

LA DISCRIMINACIÓN EN LA JUSTICIA RAWLSIANA: ¿ERRORES U OMISIONES?

Jesús RODRÍGUEZ ZEPEDA*

El derecho humano a la no discriminación tiene una entidad propia; posee una historia política relevante y compleja y múltiples vertientes de historia jurídica. De tal modo que es aconsejable identificarlo con una forma precisa de igualdad, a saber: la igualdad de trato. Esta idea de igualdad se basa en el enunciado moral fundamental de que toda persona, poseedora de una dignidad incontestable expresada no bajo supuestos metafísicos, sino de su condición de sujeto de derechos, debe por ello ser tratada sin excepciones ni exclusiones arbitrarias.

Una forma secularizada, y por ello aceptable para distintos credos y percepciones del mundo, de entender la dignidad individual está, en efecto, fundamentada en el discurso contemporáneo de los derechos humanos. La dignidad democrática contemporánea está vinculada a la titularidad de derechos fundamentales que caracteriza a toda persona. Así aparece, primero, en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (ONU, 1948); y luego en el artículo 1o. de la misma: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. En

* Universidad Autónoma Metropolitana (México).

este orden de discurso, la postulación de la dignidad igualitaria supone que toda persona, además de libre, debe ser tratada de una manera que corresponda a su dignidad intrínseca. El postulado de la igualdad de trato recoge esa demanda moral.

La no discriminación equivale a una forma de igualdad que parifica a los sujetos en tanto que personas morales dignas de respeto y trato justo. Una enunciación adecuada para este derecho puede ser hallada en el feliz título que Gustavo Ariel Kaufman encontró para su estudio comparado de derecho antidiscriminatorio: *Dignus inter Pares* (2010). En efecto, la afirmación igualitaria del derecho a la no discriminación tiene que ver, no con una parificación homogenizante o con una disolución del individuo en el colectivo que le circunda, sino con una igualación en derechos y oportunidades que salvaguardan e incluso estimulan la expresión de nuestras diferencias idiosincráticas, preservando la dignidad de cada persona. Dice Kaufman: “La dignidad humana no es un derecho, sino una fuente de derechos. La prohibición de humillar al prójimo, que incluye en especial la prohibición de discriminar a grupos estigmatizados, es la expresión jurídica más cercana a sus objetivos fundamentales” (Kaufman, 2010: 121).

Empero, debe reconocerse que la equiparación de la no discriminación a la igualdad de trato es relativamente novedosa y se halla en vías de acreditación intelectual, política y jurídica. No debería extrañar que la formulación normativa de la no discriminación haya estado históricamente asociada con otra de las formas de igualdad más relevantes del mundo moderno: la igualdad de oportunidades. La relación entre la no discriminación y la igualdad de oportunidades es a tal punto relevante que buena parte de la interpretación de la vigencia del derecho a la no discriminación depende de la constatación de la existencia o inexistencia de una genuina igualdad de oportunidades.

La igualdad de oportunidades no se disuelve en la noción de igualdad de ingreso o socioeconómica, aunque, en el contexto del contemporáneo Estado de bienestar, no se puede concebir ninguna ruta efectiva de nivelación económica y reducción de la

desigualdad de ingresos que no pase por un esquema social de igualdad de oportunidades. Según William Galston, los dos pilares igualitarios o distributivos de una sociedad liberal moderna son: a) la distribución de los bienes sobre la base de las necesidades de los ciudadanos equitativamente consideradas, y b) la adjudicación de oportunidades sociales según un criterio de derecho equitativo de participación. En el caso de la sociedad norteamericana, este derecho "...ingresó en el pensamiento político norteamericano bajo la rúbrica de 'igualdad de oportunidades'. Gran parte de la historia social norteamericana puede ser interpretada como una lucha entre los que deseaban ampliar el alcance de su aplicación y los que buscaban restringirlo"¹ (Galston, 1986: 89). En efecto, la exigencia de igualdad de oportunidades se convirtió, durante el siglo XX, en uno de los pilares del Estado de bienestar, aunque, como veremos, existe una gran disparidad de opiniones respecto de lo que debe constituir su contenido distintivo.

En la filosofía política contemporánea, fue precisamente John Rawls quien asignó a la noción de igualdad de oportunidades, y de manera más específica a la de *igualdad justa de oportunidades* (*fair equality of opportunity*), una función sustancial en la reducción de las desigualdades injustificables en el contexto de una sociedad bien ordenada. Trataremos aquí de precisar qué tipo de relación conceptual podría tener la idea rawlsiana de igualdad de oportunidades con el principio moral de no discriminación.

El ideal rawlsiano de igualdad económica se sustenta en dos mecanismos precisos de compensación: la igualdad justa de oportunidades y el principio de diferencia. En ambos casos, la justicia se hace posible por los tratamientos preferenciales a favor de las posiciones menos aventajadas. Estos tratamientos, según Rawls, no abonan el terreno de la desigualdad, sino que ponen a la estructura básica de la sociedad en una tendencia hacia la igualdad.

El argumento rawlsiano acerca de la compensación de las posiciones sociales menos aventajadas mediante la igualdad justa

¹ Traducción libre del autor.

de oportunidades y el principio de diferencia han articulado el paradigma, dominante en la filosofía política contemporánea, de una idea de justicia definida por el *principio de compensación social*. La categoría de *compensación social* también está en la base de las múltiples defensas de la llamada *acción afirmativa*, sólo que con la especificidad de que sus posiciones de referencia no son categorías socioeconómicas (los menos aventajados en ingreso y riqueza), sino categorías de sexo o género, de etnia, de capacidades o de edad.

El análisis conceptual de la igualdad de oportunidades hace visible un rasgo destacado de la discusión contemporánea sobre el complejo derecho a la no discriminación. En esta discusión, no es la idea misma de compensación social la que se ha sometido a poderosas críticas, sino su versión antidiscriminatoria, que es la denominada acción afirmativa. La compensación social se ha convertido en el foco de una aguda crítica normativa y política cuando se ha llevado fuera de su campo originario de aplicación (la educación, la salud, las pensiones, los sistemas progresivos de impuestos, etcétera) en el contexto del Estado de bienestar, y se le ha tratado de aplicar como estrategia de resarcimiento para beneficiar a grupos particulares definidos por desventajas en principio no económicas (mujeres, minorías étnicas, personas con discapacidad, grupos de edad), y que han sufrido discriminación en un registro histórico de duración secular. La crítica a esta extrapolación ha provenido incluso de pensadores que, como Brian Barry o John E. Roemer, han construido poderosos discursos igualitarios en los que se rechaza la supuesta espontaneidad distributiva de las fuerzas del mercado y se aboga por mecanismos estructurales, políticamente acordados, de nivelación social.

Es frecuente, como en el caso del argumento de John E. Roemer, que el contraste valorativo se presente entre una idea de compensación universal (salud y educación públicas) y una compensación, como la preconizada por la acción afirmativa, focalizada en determinados colectivos discriminados y, por ende, excluyente de grupos a los que se considera no discriminados.

Conforme al criterio de Roemer, la igualdad de oportunidades perdería su función de nivelación democrática cuando pierde también su alcance general o universal (Roemer, 1998).

