

JUSTICIA POLÍTICA Y SOCIAL COMO INTERCAMBIO PARA LA FUNDAMENTACIÓN DEL DERECHO, DEL ESTADO Y DEL ESTADO SOCIAL*

Otfried Höffe

Universidad de Tübingen

Resumen: En este artículo se intenta refundar la justicia política y social a partir de una concepción nueva de justicia, a saber, la justicia entendida como intercambio. Para ello, el autor revisa críticamente las concepciones clásicas más relevantes, como son las de Aristóteles, Hobbes y Kant, así como también la de autores modernos, como Rawls, Hayek y Nozick.

Palabras clave: justicia social, estado social, intercambio.

Recibido: agosto 2011; **aceptado:** septiembre 2011.

POLITICAL AND SOCIAL JUSTICE IN EXCHANGE: FOUNDATIONS FOR THE LAW, THE STATE, AND THE SOCIAL STATE

Abstract: *This article endeavors to rework the foundations of political and social justice based on a new concept of justice, namely justice understood as an exchange. The author*

OTFRIED HÖFFE. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Política, Departamento de Filosofía de la Universidad de Tübingen, Alemania (otfried.hoeffe@unituebingen.de).

* Traducción desde el alemán por Martín Bruggendieck para *Estudios Públicos*.

critically reviews the most important classical concepts, such as those of Aristotle, Hobbes and Kant, and modern authors like Rawls, Hayek and Nozick.

Keywords: *social justice, social state, exchange.*

Received: *August 2011; accepted:* *September 2011.*

Que prevalezca la justicia en el mundo ha sido uno de los anhelos fundamentales de la humanidad desde sus albores. Pero qué es la justicia constituye, desde luego, un tema en permanente discusión. El jurista podría recurrir a las palabras del juez federal norteamericano Oliver Wendell Holmes: “Cuando hablamos de justicia, evitamos pensar en categorías jurídicas”, para excusarse de intentar definirla jurídicamente. Holmes puede tener y no tener razón al mismo tiempo. Tiene razón porque la invocación a la justicia no reemplaza la argumentación jurídica ni la descripción del estado de las cosas, como tampoco su interpretación a la luz del derecho vigente. Pero no tiene razón por a lo menos tres motivos.

Primero, en la denominación de la judicatura como “justicia” resuena todavía la tarea, hasta hoy irrenunciable, de hacer justicia: hacer justicia a alguien significa, en el derecho civil, ayudar a alguien a validar sus derechos. En el derecho penal, por una parte, a castigar sólo a los culpables y, por otra, a establecer el castigo en consonancia con la gravedad de la culpa. En ambos casos, se ha de refutar el nefasto dicho de que “en alta mar y ante el juez, uno está siempre en las manos de Dios”. Para este fin no basta aquello que plantea Holmes: que el juez realmente domine su oficio jurídico. La judicatura también habrá de ser organizada de modo tal que sus dictámenes tengan una alta probabilidad de ser objetivamente correctos. Esa justicia institucional está conformada por la publicidad de los procedimientos y el deber de fundamentación, además de la prohibición de ser juez en causa propia y el deber de escuchar a la otra parte. Ha de existir además una jerarquía de tribunales y, en el caso de los procedimientos penales, una división del trabajo entre el acusador, el abogado defensor y el juez.

Sabemos por experiencia, y no solamente por la de los Estados ilegítimos, que un proceso se puede pervertir al transformarse en un juego colusorio, y que, en general, se puede dilatar y dilatar, hasta llegar a doblegar incluso al derecho. Para que ello no suceda, *segundo*, ayuda

la justicia como cualidad personal. Es especialmente en la persona del juez que se exige la justicia como virtud, es decir, como integridad, de la que la imparcialidad es un mínimo irrenunciable.

Parte de la justicia del juez consiste en la resignación: conformarse con la aplicación de la ley —claro que creativamente—, en vez de minar la separación de los poderes dedicándose a la política del derecho. La política del derecho incumbe al legislador, lo cual llama a escena a la justicia por *tercera* vez, esto es, a la justicia como idea del derecho y del Estado: la justicia política. Y en ese marco de la justicia política, a saber, como idea del derecho y del Estado, la justicia social ha pasado a jugar nuevamente un papel especial. De acuerdo con Hans-Peter Müller (2006, 34), ella incluso debe ser “la pauta natural del actuar político en democracia”.

Desde los inicios, los padres de la filosofía política, a saber Platón y Aristóteles, se preguntaron por las condiciones en las cuales un ordenamiento jurídico y un orden del Estado son justos. Una reflexión acuciosa da un paso atrás y pregunta por qué debe haber, en realidad, una justicia y un Estado. Ante la pregunta por la justicia que *norma* al derecho y al Estado, surge la pregunta por la justicia que *legítima* al derecho y al Estado. Sea como fuere, el derecho y el Estado exigen el establecimiento de impuestos, un servicio civil y fuerzas armadas. Éstas y una plétora de otras limitaciones a la libertad requieren de justificación. Ahora bien, la justicia política se justifica por aquello que los miembros de la comunidad se deben mutuamente.

Ahora procederé en tres pasos. Primero esbozaré un nuevo modelo de argumentación a favor de la justicia política y de la justicia social, a saber, el de la justicia como intercambio. Segundo, con auxilio de la justicia del intercambio justificaré la justicia política y, tercero, la justicia social. Y, de paso, refutaré o tomaré distancia de filósofos de la justicia clásicos como Aristóteles, Hobbes, Kant, y también de autores más modernos como Rawls, Hayek y Nozick.

1. Justicia como intercambio

De acuerdo con un difundido prejuicio, la justicia tiene que ver primordialmente con cuestiones distributivas. Incluso el más importante teórico de los últimos tres decenios, John Rawls, comparte esta opinión. Pero también Paul Ricoeur (1995, 97) declara: “La justice ne peut être

que distributive” (la justicia no puede ser sino distributiva). Aunque esta opinión se ha impuesto hasta el punto de que se puede hablar de un “dogma del debate sobre la justicia”, forzosamente da pie a la crítica. Ésta comienza con el razonamiento de que la pregunta acerca de dónde proviene lo que se distribuye es pasada por alto. En el mejor de los casos se supone que viene “de arriba”: de Dios o de la naturaleza, del padre de familia, del jefe del clan o de una gran madre, posteriormente de un Estado, que entonces presenta forzosamente rasgos paternalistas o maternalistas. De modo que de acuerdo con el paradigma hasta aquí dominante, lo que se ha de distribuir se debe a una instancia superior, tal vez no en cuanto a su poder pero sí en términos productivos.

