución estatal se viera reinstaurada. Un grupo de notables abogados constitucionalistas envió un documento a la Corte Suprema de EE. UU. Este *amicus curiae* (amigos de la corte) como comúnmente se llama a este tipo de documentos, exponía que la enmienda de la constitución de Colorado era inconstitucional porque violaba la cláusula de igualdad ante la ley dado que prohibía a un grupo específico el ser protegidos por la ley en contra de la discriminación, algo que por sí mismo resultaba discriminatorio, lo que vulnera directamente el principio de no discriminación. Este argumento fue determinante para el pronunciamiento final de la Corte en 1996, que declaró inconstitucional la enmienda de la Constitución estatal de Colorado. Parte importante de la decisión pasó por el razonamiento según el cual una norma constitucional de la amplitud que exhibía la segunda enmienda sólo podía ser explicada por

---

<sup>256</sup> Dworkin analiza rápidamente las razones, que paso a resumir: en el caso del cargo por violación del debido proceso, las cortes tradicionalmente se habían abstenido de intervenir salvo que haya un derecho constitucional claro y concreto que deba ser protegido (una incompatibilidad clara, como no permitir a los católicos votar) o si los efectos de esa norma justifican intervención por parte de los jueces para proteger una libertad. Dado que la enmienda no ataca directamente una libertad esencial (no existe tal cosa en la constitución de EE. UU. como el derecho fundamental a ser homosexual) o sus efectos no derivan necesariamente en ello, el cargo de debido proceso no prosperaría. Por otro lado, la cláusula de igual protección ante la ley solo puede hacerse efectiva en el entendido en que el grupo en contra del cual la norma discriminatoria no haya tenido una oportunidad material de hacer su caso en público y competir con el argumento por la posición mayoritaria, caso como el de los afrodescendientes que han estado en una posición económica y política marginal por un defecto sustantivo de la sociedad, cosa que no sucede con los LGTBI, que tienen poder político a pesar de ser minoría. *Ibidem*. Págs. 459 y 460.

<sup>257</sup> *Ibidem*. Págs. 504 y 505.

un ánimo efectivo de generar discriminación a nivel institucional, dado que no había ningún interés legítimo que pudiera explicar una norma en el sentido en que se pretendía establecer. La única razón por la cual este tipo de norma podría ser explicada es por la reprobación moral de la mayoría de las personas de un estado por el homosexualismo, y en su base, este tipo de creencia no puede ser legítima para promover una reforma constitucional que limita la posibilidad de una minoría a tener protección legal. En consecuencia, en *Romer versus Evans* se decidió a favor de los demandantes y cambió el precedente sobre los límites de la voluntad popular sobre las actividades privadas<sup>258</sup>.

Por un lado, por la forma en que estaba estructurada la enmienda tiende a generar en individuos con predilección por políticas protectoras las libertades individuales una reacción de desaprobación. En un primer momento, al menos, algunos individuos pueden tener una intuición moral al respecto y sentir que algo anda mal con esa norma. Experimenta una disrupción de la pretensión de corrección<sup>259</sup> de lo que entiende por justicia en el ordenamiento legal. Sin embargo, esto no es suficiente, la norma debe ser expuesta no sólo como injusta, sino como ilegal o contraria de alguna manera a los valores preestablecidos del sistema. En este punto es cuando el lenguaje de los derechos individuales empieza a configurar el campo de la petición ante el sistema. En principio podría pensarse que está en juego la libertad del individuo de poder existir en los términos que encuentre adecuados para sí mismo, pero realmente la enmienda del caso no niega la posibilidad de que personas LGTBI puedan acceder a cualquier derecho o servicio, sino a que no pueden ser tratados como una minoría. La relación entre el derecho a autodeterminarse y el detrimento de este a través de la enmienda demandada existe, pero el argumento sobre la igualdad parece estar mejor posicionado en los ordenamientos legales democráticos-liberales. Así de acuerdo con Ron Holzacker: “en muchos países, las personas LGTBI inicialmente concibieron organizarse alrededor de problemas sobre identidad y su movimiento fue pensado como un movimiento de liberación. Después, cuando el problema se movió más allá de la identidad personal para incluir reconocimiento y protección del Estado de una identidad pública emergente, los

---

<sup>258</sup> Ibidem. Págs. 511 y 510. El precedente al que se refiere Dworkin es *Bowers v. Hardwick* de 1986, donde la Corte Suprema de EE. UU. Encontró que la ley que penalizaba con cárcel el sexo anal y oral entre personas adultas del mismo sexo que consentían en ello en Georgia estaba acorde a la constitución federal.

<sup>259</sup> La pretensión de corrección como el juicio individual sobre si la norma satisface un criterio de “lo que se espera” moralmente del derecho. EN: Alexy, Robert, *The Dual Nature of Law*, en: 23 *Ratio Juris*, 2, 167–182 (2010).

movimientos empezaron a desarrollar una perspectiva de derechos civiles (...) el valor del derecho internacional de derechos humanos para las personas LGTBI yace en su posibilidad de hacer reclamos de reconocimiento y protección ante los gobiernos (...) Hacer un reclamo a través de la universalidad de los derechos humanos basado en igualdad y no discriminación puede ser considerado un uso de los derechos humanos”<sup>260</sup>.

Según la reconstrucción que Holzhacker hace de los movimientos de lucha por los derechos LGTBI, en los primeros años de la década del noventa los grupos que abogaban por los derechos del mencionado grupo empezaron a notar que la estrategia de enmarcar su reclamo en el discurso de los derechos humanos podía generar espacios nuevos de discusión y mayor efectividad. En su inicio, la estrategia fue concebida como una forma de apelar a un criterio normativo superior legal en casos puntuales, pero el mensaje político de mostrar la negativa de los Estados en reconocer prácticas y uniones, además de la discriminación por parte de los sectores más conservadores de la sociedad en términos de violación derechos humanos, resultó clave en el desarrollo posterior del discurso<sup>261</sup>. En este periodo inicial, los académicos jugaron un papel importante haciendo las conexiones teóricas a través de la ciencia política, el derecho y la filosofía, para ampliar el marco en el que se entendían los derechos humanos con el fin de hacer posible una lectura más integral que incluyera los derechos LGTBI<sup>262</sup>. Los esfuerzos académicos e investigativos empezaron a encontrar similitudes entre distintas formas de comunidades tradicionalmente marginadas y la situación de los derechos de las minorías sexuales. Las sintonías entre las teorías críticas que estudiaban las inequidades provenientes del aspecto racial y las teorías feministas con la precariedad del acceso a derechos de las personas homosexuales empezaron a ser un punto en común de los académicos que investigaban estos particulares en las américas y Europa<sup>263</sup>. Finalmente, para 2010, los medios internacionales empezaron a tomar un papel como voceros del reclamo de derechos LGTBI como derechos humanos. Para esa época, el Consejo de Derechos Humanos

---

<sup>260</sup> (traducción propia) Holzhacker, Ron (2014) “Gay Rights Are Human Rights”: The Framing Of New Interpretations Of International Human Rights Norms. Paper presented at International Political Science Association, Montreal, Canada. Págs 5-6. (Disponible en: [https://www.rug.nl/research/portal/files/16387912/IPSA\\_paper\\_Gay\\_Rights\\_are\\_Human\\_Rights\\_final\\_32589.pdf](https://www.rug.nl/research/portal/files/16387912/IPSA_paper_Gay_Rights_are_Human_Rights_final_32589.pdf) recuperado el 30/10/2018)

<sup>261</sup> Holzhacker, Ron (2014) Op. Cit. Págs. 8-9

<sup>262</sup> Ibidem. Pág. 13.

<sup>263</sup> Ibidem. Págs. 17-18.

de las Naciones Unidas estudió la situación de la legislación de África sobre penalización de conductas homosexuales encontrando que las normas incorporadas en algunos ordenamientos legales eran lesivas de los derechos humanos.

Personalidades como Desmond Tutu se pronunciaron en contra de la discriminación por razones de orientación sexual, raza, religión o etnia y la influencia de su postura en las Naciones Unidas fue una de las causas por las cuales Sudáfrica empezó a generar una agenda activa en contra de la discriminación contra los individuos LGTBI<sup>264</sup>. Tras el pronunciamiento de las Naciones Unidas, varios medios replicaron la noticia haciendo referencia a este nuevo enfoque. CNN, Huffington Post y CBS<sup>265</sup> entre 2010 y 2011 publicaron artículos en los que se hizo eco de la opinión emitida por las Naciones Unidas, difundiendo la idea de acuerdo con la cual los derechos humanos eran una herramienta por medio de la cual las personas LGTBI podían hacer reclamos en contra de la discriminación<sup>266</sup>. Concluyendo su texto, anota Holzacker: “El marco de los derechos humanos es una forma de internacionalizar estos debates, con el fin de que Estados y cuerpos regionales con derechos más sofisticados para población LGTBI hagan de la concreción de estos derechos una parte integral de sus objetivos de política externa. Hemos visto que, por ejemplo, así operan la política exterior de la Unión Europea y la política exterior de algunos Estados miembros (Holanda o Francia) (...) pero aun en estados como Holanda -con un sistema legal favorable a las personas LGTBI, con leyes estrictas de antidiscriminación ante el empleo y más, personas LGTBI sirviendo abiertamente en los cuerpos militares y regulación sobre matrimonio de personas del mismo sexo- hay una continua necesidad por una política emancipatoria para que estos cambios legales resulten cambios efectivos en la sociedad. Estas políticas de mayor emancipación y aceptación por parte de la sociedad han sido necesarias para derechos de las mujeres a pesar de que los cambios legales tuvieron lugar décadas atrás

---

<sup>264</sup> Ibidem. Pág. 20.

<sup>265</sup> Ibidem. Págs. 21-22.

<sup>266</sup> El autor anota que; “este breve panorama de la atención mediática que recibió en EE.EE. y el Reino Unido la creación del vínculo entre derechos humanos y derechos LGTBI, está diseñado para proveer algunos ejemplos donde los medios especializados en noticias de la comunidad LGTBI y cadenas con más difusión como CBS, CNN y CNN Mundo, el Huffington Post empezaron a reportar el vínculo en políticas y conceptual hecho por líderes de opinión e instituciones con injerencia en derechos humanos”. Ibidem. Pág. 24.

en algunos países, y sin duda serán de gran ayuda y necesarios para la emancipación de las personas LGTBI”<sup>267</sup>.

Este vistazo general sobre los acontecimientos en materia de los derechos LGTBI desde la década del noventa hasta ahora muestra que la estrategia de movilización de la agenda ha estado acompañada de un discurso de reivindicación desde el punto de vista legal que se ha servido de un lenguaje ampliamente difundido como el de los derechos humanos para obtener victorias en los tribunales que a su vez generan debates más amplios a nivel social. El tránsito de un movimiento de resistencia anclado en la individualidad hacia confrontaciones judiciales con políticas y tratos desiguales encontró en una herramienta propia del discurso liberal la forma de hacer un argumento concreto en contra de la discriminación. De esta manera los ordenamientos legales nacionales como el internacional responden ante un trato inequitativo que se fundamenta en la identidad del sujeto, no por la identidad propiamente, sino por la naturaleza del trato que tiende a segregar miembros de la comunidad que no persiguen una vida en la forma en la que la mayoría de las personas de esta misma comunidad creen que es adecuado vivir. Esta estrategia tiene como virtud que de alguna manera “despersonaliza” el conflicto sobre la identidad y lo vuelve un criterio dentro del caso, que en últimas termina refiriéndose al trato desigual sin una justificante legal o fáctica suficiente. Sin embargo, la victoria legal estratégica no soluciona el problema de fondo de la actuación particular que implica la discriminación, o lo hace en un sentido en el que depende del mensaje prohibitivo que el caso puntual pueda proveer y no como creación de la conciencia respecto de que la discriminación basada en orientación sexual debe ser progresivamente derrotada en la vida corriente de las comunidades, de tal manera que se permita a sus miembros expresar su individualidad sin temor a represalias en los distintos espacios donde esta persona se desenvuelva. Para poder gozar de una libertad como reconocimiento pleno, estos prejuicios deben ser derrotados progresivamente. Dicho de otra manera: las instancias jurídicas pueden representar una conquista de derechos individuales, pero no es suficiente para disuadir a las mayorías de practicar la libertad como reconocimiento y en ciertos casos, tampoco es suficiente para disuadirlos de que su idea de buena vida no debe ser hegemónica.

---

<sup>267</sup> Ibidem. Pág. 47.

Tras las estrategias exitosas en litigios y habiendo encontrado el camino para poner en términos jurídicos y políticos la problemática de la denegación de derechos de los individuos LGTBI, el siguiente paso fue la protección de derechos específicos para estos individuos a través de instrumentos de derecho internacional. Ejemplo de lo anterior son los llamados Principios de Yogyakarta de 2007, también denominados *Principios Sobre la Aplicación de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género*. Este texto tenía el fin de invitar a los Estados a particularizar la discusión sobre los derechos LGTBI y separarla de otros tipos de discriminación<sup>268</sup>. El documento buscó darle un lugar exclusivo de reflexión en derecho internacional a la reflexión de las personas homosexuales, bisexuales o en distintas formas de tránsito de género. Según Laura Palazzani en *Gender in Philosophy and Law*, uno de los aportes de este instrumento fue poner en un texto de derecho internacional la distinción y definiciones entre orientación sexual e identidad de género. Estos principios se enfocan en gran medida en enfatizar la importancia de promover en las sociedades respetuosas de los derechos humanos la implementación de prerrogativas específicas, como el derecho a no tener que someterse a una operación de cambio de sexo para ser reconocido en los documentos como intersexual o transgénero, el derecho a la vida y honra de las personas homosexuales, bisexuales y en tránsito de género, el derecho a tener hijos o adoptar y en general, el llamado a combatir todas las formas de transfobia, homofobia y de estigmatización y persecución contra la población LGTBI. Si bien se trata de unos principios, y en derecho internacional los mismos no son obligatorios sino meramente indicativos, parece consolidar una tendencia como plataforma de reclamo y litigio de derechos sexuales de minorías<sup>269</sup>.

Este tránsito hacia visiones cada vez más integradoras de los derechos humanos y derechos de minorías sexuales también tiene una manifestación en el escenario judicial internacional. La Corte Europea de Derechos Humanos pasó de una postura inicialmente reticente a tomar acción y permitir a los estados europeos a no reconocer legalmente el nuevo sexo de personas transexuales, que tuvo lugar desde mediados de la década del ochenta hasta finales de la del noventa, a una progresiva y cada vez más sólida actitud hacia la prohibición de discriminación en contra de población LGTBI, ordenando a los Estados, por ejemplo, cubrir

---

<sup>268</sup> Palazzani, Laura, *Gender in Philosophy and Law* (Springer, New York ,2012) Pag. 62.

<sup>269</sup> Ibidem. Pág. 63.

los gastos del tratamiento de personas transexuales a través del seguro de salud, o fallando a favor de los solicitantes cuando su Estado les negó la posibilidad de cambiar de género en sus documentos de identificación aun cuando no hay operación de cambio de sexo. Sin embargo, en el caso *Schalk and Kopf versus Austria* de 2010, la Corte sostuvo que el artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que dispone que un hombre y una mujer tienen el derecho a casarse de acuerdo con las leyes de su país, no debe ser entendido como una prohibición para los Estados parte de la convención de establecer reglas locales para facilitar las uniones homosexuales, sino como una cláusula general para permitir a las personas realizar pactos o uniones civiles que tengan el mismo efecto que el matrimonio<sup>270</sup>. Sin embargo, a pesar de los casos en las cortes internacionales los miembros de la Unión Europea no tienen un criterio único en sus legislaciones internas en lo pertinente a la protección de la identidad de género. En algunos países como Holanda, Austria o Francia consideran no hay pieza de legislación particular que proteja de tratos discriminatorios a las distintas expresiones de identificación de género, pero han protegido de forma consistente este derecho a través de cláusulas de igualdad material. Otros países como Bulgaria o la República Checa no consideran legal o inconstitucional la discriminación por razones de identidad de género. Por último, en España, Alemania, Suecia y Hungría hay menciones específicas y protección legal a la identidad, la orientación o la expresión de género<sup>271</sup>.