El argumento de Roemer es poderoso, pero cuando dirigimos la atención a la historia misma de la política social, en la que la idea de los derechos universales de bienestar ha sido predominante, encontramos que la supuesta universalidad del Estado social es siempre inconsistente. De hecho, nunca ha existido la universalidad efectiva en la política social, pues lo usual ha sido identificar la condición de los trabajadores formales como equivalentes de los ciudadanos sujetos de derechos sociales, constituyendo la noción de universalidad mediante una extrapolación de un grupo particular a la idea de ciudadanía misma. Por ello, debe tenerse presente que la exigencia de compensación socioeconómica a los grupos desaventajados tiene un carácter más normativo que descriptivo. Incluso en las naciones con larga experiencia de un Estado de bienestar, en las que la universalidad de los derechos sociales parece garantizada, la distinción entre nacionales y extranjeros, o la de asalariados y no asalariados, da lugar a un alejamiento del ideal de la cobertura total de la política social. Tómese en cuenta, además, que en muchos países democráticos el derecho universal a la salud ha estado, durante mucho tiempo, vinculado sólo con las trayectorias laborales formales, mientras que las personas no empleadas en el mercado laboral formal no tienen acceso a tal derecho. Ello explica porqué en las nuevas políticas de bienestar y salud se busque garantizar la salud por vías de universalización efectiva del bienestar, que antes, en el contexto del modelo histórico del Estado de bienestar, podían parecer descabelladas, como la exigencia de una renta básica universal o la cobertura sanitaria sin sujeción al mercado laboral formal.

Aunque los derechos de compensación socioeconómica, que sustentan la idea contemporánea de justicia distributiva, y el derecho a la no discriminación, abrevan del mismo valor político (o bien, del mismo valor moral) que postula la deseabilidad del

tratamiento compensatorio, en una perspectiva de más amplio alcance, sus afinidades o coincidencia de ruta no se logran mantener debido, precisamente, al tema de la cobertura universal de la compensación. Por ello, para la construcción de un argumento moral respecto de la no discriminación, la equiparación de la acción afirmativa con los derechos de bienestar del Estado social y democrático de derecho no debería ser llevada demasiado lejos, pues si bien existe coincidencia entre el tratamiento preferencial y los derechos de bienestar en su común pertenencia a la tradición de la compensación a los menos aventajados, en modo alguno ha de perderse de vista que no es la universalidad de los derechos de bienestar lo que construye la justificación normativa de la no discriminación. En efecto, la fuerza normativa de la compensación antidiscriminatoria proviene, no de la idea de que toda persona podría tener derecho al tratamiento diferenciado, sino del hecho de que las políticas que aconseja están dirigidas a grupos que con frecuencia son minorías, y que como tales sufren de una desventaja inmerecida en la distribución de los beneficios de la cooperación social.

Con este supuesto, podemos decir que lo que justifica normativamente los tratamientos diferenciados con propósitos compensatorios es, en sí misma, la situación de desventaja que tales grupos han sufrido a lo largo de la historia. Si se quiere formular este asunto en términos del merecimiento de los sujetos a una compensación, se tendría que decir que no se es merecedor de la compensación porque se pertenece a una categoría social general, sino sólo porque al margen de la categoría a la que se pertenece —general o grupal— se padece una posición de desventaja de trato estructural que no puede ser remontada sólo con las necesarias pero insuficientes políticas de bienestar general propias del Estado de bienestar.

Las sociedades democráticas contemporáneas compensan una y otra vez a grupos sociales completos. A pocos resulta escandaloso que se compense a las personas por una mala distribución de la riqueza o el ingreso o por una situación de desprotección

educativa o sanitaria. Las defensas políticas de la salud pública y de la educación pública son abundantes, hasta tal punto que han sido defendidas incluso en el marco del discurso de defensa de la economía de mercado. Debe recordarse, por ejemplo, que el mismo fundador de la tradición liberal económica, Adam Smith, llegó a defender la idea de una educación pública, garantizada por el Estado, cuando el mercado no puede por sí mismo hacer posible este acceso:

...el Estado ¿no debe prestar atención a la educación del pueblo?
...Hay casos en que la situación misma de la sociedad coloca a la mayor parte de los individuos en condiciones de adquirir por su cuenta, sin la intervención del gobierno, todas aquellas técnicas y virtudes que el Estado exige o admite. En otras circunstancias, la sociedad no coloca a la mayor parte de los individuos en semejantes condiciones, y entonces es necesaria la atención del Gobierno para precaver una entera corrupción o degeneración en la gran masa del pueblo (Smith, 1998: 687).

Por otra parte, tampoco resulta particularmente divisivo en las democracias contemporáneas el argumento que sostiene que se debe compensar a quienes, de manera temporal, padecen una situación de desventaja inmerecida. Por ejemplo, se entiende de manera generalizada como una razonable obligación del Estado, la compensación a los grupos que han sido afectados por algún fenómeno meteorológico o una catástrofe natural. Tampoco es infrecuente que el Estado otorgue compensaciones y ventajas grupales de distinta especie a quienes han sufrido los efectos de cierta criminalidad especial, como la del terrorismo. En estas situaciones, parece lógico al sentido común o cultura política general de una democracia que se compense durante un periodo, y a veces de forma indefinida, a quienes han quedado, por motivos fuera de su control o de su responsabilidad, en situación de desprotección, desventaja o desposesión.

Sin embargo, el modelo de compensación a los grupos en razón de un pasado discriminatorio no goza del mismo consenso

espontáneo en las sociedades democráticas. El derecho a la no discriminación se hace divisivo cuando, en su formulación compleja, exige compensaciones particulares hacia grupos desaventajados por género, etnia, discapacidad u otras razones no precisamente económicas o catastróficas. De todos modos, y como dato contextual que abona el argumento de una definición compleja del derecho a la no discriminación, puede recordarse que en los Estados cuyo sistema constitucional está inclinado a la idea de compensación socioeconómica o guiado de manera explícita por los valores de solidaridad y reciprocidad sociales (por ejemplo, Alemania o España), la idea de hilvanar conceptualmente la no discriminación con el tratamiento preferencial ha sido menos disonante que en Estados (Inglaterra, Estados Unidos) donde los mecanismos de compensación para los menos aventajados están fuera de la constitución.

Una buena manera de formular la idea de que la mejor defensa normativa del tratamiento compensatorio antidiscriminatorio en el horizonte de la justicia consiste en entenderlo como una estrategia deseable que nos permita acercarnos a un ideal de igualdad, lo que asegura tanto su función instrumental (es una categoría política al servicio del valor de la igualdad pero inconfundible con éste) como su temporalidad determinada por sus propios logros (el tratamiento preferencial ha de dejar de existir precisamente por su capacidad de eliminar las condiciones que lo hicieron aconsejable). Por ello, al encarar el debate del tratamiento preferencial en general, y de la acción afirmativa en particular, parece razonable descargarlo del tono de una discusión acerca de principios últimos de igual valor y alcance (tratamiento preferencial versus tratamiento homogéneo) como solemos hacer cuando enfrentamos, por ejemplo, la igualdad con la libertad o la soberanía popular con los derechos individuales, y verlo más, conforme al lenguaje rawlsiano, como un tema de justicia no ideal cuyo espacio natural es el de las políticas públicas y su idoneidad para alcanzar las metas futuras de una teoría ideal de la justicia.