Pero lo que se distribuye no cae del cielo como el maná. Aun cuando al comienzo haya un don de Dios o de la naturaleza, igual habrá que esforzarse para apropiarse de él. Si bien de cara a la fundamentación última de todo trabajo en la tierra, incluidos sus frutos y animales, se plantea una tarea distributiva, la cuestión social corresponde a desarrollos posteriores. En el mejor de los casos, el primer comienzo juega un papel como punto de fuga del debate. En lo principal se trata de la relación entre el trabajo que se realiza con la tierra y sus frutos y la parte que obtiene cada uno al final. Además, los objetos primeros de la justicia política, aquellos derechos y libertades de los que trata el primer principio de Rawls, no son resultado del trabajo.

En ambos casos, tanto en el caso del trabajo destinado a obtener una ganancia como también en el caso de los derechos y libertades que son indiferentes respecto al trabajo, resulta pertinente otro modelo de relación social que no es la distribución sino el intercambio.

A favor del intercambio hay un argumento de estrategia argumentativa. Se debate con vehemencia cuál es el criterio de la justicia distributiva. El liberalismo económico, por ejemplo, dice: “A cada cual según su rendimiento”; el socialismo en cambio, así como muchos alegatos en favor de la llamada justicia social, demandan: “A cada cual según sus necesidades”; en el Estado de derecho se dice: “A cada cual según sus derechos legales”; y en la aristocracia: “A cada cual según los méritos de sus antepasados”. Pero no existe en cambio una discusión seria sobre el fundamento de la justicia del intercambio. Ésta consiste en la igualdad valórica del tomar y del recibir. De modo que sobre el criterio de la justicia del intercambio (la justicia conmutativa) existe acuerdo. Si bien el valor exacto de las mercancías o de los servicios

a intercambiar a menudo es controversial, no resulta controvertido el criterio por el cual se considera justo un intercambio: el principio de la equivalencia. Dar y tomar deben tener igual valor; y allí donde el valor es discutido, debe haber a lo menos una ventaja recíproca.

Desde luego, el argumento de legitimación es más importante que aquel estratégico: el hecho de que la instancia que hoy es preponderantemente responsable de la justicia, el Estado, visto a modo general solamente es capaz de prestaciones secundarias y subsidiarias. Ya sea que mediante leyes penales se protejan bienes jurídicos elementales, ya sea que mediante prescripciones formales se ordene la vida social y comercial, ya sea que mediante impuestos se (co)financien establecimientos educacionales, fondos sociales o ramas de la actividad económica incapaces de subsistir por sí solas, todas estas prestaciones del Estado presuponen las siguientes prestaciones de los sujetos de derecho, mejor dicho, de los ciudadanos: que no se maten o roben unos a otros, que se contraigan compromisos sociales y realicen transacciones sociales y que se paguen impuestos. Entonces, los ciudadanos deben ser vistos en primer lugar como situados en un mismo nivel, y no subordinados unos a otros. Mientras toda distribución está marcada por un carácter asimétrico, sea maternalista o paternalista, el modelo base de la cooperación entre iguales consiste en la reciprocidad o, *pars pro toto*, en el intercambio.

Pero el paradigma del intercambio sólo podrá convencer cuando se maneje un concepto de intercambio que no sea demasiado estrecho, esto es, puramente económico. No se puede operar con un concepto “mezquino”, ni con uno “impaciente”, ni con uno de alguna manera excesivamente estrecho.

“Impaciente” será un concepto de intercambio que olvide tomar en cuenta los desfases en los intercambios. Y será “mezquino” quien sólo dé a aquel de quien haya obtenido y sólo tanto como haya recibido. Finalmente, tendrá un concepto de intercambio demasiado estrecho quien piense sólo en dinero, mercancías o en aquellos servicios que en nuestras sociedades se pueden comprar. Al hablar de intercambio, habitualmente uno sólo piensa en el mercado, es decir, en procesos económicos, debiendo entonces temerse que el nuevo paradigma rebaje la justicia a un asunto meramente económico. Sin embargo, no solamente se intercambian mercancías, servicios y dinero, sino que también cantos, historias, pensamientos y, bajo la forma de contratos matrimoniales,

incluso personas. Más allá de lo anterior, se intercambian bienes ideales como seguridad, poder y reconocimiento y, especialmente, libertades y oportunidades para la autorrealización. Además se pueden intercambiar prestaciones negativas, como, por ejemplo, renunciando al uso de la fuerza.

Al construir, entonces, un concepto con esta amplitud, el intercambio aparece como la forma más democrática de cooperación. Supone que todos los seres humanos son ciudadanos con igualdad de derechos, en vez de degradarlos a la calidad de niños sempiternos como acontece bajo el Estado benefactor maternalista.

En este punto puede plantearse la objeción de que el ser humano llega desamparado a este mundo. Esta objeción es correcta, pero pasa por alto que el ser humano por regla general también se encuentra desamparado al final de su vida. La asistencia que se recibe después del nacimiento y durante el desarrollo pueden, por lo tanto, “repararse” más adelante mediante la ayuda a los ancianos. El correspondiente intercambio, practicado en un principio al interior de la familia y de la familia extensa, corresponde a un contrato (tácito) de ayuda desfasada, pero aun así recíproca.

Aparte del habitual intercambio sincrónico, existe también el intercambio diacrónico desfasado y, aparte del intercambio positivo, también existe el negativo. Sobre la base de la combinación de ambas alternativas, positivo-negativo, sincrónico-diacrónico, se distinguen cuatro formas básicas de intercambio: (1) el positivo-sincrónico, (2) el negativo-sincrónico, (3) el positivo-diacrónico y (4) el negativo-diacrónico.

