

Kantismo y Legislación

Kantianism and Legislation

Fernando R. Tesón

Catedrático Tobias Simon Eminent Scholar y catedrático de Derecho de la Universidad Estatal de Florida

Fecha de recepción: junio de 2008
Fecha de aceptación: octubre de 2008

Palabras clave: Kant, giro moral, Rawls, mercado, Estado del Bienestar.

Key words: Kant, moral turn, Rawls, market, Welfare State.

Abstract.: This article defines and analyzes the philosophical pathology the author labels as “Moral Turn”, namely, the assumption that it is possible to address complex socio-economic problems *a priori*, disregarding what social sciences (especially, economic science) teach about the circumstances of the problem, the predictable consequences of the various institutional arrangements envisageable, etc. Kant’s thinking –with its distinctive disdain of all things empirical– constitutes the likely source of this discourse failure. And contemporary philosophy is abundant in “neokantian” thinkers who are persuaded that “once we discover or formulate the right values, we can recommend concrete laws and institutions [empirical information being thus unnecessary]”. Rawls, for one, argues that his “difference principle” (which orders the promotion of the least advantaged) necessarily entails the desirability of an interventionist-redistributive state, disregarding empirical surveys showing that free markets could achieve this goal more efficiently.

Resumen.: El artículo define y analiza la patología filosófica llamada “Giro Moral”, a saber, la suposición de que es posible resolver *a priori* complejos problemas socio-económicos mediante la simple aplicación de principios morales abstractos, sin conceder la debida atención a lo que las ciencias sociales (especialmente, la economía) enseñan acerca de las circunstancias del problema, las consecuencias previsibles de las diversas soluciones institucionales posibles, etc. El pensamiento de Kant –con su característico desdén hacia todo lo empírico- constituye el origen probable de este fallo discursivo. Y en la filosofía contemporánea proliferan pensadores “neokantianos”, convencidos de que “una vez que descubrimos o formulamos los valores correctos, podemos recomendar leyes e instituciones concretas” (sin necesidad de información empírica): así, Rawls deduce sin más de su “principio de la diferencia” (que ordena la promoción de los peor situados) la deseabilidad de un Estado intervencionista-redistributivo, sin prestar atención a informes empíricos que muestran que el libre mercado podría conseguir ese objetivo promocional más eficazmente.

“Mucha gente se ha sentido atraída por la teoría ética kantiana a causa de su incondicional no-utilitarismo. Represente o no esto una virtud para una teoría ética –y no entraré a debatir aquí esa cuestión-, el principio de utilidad, al menos en alguna formulación condicional, es un elemento imprescindible en cualquier teoría capaz de dar razón de la distinción entre leyes buenas y malas. Todos los clásicos del iusnaturalismo comprendieron esto. Los principios morales abstractos que constituyen el Derecho natural –excluyendo al principio de utilidad- proporcionan sólo una explicación parcial de las diferencias entre los diversos sistemas de Derecho positivo. Una teoría adecuada necesita incorporar al principio de utilidad, además de otros principios morales abstractos. Por tanto, toda la perspectiva kantiana sobre el Derecho, en la medida en que requiere el abandono de los principios empíricos y de las consideraciones de utilidad, se basa en un error”¹.

Introducción²

Con estas severas palabras, escritas hace cuarenta y cinco años, el filósofo Stuart M. Brown Jr. identificaba un problema recurrente, no sólo en los escritos kantianos, sino más generalmente en toda la filosofía política moderna. Es simplemente éste: los principios abstractos de justicia, aunque vengan apoyados por una argumentación crítica, no proporcionan un criterio plausible para la evaluación de las leyes e instituciones; en el mejor de los casos, proporcionan una condición necesaria para la validez moral. Para poder distinguir las buenas de las malas leyes hace falta conocimiento empírico; por tanto, en la mayor parte de los casos los principios de justicia *a priori* no determinan suficientemente el estatus moral de las leyes e instituciones. Sin embargo, los filósofos políticos de filiación kantiana a veces derivan directamente de los principios de justicia su argumentación en favor de ciertas instituciones. En otro lugar he llamado “Giro Moral” a esta

falacia (la creencia en que los principios de justicia determinan por sí solos el estatus moral de las leyes e instituciones)³. Ciertamente, los principios de justicia pueden producir contenidos morales no contingentes importantes. Por ejemplo, pueden ordenar el reconocimiento y protección de derechos humanos básicos. Pero, en contra de lo que pensé una vez, ahora creo que esos principios (sean los de Kant u otros emparentados con ellos, como los de Rawls o los de Scanlon) pueden decirnos poco sobre los asuntos económicos y sociales de nuestro tiempo (asistencia sanitaria, redistribución de la riqueza, inmigración, políticas regulatorias, control de la criminalidad o política exterior), y por tanto no pueden ayudarnos a evaluar leyes concretas excepto en supuestos extremos (por ejemplo, en el caso de una legislación patentemente opresiva)⁴. Que necesitamos información empírica para valorar la legislación puede parecer una obviedad; sin embargo, no se tiene esa impresión cuando se lee a ciertos filósofos neokantianos contemporáneos. Han heredado de Kant cierto tipo de desdén por la ciencia y por las cosas empíricas. El método más habitual en la filosofía política consiste en hacer distinciones conceptuales e identificar valores básicos. Una vez que sabemos, pongamos, lo que significa la igualdad, o distinguimos entre los cinco diferentes sentidos de “libertad”, se supone que tenemos suficientes recursos para recomendar ciertas leyes e instituciones. Este método –sostengo– es fatalmente defectuoso⁵.

Procederé del siguiente modo. En primer lugar examino las tesis de Kant sobre la

legislación, tal como fueron desarrolladas en la Doctrina del Derecho (DD)⁶. El veredicto es ambiguo. De una parte, es cierto que no incurrió en el error que vengo analizando, el Giro Moral, pues sostuvo que ningún sistema ético podía estar completo sin una comprensión adecuada del funcionamiento del mundo (es decir, sin lo que él llama “antropología moral”)⁷. De otro lado, cuando analiza leyes e instituciones concretas, no integra su filosofía práctica (los principios de la razón) en los datos empíricos requeridos. Kant, en definitiva, no se atuvo a su propia recomendación. Pero creo que Kant estaba en lo correcto al sostener que la razón por sí sola establece la obligación de respetar los derechos básicos (condicionada, desde luego, a una especificación adecuada). Para saber esto no necesitamos consultar versiones fuertes de las ciencias empíricas: sólo necesitamos dar por buenas ciertas presunciones sobre el mundo y la naturaleza humana. La posición de Kant sigue siendo, me parece, una defensa de la democracia constitucional basada en principios.

Sin embargo, esa posición, por sí sola, es insuficiente en cuanto teoría normativa del Derecho. La legislación debe ciertamente ser justa, pero su justicia no puede ser determinada solamente por un principio formal. Más bien, la justicia de la legislación depende en gran parte (aunque no exclusivamente) de lo que dicha legislación hace, de su efecto en la sociedad, aunque me apresuro a aclarar que con esta expresión no me refiero a la utilidad general, sino más bien a las consecuencias empíricas del Derecho, tal como resultan predecibles por

las ciencias naturales y sociales, sujetas a las adecuadas restricciones distributivas y deontológicas⁸.

En la Parte II me ocupo de algunos influyentes filósofos neokantianos y muestro, mediante ejemplos diversos, que ellos incurren en el Giro Moral (a saber: saltar ilegítimamente desde los principios abstractos a recomendaciones institucionales concretas). En particular, muestro que los principios kantianos o rawlsianos no bastan para justificar la redistribución coactiva de la riqueza. Este descubrimiento no implica, desde luego, que la redistribución coactiva de la riqueza no pueda estar justificada. Pero sí significa que cualquier justificación de la coacción estatal obliga a consultar las ciencias empíricas, algo que los filósofos políticos a menudo descuidan. Muestro que el rechazo del Giro Moral no conduce necesariamente al utilitarismo como filosofía política, y que la mejor interpretación del kantismo debería dejar un espacio amplio para las ciencias empíricas, la economía en particular. Cualquier tesis deontológica defendible debe estar “económicamente alfabetizada”⁹.

Parte I: Kant

Empiezo examinando la respuesta de Kant a la cuestión de cómo valorar moralmente el Derecho. ¿Cómo valoramos la legislación? ¿Qué criterios normativos deberíamos¹⁰ usar para distinguir las buenas de las malas leyes? Básicamente, Kant sostuvo que la legislación debe satisfacer un requisito formal de justicia. La elucidación de la visión kantiana de la justicia exige una breve incursión en la filosofía moral general de Kant.

Como es bien sabido, la moral, según Kant, deriva de la libertad interna. La libertad interna es razón práctica pura: la capacidad de la razón para autodeterminarse, más allá de la influencia de los sentidos y las inclinaciones¹¹. Las leyes morales se basan *a priori* en el imperativo categórico, que es un ejercicio de la libertad interna. Cuando el poder legislativo prohíbe el homicidio, este mandato se me impone con la autoridad del deber moral, que es la autoridad de la razón¹². Desde luego, el legislador ha vinculado un castigo al homicidio. Pero, en cuanto ser racional, no me abstengo del homicidio a causa de esta amenaza, sino porque, en el ejercicio de mi libertad autolegisladora, puedo ver claramente que el homicidio es inmoral. La base *a priori* de la ética es, entonces, la autolegislación moral: debo obedecer todas aquellas leyes que, según muestra la razón, yo mismo habría establecido para cualquier ser racional¹³. En terminología kantiana, la ley moral viene prescrita internamente¹⁴, lo cual significa que posee fuerza de obligar moral con independencia de que esté o no también jurídicamente prescrita (o, en expresión alternativa usada por Kant, externamente prescrita)¹⁵. La prohibición del homicidio, por tanto, está prescrita tanto interna como externamente. La sanción con la que se amenaza al infractor, sin embargo, resulta superflua cuando se trata de motivar a seres racionales, pues la razón por sí sola nos dice lo que es preciso hacer.

El problema consiste en que gran parte de la legislación moderna no se parece a la prohibición del homicidio. Muchas –la mayoría, en verdad– de las cosas que el Estado

nos pide hacer bajo amenaza de coacción no vienen ordenadas por un ejercicio evidente de la autolegislación moral introspectiva. La introspección moral no nos revelará si los propietarios de viviendas deben o no poder deducir el interés de sus hipotecas de la base imponible del impuesto sobre la renta. No sólo el contenido de la legislación trasciende el ámbito del razonamiento moral abstracto, sino que, a menudo, la legislación pide al ciudadano que haga, no lo que su razón (en el complejo sentido kantiano de “razón”) indica, sino lo que otro sujeto, el legislador, quiere que haga. Y en ese caso el incentivo (el castigo con el que se amenaza) es puramente externo. Para empeorar las cosas, el contenido de la ley es escogido contingentemente por el legislador. Llamemos, con Kant, “Derecho positivo” a este Derecho contingente, y distingámoslo de la legislación formalmente promulgada que se hace eco de lo ordenado por el deber moral¹⁶. El Derecho positivo es, en palabras de Kant, “dependiente de la sensibilidad”, es decir, apela a las inclinaciones y aversiones sensibles¹⁷.

El ciudadano es exhortado a obedecer la voluntad de otro sujeto y, como no puede encontrar una razón para dicha obediencia mediante la deliberación moral introspectiva, el legislador debe añadir una amenaza de castigo (o proporcionar alguna otra razón distinta del contenido de la propia norma) para motivar al ciudadano¹⁸.