En todo caso, el problema que debe resolverse respecto de esta disputa de conceptos de no discriminación es el de la capacidad emancipadora y la deseabilidad práctica de las estrategias políticas e institucionales vinculadas a las definiciones llana y compleja de no discriminación. Entendemos la definición llana de no discriminación como la que identifica la igualdad de trato con la prohibición de todo tratamiento diferenciado negativo hacia una persona o grupo de personas sobre la base de prejuicios vinculados a rasgos o atributos como el sexo, la etnia, la edad, la religión, la discapacidad, etcétera. Entendemos la definición compleja como aquella que, asumiendo el contenido de la definición llana (la prohibición del tratamiento diferenciado arbitrario) postula la necesidad de un tratamiento preferencial temporal dirigido a compensar a un grupo discriminado por los efectos de la acumulación ejercida en su contra en un registro de larga duración histórica.²

Si se trata de fundar estas estrategias sólo en la definición llana de no discriminación, el riesgo que se corre es el de dejar intactos los mecanismos estructurales de exclusión de los grupos discriminados y, de manera derivada, establecer una limitación en la legitimidad del Estado democrático para intervenir a favor de grupos secularmente excluidos y para imponer medidas de compensación orientadas a revertir la discriminación históricamente desplegada. Si se admite, por el contrario, que la no discriminación contiene de suyo estas obligaciones compensatorias del Estado, entonces se tendrá que asociar el valor de la igualdad a un sentido fuerte del tratamiento preferencial como estrategia para avanzar los fines mismos de la igualdad de trato, aunque con el riesgo de estatuir nuevas desigualdades que se sedimenten y tiendan a la permanencia.

No deja de llamar la atención que las críticas más fuertes, o al menos las más argumentadas, al tratamiento preferencial se ha-

² Véase un desarrollo completo de estas definiciones llana y compleja de no discriminación en mi libro de 2006: *Un marco teórico para la discriminación*, México: Conapred.

gan siempre por referencia al principio democrático de igualdad. Esto podría generar la impresión de que en la experiencia de los Estados democráticos la idea de compensar a un grupo que ha sufrido asimetría social y dominio injusto apareció sólo con el debate del derecho a la no discriminación. Pero validar esta impresión sería históricamente inaceptable. De hecho, como se argumentó arriba, la historia de todos y cada uno de los Estados democráticos en el siglo XX registra la existencia de instituciones y políticas públicas de amplio alcance cuyo fin es dar lugar a compensaciones por injusticias históricamente asentadas. La experiencia del denominado Estado de bienestar o, para enunciarlo en términos jurídico-políticos, del Estado social y democrático de derecho, con su caudal de derechos sociales, como la educación y salud públicas, los sistemas de pensiones, los derechos laborales, e incluso los proyectos actuales de renta básica universal, dan cuenta de una larga práctica política, y una correspondiente familiaridad y legitimidad sociales, respecto de la idea de que las injusticias del pasado ameritan una compensación ejecutada o dirigida por el Estado.

Existe también, desde luego, una larga crítica neoliberal o *liberista* a las atribuciones compensatorias del Estado en materia de justicia distributiva; sin embargo, aun los programas políticos más orientados a la desregulación y la crítica de las dimensiones y atribuciones del poder público aceptan algún tipo de mecanismo de compensación en el terreno de la justicia distributiva. La idea teorizada por Locke y Kant, en los siglos XVII y XVIII, respectivamente, de que la intervención del poder público para alterar la distribución de propiedad, rangos o riqueza es siempre ilegítima y contraria a una sociedad libre, quedó agotada y superada en la política del siglo XIX.

Por ello, si la idea de compensación de las posiciones sociales menos aventajadas en el reparto de bienes sociales, para usar el lenguaje de John Rawls, ha acompañado al desarrollo de la democracia contemporánea, habría que preguntarnos porqué son tantas y tan agudas las críticas que se dirigen contra el argumen-

to del tratamiento preferencial en el contexto del derecho a la no discriminación.

En un marco democrático efectivo encontramos que, en efecto, no existe un conflicto significativo de justificación democrática de derechos sociales; es decir, de las titularidades de bienestar relativas al valor de la igualdad que impliquen medidas redistributivas económicas del Estado o estrategias de política social en los campos educativo, laboral, sanitario, etcétera, porque éstas han sido lo característico del Estado social y democrático de bienestar. El problema de justificación se refiere, más bien, a los derechos, atribuciones o titularidades compensatorios, disfrutables por unos grupos y no por otros, y que atienden a resarcimientos no necesariamente económicos ni incluidos en las políticas tradicionales de corte social, como la educación y salud públicas o los sistemas de pensiones, todos ellos adjetivados como universales. Dicho de otra manera, la compensación se convierte en objeto de agudos ataques cuando se formula a favor de grupos específicos que han sufrido discriminación (mujeres, minorías étnicas, personas con discapacidad), porque se les ve como *compensaciones particulares*, pero se acepta con mayor facilidad cuando se postula como vía de resarcimiento para categorías sociales más amplias: desempleados, pobres, personas sin educación, ciudadanos sin acceso a servicios sanitarios, trabajadores desprotegidos, víctimas de una guerra o del terrorismo y personas afectadas por catástrofes naturales.

Una manera adecuada de entrar al debate acerca de la deseabilidad del tratamiento preferencial en el horizonte de una concepción de la justicia en la que el principio de no discriminación se contemple de manera destacada puede ser la de recurrir a una pregunta formulada por Steven Lukes. En su texto “Five Fables About Human Rights” (1993), Lukes señala que la inclusión del principio de igualdad de oportunidades para todas las personas en el catálogo simple y abstracto de los derechos humanos no es particularmente problemático; es decir, que se trata de un principio difícil de rechazar por cualquier perspectiva vincu-

lada a la herencia moderna del valor de la igualdad. Sin embargo, la división de posiciones se genera cuando se plantea el tema de cómo efectivizar este principio. Inquieta Lukes: “¿Qué debe ser igual para que las oportunidades sean iguales? ¿Es una cuestión de no discriminación respecto de un contexto existente de desigualdades económicas, sociales y culturales o es ese contexto mismo el terreno en el cual las oportunidades puede ser hechas más igualitarias?”³ (Lukes en Shute & Hurley, 1993: 39). Lukes formula la cuestión clave de la igualdad de oportunidades al distinguir entre dos posibilidades de acción estatal y social: o garantizar a toda persona oportunidades equitativas para competir por las posiciones y rangos sociales relevantes, de tal modo que su género, etnia, religión, edad, preferencia sexual o discapacidades no sean obstáculos para esta competencia, o bien emprender medidas afirmativas —siempre bajo la figura de acciones compensatorias— para equilibrar los puntos de partida de la propia competencia, de tal modo que los rezagos acumulados que derivan de ser, por ejemplo, mujer, indígena o persona con discapacidad en una sociedad históricamente discriminatoria, sean superados como condición misma de posibilidad de la competencia abierta por las posiciones y los rangos sociales relevantes. De manera llana, la cuestión es: o bien competir todas las personas tal como la historia discriminatoria nos ha hecho, o bien hacerlo sólo sobre la base de una compensación a los grupos que han sido tratados de manera desigual en el pasado y que, por ello, no podrían ganar esas posiciones que se abren a la competencia en un momento determinado.