A partir de sus vastos estudios de sociedades arcaicas, Marcel Mauss, alumno de Durkheim, desarrolló una teoría social alternativa a la de Marx. En ella es el intercambio, entendido como entrega y contra-entrega, como reciprocidad, el que se presta para concepto básico de la teoría social: “Primero los seres humanos debieron arrojárselas para deponer sus lanzas. Luego fueron capaces de intercambiar bienes y personas. Y recién entonces las personas pudieron generar intereses, satisfacerlos mutuamente y defenderlos sin el recurso de las armas [...]. No hay otra moral, otra economía, otra praxis social que ésta” (Mauss 1923-24 / 1968, 181 y sig.; cf. Sahlins 1972, cap. 4).

Dado que el intercambio no representa ni una forma de cooperación maternalista ni paternalista sino más bien fraterna, es decir democrática, pueden abrigarse reservas frente a la sobrevaloración de la

justicia distributiva. Pero de ello no se desprende, como suponen Hayek (1976) y Nozick (1974), que se deba objetar la idea de la justicia social y su correspondiente concepto de Estado social, y considerar legítimo únicamente al Estado mínimo o al llamado Estado vigilante (para la crítica de Nozick, véase Höffe 1988, 79-104).

Mediante dos reflexiones voy a aplicar la idea del intercambio, primero al tema de la justicia política y después al de la justicia social. En esto persigo un interés quintuple: (1) a diferencia de Rawls, aquí, desde la perspectiva de la teoría del Estado, se vuelve importante la justificación del poder de coacción. (2) Desde la perspectiva de la teoría del Estado, y a la vez desde la perspectiva de la política social, se refuta tanto la idea de Hayek como la de Nozick del Estado mínimo, justificándose aquella del Estado social. (3) En términos de la teoría de legitimación, se propone a su vez el ya esbozado cambio de paradigma, el reemplazo de la justicia distributiva por la justicia del intercambio (justicia conmutativa). (4) A esto se suma la siempre necesaria complementación con la justicia correctiva o justicia compensatoria incluso, en el caso de la justicia distributiva. Si se ha cometido una injusticia con alguien, éste tiene derecho a reparación. (5) Finalmente, habrá de perfilarse con mayor precisión metodológica el modelo de legitimación. La justicia del intercambio, así se verá, constituye por sí sola un núcleo, incapaz de desplegar una fuerza de legitimación en la ausencia de condiciones marco y de condiciones marginales anexas.

2. Justicia política como intercambio

La justificación del derecho y del Estado comienza con un intercambio todavía más fundamental: un contrato político originario. Por semejante contrato no habrá de entenderse un contrato histórico inicial, ni juramento a la bandera primigenia, al que debiera atenerse el nacimiento de cualquier Estado en el mundo. El contrato político originario es más bien un experimento ideal con fines de legitimación. En cuanto a su contenido, se trata de un intercambio tanto negativo como (relativamente) trascendental. Es negativo porque no se intercambian bienes o servicios corrientes, sino más bien la renuncia recíproca al ejercicio de la fuerza. Y posee carácter trascendental en cuanto se verifica en un nivel irrenunciable para todos los seres humanos, ya que de por sí recién hace posible que el ser humano pueda ser humano. Primero, el

contrato político originario trata de intereses trascendentales, es decir, de las condiciones de la posibilidad de una capacidad de actuar y de una libertad de actuar; hablando en términos de la lengua (*lingua*) franca: de las condiciones de agencia (*conditions of agency*). Y, segundo, el contrato apunta a aquella parte de los intereses trascendentales que sólo se cumplen en y a través de la reciprocidad.

De ello se desprende que el criterio legitimador del contrato originario es su aprobación universal: debido a la reciprocidad, el contrato apunta a un interés general (“omnes”, respectivamente, “volonté générale”) en que pueda reconocerse cada uno (“singuli”, respectivamente, “volonté des tous”), según su capacidad de actuar. Esta idea de una ventaja distributivo-colectiva solamente enuncia una tarea; y su realización incluso parece imposible a primera vista, dado que las necesidades e intereses de los seres humanos son demasiado diferentes como para que pueda haber una ventaja generalizada. De hecho, esa ventaja no se encuentra en el nivel de los intereses corrientes, aunque sí en el de las condiciones necesarias para el actuar humano que son irrenunciables, tanto para el desarrollo y la posesión de intereses corrientes como también para su consecución. De modo que recién es posible hallar una ventaja general en las condiciones de la capacidad de actuar, o, mejor dicho, en la subjetividad práctica.

En cuanto condiciones de agencia (*conditions of agency*), ellas no consisten en estados de cosas generales, empíricos, sino que en intereses lógicos de categoría más elevada. Resultan de una teoría de la acción que apunta a las condiciones de la capacidad de actuar, de una teoría de la acción en este sentido trascendental, y pueden ser llamados —relativamente— intereses trascendentales. Dado que sólo conocemos la capacidad de actuar del ser humano, podemos también adscribir esos intereses a una antropología trascendental de un nuevo tipo: una doctrina del ser humano que no se ocupe de las especificidades de una especie biológica dotada, por así decirlo, de un caminar erecto, con carencias esenciales y un exceso de impulso, como tampoco con formas humanas plenas como ciencia y arte, amistad, nobleza y amor. A diferencia de los requerimientos de una antropología (general) biológico-filosófica, basta en este caso una antropología parcial y minimalista. Y, en contraposición con una teoría de lo logrado, de la vida buena, incluso realizada, basta una antropología a-teleológica, una antropología arcaica en perspectiva lógica, no temporal, esto es: una teoría de aquellas condiciones

iniciales (*archai*) del ser humano, en que residen las condiciones irrenunciabiles de la capacidad de actuar.

Los intereses trascendentales son exigentes en este sentido, por cuanto reclaman validez universal. Pero por otra parte también son humildes, ya que se conforman con una antropología mínima, vale decir: con las condiciones iniciales de la capacidad de actuar (del ser humano). Y es debido a esta combinación de exigencia y humildad que resultan aptos para un discurso en tiempos de globalización: en cuanto intereses universalmente válidos atañen no sólo al ser humano occidental sino que al ser humano de cualquier cultura. Y en cuanto intereses lógicos de categoría superior y meras condiciones iniciales, escapan del peligro de caer en un relativismo cultural estricto, aquel de la uniformidad. Debido a que los intereses trascendentales no se hallan en el nivel de los intereses corrientes, se mantienen abiertos a la diversidad, tanto de los individuos como también de los grupos, incluso de las culturas y de las épocas. Y de esa apertura incluso se sigue un derecho a la diferencia.