Esta dificultad pone en peligro la totalidad del meticuloso sistema kantiano, pues resalta la inevitable tensión entre autonomía y autoridad inherente a cualquier sistema po-

lítico, por democrático y benéfico que sea. Sin embargo, Kant insiste en que el Derecho positivo puede estar moralmente justificado. La posición de Kant es más fuerte que la posición positivista moderna según la cual el Derecho positivo (en el sentido de “legislación externa” que venimos atribuyendo a este término) nos proporciona una razón “independiente del contenido” para actuar. Según mi interpretación, Kant quería decir algo más que eso: en su opinión, disponemos de unos criterios “dependientes del contenido” para valorar el Derecho positivo. Pero, si es así, ¿cómo puede defender el deber moral de obedecer? ¿Cómo puede el campeón de la autonomía sostener que los ciudadanos deben obedecer la legislación heterónoma, originada en la voluntad de otro, y no en la razón universal?¹⁹.

Kant resuelve este puzzle introduciendo dos conceptos relacionados pero diferentes. El primero es el concepto de legitimidad. Una ley es legítima cuando es promulgada por la autoridad competente²⁰. Una autoridad competente es aquella que es establecida idealmente por el contrato social. Es la autoridad que surge en una fase de la sociedad llamada “estado jurídico”²¹. Y éste es la sociedad civil que es establecida una vez que los individuos han abandonado la libertad irrestricta del estado de naturaleza y han sometido sus relaciones sociales al Derecho. Kant enfatiza que los individuos en el estado de naturaleza (o de alegalidad) tienen la obligación de crear el estado jurídico²². Una vez que se forma la sociedad civil, los seres racionales están sometidos al Derecho, y la autoridad adecuadamente constituida posee la facultad de elaborar le-

yes. Una ley es “legítima” en este sentido, por tanto, cuando tiene el pedigrí correcto (por usar la metáfora equina de Ronald Dworkin). Llamaré “legitimidad formal” a esta característica de la ley (aunque al usar la palabra “formal” no pretendo decir que el estado jurídico, para Kant, carezca de importantes rasgos morales).

El segundo concepto que introduce Kant es el de libertad externa. Para Kant, el concepto de justicia se refiere a las relaciones externas entre individuos: es un concepto social, intersubjetivo. Kant sostiene que un *principio universal de justicia* (PUJ)²³ ordena que el ciudadano obedezca a las leyes *externamente prescritas*. Según Kant, la legislación externa (esto es, la legislación que no es ordenada independientemente por el deber) es legítima si “puede coexistir con la libertad de todos los demás según una ley universal”²⁴. En algunos aspectos, el PUJ exige más de los ciudadanos [que la deliberación moral introspectiva]; en otros exige menos²⁵. Pide más de las personas porque el Estado puede promulgar leyes que no son requeridas por el imperativo categórico, pero que, pese a todo, sean justas en la medida en que son compatibles con la libertad de todos los ciudadanos (es el caso de todas aquellas leyes que tienen una función meramente coordinadora)²⁶. Los ciudadanos son obligados a cumplir el Derecho aunque la moral no lo exija. Requerir que una ley deba ser compatible con la libertad de los demás implica un criterio de exigencia más débil que requerir que la ley sea ordenada por la razón. Por ejemplo, si una ley que establece el deber de circular por el lado derecho de la carretera es

compatible con “la libertad de todos los demás según una ley universal”, entonces es moralmente legítima en este sentido más débil, y hay un deber moral de cumplirla, aunque la obligación de conducir por la derecha no venga exigida independientemente por el imperativo categórico. Por lo demás, como el PUJ se refiere a acciones y no a intenciones, deseos o aspiraciones, exige menos de los ciudadanos, pues no requiere la recta intención como condición de la conducta lícita. El PUJ permite que un ciudadano actúe por interés propio, siempre que lo que hace resulte compatible con la libertad de todos los demás. En cambio, un agente moral debe hacer del deber la motivación de su acción.

El PUJ, por tanto, cumple dos funciones. Exige que yo no interfiera en tu libertad de acción, tal como es juzgada por una ley universal que hace a las acciones libres recíprocamente compatibles. Y autoriza al gobierno para que (en nuestro nombre) use la coacción a fin de impedir o castigar interferencias inadmisibles en la libertad de otros²⁷. El PUJ, a diferencia del imperativo categórico, es coercible. Llamemos “legitimidad sustantiva” a esta conformidad de una ley con el PUJ.

Una ley puede ser formalmente legítima pero no sustantivamente legítima: tal sería el caso de una ley promulgada por la autoridad competente para ello, pero que sin embargo violara el PUJ. ¿Son justas estas leyes? Dado el énfasis de Kant en la necesidad de alcanzar el estado jurídico, de algunos pasajes de la DD puede extraerse la sugerencia de que la legitimidad formal

sea todo lo que requiere la justicia²⁸. Según esta interpretación, el PUJ resultaría aplicable sólo en la fase constitutiva de la autoridad legiferante. Cumplir el PUJ *significa* establecer la autoridad correcta²⁹. Se sigue de aquí que prácticamente *cualquier* ley ordinaria promulgada por la autoridad competente sería legítima (con la excepción de aquellas leyes que infrinjan el contenido moral no contingente prescrito por la razón: por ejemplo, los derechos humanos). Según esta interpretación, el PUJ tiene muy poco que decir sobre legitimidad sustantiva. La justicia no puede ayudarnos a escoger entre leyes o instituciones rivales.

No creo que éste fuera realmente el punto de vista de Kant, pese a todo (y, si lo fuera, carecería de interés). Kant no asume la tesis según la cual, una vez que la autoridad legítima ha sido creada, cualquier ley emanada de ella es legítima. Pues, en ese caso, el PUJ sería superfluo, y sin embargo es claro que Kant desea que el PUJ juegue una función moral importante a la hora de justificar las leyes. Dicho en otros términos, de la misma forma que Kant rechaza la idea según la cual una ley, para ser legítima, tiene que corresponderse con un deber ético, así también se aleja de la tesis según la cual una ley es legítima simplemente porque emane de la autoridad competente. (Merece la pena observar, por otra parte, que, incluso dando por buena esta interpretación, Kant seguiría sin ser un positivista, pues la autoridad competente debe satisfacer un umbral moral básico). El primer requisito es demasiado fuerte, y el segundo demasiado débil. La lectura de Kant que propongo aquí, por tanto, es la

que implica que las leyes son enteramente legítimas cuando (1) son promulgadas por la autoridad competente, y (2) satisfacen el PUJ³⁰. Son justas cuando son legítimas formal y sustantivamente. Hay una razón adicional para leer la DD de esta manera: debemos leer las tesis de un autor a la mejor luz posible, intentando hacerlas tan interesantes y convincentes como sea posible. Si la interpretación formalista (según la cual basta con que la ley sea formalmente legítima para que sea justa) fuera la correcta, entonces mi afirmación según la cual los principios de justicia dicen poco sobre la legislación quedaría automáticamente vindicada. Pues no estamos diciendo mucho sobre la legislación si simplemente exigimos que las leyes emanen de la autoridad competente. Pero yo interpreto la filosofía política de Kant –especialmente la contenida en la DD– como una doctrina que pretende decirnos algo sobre el mérito o demérito de las leyes, algo que vaya más allá de su legitimidad de origen.

Antes de proceder más allá, examinaré tres interpretaciones posibles del PUJ. La primera es la tesis según la cual el PUJ simplemente establece derechos humanos básicos. Según esta versión, el PUJ es un imperativo relativo a los límites morales que cualquier ley debe respetar. Pero, si esto es así, el PUJ nos dice sólo *en parte* si la ley es justa. En tanto una ley no viole derechos humanos básicos (es decir, en tanto respete la integridad física, los derechos procesales, la libertad de expresión, etc.), todo va bien. En una democracia, la mayoría podría hacer lo que le pluguiera siempre que respete los derechos básicos de todos. Esta

es, en verdad, la visión constitucional de Kant: la sociedad civil justa es una democracia constitucional³¹. Los derechos humanos son restricciones de la ley que ésta debe respetar. Ahora bien, decir que las leyes deben respetar los derechos humanos supone establecer un criterio importante pero insuficiente para distinguir las leyes buenas de las malas. La teoría jurídica de Kant carecería entonces de recursos para juzgar si, en conjunto, una determinada ley está o no justificada moralmente. Sin duda existen malas leyes que no violan derechos humanos básicos y, según el propio criterio de Kant, la máxima “libertad según una ley universal” resulta sin duda más generosa que la libertad garantizada por los derechos básicos. Esta interpretación del PUJ nos aboca a una teoría normativa “tacaña” que dudo que fuera lo que Kant perseguía.

La segunda interpretación posible del PUJ es la tesis según la cual el propio contrato social es ya compatible con la libertad de todos, y por tanto *cualquier* ley satisface dicho criterio. Esta interpretación del principio de justicia no nos permitiría distinguir moralmente entre una democracia respetuosa con los derechos humanos y un régimen despótico. Creo que esta acusación es injusta, pues Kant no es Hobbes. No creo que Kant sostenga que, cuando la gente sale del estado de naturaleza mediante el contrato social, el principio de justicia quede ya automáticamente satisfecho por *cualquier* ley promulgada en la sociedad civil. Aceptar la idea hobesiana de que cualquier orden es preferible a la ley de la jungla no nos impide distinguir moralmente

entre autoridades buenas y malas. Y el tratamiento kantiano de este tema en muchas ocasiones sugiere que el PUJ es entendido como un principio sustantivo más allá de la justificación de cualquier autoridad establecida. Esto es cierto, pienso, a pesar del controvertido rechazo kantiano del derecho a la revolución contra la tiranía³².

Para Kant, por tanto, la legitimidad política del Estado es una condición necesaria pero no suficiente para la legitimidad moral de la legislación. Sin embargo, los ciudadanos no pueden vetar válidamente la legislación que rechacen simplemente porque puedan mostrar que les perjudica³³. Es decir, no pueden alegar: “Esta ley no es ordenada por la moral, no es requerida por el deber puro. Por tanto, me está permitido oponerme a ella por *el hecho de que* me perjudica a mí y beneficia a otros”. La respuesta de Kant, imagino, sería ésta: “si la autoridad legiferante es legítima, todo lo que tienen que hacer sus leyes es poder coexistir con la libertad de los demás según una ley universal. Esta ley te perjudica, pero es compatible con tu libertad y es universalizable, lo cual significa que todavía puedes perseguir tus proyectos en la sociedad civil”. El criterio kantiano, por tanto, es normativo y universal. La legislación no puede ser medida por el hecho de que perjudique o beneficie a tales o cuales personas o grupos. El factor crucial es si ese perjuicio o beneficio puede ser justificado según el PUJ: si el contenido de la ley resulta o no “compatible con la libertad de todos bajo una ley universal”, aunque éste no sea un criterio estrictamente ético (en el sentido de la ética pura). De esta forma, Kant proporciona una elegante

solución a la cuestión del Derecho positivo: podemos evaluar las credenciales morales de las leyes positivas mediante un principio formal. La solución es elegante porque permite a Kant permanecer fiel a su proyecto de depurar a la filosofía de elementos empíricos extrínsecos (económicos, sociológicos, psicológicos, antropológicos). No necesitamos la utilidad general ni la felicidad, ni ningún otro hecho contingente, para evaluar la legislación. El principio formal de justicia (pero no el imperativo categórico) hace el trabajo requerido.

Definición de la libertad externa

¿Cómo funciona exactamente el PUJ cuando es aplicado a la legislación? Para saber si una ley es “compatible con la libertad de cada uno según una ley universal”, debemos definir la libertad. Como se observó *supra*, Kant introduce la idea de libertad externa, que se refiere a las *acciones*, no a las intenciones. Pero el concepto es ambiguo. ¿Se trata de libertad negativa, entendida como la ausencia de restricciones a la acción, con independencia de si los individuos concretos pueden de hecho ejercer su libertad a través de una gama completa de opciones vitales? ¿O de libertad *positiva*, entendida como la gama de acciones que el individuo puede de hecho llevar a cabo?³⁴ Creo que Kant se refiere aquí a la libertad negativa: “hay sólo un derecho innato”, dice Kant, “[I]a libertad (independencia frente al arbitrio de otro), en la medida en que puede coexistir con la libertad de los demás según una ley universal”³⁵. Otros pasajes confirman esta interpretación. En su argumentación en favor de la coacción estatal, Kant escribe:

“Ahora bien, todo lo injusto es un obstáculo a la libertad según leyes universales. Pero la coacción es un obstáculo o una resistencia a la libertad. Por tanto, si un determinado uso de la libertad misma es un obstáculo a la libertad según leyes universales (es decir, es injusto), entonces la coacción que se le opone, en tanto que *obstáculo frente a lo que obstaculiza la libertad*, concuerda con la libertad según leyes universales, es decir, es justa”³⁶.