De este modo, la formulación general y abstracta del principio de igualdad de oportunidades nos exige decidir ante la alternativa de aplicarlo de manera formal y externa a un sistema dado de roles asignados a los grupos y de dotaciones distribuidas de antemano a las personas (riqueza, educación, salud), o bien formularlo como el resultado futuro (como proyecto normativo)

³ Traducción libre del autor.

de una política que trata de *redefinir* el esquema de distribuciones que caracteriza a ese sistema en su momento actual. Esta disyuntiva es crucial, pues en un caso se trata de favorecer una visión de tal principio que deja intacta la estructura del sistema de oportunidades —fundamentalmente educativas y laborales— y abre las puertas de las oportunidades bajo el criterio de una igualdad formal de toda persona, mientras que en el otro domina la segunda interpretación, que postula la igualdad de oportunidades como una suerte de ideal regulativo, que habría de resultar de una transformación de ese sistema de oportunidades, lo que supone —o al menos justifica— la aplicación de medidas de tratamiento preferencial a favor de determinados grupos que en el pasado han sido objeto de exclusión y discriminación.

Si se admite que la segunda lectura de la igualdad de oportunidades no sólo es posible, sino también políticamente deseable, la pertenencia de la no discriminación al discurso de la igualdad democrática no tendría que reducirse al terreno de la prohibición de exclusiones y desprecio en razón de desventajas grupales inmerecidas por estigmas y prejuicios (la forma proveniente de la definición llana), sino que legitimaría la prescripción de medidas compensatorias que se concretan en tratamientos grupales diferenciados (la forma proveniente de la definición compleja).

En todo caso, no es extraño que esté muy extendida la idea de que la no discriminación deba entenderse como un enunciado *conceptualmente distinto* a la idea de tratamiento preferencial o de compensación social para grupos desaventajados, incluso entre aquellos que reconocen que políticamente sólo el recurso a la segunda puede impedir la reproducción de la primera. El lenguaje político y jurídico norteamericano, por ejemplo, distingue de manera sistemática entre el carácter constitucional del derecho a la no discriminación (la exigencia de igualdad de todos ante la ley de la XIV enmienda de la Constitución o las actas o leyes federales que tienen un estatuto *cuasi* constitucional) y el carácter de medidas de política pública para los tratamientos diferenciados (que se han implementado mediante “órdenes ejecutivos” o

decretos presidenciales) de tal modo que las segundas han podido ser impugnadas y derrotadas en su constitucionalidad en varias ocasiones.

Regresando a Roemer, podemos encontrar una distinción crucial entre estas dos áreas conceptuales. Para este autor, en efecto, el tratamiento compensatorio y la no discriminación corresponden en realidad a conceptos diferentes de la igualdad de oportunidades:

El primero sostiene que la sociedad debe hacer lo que pueda para ‘nivelar el terreno de juego’ entre los individuos que compiten por las posiciones o, más en general, nivelar el terreno de juego entre los individuos durante sus periodos de formación, de tal modo que todos aquéllos que posean un potencial relevante sean admitidos a los grupos de candidatos que compiten por las posiciones. La segunda concepción, que denomino el principio de no discriminación, establece que en la competición por posiciones en la sociedad, todos los individuos que poseen los atributos relevantes para el desempeño de los deberes de la posición en cuestión sean incluidos en el grupo de candidatos elegibles, y que la posible ocupación del puesto por un candidato sea juzgada sólo en relación con esos atributos relevantes... Un ejemplo de este... principio es que la raza o el sexo como tales no deberían contar a favor o en contra de la elegibilidad de una persona para una posición, cuando la raza o el sexo es un atributo irrelevante en cuanto a los deberes de la posición en cuestión (Roemer, 1998: 1).⁴

Según el propio Roemer, la concepción superior del principio de igualdad de oportunidades tiene que ver con la exigencia de que la sociedad haga lo posible para “nivelar el terreno de juego” (*level the playing field*), lo que conlleva medidas compensatorias para grupos desaventajados en terrenos como el educativo y el laboral; y esto a su vez supone establecer condiciones para que la igualdad de oportunidades entendida como no discriminación (segunda concepción) pueda funcionar equitativamente

⁴ Traducción libre del autor.

(Roemer, 1998: 2 y 3; y 108-113). Las normas y acciones públicas derivadas del primer modelo de igualdad de oportunidades van más allá del principio llano de no discriminación, pues se orientan a nivelar los puntos sociales de partida de los individuos de la competencia laboral o educativa, cosa que la simple prohibición de discriminar por estigmas y prejuicios de un modo ostensible no hace. Resulta claro en el argumento de Roemer que el concepto de no discriminación aparece como *conceptualmente* ajeno al de medidas compensatorias o tratamiento diferenciado, aunque no se descalifica desde el punto de vista normativo a este segundo, sino que se le hace constitutivo de una versión superior de la igualdad de oportunidades.

Empero, bajo este mismo criterio, Roemer critica a las políticas de acción afirmativa en los Estados Unidos, argumentando que si bien esta estrategia es defendida por sus promotores como “la forma no discriminatoria de la igualdad de oportunidades”, pues en teoría se orienta a garantizar de manera real y no sólo formal que sólo los que poseen los atributos necesarios para los puestos en disputa deberían ingresar a los grupos que compiten por ellos, con frecuencia su aplicación en los hechos acaba por instalar raseros distintos de competencia que son aplicadas a individuos de distintos tipos (Roemer, 1998: 117). A esto es a lo que Roemer denomina una “duplicidad en la justificación de las políticas de Acción afirmativa”, pues por un lado apelan, para ser aceptadas como igualitarias, a que buscan que todos los individuos compitan en circunstancias niveladas (con el terreno de juego sujeto a la acción igualitaria de la sociedad), pero a la vez exigen cuotas y calendarios de admisión en los puestos de competencia que dan lugar a que buena parte de esos puestos sean ocupados por personas de menor merecimiento dentro del grupo de candidatos elegibles. De este modo, Roemer perfila una diferencia crucial entre las políticas de nivelación social, como la educación y salud públicas, universalmente orientadas, y las políticas de acción afirmativa, dirigidas a unos grupos determinados. Ambas, según Roemer, pueden expresarse mediante el lenguaje

de la igualdad real de oportunidades —de la nivelación del terreno de juego o de la *parificación* de los puntos de partida de la competencia social—, pero sólo las primeras pueden ser juzgadas como genuinamente igualitarias, pues tras la compensación en los procesos de formación de los contendientes, permiten que la competencia por las posiciones sociales discurra bajo el principio (que nosotros llamamos llano) de no discriminación.