Como sea, los intereses trascendentales, por sí solos, no justifican todavía la facultad coercitiva. Pues, sólo afirman que todo el mundo tiene esos intereses, sin mostrar aún por qué otros tienen el deber de defenderlos. Se advierte aquí un déficit de fundamentación: una brecha de legitimación de la clase de error “ser-deber ser”. Dicha brecha se cierra allí donde el carácter transcendental se amplía con el carácter social enunciado en el contrato originario, conduciendo a una reciprocidad transcendental, *pars pro toto*: a un intercambio transcendental. Este intercambio excepcional es absolutamente transcendental en el sentido de que representa la condición de la posibilidad de la reciprocidad corriente y del intercambio corriente. No produce un entramado concreto de relaciones recíprocas, ni la red de relaciones de las sociedades arcaicas o de las modernas. Pero hace que la socialización sea posible y, a la vez, necesaria. Los intereses trascendentales y a la vez genuinamente sociales, los “intereses socio-transcendentales”, son condiciones irrenunciabiles porque son válidas para toda forma de vida; y, más aún, requieren de socialización debido a que dependen de la acción conjunta.

Es mediante este intercambio transcendental que se fundamentan aquellos derechos elementales que hacen posible al ser humano en cuanto ser humano —es decir, como un ser capaz de actuar— y por ello es que se denominan derechos humanos. Es decir, los derechos

humanos no se fundan en las acciones voluntarias de un favor social o político. Son derechos que se deben mutuamente los ciudadanos, los sujetos del derecho. Una parte de esos derechos incluso son irrenunciables para la definición misma del derecho. Pues, sin una cierta protección de bienes jurídicos como el cuerpo y la vida, la propiedad y el honor, resulta imposible distinguir siquiera conceptualmente el derecho del crimen organizado. El correspondiente mínimo de derechos humanos protegidos por el derecho penal ya forma parte de la justicia que define el derecho: un reconocimiento parcial de los derechos humanos tiene carácter definitorio para el derecho, y su reconocimiento pleno tiene un carácter normativo.

Hasta el día de hoy se discute sobre cuál es la definición más precisa de los derechos humanos, pero apenas se discute sobre sus determinaciones fundamentales. Desde sus inicios griegos sabe la antropología filosófica que la capacidad de actuar está sujeta a tres cosas que se hacen visibles en tres determinaciones fundamentales aplicables a todo ser humano de cualquier cultura: todo ser humano es (1) un ser corporal y viviente, que (2) se caracteriza por la capacidad de pensar y de hablar y que (3) requiere de una colectividad política. Ahora bien, las dos primeras determinaciones están sujetas a condiciones previas positivas y negativas, de modo que resultan tres grupos principales de derechos humanos: derechos a la libertad negativos, derechos a la libertad positivos y derechos de participación (democráticos).

Los derechos a la libertad negativos pueden fundamentarse de modo relativamente sencillo mediante el intercambio trascendental: el primer paso de fundamentación dice que los seres humanos pueden ser tanto actores de la violencia que amenaza a la capacidad de actuar, como sus víctimas. Si aún así desean salvaguardar su interés trascendental en la capacidad de actuar —nos señala el segundo paso— deberán asumir una renuncia recíproca. El tercer paso sólo enuncia lo que acontece en el segundo. Si cada cual renuncia a su libertad de infligir heridas corporales y de matar, será precisamente por ello que a cada cual se le resguardará el “derecho” a la integridad física y a la vida. Si se renuncia a la “libertad” de robar o de ofender, es precisamente por ello que se resguardarán los “derechos” a la propiedad y al honor. O, si cada cual renuncia a impedir que otro ejerza su religión, entonces habrá reciprocidad en la protección del derecho a la libertad religiosa. De acuerdo con el intercambio trascendental, los derechos humanos se

convierten en el premio a la renuncia a la libertad. Pero el premio no ha de entenderse como una causa de la consecuente renuncia a la libertad. Más bien no es otra cosa que el lado positivo de la renuncia a la libertad en sí. Allí donde todos renuncian recíprocamente a su libertad de dar muerte, se resguardará “automáticamente” la libertad, en el sentido de una integridad del cuerpo y de la vida. En pocas palabras: los derechos a la libertad negativos surgen a través de renunciaciones universales a la libertad. Y como en este intercambio cada cual da y recibe lo mismo, este intercambio es fundamentalmente justo. Cuando son aplicados en un Estado absolutista, los derechos a la libertad se entienden preferentemente como derechos de defensa contra el Estado. Pero en el hecho son los propios ciudadanos quienes los protegen, mientras que el Estado se hace cargo meramente de la tarea subsidiaria, aunque también irrenunciable, de garantizarlos.

Dado que al menos los derechos a la libertad negativos se fundamentan en renunciaciones a la libertad universales, y éstas son a la vez beneficiosas para todos, se impone una pregunta que es desatendida por la teoría de la justicia de Rawls, pero que en cambio juega un papel tanto en Kant, a quien invoca Rawls, como también en Hobbes¹, a quien Rawls rechaza en lo esencial: ¿por qué se requiere de un ordenamiento público coercitivo, de un Estado propiamente tal?

La respuesta surge de la circunstancia de que hay todavía algo más beneficioso que la recíproca renuncia a la libertad, a saber, la renuncia unilateral a la libertad por parte de los otros. Cuando todos menos uno renuncian a su libertad de matar, entonces éste uno goza de su derecho a la vida sin él resguardar el derecho de los demás. A quienes se aprovechan de esa forma parasitaria de ventajas universales se les llama, en el transporte público, “polizones”. Para impedir semejante “polizonaje” en el intercambio de libertades, digamos un polizonaje político-social, se necesita de una imposición del poder público general mediante el cual una colectividad se convierta en la “espada de la justicia”. Subyacente a este poder hay nuevamente un intercambio, un intercambio negativo: todos renuncian recíprocamente a imponer por su cuenta sus derechos de libertad. Y como todos renuncian a lo mismo, esto es, al derecho de hacer justicia en forma privada, también este intercambio puede validarse como justo.

