

En definitiva, la posición de Kymlicka supone asumir por parte de las minorías la lengua y cultura del grupo mayoritario solamente en el ámbito público, para así regular las relaciones institucionales y todo en aras de que sea posible la democracia. Y como parte de este proceso de construcción nacional también considera necesario la delimitación de unas fronteras para preservar la cultura e identidad nacional. La construcción se da, por tanto, hacia el interior, dentro del propio Estado con la instauración de una lengua oficial que ha de ser conocida por todos, como hacia el exterior, estableciendo fronteras que protejan la comunidad nacional de otras sociedades. Estos procesos estarían justificados por el hecho de que preservan los valores igualitaristas liberales y porque serían aceptados por los grupos en la posición original.

La relevancia de la obra de Kymlicka reside en las preguntas que plantea más que en las respuestas que aporta, dado que éstas sólo serían compartidas por igualitaristas liberales. No es tan importante si la construcción nacional es o no consistente con los principios liberales, sino el mismo hecho de cuestionar si tal construcción es legítima o no. Como mantiene Miguel Carbonell en la presentación del libro, una de

las contribuciones más importantes que hace Kymlicka al debate contemporáneo sobre filosofía política es que se dota de legitimidad democrática a la discusión acerca del derecho de secesión o de un nuevo trazado de fronteras (p. 29). Otras muchas preguntas pueden plantearse tras la lectura de *Fronteras territoriales*: ¿tienen derecho los inmigrantes a entrar en los países más ricos de Occidente hasta que se instaure el impuesto redistributivo global que defiende Kymlicka? ¿Cómo se pueden gestionar este tipo de impuestos para que no se genere una dependencia de los países menos desarrollados hacia los más ricos? ¿Cómo se evalúa qué países deben pagar tal impuesto: basándose en los recursos naturales o en el desarrollo industrial y tecnológico? ¿No sería adecuado optar por una redistribución igualitaria no sólo a nivel internacional sino también dentro de los mismos Estados, donde un pequeño porcentaje de la población posee la mayor parte de los recursos? Aunque el texto de Kymlicka no responde expresamente a estas cuestiones sí que ofrece una perspectiva concreta desde donde poder afrontarlas y a partir de la cual construir una política para las democracias liberales que integre un programa de actuaciones completo y coherente.

LA JUSTICIA MÁS ALLÁ DE RAWLS

Daniel Loewe

Tübingen Universität

MARTHA C. NUSSBAUM,
*Frontiers of Justice. Disability,
Nationality, Species Membership*,
Harvard U.P., Cambridge,
Massachusetts/Londres, 2006, 487 pp.
(trad. cast. Barcelona, Paidós, 2007)

No hay moral sin comunidad moral. ¿Pero quién pertenece a ella? En las diferentes teorías morales encontramos elementos estructurales que permiten contestar esta pregunta de diferentes modos. Aun cuando la esfera de la moral no se deja cubrir

con la de la justicia, la situación en el caso de las teorías de justicia es similar: las arquitecturas de justificación respectivas determinan quien pertenece a la comunidad de los sujetos de justicia, esto es, quien puede formular una demanda basada en razones de justicia. Éste es el punto de partida de las reflexiones de Nussbaum, primeramente presentadas en *The Tanner Lectures on Human Values* (Cambridge University 2003).

En razón de sus estructuras de justificación, teorías de la justicia ampliamente aceptadas evidencian insuficiencias graves con respecto a tres casos urgentes, que en los debates correspondientes son extensamente discutidos: 1º) justicia para seres humanos con minusvalías mentales o físicas; 2º) extensión de la justicia para todos los ciudadanos del mundo; y 3º) justicia en lo referente al tratamiento de los animales no-humanos. Estos tres casos son agrupados bajo el común denominador *Frontiers of Justice*. Una concepción de justicia social y global debería poder ofrecer respuestas en cada uno de esos casos. Pero las teorías de justicia actuales muestran exactamente en relación a estos casos sus limitaciones. Esto no sólo vale en el caso de las teorías utilitaristas, que Nussbaum de todos modos considera problemáticas e inaceptables, sino que también en el caso de las teorías contractualistas, que ella considera como las más productivas en la actualidad. Ya que estas últimas equiparan la pregunta: «¿quién participa en la determinación de los principios?» con la pregunta «¿para quién deberían valer esos principios?», no pueden ofrecer una respuesta aceptable en ninguno de los tres casos. Esto es también válido en el caso de la teoría de la justicia de John Rawls, que ella considera como la versión más refinada de esas teorías. En forma crítica, pero con un ánimo cooperativo con respecto a Rawls (a quien está dedicado el libro), el *capabilities approach* sostenido por Nussbaum ofrecería «promi-