Las legislaciones occidentales no sólo han promovido una agenda de inclusión vía derechos humanos, sino que en muchos casos han tomado medidas punitivas para agravar la situación de quienes cometen crímenes de odio hacia homosexuales, transexuales y en general cualquier persona que tenga una identidad de género o una orientación distinta a la heterosexual. Estas circunstancias de agravación punitiva normalmente están reservadas para grupos de personas para las cuales las circunstancias de violencia son particularmente dañosas o sobre las cuales hay razones históricas por las cuales los crímenes en contra de estas personas suelen estar atadas a su condición. En el primer caso están las personas de la tercera edad y los niños, en el segundo las minorías políticas, religiosas o étnicas. En concepto de Laura Palazzani, este tipo de normas presentan varios inconvenientes tanto interpretativos como sociales. Desde el punto de vista de la imputación, es difícil determinar

---

<sup>270</sup> Ibidem. Pág. 67.

<sup>271</sup> Ibidem. Pág. 69-70.

cuándo una agresión o un crimen se comete por razón a la circunstancia especial de la expresión de género de una persona, lo que abre la puerta a que los operadores jurídicos puedan manipular estas causales de agravación punitiva otorgando un grado poco saludable de arbitrio en una actividad tan necesariamente restrictiva como lo es -o debería ser- el derecho penal. Por otro lado, para aquellos que sienten como un deber moral mantener en la ley la clásica dualidad hombre/mujer sin ninguna distinción adicional, estas normas antidiscriminatorias pueden parecer un tipo de persecución basada en sus creencias éticas<sup>272</sup>. La postura desplegada por la autora no es una defensa a los comportamientos discriminatorios, sino que más bien pone en cuestión si abrir el espacio penal para hacer amonestaciones severas es el camino para combatir de forma efectiva la discriminación. Lo más posible es que las normas actúen más como una consigna moral y como un mensaje de valores más que como un medio efectivo para eliminar los tratos inequitativos en contra de las personas LGTBI.

Estos efectos contraproducentes de la expansión y visibilización de los derechos LGTBI son recapitulados por Thomas Keck, quien en 2009 publicó un artículo<sup>273</sup> donde para empezar ilustra la posición de Michael J. Klarman y Gerald N. Rosenberg sobre los fallos de la Corte Suprema de Justicia de EE. UU. en materia de libertades civiles. De acuerdo con Klarman, estos pronunciamientos judiciales son la causa de movimientos reaccionarios que dividen a las sociedades y generan a la postre una violencia mayor en contra de los intereses minoritarios que en principio los jueces están en favor de proteger. Dentro de este caso se encuentra el matrimonio entre personas del mismo sexo en EE. UU. El efecto práctico de este activismo judicial es forzar a la opinión pública a tomar un partido, escalando las formas de conflicto con consecuencias nefastas. Lo anterior es denominado como la tesis del contragolpe<sup>274</sup>. Una manifestación de esta tesis del contragolpe dice que las decisiones en materia de derechos civiles en este contexto no pasan de ser aspiracionales si se tiene en cuenta que aun con fallos a favor, la sociedad conservadora puede no aceptar este cambio y seguir manteniendo sus prácticas discriminatorias. Estas posturas revisionistas de las decisiones más progresistas en derechos individuales de minorías: “han sido ampliamente

---

<sup>272</sup> Ibidem. Págs. 100-102.

<sup>273</sup> Keck, Thomas M, Beyond Backlash: Assessing the Impact of Judicial Decisions on LGBT Rights, en: 43 Law & Society Review, 1, 151-186 (2009).

<sup>274</sup> Ibidem. Backlash Thesis, en inglés.

influyentes. Esta tesis [del contragolpe] es a veces presentada como una fábula judicial, previniéndolos de tomar decisiones sin consultar la prudencia. En adición a esta lección sobre humildad judicial, la tesis del contragolpe es muy frecuentemente enmarcada como una advertencia (o una negación de) a los movimientos de derechos civiles, quienes son culpados de las consecuencias políticas adversas por las demandas irrazonables hechas a las cortes para garantizar el derecho al matrimonio igualitario”<sup>275</sup>. Dentro de la lógica de la tesis del contragolpe, las consecuencias de una sociedad dividida son agendas extremas que aprovechan la coyuntura para obtener votos, por lo que representantes de las derechas populistas llegan al poder con mayor facilidad.

Keck estudia los casos más relevantes y las consecuencias que los mismos provocaron, mostrando que no en todos los casos de fallos de minorías se ha seguido un contragolpe de políticas de reacción, o al menos no ha incrementado las acciones de los grupos que se oponen al reconocimiento de sus derechos civiles. Para probar su punto se apoya en el fallo de 2003 de la Corte Suprema del estado de Massachusetts (*Goodridge v. Department of Public Health*), en el cual la Corte declaró que la constitución del estado garantizaba el derecho al reconocimiento del matrimonio entre parejas del mismo sexo. Tras esta sentencia, el estado de Illinois aprobó unos años después una ley de protección para personas LGTBI, el estado de Columbia expandió los derechos de las sociedades patrimoniales de las parejas del mismo sexo y en 2006 el caso *Lewis V Harris* se falló en la Corte Suprema del estado de Nueva Jersey, declarando que las leyes del estado debían contemplar también el matrimonio homosexual. Oregon en 2007 amplió la base de sus crímenes de odio para incluir la identidad de género, entre otras piezas de legislación relevantes<sup>276</sup>. La narrativa de los autores que sostienen la tesis del contragolpe es que la movilización política pudiendo ser más lenta, logra mejores resultados a largo plazo. Sin embargo, Keck anota que en los casos donde han sido los órganos representativos quienes han aprobado leyes de protección para las minorías sexuales, los resultados de resistencia social no han sido distintos a los que se han obtenido por medio de una sentencia<sup>277</sup>. El autor concluye que, si bien varios errores estratégicos han sido cometidos por los líderes del movimiento LGTBI, la estrategia de litigio en términos de

---

<sup>275</sup> (traducción propia) Keck, Thomas M (2009) Op. Cit. Pág 154.

<sup>276</sup> Ibidem. Págs. 173-174.

<sup>277</sup> Ibidem. Pág. 180.

derechos ha sido más provechosa que dañina. Por lo anterior, la tesis del contragolpe parece no responder adecuadamente a los fenómenos políticos que se han seguido de los litigios exitosos en derechos de minorías.

Por último, Anthony Tirado Chase<sup>278</sup> hace referencia a esta misma tesis del contragolpe, indicando que normalmente ese argumento proviene de un sector crítico-académico cuyo temor es que los litigios exitosos de derechos humanos en materia de minorías refuerzan un sistema opresivo y no permiten la movilización de las fuerzas sociales para generar cambios estructurales, o que la misma idea de derechos humanos es una invención de élites intelectuales y económicas para profundizar la agenda neoliberal<sup>279</sup>. Por otro lado, la oposición a la agenda de derechos LGTBI ha proveniendo de organizaciones conservadoras como el Vaticano, o países con agendas de derecha como Rusia o Uganda que han utilizado la homofobia como forma de estructuración de un proyecto político y de una identidad nacional<sup>280</sup>. De este modo, la agenda de reivindicación de derechos de minorías sexuales se encuentra bajo dos lentes críticos, el primero la oposición política a los mismos y el segundo al sector más crítico de los teóricos progresistas. Aun teniendo estas tensiones con las posturas mencionadas, el recorrido de los derechos de minorías sexuales como parte de un entendimiento robusto de los DDHH ha permitido evidenciar en muchos escenarios su necesidad “la institucionalización de los derechos humanos ha sido clave, facilitando las intersecciones entre ley, política y órdenes normativos. Las instituciones estatales son centrales en este esfuerzo y los derechos humanos se han incorporado burocráticamente en el trabajo de organizaciones nacionales, regionales e internacionales”<sup>281</sup>. La estrategia ha gozado de un éxito apreciable porque el lenguaje y la agenda de DDHH tiene una red jurídica y epistémica que ha impactado las culturas democráticas en muchas de sus prácticas. Del mismo modo, es un lenguaje que las Naciones Unidas ha propugnado por implementar y que en el trato de las naciones se ha vuelto común, por lo que los derechos de minorías sexuales se han vuelto parte de ese mismo lenguaje y práctica.

---

<sup>278</sup> Tirado Chase, Anthony, Human rights contestations: sexual orientation and gender identity, 20 *The International Journal of Human Rights*, 6, 703-723 (2016).

<sup>279</sup> La idea presentada también por Ran Hirsch (Op. Cit.).

<sup>280</sup> Tirado Chase, Anthony (2016) Op. Cit. Pag. 705.

<sup>281</sup> Ibidem. Pág. 711.

Por lo dicho hasta aquí, se puede concluir que los DDHH son, además de un instrumento jurídico pactado por las naciones como entendimiento de mínimos internacionales de trato a los ciudadanos, una herramienta para derrotar inequidades tradicionales a través de movilización política a través de interpretaciones favorables a formas de la buena vida minoritarias. Precisamente esa plasticidad ha mantenido relevante la discusión respecto de su interpretación y su futuro, teniendo en cuenta que su ampliación no necesariamente entra en la agenda de cierto tipo de Estados que políticamente ven en esta herramienta una afrenta contra su soberanía y se niegan a implementar otras formas de entender los DDHH que los estrictamente pactados en los instrumentos internacionales. Lo mencionado realza que en ciertos casos las cortes internacionales que fiscalizan las actuaciones de los Estados pueden ser vistas como disruptivas de la voluntad política nacional o de su forma de entender la buena vida. Si bien los riesgos son altos, lo cierto es que la tendencia ha sido la contraria y con cada vez más vigor los derechos LGTBI han tenido un impacto dentro de los DDHH como se ha ilustrado anteriormente. Esta estrategia tiene riesgos como muchas otras estrategias pueden llegar a tenerlos, sin embargo, los métodos de movilización política no excluyen la posibilidad de tener victorias judiciales que permitan en la práctica avanzar en la consolidación de derechos individuales. La pregunta sería entonces si esta consagración jurisprudencial de derechos realmente proporciona bienestar a las personas LGTBI y combate efectivamente los prejuicios de la comunidad. Puede ser que modificar la forma de pensar de una mayoría sobre la conducta de un individuo que no se ajusta a las preferencias canónicas no sea tarea sencilla y sin duda un fallo judicial puede no ser un instrumento perfecto, pero sin incentivos para modificar su comportamiento, las mayorías podrían imponer su voluntad sin límite alguno como normalmente sucede en otros casos.

#### 4.3 *Los jueces constitucionales en acción: adjudicación en derechos LGTBI*

Tras haber descrito como las minorías usaron el discurso de los DDHH estratégicamente para hacer reivindicaciones en distintos escenarios internacionales respecto de su forma de ver la buena vida, pasará a mostrar los casos puntuales de los países que han tenido debates sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo y analizaré los argumentos de las sentencias con

el fin de mostrar las similitudes o distancias que las mismas tengan. También vale la pena decir que no pretendo usar la metodología de derecho comparado para leer estos casos que voy a presentar. Para ese tipo de trabajo se requeriría una investigación independiente. Este ejercicio que quiero realizar lo describe Ran Hirschl como “referencia comparativa que apunta a la reflexión a través de la analogía, distinción y contraste”<sup>282</sup> y señala este tipo de análisis como: “[un tipo de] referencia comparativa (...) derivada de la búsqueda permanente de los juristas por lo que juzgan la solución justa o correcta de un problema constitucional determinado que su comunidad está experimentando (...) al referirnos a la jurisprudencia constitucional de otras comunidades presumiblemente similares, podríamos posiblemente obtener un mejor entendimiento de nuestro catálogo de valores y estructura constitucional y enriquecer, para finalmente avanzar, en una visión más cosmopolita o universalista de nuestro discurso constitucional”<sup>283</sup>. Hirschl criticará esta forma de ver el derecho comparado sosteniendo que la herramienta de la comparación tiene mucho más que ofrecer que este tipo de análisis superficial. Sin embargo, para los propósitos de este texto, el análisis de sentencias particulares para examinar los derechos que invocan, los valores que ponderan y la decisión final resulta suficiente para ilustrar el punto que persigo. Este ejercicio lo elaboraré basado en los siguientes supuestos: 1. Las constituciones de los países a los que haré referencia guardan similitudes al menos en establecer órdenes democráticos y la separación de los poderes públicos; 2. sus ordenamientos legales e instituciones utilizan y reconocen el derecho internacional de los DDHH y de igual forma tienen un reconocimiento legal sobre los derechos individuales. De acuerdo con lo anterior, también hay potestades en los jueces para hacer juicios entre la compatibilidad de las disposiciones legales y la constitución bien de forma concentrada –a través de una corte o tribunal superior- o de forma difusa -todos los jueces conservan la potestad de hacer juicios de constitucionalidad por acción o excepción-. Estos países también comparten un ideario mayoritario conservador respecto de personas pertenecientes a minorías sexuales. Lo anterior no significa que haya en todos los casos violencia o persecución -que sin embargo es parte de los casos más difíciles-, pero en general, los ciudadanos de estos países no se encuentran a gusto con que personas del mismo sexo

---

<sup>282</sup> (Traducción original) Hirschl, Ran. The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 53, No. 1 (Winter, 2005), pp. 125-155. Pág. 126

<sup>283</sup> (Traducción original) *Ibidem*. pág. 127.

puedan casarse o adoptar<sup>284</sup>. Mostraré el caso de cuatro sentencias (Colombia, México, EEUU y Argentina), países donde existe una dualidad de difícil equilibrio, por un lado, convicciones morales mayoritarias que impiden el avance de los derechos de minorías sexuales y por otro, ordenamientos jurídicos que reconocen garantías individuales que promueven formas de vida autónomas en muchos aspectos como el político o el religioso, y han empezado por vía judicial a reconocer la identidad sexual como parte de la autonomía individual.

Lo que busco mostrar, más que la estructura de derechos o el análisis técnico de las sentencias dentro de un entramado constitucional, es la forma en la que los jueces interpretan la autonomía individual y reconocen que a través de la ley se perpetúa un orden inequitativo que no se compadece con los postulados elementales de una democracia constitucional. En ese sentido, los jueces abogan por entender la libertad como reconocimiento en el entendido en que buscan promover la coexistencia de la idea de buena vida mayoritaria con la minoritaria, en igualdad de condiciones ante la ley.

#### 4.3.1 Colombia

En el caso colombiano<sup>285</sup> las primeras sentencias empezaron a producirse a finales de la década del noventa y durante la primera década del siglo XXI, logrando finalmente un

---

<sup>284</sup> Como una elemental caracterización de lo anterior, el informe de situación LGTBI en el mundo de 2017 producido por Amnistía Internacional que, al referirse a las Américas, señala: “En toda la región, las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI) hicieron frente a índices de violencia y discriminación muy elevados y a más obstáculos para acceder a la justicia. El tiroteo incontrolado en una discoteca de Orlando, Florida, demostró que, en Estados Unidos, las personas LGBTI tenían mayores probabilidades de ser blanco de crímenes de odio. Por su parte, Brasil continuaba siendo el país más mortífero del mundo para las personas transgénero (...) En todo el continente —en países como Argentina, Bahamas, El Salvador, Estados Unidos, Haití, Honduras, Jamaica, República Dominicana y Venezuela— se mantuvieron niveles elevados de crímenes de odio, apología del odio y discriminación, así como asesinatos y persecución, contra activistas LGBTI”. Amnistía Internacional. Situación LGBTI en el mundo (Disponible en: [https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Situacion\\_mundial\\_LGBTI\\_201617final.pdf](https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Situacion_mundial_LGBTI_201617final.pdf) recuperado el 20/09/2018).