Por tanto, el uso de la coacción por el Estado para contener al ladrón es correcto, aunque supone un obstáculo a la libertad del ladrón, porque éste está usando su libertad para recortar la libertad de la víctima según una ley universal (en este caso, el disfrute pacífico de su propiedad por parte de la víctima). Las herramientas coactivas de que está dotado el Derecho penal están justificadas. Pero ¿qué ocurre con una ley que grave los ingresos de algunos ciudadanos para incrementar la libertad positiva de otros ciudadanos (por ejemplo, una ley redistributiva)? No estoy muy seguro de ello, pero parece que esta ley no superaría el test de Kant. El ladrón está obstaculizando la libertad de la víctima, ¿está el contribuyente obstaculizando (indebidamente) la libertad de alguien cuando el Estado le impone su impuesto? En otro lugar, Kant se opone a un Estado que aspirara a nivelar los recursos, pues esto, en su opinión, no sería posible sin violaciones constantes de la libertad y la justicia³⁷. Estos pasajes sugieren que el concepto de “libertad externa según una ley universal” en el PUJ se refiere a la libertad negativa en el sentido moderno: ausencia de intromisiones efecti-

vas por parte de otros³⁸. Por lo demás, una ley que imponga impuestos en nombre de la libertad negativa –por ejemplo, para reforzar el Estado de Derecho, creando o mejorando los tribunales, financiando fuerzas de policía adecuadas, etc.- estaría justificada desde el punto de vista de Kant, aunque el contribuyente en este caso no está infringiendo la libertad de nadie. Para Kant, los contribuyentes deberían contribuir al mantenimiento de las instituciones que son esenciales para el imperio del Derecho. Esto significa que no toda coacción legal justa sería una “negación de la negación de la libertad”. La imposición fiscal dirigida a sostener las instituciones que necesita el Estado para “oponerse a aquello que se opone a la libertad” –por ejemplo, castigar a los criminales y cosas así- está también justificada.

Por consiguiente, las leyes son justas cuando aseguran la máxima libertad externa (entendida en el sentido negativo, como ausencia de constricciones) compatible con una ley universal. Las limitaciones de la libertad admisibles son las impuestas en aras de la propia libertad (un tema recogido por John Rawls). El test del PUJ, pues, tiene dos púas. La ley debe (1) asegurar la máxima libertad para todos, y (2) hacerlo “según una ley universal”, es decir, en una forma universalizable y basada en principios.

Kant apela al consentimiento en varios lugares: una ley justa es aquella en la que el ciudadano debe consentir racionalmente³⁹. De la misma forma que, en asuntos morales, la máxima correcta es aquella de la que podamos decir que nos la autoimponemos mediante la razón pura, así en asuntos po-

líticos la ley correcta es aquella de la que podamos decir que nos la autoimponemos mediante la aplicación del PUJ. El imperativo categórico encarna la autolegislación moral; el PUJ encarna la autolegislación política. Usamos el criterio del PUJ (compatibilidad con la libertad externa universalizable de todos los demás) para juzgar a las leyes reales, y si concluimos que la ley satisface el criterio, entonces es una ley que, en algún sentido, consentimos. Por tanto, aunque la legislación represente una voluntad heterónoma, es autolegislada en un sentido importante.

Kant capta esta visión en un enigmático pasaje de la DD en el que escribe que, por definición, una autoridad legislativa genuina no puede legislar inmoralmente. Puesto que en una república las personas se gobiernan a sí mismas, toda ley democráticamente adoptada es autolegislación. Si uno legisla para sí mismo, es autónomo⁴⁰. Por supuesto, tomada literalmente, esta afirmación es absurda. Los legisladores debidamente designados legislan también para gente que no está de acuerdo con ellos (la minoría perdedora) y además a menudo aprueban malas leyes. Pero quizás una lectura caritativa de este pasaje consistiría en considerar que cuando la autoridad competente promulga leyes que satisfacen el PUJ, nos encontramos ante una situación política análoga (aunque no exactamente igual) a la del individuo que se implica en la autolegislación. Una ley justificada es *como* una ley que las personas se dan a sí mismas.

El papel de las teorías empíricas

¿Cuál es, para Kant, el papel de los hechos

y teorías empíricas? Kant es descrito a menudo como un estricto racionalista que fue hostil a lo empírico; y, sin duda, hay una considerable base textual para apoyar esta interpretación. Sin embargo, en un pasaje crucial, Kant concede que, en la política, la razón por sí sola no puede decirnos qué hacer en el caso concreto:

“El complemento de una metafísica de las costumbres, como el otro miembro de la división de la filosofía práctica en general, sería la antropología moral, la cual, sin embargo, contendría sólo las condiciones subjetivas, tanto obstaculizadoras como favorecedoras, de la realización de las leyes de aquélla”⁴¹.

Por tanto, necesitamos conocer hechos y teorías empíricas para aplicar el PUJ al mundo real. Sin embargo, tras haber reconocido esto, Kant se apresura a advertirnos que:

“No se puede prescindir de la antropología moral, pero tampoco debe ésta en modo alguno preceder a la metafísica de las costumbres o estar mezclada con ella: porque entonces se correría el riesgo de extraer leyes morales falsas o, al menos, indulgentes, que hacen que parezca inaccesible lo que no se alcanza precisamente porque la ley no se contempla y expone en su pureza (en la cual consiste su fuerza), o bien el riesgo de utilizar incentivos espúreos o impuros para lo que es en sí bueno y conforme con el deber. Esto nos dejaría sin principios morales ciertos, tanto para guiar al juicio como para disciplinar al espíritu en la observancia del deber, cuyos principios deben ser dados *a priori* exclusivamente por la razón pura”.

Este es un pasaje indigesto, pues uno habría pensado que los hechos y las teorías empíricas deberían estar *mezclados* con nuestros principios de justicia. Esta es la única forma en que podemos juzgar si una ley o una institución concreta es buena o mala. Pero quizás todo lo que Kant está diciendo es que esos dos campos son *conceptualmente* distinguibles; que debemos articular los principios de justicia independientemente de, y antes de, volvernos hacia las ciencias sociales.

Resumen de Kant

Así, resumiendo la visión de Kant sobre la legislación:

- 1) Una norma práctica puede ser ética⁴² o jurídica. Será ética si la corrección intrínseca de la norma es lo que motiva a los agentes racionales a cumplirla. Esto ocurre cuando la norma satisface el imperativo categórico. Una norma de este tipo motiva *internamente*: apela sólo a la razón.
- 2) Una norma, en cambio, es jurídica cuando es promulgada por una autoridad política. En este caso los agentes racionales podrían ser motivados sólo *externamente*, por la amenaza de sanción (o algún otro rasgo “independiente del contenido”). Esto es el Derecho positivo. La motivación apela a las inclinaciones y aversiones de los sujetos.
- 3) Una norma puede motivar tanto externa como internamente al mismo tiempo (es decir, una norma puede ser Derecho ético y Derecho positivo simultáneamente).

- 4) Sin embargo, cuando la legislación motiva sólo externamente (Derecho positivo), debe satisfacer dos requisitos para ser legítima: debe ser promulgada por la autoridad competente y debe cumplir el principio de justicia. Esto significa que además de tener el pedigrí correcto, una ley justa *debe ser compatible con la libertad (negativa) de todos los demás según una ley universal*.
- 5) La justicia de la legislación debidamente promulgada no es medida, por tanto, ni por el imperativo categórico ni por cómo promueva la felicidad o el bienestar general, sino por el hecho de si satisface o no el principio de justicia. Cuando esto ocurre, se puede decir que la legislación justa es una en la que todo ciudadano racional consiente (o consentiría).
- 6) El PUJ, sin embargo, debe ser completado por una antropología moral, esto es, un conocimiento apropiado de las condiciones empíricas en las que el PUJ –un producto de la razón pura– debe ser aplicado.

Lo que consigue Kant

En mi opinión, Kant consigue dos objetivos con su filosofía política y jurídica. En primer lugar, su principio de justicia es una defensa de la democracia constitucional. En segundo lugar, aporta buenas ideas a la teoría *analítica* del Derecho, esto es, a la elucidación filosófica de los conceptos jurídicos (especialmente, el concepto de obligación jurídica).

La contribución de Kant a la teoría constitucional es importante. La idea, ya indicada,

es familiar. La constitución de una república debe ser diseñada con la protección de las libertades individuales como principio rector. El mayoritarismo crudo es despótico porque la mayoría puede oprimir a la minoría, o incluso a un individuo. El principio kantiano de justicia, combinado con su énfasis en la dignidad humana, proporciona un fundamento para la moderna democracia limitada-por-los-derechos. El sutil análisis kantiano de la separación de poderes complementa convenientemente esta perspectiva. Los principios constitucionales de separación de poderes, combinados con una tabla de derechos eficaz, son, por tanto, adecuadamente cubiertos por el principio kantiano de justicia⁴³. La idea nuclear es que el diseño constitucional debería tener la protección de la libertad en su centro. Hay barreras, restricciones –en definitiva: derechos humanos– que el gobierno no puede, por regla general, violar, y algunos de ellos no los puede violar *nunca*. Esto funciona mejor, creo, como regla subsidiaria general de gobierno que como regla formalista absoluta. Todos sabemos, como Kant supo, que los derechos legales pueden entrar en conflicto unos con otros, y que a veces el gobierno puede –lamentable pero legítimamente– violar derechos. Llamaré “Intuición Constitucional de Kant” a este principio subsidiario general, el principio de la democracia constitucional; es, a mi modo de ver, la contribución perdurable de Kant a la filosofía política: no porque él fuera el primero en sugerirlo, sino porque él lleva hasta un nivel superior de sofisticación filosófica las contribuciones de Rousseau, Locke y Montesquieu.

De la misma forma, Kant tiene ideas valiosas sobre la teoría analítica del Derecho.

Proporciona un fundamento para una teoría retributiva del Derecho, para el concepto de adquisición de propiedad, para el Derecho de contratos, y cosas así. Y, aunque muchos han ridiculizado las ideas antirrománticas de Kant sobre el matrimonio, estoy de acuerdo con Roger Scruton en que Kant fue el primero en subrayar la diferencia moral entre el sexo por amor y el sexo que busca la mera gratificación sensual⁴⁴. También, las opiniones de Kant sobre la tolerancia religiosa y la fundación de iglesias revelan su instinto humanitario y resultaban muy adelantadas para su tiempo, aunque los argumentos en que se basa a veces resulten no ser transparentes.

Kant y el Giro Moral: por qué es indispensable el conocimiento empírico

¿Incorre Kant en el Giro Moral? Incurriría en él si sus escritos pudieran ser interpretados –como han intentado hacerlo muchos– en el sentido de que el valor moral de la legislación sólo puede ser comprobado mediante la razón, sin apelar a hechos y teorías empíricas⁴⁵. Sin embargo, el pasaje sobre la antropología moral citado *supra* muestra que era consciente de que para aplicar el PUJ al mundo real se deben conocer los hechos y teorías pertinentes. Es decir, Kant era consciente de que el PUJ por sí solo no basta para establecer el valor moral de las leyes realmente existentes. El problema, con todo, es que Kant no sigue su propio consejo. Por el contrario, sigue dos procedimientos que no son coherentes con su previa advertencia sobre la necesidad de integrar las ciencias empíricas. En primer lugar, en varios pasajes de la DD dice de-

rivar la necesidad moral de instituciones jurídicas concretas directamente del PUJ, sin apelar a la economía ni a cualesquiera otras consideraciones empíricas. Esto es claro en el caso de la propiedad privada⁴⁶. Y, en segundo lugar, en otros textos se limita a expresar sus intuiciones sobre un asunto particular (el estatus político de las mujeres, o las diferencias morales entre las razas) sin argumentos, empíricos ni de ningún otro tipo⁴⁷.