En el argumento de Roemer resuena, desde luego, la distinción paradigmática hecha por Rawls entre el *sistema de libertad natural* y la *igualdad liberal*. En obvia alusión al concepto que Adam Smith acuñó, en *La riqueza de las naciones*, para dar cuenta del orden espontáneo de justicia que supuestamente se crea por las relaciones de oferta y demanda, Rawls denominó *sistema de libertad natural* a la concepción que es típicamente sostenida por los defensores de la sociedad de mercado. Según Rawls, el *sistema de libertad natural* requiere de

...una igualdad formal de oportunidades bajo la que todos tengan al menos los mismos derechos legales de acceder a todas las posiciones sociales aventajadas. Pero [critica Rawls] en la medida en que no existe un esfuerzo para preservar una igualdad de condiciones sociales... la distribución inicial de recursos para cualquier lapso de tiempo queda fuertemente influenciada por contingencias naturales y sociales (Rawls, 1973: 72).⁵

El sistema de libertad natural, desde la perspectiva que aquí se sostiene, puede ser entendido como un concepto equivalente o muy similar al principio llano de no discriminación. Este principio, según Rawls, comporta el grave defecto de permitir que las porciones distributivas de las que han de disfrutar los individuos sean influenciadas de modo impropio por factores como la acumulación previa de riqueza en algunos grupos o por el talento o capacidades naturales que, desde un punto de vista moral contractualista, resultan arbitrarios. La manera de superar la unilateralidad de esta visión de la igualdad de oportunidades exige

⁵ Traducción libre del autor.

que ésta se someta a un proceso de nivelación relativa de los puntos de partida de la competencia social inducido por la autoridad democrática y se erija como *igualdad justa de oportunidades*. Esta segunda lectura de la igualdad de oportunidades es lo que da nombre a la *igualdad liberal*.⁶

Por ello, la igualdad liberal se revela como una exigencia de añadir al requisito de que las oportunidades estén abiertas a los talentos, la condición adicional de la igualdad justa de oportunidad (*fair equality of opportunity*). Esto sólo puede hacerse mediante un proceso de compensación social. Por ello, dice Rawls:

...la interpretación liberal... busca mitigar la influencia de las contingencias sociales y de la fortuna natural en las porciones distributivas. Para alcanzar este propósito es necesario imponer condiciones básicas estructurales al sistema social. Los arreglos del libre mercado deben ser contextualizados en un esquema de instituciones políticas y legales que regule las tendencias globales de los hechos económicos y preserve las condiciones sociales necesarias para la igualdad justa de oportunidades. Los elementos de este esquema son suficientemente familiares, aunque vale la pena recordar la importancia de prevenir las acumulaciones excesivas de propiedad y riqueza y de mantener oportunidades equitativas de educación para todos⁷ (Rawls, 1973: 73).

Esta idea rawlsiana atañe a su modelo de justicia distributiva, en el que el enunciado de *posición menos aventajada* (que es una categoría moral central en el argumento) se identifica con una posición socioeconómica o de clase; pero lo recuperable de ella

⁶ No debe olvidarse que en la cultura y lenguaje políticos norteamericanos del siglo XX, a diferencia de lo que sucede en otras latitudes, el adjetivo “liberal” se vincula a la defensa de los derechos civiles y a la exigencia de que el poder político intervenga en el mercado, limite sus abusos y externalidades y mantenga instituciones de justicia distributiva. Por ello, en los Estados Unidos de América la agenda antidiscriminatoria, junto con la agenda social propia del Estado de bienestar (*Welfare State*), son con frecuencia adjetivadas de *liberales*. Para una aclaración del adjetivo “liberal” en el pensamiento político norteamericano del siglo XX, puede verse Hartz, 1994; y Rodríguez Zepeda, 2010, cap. 1.

⁷ Traducción libre del autor.

para nuestros propósitos es la certeza de que la igualdad simple de oportunidades es incapaz de reducir la desigualdad en una forma significativa, porque no incide en la nivelación de los puntos de partida de las personas que compiten luego por las posiciones sociales.⁸ Si, manteniendo el paralelismo señalado arriba, el derecho a la no discriminación se hace equivalente sólo al sistema de libertad natural, no queda espacio para transitar de la idea formal de igualdad a mecanismos de compensación como los que Rawls articula con la combinación de la igualdad justa de oportunidades y el principio de diferencia. En este sentido, también desde una perspectiva de corte rawlsiano, el concepto de no discriminación exigiría algún tipo de compensación o regla distributiva altamente exigente. Dice Rawls:

Tratar los casos similares de manera similar no es una garantía suficiente de justicia sustantiva. Esa última depende de los principios conforme a los cuales la estructura básica es diseñada. No existe contradicción en suponer que una sociedad esclavista o de castas, o una que acepta las más arbitrarias formas de discriminación, sea homogénea y consistentemente administrada, aunque esto pueda ser improbable (Rawls, 1973: 59).⁹

En efecto, para Rawls, la vigencia de una regla social de trato homogéneo no puede tenerse de manera automática o mecánica como equivalente de un tratamiento justo. La posibilidad de que el trato regular y sin distinciones en una estructura básica de la sociedad (no ideal, debido la desigualdad que la marca) conviva con una serie de poderosas discriminaciones, permite concebir también una relación fuerte entre la compensación de los resultados de tales discriminaciones y la idea de sociedad bien ordenada o justa.

⁸ Para una crítica de esta idea rawlsiana de *posición menos aventajada* definida bajo criterios sólo socioeconómicos o de clase, y para una reivindicación de otro tipo de posiciones desaventajadas como las de las personas con discapacidad o las mujeres, puede verse, Rodríguez Zepeda, 2004.

⁹ Traducción libre del autor.

John Rawls no abordó el tema de la acción afirmativa en sus textos canónicos *A Theory of Justice* (1971) y *Political Liberalism* (1993). Sin embargo, también es cierto que en su *Justice as Fairness: A Restatement* (2001) reivindicó la inclusión de los temas de raza y género como casos de la teoría no ideal de la justicia. Allí sostuvo que

Los graves problemas que surgen de la discriminación y distinciones existentes basadas en el género y la raza no están en la agenda [de la *Teoría de la justicia*], que consiste en presentar ciertos principios de justicia para luego contrastarlos con unos cuantos de los problemas clásicos de la justicia política en la medida en que estos serían formulados al interior de una teoría ideal. Esto es en efecto una omisión, pero una omisión no es un error, ni en esa agenda de trabajo ni en su concepción de la justicia... La justicia como imparcialidad... ciertamente sería muy defectuosa si careciera de los recursos para articular los valores políticos esenciales para justificar las instituciones legales y sociales necesarias para garantizar la igualdad de las mujeres y de las minorías (Rawls, 2001: 66).¹⁰

En este sentido, la interpretación más plausible de esta aco- tación es que Rawls no habría conceptualizado el tema de la acción afirmativa por tratarse éste de una cuestión de índole política-estratégica, propia de las problemáticas de la teoría no ideal, como los temas de la desobediencia civil y la objeción de conciencia (tratados en la segunda parte de la *Teoría de la justicia*). Lo que sí puede observarse es que aunque nuestro autor llegó a sostener que, en el marco de la teoría ideal, si bien las *posiciones representativas* de clase social y de igual ciudadanía tomadas como punto de referencia para evaluar la estructura básica de la sociedad son suficientes, en el marco de la teoría no ideal tales posiciones podían ampliarse en número. De este modo:

¹⁰ Traducción libre del autor.