sing insights» para los casos problemáticos referidos, que son «superior to those suggested [...] by the social contract tradition» (5).

En relación a los casos (1) y (2) Nussbaum articula sus argumentos en el contexto de una discusión extensiva e instructiva sobre las tesis de Rawls. En forma tradicional distingue entre teorías contractualistas clásicas, que se basan en la promoción de los intereses propios mediante el afianzamiento de ventajas mutuas, y teorías contractualistas de una inspiración kantiana, que se basan en la imparcialidad, esto es, teorías que presuponen la motivación moral. La teoría de Rawls sería un «híbrido», que integra elementos de las dos corrientes de pensamiento lo que conduciría a una tensión basal interna en la teoría.

De acuerdo al primer tipo de teoría, no habría ninguna razón para reconocer a personas con discapacidades mentales o físicas como interlocutores válidos en el contrato: sus capacidades de cooperación y coacción son demasiado limitadas y correspondientemente lo son también las ventajas que se puede esperar afianzar mediante un contrato. El segundo tipo de teorías es también excluyente: ya que presuponen la motivación moral, es una condición necesaria para la participación en el contrato que los sujetos tengan la capacidad moral correspondiente. De este modo, estas teorías no pueden integrar a personas con discapacidades mentales severas en el proceso contractual.

La teoría de Rawls tendría los dos problemas. Primero: Rawls afirma que los participantes en la posición original deben partir de la base que, fuera de la posición original, ellos disponen en todo momento de un mínimo determinado de capacidades mentales y físicas. Esto es lo que Rawls expresa al afirmar que ellos son «rough equals» (iguales en sentido bruto). El disponer sobre este mínimo de capacidades mentales y físicas es una suposición necesaria en la teo-

ría para asegurar que vale la pena —en relación a las ventajas anticipables— reconocer a los sujetos correspondientes como participantes en el contrato. Debido a las «circunstancias de la justicia» descritas por Hume y que en la estructura argumentativa de Rawls ocupan un lugar central (la escasez relativa de recursos y la generosidad limitada de la naturaleza humana), los «rough equals» están motivados para cerrar un contrato que afianzando ventajas mutuas promueva sus propios intereses. Pero seres humanos con discapacidades mentales y físicas no son «rough equals», y por lo tanto no se les puede reconocer como sujetos de justicia. Segundo: en la posición original, que mediante el «velo de la ignorancia» genera una situación imparcial para la elección de los principios de la justicia, utiliza Rawls un concepto (kantiano) de persona. Este concepto de persona es caracterizado mediante los «two moral powers»: la capacidad de tener una concepción del propio bien, así como la capacidad de disponer de un sentido de la justicia. Pero este concepto torna imposible la participación en el contrato de seres humanos que no disponen de los «dos poderes morales», y así excluye a personas con discapacidades mentales severas.