<sup>285</sup> En Colombia, como posiblemente en los demás países de la región, la violencia contra personas LGTBI es ejercida desde distintas áreas. Desde la física y cotidiana hasta la institucional. Una investigación recopiló las investigaciones de las distintas formas de violencia sobre esta comunidad VER: Palacio Mejía, Luz María, Aproximación a la producción de conocimiento sobre los derechos de la comunidad LGTBI, en: 30 Revista Facultad de Trabajo Social. 41-70 (2014).

pronunciamiento contundente sobre el derecho a casarse de parejas del mismo sexo en el año 2016. La sentencia SU-214 de 28 de abril del año mencionado<sup>286</sup> revisó los casos de varias personas que, a través de acciones de tutela, pidieron a los jueces que protegieran sus derechos individuales al libre desarrollo de la personalidad y el trato digno, cuando varias notarías del país se negaron a realizar matrimonios entre parejas homosexuales. En este caso, la Corte Constitucional había dictado una providencia anterior (C-577 de 2011) en la cual reconocía que no permitirle a las personas LGTBI el matrimonio era contrario a los valores constitucionales y a los derechos fundamentales, sin embargo, señaló en esta sentencia que no le correspondía dictar normas sobre cómo debía formalizarse esta unión, por lo que exhortó al Congreso de la República para expedir una ley que regulara la materia, so pena de que para no dejar en vilo los derechos de los ciudadanos, se facultara a los notarios para realizar los matrimonios desde el 20 de junio de 2013, si es que el Congreso no había emitido para ese entonces normas pertinentes del caso. Dicha fecha llegó sin que el legislativo se pronunciara al respecto, lo que ocasionó que se activara el mecanismo dispuesto por la Corte para el efecto. Sin embargo, muchos notarios decidieron no acatar la orden de la Corte alegando que no había una legislación sobre la materia clara, o que temían repercusiones disciplinarias por operar sin sustento normativo. La sentencia del año 2016 cerró la posibilidad de que los notarios pudieran negarse a realizar este tipo de uniones, haciendo explícita la orden emitida en el año 2011. La magistrada Gloria Stella Ortiz, incluso, señaló en su aclaración de voto de la sentencia que esta actitud del legislativo constituía un “bloqueo legislativo deliberado” que: “ocurre cuando el órgano legislador se rehúsa de manera sistemática, consciente y reiterada a corregir una desigualdad material a través de la provisión de normas legales”.

Sin muchos preámbulos, la Corte inicia sus consideraciones con las razones por las cuales la protección de las minorías es parte de la labor de una democracia. Para ello se valen de referencias jurisprudenciales y teóricas, dentro de las cuales resaltan Giovanni Sartori -quien a su vez basa su posición en Alexis de Tocqueville y John Stuart Mill- y Ronald Dworkin, teóricos que coinciden en la importancia de separar del control mayoritario ciertos asuntos referentes a las libertades individuales. Según esta posición, las mayorías tienden a estar en

---

<sup>286</sup> Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-214 de 2016, expediente T- 4.167.863 AC. 28 de abril de 2016. Ponencia de Alberto Rojas Ríos.

contra de conductas o formas de vida que encuentran inaceptables<sup>287</sup>. Luego se referencia que no dotar a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de una figura omnicompreensiva en efectos patrimoniales y personales como el matrimonio, sino relegar estas uniones a un contrato de diferente naturaleza, es darle un trato constitucionalmente injustificable a la luz del derecho a la igualdad ante la ley de las parejas homosexuales: “Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste”<sup>288</sup>. También se trae a colación el hecho de que la Corte dio al legislativo el tiempo necesario para generar normas respecto de la protección a las uniones entre parejas del mismo sexo y en ausencia de estas normas, el vacío jurídico ocasionó que muchos jueces y notarios realizaran las uniones haciendo aplicación analógica de las reglas del código civil para matrimonio, mientras otros o se negaron o dieron efectos legales diversos a estas uniones, creando disonancia e inseguridad jurídica. También menciona que la Procuraduría General de la Nación inició acciones judiciales tendientes a la declaración de nulidad de estas uniones civiles. Esta disparidad de criterios y de reglas generó una situación que lesionó los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo.

La Corte incluso ahonda en la cuestión sobre llamar matrimonio a la unión de parejas homosexuales y no unión civil o de otra forma distinta. Por supuesto hay un régimen patrimonial y de derechos desde el punto de vista legal, pero la Corte estima que esto no es todo lo que implica darle el nombre de matrimonio a estas uniones. La sentencia se vale de la noción de “juegos del lenguaje” de Wittgenstein para ilustrar que lo que está en juego no es solo una serie de derechos asociados a la institución jurídica, sino una práctica comprensiva del lenguaje que tiene efectos en la vida en sociedad. Dándole el nombre de matrimonio a las uniones homosexuales se accede a un estatuto cultural que: “envuelve un conjunto de valores, cargas afectivas y relaciones de poder existentes en una determinada sociedad” en los términos de la Corte. Habiendo establecido lo anterior, realiza un recorrido histórico por las distintas acepciones y estadios del concepto “matrimonio” con el objeto de probar que en variados puntos en la historia y las culturas esta palabra no ha significado lo

---

<sup>287</sup> “Es una realidad innegable que las mayorías políticas, tradicionalmente se han mostrado reacias al reconocimiento de derechos de quienes deciden vivir en pareja con otra persona del mismo sexo”. Ibidem.

<sup>288</sup> Ibidem.

mismo y se ha aplicado de maneras disímiles<sup>289</sup>. La sentencia también ilustra que la Corte ha tenido sucesivos avances en materia de derechos de la comunidad LGTBI desde 1993, cuando reconoció el derecho a cambiar el nombre en los documentos de identidad a personas transgénero<sup>290</sup>. También se analiza el significado y alcance de la libertad a la luz de la dignidad humana, donde se referencia directamente la concepción kantiana de la autonomía como base de la de dignidad, presente en *La Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. La sentencia incluso afirma que: “La dignidad humana se erige en fundamento de los principios de autonomía, libertad individual e igualdad, de los cuales derivan los distintos de derechos fundamentales”<sup>291</sup>.

Tras lo anterior, el fallo dirige su análisis a la desigualdad de trato que implica no darle los efectos completos del matrimonio a las parejas del mismo sexo, recordando que dentro del derecho constitucional colombiano la igualdad es una de las instituciones con más peso si se tiene en cuenta que se manifiesta de tres formas distintas: como valor -forma más abstracta que inspira las normas-, como principio -mandato de optimización, cláusula hermenéutica que obliga a leer otras normas a su luz- y como derecho fundamental con consagración expresa. La Corte estima que mantener un trato diferenciado en la forma en la cual se unen las parejas homosexuales resulta lesivo del valor-principio-derecho de igualdad en muchas maneras, si se tiene en cuenta que el matrimonio no únicamente implica la unión civil, sino todo un régimen económico y también responsabilidades y prohibiciones. Señala como ejemplo el régimen de incompatibilidades e inhabilidades de la contratación estatal y el acceso a cargos públicos como uno de los casos en los cuales hay límites que se establecen en función de los vínculos matrimoniales. Al no establecer como matrimonio la unión de personas homosexuales hay consecuencias que el ordenamiento legal ha previsto para ese caso y no para la unión civil, como la formación de la familia, la formación de la sociedad

---

<sup>289</sup> “siguiendo a Wittgenstein, la palabra “matrimonio” no es la representación de un hecho constante y uniforme. Su configuración y uso sociales son evolutivos; revelan la existencia de un conjunto de valores presentes en una sociedad en una determinada época, amén de dibujar las contradicciones y tensiones que enmarcan las relaciones de poder en un contexto histórico y cultural”. Ibidem.

<sup>290</sup> También referencian, entre otros: En 1994 protegió el derecho de una persona a permanecer en la Policía Nacional y a no ser discriminado por su orientación sexual. En el año 1998 impidió la expulsión de dos jóvenes de un colegio por su condición de minoría sexual y le ordenó al colegio garantizar el derecho a la educación ofreciéndoles un cupo para el siguiente año escolar. En 2003, garantizó así mismo el derecho que le asiste a las parejas del mismo sexo a la visita conyugal en los centros carcelarios.

<sup>291</sup> Ibidem.

conyugal, consecuencias tributarias, sucesorias, sobre el estado civil, entre otras. Por último, la Corte dedica su atención al análisis puntual de las actuaciones de los jueces y notarios que casaron personas del mismo sexo durante el periodo entre la sentencia de 2011 y la del 2016, señalando que no cometieron irregularidad alguna y que actuaron dentro de las facultades legales y bajo el imperio de la ley. Lo anterior con el fin de poner un alto a las actuaciones que hasta ese momento había adelantado la Procuraduría General de la Nación en contra de jueces y notarios.

En consecuencia, la Corte resuelve ordenar a los jueces y notarios que se negaron a practicar matrimonios entre personas homosexuales que procedan de acuerdo con las directrices establecidas en esa sentencia, recalando que los jueces y notarios no pueden negarse a cumplir con dicha obligación. Este pronunciamiento fue motivo de controversia<sup>292</sup>, e incluso la decisión dentro de la Corte no fue sencilla. Prueba de lo anterior es que, de los nueve magistrados, tres se opusieron a la decisión y salvaron su voto y los restantes aclararon el mismo, haciendo énfasis en particularidades del caso. Uno de los salvamentos más fuertes fue el del magistrado Jorge Ignacio Pretelt, que califica esta sentencia (y otros pronunciamientos de la Corte respecto de asuntos como eutanasia, dosis personal de drogas, aborto y alquiler de vientres) como una traición al constituyente y al principio democrático de gobierno de las mayorías<sup>293</sup>.

---

<sup>292</sup> Procurador busca revertir fallo sobre matrimonio gay con reforma legal (Disponible en: <http://www.elcolombiano.com/colombia/procurador-busca-revertir-fallo-sobre-matrimonio-gay-con-reforma-legal-EK3905251> recuperado el 24/09/2018)

<sup>293</sup> La reflexión del Magistrado es del siguiente tenor: “La Corte Constitucional ha traicionado al constituyente en esta sentencia que vulnera claramente el artículo 42 de la carta fundamental y el principio democrático. La Corte Constitucional se ha convertido en un nuevo legislador ante la mirada impotente de millones de ciudadanos que diariamente se preguntan qué derecho tienen solo nueve personas para cambiar el futuro de millones de ciudadanos. Poco dista este modelo judicial autoritario del despotismo ilustrado del siglo XVIII, en el cual el absolutismo era disfrazado por los monarcas mediante la manipulación de las ideas de la ilustración. El desconocimiento de la voluntad de las mayorías, presumiendo que éstas quieren vulnerar los derechos de las minorías, no es más que la consagración moderna del "Todo para el pueblo, pero sin el pueblo" que se utilizó para frenar el avance de la democracia en Europa, y que hoy se disfraza de complejas teorías neo-constitucionalistas”.

#### 4.3.2 *México*

Mediante una acción de inconstitucionalidad promovida por el Procurador General de la República, la Suprema Corte de la Nación de México se pronunció sobre la constitucionalidad de la reforma a los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal<sup>294</sup>. El texto original del código disponía que el matrimonio se establecía entre un hombre y una mujer, que buscaran formar una comunidad de vida, con el fin de procrear. En el segundo artículo se instituye la adopción y señala que los cónyuges o los concubinos pueden solicitarla, según condiciones que la ley señala. El artículo 146 fue reformado mediante el “Decreto por el que se reforman diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 29 de diciembre de 2009. Esta reforma se encaminó a cambiar la expresión “hombre y mujer” por la de “dos personas”, lo que implica que el matrimonio sería accesible para personas del mismo sexo. La demanda por parte del Procurador General de la República apunta hacia la importancia de la familia como una estructura social que protege los derechos de quienes hacen parte de ella. El demandante estima que el acto legislativo expedido por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal lesiona la Constitución Mexicana, ya que no consulta el principio de motivación del artículo 16, que demanda que la ley sea expedida con arreglo a los principios de razonabilidad y objetividad. Estos principios, según la argumentación del demandante, son un límite al poder de configuración legislativo y fueron vulnerados en esta reforma ya que no hubo un debate y argumentación suficiente sobre la misma en el legislativo, lo que pervierte el mecanismo de reforma teniendo en cuenta que la legalidad exige que las leyes que se implementan tengan una motivación que sustente las normas que se expiden<sup>295</sup>.

Según el demandante, no había motivo para modificar la ley y cambiar las expresiones mencionadas teniendo en cuenta que la ley civil ya protegía a las parejas del mismo sexo,

---

<sup>294</sup> Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 del 16 de agosto de 2010. Ministro Ponente: Sergio Valls Hernández.

<sup>295</sup> “es necesario que existan elementos durante el procedimiento legislativo que justifiquen el porqué del cuerpo normativo creado, pero ese por qué está aún sujeto a esa razonabilidad objetiva, para así cumplir con la motivación como elemento de legalidad (...) La exigencia por parte de la sociedad para que el legislador ejerza el cúmulo de atribuciones que tiene conferidas, puede constituir una justificación de su ejercicio, pues, de lo contrario, se pueden crear cuerpos normativos que no atiendan a la realidad social”. Ibidem. Pág. 13.

otorgándoles una unión distinta al matrimonio, por lo que “hacer asequible el matrimonio civil a personas del mismo sexo no es una medida legislativa idónea, apta o susceptible para alcanzar un fin ya logrado para dicho sector social y para el ejercicio pleno de su derecho fundamental a fundar una familia”<sup>296</sup>. La Suprema encuentra que este cargo no tiene fundamento en razón a que el legislador tiene un amplio margen de configuración en la forma en la que opera la ley y su reforma, que únicamente se debe encontrar enmarcada dentro del orden normativo constitucional. Así, el legislador no tiene una obligación particular de argumentación cuando de expedir normas se trata y puede basar su criterio en razones amplias. La Suprema también recalca que este requisito de razonabilidad objetiva que utiliza el accionante se utiliza normalmente en juicios de igualdad que de ordinario tienen lugar cuando una ley busca restringir derechos, no cuando busca ampliarlos. Adicionalmente, también se indica que la protección a la familia no implica proteger a un modelo único de la misma, sino a una variedad de formas que, desde el punto de vista legal, merecen igual protección que la hetero parental.

Se ahonda entonces en el análisis de la figura de la familia, que tiene un lugar en la acción de inconstitucionalidad promovida por el Procurador dado que el artículo 341 del estatuto civil del Distrito Federal incorpora la figura de la adopción. En el cargo formulado se establece que la adopción por parte de parejas del mismo sexo no respeta el concepto de familia incorporado en la Constitución Federal Mexicana<sup>297</sup>. Ante lo anterior, la Suprema responde que la idea originaria de familia que el demandante quiere presentar requiere ser atemperada con las circunstancias actuales dentro de las cuales las personas se desenvuelven, teniendo en cuenta que: “la familia, antes que ser un concepto jurídico, es un concepto sociológico, pues, como lo refieren las opiniones técnicas que, en apoyo de esta Corte, elaboraron diversas facultades o escuelas de la Universidad Nacional Autónoma de México y los datos aportados en dichas opiniones, la familia, lejos de ser una creación jurídica, nace

---

<sup>296</sup> Ibidem. Pág. 16.

