

CAPÍTULO CUARTO

JUSTICIA COMO DISPOSICIÓN CONSERVADORA

Los orígenes del conservadurismo como doctrina política-jurídica y social, inscrita en el ámbito de la modernidad, no debe remontarse más allá del siglo XVIII, entre otros, por ejemplo, en los escritos de Edmund Burke.¹ Desde aquí, y en los autores seleccionados para este capítulo, he intentado condensar el pensamiento conservador sin pretender una exposición exhaustiva —y por momentos hasta un tanto alejada y poco acabada— de una teoría de la justicia. El tema de la justicia social o distributiva no ha sido uno de los *leitmotiv* de su propuesta. Con todo, creo que podemos entresacar algunas conclusiones que perfilan un modo de acercamiento, o mejor, una actitud, una forma de hacer justicia, con un carácter conservador, que merece un tratamiento especial.

I. ¿QUÉ ES SER CONSERVADOR?

El conservadurismo aparece, por un lado, como una reacción a los valores y principios de la Revolución francesa y, sin ir más lejos, a la misma idea de “revolución” en cuanto movimiento transformador radical y a gran escala de las condiciones políticas, sociales y económicas. Por otro lado, se presenta como crítica a un cierto determinismo histórico implícito en el proceso social, que conduciría inevitablemente a un mundo mejor, en un progreso ininterrumpido y en cierto sentido mesiánico, sea bajo las promesas del naciente capitalismo o bien desde la utopía intramundana del socialismo.

Por otra parte, el conservadurismo comparte con el liberalismo la idea del mercado como proceso “natural”, así como la crítica al Estado burocrático socialista; y con el socialismo, la comprensión de la justicia social desde un enfoque “asociacionista”, así como la crítica al liberalismo por la insensibilidad a las condiciones sociales y a la autoridad establecida.

¹ Véase Burke, Edmund, *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 2016.

1. *Crítica al racionalismo y disposición conservadora*

Con raíces en el escepticismo de Hume y enmarcado en el contexto de la posguerra, Oakeshott emprende una tarea de enorme envergadura: la crítica a la tradición racionalista occidental.

La apuesta por el escepticismo supuso abrir un frente en varias direcciones. Por una parte, contra el positivismo científico y la idea de una modernidad construida desde un conocimiento técnico-estratégico, contrario al conocimiento práctico propio del hombre común. Por otra parte, contra el mismo pensamiento conservador de corte libertario, en autores como Hayek, con su visión instrumental y progresista en el ámbito político-jurídico y social. Los orígenes del primero habría que remontarlos hasta Bacon y Descartes;² y los del segundo hasta dos clásicos del pensamiento inglés, Hobbes y Locke.

En línea con el pensamiento discursivo, práctico y asistemático de autores como Montaigne o Pascal, la crítica de Oakeshott se centra en la concepción del Estado como una construcción mecánica, técnica y burocrática.

Bajo esa concepción, la función del politólogo o del jurista se limitaría a la labor de un ingeniero abocado a la elaboración de diseños institucionales. Tal es el caso de Hobbes en la construcción del gran Leviatán, y el de Locke —quizás mal comprendido— en el diseño racionalista-constitucional, que serviría de fundamento para la Declaración de Independencia estadounidense y su apuesta por la universalidad de los derechos humanos. Se trataría de los teóricos *by the book*, refractarios al sentido común inserto en el acontecer histórico, en la condición humana, en el conocimiento práctico:

[...] la política racionalista es la política de la necesidad sentida, no calificada por un conocimiento genuino, concreto, de los intereses y la dirección permanentes del movimiento de una sociedad, sino interpretada por la “razón” y satisfecha de acuerdo con la técnica de una ideología: tal es la política del libro. [...] Este es un síntoma del triunfo de la técnica que, como hemos visto, es la raíz del racionalismo; porque lo que contiene el libro es solo lo que se

² La crítica a la razón instrumental y la referencia al mismo Bacon como uno de los precursores del iluminismo totalitario —“el intelecto que vence la superstición debe ser el amo de la naturaleza desencantada”— ha sido una de las notas distintivas de una buena parte del pensamiento de la posguerra reflejada en uno de los libros más representativos, producto de la Escuela de Frankfurt: Horkheimer, Max y Adorno, Theodor, *Dialéctica del iluminismo*, trad. de H. A. Murena, Buenos Aires, Sudamericana, 1969, edición original de 1944. La respuesta de Oakeshott en este contexto, y desde el conservadurismo, adquiere una relevancia significativa.

puede poner en un libro: las reglas de una técnica. Y, libro en mano [...] los políticos de Europa observan con atención el banquete hirviente que están preparando para el futuro; pero, como los aprendices de cocinero que sustituyen a un cocinero ausente, su conocimiento no va más allá de la palabra escrita que ellos leyeron mecánicamente: genera ideas en su cabeza, pero no gustos en sus palabras.³