No intentaré, sin embargo, terciar en el debate acerca de si la filosofía política de Kant es o no un formalismo vacío. Ciertamente, a pesar del pasaje sobre antropología moral citado *supra*, en otros lugares Kant muestra desdén por las ciencias empíricas como ingredientes del juicio moral fundacional⁴⁸. La interpretación caritativa sería que el desdén de Kant por lo empírico se limita al ámbito de los fundamentos lógicamente necesarios. (Esto a su vez plantea la cuestión de si los fundamentos tienen que ser necesarios, cuyo análisis excedería los límites de este artículo). Pero puedo decir esto (con independencia de si Kant hubiera estado de acuerdo o no): *el principio universal de justicia no puede determinar por sí solo el valor moral de la legislación*⁴⁹. La mayor parte de las leyes modernas no superan el test, y sin embargo están perfectamente justificadas desde cualquier concepción de la política basada en el sentido común; y, a la inversa, muchas leyes satisfacen el test y, sin embargo, son susceptibles de crítica moral. El criterio formal de Kant, en otras palabras, produce falsos positivos y falsos negativos. Esto ocurre porque el formalismo pasa por alto el hecho de que una im-

portante función de la legislación estriba en calibrar los variopintos intereses de millones de personas. En consecuencia, cualquier ley sensata tendrá que incluir transacciones de diversos tipos, y esto tiene un par de corolarios que son incompatibles con una visión formalista. En primer lugar, calcular las compensaciones *requiere* tomar en consideración las consecuencias sociales, esto es, recurrir a nociones de utilidad (condicional). En segundo lugar, a veces los equilibrios legislativos reducirán significativamente la libertad de algunos para conseguir un objetivo social importante; incluso en ocasiones (y lamentablemente) la legislación violará los derechos básicos de algunos, o muchos, para conseguir un fin social *muy* importante. Por tanto, cuando evaluamos la legislación necesitamos hacer preguntas tales como si los beneficios de la ley superan a sus costes; si los intereses que las leyes promueven son lo bastante importantes para justificar la redistribución coactiva de la riqueza, si el recorte operado en la libertad de unos resulta justificado a la luz de la mayor libertad que proporciona a otros, y, de manera importante, si la ley es contraproducente en formas que no son inmediatamente obvias. Estos son los tipos de argumentos que los ciudadanos deberían utilizar en la arena política, y las respuestas no pueden depender exclusivamente de la razón abstracta.

Las aplicaciones del principio que lleva a cabo el propio Kant

Volviendo al texto de la DD, mi sospecha de que el principio de justicia resulta de poca ayuda se ve confirmada por el hecho de que, en su propio análisis de las institucio-

nes jurídicas (análisis al que Robert Louden ha llamado la “ética impura” de Kant), Kant no utiliza el principio de justicia para valorar el Derecho positivo, o bien lo aplica de manera ininteligible, o apela a otros principios *ad hoc*. Por ejemplo, en su comentario sobre la sanción penal, defiende la *lex talionis* contra el principio de disuasión⁵⁰. Esto puede ser interpretado, por supuesto, como una defensa de la teoría retributiva de la sanción, y como tal puede, quizás, ser basado tanto en el principio de justicia como en el imperativo categórico⁵¹. El argumento puede ser interpretado en el sentido de exigir que el criminal sea tratado como un fin en sí mismo y no como un medio al servicio de los fines de la sociedad. Muy bien hasta aquí. Pero, como explica Brown, el argumento no justifica la ley específica que establece la pena de muerte, que Kant defiende apasionadamente⁵². Simplemente, no hay recursos en la teoría de Kant para justificar la pena de muerte. Su teoría incluye sólo una defensa de una interpretación retributiva del Derecho penal. No proporciona un criterio para escoger una forma particular de castigo (en realidad, puede haber argumentos kantianos para *oponerse* a la pena de muerte).

De forma parecida, el extenso comentario sobre la propiedad privada en la DD es casi puramente conceptual: cómo es posible la adquisición original, si el derecho de propiedad se refiere a personas o a objetos, y ese tipo de cosas⁵³. Kant tiene ideas interesantes aquí, como su teorización de la adquisición original como algo que deriva de derechos de propiedad comunales. Sharon Byrd y Joachim Hruschka han mostrado

convincentemente cómo Kant afirmó la necesidad moral de que el Estado reconociera *algún* derecho de propiedad privada⁵⁴. Esto excluiría presumiblemente –y sólo por razones de principio- la legitimidad de una propiedad exclusivamente pública de las cosas. Sin embargo, Kant no entra en la cuestión de *cuánta* propiedad privada habría que permitir exactamente, o en la justicia de normas específicas de Derecho civil (un Derecho que, por cierto, él admiraba). Quizás es injusto criticar a Kant por no haber abordado la cuestión central de la filosofía política moderna: la de cuándo puede el gobierno arrebatarse a alguien su propiedad para entregarla a otro, es decir, el problema de la redistribución de los recursos. Sin embargo, esa omisión convierte a su filosofía política en virtualmente irrelevante para el enjuiciamiento de la legislación moderna sobre la propiedad, a menos que interpretemos que Kant sostiene que los principios puros imponen derechos de propiedad fuertes, a la manera de Locke o Nozick.

Parte II: Los kantianos modernos y el Giro Moral

Pero quizás podemos perdonar la omisión de Kant –el hecho de que, en la DD, no aplique el principio de justicia a instituciones jurídicas particulares- y sugerir caritativamente que el PUJ o un principio emparentado con él pueden pese a todo servir para enjuiciar los méritos de la legislación. Esto, como veremos, es lo que hacen algunos neokantianos.

He llegado a convencerme de que este enfoque sobre la teoría política es erróneo, y

de que Kant causó daño involuntariamente a la teoría política al defender un método formal para evaluar las leyes. La respuesta a la mayor parte de los problemas sociales y políticos es empírica, y no normativa. Al decir esto no pretendo defender la poco plausible tesis de que la legislación carezca de metas morales. Lo que quiero decir es que pocos problemas políticos pueden ser resueltos mediante meras fórmulas abstractas. Para afrontar apropiadamente la mayor parte de los asuntos de interés público hay que comprender complejas cadenas causales empíricas. Rehusar hacerlo es malo por muchas razones; una de ellas es que esta negativa moraliza la política indebidamente: hace posible el Giro Moral (de nuevo, la falacia de tratar una cuestión empírica como si fuese una cuestión normativa). El Giro Moral tiene lugar por dos vías, cuyo origen, desgraciadamente, puede ser encontrado en el formalismo kantiano. Una, la más visible, es la renuencia *del público* a ocuparse de la ciencia social (porque los costes informativos son altos) y, en consecuencia, la inclinación a pensar que la respuesta a los problemas políticos es puramente normativa. La otra es la *práctica de los filósofos* consistente en inferir la justicia de los mecanismos institucionales *solamente* de ciertas tesis morales. Intentaré explicarlo.

Examinemos en primer lugar una forma peculiar de *falso* kantismo que preside la forma en que mucha gente, incluyendo a los políticos que buscan el poder, piensan sobre la legislación. En lugar de intentar determinar si una ley puede o no contribuir a solucionar el problema al que se refiere (consultando la ciencia económica o polí-

tica), la mayor parte de la gente se limita a una “corazonada” acerca de si la ley está “en el lado de los buenos”, es decir, si es o no el tipo de ley que parece ser coherente con otras creencias políticas que tienen. Con mucha frecuencia, la gente apoya o se opone a una ley por razones *simbólicas*: ¿simboliza esta ley la igualdad, o la compasión, o lo que sea?⁵⁵ Los políticos profesionales y otras personas interesados en el poder político saben esto, y es así cómo tenemos que aguantar los topicazos deslizados en los programas de televisión y los discursos políticos. Este fenómeno es bien conocido, y ha sido señalado a menudo como una de las causas de la degradación de la argumentación política⁵⁶. Los ciudadanos a menudo piensan “en paquetes”. Esta ley parece una de las que la izquierda (o la derecha) defendería, y por tanto yo también la apoyo (o no). A la mayor parte de los que hablan sobre política les preocupa mucho ser ubicados en el lado correcto del espectro, aparecer asociados a los grupos y facciones correctos. Y como ese incentivo es indiferente a la verdad, naturalmente no prestan atención a los probables efectos de la ley.

Desgraciadamente, este enfoque simplista sobre la política no se limita al público general. Algunos filósofos políticos neokantianos han sido seducidos por el Giro Moral, aunque vistan su posición con la jerga sofisticada de la filosofía analítica. Para estos filósofos neokantianos, la mayor parte de los problemas políticos podrían ser resueltos si simplemente hiciésemos las distinciones conceptuales adecuadas y adoptáramos los valores morales correctos. Una vez que descubrimos o formulamos los valores co-

rectos, podemos recomendar leyes e instituciones concretas. Las recomendaciones institucionales de algunos filósofos políticos neokantianos, por tanto, se basan en un *non sequitur*. Antes de ilustrar esta acusación con ejemplos concretos, quiero dejar claro lo que *no* estoy criticando. La misión de la filosofía política consiste en identificar y defender principios de ética política. Corresponde a los filósofos, por consiguiente, o bien permanecer agnósticos acerca de qué instituciones satisfacen mejor dichos principios, o bien recurrir a datos fiables y actualizados de las ciencias sociales (economía, ciencia política, psicología) para defender leyes e instituciones concretas. Así, la defensa por parte del profesor Kokaz de un principio de erradicación de la pobreza sobre bases rawlsianas es perfectamente apropiada, pero recomendar una asistencia social masiva (en lugar de, por ejemplo, el libre comercio) como el mejor o el único medio de aplicar ese principio equivale a incurrir en el Giro Moral⁵⁷. Sólo las ciencias empíricas pueden identificar los mejores medios para erradicar la pobreza. De forma similar, los profesores Murphy y Nagel no incurren en el Giro Moral cuando rechazan el recurso a derechos de propiedad naturales y pre-fiscales como un argumento contra los impuestos redistributivos⁵⁸. Pero si recomiendan impuestos más altos en lugar de impuestos más bajos (o viceversa) para realizar un principio de justicia concreto, estarían incurriendo en el Giro Moral⁵⁹.

John Rawls y la redistribución coactiva de la riqueza

¿Pueden los principios abstractos justificar la redistribución coactiva de la riqueza?⁶⁰.

(Ignoraré aquí el hecho de que el propio Kant no tenía interés alguno en la distribución de recursos⁶¹, y seguiré, *gratia argumentandi*, la interpretación habitual de los modernos neokantianos: a saber, que un principio de justicia convenientemente actualizado puede justificar leyes redistributivas). La mayor parte de los neokantianos intentan –mediante el mero razonamiento formal– demostrar la deseabilidad de la redistribución de la riqueza. Según ellos, la redistribución coactiva es exigida por la justicia. Los argumentos presentados para esto son variados pero convergentes. Algunos se basan en la arbitrariedad de la distribución real de los recursos; otros enfatizan el imperativo moral de asistir a aquellos que, por la razón que sea, no compiten bien en el mercado. Pero la mayoría de ellos están de acuerdo en que cualquier sociedad política justa debe aspirar a corregir las disparidades de renta, o al menos a aliviar la pobreza, por medio de transferencias coactivas de recursos.