¹ Cf. O. Höffe, *Thomas Hobbes*, 2010.

3. Justicia social como intercambio

Por sí solas, las renunciadas al ejercicio de la fuerza aún no hacen posible la capacidad de actuar. Para la libertad real también se requieren prestaciones positivas: bienes, servicios y oportunidades. En tanto esas prestaciones son prácticamente irrenunciadas para la libertad, ahora también tienen el rango de derechos a la libertad positivos. Desde el punto de vista de los derechos humanos, no quedan por ello a la zaga de los derechos a la libertad negativos. Pero aun así se distinguen de los derechos negativos en forma notable: como lo que interesa ya no son prestaciones negativas sino que otras positivas, los derechos a la libertad positivos están sometidos al problema de la escasez y no pueden ser demandados bajo cualquier circunstancia. Por eso podría ser más justo no declararlos derechos individuales, posibles de ser demandados subjetivamente, sino considerarlos como exigencias programáticas, y fines obligatorios para el Estado. Estructurarlos en la medida de las respectivas posibilidades es algo que más bien debiera quedar para el legislador y las cambiantes condiciones marginales.

Otra diferencia: las prestaciones que son necesarias para los derechos a la libertad positivos no necesitan ser realizadas por todos los seres humanos. En cambio, en el caso de los derechos libertarios negativos, basta que sólo uno se niegue a renunciar al ejercicio de la fuerza para que, *eo ipso*, se vean amenazadas la integridad física y la vida de los demás. Pero si alguien deniega las prestaciones positivas, entonces, por regla, serán otros los que podrán ayudar, lo cual impone una pregunta anexa: ¿quién tiene la obligación de aportar? Se puede contestar con el término “prestarios naturales”. Por ejemplo, los padres son, antes que ningún otro, los esencialmente responsables de sus hijos; pues ellos los trajeron a este mundo, sin su anuencia, en calidad de seres necesitados de ayuda.

A pesar de semejantes diferencias, me permito afirmar que los derechos a la libertad positivos coinciden con los derechos a la libertad negativos en el modelo de justificación, es decir, en el modelo del intercambio trascendental. Esta afirmación arranca de una sorprendente constatación. Si bien el concepto de justicia es muy familiar para la filosofía, ésta no conoce el concepto de la justicia social que predomina en los actuales debates socio-políticos. De Aristóteles en adelante, bien se sabe que hay “varias justicias” (*pleious dikaiosynai*) (*Ética a Nicómaco*,

capítulo 5, 1130b 6). Aparte de la *iustitia universalis* y de la *iustitia particularis*, la justicia general y la justicia particular, así como de la *iustitia commutativa* y de la *iustitia distributiva*, la justicia de intercambio y la justicia distributiva, nada se dice de una *iustitia socialis*. Esta idea de justicia se origina en la ética social cristiana del siglo XIX y por ello corre el riesgo de mezclar el meollo de la justicia, el hecho de que los seres humanos se deben mutuamente ciertas cosas, con la idea del amor al prójimo o, más bien, con aquella de la beneficencia. Para escapar de esa mezcla recurre a la idea del intercambio y su núcleo, el intercambio trascendental.

En concreto, ciertas asignaciones son tan elementales que resultan irrenunciables, en parte para la mera supervivencia, en parte para una capacidad de actuar que se pueda asumir responsablemente. Como las asignaciones se verifican en forma asimétrica, desde los capaces de ayudar hacia los necesitados de ayuda, pareciera faltar la segunda condición, aquella de la reciprocidad. Esto cambia, sin embargo, apenas se presta atención al ya mencionado desfase del intercambio.

Comencemos por una tarea social clásica, la preocupación por la generación mayor. Casi todas las culturas conocen alguna forma del deber de honrar a los ancianos. A pesar de esta presencia prácticamente universal, la exigencia de honrar a la tercera edad causa dificultades. En contra de un principio tan propio de nuestro ámbito cultural, el del amor (al prójimo), la formulación del Decálogo suscita reservas: “Honra a tu padre y a tu madre como te lo ha mandado Yahvé tu Dios, para que se prolonguen tus días y seas feliz en la tierra que Yahvé tu Dios te da” (Dt 5, 16; cf. Ex 20, 12). Aquí, la preocupación por los padres no reviste una fundamentación altruista, si no que egoísta. En su favor se dice que evita ilusiones y no supone el altruismo, que nunca está demasiado presente. Por lo demás, conocemos la crítica ideológica, desde los sofistas a Nietzsche, de acuerdo con la cual el altruismo no sería más que un velado amor propio. Por esta razón parece recomendable mostrar, mediante una pequeña “inversión de valores”, que los seres humanos mayores tienen, al menos en un ámbito nuclear, derechos que se desprenden de la justicia del intercambio, por lo que puede demandarse su reivindicación.

Con la estructura generacional de la vida humana se relacionan diversos potenciales de poder y de amenaza, los que a primera vista hablan en contra de la idea del intercambio. El ser humano llega a este

mundo prácticamente desprovisto de poder y luego, en la edad avanzada, retorna a un alto grado de impotencia, por lo que durante estas dos fases de su vida depende de la misericordia y de la compasión de los otros (y su renuncia al uso de la fuerza tiene poco que aportar). Esto significa, para quien pondere la circunstancia, que así como a los niños les interesa que nadie, aprovechándose de su debilidad, les impida crecer, también a los padres les interesa, llegado el momento, ser capaces de envejecer en forma digna. Por lo tanto, es más provechoso para la generación intermedia no aprovecharse de su superioridad, en términos de poder, a fin de no verse sometida a su vez, cuando los niños crezcan, a los potenciales ejercicios de poder de la que será, para ese entonces, la generación intermedia.

Una visión que englobe a todas las generaciones muestra, entonces, que no solamente por motivos de compasión o de amor al prójimo, sino que por la justicia del intercambio, todos los grupos aludidos deben ser incluidos en la recíproca renuncia al poder. A ello se suma un argumento de justicia correctiva: ningún ser humano decide por cuenta propia llegar a este mundo e iniciar su vida como frágil lactante. En ambos sentidos, el del nacimiento y el de un dilatado desamparo, todo ser humano no es autor sino víctima y, por tanto, tiene derecho a ese extenso cuidado que en un principio posibilita la mera vida y, más adelante y gradualmente, la vida independiente.