El racionalismo occidental, en la interpretación de Oakeshott, ha significado una verdadera “corrupción de la mente” y carece de poder para corregir sus propias deficiencias; a lo más, sustituye un proyecto racionalista por otro con el que espera triunfar.⁴ Se reproduce y perpetúa a través de una educación técnica e instrumental, contraria a la disposición conservadora, pero entonces: *¿Qué es ser conservador?*⁵

En una conferencia dictada en 1956, Oakeshott intenta dar una respuesta a esa pregunta, cuyo texto se ha convertido en un clásico del conservadurismo. Ser conservador no responde a una teoría o a un cuerpo doctrinario y sistematizado. Se trata más bien de una actitud, una forma de comportamiento, una clase de conducta, que Oakeshott resume bajo la noción de “disposición”.

Una de las características centrales de tal disposición es la de usar y disfrutar lo que se encuentra disponible ahora, en el presente, y no en “lo que estaba o podría estar”. Saber situarse en el aquí y ahora depende de las propias condiciones del presente. Si este es árido, su disfrute será débil; si es inestable, se buscará algo más firme en una “vuelta al pasado”, a lo ya conocido y de alguna manera experimentado:

Entonces, ser conservador es preferir lo familiar a lo desconocido, preferir lo experimentado a lo no experimentado, el hecho al misterio, lo efectivo a lo posible, lo limitado a lo ilimitado, lo cercano a lo distante, lo suficiente a lo excesivo, lo conveniente a lo perfecto, la risa presente a la felicidad utópica.⁵

Por lo mismo, no debe confundirse el cambio con la innovación. El conservador manifiesta una especial aversión al cambio, precisamente como amenaza a la identidad: “todo cambio es un emblema de la extinción”. El cambio es una pérdida de algo que aprendimos a disfrutar, mientras que aquello que lo sustituye no produce ningún apego inmediato. Por ello, para

³ Oakeshott, Michael, *El racionalismo en la política y otros ensayos*, trad. de Eduardo Suárez Galindo, México, FCE, 2000, pp. 40-41.

⁴ *Ibidem*, p. 49.

⁵ *Ibidem*, p. 377.

la actitud conservadora los cambios lentos, pequeños, sin grandes estridencias serán más tolerables que los grandes y repentinos. Se es más proclive a las reformas y se rechazan categóricamente los procesos revolucionarios.

Hay una gran diferencia entre el cambio y la innovación: el cambio implica alteraciones que debemos sufrir o soportar, mientras que la innovación “denota alteraciones que diseñamos y ejecutamos”. Por supuesto, no toda innovación genera “mejoramiento”, e innovar sin mejorar resulta una “tontería deliberada o inadvertida”. Ante la innovación se impone la cautela, el ritmo lento para observar las consecuencias corrientes y hacer los ajustes necesarios. Creo que el siguiente párrafo resume sin desperdicio alguno la “disposición” conservadora en la interpretación de Oakeshott:

[El conservador] si se ve obligado a navegar en lo desconocido, le parece virtuoso ponderar cada paso. Lo que otros identifican plausiblemente como timidez, él lo reconoce como prudencia racional; lo que otros interpretan como inactividad, él lo reconoce como una disposición a disfrutar antes que sacar provecho. Es cauteloso y se inclina a indicar su asentimiento o disentiimiento en términos graduales no absolutos. Considera la situación en términos de su propensión a no perturbar la familiaridad de las características de su mundo.⁶

En lo tocante a la política y al derecho, el conservador se inclina por el buen gobierno, es decir, resolver imparcialmente los conflictos que se suscitan por los enfrentamientos entre diversas creencias y actividades, preservar la paz sin imponer una uniformidad sustantiva y añadir un ingrediente de moderación antes de inflamar las pasiones. Se trata de administrar y aplicar las reglas conocidas antes de inventar una nueva.⁷ Como decía Burke:

Las buenas maneras son más importantes que las leyes. El derecho depende, en gran medida, de ellas. La ley no alcanza solo aquí y allá [...] son los modales que irritan o pacifican, corrompen o purifican... nos barbarizan o nos refinan [...] ellos dan forma y color a nuestras vidas. Según su calidad contribuyen a la moral y la alimentan, o bien la destruyen totalmente.⁸

El buen gobernante se mostrará suspicaz con respecto a las propuestas de cambio en exceso de las declaraciones que demanden generalidades

⁶ *Ibidem*, p. 380.

⁷ *Ibidem*, p. 397.