A Rawls no le son por cierto desconocidas estas fronteras estructurales de su estructura de justificación. El que él no conciba un velo de la ignorancia todavía menos transparente, por ejemplo, uno de acuerdo al cual no se sepa si, fuera de la posición original se es un discapacitado físico o mental (en vez de asumir «rough equality»), tiene sentido: un velo de la ignorancia como el descrito implicaría renunciar al concepto de «bienes básicos», que ha sido definido de un modo exacto en la teoría: (i) libertades y derechos fundamentales, (ii) oportunidades en el acceso a cargos y posiciones sociales, recursos, y (iii) las bases sociales del auto-respeto. Pero este

concepto juega un rol central dentro de la teoría: ya que estos bienes básicos posibilitan el desarrollo de los planes de vida, el grado de su posesión hace posible una ordenación de posiciones sociales. Renunciar a este concepto tornaría la operabilidad de la teoría difícil, cuando no imposible. Ése no es un problema exclusivo de la teoría de Rawls, sino que es un problema para cualquier teoría que se oriente en relación a recursos (como, por ejemplo, la teoría de Dworkin): seres humanos con discapacidades no quieren *más* bienes básicos en el sentido de recursos, lo que eventualmente un nuevo principio de distribución podría disponer. Ellos quieren *otros* bienes: aquellos que posibiliten alcanzar determinados funcionamientos humanos característicos y valiosos, y de este modo ser integrados con dignidad en la sociedad. Para Nussbaum estos bienes son «capacidades», y ella nos ofrece una lista reelaborada de éstas (76-78), que está abierta para poder ser complementada: «A decent society will organize public space, public education, and other relevant areas of public policy to support such lives and fully include them, giving the caregivers all the capabilities on our list, and the disabled as many of them, and as fully, as is possible» (222).

La propuesta de Rawls, de atender a las necesidades especiales de individuos discapacitados a otro nivel de la teoría, por ejemplo, al nivel parlamentario, pero no al nivel en el cual se escogen los principios de la justicia, es objeto de una crítica justificada por parte de Nussbaum: los individuos con discapacidades no son considerados como sujetos de justicia primarios. Ésta es una objeción convincente: los intereses especiales de individuos con discapacidades deberían ser considerados a un primer nivel de la teoría de justicia. Si el precio aquí implícito es la renuncia a la operabilidad total de la teoría, éste es quizás un precio que debería ser pagado, para así poder cum-

plir las promesas liberales relativas a un concepto inclusivo de ciudadanía.

Nussbaum reconoce, que a diferencia de los casos (1) y (3), en los cuales una teoría contractual no puede ofrecer ninguna respuesta debido a razones estructurales, ella podría ser más productiva en el caso (2). Sin embargo, ella critica esa posibilidad. Nussbaum distingue dos modelos contractualistas, con los cuales se podría realizar la extensión de la justicia al plano global: El modelo del «two-stage contract» y el modelo del «global-contract».

En cuanto exponente ejemplar del primer modelo, discute Nussbaum en forma muy detallada (si bien, algo desestructurada) el *Derecho de Gentes* de Rawls (1999). El pensamiento fundamental de las teorías contractualistas clásicas, de acuerdo al cual los individuos abandonan el estado de naturaleza cuando ellos encuentran principios vinculantes para organizar una vida conjunta cooperativa, lleva a considerar el Estado-nacional como la unidad fundamental de la teoría: los participantes en el contrato se entienden como electores de principios para la estructuración de un Estado particular. La determinación de los principios para regular la interacción entre Estados tiene lugar a un segundo nivel de la teoría, en el cual los Estados (o pueblos) son considerados en forma análoga a individuos. Aquí se guían los argumentos principales de Nussbaum por un patrón similar al utilizado en la discusión del caso (1): Estados no son «rough equals». Por lo tanto las ventajas mutuas anticipables no son una razón para integrar a Estados pobres y débiles en el contrato: «when the contract is envisaged as taking place among nations, it cannot be cast in standard social contract form unless we omit not only nonliberal states, but also pretty much everyone except the G8» (268). Es en este sentido que Nussbaum critica la exclusión realizada por Rawls de la justicia distributiva al nivel internacional.