<sup>297</sup> “De todo lo anterior, tenemos que, en modo alguno, el artículo 4° de la Constitución alude a la institución civil del matrimonio, menos aun definiéndola, por lo que deja esa atribución normativa al legislador ordinario; tampoco se desprende del mismo, que la Constitución proteja sólo un único modelo de familia -“ideal”- que, exclusivamente, tenga su origen en el matrimonio entre un hombre y una mujer, como lo afirma el Procurador, ya que lo que manda, como se ha precisado, es la protección a la familia como tal, al ser indudablemente la base primaria de la sociedad, sea cual sea la forma en que se constituya, y esa protección es la que debe garantizar el legislador ordinario” Ibidem. Pág. 86.

o se origina con las relaciones humanas, correspondiendo más bien a un diseño social que, por ende, se presenta de forma distinta en cada cultura; así, los cambios y transformaciones sociales que se van dando a lo largo del tiempo, de manera necesaria, impactan sustancialmente en la estructura organizativa de la familia en cada época”<sup>298</sup>. Empero, La Suprema prosigue mencionando que los cambios que la sociedad ha experimentado con respecto a los roles de hombres y mujeres, así como la transición de figuras matrimoniales rígidas a nuevas maneras de entender los vínculos humanos han cambiado el alcance a las normas jurídicas sobre la familia. En reconocimiento a estos cambios, el legislador está facultado a proteger mediante la ley esas nuevas formas que cumplen las funciones esenciales que normalmente se habían relacionado con la concepción clásica de familia.

En atención a estos cambios, el matrimonio tampoco puede seguir siendo lo que tradicionalmente se había entendido por él. Trae a colación el Ministro Ponente que incluso esa forma tradicional de entender el matrimonio no permitía inicialmente el divorcio, y fue el legislador quien en su momento dio vía libre para que dentro de algunos parámetros el vínculo pudiera ser disuelto. Tanto es así, que incluso en la actualidad los divorcios pueden tramitarse sin una razón particular, únicamente la voluntad de las partes de terminar el vínculo es suficiente para acercarse a los jueces y para que estos declaren terminada la unión. Tampoco la procreación es requisito en la ley mexicana para conformar una familia ni su intención para celebrar un matrimonio. Tras todo el rastreo de estas razones, la Suprema mexicana concluye que el cargo presentado por inconstitucionalidad en contra de la reforma al código civil del Distrito Federal no es acertado y debe ser desestimado<sup>299</sup>.

Similar a las consideraciones de la Corte Constitucional colombiana, la Corte Suprema de México señala explícitamente que la decisión de dos personas de formar una comunidad de vida -independientemente de si hay procreación o no y de su orientación sexual - se desprende

---

<sup>298</sup> Ibidem. Pág. 89.

<sup>299</sup> “En consecuencia, la afirmación del accionante en el sentido de que, constitucionalmente e, incluso, de acuerdo con los tratados internacionales que cita, constituya un elemento esencial del matrimonio que se celebre entre personas de diferente sexo (hombre y mujer), dado que, según dice, su finalidad primordial es la procreación y, de ahí, la formación de una familia -una familia ideal-, que es la que, en mayor medida, protege la Constitución Federal, no puede ser admitida por esta Corte, pues, como hemos expuesto, nuestra Norma Fundamental, en ningún momento, lo dispone así y, además, la relación jurídica matrimonial ha dejado de vincularse al fin de la procreación, sosteniéndose, primordialmente, en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y de compromiso mutuos de quienes desean tener una vida en común” Ibidem. Pág. 95.

del desarrollo personal de cada individuo y de su autodeterminación. Existe otra coincidencia entre ambas providencias y la apelación del Procurador mexicano al “espíritu del constituyente”. La Suprema Corte rechaza esta posición originalista sobre la voluntad del constituyente expresando que cuando la Constitución se instituyó, muchas realidades sociales no requerían un tratamiento legal porque no estaban en la superficie del debate público, pero en la medida en que las situaciones se han tornado apremiantes se ha convertido en una necesidad reconocer otros tipos de formas de vida manteniendo el principio de no discriminación y de dignidad humana. También se menciona que el caso mexicano no es el primero, y que en muchos otros países: “...vía legislación o jurisprudencia, se ha evolucionado paulatinamente en el reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales y la protección jurídica de sus uniones, justificándose dichos referentes en la eliminación de la discriminación que históricamente han sufrido”<sup>300</sup>.

En estos términos generales la cabeza de la jurisdicción constitucional mexicana declaró constitucional la reforma al código civil del Distrito Federal en el año 2010. Cinco años más tarde<sup>301</sup>, declaró inconstitucional el artículo 260 del Código Civil del Estado de Jalisco en lo referente a la expresión “el hombre y la mujer” para los matrimonios. Los argumentos de la demanda son similares a los expuestos por la misma Suprema Corte cuando declaró constitucional la reforma al código civil del Distrito Federal. De acuerdo con el demandante, el código civil de Jalisco “vulnera los artículos 1º y 4º de la Constitución Federal, porque considera a la institución del matrimonio, como la restrictiva unión de un hombre y una mujer, excluyendo a las parejas del mismo sexo, lo que atenta contra el derecho a la dignidad humana en su vertiente de libre desarrollo de la personalidad, así como los principios de igualdad y no discriminación, además de la protección a la organización y desarrollo de la familia”<sup>302</sup>. Finalmente, y en forma de una regla general, el Supremo expidió la tesis de jurisprudencia 43/2015 (10a.). de 3 de junio de 2015<sup>303</sup> en la que resume sus

---

<sup>300</sup> *Ibidem*. Pág. 102.

<sup>301</sup> Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Acción De Inconstitucionalidad 28/2015 del 26 de enero de 2016. Ministro Ponente: José Ramón Cossío Díaz.

<sup>302</sup> *Ibidem*. Pág. 2.

<sup>303</sup> Matrimonio. La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de aquél es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional (Disponible en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2009407&Clase=DetalleTesisBL> recuperado el 25/09/2018).

pronunciamientos sobre la materia basada en sentencias de amparo<sup>304</sup> concurrentes con los mismos argumentos y sobre los mismos hechos desde el año 2010 hasta el 2015. En la misma se señala que cualquier norma que señale que el matrimonio tiene como fin la procreación y se realiza exclusivamente entre un hombre y una mujer, es inconstitucional, recurriendo a las mismas razones que se expusieron sobre autonomía, libre desarrollo de la persona e igualdad ante la ley. Se reafirma en esta tesis que no hay ninguna razón por la cual las autoridades civiles puedan negarse a realizar matrimonios entre parejas del mismo sexo<sup>305</sup>.

El caso mexicano no es exactamente igual a los casos aquí presentados si se tiene en cuenta que el debate inicia por una reforma al Código Civil del Distrito Federal. No es el juez constitucional quien cambia la interpretación de la ley a través de una sentencia, sino que defiende la reforma a la luz de principios constitucionales. De cualquier forma, las razones por las cuales la Suprema defiende la reforma al Código mantienen los elementos generales con las cuales se identifican los pronunciamientos aquí rescatados.

#### 4.3.3 *Estados Unidos de Norteamérica*

El caso paradigmático de matrimonio homosexual en Estados Unidos es Obergefell et. al. versus Hodges, Director, del Ohio Department of Health (Obergefell v. Hodges, para abreviar), del año 2015<sup>306</sup>. En esta sentencia la Corte Suprema de Justicia de ese país dictaminó que el matrimonio de personas del mismo sexo debe ser reconocido en todos los estados, teniendo en cuenta que no hay ninguna base constitucional para negar los efectos de la unión de personas del mismo sexo. La decisión de la Corte tuvo en cuenta casos de Michigan, Kentucky, Ohio y Tennessee. En los cuatro estados, los estatutos relativos al matrimonio coinciden en que este solo puede realizarse entre un hombre y una mujer. Sin embargo, catorce parejas del mismo sexo y dos personas cuya pareja había fallecido, pidieron

---

<sup>304</sup> Acción constitucional que protege o repara derechos fundamentales lesionados, tal como la tutela colombiana o el amparo español.

<sup>305</sup> Similar al caso norteamericano, ha habido un efecto contragolpe en Latinoamérica en materia de derechos LGTBI. Al respecto, VER: López, Jairo Antonio, Movilización y Contramovilización Frente a los Derechos LGTBI. Respuestas Conservadoras al Reconocimiento de los Derechos Humanos, en: Estudios Sociológicos. XXXVI Vol. 108, 161-187 (2018).

<sup>306</sup> Supreme Court of The United States. Obergefell et. al. V. Hodges, Director, Ohio Department of Health. Case No. 14-556. Argued April 28, 2015—Decided June 26, 2015. Certiorari to the united states court of appeals for the sixth circuit. Justice KENNEDY, J., delivered the opinion of the Court. (Disponible en: [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556\\_3204.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf) recuperado el 01/10/2018).

que se reconociera su unión como matrimonio ante las autoridades competentes, teniendo en cuenta que los matrimonios habían sido celebrados con el lleno de requisitos legales en otros estados que permiten los matrimonios homosexuales, y no reconocer estas uniones resultaba inconstitucional a la luz de la enmienda N°14 de la Constitución Federal<sup>307</sup>. Esta petición fue denegada por las autoridades administrativas responsables del registro de los matrimonios. Los casos fueron presentados ante las Cortes de Distrito Federal de cada estado y todas fallaron a favor de los peticionarios. Estas decisiones fueron apeladas por los demandados y en la sentencia de la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito de EE. UU., se consolidaron todos los casos en uno (DeBoer v. Snyder de 2014) y se reversaron las decisiones de las Cortes de Distrito Federal. En esta providencia, la Corte de Apelaciones basó su decisión en que no había ninguna obligación constitucional para reconocer matrimonios de personas del mismo sexo o de reconocer ese mismo tipo de unión realizada fuera del estado. Los demandantes procedieron a pedir la revisión de sus casos ante la Corte Suprema de Justicia de EE. UU., que planteó el caso en estos dos ejes: ¿están los estados de Michigan y Kentucky obligados a practicar matrimonios entre parejas del mismo sexo? y ¿están los estados de Ohio, Tennessee y Kentucky obligados a través de la enmienda N° 14 a reconocer matrimonios homosexuales realizados legalmente en estados que permiten este tipo de uniones?

Para responder las preguntas precedentes, la Corte inicia con una caracterización del matrimonio y de su importancia en las relaciones humanas. Menciona que se trata de una institución transcultural, que procura unir personas y de esta misma manera unir familias y sociedades. Se valen para afianzar esta idea con citas de Confucio y Cicerón, que estimaron que el vínculo fundamental que hacía posible la conformación de un cuerpo político es el matrimonio. En esta representación del vínculo matrimonial estaba supuesto que los conformantes del mismo fueran personas de sexos opuestos. Los estados demandados estarían de acuerdo en que “sería un demérito para una institución atemporal como el matrimonio si este estatus legal se extendiera a dos personas del mismo sexo. El matrimonio, a su forma de ver, es por su naturaleza la unión de un hombre y una mujer. Esta visión se ha

---

<sup>307</sup> La enmienda 14 de la Constitución de EE. UU. establece la protección igualitaria de la ley para todos los ciudadanos. Al respecto. Ver: 14th Amendment. (Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv> recuperado el 22/06/2019).

mantenido -y se sigue manteniendo- en buena fe por gente razonable y sincera alrededor del mundo”<sup>308</sup>. La Corte encuentra que los demandantes no quieren destruir esta institución, sino que, precisamente reconociendo su importancia, desean que su unión sea gobernada bajo las mismas reglas y estatus que los matrimonios heterosexuales.

Al igual que la Suprema Corte de México, la Corte norteamericana recurre al argumento histórico para mostrar que, si bien el matrimonio ha tenido un lugar en la sociedad occidental tradicionalmente, el mismo ha mutado en muchas maneras. De un vínculo puramente político y financiero, la voluntad sincera de las partes ha tomado un lugar central. También el cambio histórico respecto de los derechos de las mujeres hizo que se modificara el esquema donde el matrimonio se entendía desde el punto de vista masculino. A la par de los cambios en la unión entre hombres y mujeres, también los derechos de las minorías sexuales empezaron a tener una mayor vocería en el debate público. Si bien el cambio no fue inmediato, la Corte Suprema en 2003 declaró que cualquier norma que criminalizara actos sexuales entre personas del mismo sexo era inconstitucional. En esa primera década del siglo XXI muchos estados entraron en discusión sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo implicando en ese debate a sus instituciones políticas y jurídicas<sup>309</sup>. Pasa entonces la Corte a mostrar que es lo que entraña la enmienda N° 14 de la Constitución, que demanda a los estados no privar a nadie de su vida, su libertad o sus bienes sin un debido proceso legal. La Corte muestra que ha entendido esta cláusula de forma amplia: “Adicionalmente, estas libertades se extienden a algunas decisiones personales, centrales a la dignidad individual y la autonomía, incluyendo decisiones que definen la identidad personal y las creencias personales”<sup>310</sup>. En ese sentido, la enmienda N° 14 es un mandato a los jueces para que determinen en qué casos las decisiones de los ciudadanos entrañan consecuencias tan personales, que no es posible que el Estado no puede intervenir sobre las mismas.

Bajo la aplicación de esta enmienda, la Corte Suprema declaró inconstitucionales leyes estatales que prohibían los matrimonios interraciales, la prohibición de casarse para padres que estuvieran atrasados en sus cuotas alimentarias y las normas que no permitían el

---

<sup>308</sup> (traducción propia) Ibidem. Pág. 4.

<sup>309</sup> “tras años de litigio, legislación, referendos y discusiones que refieren a estos actos públicos, los estados están divididos en el aspecto del matrimonio entre parejas del mismo sexo” (traducción propia). Ibidem. Pág. 10.

<sup>310</sup> (traducción propia). Ibidem.

matrimonio a los reclusos. Todas las anteriores decisiones se basaron en el supuesto según el cual el matrimonio es un derecho fundamental que se justifica en que este es una decisión personal que se encuentra unida al concepto autonomía individual, razón por la cual no pueden los estados limitar su ejercicio o darles condiciones a los ciudadanos para su realización. Esto, aunado con los precedentes que descriminalizaron los actos sexuales entre personas del mismo sexo, cuyo argumento central es que los homosexuales tienen el mismo derecho que las parejas heterosexuales a tener un espacio íntimo en el que no pueden intervenir los poderes del Estado ni de los otros ciudadanos, ilumina una interpretación constitucional consistente sobre la decisión del caso. También, según los argumentos expuestos en la sentencia, con el fin de proteger a los hijos de las parejas homosexuales es necesario proveerlos de la estructura matrimonial por razones económicas y sociales<sup>311</sup>. La Corte aclara que lo anterior no significa que los matrimonios sin hijos merezcan menos protección, ya que la procreación sea un requisito para validez del matrimonio.

La Corte entonces torna su atención hacia un punto de gran importancia: ¿deberían las parejas del mismo sexo esperar a que sus estados de origen tengan una discusión política respecto del derecho a casarse de las parejas homosexuales? Este tipo de argumento es normalmente expuesto por personas y teóricos que se inclinan a creer que puntos sobre la vida en común de la sociedad no deberían ser parte de un debate judicial sobre interpretación constitucional, sino surtirse a través de la discusión y la decisión pública<sup>312</sup>. La Corte encuentra que este debate se ha llevado a cabo en distintos escenarios: académico, público, legislativo, literario, litigioso entre otros, y tras al menos dos décadas de la discusión puntual sobre matrimonio homosexual, el consenso no se ha alcanzado a través de la decisión mayoritaria. En este punto, la Corte interpreta que: “por supuesto, la Constitución contempla que la democracia es el proceso adecuado para el cambio, mientras este proceso no constriña derechos fundamentales”<sup>313</sup>. La Corte sostiene que la aplicación y ejercicio de derechos fundamentales es de aplicación directa, y no requiere ratificación legislativa y en ello está la labor de los jueces, que pueden actuar incluso si el público no está de acuerdo con la decisión o si el

---

<sup>311</sup> “Excluír las parejas del mismo sexo del matrimonio es conflictivo con la premisa central del derecho a casarse. Sin el reconocimiento, estabilidad y predictibilidad que el matrimonio ofrece, sus hijos podrían sufrir del estigma de saber que sus familias son de algún modo, menos”. (traducción propia). Ibidem. Pág. 15.