⁸ Burke, Edmund, *Letters on a Regicide Peace*, cit. por López Portillo, José Juan, “«Pequeños pelotones»: Edmund Burke y la vida pública”, en López Portillo, José Juan *et al.*, *¿Por qué leer a Burke hoy?*, México, Fontamara, 2017.

como el “bien público” o la “justicia social”, y de aquellos gobernadores que se presenten a sí mismos como “*salvadores de la sociedad* que se pongan armaduras y busquen dragones para luchar”. Por el contrario, un temperamento adecuado para el buen gobierno, para un gobierno electivo, debe suponer algunas condiciones que lo hagan viable. Bagehot pensaba que se requería una *confianza* mutua entre los electores, misma que se propicia si existen fuertes raíces en el suelo natal; también la *calma* del espíritu nacional; una *razón instintiva* sustentada en la experiencia acumulada, y finalmente un pueblo *respetuoso*:

Es, en verdad, cosa evidente, que nada hay tan difícil como crear una nación respetuosa. El respeto es obra de la tradición: se concede, no a lo que es bueno, sino a lo que, por su antigüedad es venerable. Ciertas clases, en ciertos pueblos, conservan de un modo señalado el privilegio de ser preferidas para las funciones políticas, porque siempre han poseído ese privilegio, y porque reciben, a modo de herencia, cierto prestigio que les da una especie de dignidad.⁹

2. Mercado, tradición, autoridad, justicia y religión

En 1981, Roger Scruton, en sintonía con el pensamiento de Oakeshott, publica *The Meaning of Conservatism*, y diez años después, una antología de autores conservadores. Scruton abre su antología con una introducción que intenta sintetizar el pensamiento conservador en sus líneas fundamentales y especialmente en su propuesta ética, política y jurídica.¹⁰

Resulta razonable iniciar la discusión sobre el moderno conservadurismo con el concepto de libre mercado. La intuición básica de Adam Smith —y que de acuerdo con Scruton intenta recuperar Hayek— es la comprensión del mercado bajo el paradigma de la “epistemología social”, es decir: “Economic reasoning, it is supposed, depends upon knowledge that is (a) practical, (b) tacit, and (c) social, arising only in conditions of cooperation, and not available outside the social activity that engenders it”.¹¹ El mercado entendido como una actividad social de cooperación, dinámico, flexible; y no estático, rígido o mecánico.

⁹ Bagehot, Walter, *La Constitución inglesa*, trad. de Adolfo Posada, México, IJ-UNAM, 2005, p. 39.

¹⁰ Scruton, Roger, *Conservative Texts. An Anthology*, Londres, Macmillan, 1991.

¹¹ *Ibidem*, p. 4.

Sin embargo, el pensamiento conservador no considera el mercado —como sí lo hacen los libertarios y los mismos marxistas— como la única fuente de libertad política y jurídica. Esta suposición sería incurrir en la falacia de pensar que la estructura económica es prioritaria al orden institucional. Tocqueville, en su *Democracia en América*, ya veía al mercado como una de las características del proceso democrático, pero la sola comprensión de la democracia desde las relaciones de mercado solo podría conducir a la mediocridad y la vulgaridad, con capacidad para destruir la fortaleza social del asociacionismo.¹²

Esa fuerza social es lo que el conservador entiende como tradición. Esta supone una comprensión de la sociedad como algo más que la simple suma de individuos; con un sentido de ajuste y cooperación; con un “saber cómo hacer las cosas”; con un conocimiento tácito de las formas y modos sociales. Y de la misma manera que las relaciones de mercado no pueden imponerse desde una planificación racional vertical, tampoco las tradiciones pueden imponerse desde una autoridad central. Tanto el mercado como la tradición responden a un “orden espontáneo”: el primero mirando y encauzando las energías hacia el futuro, el segundo poniendo la mirada en el pasado. Este maridaje entre mercado y tradición es lo que permite entender y distinguir, por ejemplo, el *common law* de los sistemas jurídicos estatutarios, con codificaciones rígidas y poco proclives a la flexibilidad judicial.

Incorporar la tradición en el marco de la cooperación social es comprender “desde dentro” la vida y los propósitos de las instituciones, que es tanto como comprender la noción misma de *autoridad*. De ella emerge el sentido del deber y de deferencia hacia la historia y la cultura, que constituyen a las instituciones. También emerge cierto sentido de piedad y gratitud, que no se deposita en algún individuo en particular; de ahí la diferencia con un liberal, que: “seeks to emancipate the individual from authority, the conservative seeks to protect authority from individual rebellion”.¹³

El individuo se encuentra ligado o atado, o mejor, tiene una deuda de lealtad hacia la familia y el Estado, pero también con sus conciudadanos, sus vecinos, que conforman lo que desde Hegel entendemos como “sociedad civil”. La sociedad civil es el resultado de la totalidad de asociaciones libres, que se construye de manera espontánea, en un proceso gradual, y respondiendo a necesidades naturales del ser humano. No es producto de un contrato o de un consentimiento hipotético, ajeno precisamente a las

¹² Véase Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, trad. de Luis R. Cuéllar, México, FCE, 1957, cap. IV.

¹³ Scruton, Roger, *Conservative Texts. An Anthology*, cit., p. 9.

costumbres, a la historia, a las tradiciones y a las lealtades con la autoridad institucional.