Algunas otras posiciones deben ser tomadas en cuenta. Supongamos, por ejemplo, que determinadas características naturales permanentes son tomadas como fundamento para asignar derechos básicos desiguales o para reconocer a algunas personas menos oportunidades; entonces tales desigualdades especificarán posiciones relevantes. Estas características no pueden ser cambiadas y, por ello, *las posiciones que ellas especifican constituyen puntos de vista desde los que la estructura básica debe ser juzgada. Las distinciones basadas en la raza y el género son de este tipo* (Rawls, 2001: 65).¹¹

Sobre la base de este argumento rawlsiano, es decir, conforme al criterio de la crítica a la desigualdad, Thomas Nagel sostiene que la inspiración que John Rawls aporta al discurso de la acción afirmativa, a efecto de alejarla del discurso de la identidad y la mera afirmación de la diferencia, reside en la idea de que la injusticia que la acción afirmativa debería combatir es una forma especial de falla de la igualdad justa de oportunidades, en la medida en que la raza o el género son causas, aún más graves que la pobreza, de la ausencia de plena igualdad de oportunidades (Nagel, 2003: 84).

De este modo, en la línea de la demarcación rawlsiana entre teoría ideal y teoría no ideal de la justicia encontramos la posibilidad de emplazar la acción afirmativa como una forma correctiva de una serie de defectos intrínsecos de la igualdad justa de oportunidades. Si se considera, conforme a lo dicho por Rawls, que las condiciones de desventaja de género o de raza constituyen posiciones relevantes para evaluar la justicia de la estructura básica de la sociedad y para, en consecuencia, actuar sobre ella, la acción afirmativa se convierte en una estrategia disponible para una política democrática de la igualdad.

El reconocimiento de que la acción afirmativa es compatible con un modelo de justicia, cuando éste se contempla en su defectuosa fenomenología histórica, es una constatación de que las formas de la desigualdad no se reducen al molde socioeconómico y que, por ende, la política de la igualdad reserva un espacio

¹¹ Las cursivas son mías.

para las demandas compensatorias para grupos que han sufrido discriminación.

Conforme al argumento canónico de Rawls en *Teoría de la justicia*, si se considerara la vigencia de la *concepción general de la justicia*, las posiciones menos favorecidas serían aquellas que padecieran la mayor insuficiencia distributiva en todos los terrenos de posible aplicación de los bienes primarios. Así, habría posiciones políticas menos favorecidas, grupos de opinión menos favorecidos, grupos religiosos menos afortunados, etcétera. Sin embargo, como sostuvo el propio Rawls, la aplicación de los principios de la justicia como imparcialidad al terreno delimitado por la llamada *concepción especial de la justicia* obliga a acotar el terreno de aplicación del principio de diferencia y, por lo tanto, a limitar los sujetos a los que éste debe favorecer.

Contemplada esta contextualización, es razonable sostener que el principio de diferencia sería válido, no para regular correcciones particulares en las transacciones privadas o en las relaciones laborales discretas, sino como principio inspirador de la estrategia distributiva y la política económica de una sociedad determinada. Como dice Rawls:

...los principios de la justicia, y el principio de diferencia en particular, se aplican a los principios y políticas públicos fundamentales que regulan las desigualdades sociales y económicas. Trabajan para ajustar el sistema de derechos e ingresos y para equilibrar los estándares familiares cotidianos y las reglas empleadas por este sistema. El principio de diferencia se aplica, por ejemplo, a la gravación fiscal del ingreso y la propiedad y a la política fiscal y económica (Rawls, 1983: 282 y 283).

Si el terreno de aplicación del principio de diferencia está circunscrito a las relaciones laborales y a las cuestiones fiscales, resulta lógico que su criterio de referencia (las posiciones menos favorecidas) se defina por un contexto laboral y fiscal. De este modo, la distinción entre posiciones sociales puede hacerse según un criterio de clases o estamentos sociales definidos por su

relación con el ingreso salarial o con la riqueza social. Según Rawls, una posibilidad consiste en establecer un grupo laboral, por ejemplo, los trabajadores no especializados, y definir como los menos aventajados a quienes perciban el ingreso promedio —o menos— de este estamento social. La otra posibilidad consiste en no partir de un estamento social dado, sino en considerar como los menos aventajados a aquellos que perciben un ingreso menor que la mitad de la media del ingreso global.

En cualquier caso, Rawls considera que las posiciones menos aventajadas corresponden a trabajadores que perciben regularmente un ingreso, sea a través de su pertenencia a un sector productivo, sea por referencia a la distribución de la riqueza social en su conjunto. En este sentido, las políticas y estrategias distributivas regidas por el principio de diferencia estarán orientadas por posiciones de ingreso mínimo y no por algún otro tipo de situación de desventaja. Las posiciones menos aventajadas no son ni mujeres, ni homosexuales, ni negros, ni inmigrantes latinoamericanos en países desarrollados, pues nada hay en estas formas de adscripción grupal que esté intrínsecamente relacionado con el ingreso. Son, más bien, proletarios mal pagados, pero en activo, o bien pobres sociológicos. En consecuencia, las compensaciones a las que tienen derecho sólo pueden ser compensaciones salariales, beneficios fiscales y protección económica contra situaciones como el desempleo o la invalidez.

Este desarrollo es el que se convirtió en el argumento estándar de la compensación social en la lectura generalizada de la obra de Rawls. Sin embargo, debe decirse que lo que esta vía de argumentación exhibe es la dificultad de la formulación explícita de la justicia como imparcialidad para ampliar su requisito de equidad a condiciones no consideradas en su formulación canónica; es decir, la renuencia a ir más allá de un criterio económico o de clase para definir lo que es una posición de ventaja o desventaja. Empero, si recordamos el argumento rawlsiano sobre la posibilidad de formular otras *posiciones representativas* como las de género y raza en el terreno de la justicia no ideal, se abriría la

implicación de un uso legítimo de la intuición moral de la *posición menos aventajada* para definir nuevos sujetos de referencia, no económicamente delineados, para los esquemas de justicia compensatoria.

Así, lo que en mi opinión debería ser discutido es que las distintas vertientes de la crítica a este terreno de la teoría rawlsiana conceden poca importancia a la elección por Rawls de una noción de normalidad como modelo de situación ideal para la definición de las posiciones sociales significativas en el esquema de distribución; es decir, para la formulación de las personas representativas de la justicia como imparcialidad.¹²

Rawls diseñó su modelo contractual y la definición de los bienes primarios bajo el supuesto de cierta “normalidad” en las capacidades y salud de las partes representativas y cierta continuidad vital que garantiza la cooperación social. Según Rawls:

...todos los ciudadanos son miembros plenamente cooperativos de la sociedad durante el curso de una vida completa. Esto significa que cada uno posee suficientes capacidades intelectuales para desempeñar una función normal en la sociedad y que ninguno padece necesidades extraordinarias que sean particularmente difíciles de satisfacer, por ejemplo, costosos e inusuales tratamientos médicos. Por supuesto, la atención a aquellos que planteen estos requerimientos es una cuestión práctica apremiante, sin embargo, en esta etapa inicial, el problema fundamental de la justicia social se plantea entre aquellos que participan en la sociedad de manera plena, activa y moralmente consciente... En consecuencia, resulta sensato dejar a un lado ciertas complicaciones graves (Rawls, 1980: 546).¹³

¹² Una evaluación de este debate se puede ver en Rodríguez Zepeda, J. (2004). “Tras John Rawls: el debate de los bienes primarios, el bienestar y la igualdad”, *Revista Internacional de Filosofía Política* (23), 49-70. El argumento que resta está tomado de este artículo.