<sup>312</sup> El capítulo segundo de este texto identifica las líneas generales de esta postura y sus críticas.

<sup>313</sup> (traducción propia) Ibidem. Págs. 23 y 24.

legislativo ha obviado pronunciarse en la materia. El ponente recuerda en particular el caso de la descriminalización de los actos sexuales entre personas del mismo sexo, donde la Corte tuvo que corregir su propia jurisprudencia, habiendo declarado casi veinte años antes que estas leyes penales eran acordes a la Constitución. En el interregno entre una sentencia y otra (1986-2003), la sociedad pudo haber tomado decisiones a través de su legislativo retirando estas normas del ordenamiento jurídico, pero tras una década, las mayorías decidieron mantener (en 13 estados de la unión) este castigo injusto a las preferencias sexuales privadas de los individuos.

La sentencia concluye que fallar en contra del matrimonio de personas homosexuales sería perpetuar el mismo tipo de injusticia que la sentencia de 1986 ocasionó. Tal es lo que sucede en el caso de los peticionarios cuyas parejas murieron y que mediante la demanda están tratando de obtener el reconocimiento de su unión. Negar este amparo sería lo mismo que negar reconocimiento legal a relaciones que se mantuvieron durante años de forma estable y también a cerrar las puertas a que los hijos de estas uniones puedan ser adecuadamente tutelados por sus custodios. Por último, menciona que aun si para el Estado el matrimonio homosexual es un derecho constitucional, las religiones no tienen por qué seguir este parecer, cambiar sus prácticas o convicciones, o en modo alguno verse disminuidas en sus derechos también constitucionalmente garantizados a través de la primera enmienda de la Constitución<sup>314</sup>. Lo mismo se extiende para aquellos que se opongan a ese tipo de uniones por razones distintas a la religiosa. Y hace el siguiente llamado: “Para aquellos que creen que permitir el matrimonio de personas del mismo sexo es adecuado y esencial, siendo por razones religiosas o seculares, pueden discutir con aquellos que no estén de acuerdo con su posición para abrir y buscar un debate”<sup>315</sup>.

---

<sup>314</sup> La primera enmienda de la Constitución de EE. UU. protege los derechos al credo religioso, la expresión, la asamblea y la petición. También prohíbe al congreso poner una religión sobre las otras y limitar la expresión religiosa individual. Ver: First Amendment. (Disponible en: [https://www.law.cornell.edu/constitution/first\\_amendment](https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment) recuperado: 22/06/2019)

<sup>315</sup> (traducción propia) Ibidem. Pág. 27.

#### 4.3.4 Argentina

En el año 2010, el congreso argentino aprobó la ley 26.618 cuyo propósito fundamental fue instituir la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo. Antes de dicha ley, en el año 2009, se presentaron ante el juzgado de Gabriela Seijas en la ciudad de Buenos Aires el caso de Alejandro Freyre y José María Di Bello<sup>316</sup> quienes interpusieron una acción de amparo dado que se presentaron ante el Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas con el fin de solicitar la realización de su matrimonio, el cual no tuvo lugar porque las autoridades competentes estimaron que, siendo personas del mismo sexo, el mismo resultaría inválido. El Gobierno de Buenos Aires respondió que la acción de amparo no debía proceder, entre otras razones de carácter sustantivo-normativo de la acción, porque la potestad para realizar los cambios necesarios en el ordenamiento tendientes a normalizar las uniones homosexuales estaba en cabeza del Congreso Nacional, por lo que una intervención judicial implicaría una fisura en el principio de separación de poderes. El gobierno además agregó que no existía discriminación contra las parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta que: “el principio de igualdad no requiere tratar a todos los individuos de igual manera, sino sólo a los iguales. Agregó que la igualdad garantizada por la Constitución es la igualdad ante la ley, por lo que la diversidad de circunstancias justifica los diversos tratamientos legales”<sup>317</sup>. Tras plantear en términos generales los argumentos de la parte demandante y demandada, la jueza se pronuncia sobre la competencia del juzgado para analizar la constitucionalidad de las normas del código civil argentino acusadas, concluyendo que teniendo en cuenta que la acción de amparo se dirige contra una decisión del Registro Civil, y que dicha autoridad hace parte del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, la Constitución de la ciudad permite al juzgado conocer del asunto.

Sobre la afirmación de la entidad demandada respecto de los deberes de una y otra rama del poder público, la sentencia argumenta que de ese razonamiento se seguiría que ninguna ley pudiera ser materia de examen judicial, lo que redundaría en que no habría control entre las

---

<sup>316</sup> Juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N°15 de la Ciudad de Buenos Aires. Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo (art. 14 ccaba), Expediente 34292 / 0. 10 de noviembre de 2009. Proferido por la jueza Gabriela Seijas. (Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-2897-Autorizan-a-pareja-del-mismo-sexo-a-contraer-matrimonio.html> recuperado el 08/10/2018)

<sup>317</sup> Ibidem. Pág. 2.

ramas del poder público y los ciudadanos pertenecientes a minorías políticas quedarían a merced de las formas de control mayoritario. Al respecto se menciona el derecho al voto de las mujeres en Argentina, que ilustra la capacidad de las mayorías de asumir como universales ciertos valores y negar derechos a una porción de la población. Precisamente por la naturaleza de la acción de amparo, los intereses de las minorías y la defensa de sus derechos dependen de que los jueces actúen haciendo valer los derechos constitucionales, y esta postura según la sentencia, es la que ha sostenido la Corte Suprema argentina. Bajo estos supuestos, la jueza procede a estructurar cuáles son las inequidades que provienen de no darle trámite legal al matrimonio de las personas del mismo sexo<sup>318</sup> y concluye en este aparte que finalmente, de lo que se trata es de establecer si la distinción en el trato de parejas homosexuales lesiona sus derechos fundamentales por tratarse de una discriminación sin sustento debido.

Así, la jueza pasa a traer a colación el argumento del demandado sobre la “igualdad entre los iguales” y hace una comparación histórica con el caso Lanteri de Renshaw de 1929. En este particular el fallo argumentó que había diferencias naturales entre hombres y mujeres que no permitían que las segundas fueran aptas para decidir a través del sufragio. Sin embargo, aun después de que el voto fuera posibilitado para las mujeres y muchos otros cambios legales tuvieron lugar y se otorgaran derechos a personas tradicionalmente separadas por un trato discriminatorio (V. Gr. Hijos nacidos fuera del matrimonio), el artículo de la Constitución argentina que establece la igualdad de los ciudadanos ante la ley se ha mantenido inalterado. Lo anterior se argumenta con el fin de establecer que la igualdad no es un contenido fijo, sino que depende de la interpretación que en cada momento histórico los jueces y la sociedad puedan proveer. Teniendo esto en cuenta, el derecho a la igualdad, entendido dentro de un contexto de un orden político con valores pluralistas, debe iniciar por reconocer que la individualidad de cada ser humano debe ser protegida de los abusos de fuerzas externas que pretendan coartarla: “puede afirmarse que el derecho a la igualdad supone previamente el derecho a ser quien se es, y la garantía de que el Estado sólo intervendrá para proteger esa existencia y para contradecir cualquier fuerza que intente cercenarla o regularla severamente.

---

<sup>318</sup> “derechos de herencia y pensiones, privilegios testimoniales, beneficios en políticas migratorias, capacidad de decidir por otro en situaciones de imposibilidad, entre muchas otras. Tales ventajas no resultan intrascendentes para quienes asumen como pareja un compromiso sexual, emocional y financiero con miras de estabilidad”. Ibidem. Pág. 4.

No se es igual en la medida de la ley sino ante ella, la ley no debe discriminar entre las diferencias de un habitante y otro, sino que debe tratar a cada uno con igual respeto en función de sus singularidades, sin necesidad de entenderlas o regularlas”<sup>319</sup>. La jueza apoya estos asertos en que el preámbulo de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires invoca la pluralidad y no la homogeneidad como fuente de la democracia y del orden republicano.

La sentencia reconoce que el legislador tiene facultades suficientes para disponer casos de tratamientos diferenciados, pero los mismos no pueden traducirse en la normalización a través de la ley de un prejuicio o un estereotipo. Sobre todo, en lo respectivo a derechos de minorías sexuales, cuyas distinciones son particularmente sensibles y son lo que la jueza denomina “una categoría sospechosa”. Teniendo esto en cuenta, la sentencia argumenta que los demandados no lograron probar a través de su contestación con suficiente claridad por qué esta discriminación debe considerarse constitucionalmente válida. Se ilustra, para cerrar este punto, como muchas leyes discriminatorias en la Alemania Nazi con respecto a la prohibición de matrimonios entre judíos y alemanes, o en los EE. UU., donde a final del siglo XIX se mantuvo la prohibición de matrimonios interraciales. Estos estatutos se mantuvieron legales a pesar de contener estándares basados en estereotipos injustos y estas leyes son hoy día vistas como ejemplos de discriminaciones injustas y prácticas imposibles de perpetuar en un Estado respetuoso de los derechos individuales.

La jueza se dedica entonces a reconstruir históricamente las distintas mutaciones que la institución matrimonial sufrió en el código civil argentino y las formas en las cuales sus características han cambiado con el tiempo para mostrar que contrario a lo que los demandados sostienen, no existe una continuidad necesaria de la forma en que se ha establecido el matrimonio civil. La jueza también advierte que de resultar favorable la sentencia a los accionantes, la definición de matrimonio debe cambiar para aceptar la unión de parejas del mismo sexo. Reconoce que esta modificación puede causar molestias a sectores particulares de la sociedad: “Es posible que una decisión en ese sentido sea considerada por algunos como una afrenta a las creencias religiosas sumamente arraigadas

---

<sup>319</sup> Ibidem. Pág. 5. Este aparte de la sentencia es una paráfrasis de un artículo que la jueza toma para ilustrar su postura. El texto utilizado es: Eduardo Á. Russo, *Derechos Humanos y Garantías*, Eudeba, Buenos Aires, 2001; y, “Identidad y diferencia [reflexiones en torno a la libertad y la igualdad]”, en la *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, volumen XXXVIII, sep. - dic. 2003, 1, págs. 127 a 135.

por un sector de la comunidad. Pero en el estado actual de secularización de las instituciones civiles no hay duda de que los sentimientos religiosos de algunos no pueden ser una guía para delimitar los derechos constitucionales de otros. Los poderes del Estado no pueden ser llamados a interpretar textos religiosos o a tomar partido en la valoración que ellos hagan de la homosexualidad, cuestión que ha causado cismas y discusiones profundas incluso al interior de las diferentes religiones”<sup>320</sup>. La sentencia recuerda que, al momento de introducir el divorcio en el ordenamiento jurídico, los sectores conservadores y particularmente los católicos de Argentina vieron en esa posibilidad el final de la dignidad del matrimonio y la ruina de la institución. Sin embargo, el matrimonio sobrevive hasta nuestros días sin haber perdido su importancia y su preponderancia en la sociedad. estos argumentos redundan en que no hay una buena razón práctica ni jurídica que sustente la imposibilidad legal de realizar matrimonios entre personas del mismo sexo, lo que lleva a concluir que su único sustento es un prejuicio que no puede ser defendido a la luz del orden constitucional<sup>321</sup>.

La sentencia concluye con tres reflexiones, la primera: las opciones sexuales de adultos que se relacionan con otros adultos en condiciones de igualdad y autonomía, señalando que estas preferencias no pueden ser objeto de apelativos que tiendan a mostrar como una patología o como un desperfecto su orientación, ya que estas caracterizaciones crean el espacio donde es posible la discriminación y el maltrato hacia ciudadanos que detentan los mismos derechos que cualquiera otro. Por otro lado, la jueza advierte que aun si la Registraduría se hubiera avenido a casar a los demandantes no habría podido hacerlo, teniendo en cuenta que los artículos del Código Civil obligan a las autoridades a cumplirlos, por lo que su actuación no fue incorrecta. Sin embargo, en el escenario del recurso de amparo, el juzgado puede modificar esas determinaciones y ordenar realizar el matrimonio con arreglo a las consideraciones de la sentencia. En último lugar, responde a uno de los argumentos de la parte demandada que sostuvo que la pareja pudo haber constituido una unión civil. La jueza sostiene que admitir esto sería lo mismo a condonar una doctrina de apartheid, incompatible con un entendimiento democrático de la igualdad. Por todas las razones anteriores, el juzgado

---

<sup>320</sup> Ibidem. Pág. 10.

<sup>321</sup> “Partiendo del régimen constitucional de la Ciudad de Buenos Aires, es claro que no hay orientaciones sexuales o géneros buenos y malos: la opción sexual y el género son cuestiones extramORALES. No hay un marco normativo que permita establecer géneros normales y patológicos” Ibidem. Pág. 13.

declara la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil y ordena la realización del matrimonio.

\* \* \*

El apartado anterior se concentró en mostrar cuales son los tipos de argumentos en que fundamentaron las decisiones los jueces constitucionales en los casos en que encontraron una incompatibilidad entre los derechos constitucionales individuales y la discriminación legal sobre el matrimonio en parejas del mismo sexo. Los casos comparten algunos elementos (por ejemplo, apelar a la desigualdad en la que están las parejas del mismo sexo, el derecho individual a autodeterminarse, la prevalencia de los derechos constitucionales sobre el parecer general, entre otros) e incluso una temporalidad que es indicativa de un entendimiento de los derechos fundamentales dentro de democracias liberales con características más o menos similares. En todos los casos, había una norma que excluía a las parejas del mismo sexo y los jueces encontraron que la misma no se compadecía con los derechos individuales. En el caso colombiano se pone de relieve la idea de la dignidad humana, la igualdad y la autonomía individual, que son los derechos en los cuales está argumentado el fallo. También es importante el hecho del silencio del legislador (con la notable excepción del caso mexicano) para regular la materia en plazo prudencial, lo que muestra que por política representativa y legislativa el tránsito a una regulación no estaba a la vista. Cuando la Corte reflexiona sobre por qué debe ser matrimonio y no otra figura, está abriendo el espacio de la libertad como reconocimiento.

Una lectura integral de lo que estos jueces constitucionales están haciendo es hacer respetar derechos individuales entendiendo que a pesar de que la idea de buena vida mayoritaria podría oponerse a ello, la población LGTBI tiene el derecho a realizar uniones matrimoniales. Esta concepción y aplicación de derechos implica que esa población hace parte de la comunidad y que los espacios que les estaban antiguamente vedados deben ser abiertos para reconocer su identidad y su forma de ver la buena vida como una de muchas que merecen respeto por parte del sistema legal. El reconocimiento de estos derechos individuales no solo es un fenómeno legal y tiene consecuencias en la forma en que proyectos de vida minoritarios son vistos por parte de las mayorías. Por esa razón es que la libertad como reconocimiento

puede materializarse en estos casos: inicia un diálogo en el cual se invita a las mayorías a pensar formas de vida que pueden considerar no virtuosas como válidas para los individuos que las quieren seguir, entendiendo al menos que tienen derecho a seguir ese camino.