La sociedad civil no es un constructo artificial ni se califica por algún propósito instrumental; no responde a un fin preestablecido que se impone desde fuera, sino que se edifica desde dentro en una suerte de *partnership* social y fraternal, con identidades comunes, como Burke y Tocqueville intuían. La sociedad civil no se configura desde la concepción de un agente racional, con derechos individuales y con vocación de universalidad, sino desde agentes corporativos —iglesias, escuelas, clubes, instituciones jurídicas, parlamentos— contextualizados histórica y culturalmente, con una identidad común.

Si alguna institución encarna tal sentido de unidad identitaria y refleja el espíritu de la nación es la Constitución. Ella se encuentra más allá del alcance de la democracia, de las decisiones mayoritarias; más allá incluso de las propias corporaciones. En palabras de Spinoza, es “el alma del Estado”. Tal espíritu unitario —que puede encarnar en una institución como la monarquía constitucional— anima al cuerpo político a tal grado que los representantes elegidos no deben responder a un mandato imperativo, sino más bien, deben constituirse en portavoces de esa unidad nacional, representan a la nación, como quería Burke.

De ahí también la necesidad de asegurar la independencia judicial y la custodia de los valores constitucionales entendidos en términos de un derecho a la accesibilidad judicial, a una judicialización “aquí y ahora” de acuerdo con unos derechos, si se quiere, que se han formado en algún momento y que se pierden en el tiempo, pero ciertamente no a partir de una justicia y de derechos abstractos. No es casual que desde esta concepción el iusnaturalismo —en autores como Leo Strauss, por ejemplo— se justifique también desde premisas conservadoras.

Para los conservadores, la defensa de la propiedad privada como institución debe quedar garantizada por el Estado en cuanto *rights of ownership*. La propiedad tiene un valor intrínseco y su origen práctico y moral radica en la misma sociedad civil. La prolongación hereditaria de la misma constituye un factor de cohesión familiar y asegura la tradición identitaria de un sector social aristocrático, que encarna los valores nacionales y en el que se depositan las virtudes propias de una educación superior. Se comprende, entonces, la hostilidad de todo conservador hacia el Estado de bienestar y su justificación desde la idea de una “justicia social”. En primer lugar, porque se fundamenta en un paternalismo estatal que corrompe el sentido moral; en segundo término, porque mina el sentido de lealtad, responsabilidad per-

sonal y gratitud hacia las instituciones sustituyéndolas por un aparato burocrático impersonal e ineficiente; y porque, finalmente, el *welfare state* siempre promete más de lo que puede proveer, beneficiando a un sector social pobre a costa de la misma capacidad productiva, que termina perjudicando a la sociedad en general. No es posible elevar la igualdad a un valor absoluto. Las personas son desiguales en inteligencia, fortaleza, talentos, salud, y esta desigualdad natural genera desigualdades sociales:

[...] to think otherwise is to fail to notice that intelligence, strength and beauty are actually more attractive than stupidity, weakness and ugliness. Hierarchy and advantage are therefore unavoidable. Our task is not to oppose them, but to strive to prevent their pathological forms, and to sustain those forms which are most readily accepted by those with less to gain.¹⁴

Por último, contra el sentido de laicidad liberal, por lo que hace a la separación entre iglesias y Estado o entre religión-moral y derecho, no solo no es posible sino tampoco deseable, y constituye una distorsión radical de la misma idea de Estado de derecho, *rule of law*. La religión constituye un baluarte para la moralidad, y la moralidad es una condición necesaria para el orden social. Es gracias a la religión que las personas pueden hacer frente a los temores y a los sufrimientos, y permite generar hábitos de lealtad y deferencia al orden jurídico institucional: “Un Estado virtuoso depende del espíritu público de sus ciudadanos”.¹⁵

3. *Virtud y educación*

Quizás sea Alasdair MacIntyre quien ha puesto más énfasis en el sentido de la virtud —del Estado virtuoso— desde una concepción conservadora. En 1981 publica *Tras la virtud*, una poderosa obra que intenta poner un límite a las concepciones voluntaristas liberales, ajenas al entorno comunitario, pero sobre todo busca acentuar la narrativa histórica que caracteriza y define a cada uno de los individuos con un carácter virtuoso. Su crítica se dirige especialmente a la versión liberal de Rawls. Para Rawls:

[...] una sociedad está compuesta de individuos, cada uno con sus propios intereses, que luego se reúnen para formular reglas comunes de vida [...] Los individuos son así primarios y la sociedad secundaria, y la identificación de

¹⁴ *Ibidem*, p. 24.