El más conocido neokantiano que ha defendido la redistribución coactiva de la riqueza es John Rawls. No pretendo aquí explorar la voluminosa literatura sobre la filosofía política de Rawls. En lugar de ello, quiero ocuparme de un tema preciso: ¿justifica el principio rawlsiano de la diferencia por sí solo la redistribución coactiva de la riqueza? Según el principio de la diferencia, “las desigualdades sociales y económicas deben ser dispuestas en forma tal que ambas (a) redunden en el mayor beneficio esperable para los menos aventajados y (b) estén vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos, bajo condiciones de una

justa igualdad de oportunidades”⁶². La estructura básica de la sociedad, por tanto, debe ser diseñada con vistas a maximizar las expectativas a largo plazo de sus miembros menos aventajados. Supongamos que éste sea un principio de justicia verdadero o plausible. Imaginemos que ahora hacemos la siguiente pregunta: ¿qué instituciones son más capaces de satisfacer el principio de la diferencia? Las dos posibles respuestas son éstas: 1) el principio de la diferencia es satisfecho de la mejor forma mediante la imposición de una redistribución coactiva de la riqueza, basada en la teoría de que los resultados del mercado no mejorarán la condición de los menos aventajados; y 2) el principio de la diferencia es satisfecho de la mejor forma mediante la mayor desregulación posible de los mercados, basada en la teoría de que, gracias al crecimiento de la economía (y a la consiguiente creación de empleos y oportunidades) los miembros menos aventajados de la sociedad se beneficiarán más de lo que se beneficiarían mediante la alternativa descrita en (1).

Pues bien, la respuesta a esta pregunta depende *enteramente* de los descubrimientos de las ciencias empíricas. Defender (1) implica rechazar la teoría causal que subyace a (2). Esta teoría predice que la clase pobre se beneficiará más del crecimiento económico generado por la expansión de los mercados que lo que recibiría como beneficiaria de la redistribución en una economía menos robusta. Esta teoría podría ser falsa, y no es éste el lugar para investigar eso. Más bien, mi argumento aquí es que *el principio de la diferencia no requiere por sí mismo la redistribución coactiva de la riqueza*. Sólo

puede exigirla una vez combinado con una teoría empírica que predice que los mercados desregulados beneficiarán a los pobres *menos* que los mercados regulados.

Examinemos ahora cómo aborda Rawls esta cuestión. Considera cinco posibilidades: capitalismo de *laissez-faire*, capitalismo de Estado del Bienestar, democracia de propietarios, socialismo liberal y socialismo autoritario⁶³. Afirma que el principio de la diferencia *no puede* ser realizado por el Estado del Bienestar (entendido como un sistema capitalista corregido por transferencias más o menos generosas a los pobres) porque éste “permite grandes desigualdades en la titularidad de la propiedad real (medios de producción y recursos naturales), de tal forma que el control de la economía y de gran parte de la vida política queda en manos de unos pocos”⁶⁴. También descalifica el capitalismo de *laissez-faire* porque éste “rechaza tanto el justo valor de las libertades políticas como la justa igualdad de oportunidades” y, además, “aspira a la eficiencia y el crecimiento económico, constreñido sólo por un mínimo social bajo”⁶⁵. Después de rechazar el socialismo autoritario por razones obvias, toma en consideración dos modelos económicos que, en su opinión, superan el test: la democracia de propietarios y el socialismo liberal. Cada una de estas alternativas implica un intervencionismo estatal más amplio que el capitalismo de *laissez-faire* o el de Estado del Bienestar. La democracia de propietarios significa, para Rawls, un sistema en el que los medios de producción son objeto de propiedad privada, pero en el que el Estado está redistribuyendo aquéllos constan-

temente a través del proceso democrático, presumiblemente para asegurarse de que no se producen concentraciones indebidas de poder económico:

“En la democracia de propietarios [...] el objetivo es realizar [...] la idea de la sociedad como sistema justo de cooperación entre los ciudadanos entendidos como libres e iguales. Para conseguir esto, esas instituciones deben, desde el comienzo, poner en manos de los ciudadanos en general, y no sólo de unos pocos, los medios productivos suficientes para que puedan ser miembros plenamente cooperativos de la sociedad en un pie de igualdad. Entre estos medios figuran el capital humano y el capital real [...]”⁶⁶

¿Incorre Rawls en el giro moral? Lo haría si su rechazo del capitalismo de *laissez-faire* y del Estado del Bienestar derivara sólo del principio de la diferencia. A veces suena a eso, como cuando asume la importantísima hipótesis empírica de que cada modelo “funciona de acuerdo con su descripción institucional ideal”⁶⁷, y se refiere en una frase a la literatura sobre las disfunciones de las instituciones redistributivas (*public choice*) como “pensamiento conservador” y dice simplemente que, aunque esas cuestiones deben ser abordadas, deberíamos “dedicar nuestra atención mayormente a la cuestión primaria del derecho y la justicia, dejando las demás [es decir, las cuestiones empíricas] a un lado”⁶⁸. También escribe que el sistema de *laissez-faire* “rechaza” el justo valor de las libertades políticas y de la igualdad de oportunidades: supuestamente, el *laissez-faire* niega esos valores en el nivel de los principios. En estos pasajes,

Rawls parece incurrir en el Giro Moral, pues que el *laissez-faire* reduzca o incremente el justo valor de las libertades políticas es una cuestión enteramente empírica. En otros lugares, sin embargo, asocia sus principios de justicia con atrevidas presunciones empíricas para las que no proporciona ningún (o muy poco) fundamento. Por ejemplo, escribe que, en la democracia de propietarios –el sistema que él defiende– “no existirá una subclase, o, si hay una pequeña clase de ese tipo, es el resultado de condiciones sociales que no comprendemos”⁶⁹. Lo mismo se puede decir de su presunción empírica según la cual el *laissez-faire* o el Estado del Bienestar darán lugar necesariamente a mayores concentraciones de riqueza, o de la suposición de que las fuertes instituciones redistributivas exigidas por una democracia de propietarios no tendrán un efecto deletéreo sobre la producción que terminaría dejando a los menos favorecidos en una situación aún peor.

Sin embargo, una vez más, la cuestión de cuál de los cuatro modelos satisfaga mejor el principio de la diferencia, es decir, de cuál de ellos es preferible desde el punto de vista de los pobres, es una cuestión puramente empírica. Por ejemplo, podría ser que el sistema de *laissez-faire*, al promover el crecimiento económico y la creación de empleo, realizara mejor el principio de la diferencia. O puede ocurrir que los funcionarios encargados de redistribuir los medios de producción en una democracia de propietarios sean ineptos o corruptos (esto es, que el modelo no funcione en su forma ideal). Que los funcionarios públicos sean o no suficientemente competentes e inspi-

rados por el interés público es una cuestión que sólo puede ser establecida por los hechos y teorías empíricas. Si resulta que no están suficientemente inspirados por el interés público (como, por ejemplo, sugiere la teoría de la *public choice*), entonces un sistema de *laissez-faire* puede ayudar más a los pobres. Si comparamos el Estado del Bienestar con la democracia de propietarios, puede ocurrir que una riqueza más concentrada, acompañada de generosas transferencias redistributivas, beneficie a los pobres más que un sistema en el que los que producen se encuentren constantemente bajo la amenaza de ser desposeídos. Así, a pesar de que Rawls a menudo reconoce que la realización de la justicia requiere conocimientos sobre la forma en que funciona la sociedad (y especialmente la economía), incurre pese a todo en el Giro Moral, bien asumiendo que algunos modelos son por principio incompatibles con la justicia, bien haciendo presunciones empíricas insuficientemente fundamentadas. En ambos casos, su postura sobre el papel de las teorías empíricas resulta problemática. Pues las consecuencias de la elección de uno u otro tipo de instituciones son decisivas. Sería desastroso establecer instituciones de *laissez-faire*, partiendo de la creencia empírica de que beneficiarán a los pobres, para encontrar después que la pobreza se ha incrementado dramáticamente. Sería igualmente desastroso adoptar instituciones redistributivas partiendo de la creencia empírica de que ayudan a los pobres, para ver después cómo se hunde la economía, y los pobres con ella⁷⁰. Una vez que hemos entendido que hacen falta teorías empíricas, no podemos elegir la de-

mocracia de propietarios *aunque* en la vida real el Estado del Bienestar o el sistema de *laissez-faire* mejoren más la situación de los miembros menos aventajados de la sociedad⁷¹. Cualquier juicio sensato sobre este tema debe recurrir a los hallazgos de las ciencias empíricas⁷².

Rawls aduce una razón más para rechazar el *laissez-faire* en cuanto vehículo de justicia económica. Dice que una sociedad justa tiene que ser *diseñada* con vistas a satisfacer el principio de la diferencia. Escribe: “[S]i un sistema no aspira a ciertos valores políticos, y no posee instituciones enderezadas a garantizarlos, entonces esos valores no serán realizados”⁷³. Un sistema de *laissez-faire* no aspira, piensa él, a beneficiar a los menos aventajados: si finalmente resulta beneficiarles, lo hará por accidente, por casualidad. Un sistema de redistribución coactiva (democracia de propietarios o el Estado de Bienestar) está, en cambio, deliberadamente diseñado para la realización del principio de la diferencia. Pero este argumento no puede resistir un análisis en los términos del propio Rawls, y a la luz de razones metodológicas más generales. Bajo el propio principio de la diferencia, si el *laissez-faire* es mejor para los desfavorecidos, entonces la justicia exige el *laissez-faire*. Este punto no es debatible. Rawls no tiene derecho a estipular otra cosa sin cambiar la formulación del principio de la diferencia, según el cual “las desigualdades económicas y sociales [...] son justas sólo si redundan en beneficios compensatorios para todos, y en particular para los miembros menos favorecidos de la sociedad”⁷⁴. Que un modelo institucio-

nal produzca o no beneficios compensatorios para los más desfavorecidos es una cuestión empírica; que sea un sistema de *laissez-faire* o un modelo de redistribución coactiva el que mejor asegure esos resultados es una cuestión abierta. Más generalmente, es difícil ver por qué deberíamos adoptar instituciones que tienen resultados subóptimos simplemente porque nuestra intención es (supuestamente) más pura. Si nos importa ayudar a los pobres, deberíamos establecer instituciones que hagan precisamente eso: ayudar a los pobres. No deberíamos establecer instituciones que ayudan a los pobres insuficientemente simplemente porque la intención de los legisladores es, teóricamente, más pura. El deber –basado en la justicia– de ayudar a los pobres nos compromete a hacer el tipo de cosas que efectivamente reducen la pobreza, y no cosas que son bienintencionadas pero contraproducentes⁷⁵. Y finalmente, no veo por qué los mercados libres no podrían ser diseñados específicamente teniendo en mente el bienestar de los pobres. De hecho, esto ocurre a menudo⁷⁶. Los legisladores preocupados por la suerte de los pobres pueden decidir desregular los mercados a la luz de lo que saben sobre el efecto probable (crecimiento económico) de la desregulación, unido a la conciencia de los efectos beneficiosos del crecimiento sobre los desfavorecidos. Eso sería un sistema de libre mercado diseñado para ayudar a los pobres. Creo que Rawls se aprovecha aquí de la ambigüedad del concepto de “diseño”. Si los legisladores creen que, en conjunto, un sistema de *laissez-faire* tendrá como *resultado* la promoción de los pobres incluso si los agentes económicos

no buscan eso (tal es el sentido de la famosa observación de Adam Smith sobre la mano invisible), entonces los legisladores pretenden que el sistema ayude a los pobres, aunque los agentes del mercado actúen interesadamente y los beneficios para los pobres sean por tanto colaterales. Desde cierto punto de vista (la intención de los legisladores), la realización del principio de la diferencia es buscada conscientemente. Desde otro punto de vista (la intención de los agentes económicos), no lo es. Nada de esto debería importar, a mi modo de ver, a la hora de decidir el diseño institucional, pero si la intención debiera contar para algo, tendría que ser la intención en el primer sentido considerado (la intención de los legisladores y diseñadores de políticas).