Esto no implica que sea posible o razonable llegar a la conclusión según la cual, toda democracia liberal con constituciones que reconocen derechos individuales y una alta corte que haga primar estos derechos por sobre normas de inferior jerarquía, debe necesariamente reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo. Si bien podría haber razones morales, jurídicas o políticas para que este fuera el caso, la práctica controvierte esta manera de ver las coincidencias<sup>322</sup>. Si bien el caso mexicano inicia por una reforma legislativa, el argumento recorre los mismos lugares que se han señalado desde el inicio de este trabajo: autonomía individual, protección igualdad de trato ante la ley y derechos individuales por encima del parecer mayoritario. Particularmente el caso mexicano aborda el concepto de familia, lo que es gran parte de la discusión sobre matrimonio entre parejas del mismo sexo. Al avalar distintas formas de familia ante la ley, la Suprema Corte abre la posibilidad de formas de ver la buena vida distintas a las hegemónicas. En la sentencia de EE. UU. hay expresamente una reflexión sobre el rol del juez constitucional en las democracias. El juez debe proteger los derechos individuales aun si la mayoría lo considera inadecuado o inconveniente. Si bien se acude a los argumentos constitucionales que se han visto los casos anteriores, en este caso se resalta que los derechos individuales les permiten a las minorías vivir vidas que pueden no ser del agrado de las mayorías, y que ese es el punto fundamental de tener un acuerdo fundamental. Por último, el caso argentino menciona que una configuración legislativa que distinga entre ciudadanos y entregue a unos la potestad de casarse y a otros no, rompe con la lógica de derechos universales.

#### 4.5 Conclusiones

En este capítulo se mostró cómo en la práctica de la adjudicación constitucional de cuatro países americanos, las razones a las que acuden los jueces aluden a la autonomía individual, al desarrollo de la personalidad. En los casos analizados, los jueces también coinciden en señalar que una interpretación razonable del principio de igualdad material permite concluir

---

<sup>322</sup> El caso chileno, por ejemplo.

que no hay ninguna razón por la que las normas sobre matrimonio heterosexual no puedan ser aplicadas integralmente respecto del matrimonio homosexual<sup>323</sup>. Es importante resaltar la relación entre el principio de igualdad y el de autonomía individual que todas las sentencias señalan, que indica que la autonomía y la igualdad mantienen una relación en la medida en que todos los individuos de la comunidad deben compartir el mismo nivel de libertad. Por otro lado, los argumentos que se oponen a que la institución pueda ser utilizada para uniones no heterosexuales también comparten un núcleo de argumentos definidos que empiezan en la voluntad del legislador y se dirigen a que dentro de los fines del matrimonio está la reproducción y la formación de la familia, que es imposible en el caso de las parejas del mismo sexo. Los contradictores sostienen que debido a que la situación de hecho no es la misma, tampoco lo es la norma aplicable. Esta línea de pensamiento resalta la labor del legislador como el llamado a tomar decisiones que encausan la voluntad popular, y la falta de competencia de los jueces para hacer modificaciones que van en contra del parecer mayoritario. Los jueces en estos casos solventan esa crítica señalando que la Constitución es normativamente superior -desde el aspecto jurídico- y que, por lo tanto, la aplicación de derechos individuales fundamentales no es un asunto potestativo del legislador, sino un deber que los jueces están en competencia de hacer cumplir. Todo lo anterior se expresa en un lenguaje jurídico, pero lo que está en pugna políticamente es la posibilidad de hacer valer modelos identitarios y formas de vida que la comunidad política no encuentra aceptables. Así mismo sucede con el argumento sobre la reproducción y la familia como fundamento del matrimonio, que se contrarresta mostrando que los modelos familiares actuales no necesariamente se mantienen iguales, y que más que eso, es posible hacer una comunidad de vida sin pensar en la reproducción o en la adopción, lo que no invalida lo que el matrimonio implica.

En estos ejemplos, algunas de las sentencias hacen explícita referencia a cómo en otros casos la ley ha sido instrumento para mantener inequidades de muchas naturalezas en contra de otras minorías y la labor de los jueces en esta estructura como perpetuadores de un orden que lesiona los derechos individuales. Conscientes de esa tendencia histórica, los jueces formulan

---

<sup>323</sup> Sobre el caso colombiano y la importancia de la Corte Constitucional ver: Peña Huertas, R. P. y Parada Hernández, M. M., La importancia de llamarse juez constitucional: reconociendo los derechos de las familias LGTBI vía judicial, en: 20 Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 315-333 (2016). doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/aijc.20.11>.

un argumento a favor de interpretar la ley y la Constitución de forma armónica para en lo posible evitar mayores arbitrariedades que en el futuro se puedan advertir como evitables.

Todo esto es posible porque el discurso de DDHH en la década del noventa empezó a ser utilizado como medio para las reivindicaciones de los derechos de minorías sexuales, que encontraron en la igualdad ante la ley una vía para hacer reclamos en tribunales y entidades internacionales. En la medida en que este discurso de DDHH ya hacía parte del lenguaje común de los estados democrático-liberales, hacer la relación y visibilizar el reclamo resultó una alternativa efectiva para los abogados y los activistas que lideraron estos procesos de reconocimiento de derechos. Por supuesto, países con sociedades más conservadoras siguen manteniendo a raya esta visión de los DDHH sosteniendo que la soberanía de los estados no puede verse comprometida y que si bien las obligaciones internacionales asumidas respetan una interpretación restringida pero consecuente, no puede obligárseles a ampliar el espectro de lo acordado. Otro tipo de instrumentos no obligatorios como principios han ampliado la discusión y aumentado la presión política, sin que esto necesariamente haya concluido con procesos de reconocimiento de derechos o una mayor integración en los países con sociedades más resistentes a este tipo de agendas. La tendencia, sin embargo, se mantiene y empieza a girar en torno de la discusión de la orientación sexual y otras formas de visibilización de minorías sexuales.

Si bien los derechos LGTBI empiezan a tomar un papel preponderante en la discusión, no todos los avances son homogéneos. En algunos países, como los casos ilustrados en este capítulo, los jueces o bien no están a favor de aplicar directamente derechos individuales en lo relativo al derecho al matrimonio, o sus avances, aunque importantes, están lejos de ser ideales. El valor de ver estos casos es mostrar que no se trata de una fórmula determinada que dé como resultado ordenamientos jurídicos más flexibles a la interpretación de derechos a favor de individuos LGTBI, sino que depende también de qué tipo de sociedades y procesos políticos influyan en la decisión lo que favorece o no la ampliación de espacios de reconocimiento legal. Lo mismo puede decirse en los casos donde ha sido el legislativo quien ha tomado la iniciativa y ha abierto la posibilidad del matrimonio entre parejas del mismo sexo (casos como el sueco, el alemán o el francés). Estas sociedades tienen mayorías políticas que no ven una razón por la cual el matrimonio no pueda ser el medio para unir personas sin

importar su orientación sexual. Vale la pena recordar que, de hecho, la intervención judicial es excepcional y tiene origen como última línea de defensa ante la inaplicación de derechos individuales, por lo que sería de esperarse que fuera el legislativo quien hiciera las modificaciones legales pertinentes que respondan a las necesidades de los ciudadanos aun si son una minoría.

El punto de este capítulo es ilustrar a través de la argumentación de los jueces constitucionales como la aplicación de los derechos individuales puede ser una forma de generar reconocimiento a las minorías. No sólo un reconocimiento a su existencia y libertades, sino a un lugar de expresión de valores que no son aceptados fácilmente por la comunidad. Por eso es que en este caso se trata de libertad como reconocimiento, porque logra no solo volver viable una forma de ver la buena vida, sino de enviar un mensaje a las mayorías sobre el respeto a la construcción de una identidad determinada y lo valioso que resulta entender que dentro de un Estado que adopta principios liberales, formas minoritarias de ver la buena vida no pueden tener una minusvalía en términos de igualdad que las mayoritarias.

## 5. CONCLUSIONES GENERALES

Para terminar este recorrido, quisiera hacer tres reflexiones sobre la importancia teórica de los debates abordados en este momento de las democracias liberales. En líneas generales estas conclusiones se encaminan a argumentar que la encrucijada entre la voluntad popular y la protección a las minorías sigue siendo un problema relevante de las comunidades políticas. Si bien el debate teórico es de final del siglo XX las consecuencias de este todavía están teniendo lugar y discursos políticos exitosos parecen reeditar las teorías comunitaristas sobre la necesidad de establecer una estructura que asegure que los ciudadanos vivan de acuerdo con los valores de la buena vida construidos por la comunidad. El vigor electoral de este discurso que empodera a las mayorías a poner de manifiesto sus valores como clave de interpretación del ordenamiento jurídico implica que, si bien el derecho puede ser estudiado como disciplina en su propia clave hermenéutica, la perspectiva positivista se limita a ese ejercicio autocontenido y aislado, mientras las batallas políticas se libran a través del derecho y su aplicación. Por supuesto hay muchos juristas que siguen negando el traslape entre derecho y política<sup>324</sup>, y que incluso dirían que un debate jurídico está corrupto cuando está “politizado”, a lo que habría que responder que difícilmente la ley puede excluir la política de sí misma y viceversa. Aun disposiciones jurídicas no problemáticas o poco controvertidas tienen un propósito regulativo que proviene de una manifestación política del deseo de los representantes legislativos materializada en la ley. Podría decirse que el propósito de la ley es atender problemas urgentes de la sociedad, en la medida en que el legislativo se ocupa (al menos en principio) de poner en marcha soluciones y estrategias que combaten inequidades y desperfectos dentro de una comunidad.

Este debate sobre los límites entre la moral, el derecho y la política se concreta en la discusión entre cómo entender los derechos fundamentales y los retos que el ejercicio de estos plantea

---

<sup>324</sup> Sobre este particular, anota Carlos Nino: “la relación entre derecho y política parece obvia para un observador sin prejuicios teóricos, ya que todo el mundo entiende que el derecho de una sociedad varía de acuerdo con las relaciones de poder político que se dan en esa sociedad. Sin embargo, a lo largo de la historia del derecho en los países occidentales, ha habido intentos deliberados y sistemáticos de separar el derecho de la política”. Nino, Carlos, *Derecho, moral y política* (Grupo editorial siglo veintiuno, Buenos Aires, 2014) Pág. 15.

a las mayorías políticas. El ejercicio de los jueces como contrapeso al legislativo y a la ley como expresión de las mayorías parece una forma de adelantar agendas de protección de derechos individuales, ¿pero a qué costo y con qué consecuencias?, ¿Cuál es la respuesta de una sociedad que siente que ha perdido el control de sus instituciones políticas?, ¿Cómo responden los actores institucionales a este tipo de cuestionamientos? Estas preguntas quedan planteadas para investigaciones y análisis de otros órdenes. El valor de este tipo de trabajos es mostrar la continuidad del debate y los conceptos en juego, lo que pone de presente que esta coyuntura es representativa de problemas estructurales que han sido discutidos filosóficamente durante más de treinta años. Si bien hoy día la reflexión analítica cede el paso a las metodologías más cuantitativas y empíricas en la investigación académica, la tarea de los teóricos podría ser mostrar que este tipo de debates abstractos están conectados con nuestros problemas políticos y jurídicos actuales, lo que pone de presente que en ciertos campos del conocimiento el razonamiento deductivo sigue teniendo un lugar.

### 5.1 Soberanía y libertad

Uno de los puntos de la discusión más importantes en el debate relatado es sobre el límite del poder constituyente primario. Muchos de los argumentos comunitaristas pasan por este vértice señalando que no es posible cerrar la puerta a la discusión sobre la buena vida y la forma en la que las mayorías ven la virtud. Más que una consideración teórica este parece un argumento fáctico, pues ¿cómo puede decirse a la fuente de la autoridad política que hay una autoridad superior a la que debe atenerse? Según los postulados liberales clásicos este límite es la razón, o mejor, la materialización de la razón a través de ciertas normas de derecho fundamentales e inapelables. En esa idea han insistido también los teóricos de derecho internacional público con el *Ius Cogens*, señalando que hay ciertas normas imperativas de derecho internacional que no admiten inaplicación. Visto así, parecería que la libertad de los pueblos de autoconfigurar sus leyes está comprometida y que en ese sentido no puede hablarse realmente de la soberanía popular de elegir representantes y hacer normas que estimen apropiadas. En el primer capítulo de este texto se insistió en que la libertad no es una condición absoluta y que se da dentro de unos supuestos determinados que pasan por

el acuerdo del cuerpo político respecto de unas normas mínimas de convivencia que aplaquen la posibilidad de la guerra y la violencia. Defender este argumento no ha sido del todo fácil, porque cualquier línea que apunte a la restricción en ciertas materias es visto como elitismo o al menos caracterizado de ese modo políticamente. Ciertamente es también que las fuerzas que apelan a la reforma y a la infinita soberanía popular no han provenído de la izquierda o la derecha exclusivamente, aunque hay una tendencia (al menos en Colombia en lo que va corrido del siglo XXI) al populismo de derecha. Por lo anterior, quienes sugieren que ciertas materias deben estar fuera del control mayoritario son objeto de críticas desde muchos sectores de la sociedad.

Todo lo anterior tiene bajo presión al liberalismo político, que no ha podido encontrar la forma de explicar a las mayorías que está en su propio interés mantener ciertos límites a lo que las mayorías pueden hacer. En esta tarea los jueces han elaborado un discurso jurídico que ha sido por momentos aplaudido y en otros casos reprobado, dependiendo de la simpatía de la ciudadanía hacia sus decisiones y en cierto tipo de racionalidad política que pueda explicarlas más allá de si son fallos en derecho. El escenario no es ideal porque depende de que los jueces constitucionales no superen ciertos límites y terminen convirtiéndose en blanco de ataques de ciertos populismos. Lo anterior parece indicar que es necesario reevaluar la forma en que el discurso liberal ha sido argumentado y cuáles son sus puntos fuertes. Si bien las minorías pueden sentirse atraídas hacia la agenda de la inclusión y la apertura de nuevos espacios, lo más posible es que las mayorías sigan viendo este tipo de iniciativas como atentados a la forma de vida de la comunidad, por lo que mostrarles a las mayorías cuáles son las ventajas para ellos de apoyar estas agendas no es fácil.

Lo anterior no exime al liberalismo de buscar una versión atractiva de sus postulados, ya que, en ausencia de estos, es fácil para las teorías críticas atacar una filosofía que a los ojos de los espectros más radicales de los movimientos políticos a hacer señalamientos negativos sobre la separación entre lo justo y lo bueno. En ese sentido, creo que el liberalismo debe reevaluar sus conexiones con lo público y empezar a prestar una atención especial al hecho de que sin una cultura política que permita al individuo florecer, la autodeterminación puede estar

garantizada, pero se va a encontrar en constante ataque si es que el ejercicio de ese derecho se dirige en direcciones que el grueso de las personas no aprueba. Precisamente por eso la libertad como reconocimiento puede jugar un rol como argumento político: la libertad individual de configurar su idea de buena vida no tiene que ser una amenaza para las mayorías, sino la garantía de que el sentir mayoritario también puede coexistir y dialogar con las formas de vida que no aprueba, reconociéndolas en términos de ser parte de la comunidad y estar en una posición válida para argumentar por qué su forma de vida no lesiona a otros. Esto implica abandonar el lugar seguro que el liberalismo había encontrado en el derecho y tomar una posición dentro del debate sin apelar a razones de consistencia positiva puras, sino ilustrando por qué esa forma de entender las normas ofrece mejores garantías de integridad del derecho y de trato equitativo frente al ordenamiento jurídico para todas las personas involucradas. Lo anterior puede sonar contradictorio en una teoría que se ha esforzado por hacer separaciones entre el derecho y otros órdenes normativos, pero ya esfuerzos teóricos se han hecho desde el positivismo jurídico incluyente para tender puentes necesarios que trasciendan la discusión filosófica del derecho y aporten elementos al debate público.