¹⁵ *Ibidem*, p. 28.

los intereses individuales es anterior a, e independiente de, la construcción de cualquier vínculo moral o social entre ellos.¹⁶

Por cierto, este individualismo asocial no es exclusivo de Rawls, sino característico del proyecto ilustrado. MacIntyre realiza un balance de la modernidad entendida bajo tal paradigma, para concluir que el proyecto ilustrado fracasó:

[...] los filósofos morales del siglo XVIII se comprometieron en lo que era un proyecto inevitablemente fracasado [...] Heredaron fragmentos incoherentes de lo que fue un esquema coherente de pensamiento y de acción y, puesto que no reconocieron su peculiar situación histórica y cultural, no pudieron reconocer la imposible y quijotesca naturaleza de su empresa.¹⁷

Para MacIntyre, los ilustrados abandonaron una concepción teleológica o finalística de la naturaleza humana, por tanto, si pensamos al ser humano en términos de *telos*, el problema de la falacia naturalista, que tanto preocupó a los ilustrados, se disuelve. Esta forma de concebir la naturaleza humana tiene una tradición muy antigua que se remonta hasta Homero y encuentra su desarrollo teórico más pleno en Aristóteles. Reintroducir este concepto significa restaurar un sentido de la moralidad al mismo tiempo razonable y objetiva. Más aún, la única manera de rescatar a la moralidad del abandono preconizado por Nietzsche es recuperar el punto de vista aristotélico que permite fundarla en las virtudes.

En la interpretación de MacIntyre, Aristóteles afirma que lo que para el ser humano constituye el bien es el ejercicio de las virtudes; sin embargo, este ejercicio no debe comprenderse como independiente de la comunidad política. Es más, la vida virtuosa solo puede realizarse en la polis. Virtudes como la fortaleza, la fidelidad y la amistad, constitutivas del carácter del ser humano, solo son posibles en un contexto social. Este es, al fin y al cabo, el sentido que confiere Aristóteles a la noción de “animal político”.

Asimismo, con el fin de evitar conflictos entre diferentes virtudes, es necesaria una explicación de lo bueno que comprenda a toda la vida humana concebida como unidad. En otros términos, debemos entender nuestras vidas como una narración actuada dirigida por el *telos* que le da sentido:

Vivimos nuestras vidas, tanto individualmente como en nuestras relaciones con los demás, a la luz de ciertas concepciones de un posible futuro compar-

¹⁶ MacIntyre, Alasdair, *After Virtue*, University of Notre Dame Press, 1984, pp. 232-233.

¹⁷ *Ibidem*, p. 53.

tido [...] No hay presente que no esté informado por algunas imágenes de algún futuro, y una imagen del futuro que siempre se presenta en la forma de un *telos* —o una variedad de fines y propósitos— hacia el cual nos movemos o desistimos de hacerlo en el presente.¹⁸

Por tanto, si la narración de mi vida está incluida en la historia de la comunidad a la que refiero y de la cual derivo mi identidad, esto significa que sus tradiciones serán esenciales para definir lo que es bueno tanto para mí como para cada uno de los sujetos con los que se convive. Pero es precisamente la pérdida de esas tradiciones lo que ha conducido a una crisis cultural y a una “cerrazón de las mentes”.

En 1987, Allan Bloom publica *The Closing of the American Mind*, en pleno auge republicano y neoconservador en Estados Unidos. Bloom parte de la idea de que las raíces de la crisis cultural por la que atraviesa Estados Unidos, y por extensión la cultura occidental, han sido los supuestos ideológicos del movimiento de educación progresista que dominaron el currículum después de la Segunda Guerra Mundial y muy especialmente los años sesenta. Esta década en particular habría resultado desastrosa para la preservación de las virtudes heredadas de la cultura occidental. Para Bloom, la apertura que pretende la educación progresista ha conducido a un relativismo respecto a los valores que, paradójicamente, lejos de “abrir las mentes”, las ha cerrado:

En la medida en que pensemos que en las universidades americanas podemos crear y recrear todos los estilos de vida y dejar convivir aun los valores más incoherentes, en esa misma medida, reforzamos la idea de que no necesitamos de los otros. La apertura termina en conformismo.¹⁹

Bloom critica la modernidad y propone la restauración del platonismo. En su crítica aparecen todos los elementos de una toma de posición conservadora y de corte elitista, como el aborrecimiento a la cultura de masas, el rechazo a lo que llama el antiintelectualismo de las culturas populares, étnicas y raciales, así como de las comunidades feministas y homosexuales; todas ellas formas irracionales de cultura ajenas a la tradición occidental con su idea universalista de amor a la sabiduría. La modernidad termina siendo una forma de nihilismo acusando al liberalismo del deterioro de la educación y de la sociedad:

¹⁸ *Ibidem*, p. 200.

¹⁹ Bloom, Allan, *The Closing of the American Mind*, Nueva York, Simon and Schuster, 1987, p. 34.