¹³ Traducción libre del autor. En otra formulación de lo mismo, Rawls dice: “Los casos difíciles... pueden distraer nuestra percepción moral al conducirnos a pensar en gente lejana a nosotros cuyo destino despierta pena y ansiedad” (Rawls, 1975: 96).

En este contexto, Rawls no considera que, por ejemplo, las necesidades de los desaventajados físicos o psíquicos deban tomarse en cuenta, en el momento contractual, como parte de los intereses generales a ser satisfechos mediante el índice de los bienes primarios, aunque no descarta que alguna solución deba ser dada a la cuestión en el nivel de la política fiscal o de la seguridad social. Esto implica que no existiría la necesidad de proponer la existencia de una representación de los intereses de las personas con discapacidad o enfermos crónicos en la posición originaria.

Si, como sostiene Rawls, las posiciones socialmente relevantes habrán de ser sólo las de la ciudadanía democrática y las correspondientes a los distintos niveles de ingreso, no existiría la posibilidad de considerar como parte de los peor situados a quienes han tenido la mala fortuna de padecer graves enfermedades o minusvalías (Rawls, 1973: 95-100). Las conclusiones que de esto se derivan plantean un grave dilema moral.

Si la justicia como imparcialidad prevé compensaciones sólo para las partes económicamente peor situadas, podría razonablemente plantearse la situación de uno, varios o muchos miembros de la sociedad que, pese a estar situados en las posiciones intermedias o más opulentas del espectro económico, pudieran padecer, por efecto de enfermedades o discapacidades, una calidad de vida más baja que la de las partes económicamente peor situadas (estas últimas tendrían en todo caso la garantía de un mínimo irreducible de ingreso y, además, salud e inteligencia para disfrutarlo). El dilema está muy bien planteado por Amartya Sen:

...una persona con discapacidad puede tener una canasta más grande de bienes primarios y, no obstante, tener menos posibilidad de tener una vida normal (o de perseguir sus metas) que una persona con capacidades físicas regulares con una canasta más pequeña de bienes primarios. De manera similar, un adulto mayor o una persona propensa a la enfermedad puede estar en mayor desventaja, en un sentido generalmente aceptado, incluso con un conjunto mayor de bienes primarios (Sen, 2000: 74).¹⁴

¹⁴ Traducción libre del autor.

Para los enfermos crónicos, personas con discapacidad y adultos mayores del ejemplo, el principio de diferencia sería poco relevante, pues no contribuiría a paliar su situación de desventaja. Pero puede pensarse en un caso extremo en el que uno, varios o muchos individuos compartieran la condición de peor situados económicamente y la de enfermos crónicos o discapacidad. En este caso, cualquier beneficio económico quedaría relativizado por la imposibilidad de gozar de un bien primario que garantizara un mínimo disfrute de ese ingreso mínimo al que sí se tiene derecho. En este último caso, el principio de diferencia tampoco tendría mayor relevancia, pues la satisfacción de expectativas quedaría anulada por una irrebasable mala calidad de vida determinada por motivos de salud.

Parece claro que el origen de esta debilidad del argumento de Rawls reside en la mencionada concepción “economicista” de las posiciones socialmente relevantes como punto de partida para el principio de diferencia. Si se determina el arco de posiciones sociales relevantes sólo por referencia a un punto mínimo de ingresos, y si además se consideran irrelevantes para la interpretación de los principios de la justicia las posibilidades de que en la vida real (es decir, una vez levantado el velo de la ignorancia) alguna de las partes resulte con discapacidad o enferma crónica, se desembocará, como en efecto sucede con Rawls, en una reducción de la noción de calidad de vida a la mera cuestión del ingreso.

Empero, al no criticar la idea de normalidad de Rawls, la empresa de los críticos de Rawls en este terreno se ha presentado sólo como una serie de intentos de cubrir las ausencias o reformular la naturaleza de los bienes primarios. Por ejemplo, B. Barry argumenta que el índice no cubre los casos difíciles; A. Sen reformula el índice para incluir las *capacidades básicas* y W. Kymlicka pretende completar el elenco con la formulación del concepto de *bienes primarios naturales* y con la definición de la pertenencia etnocomunitaria como un bien primario.¹⁵ Lo que no

¹⁵ Las numerosas referencias bibliográficas de este debate se pueden consultar en mi artículo antes citado: Rodríguez Zepeda, 2004.

aparece en todas estas críticas es el cuestionamiento a la perspectiva desde la que se define la naturaleza de estos bienes; es decir, no se critica la pretensión de basar una teoría de la justicia en un modelo de normalidad humana. Parece que se da por aceptada la idea de Rawls de que una teoría de la justicia debe formularse en una suerte de versión estándar y luego irse ampliando conforme aparezcan nuevos dilemas y casos difíciles.¹⁶

En mi opinión, una crítica sustantiva de la teoría de los bienes primarios debe ser, ante todo, una crítica de la estrategia discursiva que se formula como un avance desde la normalidad a los casos difíciles, en vez de, como creo sería lo adecuado, recorrer el camino contrario. Creo que incluso Rawls ha sostenido intuitivamente esta segunda alternativa en su formulación del principio de diferencia y la regla *maximin*, aunque esto no ha revertido sobre la noción de posición menos aventajada bajo la forma de una crítica de la noción de normalidad que la sostiene.

Lo primero que habría que hacer para dar plausibilidad a esta crítica es dejar sentado que si tiene sentido moral y político la postulación de una teoría de la justicia —y de paso de toda demanda de justicia— es porque existen posiciones mal situadas en el reparto efectivo de todo tipo de bienes (primarios y no primarios, naturales y sociales). La justicia compensatoria no puede estar moralmente soportada sólo por la concesión de legitimidad a las prerrogativas, derechos y riqueza ya disfrutados por el individuo promedio, sino también —y de manera fundamental— por la validación de las demandas y necesidades de libertad e igualdad de quienes son los más débiles del espectro social. En este sentido, la justicia es necesaria no sólo porque los recursos a repartir son escasos, sino porque las distribuciones reales ofrecen a algunos abundancia y a otros mera escasez, trátase del bien de que se trate. Puede entonces reconocerse que, en el nivel de la es-

¹⁶ Esta estrategia es la que Rawls ha aplicado para enfrentar lo que él mismo ha denominado *problemas de extensión*. Ejemplos de estos problemas son los casos de la aplicación de la justicia a las generaciones futuras o a las relaciones internacionales. Véase Rawls, 1973: 284-293; y Rawls, 1999.

estructura básica de la sociedad, la justicia es requerida por todos; pero junto a este reconocimiento debe agregarse que, moral y políticamente, es una verdadera urgencia para los peor situados. También habría que sentar que esta intuición moral atraviesa toda la obra de Rawls.

Los llamados casos difíciles (*hard cases*) constituyen un ejemplo de esto. En ellos se requiere mucha más fuerza de los principios de la justicia que en la situación de quien goza de salud y plenitud de capacidades y habilidades. Si la teoría de la justicia se funda sobre el modelo de un hombre vigoroso, capacitado y competitivo, poco espacio quedará para justificar la pertinencia moral de los derechos de los desafortunados y marginados.¹⁷

De hecho, existe una genuina incongruencia entre la postulación del criterio de los peor situados para la distribución de la riqueza y el ingreso y el supuesto de que la teoría de la justicia se funda sobre un modelo de normalidad como el descrito por Rawls. La misma normalidad que se toma como punto de partida; es decir, la idea de que el individuo-modelo es sano e intelectualmente funcional, es en realidad el resultado de condiciones sociales justas y no su presuposición. Las intuiciones de Barry, Sen y Kymlicka de que algo falla en el argumento de los bienes primarios podrían ser mejor concretadas si se plantearan no como una crítica específica de este o aquel criterio relativo al índice de bienes, sino como lo que llamaré una *inversión freudiana* del criterio antropológico supuesto al principio de diferencia.