## 5.2 Jueces y Democracia

Gran parte de este texto se concentró en mostrar cómo los jueces son en últimas quienes hacen operativa la garantía de la neutralidad, en la medida en que la vocación mayoritaria de las ramas del poder público que son dirigidas o electas por decisión popular, están más orientadas a promover la visión mayoritaria en los asuntos que son de su resorte. Sin embargo, hay posiciones teóricas que cuestionan la labor de interpretación constitucional por parte de los jueces y el excesivo control que estos últimos tienen sobre la forma en la que opera la Constitución con el sistema jurídico. Para esta postura hay una razón poderosa de lógica democrática que implica que debe ser un órgano con legitimidad política quien haga dichas interpretaciones, y teniendo en cuenta que las altas cortes no tienen miembros electos por voto popular, deberían carecer de esta competencia, o al menos no son más idóneos para esa tarea que, por ejemplo, el legislativo. Si bien los jueces no son electos popularmente, decir que eso hace de los jueces constitucionales carentes de legitimidad democrática no se

sigue de la primera afirmación. En este trabajo se delinearon algunas de las razones por las cuales la labor de los jueces resulta tan relevante en el mantenimiento de una democracia saludable y comunidades políticas estables. Si bien es claro que las mayorías se quedan sin voz directa en los estrados judiciales, no es menos cierto que los jueces actúan como operadores políticos y bajo las presiones propias de estar en medio de una conversación sobre derechos individuales, y que no ignoran la importancia de esta labor en las democracias, por lo que no hay una desconexión total entre las mayorías y los jueces. Por supuesto a lo que estas posturas críticas apuntan es a que los jueces no en todos los casos deciden lo que la mayoría creería correcto, y a eso va mi punto teórico.

En un cuerpo político democrático el gobierno de las mayorías es parte de un diálogo amplio sobre cómo interpretar las normas jurídicas y cómo estas interactúan con la comunidad. Es decir, si bien los jueces están inmersos en la discusión política, eso no significa que su único criterio de decisión sea la forma en la que se lleva el debate público, sino que su influencia también es parte de la discusión de los jueces constitucionales. La interpretación jurídica de las fuentes y los pronunciamientos anteriores sobre esa materia o similares también son parte del razonamiento, sin decir que este condicionamiento es absoluto. Por último, los jueces también están comprometidos con distintos credos políticos y personales que en la práctica los hacen crear distintos argumentos. Dentro de todos estos ámbitos los jueces tienen que argumentar en muchos niveles para satisfacer distintos criterios de idoneidad que les permitan mantener su posición en distintas esferas. Al tener distintos tipos de demandas de espacios diferenciados sus argumentos tienen el deber de consistencia y ese estímulo está provocado empíricamente por las razones ya expuestas. Esta descripción contiene dos afirmaciones corrientes tanto por los puristas jurídicos como por los críticos. La primera que los fallos sean “en derecho” exclusivamente. El derecho es el lenguaje en el que se expresa la decisión y es importante que sea rigurosamente ilustrado en él, pero eso no implica que sea la única consideración.

De otro lado, el punto teórico de los críticos judiciales es muy sólido en cuanto a construccionismo político y la legitimidad. Es difícilmente controvertible que es necesario

que las mayorías tomen decisiones tras un debate razonado y que estas decisiones sean la fuente de la legalidad y de políticas generales. Los críticos dirían que no están abogando por la desaparición de la labor judicial/constitucional (al menos los críticos más razonables) sino por una limitación de su poder interpretativo o de sus funciones. Sin embargo, el rol que estos críticos ven en los jueces parece una caracterización desproporcionada de los poderes que un tribunal constitucional puede desplegar en un momento determinado. El poder judicial es excepcional y su diseño parece apuntar a ese propósito, a que sean casos en los cuales la disonancia entre las normas mínimas para la estabilidad de los individuos y el impulso mayoritario amenazan con causar una ruptura en el tejido social. Como lo señalé en el segundo capítulo, en Colombia (y posiblemente en el mundo democrático) los jueces en la mayoría de los casos (no así jueces penales, por ejemplo) no pueden actuar de oficio, sino que por su propia naturaleza son contenciosos y dependen de una controversia que les dé pie para entrar a la interpretación. Limitar una competencia ya por sí misma limitada no suena como mantener un equilibrio o abogar por cuerpos políticos saludables. Otro argumento es que estos mecanismos han desarticulado los movimientos sociales, que en escenarios judiciales más parcos en sus providencias se verían forzados a intervenir en política, generar aliados y actuar dentro del cauce democrático enriqueciendo el debate y la institución en su conjunto. Esto parece en principio lo deseable, pero también tiene un problema y es que mientras toda la lucha política llega a buen puerto y las mayorías políticas son seducidas por crear mayor inclusión, esta es una guerra que no puede pelearse sin bajas. Mientras las mayorías siguen disfrutando sin inconvenientes de su prerrogativa, las minorías deben seguir en una situación inequitativa por el tiempo que sea necesario, hasta que consigan su victoria. Victoria que en sociedades conservadoras puede llegar o no.

Lo contrario también ha probado ser perjudicial: las victorias judiciales en sociedades conservadoras han sido costosas y no han probado ser del todo efectivas en cambiar la forma de pensar por parte de las mayorías sino todo lo contrario, los contra-movimientos a los derechos para las minorías han empezado a reaccionar de maneras cada vez más activas. La estrategia también ha cambiado, los políticos conservadores saben ahora que es necesario poner juristas afines a esta visión restrictiva de la interpretación dentro de los tribunales

constitucionales. Sin embargo, el retroceso de la jurisprudencia actual puede no ser una tarea fácil con comunidades minoritarias organizadas alrededor de derechos que les han dado una visibilidad dentro del debate público. Puede que recurrir a los jueces como interlocutores en un debate de interpretación legal haya causado una disonancia para quienes creen que políticamente lo adecuado es dar esos debates en el legislativo, pero en las sociedades donde fallos han provocado espacios de reconocimiento, lo más posible es que muchas inequidades estructurales se hayan evitado y muchas vidas hayan podido ser vividas de forma más plena. Tal vez ese el logro mayúsculo de estas sentencias, haber conseguido que más personas hayan podido vivir vidas más honestas y activas, de cara a su comunidad donde ya no son ciudadanos de segunda categoría.

### 5.3 *Virtud y Sociedad*

La pregunta fundamental sobre la que se estructuró el texto trata sobre quién es el llamado a establecer la idea de virtud para los individuos en una democracia liberal y hay al menos dos respuestas a esta pregunta. Los constructivistas políticos se inclinan por la comunidad, los racionalistas éticos por el individuo y estas mismas respuestas parecen replicarse en la democracia y el liberalismo. Si bien quedó implícito en los argumentos generales del texto, la batalla teórica entre demócratas y liberales es uno de los escenarios de la pugna entre construccionismo y naturalismo. Teniendo esto en cuenta, lo más posible es que en consideración de las normas constitucionales sobre autonomía y desarrollo de la personalidad, el llamado a construir su propia idea de virtud sea el individuo. De cualquier forma, la práctica muestra un resultado distinto, el individuo está en un medio social que tiene acuerdos sobre lo que es vivir una buena vida, y no estar de acuerdo con la generalidad de este acuerdo puede causarle una relación complicada con su medio que en los casos más extremos puede llegar a afectar su modo de vida y su desarrollo personal. En ese sentido, poco puede hacerse para que cierto tipo de valores sean preponderantes en una sociedad determinada en un momento histórico y estos valores definen qué es considerado aceptable y qué no. Si el debate es que es éticamente correcto las mismas posturas hacen reclamos contrarios con el mismo enfoque, lo que no muestra una solución clara en ese plano. El

liberalismo ofrece una ventaja al menos un sentido, y es que desde ese punto de vista más formas de ver la buena vida pueden coexistir que en el caso de la teoría contraria. En ese aspecto, el liberalismo promueve una agenda cosmopolita ante una localista que parecería adecuarse mejor a los postulados comunitaristas.

En las sociedades donde la pluralidad de identidades minoritarias empieza a tener voz en las discusiones públicas, es posible que los discursos empiecen a cambiar y que con el paso del tiempo la forma de ver la buena vida de la comunidad se modifique ensanchando su entendimiento de lo deseable. Pero para que este proceso pueda darse, en primer lugar, es fundamental que las normas de derecho promuevan activamente ciertos valores. En ese sentido el liberalismo ético requiere de una teoría positivista. La única forma de asegurar que dentro del diálogo con la comunidad las mayorías no van a tomar una posición ventajosa, es otorgando garantías legales efectivas donde la igualdad y la aplicación paritaria de derechos sean constantes. Sin duda el liberalismo político en eso ha tenido una de sus fallas más costosas, dado que no puede sostener que se buscan bienes sustantivos sosteniendo al mismo tiempo que se es neutral. Armonizar teóricamente el discurso y mostrar por qué la justicia y la igualdad son fines necesarios para la convivencia social sin recurrir a la neutralidad como principio es una tarea teórica que los jueces han desarrollado posiblemente sin advertirlo, desarrollando a su vez la libertad como reconocimiento en la medida en que han logrado dar un escenario de paridad a las minorías con las mayorías. Así entendido, la equidad puede ser otra forma de neutralidad, que equipara las cargas de lo que está naturalmente desbalanceado.

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros

Ackerman, Bruce, *Social Justice and The Liberal State* (Yale University Press, New Haven, CT, 1980)

Alexy, Robert, *A Theory of constitutional rights* (Oxford university press, Oxford, 2002)

Appiah, Kwame Anthony, *La ética de la identidad* (Katz Editores, Buenos Aires, Madrid, 2007)

Arendt, Hannah, *Between past and future* (The Viking Press, New York, 1961)

\_\_\_\_\_ *Eichmann en Jerusalén* (Debolsillo, Barcelona ,2016)

\_\_\_\_\_ *On Revolution* (Compass book edition, New York ,1965)

Beckman, Ludvig, *The liberal state & the politics of virtue* (Transaction Publishers, New Brunswick, London, 2001)

Berlin, Isaiah, *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty* (Oxford University Press, Oxford, 2002)

Bobbio, Norberto, *Democracia y Liberalismo* (Editorial Fondo de Cultura Económica, México DF, 2012)

\_\_\_\_\_ *El tiempo de los derechos* (Editorial Sistema, Madrid, 1990)

Buckley, Francis H, *Fair Governance: Paternalism and Perfectionism* (Oxford University Press, Oxford, 2009)

Chazan, Pauline, *The moral self* (Routledge, London, New York, 1998)

Claro S, Luis, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Imprenta Cervantes, Santiago de Chile ,1931)

Conaghan, Joanne, *Law and Gender* (Oxford University Press, Oxford, 2013)

Delanty, Gerard, *Modernity and Postmodernity. Knowledge power and the self* (Sage Publications, Thousand Oaks, California ,2000)

Diez- Picaso, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil* (Tecnos, Madrid ,1984)

Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985)

\_\_\_\_\_ *Law's Empire* (Harvard Press, Cambridge, Massachusetts, 1986)

\_\_\_\_\_ *Virtud Soberana* (Paidós, Buenos Aires ,2003)

- \_\_\_\_\_ *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1978)
- Fitzpatrick, Peter, *La Mitología del Derecho Moderno* (Siglo veintiuno editores, México D.F., 1998)
- Forst, Rainer. *The Right to Justification* (Columbia University Press, New York, 2012)
- \_\_\_\_\_ *Contexts of justice* (University of California Press, Berkeley, CA ,2004)
- Fukuyama, Francis, *The end of history and the last man* (The free press, New York ,1992)
- Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial* (Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2012)
- Galston, William A., *Liberal Purposes* (Cambridge University Press, Cambridge, 1991)
- González Jácome, Jorge (trad.) *El debate Hart-Fuller* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016)
- Habermas, Jürgen, *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory* (The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1998)
- \_\_\_\_\_ *The Philosophical Discourse of Modernity* (Polity Press, Cambridge, 1998)
- Hampton, Jean, *Hobbes and the social contract tradition* (Cambridge University Press, Cambridge, 1986)
- \_\_\_\_\_ *Political Philosophy* (Westview Press, Boulder, Colorado, 1997)
- HLA, Hart, *El Concepto de Derecho* (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012)
- \_\_\_\_\_ *Law, Liberty and Morality* (Oxford University Press. Oxford, 1982)
- Hespanha, Antonio Manuel, *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio* (Tecnos. Madrid, 2002)
- Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts ,2004)
- Hobbes, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (Fondo de Cultura Económica, FCE, México, 2011)
- Hobsbawm, Eric, *La Era de la Revolución 1789-1848* (Crítica, Barcelona, 1997)
- Honneth, Axel, *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática* (Katz Editores, Buenos Aires, Madrid, 2017)
- \_\_\_\_\_ *Struggle for Recognition. The Moral Grammar of Social Conflicts* (The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1995)
- Hurka, Thomas, *Perfectionism* (Oxford University Press, Oxford, 1993)

- Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law* (University of California Press, Oakland, CA, 1967)
- Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial* (Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1999)
- Lee, Keekok, *The legal-rational state* (Gower Publishing Company, Farnham, 1990)
- Lecce, Steven, *Against Perfectionism: Defending Liberal neutrality* (University of Toronto Press, Toronto, 2008)
- Lindahl, Hans, *Fault Lines of Globalization. Legal Order and the politics of a-legality* (Oxford university press, Oxford, 2013)
- Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (Alianza Editorial, Madrid, 2012)
- Lon, Fuller, *The morality of law* (Yale University Press, New Haven, CT ,1969)
- MacIntyre, Alasdair, *Tras la Virtud* (Espasa, Barcelona ,2015)
- \_\_\_\_\_ *Whose Justice? Which Rationality?* (University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 1989)
- Merrihew Adams, Robert, *A Theory of Virtue* (Oxford University Press, Oxford, 2006)
- Mill, John S, *Sobre la libertad* (Alianza Editorial, Madrid, 2005)
- Mouffe, Chantal, *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical* (Paidós, Barcelona, 1999)
- Nino, Carlos, *Derecho, moral y política* (Grupo editorial siglo veintiuno, Buenos Aires, 2014)
- Nussbaum, Martha, *Emociones Políticas ¿por qué el amor es tan importante para la justicia?* (Paidós, Barcelona ,2014)
- Palazzani, Laura, *Gender in Philosophy and Law* (Springer, New York ,2012)
- Pettit, Philip, *Republicanism. A theory of freedom and government* (Oxford university press, Oxford, 2002)
- Platón; Casadesús Bordoy, Francesc (trad.) *Critón, El político* (Alianza editorial, Madrid, 2008)
- Platón; Pabón José Manuel (trad.), Fernández Galiano, Manuel (trad.) *La República* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949)
- Przeworski, Adam, *Democracy and the Limits of Self-Government* (Cambridge University Press, Cambridge, 2010)
- \_\_\_\_\_ (Ed), *Sustainable Democracy* (Cambridge University Press, Cambridge, 1995)
- Radbruch, Gustav, *Arbitrariedad legal y derecho supra legal* (Abeledo-Perrot, Tucumán, Buenos Aires, 1962)

- Rawls, John, *Liberalismo político* (Fondo de Cultura Económica, FCE, México, 2015)
- \_\_\_\_\_ *Teoría de la justicia* (Fondo de Cultura Económica, FCE, México, 2012)
- Raz, Joseph, *The Morality of Freedom* (Oxford University Press, Oxford, 1986)
- Ricoeur, Paul. *Si mismo como otro* (Siglo XXI editores, México D.F., 2006)
- Ross, William David, *The Right and The Good* (Clarendon Press, Oxford, 2002)
- Schmitt, Carl, *Teología política* (Trotta, Madrid ,2009)
- Sófocles, Gil, Luis (trad.) *Antígona* (Penguin Random House, Bogotá, 2015)
- Tarello, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho* (Fondo de cultura económica, FCE, México, 2005)
- Taylor, Charles, *Fuentes del yo* (Paidós, Barcelona ,2016)
- Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts* (Princeton university Press, Princeton, Nueva Jersey ,1999)
- Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro, *Derecho civil* (Temis, Bogotá, 2011)
- Vinx, Lars, *The Guardian of The Constitution. Hans Kelsen and Carl Schmitt on the limits of constitutional law* (Cambridge university press, Cambridge, 2015)
- Vivert, Frank, *The Rise of The Unelected* (Cambridge University Press. Cambridge, 2007)
- Waldron, Jeremy, *Law and disagreement* (Oxford University Press, Oxford, 1999)
- Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia* (Fondo de Cultura Económica, México ,2015)
- Wolff, Robert P, *In defense of anarchism* (University of California Press, Berkeley,1970)
- Zellentin, Alexa, *Liberal Neutrality: Treating Citizens as Free and Equal* (De Gruyter, Berlin, 2012)

### Artículos

- Arendt, Hannah, Freedom and Politics: A lecture. 14 Chicago Review. 1, 28-46 (1960)
- Alexy, Robert, The Dual Nature of Law, en: 23 Ratio Juris, 2, 167–182 (2010)
- Ariza, Sergio, El concepto de libertad en La República de Platón. 19 Archai, enero a abril, 33-59 (2017)
- Bowring, Bill, Misunderstanding MacIntyre on Human Rights, en: 30 Analyse & Kritik, 205–214 (2008)

Coyle, Sean, Positivism, Idealism and the Rule of Law, en: 26 Oxford Journal of Legal Studies, 2, 257-288 (2006)

Ferejohn, John y Pasquino, Pasquale, Constitutional Adjudication: Lessons from Europe, 82 Texas Law Review, 1671-1704 (2004)

Flaherty, Martin S., The Most Dangerous Branch, 105 The Yale Law Journal, ,7, 1725-1839 (1996)

Fuller, Lon, American Legal Realism, en: 82 University of Pennsylvania Law Review, 5, 429- 462 (1934)

\_\_\_\_\_ Reason and Fiat in Case Law, en: 59 Harvard Law Review, 3, 376-395 (1946)

Greenberg, Mark, How facts make law, 10 Legal Theory, 157- 198 (2004)

Hirschl, Ran. The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law. The American Journal of Comparative Law, Vol. 53, No. 1 (Winter, 2005), pp. 125-155.