El segundo modelo, que ella ilustra con referencia a las teorías de Beitz y Pogge, parece ser más convincente: ya que los individuos permanecen como la última instancia de justificación de la teoría, se considera la ciudadanía y las oportunidades relacionadas con ésta como arbitrarias. Estas diferencias arbitrarias influyen, en ocasiones de un modo determinante, en las oportunidades que los individuos disfrutan en la vida. Por lo tanto ellas deben ser corregidas mediante principios de justicia global, lo que por cierto debe incluir principios de justicia distributiva global. Problemático en estas teorías no es sólo su carácter vago y especulativo, y las correspondientes dificultades para bosquejar un estado de naturaleza global, sino el que ellas dejan fuera de consideración supuestos tradicionales de las teorías contractualistas, cómo la «rough equality» de los participantes en el contrato y las «circunstancias de la justicia» en cuanto elemento motivador. En vez de esto, ellas dirigen su foco de atención a determinados derechos humanos. Pero de este modo, y a diferencia de las teorías contractualistas, ellas dejan de ser teorías procedimentales, y deben ser entendidas como teorías que se definen por su orientación a resultados ya determinados de antemano («outcome-oriented»). Correspondientemente ellas no pueden defender sus tesis dentro de un marco teórico contractual.

El *capabilities approach* en cuanto teoría que se orienta a los resultados ofrecería un mejor punto de partida para formular una teoría de justicia global. Una vida humana digna requeriría poder disponer de las capacidades enumeradas por Nussbaum por lo menos sobre un mínimo determinado. Por lo tanto, estas capacidades deberían formar el núcleo de una teoría de justicia global. Nussbaum tiene la pretensión (a diferencia de, por ejemplo, Sen, quien también argumenta por una versión del *capabilities approach*) de que su lista de capacidades

es o puede ser reconocida interculturalmente. Ella defiende (como Rawls) un liberalismo de tipo político y no un liberalismo comprensivo, y piensa, que su lista de capacidades, en cuanto foco de un consenso traslapado, puede formar el núcleo de una concepción de justicia liberal política. Pero cuando consideramos su lista de capacidades surgen dudas justificadas con respecto a ese optimismo. La lista de capacidades parece fundar en una doctrina con una pesada carga metafísica, y por tanto parece corresponder más bien a una doctrina comprensiva (y no política). No es casual que Nussbaum remita en reiteradas ocasiones al *Derecho Natural* como la tradición apropiada para fundar una concepción de justicia global. Esto no significa que haya que rechazar la idea de Nussbaum, de acuerdo a la cual el poder disponer de esas capacidades es necesario para una vida humana digna, sino sólo su idea, que esas capacidades pueden formar el núcleo de una concepción liberal política.

Los capítulos más ambiciosos del libro refieren al tratamiento del caso (3). La inclusión de animales no-humanos en la esfera de la justicia es especialmente problemática para las teorías contractualistas. Por una parte, las diferencias de poder son demasiado grandes, de modo que un contrato pudiese asegurar ventajas mutuas. Si queremos asegurar nuestras ventajas con respecto al tratamiento de los animales no tenemos más que tratarlos como hasta ahora, es decir, como medios para nuestros fines. Por otra parte, a los animales les faltan las capacidades necesarias para participar en el proceso contractual. No obstante, una verdadera concepción de justicia global debería incluir justicia con respecto a ellos.

La comunidad moral del *capabilities approach* en su interpretación tradicional incluye a todos los seres humanos. La pregunta es si esta comunidad puede ir más allá de la humanidad como un todo y abarcar

así otros seres. De acuerdo a Nussbaum, el *capabilities approach* en forma ampliada puede ofrecer las bases para una teoría de justicia que integre animales en el contexto de la justicia. De acuerdo a esta interpretación, hay que identificar formas específicas de «florecimiento» animal, así como proteger las capacidades necesarias para alcanzarlas. El dañar a un ser determinado significa mermar sus oportunidades para alcanzar las formas de florecimiento específicas de su especie al afectar las capacidades correspondientes. Nussbaum reelabora la lista de capacidades en relación a los animales (393-401). El disponer de esas capacidades es un elemento central de la dignidad de los animales.