La controversia entre el defensor de la intervención estatal y el defensor de los mercados libres *no* es normativa en el sentido de que cada posición quede inmunizada frente al reto de la causalidad. La controversia no puede ser dirimida por un principio neokantiano de justicia (como el principio de la diferencia) sin apelar a la ciencia empírica. A veces la gente da por supuesto que el librecambista y el defensor de la redistribución coactiva actúan inspirados por diferentes grados de preocupación por los pobres: que al primero no le importan bastante los pobres, en tanto que al segundo sí. Pero esto es un error. Alguien puede defender los mercados libres porque, entre otras cosas, benefician a los pobres. El enemigo de los mercados no puede refutar esta tesis invocando *sólo* principios abstractos de justicia. Debe demostrar que las premisas empíricas del librecambista son incorrectas.

Norman Daniels y la atención sanitaria

Algunos filósofos han sostenido que la justicia exige la implantación de un sistema sanitario provisto o controlado por el Estado (en lugar de abandonar el asunto fundamentalmente a las fuerzas del mercado). Norman Daniels, por ejemplo, ha extendido la teoría de Rawls para justificar la cobertura sanitaria universal⁷⁷. Según Daniels, la garantía de un acceso universal a la atención sanitaria viene exigida por el segundo principio de Rawls; más específicamente, por el imperativo según el cual los cargos y posiciones deben estar abiertos a todos bajo condiciones de una justa igualdad de oportunidades. La idea es que si la igualdad de oportunidades es exigida por la justicia y la buena salud es necesaria para disfrutar de tales oportunidades, entonces la sociedad debe asegurar la atención sanitaria. Por tanto, supongamos que el Congreso aprueba una ley que ordena proporcionar todo tipo de asistencia sanitaria a todo el mundo. ¿Cuál sería el veredicto de Kant o de Daniels sobre una ley así? El PUJ de Kant nos dice que una ley debe coexistir con la libertad de todos bajo un principio universal. El principio rawlsiano de la diferencia asumido por Daniels nos dice que las instituciones deben ser diseñadas con vistas al beneficio a largo plazo de los menos aventajados bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades.

Comencemos con Kant. Quizás la premisa universalizable pertinente sostenga que estar sano es una condición necesaria para el ejercicio significativo de la libertad. Asumamos, por tanto, que la ley puede ser uni-

versalizada. Sin embargo, ¿es compatible esta ley con la libertad de todos (la segunda púa del test)? Si la libertad es entendida en su sentido negativo (como hace Kant: véase *supra*), puede argüirse que la ley en cuestión viola el PUJ. El contribuyente cuya libertad es constreñida por Hacienda no está obstaculizando a su vez la libertad de nadie más; por tanto, la coacción ejercida sobre él no parece estar justificada. Si el concepto de libertad contenido en el PUJ es la libertad negativa, entonces la ley sobre atención sanitaria excede su función legítima de recortar la libertad sólo en aras de la libertad misma.

Actualicemos, pues, con Daniels (y *contra* Kant) la noción de libertad, y supongamos que el principio relevante se refiere a la libertad positiva. Alguien que quisiera criticar la ley podría decir que ésta indudablemente recorta la libertad positiva de algunos para potenciar la libertad positiva de otros. Alguien tiene que pagar para financiar la atención sanitaria de aquéllos que no pueden costársela, y la ley obligará a algunas personas a pagar eso. Los que pagan para que otros puedan acceder a la atención sanitaria están viendo recortada su libertad positiva, si consideramos que los impuestos estatales reducen nuestra libertad para hacer cosas, para perseguir proyectos. Pero ésta no es una objeción válida contra la ley de sanidad, una vez que se ha aceptado que el PUJ se refiere a la libertad positiva. Un defensor de la ley puede replicar que el PUJ requiere que el Derecho potencie la libertad (positiva) de todos los demás *bajo una ley universal*. Por tanto, el contribuyente tendría que aceptar dicha ley, si ésta

previsiblemente va a *maximizar* la libertad positiva de todos. Esto puede requerir una reducción de la libertad positiva del contribuyente. Para simplificar, asumamos que un mundo sin ley de atención sanitaria (es decir, en el que la atención sanitaria fuese abandonada a las fuerzas del mercado) sería un mundo en el que la suma total de libertad positiva –esto es, la libertad de los enfermos más la libertad de los contribuyentes– es inferior a la suma total de libertad positiva en un mundo *con* ley de atención sanitaria. De ser así, sería posible argumentar en favor de la ley de atención sanitaria basándose en un PUJ adecuadamente modificado. Un razonamiento similar respaldaría a la ley desde el principio de la diferencia asumido por Daniels.

Pero, desgraciadamente, este razonamiento no puede producir por sí solo una conclusión sobre la ley en cuestión. En efecto, del principio no se sigue recomendación institucional alguna. Pues necesitamos que las ciencias sociales nos digan si la ley va a generar de hecho la máxima libertad positiva una vez computadas todas sus consecuencias. Supongamos que concedemos que *algún tipo* de ley de atención sanitaria está justificada desde el PUJ. ¿Cómo vamos a escoger entre las muchas versiones posibles de dicha ley? Como es bien sabido, los esquemas de atención sanitaria universal pueden ir desde la sanidad totalmente estatalizada hasta sistemas basados en incentivos. Se puede incluso argumentar en favor de la tesis según la cual un sistema totalmente desregulado tiene más posibilidades de terminar ofreciendo atención sanitaria adecuada a los necesitados.

Lo importante aquí es que los principios de justicia resultan inútiles a la hora de escoger entre estos marcos legislativos alternativos: sólo el recurso al análisis económico de los sistemas sanitarios puede ayudarnos, e incluso entonces la elección estará lejos de resultar obvia (como lo demuestra la complejidad del debate actual).

Si nos volvemos a Daniels, es claro que cualquier juicio sobre la justificación de un sistema sanitario desde el principio de la diferencia tendría que tomar en consideración sus efectos sobre *otras* áreas de la sociedad. Como muestra Daniel Shapiro, Daniels debe demostrar por qué un sistema subsidiado de atención sanitaria puede evitar convertirse en “un agujero negro que absorbe recursos nuestros que podrían ser dedicados a otros bienes”⁷⁸. Yo añado: esos otros bienes, que no serán proporcionados a causa de los costes de la atención sanitaria subsidiada, son bienes a los que el pobre tiene derecho según el principio rawlsiano de la diferencia que Daniels asume. Un sistema de atención sanitaria fuertemente subsidiada dirige al sistema sanitario muchos recursos que por tanto no pueden ser ya dedicados a *otras* necesidades de los pobres. Tomemos la vivienda, por ejemplo. Si resulta que el Estado no puede subsidiar las viviendas para los pobres porque está gastando demasiado en sanidad, los “sin techo” tendrán razones legítimas para quejarse, según el mismo principio de justicia que ordena el acceso universal a la atención sanitaria. La conclusión es que prácticamente *cualquier* ley viola el estricto requisito deontológico según el cual la situación de toda persona pobre debe ser mejorada, o al menos no debe ser empeora-

da. La ley sacrifica a algunas personas pobres en aras de otras, aunque no beneficie a los ricos.

O supongamos que una ley que garantiza el acceso universal a la más cualificada atención sanitaria consigue su objetivo (todos tienen cobertura) al precio del empobrecimiento general, de tal forma que muchas personas –y, entre ellas, muchos pobres– perderán sus empleos y verán reducido su bienestar en consecuencia. Estas consideraciones son cruciales a la hora de evaluar la justicia de la legislación sanitaria, y es difícil ver qué nos pueden decir los principios de justicia a este respecto (en caso de que nos puedan decir algo). El propio Daniels reconoce el problema, pero decide ignorarlo. Escribe: “no he considerado cuándo –en el caso de que deban hacerlo– estas necesidades o derechos cobran prioridad respecto a otros deseos y preferencias”⁷⁹. Pero, si Daniels quiere justificar la cobertura sanitaria universal mediante el principio rawlsiano de la diferencia, no tiene derecho a ignorar cómo afectará a los pobres en otros aspectos un determinado modelo sanitario. Mi argumento aquí no es que la cobertura sanitaria universal sea una mala idea. El argumento es que la respuesta no puede depender de inferencias extraídas de principios abstractos de justicia.

¿Son justas las leyes sobre salario mínimo?

Consideremos brevemente otro ejemplo concreto. La mayor parte de los que defienden el salario mínimo dicen que lo hacen en nombre de los pobres. Sin embargo, *apenas se preocupan por comprobar*

si el salario mínimo ayuda realmente a los pobres. Presumiblemente, creen que algo parecido al principio kantiano de justicia o el principio rawlsiano de la diferencia zanja el asunto. En su opinión, sólo necesitamos pensar lo que significa la ley sobre salario mínimo y decidir si, una vez aprobada, podría coexistir con la libertad de todos bajo una ley universal, o si maximizaría las expectativas a largo plazo de los más desfavorecidos. Ciertamente, si defiendo el salario mínimo *parezco* una persona preocupada por la suerte de los pobres. ¿Qué mejor forma de mostrar compasión que exigir a los ricos empleadores que paguen más a los trabajadores? Pero cuando consultamos la ciencia económica, resulta que el salario mínimo a menudo genera desempleo⁸⁰. Si esta predicción económica es correcta (y no prejuzgo su corrección aquí), entonces las leyes sobre salario mínimo son incompatibles con la libertad de todos, puesto que favorecen a los que ya tienen un empleo manteniendo a muchos otros trabajadores en el paro. Y, de la misma forma, la ley de salario mínimo viola el principio de la diferencia, puesto que lesiona a los más desfavorecidos. Insistir en que esta ley puede estar *formalmente* justificada, sin mirar a sus consecuencias, es simplemente irracional.

Kantismo y transacciones

La discusión anterior muestra que la apelación a las consecuencias, y por tanto a la ciencia social, es necesaria para evaluar los méritos de la legislación. Vimos esto en los tres ejemplos analizados: la redistribución coactiva de la riqueza, la asistencia sanitaria universal y el salario mínimo. Por

supuesto, comenzamos planteando una pregunta kantiana: ¿infringe la ley derechos constitucionalmente garantizados? Pero después de responder a esa pregunta, el tipo de pregunta que deberíamos hacer es: ¿quién se beneficia y quién es perjudicado con esa ley? ¿Es aceptable la transacción, dados los efectos de la ley a largo plazo? Dados los objetivos que tenemos (por ejemplo, proporcionar asistencia sanitaria a un precio razonable) ¿son soportables los costes, monetarios o de otro tipo? ¿Hemos pensado en todas las consecuencias no deseadas de la ley para ver si es o no contraproducente? Ninguna de estas preguntas puede ser contestada aplicando principios abstractos de justicia. Todas requieren consultar a esas ciencias empíricas que los neokantianos a menudo desdeñan. Pero yo iría más lejos y sugeriría (aunque no lo argumentaré exhaustivamente aquí) que incluso la respuesta a la pregunta kantiana sobre los *derechos* constitucionales a menudo exige que los legisladores procedan a la transacción y a la ponderación de bienes. Hay muchos casos de este tipo, pero pensemos en los más dramáticos: las decisiones sobre cómo combatir el terrorismo. Sospecho que una aplicación estricta del principio kantiano de la justicia conduciría a no hacer nada frente a la amenaza terrorista, pues prácticamente cualquier cosa que haga el gobierno implicará recortar “la libertad de todos”. Y también vienen a la mente ejemplos menos dramáticos. Si concluimos que la gente tiene derecho a la educación según los principios kantiano o rawlsiano, la razón para ello no puede ser simplemente el hecho de que los principios de justicia lo exijan (sospecho que el PUJ

kantiano no permitiría la educación pública, en tanto que el principio rawlsiano de la diferencia sí lo haría). La educación pública tiene que ser justificada por los beneficios que proporciona a los estudiantes, además de por las exigencias de la justicia. Estos beneficios deben superar a los costes de coaccionar a los reticentes a sufragarla (si todos estuviéramos dispuestos a financiarla voluntariamente, la coacción no sería necesaria).