País, religión, familia, ideas de civilización, todas las fuerza históricas y sentimentales que se erguían entre el infinito cósmico y el individuo, proporcionando alguna noción de lugar dentro del todo, han sido racionalizadas y han perdido su capacidad impulsora. Norteamérica ya no es sentida como un proyecto común sino como un marco dentro del cual la gente son solo individuos, abandonados dentro de él [...] el alma de los jóvenes está en una situación similar a la de los primeros hombres en el estado de naturaleza, espiritualmente desnudos, desconectados, aislados, sin relación alguna incondicional o heredada con nada ni con nadie.²⁰

Bloom no espera que todas las escuelas ayuden a poner remedio al malestar espiritual que vive Occidente. Esta tarea recae en las 20 o 30 instituciones de educación superior que cuentan con la fortuna de albergar a los mejores estudiantes. Bajo estos supuestos es claro que para Bloom la admisión abierta es una acción injusta que va en detrimento de la calidad misma de la educación. En este sentido, toda ayuda a los grupos desaventajados, vía cuotas o acciones afirmativas, sería claramente discriminatoria.

II. ALGUNAS CRÍTICAS LIBERALES

Por lo pronto, creo que no es difícil encontrar simetrías entre la crítica conservadora a la razón instrumental —a la construcción mecánica y burocrática del Estado y a una concepción *by the book*— de los derechos humanos y del Estado de derecho en general, con las críticas que se vienen realizando desde Max Weber y la Escuela de Frankfurt —en el periodo de entreguerras— al modelo libertario de organización social, y al capitalismo en general. Difícilmente se puede estar en desacuerdo con el diagnóstico con respecto al desencanto de posguerra y su reflejo en una actitud escéptica frente a las propuestas teleológicas y a la construcción de utopías; aun con las del propio socialismo, cuya posición no supera la de una modernidad ilustrada con su idea del progreso.

No cabe duda de que el discurso crítico y escéptico de Oakeshott, y en parte el de Scruton, presenta la cara amable de un lenguaje rico y sugestivo, apoyado tanto en conocimientos históricos como en recursos literarios. Por supuesto que el estilo no es arbitrario; responde al énfasis puesto en el punto de partida moral —el mundo de los deseos, intereses y recuerdos del sujeto moral—, así como en el ejercicio de hábitos y vínculos tradicionales en el ámbito de la sociedad civil, que refuerzan y constituyen su identidad. Por

²⁰ *Ibidem*, p. 85.

contraste, aquel que asume un punto de partida moral distinto —como lo es el de la imparcialidad— y adopta conceptos abstractos y no “densos” está condenado a un lenguaje árido y poco estimulante.

Pero más allá de este primer acercamiento de tipo expresivo, existe una crítica de fondo hacia los modelos de corte deontológico que me parece del todo injustificada. Lo que autores que se inspiran en las premisas kantianas defienden, es al individuo que se cuestiona esa cadena tradicional y asume un punto de vista imparcial y crítico que lo sitúa por encima de las contingencias temporales, y no al sujeto individual inmerso en el devenir histórico y ligado a un pasado inmune a una crítica racional.

Ello no significa ignorar que el discurso moral también se mueve en un mundo real. Nada más concreto, por ejemplo, que tomar como punto de partida el reconocimiento de necesidades básicas, las circunstancias de la justicia o las convicciones espontáneas para un equilibrio reflexivo a la Rawls; pero precisamente son un punto de partida que apunta hacia una empresa común más ambiciosa, como es la posibilidad de lograr algún acuerdo entre puntos de vista distintos y encontrados. Para ello, es necesario proporcionar razones objetivas para la acción y proponer un punto de vista universal e imparcial, que involucre a todos los seres humanos como agentes morales.

Asimismo, cuando el pensamiento conservador recurre a nociones como “tradición”, “lealtad”, “cohesión religiosa o moral”, parece que se apela más a la emotividad que a la racionalidad. Para que estas nociones y la idea de una mayor comunicación entre tradiciones distintas, lealtades familiares diversas o convivencia entre convicciones religiosas —o entre quienes no comulguen con ninguna religión— distintas, en la misma sociedad y con respecto a las generaciones futuras, adquieran pleno sentido, deben justificarse a partir de un principio más radical, como es el mismo principio de igualdad. Los vínculos se consolidan solo si existe un trasfondo de justicia sustantiva, igualitaria.

Por otra parte, resulta comprensible desde el enfoque conservador la crítica hacia cualquier referencia a la conformación de un Estado de bienestar, la defensa de una cooperación social espontánea en términos de relaciones de mercado y de tradición, y la defensa a ultranza de la propiedad privada y su continuidad hereditaria. Hay un trasfondo anárquico y romántico en las diversas propuestas conservadoras que encarna en la idea de espontaneidad natural. Sin embargo, nada impide pensar que las interrelaciones de mercado devengan con el tiempo en situaciones perversas en términos de monopolización, que terminen perjudicando a los propios individuos; y nada impide pensar tampoco que existan tradiciones que refuercen un *statu quo* discrimi-

natorio y excluyente que incida negativamente en la tan deseada armonía y cohesión social como valores conservadores. Habrá necesidad, entonces, de un Estado que regule el mercado y que haga valer de manera positiva los derechos humanos en el reconocimiento de la tolerancia y la pluralidad.