A pesar de que la teoría puede fundar una protección sólida de las distintas capacidades de los animales, esa protección —de acuerdo a Nussbaum— puede ser limitada, para proteger capacidades importantes y moralmente no reprochables de los seres humanos. Por ejemplo: si la experimentación animal es necesaria para promover una capacidad humana importante, ella debe ser permitida, aun cuando de este modo las capacidades de los animales sean perjudicadas (401-405). Nussbaum justifica incluso el uso alimenticio de animales que han sido criados en condiciones apropiadas y que han sido sacrificados sin dolor. Quizás estas opiniones correspondan a intuiciones ampliamente difundidas. Sin embargo, la pregunta importante es cómo Nussbaum pretende justificar dentro de su marco teórico esta posición preferencial de los seres humanos. Ella lo intenta argumentando que actualmente no hay ningún consenso traslapado acerca del estatus de las capacidades animales específicas en comparación al estatus de las capacidades humanas. Por lo tanto, la protección absoluta de estas capacidades no pertenecería al núcleo del liberalismo político. ¡Pero exactamente el mismo argumento se podría aducir contra su

pretensión, su lista de capacidades humanas tiene validez intercultural y en cuanto tal forma el núcleo de una concepción de liberalismo político a nivel global! Ella también intenta justificar esta posición preferencial con el argumento usualmente utilizado por autores utilitaristas, de acuerdo al cual el tipo de daño de un ser depende de su grado de complejidad. Pero con este argumento no se puede permitir el uso alimenticio de animales, al menos no de mamíferos. En mi opinión, el problema con esta posición preferencial se refiere al tipo de razones que se puede articular en su defensa desde la perspectiva de una teoría de capacidades: las formas de florecimiento de los animales han de ser consideradas como menos valiosas que algunas formas de florecimiento humanas. Pero este argumento sólo puede basarse en supuestos metafísicos (¡y no políticos!) muy discutibles. Por esta razón, y contra su propia pretensión, esta teoría no se puede librar del cargo de ser especieísta. Nussbaum hace mención solamente en una frase a la posibilidad que su teoría podría implicar una forma no justificada de tratamiento preferencial de animales humanos: «We should admit that we are likely to be self-serving here, and biased toward our own form of life» (387). En lo relativo a este punto ella tiene razón.

El *capabilities approach* por el que Nussbaum ya había argumentado convincentemente en *Women and Human Development* (2000) es una teoría atractiva que no sin razón está en avance. El libro actual no sólo amplía el ámbito de validez de este enfoque y ofrece más argumentos para aceptarlo, sino que también ofrece una discusión sutil e informada acerca de las diferentes teorías contractualistas, y en forma especial acerca de la teoría de Rawls. El rechazo de

las teorías que se basan exclusivamente en recursos como la métrica apropiada para determinar la distribución exigida por razones de justicia (el criticado fetichismo por bienes), y el enfoque alternativo en capacidades de índole diverso que posibilitan una vida humana digna, ofrece una interpretación mucho más refinada y matizada de aquello que la justicia igualitaria demanda. Esto se puede observar sobre todo y con claridad en el tratamiento que Nussbaum realiza del caso (1) al considerar a individuos con minusvalías mentales y físicas como sujetos de justicia primarios. El tratamiento del caso (2) es también iluminador, a pesar de las dudas justificadas que surgen acerca del carácter político de su concepción. En mi opinión, ésta es más bien una concepción comprensiva (lo que por cierto no significa que se la deba rechazar). Esto se torna aun más claro con su tratamiento del caso (3). En mi opinión hay buenas razones para hablar de obligaciones de justicia directas hacia los animales (y no sólo *con respecto* a éstos), como Nussbaum propone. Pero en su justificación ella recurre a elementos con una larga tradición metafísica (que Nussbaum retrotrae a Aristóteles) que no es inocua. Por cierto, ésta no sería una razón para no aceptar el *capabilities approach* en la versión defendida por Nussbaum. Pero hay que tener claro que lo que ganamos en refinamientos y matices con esta teoría, lo perdemos en fuerza argumentativa delante de todos aquellos que no aceptan estas premisas. En este sentido, si bien los argumentos articulados por Nussbaum amplían la esfera de la justicia en dirección a una teoría de justicia verdaderamente global, tal como la autora desea, con respecto al nivel de justificación esta teoría implica una pérdida de universalidad.