Visto en términos de la historia del desarrollo, el respectivo intercambio tiene lugar primero al interior de la familia y la familia extensa, la stirpe. Corresponde a un contrato tácito entre padres e hijos que se contrae en relación a una ayuda desfasada, pero recíproca. En parte porque las relaciones sociales se han vuelto más complicadas, en parte porque los padres no debieran depender de la buena conducta de sus hijos, el “contrato familiar” hace tiempo ha sido extendido a “contrato generacional”. A favor de esa extensión hay dos líneas de argumentación, que introducen, por el lado descriptivo, hechos de la historia social y, por el lado normativo, la complementación necesaria para la justicia del intercambio: la justicia correctiva. El modelo de argumentación ahora se llama: ética más antropología más historia social.

La colectividad política, que es una institución de segundo orden, no sólo asume la coordinación de una institución primaria como lo es la familia o la familia extensa (stirpe, clan), sino que también la restringe, tanto en su derecho propio como en su peso propio. Este proceso

conlleva para la institución primaria tanto un alivio como también una pérdida de poder. El principio de la teoría del intercambio, la (relativa) igualdad de valor del dar y del tomar, impone ahora a la colectividad prestar una “reparación” por la pérdida de poder de la institución primaria, asumiendo aquellas tareas que debido a su pérdida de poder la institución primaria ya no puede cumplir o sólo puede hacerlo de manera insuficiente.

De acuerdo con este modelo argumentativo, gran parte de las tareas del Estado social constituyen un deber de compensación y una responsabilidad de contención de esos derechos. Aun cuando el Estado social pueda parecer en la superficie como una comunidad solidaria o, como supone Rawls, como una colectividad de justicia distributiva, en su núcleo teórico de legitimación se revela como una comunidad que vive a partir de la justicia del intercambio y la complementaria justicia correctiva.

En contra de la idea del intercambio se imponen dos objeciones. Primero, que debido a las mayores expectativas de vida aumenta el tiempo en que los mayores requieren de la asistencia de los menores, por lo cual el contrato generacional ha pasado a favorecer más a los ancianos. A ello se contrapone, sin embargo, que para los jóvenes se ha aplazado el inicio de la vida profesional, en parte debido a la extensión de la escolarización, en parte debido a periodos de capacitación profesional más extensos.

De acuerdo con la segunda objeción fundamental, la idea del intercambio no podría considerar a aquellas personas que no aportan al intercambio, como, por ejemplo, aquellos que desde su nacimiento adolecen de incapacidades graves. Pero a esta objeción puede restársele fuerza mediante un argumento que contiene varias partes. Un primer argumento parcial recuerda la responsabilidad que asume aquel que trae niños al mundo, una responsabilidad que comparten los padres con el grupo primario en que viven. El ser humano no llega a este mundo por soberana decisión, sino que a raíz de una decisión ajena. Quien trae niños al mundo a sabiendas de que son inermes y que, en casos dados, requieren de atenciones especiales por sufrir de impedimentos, asume el deber de prestar la correspondiente ayuda.

El segundo argumento parcial introduce la idea del deber de compensación y la responsabilidad por la contención de los derechos sociales de los ciudadanos; apunta a algo que va mucho más allá de una

mera fianza de indemnidad en tanto que las familias han sido privadas de poder por el Estado, éste deberá emprender tareas que originalmente realizaba la familia. De acuerdo con un tercer argumento parcial, buena parte de los impedimentos se deben a aquellos riesgos que guardan relación con nuestra forma de civilización. Dado que reivindicamos colectivamente las ventajas de aquélla, también cabe asumir colectivamente sus desventajas.

Tarea análoga se presenta también en el caso de otras cuestiones sociales clásicas, por ejemplo, en las esferas de la cesantía y de la pobreza. A modo de continuación de las colectividades familiares y de stirpe, fueron las comunas las que hasta muy avanzado el siglo XIX constituyeron colectividades solidarias. En parte de modo directo, en parte vía cooperativas profesionales, los llamados gremios, se preocupaban de las posibilidades ocupacionales y asumían importantes tareas asistenciales. Observamos ahora que parte de la multiplicidad de factores que condujeron a la decadencia de las colectividades solidarias fue el fortalecimiento del poder político central. Dado que éste reúne en sus manos mayores competencias regulatorias y, además, percibe una parte mayor del cada vez más abultado ingreso por concepto de impuestos, tiene, por razones de la justicia del intercambio, el deber de compensar la pérdida de poder de las comunidades. En parte de modo indirecto, mediante la seguridad social, y en parte de forma directa, mediante la política económica y social, asume las tareas de las agencias anteriores al Estado.

Otras tareas compensatorias resultan de las relaciones de intercambio injustas del pasado. Piénsese en las injusticias cometidas contra los esquimales, los indígenas, indios y otros pueblos originarios al expropiarse su propiedad, ya de modo violento, ya a través de prestaciones insuficientes. Hasta donde la injusticia persista y los habitantes originarios de los respectivos países se vean menoscabados en lo que respecta a las relaciones de propiedad, ellos merecen una compensación. Algo similar vale para los africanos de América del Norte y de Sudamérica, así como para otros grupos a los que por vía de la esclavitud o regímenes de servidumbre como la encomienda, o también vía instituciones “más sutiles”, se les impidió durante siglos el acceso a títulos de propiedad, a establecimientos educacionales con igualdad de derechos y al ascenso social.

En la medida que existe el derecho a la compensación, aunque sólo en la medida que la injusticia siga obrando efectos hasta hoy y

los respectivos grupos tengan menores oportunidades, ésta deberá ser prestada no sólo por aquellos que se encuentren en una situación absolutamente ventajosa, sino que por aquellos que gocen de ventajas sobre la base de la injusticia pretérita. Algo similar vale para los territorios que antaño fueron colonias. En tanto en ellos se hayan cometido injusticias con efecto de largo plazo, sea por la imposición de monocultivos, por insuficientes oportunidades educacionales para los nativos, etc., se les debe una compensación. Claro que a ellos no les debe la comunidad mundial, sino que aquellos que cometieron las injusticias, es decir, el correspondiente poder colonial, especialmente cuando goza hasta el presente de alguna ventaja, por ejemplo, la de seguir ejerciendo una influencia cultural en ese territorio.