¹⁷ En este contexto, Robert P. Wolff propuso en su momento que el modelo de normalidad antropológica de Rawls es altamente cuestionable: “Si prescindimos un tanto de los ornamentos del lenguaje de Rawls, a veces excesivamente protector, e intentamos formarnos una imagen del tipo de persona que se ajustaría a sus descripciones, aparece muy claramente un hombre profesional (el libro [*A Theory of Justice*] está sobrecargado de un lenguaje de orientación masculina), lanzado a una carrera, viviendo en un ambiente político, social y económico estable, en el que pueden adoptarse decisiones razonadas acerca de cuestiones a largo plazo como los seguros de vida, la localización residencial, la escolarización de los niños y la jubilación” (Wolff, 1981: 127).

De Freud sólo tomo una intuición y un adjetivo: la inversión freudiana entre lo normal y lo patológico, entre lo estándar y la desviación. Aunque no seré prolijo acerca de la cuestión, es necesario recordar que lo propio de la perspectiva freudiana es tratar de definir la normalidad desde lo patológico; es decir, considerar que aquello que se enfrenta como normal y funcional tiene sentido cognoscitivo sólo desde el punto de vista de las conductas presuntamente desviadas y disfuncionales (Freud, 1973). Creo que el terreno de la teoría de la justicia es muy propicio para una perspectiva de este tipo. En primer lugar, porque al rechazarse que la normalidad es la medida de las condiciones de la justicia, se mostraría que las demandas de libertad equitativa y de nivelación económica obtienen su legitimidad moral de la existencia de condiciones de disfuncionalidad de la libertad o la igualdad. Esta disfuncionalidad es, precisamente, la desigualdad.

En este sentido, un indicador confiable de los alcances de la justicia estaría dado por la situación de aquellos para quienes son más necesarias las reglas de justicia y no por la regularidad con que éstas se aplican en los casos promedio. Esta constatación es la que está presente de un modo intuitivo en la determinación del principio de diferencia rawlsiano desde la perspectiva de los peor situados, aunque, como se ha visto, está desarrollada de manera unilateral al no abarcar otras posiciones *menos aventajadas*. En segundo lugar, y más importante, el rechazo a la idea de normalidad como base de las expectativas del individuo promedio permite, bajo una hipotética situación contractual, que lo que impere sea la prioridad de proteger todas las formas posibles de *peor situación* y no sólo las económicas, habida cuenta de que nadie estaría habilitado entonces para saber si su representación como parte contratante se corresponde con alguno de los individuos reales que viven en situaciones difíciles.

En este contexto, la estrategia de extensión o ampliación de los principios de la justicia tendría que ser modificada. Sujeta al criterio freudiano, la teoría de la justicia debería avanzar desde la compensación y promoción de todas las posiciones difíciles (cuya

mejoría sea no sólo deseable sino también posible) hasta la tutela de los derechos y haberes de las posiciones promedio y de las mejor situadas. En este sentido, el modelo de parte contratante supuesto a la distribución de bienes primarios tendría que abarcar —en la medida en que también es una ficción teórica— tal variedad de carencias como sea posible en una sociedad democrática contemporánea (no sólo pobre sociológico, sino enfermo crónico, inmigrante, con discapacidad y discriminado por su género o por razones de preferencia sexual y en riesgo vital por la polución). En consecuencia, cualquier elevación en la calidad de vida de los sujetos que cayeran en estas categorías sería siempre una garantía de que los principios de la justicia estarían siendo aplicados correctamente según el criterio de una posición desaventajada o desafortunada. En esta nueva encrucijada teórica coincidirían, en mi opinión, los efectos niveladores de la intuición moral del principio de diferencia que exige la prioridad de la posición menos aventajada y la exigencia, propia de los discursos de la acción afirmativa, de justificar un tratamiento preferencial para los grupos que han sufrido discriminación en un registro histórico.

Si, en definitiva, hemos de hacer caso a la propia declaración de Rawls y aceptar que una omisión no es un error, y que existe en el terreno de la teoría no ideal de la justicia, espacio suficiente para postular, al menos, las categorías de raza y sexo como formas de posición social desaventajada y representativa, podremos sostener, como base de un nuevo programa de investigación, que la no discriminación y la acción afirmativa son categorías de pleno derecho en la constelación postrawlsiana de conceptos sobre la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

FREUD, S. (1973), “Nuevas lecciones introductorias al psicoanálisis”, en FREUD, S., *Obras Completas*, III, Madrid, Biblioteca Nueva.

- GALSTON, W. (1986), “Equality of Opportunity and Liberal Theory”, en LUCASH, F. S., *Justice and Equality: Here and Now*, Ithaca, Cornell University Press.
- HARTZ, L. (1994), *La tradición liberal en los Estados Unidos: una interpretación del pensamiento político estadounidense desde la Guerra de Independencia*, México, Fondo de Cultura Económica.
- KAUFMAN, G. A. (2010), *Dignus inter Pares: un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- LUKES, S. (1993), “Five Fables About Human Rights”, en SHUTE, S. & HURLEY, S., *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures 1993*, Nueva York, Basic Books.
- NAGEL, T. (1977), “Equal Treatment and Compensatory Discrimination”, en COHEN, M. *et al.*, *Equality and Preferential Treatment: A Philosophy & Publics Affairs Reader*, Princeton, Princeton University Press.
- (2003), “John Rawls and Affirmative Action”, *The Journal of Blacks in Higher Education*, 2003 (39).
- RAWLS, J. (1973), *A Theory of Justice*, Nueva York, Oxford University Press.
- (1983), *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.
- (1975), “A Kantian Concept of Equality”, *Cambridge Review* (38 Feb).
- (1980), “Kantian Constructivism in Moral Theory”, *The Journal of Philosophy*, (77/9) sep.
- (1999), “The Idea of Public Reason Revisited”, en RAWLS, J., *The Law of Peoples with The Idea of Public Reason Revisited*, Cambridge, Mass. and London, Harvard University Press.
- (2001), *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge/Londres, The Belknap Press of Harvard University Press.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, J. (2004), “Tras John Rawls: el debate de los bienes primarios, el bienestar y la igualdad”, *Revista Internacional de Filosofía Política* (23).

- (2006), *Un marco teórico para la discriminación*, México, Conapred.
- (2010), *El igualitarismo liberal de John Rawls: estudio de la Teoría de la justicia*, México, Miguel Ángel Porrúa-UAM.
- ROEMER, J. (1998), *Equality of Opportunity*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SEN, A. (2000), *Development as Freedom*, Nueva York, Anchor Books.
- SMITH, A. (1998), *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, México, Fondo de Cultura Económica.
- WOLFF, R. P. (1981), *Para comprender a Rawls*, México, Fondo de Cultura Económica.