La construcción de un *welfare state*, respetuoso de los derechos individuales pero redistributivo en términos de justicia social para los más desaventajados, no tiene por qué asumirse como un Estado paternal si de lo que se trata es de satisfacer las necesidades básicas poniendo en sus justos límites la lotería natural, como quería Rawls. Las diferencias son inevitables, como dice Scruton, pero no incorregibles o aceptables de acuerdo con una suerte de destino manifiesto. No existen jerarquías naturales o por nacimiento que se constituyan falazmente en un orden normativo. En este sentido, la visión meritocrática y elitista de MacIntyre y de Bloom, con fuertes resabios platónicos y aristotélicos, adolece de una contraintuitiva gratuidad. Como afirma Nussbaum:

[Los estudiantes] que son de clase acomodada y que sobresalen en los estudios, que pueden asistir a las pocas universidades de élite y continuar sus estudios sin la distracción de un trabajo, pueden considerarse aquellos que poseen “el mayor talento” y la naturaleza “más compleja”. Se dice que son personas que “fácilmente podrían beneficiarse de una educación liberal” y que son los que “más necesitan una educación”. Parece que los que están en una situación de desventaja, tal como Bloom los imagina, tienen menor talento, naturaleza más simple y menos necesidades. Sin embargo, jamás dice qué hacen. Simplemente no tiene interés en estos alumnos que no son de élite —una élite que él define claramente a partir del dinero y la posición social al que por las características intelectuales da mayor valor.²¹

III. UNA POLÉMICA CLÁSICA²²

El debate entre Patrick Devlin y Herbert Hart fue planteado en torno a la conveniencia, o no, de descriminalizar los comportamientos homosexua-

²¹ Cit. por Aronowitz, Stanley y Giroux, Henry A., *Education under Siege*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1987, p. 26.

²² El talante liberal de Hart se agudiza en su polémica con Devlin, que en buena medida se halla enmarcada en un librito que puede ubicarse al mismo nivel que *On Liberty* de John Stuart Mill. Me refiero a *Law, Liberty and Morality*. Este libro intenta ser también una respuesta a las Conferencias Macabeas de Devlin, de 1959, recogidas en su libro *The Enforcement of Morals*, Oxford, del mismo año.

les y la prostitución. La Comisión Wolfenden había dictaminado en 1957 que era oportuno desregular ambas conductas basándose en un argumento liberal (inspirado en Mill):

En nuestra opinión no es función del derecho intervenir en la vida privada de los ciudadanos, ni intentar exponer ningún modelo de comportamiento determinado, más allá de lo que sea necesario para llevar a la práctica los propósitos que hemos bosquejado [...] Se ha de mantener un ámbito de la moralidad y la inmoralidad privadas que, dicho breve y crudamente, no es asunto del derecho.

Devlin consideró que las conclusiones de la Comisión Wolfenden eran equivocadas. Lo cierto es que en todos los sistemas jurídicos se puede constatar la imposición de una determinada moral a través del derecho penal, como un medio que tiene la sociedad de defenderse de los ataques que pueden destruirla. Más aún, para Devlin, el consentimiento de la víctima no juega ningún papel en el derecho penal como elemento de justificación o de excusa. La razón de esto es que un delito no solo es un ataque a un individuo determinado, sino también un agravio a la comunidad en su conjunto.

La concepción moral de Devlin se basa en las siguientes premisas:

1. La cohesión social es una función del derecho que depende del conjunto de creencias morales compartidas por los miembros de una comunidad (al compartir estas creencias, los individuos se transforman en integrantes de una sociedad).
2. Toda sociedad tiene derecho a defender su integridad, tanto frente a ataques internos como externos (la sociedad tiene derecho a usar sus leyes como un acto de autodefensa de su integridad).
3. No cabe distinguir entre una inmoralidad pública y otra privada. En todo caso, únicamente cabría hablar de inmoralidades cometidas en público y en privado. Y dado que Devlin supone una determinada moralidad media, si se quiere conservar esa sociedad se ha de impedir que se cambie esa moral. Este es el sesgo conservador de Devlin.

Para Devlin, lo que justifica la imposición jurídica es la cohesión social *per se*, es decir, no se requiere que las creencias que comparten los miembros de la comunidad sean verdaderas. Con todo, para Devlin, sobre la base de un relativismo ético, no bastaría que un acto, para ser inmoral, sea repudiado por la mayoría, es necesario que exista un verdadero sentimiento de reprobación, de repugnancia.

Las objeciones de Hart a la posición de Devlin pretenden sentar las bases de un derecho penal que se fundamente en criterios liberales, atendiendo en primer término al principio del daño. Según Hart:

[...] se debe demostrar que la conducta punible es, o bien directamente perjudicial, o lo es con los individuos o su libertad, o bien pone en peligro el interés colectivo, el cual es mantenido por los miembros de la sociedad para su organización o defensa. Según este punto de vista, el mantenimiento de un código moral dado no es, como tal, el objetivo del derecho penal de cualquier institución coercitiva. Esto es algo de lo que se deberían ocupar otros organismos, la educación, la religión, o la libre discusión entre adultos.