Hay todavía otro argumento de la teoría institucional que habla a favor de una serie de tareas propias del Estado social. A semejanza del primer argumento, sólo cobra importancia en combinación con desarrollos propios de la historia social, confirmando, por tanto, el modelo de argumentación “ética más antropología más historia social”: en el transcurso de su historia, las instituciones sociales se van desarrollando hasta convertirse en complejos progresivamente diferenciados. Este desarrollo trata en gran medida de transformaciones estructurales, es decir, transformaciones que se manifiestan colectivamente, con una nueva situación colectiva de ventajas y de riesgos, que, eso sí, se distribuyen de modo diferente entre los diversos grupos e individuos. Por ejemplo, el hecho de que la producción industrial abarate los bienes materiales favorece a todos. Pero sólo es posible con la ayuda de una mano de obra que no aporta al proceso productivo (casi) nada más que su fuerza de trabajo, viéndose por tanto más afectada por el riesgo de ser fuerza laboral que aquellos grupos que también disponen de propiedad, ya sea agrícola o urbana, o de capital. Debido a la ventaja colectiva —esto es, la producción de bienes a menor precio— la fuerza laboral asume una desventaja particular, a saber, el riesgo de un alto grado de desprotección. En ello residirá una injusticia en tanto que el riesgo no sea coasumido por todos aquellos que acceden al usufructo de una producción más barata de bienes, es decir, la sociedad como un todo.

Algo similar vale para la comunidad de trabajadores especializados. Ésta no sólo incrementa la productividad y la capacidad de rendimiento, no mejora únicamente las oportunidades para una auto-

realización individual e individualizada, también encierra una serie de riesgos. Por ejemplo, aumenta la interdependencia en la sociedad y, por consiguiente, aumenta también la propensión a los trastornos. Además, sigue creciendo el porcentaje de los trabajadores no independientes. A esto se suma que el trabajo se va especializando en segmentos cada vez más pequeños; y, además, es objeto de una creciente planificación anticipada. Y, no en último lugar, la indispensable disposición para el desplazamiento va de la mano de una pérdida de los espacios vitales originarios, lo que menoscaba la estabilidad emocional y la identidad cultural. Dado que los riesgos se presentan, una vez más, en forma estructural, es decir, colectivamente, no afectando, eso sí, a cada grupo por igual, también ellos deben ser colectivamente amortiguados por razones de justicia correctiva.

A todas luces esta argumentación implica nuevas tareas para el Estado social, como en la esfera de la educación, ya que una sociedad del trabajo no demandará únicamente educación por sí misma, sino que en aras de la capacitación laboral. Pero la justicia del intercambio en sí sólo constituye un núcleo, y sin las respectivas condiciones estructurales y marginales no puede desplegar una fuerza de legitimación.

Quien aún es el más importante teórico de la justicia de los últimos siglos, John Rawls (1971: parágrafos 13, 17 y otros), plantea otros argumentos, tanto desde un punto de vista descriptivo como normativo. Su estrategia de legitimación, sin embargo, es menos convincente en ambos sentidos. En un sentido descriptivo, Rawls no entra en aquellas condiciones marginales de la historia social que han suscitado la cuestión social; aquí sigue una estrategia poco específica, demasiado general. Y desde una perspectiva normativa, pasa por alto el núcleo de la teoría del intercambio: que para grupos de poblaciones y “tipos” de personalidad que se ven perjudicados por el desarrollo de una sociedad industrial, la respectiva ventaja colectiva solamente es justa cuando cada uno participa de la ventaja colectiva.

De la nueva estrategia de legitimación surge para la justicia social un principio nuevo. Mientras el primer principio de Rawls, aquel de la mayor libertad igual para todos, forma parte de la justicia política y no de la justicia social, su así llamado principio de diferencia (“difference principle”) es un principio relativamente equivalente al de la justicia social: seres humanos que se encuentran en extrema necesidad merecen

nuestra compasión activa aun cuando ellos mismos sean culpables de su situación; pero no tienen propiamente derecho a exigir nuestra ayuda. Si, en cambio, la necesidad es en parte culpa de la sociedad porque, por ejemplo, ella ha incurrido en riesgos colectivos, entonces la sociedad está obligada a compensar. De acuerdo con Rawls, la sociedad es responsable de todos los perjuicios, aunque en mi modelo de legitimación lo es únicamente de aquellos perjuicios ocasionados por los mejoramientos colectivos. A fin de que la formación de una sociedad industrial pueda valer como legítima, las desventajas pertinentes deben ser convertidas en una ventaja per-saldo.

Por cierto, toda sociedad se desarrolla en gran medida de manera natural. Además, es imposible determinar anticipadamente, con precisión, ni el tipo ni el balance de las ventajas y desventajas. Por esta razón el Estado debe volver una y otra vez a reflejar los desarrollos sociales desde el punto de vista de “ventajas colectivas, desventajas particulares” y, en los casos particulares, discernir medidas de corrección y asumir, con ese fin, nuevas competencias: más precisamente, competencias de planificación.

Por otro lado no debe olvidarse que el tantas veces ponderado contrato generacional se establece respecto de a lo menos tres generaciones. Cuando el Estado social se extralimita en pos de la “justicia social”, quien paga es la tercera generación, aquella de los hijos y de los hijos de esos hijos: el peso de la deuda crece, la tasa de inversión, que no debe entenderse solamente como financiera, cae, la salud pública crece con mayor fuerza que la educación pública y en muchos lugares la infraestructura social, que se representa con estructuras que funcionan, es sometida a más exigencias que a renovaciones.

Hay una tarea importante para la cual, al parecer, no sirve pensar en términos de intercambio: aquella que yo llamo “la nueva cuestión social”. Se trata de la justicia entre las generaciones, uno de cuyos factores es la protección del medio ambiente natural. De hecho, la naturaleza natural es un don que no cabe intercambiar sino que distribuir. Sin embargo, la mayor parte de los procesos sociales y de la civilización consisten en transformaciones de la naturaleza en que están en juego la justicia de intercambio y la justicia compensatoria que la complementa. Así como, por ejemplo, la condición en que se lega el medio ambiente natural a la generación siguiente co-determina sus oportunidades y riesgos de vida,

un contrato generacional sólo será justo si la generación dominante en ese momento no lega hipotecas a la generación que le sigue, a quien no dejará las correspondientes garantías. Midiendo con esta vara resulta, por ejemplo, que la explotación de fuentes de energía no renovables sólo será justa bajo la condición de que esa explotación no se haga de un modo más acelerado que la creación de nuevas fuentes.