Heyd, David & Miller, Franklin G, Life Plans: Do They Give Meaning to Our Lives? 93 The Monist, 1, 17–37 (2010)

Husak, Douglas, Liberal Neutrality, Autonomy, and Drug Prohibitions. 29 Philosophy & Public Affairs, 43-80 (2000)

Keck, Thomas M, Beyond Backlash: Assessing the Impact of Judicial Decisions on LGBT Rights, en: 43 Law & Society Review, 1, 151-186 (2009)

Kleinlein, Thomas, On Holism, Pluralism, and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State, The European Journal of International Law Vol. 21 no. 4. Págs. 1075–1084.

Kymlicka, Will, Liberal Individualism and Liberal Neutrality. 99 Ethics, 4, 883-905 (1989)

Lacey, Nicola, Philosophy, Political Morality, and History: Explaining the Enduring Resonance of the Hart-Fuller Debate, en: 83 New York University Law Review, 1059-1087 (2008)

López, Jairo Antonio, Movilización y Contramovilización Frente a los Derechos LGBTI. Respuestas Conservadoras al Reconocimiento de los Derechos Humanos, en: Estudios Sociológicos. XXXVI Vol. 108, 161-187 (2018)

Lund, William R., Politics, Citizens, and the Good Life: Assessing Two Versions of Ethical Liberalism, 49 Political Research Quarterly, 3, 479-504 (1996)

Luxon, Nancy, Ethics and Subjectivity: Practices of Self-Governance in the Late Lectures of Michel Foucault, 36 Political Theory, 377-402 (2008)

Marmor, Andrei, Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral, en: 26 Oxford Journal of Legal Studies, 4, 683-704 (2006)

Monateri, Pier Guiseppe, Black Gaius: A Quest for the Multicultural Origins of the 'Western Legal Tradition'. 51 Hastings Law Journal, 3, (2008)

Munoz-Dardé, Véronique, Liberty's Chains. 83 Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes, 161-196 (2009)

Murphy, Yvonne, The marriage equality referendum 2015, Irish 31 Political Studies, 2, 315-330 (2016)

Nuria Belloso, Martín y Rodrigues, Saulo Tarso, Algunas reflexiones sobre la crisis política en Brasil desde la experiencia española: crónica de un impeachment anunciado. 25 JURIS, 11-36 (2016)

Oyarte Martínez, Rafael, Objeciones presidenciales. 3 Iuris Dictio, 6, 80-87 (2002)

Peña Huertas, R. P. y Parada Hernández, M. M., La importancia de llamarse juez constitucional: reconociendo los derechos de las familias LGTBI vía judicial, en: 20 Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 315-333 (2016)

Palacio Mejía, Luz María, Aproximación a la producción de conocimiento sobre los derechos de la comunidad LGTBI, en: 30 Revista Facultad de Trabajo Social. 41-70 (2014)

Pérez-Liñán, Aníbal, Juicio político, cultura legal y escudo popular, 10 Revista De La Sociedad Argentina De Análisis Político, 1, 11-33 (2016)

Radbruch, Gustav, (Bonnie Litschewski Paulson, y Stanley Paulson (trads) Five Minutes of Legal Philosophy (1945). 26 Oxford Journal of Legal Studies, 1, 13-15 (2006)

Sandel, Michael J, The Procedural Republic and the Unencumbered Self, 12 Political Theory, 1, 81-96 (1984)

Schnauer, Frederick. Normative Legal Positivism EN The Cambridge Companion to Legal Positivism, editado por Patricia Mindus y Torben Spaak. Por publicarse en 2020

Skinner, Quentin, Thomas Hobbes on the proper signification of Liberty, 40 Transactions of the Royal Historical Society, 121-151 (1990)

Spector, Horacio, Four Conceptions of Freedom. 38 Political Theory, 6, 780-808 (2010)

Taylor, Charles, Politics of Recognition, en Multiculturalism and 'The Politics of Recognition', 25-73 (Amy Gutmann, ed, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1992)

Tirado Chase, Anthony, Human rights contestations: sexual orientation and gender identity, 20 The International Journal of Human Rights, 6, 703-723 (2016)

Waldron, Jeremy, Is Dignity the Foundation of Human Rights? NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 12-73 (2013). (Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/13578561.pdf> recuperado el: 29/10/2018)

\_\_\_\_\_ Judges as moral reasoners. 7 International Journal of Constitutional Law, 1, 2-24 (2009)

Weber, Max, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism* (Routledge, London, New York ,2005)

Weinrib, Ernest J., Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law, en: 97 The Yale Law Journal, 6, 949-1016 (1988)

\_\_\_\_\_ Law as Kantian idea of reason, en: 87 Columbia Law review, 3, 472-508 (1987)

Winston, Kenneth. Lon Fuller's Critique of Positivism en: The Cambridge Companion to Legal Positivism, editado por Patricia Mindus y Torben Spaak. Por publicarse en 2020.

### Colaboraciones en obras colectivas

Balkin, Jack, The Framework Model and Constitutional Interpretation, en: Philosophical Foundations of Constitutional Law, 241-264 (David Dyzenhaus y Michael Thorburn, eds., Oxford University Press, Oxford, 2016)

Celano, Bruno. Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law en: Neutrality and Theory of Law, Ferrer Beltrán, Jordi, Moreso, José Juan y Papayannis, Diego M. (Eds) (Springer, Berlín, 2013)

Dagger, Richard, Individualism and the Claims of Community, en: Contemporary Debates in Political Philosophy, 303-321 (Thomas Christiano & John Christman, eds., Blackwell Publishing, Hoboken, New Jersey, 2009)

Fredriksen, Katja Jansen, The Neutrality and Impartiality of Judges in a Multicultural Society. en: The Independence of Judges, 275-292 (Nils Engstad, Astrid Lærdal Frøseth, y Bård Tønder, Eds., Eleven international publishing, The Hague, 2014)

Gaus, Gerald F, The moral foundations of liberal neutrality, en Contemporary Debates in Political Philosophy, 81-98 (Thomas Christiano & John Christman, eds., Blackwell Publishing, Hoboken, New Jersey, 2009)

Glenn, Gary, Natural Rights and Social Contract in Burke and Bellarmine. en Rethinking Rights: Historical, Political, and Philosophical Perspectives, 58-79 (Bruce Frohnen y Kenneth Grasso, eds., University of Missouri Press, Columbia, MO, 2009)

Jokubaitis, Alvydas, Can the Constitution Do Away with Nation State?, en The Concept of Constitution in the History of Political Thought, 32-44 (Arkadiusz Górniewicz, y Bogdan Szlachta, eds., De Gruyter Open, Warsaw, Berlin, 2018) Disponible en: <https://www.degruyter.com/viewbooktoc/product/498650> (recuperado el 23/05/2018)

Kavanagh, Aileen, The Constitutional Separation of Powers, en: Philosophical Foundations of Constitutional Law, 221-240 (David Dyzenhaus y Michael Thorburn, eds., Oxford University Press, Oxford, 2016)

O'Neill, Onora. Constructivism in Rawls and Kant. EN: Constructing Authorities: Reason, Politics and Interpretation in Kant's Philosophy (Cambridge University Press., Cambridge, 2015)

Oshana, Marina A. L., Autonomy and Self-Identity, en Autonomy and the Challenges of Liberalism, 77-97 (John Christman & Joel Anderson, eds., Cambridge University Press, Cambridge, 2005)

Rawls, John. Themes in Kant's Moral Philosophy EN John Rawls: Collected Papers. Samuel Freeman (Ed) (Harvard University Press, Cambridge, 2001)

Shapiro, Ian, Enough of Deliberation: Politics Is about Interests and Power, en: Deliberative Politics essays in democracy and disagreement, 28-38 (Stephen Macedo, Ed., Oxford University Press, Oxford, 1999)

Walzer, Michael, Deliberation, and What Else? En: Deliberative Politics essays in democracy and disagreement, 58-69 (Stephen Macedo, Ed., Oxford University Press, Oxford, 1999)

Weinstein, David, Nineteenth- and Twentieth-Century Liberalism en: The Oxford Handbook of the History of Political Philosophy, 414-435 (George Klosko, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2011)

### Ponencias

Holz hacker, Ron (2014) "Gay Rights Are Human Rights": The Framing Of New Interpretations Of International Human Rights Norms. Paper presented at International Political Science Association, Montreal, Canada. Págs 5-6. (Disponible en: [https://www.rug.nl/research/portal/files/16387912/IPSA\\_paper\\_Gay\\_Rights\\_are\\_Human\\_Rights\\_final\\_32589.pdf](https://www.rug.nl/research/portal/files/16387912/IPSA_paper_Gay_Rights_are_Human_Rights_final_32589.pdf) recuperado el 30/10/2018)

### Sentencias y pronunciamientos judiciales

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-622 de 2016. Expediente T-5.016.242. 10 de noviembre de 2016. Ponencia de Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-221 de 1994, expediente D- 429. 5 de mayo de 1994. Ponencia de Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia SU-214 de 2016, expediente T- 4.167.863 AC. 28 de abril de 2016. Ponencia de Alberto Rojas Ríos.

Supreme Court of The United States. Obergefell et. al. V. Hodges, Director, Ohio Department of Health. Case No. 14-556. Argued April 28, 2015—Decided June 26, 2015. Certiorari to the united states court of appeals for the sixth circuit. Justice KENNEDY, J., delivered the opinion of the Court.

Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 del 16 de agosto de 2010. Ministro Ponente: Sergio Valls Hernández.

Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Acción De Inconstitucionalidad 28/2015 del 26 de enero de 2016. Ministro Ponente: José Ramón Cossío Díaz.

Juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N°15 de la Ciudad de Buenos Aires. Freyre Alejandro contra GCBA sobre amparo (art. 14 ccaba), Expediente 34292 / 0. 10 de noviembre de 2009. Proferido por la jueza Gabriela Seijas. (Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-2897-Autorizan-a-pareja-del-mismo-sexo-a-contraer-matrimonio.html> recuperado el 08/10/2018)

## Recursos electrónicos

Amnistía Internacional. Situación LGBTI en el mundo (Disponible en: [https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Situacion\\_mundial\\_LGBTI\\_201617final.pdf](https://www.es.amnesty.org/uploads/media/Situacion_mundial_LGBTI_201617final.pdf) recuperado el 20/09/2018)

Beyond the tyranny of tolerance (Disponible en: <http://discovery.economist.com/openfuture/beyond-the-tyranny-of-tolerance?kw=all> recuperado el 27/08/2018)

Constant, Benjamin. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos (<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2124/16.pdf> Recuperado el: 05/09/2017)

Declaration of Independence of The United States of América. 4 de Julio de 1776. (Disponible en: <http://billofrightsinstitute.org/wp-content/uploads/2011/12/DelARATIONofIndependence.pdf> recuperado el 06/08/2018)

Dutch court lets paedophile party contest country's general election (Disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2006/jul/18/topstories3.mainsection> recuperado el: 06/03/2019)

First Amendment. (Disponible en: [https://www.law.cornell.edu/constitution/first\\_amendment](https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment) recuperado: 22/06/2019)

Has the Supreme Court Gone Too Far? (Disponible en: [http://content.csbs.utah.edu/~dlevin/jud\\_pro/class-readings/Has\\_the\\_Supreme\\_Court\\_Gone\\_Too\\_Far.pdf](http://content.csbs.utah.edu/~dlevin/jud_pro/class-readings/Has_the_Supreme_Court_Gone_Too_Far.pdf) recuperado el: 22/10/2018)

Judicial review cases undermining parliament, says justice secretary (Disponible en: <https://www.theguardian.com/law/2014/mar/26/judicial-review-cases-undermine-parliament-chris-grayling> recuperado el: 22/10/2018)

La administración Trump amenaza con cárcel y separar a los hijos de sus padres para aquellos que crucen ilegalmente el bode suroeste (<https://www.nytimes.com/2018/05/07/us/politics/homeland-security-prosecute-undocumented-immigrants.html> Recuperado el 09/05/2018)

Larmore, Charles. Right and Good. (Disponible en: <https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/right-and-good/v-1> recuperado el 12/02/2019)

Matrimonio. La ley de cualquier entidad federativa que, por un lado, considere que la finalidad de aquél es la procreación y/o que lo defina como el que se celebra entre un hombre y una mujer, es inconstitucional (Disponible en <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2009407&Clase=DetalleTesisBL> recuperado el 25/09/2018)

Peñalosa intervendrá el deprimido sector del Bronx (Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/para-el-alcalde-no-puede-haber-una-republica-del-crimen-en-medio-de-la-ciudad/459047> recuperado el 21/09/2017)

Procurador busca revertir fallo sobre matrimonio gay con reforma legal (Disponible en: <http://www.elcolombiano.com/colombia/procurador-busca-revertir-fallo-sobre-matrimonio-gay-con-reforma-legal-EK3905251> Recuperado el 24/09/2018)

¿Qué dice el fallo sobre habitantes de calle que Peñalosa pide revisar (Disponible en: <http://www.elspectador.com/noticias/bogota/dice-el-fallo-sobre-habitantes-de-calle-penalosa-pide-r-articulo-649420> recuperado el 21/09/2017)

¿Qué tan adictivo es el azúcar? (Disponible en: <https://www.elspectador.com/noticias/salud/que-tan-adictivo-es-el-azucar-articulo-71032> recuperado el 14/05/2018)

Refugiados, migrantes y el voto del Brexit. ( <https://www.lawgazette.co.uk/legal-updates/refugees-migrants-and-the-brexit-vote/5052157.article> Recuperado el 09/05/2018)

The Nature of Law (Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/lawphil-nature/> recuperado el 12/02/2019).

The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments from the New York Packet. Friday, February 8, 1788. (Disponible en: [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed51.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp) recuperado el 18/04/2018)

‘Un estado vigilante’: los ciudadanos de Aceh toman la ley Sharia en sus propias manos (disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2018/apr/23/a-vigilante-state-acehs-citizens-take-sharia-law-into-their-own-hands> recuperado el 14/05/2018)

14th Amendment. (Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/constitution/amendmentxiv> recuperado el 22/06/2019)