La brecha lógica entre el razonamiento filosófico y la justificación de las leyes e instituciones puede ser ilustrada mediante otro ejemplo. Supongamos que mi teoría de la justicia dice que el Derecho de daños es explicable por medio del imperativo moral de indemnizar a las víctimas de conductas ilegítimas. Supongamos además que soy el legislador encargado de elaborar un nuevo código de Derecho de daños. Si coloco demasiado alto el umbral de la responsabilidad civil, la ley no indemnizará a muchas víctimas de la conducta ilegítima, y por tanto será injusta. Si coloco el umbral demasiado bajo, muchas más víctimas serán indemnizadas, pero la ley puede desincentivar muchas actividades beneficiosas, y esto a su vez producirá desempleo y perjudicará a los más desfavorecidos. Así, la ley será también injusta por esta otra razón. Como indiqué, la misión del legislador consiste en calibrar las múltiples demandas de la justicia y aceptar equilibrios entre ellas. La justicia que inspira el Derecho sobre daños tiene que ser contrapesada por otras exigencias e intereses. Pero supongamos que concentro mi atención *sólo* en diseñar un sistema de res-

ponsabilidad civil por daños tan justo como sea posible, sin pensar en el efecto general de mi proyectado código sobre el conjunto de la sociedad. Incluso en ese caso, mi objetivo debería ser agregativo, en el sentido de que debería intentar maximizar el montante de las indemnizaciones pertinentes. Mi objetivo no puede ser asegurar que toda persona que lo merezca sea indemnizada. En jerga metaética, la jurisprudencia normativa no opera con arreglo a una lógica relativa-al-agente [*agent-relative logic*] sino más bien con arreglo a una lógica neutral-respecto-al-agente [*agent-neutral logic*]: el Derecho tiene que ser injusto con algunos para maximizar el total de justicia. Así que, resumiendo: los equilibrios son necesarios tanto en el sentido de que los efectos de la ley deben estar atentos a lo que ocurre en áreas no cubiertas por el Derecho, y en el sentido de que toda ley que aspire a ser justa debe violar el principio relevante de justicia en relación a algunos para maximizar, agregativamente, la realización del mismo principio⁸¹.

Rechazar el Giro Moral no conduce al utilitarismo

Como dice Brown en la cita del comienzo, mucha gente ha sido atraída hacia Kant por la fuerza de las conocidas objeciones al utilitarismo. Bajo la influencia de John Rawls, muchos creen que la eficiencia o el bienestar general no pueden ser el único objetivo de las instituciones políticas. La razón, por supuesto, es que la eficiencia no es sensible a las consideraciones distributivas que emanan de un principio normativo de justicia. Si nuestro principio de justicia dice, por ejemplo, que las reglas económicas deben

beneficiar a los pobres, entonces la eficiencia económica es inadecuada en cuanto meta institucional, pues permite que los ricos prosperen a expensas de los pobres, siempre que el producto total se incremente. Y yo estoy de acuerdo con esta crítica del utilitarismo en cuanto filosofía política.

Sin embargo, mi tesis es que reconocer las exigencias distributivas de la justicia, es decir, rechazar el utilitarismo (como yo hago), no implica, pese a todo, que los principios abstractos de justicia puedan servir para evaluar a las leyes positivas. Para evaluar a las leyes necesitamos la *utilidad* –por la cual entiendo el efecto empírico, las consecuencias de una ley–, aunque rechazamos el *utilitarismo*. Ya he indicado la razón: cualquier política viable requiere transacciones de diversos tipos: particularmente, transacciones *entre* los pobres. El argumento neokantiano habitual condena las transacciones porque presume infundadamente que las transacciones institucionales se producen a menudo entre los ricos y los pobres, y es por supuesto injusto promover a los ricos a expensas de los pobres, aunque aumente el bienestar agregado. Pero esta presunción es falsa: las leyes a menudo dan lugar a transacciones entre *pobres diferentes*, todos los cuales se supone que están protegidos por las exigencias distributivas de la justicia.

Conclusión

El formalismo kantiano es atractivo por una serie de razones. Una de ellas es que nos dispensa de la necesidad de estudiar los intrincados engranajes de la sociedad. Si la calidad moral de una ley puede ser deter-

minada sin necesidad de consultar a la economía, a la ciencia política, a la psicología y a las ciencias duras, entonces todo lo que tenemos que hacer es pensar intensamente sobre lo que *dice* la ley, esto es, sobre su significado, y a continuación someterlo al test proporcionado por un principio abstracto de justicia: ¿puede esta ley coexistir con la libertad de todos los demás? O bien: ¿satisface esta ley los dos principios [rawlsianos] de justicia? O: ¿es *probable* que esta ley satisfaga los principios de justicia si damos por buenas algunas intuiciones empíricas generales? Si la respuesta es afirmativa, la ley es legítima; si es negativa, la ley no es legítima. Podemos establecer esto sin necesidad de embrollarnos en las complejidades de la ciencia natural o social. Podemos soslayar tranquilamente la ardua tarea de comprender cadenas causales largas y complejas. Y, en una democracia, los ciudadanos no tienen por qué estudiar economía, estadística o ciencia política para deliberar provechosamente: en lugar de eso, deliberan sobre el sentido de los valores que comparten; sobre su proyecto común, digamos. Una vez que alcanzan un acuerdo, aprueban leyes. Como todos somos criaturas racionales capaces de aplicar los principios de justicia, es de esperar que (nosotros los legisladores) haremos lo correcto, y a continuación les dejaremos a otros –los técnicos– la tarea de aplicar el Derecho.

Este enfoque es incorrecto. Los principios abstractos de justicia identifican principios de moral política, especialmente los que tienen que ver con derechos constitucionales. Esa es su importante aportación a la teoría política y a la teoría del Derecho.

Pero esa es también su *única* aportación. Los principios de justicia pueden ir pocas veces más allá; la mayor parte del tiempo, no son suficientes para evaluar la legislación ordinaria. Una jurisprudencia normativa sólida debe también tener en cuenta los efectos sociales de las leyes promulgadas por el Estado. Rechazar esto supone incurrir en el Giro Moral: la creencia en que todo problema político tiene una respuesta puramente normativa; la creencia en que nuestra búsqueda de la justicia debe permanecer libre de la contaminación de las ciencias empíricas. Esto –sostengo– es un gran error filosófico.

**Traducido del inglés por
Francisco J. Contreras.
Catedrático de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Sevilla.**

¹ Stuart M. Brown, "Has Kant a Philosophy of Law?" *The Philosophical Review* 71 (1962): 47.

² Estoy en deuda con una serie de personas que emitieron comentarios sobre este trabajo y me salvaron de errores a veces de bulto: por ejemplo, los participantes en el congreso sobre la *Doctrina del Derecho kantiana*, celebrado en la Universidad de Jena, Alemania, en Julio de 2007; así como los miembros del "Legal Philosophy Group" de la Florida State University. Deseo expresar mi agradecimiento en particular a Sharon Byrd, Arthur Ripstein, Alexander Aichele, David Schmidtz y David Copp. A quien debo más es a mi amigo y co-autor Guido Pincione: mi reconocimiento aquí apenas puede reflejar la gran influencia de su pensamiento en el mío.

³ Guido Pincione y yo introdujimos la idea del Giro Moral en Guido Pincione – Fernando R. Tesón, *Rational Choice and Democratic Deliberation: A Theory of Discourse Failure* (Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2006), capítulo 6.

⁴ Vid. Fernando R. Tesón, *A Philosophy of International Law* (Boulder, CO: Westview Press, 1996), capítulo 1.

⁵ No sostengo que todos los filósofos políticos modernos perpetren el Giro Moral, pero sí que algunos de los más influyentes lo hacen. Véanse los ejemplos en la Parte II, *infra*.

⁶ Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, trad. de Mary Gregor (Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 1991): 35-177. Siguiendo la convención académica, sin embargo, citaré las páginas de la edición de la Academia Prusiana de las Ciencias (1907). En lo sucesivo, utilizaré la abreviación DD para referirme a la *Doctrina del Derecho*.

⁷ DD: 217.

⁸ Supongo que Brown está pensando en las consecuencias de las leyes (en contraposición a

la razón pura o el puro principio) cuando, en el texto citado *supra*, escribe: "el principio de utilidad en alguna forma condicional". Yo no utilizo esta expresión para evitar la confusión con el principio utilitarista, que no comparto, como explicaré en la Parte II.

⁹ Digo "económicamente alfabetizada" porque la hostilidad de los neokantianos a la economía es notoria, aunque la expresión más exacta hubiera debido ser "científicamente alfabetizada".

¹⁰ En este "nosotros" incluyo a cualquiera que esté interesado en juzgar imparcialmente el valor de la legislación. En particular, quiero evitar la perspectiva relativista seguida por la literatura sobre democracia deliberativa, en la que los ciudadanos reales, con sus carencias y prejuicios, son la única fuente de tales juicios. Me interesa la filosofía crítica, no los vaivenes del debate político que tiene lugar en la vida real. Véase, de manera general, Pincione y Tesón, *Rational Choice and Democratic Deliberation: A Theory of Discourse Failure*.

¹¹ Vid. Allen D. Rosen, *Kant's Theory of Justice* (Ithaca, NY: Cornell University Press, 1993): 41; Katrin Flikschuh, *Kant and Modern Political Philosophy* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2000): 86.

¹² DD: 214.

¹³ Vid., de manera general, Immanuel Kant, *Groundwork for a Metaphysics of Morals*, trad. de Allen Wood (New Haven, CT: Yale University Press, 2002) [edición original, 1785]. La idea de la autolegislación moral no está exenta de dificultades. Vid. Andrews Reath, "Legislating the Moral Law", *Nous* 28 (1994): 435-464.

¹⁴ DD: 218-19.

¹⁵ DD: 219, 224.

¹⁶ Vid. DD: 224. Por comodidad estilística, usaré a partir de ahora los términos "Derecho positivo"

y “legislación” de manera intercambiable, para referirme a las leyes estatales cuya motivación es sólo externa (es decir, se basa en el acompañamiento de sanciones).

¹⁷ DD: 219.

¹⁸ Eludiré aquí el debate iusfilosófico moderno acerca de si dicha “razón para la obediencia independiente del contenido” es la sanción o alguna otra cosa. Vid. de manera general los artículos incluidos en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford, UK: Oxford University Press, 2001).

¹⁹ Kant es claramente consciente de este problema: vid. DD: 219.

²⁰ Vid. DD: 311-18.

²¹ Vid. DD: 312.

²² DD: 307.

²³ Prefiero decir “principio universal de justicia” que “principio universal del Derecho”, a causa de la ambigüedad de la palabra “derecho”. Nada TURNS ON ese uso, sin embargo.

²⁴ Kant dice que el PUJ no es “susceptible de ulterior demostración”. DD: 231.

²⁵ En mis escritos anteriores cometí el error de identificar ambos: vid. Tesón, F.R., *A Philosophy of International Law*: 8.

²⁶ Kant escribe: “en esta relación recíproca del arbitrio no se atiende en absoluto a la *materia* del arbitrio, es decir, al fin que cada cual se propone con el objeto que quiere; por ejemplo, no se pregunta si alguien puede beneficiarse también o no de la mercancía que me compra para su propio negocio” (DD: 230, cursivas en el original).

²⁷ DD: 231.

²⁸ Vid. especialmente DD: 313-30

²⁹ Stuart Brown parece interpretar a Kant de esta forma. Vid. Brown, “Has Kant a Philosophy of Law?”:40-42.