Yo propongo una manera de legitimar la responsabilidad del Estado por el medio ambiente que difiere considerablemente de aquella de Nozick. Este filósofo social, liberal de viejo cuño, patrocina, como se sabe, una teoría del derecho que comienza con “la obtención originaria de la propiedad”. Y la obtención originaria la concibe como “apropiación de objetos que no tienen dueño”. Y en esto supone tácitamente que la naturaleza “aún intocada” por el ser humano, en su totalidad y en cada una de sus partes, representa un bien todavía sin dueño que pasa a la propiedad del ser humano mediante la apropiación y el trabajo. Pero esta suposición, que Nozick no fundamenta, resulta implausible:

Dado que la naturaleza natural representa un hecho principal, parece tanto más plausible considerarla como una propiedad común de la humanidad que pertenece por igual a cada generación. Se comporta como un capital de cuyos intereses puede vivir cada generación, sin tocar el capital mismo. Ya sea un individuo, un grupo o una generación, aquel que saca algo de la propiedad en común está obligado a devolver algo de valor equivalente. Y así como los padres prefieren dejar a sus hijos una herencia más abultada, una generación generosa lega a la siguiente una tierra más rica.

Ese deber no sólo se extiende sobre el medio ambiente natural, sino que también sobre aquel cultural, social y técnico. Trátese de adquisiciones de la cultura, incluyendo el idioma, la literatura, el arte, la música y la arquitectura, trátese de infraestructura civilizatoria como caminos y carreteras o canalizaciones, de la educación y la salud públicas, o de la calidad arquitectónica de la ciudad y del solaz del paisaje, además del conocimiento científico, médico y tecnológico, las instituciones jurídicas y sociales y, no en último lugar, de la acumulación de capital y el desarrollo de la ciudadanía, en todas estas esferas cada generación debe practicar un ahorro tridimensional y de ningún modo sólo económico, es decir: un “conservar conservador”, que es la mantención de instituciones y recursos; una “acumulación inversora” de capital, infraestructura, tecnologías futuristas...; y un “ahorro preventivo” en

términos de evitar la guerra, las catástrofes ecológicas y las debacles económicas o sociales.

En la realidad política acontece lo contrario. En el marco del producto social bruto han crecido enormemente los gastos actuales: las cargas sociales, los costos de la salud pública, los gastos de la previsión y la amortización de la deuda pública. Los gastos a futuro, en cambio, han disminuido, es decir, las inversiones en educación pública y otros ámbitos de la infraestructura social y material. Este marcado desplazamiento del ámbito inversor a un ámbito, en el más amplio sentido, consumidor, significa una injusticia respecto a las futuras generaciones. Esta disparidad cada vez mayor entre ingreso y riqueza creciente de los mayores, y merma en la inversión en la educación, no sólo pone en riesgo el futuro, también atenta contra la justicia intergeneracional. Hay que decirlo en pocas palabras: el presente vive a costas del futuro.

Parte de la justicia entre las generaciones son también los dispositivos que favorezcan a los padres jóvenes. Ellos requieren, especialmente las mujeres, de horarios de trabajo más flexibles, ocupaciones de media jornada y subsidios familiares mucho mejores, incluyendo jardines y guarderías infantiles. Finalmente, hay que permitir que los jóvenes asuman oportunamente responsabilidades económicas, sociales y políticas en lugar de mantenerlos expuestos a una creciente gerontocracia, es decir, a la acumulación de cargos y altas posiciones en personas cada vez mayores.

Hago balance: indudablemente las reflexiones anteriores constituyen tan sólo un esbozo de legitimación. Las considero como una proposición para discutir las tareas del Estado, tanto las que son obvias como las que no lo parecen tanto, no con reflexiones sobre la solidaridad, sino con reflexiones sobre lo justo, y, en el marco de la justicia, y no (meramente) de una justicia distributiva, sino que (adicionalmente) de la justicia de intercambio y la justicia correctiva. En esto me parecen importantes a lo menos cuatro puntos: primero normativamente, en cuanto reciprocidad de las ventajas y desventajas a ser intercambiadas; en seguida, no-normativamente, buscando un concepto de intercambio suficientemente amplio y sensible del aspecto socio-histórico. Tercero, se requiere demostrar que sin las facultades de decisión y de coacción de los poderes públicos la reciprocidad, en efecto, no logra imponerse de manera suficiente.

BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles. *Nikomachische Ethik*. Trad. al alemán de Ursula Wolf. Darmstadt: 2002.
- Hayek, F. A. *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy*. Vol. 2: *The Mirage of Social Justice*. Londres: 1976.
- Hobbes, Th. *Leviathan, or The Matter, Forme & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill* [1651]. Edición de C. B. Macpherson. Londres: ND Londres: 1962.
- Höffe, O. *Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln. Philosophische Versuche zur Rechts- und Staatsethik*. Stuttgart: 1988.
- . *Thomas Hobbes*. Munich: Beck Verlag, 2010.
- Kant, I. “Die Metaphysik der Sitten. Erster Teil: Methphysische Anfangsgründe der Rechtslehre” [1797]. Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften (eds), *Gesammelte Schriften*. Edición de la Academia, Berlin: 1902.
- Mauss, M. *Die Gabeunparteilichkeitsstaatsordnung, gründliche Überlegung. Form und Funktion des Austauschs in archaischen Gesellschaften*. Frankfurt/M.: 1923/1924.
- Müller, H. P. “Soziale Gerechtigkeit heutee”. *Merkur* 562 (1996).
- Nozick, R. *Anarchy, State and Utopia*, Nueva York: 1974.
- Rawls, J. *A Theory of Justice*. Cambridge: 1971.
- Sahlins, M. *Stone Age Economics*. Chicago: 1972. □