³⁰ Discrepo por tanto de la tesis de Mark

Villaschek, según la cual para Kant una ley es legítima si supera cualquiera de esos tests. Vid. Marcus Willaschek, “Which Imperatives for Right? On the Non-Prescriptive Character of Juridical Laws in Kant's Metaphysics of Morals”, en Mark Timmons (ed.), *Kant's Metaphysics of Morals: Interpretative Essays* (Oxford, UK: Oxford University Press, 2002): 74, nota 21. Esto es incorrecto: cualquiera podría intentar promulgar normas jurídicas que satisfagan el PUJ, pero de hecho sólo la autoridad legalmente competente para ello puede hacerlo autoritativamente. Las dos teorías rivales compatibles con el texto de la DD son: (1) las leyes son legítimas sólo si son promulgadas por la autoridad legal; (2) las leyes son legítimas si son promulgadas por la autoridad legal y satisfacen el PUJ.

³¹ Sobre esto, véase especialmente lo que dice Kant en *Theory and Practice*, en Hans Reiss (ed.), *Kant: Political Writings* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1991): 73-79).

³² Vid. DD: 319-23. Para una defensa de las opiniones de Kant sobre la revolución, vid. Katrin Flikschuh, “Reason, Right, and Revolution” (2007), próximamente en las Actas del Congreso de Jena.

³³ Vid. Roger Scruton, *Kant: A Very Short Introduction*, 2nd revised ed. (Oxford, UK: Oxford University Press, 2001): 115-16.

³⁴ El asunto es especialmente confuso porque el propio Kant usa los conceptos de libertad negativa y positiva en sentidos diferentes aunque conexos. Para Kant, la libertad negativa significa “la independencia de un ser racional frente a la determinación de la causalidad de la naturaleza”, mientras que la libertad positiva “se refiere a su capacidad para actuar sólo por principios de la razón pura”. K. Flikschuh, *Kant and Modern Political Philosophy*: 50. Vid. también Stephen Engstrom, “The Inner Freedom of Virtue”, en Mark Timmons (ed.), *Kant's Metaphysics of Morals: Interpretative Essays* (Oxford, UK: Oxford University Press, 2002): 294-98. Me interesa aquí la noción kantiana de libertad política; más específicamente, la cuestión de si el concepto de libertad implícito

en el PUJ significa la ausencia de interferencia por parte de otros (libertad negativa en el sentido contemporáneo habitual, al menos desde el famoso artículo de Isaiah Berlin) o, más bien, la gama de opciones, planes y posibilidades efectivamente realizables de la que disponen los agentes racionales, incluso en ausencia de interferencias (libertad positiva en el sentido de Berlin, usual en el pensamiento contemporáneo).

³⁵ DD: 237.

³⁶ DD: 231.

³⁷ En *Teoría y Práctica*, escribe Kant: “Esta igualdad uniforme de los seres humanos en cuanto súbditos del Estado es, sin embargo, compatible con la máxima desigualdad en lo que se refiere a las posesiones ...” (“Theory and Practice”, en Reiss, ed., Kant: *Political Writings*: 75. Vid. también Roger J. Sullivan, *Immanuel Kant’s Moral Theory* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1989): 256.

³⁸ En su excelente análisis del concepto kantiano de libertad externa, Arthur Ripstein sugiere que el Estado kantiano es redistributivo en la medida en que permite a los menos afortunados fijar sus fines, es decir, no estar a completamente a merced de otros. Vid. Arthur Ripstein, “Authority and Coercion”, *Philosophy and Public Affairs* 32 (2004): 2-35, en 33-34. Creo que su argumento es plausible y quizás coherente con el rechazo general del Estado paternalista por parte de Kant, pero no dice todavía nada acerca de qué instituciones realizarían mejor el valor kantiano de permitir a las personas establecer sus propios fines. Ripstein concede esto: vid. p. 34.

³⁹ Vid. además del pasaje de la DD citado infra, Perpetual Peace, en Reiss (ed.), Kant: *Political Writings*: 99.

⁴⁰ DD: 313-14.

⁴¹ DD: 217.

⁴² Uso aquí el término “ética” (en lugar de “moral”) porque hay un sentido en el que una verdadera norma jurídica obliga moralmente (en un sentido más débil, quizás impuro, de “moral”).

⁴³ DD: 313-18.

⁴⁴ Vid. Scruton, Kant: *A Very Short Introduction*: 125-6.

⁴⁵ Kant ciertamente sostuvo esta tesis en relación a la moral pura, por ejemplo en la *Fundamentación*. Vid. Allen Wood, “The Final Form of Kant’s Practical Philosophy”, en Mark Timmons (ed.), *Kant’s Metaphysics of Morals: Interpretative Essays* (Oxford, UK: Oxford University Press, 2002), 2.

⁴⁶ Vid. B. Sharon Byrd - Joachim Hruschka, “The Natural Law Duty to Recognize Private Property Ownership: Kant’s Theory of Property in His Doctrine of Right”, *University of Toronto Law Journal* 56 (2006).

⁴⁷ En un importante estudio sobre la ética aplicada de Kant, Robert Louden analiza en primer lugar el PUJ, y a continuación el comentario del propio Kant sobre una serie de asuntos jurídicos concretos. Este libro muestra (aunque el propio Louden no llega a dicha conclusión) que Kant no practicó lo que predicaba: ninguna de sus conclusiones prácticas está basada en el PUJ, y en ningún lugar apela a leyes empíricas. Vid. Robert B. Louden, *Kant’s Impure Ethics: From Rational Beings to Human Beings* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2000).

⁴⁸ Vid., por ejemplo, Kant, *Crítica de la Razón Pura*, edición de la Academia, 2nd ed.: 850; y Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*: 390.

⁴⁹ Escribe Daniel Shapiro: Si la filosofía política aspira a proporcionarnos buenas razones para cambiar o abolir una institución, no puede limitarse a ofrecer una teoría o argumentos normativos. Los argumentos normativos por sí mismos sólo nos proporcionan razones para creer que cierto rasgo de una institución es injusto... Si no poseemos algún argumento tomado de las ciencias sociales que muestre que determinada institución eliminaría o reduciría la injusticia o el mal social, no tenemos razones... para abolir o alterar la institución (Daniel Shapiro, *Is the Welfare State Justified?* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2007): 4.

⁵⁰ DD: 331-37.

⁵¹ Para una reconstrucción vigorosa del retribucionismo, vid. Jeffrie G. Murphy, *Retribution, Justice, and Therapy* (Boston: Reidel, 1979): 77-115.

⁵² Brown, "Has Kant a Philosophy of Law?": 36-38.

⁵³ DD: 258-70.

⁵⁴ Vid. Byrd y Hruschka, "The Natural Law Duty to Recognize Private Property Ownership: Kant's Theory of Property in His Doctrine of Right".

⁵⁵ Vid. Guido Pincione y Fernando R. Tesón, "Self-Defeating Symbolism in Politics", *The Journal of Philosophy* 98 (2001).

⁵⁶ Guido Pincione y yo analizamos este fenómeno con detalle en Pincione y Tesón, *Rational Choice and Democratic Deliberation: A Theory of Discourse Failure*. La argumentación de este artículo se nutre libremente de ese libro.

⁵⁷ Vid. Nancy Kokaz, "Poverty and Global Justice", *Ethics and International Affairs* 21 (2007).

⁵⁸ Vid. Thomas Nagel y Liam Murphy, *The Myth of Ownership* (Oxford, UK: Oxford University Press, 2002).

⁵⁹ Lo cual no hacen los autores: hasta donde llega mi conocimiento, no recomiendan un tipo impositivo específico.

⁶⁰ Para una distinción entre dos modelos redistributivos diferentes –el Estado del Bienestar y la democracia de propietarios- véase *infra*. Para un análisis útil de las diversas formas de redistribución, vid. "Redistribution" en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, consultable en <http://plato.stanford.edu/entries/redistribution>

⁶¹ Vid. las citas *infra*.

⁶² John Rawls, *A Theory of Justice*, 2nd revised ed. (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999): 72.

⁶³ John Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999):136-40.

⁶⁴ *Ibid.*, 137-138.

⁶⁵ *Ibid.*, 137.

⁶⁶ *Ibid.*, 137. Para la convulsa historia del concepto de "democracia de propietarios", vid. Amit Ron, "Visions of Democracy in "Property Owning Democracy": Skelton to Rawls and Beyond" (2005 [cited December 10, 2007]); consultable en http://www.allacademic.com/meta/p39984_index.html. Antes de que Rawls se apropiara del concepto (tomándolo del economista James Meade), éste fue utilizado en la defensa de las instituciones capitalistas en Gran Bretaña y otros lugares.

⁶⁷ Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*:137.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*, 140.

⁷⁰ Para argumentos contrapuestos acerca de si la redistribución coactiva ayuda o no a los pobres, vid. David Schmidtz y Robert E. Goodin, *Social Welfare and Individual Responsibility* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998). Para un argumento según el cual la mayor parte de las redistribuciones coactivas resultan injustificadas desde las teorías de la justicia mínimamente plausibles, vid. Shapiro, *Is the Welfare State Justified?*

⁷¹ Guido Pincione lo formula acertadamente: "El rechazo del libertarianismo (y del Estado del Bienestar) [por parte de Rawls] no está motivado empíricamente: supone un rechazo de la "descripción institucional ideal" de los sistemas libertario y de Estado del Bienestar, es decir, "la descripción de cómo funciona [el sistema] cuando está haciéndolo bien, esto es, cuando está funcionando de acuerdo con sus metas públicas y sus principios constitutivos". Esto sugiere que Rawls preferiría la democracia de propietarios a las instituciones libertarias incluso en el caso de que, en situaciones realistas, la primera resultara menos generosa hacia los más desfavorecidos" (Guido Pincione, "The Trolley Problem as a Problem for Libertarians", *Utilitas* (2007), en prensas).

⁷² Para críticas de Rawls en esa línea, vid. David Schmidtz, *Elements of Justice* (Cambridge, UK:

Cambridge University Press, 2006); Shapiro, *Is the Welfare State Justified?*: 4-6.

⁷³ Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement*:137. Cursivas mías. Debo esta idea a Dave Schmidtz.

⁷⁴ Rawls, *A Theory of Justice*, 13.

⁷⁵ Para una discusión de este mismo problema, el Giro Moral, aplicado al comercio, vid. Fernando R. Tesón y Jonathan Klick, "Global Justice and Trade: A Puzzling Omission" (2007 [cited]; consultable en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1022996).

⁷⁶ La India, China, Nueva Zelanda y Chile son ejemplos recientes.

⁷⁷ Norman Daniels, *Just Health Care* (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1985): 42-58. Como es sabido, en los Estados Unidos no existe actualmente un sistema universal obligatorio de atención sanitaria. La mayor parte de la gente dispone de un seguro de enfermedad, pero muchos no lo tienen. En el momento de ser escritas estas líneas (diciembre de 2007), los políticos están considerando seriamente el proyecto de un sistema estatal obligatorio de atención sanitaria, y muchos predicen que éste verá la luz si los Demócratas ganan la Casa Blanca en 2008.

⁷⁸ Shapiro, *Is the Welfare State Justified?*: 60.

⁷⁹ Daniels, *Just Health Care*: 56.

⁸⁰ Analizamos la literatura económica con cierta extensión en Pincione y Tesón, *Rational Choice and Democratic Deliberation: A Theory of Discourse Failure*: 179-81.

⁸¹ Los ejemplos del texto muestran, espero, que no estoy combatiendo contra un hombre de paja. Aquí van algunos casos más, escogidos al azar, de Giro Moral: Sara Williams Holtmann, "Kant, Ideal Theory, and the Justice of Exclusionary Zoning", *Ethics* 110 (1999): 32-58 (uso del principio kantiano para derivar recomendaciones sobre urbanismo); Matthew Lister, "A Rawlsian Argument for Extending Family-Based Immigration Benefits to Same-Sex Couples", consultable en www.ssrn.com/abstract=979225;

R. Edward Freeman y William V. Evans, "Corporate Governance: A Stakeholder Interpretation", *Journal of Behavioral Economics* 19 (1990): 337-359 (invocación de Rawls en apoyo de la doctrina del "skateholder" en la ética de los negocios); y Kokaz, "Poverty and Global Justice": 317-336 (derivación de recomendaciones concretas de ayuda exterior de la teoría rawlsiana).