En opinión de Hart, las tesis de Devlin son equivocadas por varias razones:

1. Porque Devlin confundiría las leyes con fundamentos paternalistas que prohíben ciertos actos. Esto con el fin de evitar que personas incompetentes se dañen física o psíquicamente a sí mismas, con la supuesta justificación de leyes que reprimen cualquier inmoralidad. Esta confusión se debe en parte a la aceptación de que el consentimiento no juega papel alguno en el derecho penal.
2. Devlin confunde también la legitimidad de la represión de la indecencia con la supuesta justificación de la represión de acciones inmorales ejecutadas en privado. La represión de acciones indecentes tiene por objeto evitar la ofensa de los sentimientos de terceros y estaría claramente justificada aun cuando las mismas acciones realizadas en privado sean incluso legítimas. Por ejemplo, mantener relaciones sexuales en privado dentro del matrimonio es legítimo, en la vía pública resulta indecente. Y Hart señala además cómo en algunos casos de los propuestos por Devlin, tal como el de la bigamia, la represión estaría justificada por la existencia de daños a terceros, y no por castigar una mera inmoralidad.
3. Devlin no ofrece prueba alguna de por qué se ha de influir en las personas para que se comporten moralmente mediante la imposición estatal de un mal —la sanción penal siempre es un mal que se infringe al condenado—, cuando en realidad se pueden lograr los mismos fines con otros métodos no dañinos como la educación, etcétera.
4. Devlin tampoco ofrece ninguna prueba empírica de que la modificación de los hábitos morales cause o haya conducido a la desintegración de ninguna sociedad. Por el contrario, una sociedad plural y

tolerante puede contribuir de manera más efectiva a la integración de la misma.

5. Por último, Hart se pregunta cómo es posible que la moral crítica ordene imponer cualquier moral positiva, incluso aquella que se basa en ignorancias o errores de diverso tipo. Lo cierto es que el legislador, al dictar la ley penal, debe valorar críticamente cuáles son los fundamentos de la moralidad positiva vigente y, en su caso, actuar en contra de lo mayoritariamente deseado. De no ser así, piensa Hart, se confundiría, tal como lo hace Devlin, la democracia como forma de gobierno con un populismo moral, según el cual, la mayoría de la población tendría derecho a estatuir cómo deben vivir los demás.

La polémica entre Devlin y Hart, de plena actualidad, sigue reflejando el debate entre posiciones conservadoras y posiciones liberales.²³ La opción por una o por otra es, quizás, una de esas decisiones últimas que definirá y justificará en buena medida nuestra concepción del derecho y el sistema de organización política y social.

IV. *EXCURSUS*. DERECHOS DE LA NIÑEZ: A LA EDUCACIÓN Y A UNA VIDA EN FAMILIA

En este *excursus* me interesa seguir ahondando en el problema de la educación que, como hemos visto, ocupa un lugar central en las propuestas conservadoras. El problema se presenta de manera más acuciante cuando la referimos a la niñez y al entorno familiar en la que esta se desarrolla. Desde un punto de vista liberal, es necesario insistir en el principio de laicidad y en la necesidad de reconocer la pluralidad actual en cuanto a los diversos formatos de familia y la urgente necesidad de una educación en el respeto y la tolerancia.

1. *Derecho a la educación*

Entre los derechos de la niñez, la educación es sin duda uno de los más relevantes y, por supuesto, no está exento de un posible paternalismo adultista. A fin de cuentas, se argumenta, ¿no son los hijos una extensión natural

²³ Referido al tema de la homosexualidad remito al fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Lawrence vs. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), y de manera especial al voto disidente del juez conservador Antonin Scalia.

de sus padres? ¿No justifica esta relación natural un derecho *a priori* de los padres sobre sus hijos? El peligro es caer en un autoritarismo moral bajo la suposición de que los niños son una especie de propiedad de los padres, que impide reconocer en ellos a seres humanos con intereses, necesidades y derechos.

No hay duda alguna de que los padres tienen prioridad sobre otro tipo de instituciones en la educación de sus hijos, simplemente por razones empíricas, como son las razones psicológicas. Pero debe reconocerse que el derecho de los niños a la educación debe prevalecer sobre las preferencias de los mismos padres cuando el ejercicio de estas puede limitar el desarrollo pleno de aquellos. Restringir tales libertades por medio de la coerción legal evita daños a terceros —los niños— y crea las condiciones que hacen posible el gozo de las capacidades de estos últimos. A este respecto vale la pena recordar las palabras en disidencia del juez William O. Douglas, refiriéndose a los niños pertenecientes a la Old Order Amish, en el conocido caso *Wisconsin vs. Yoder*:

Un niño Amish puede querer ser un pianista o un astronauta o un oceanógrafo. Para lograrlo deberá apartarse de la tradición Amish [...] Si sus padres conservan al niño fuera de la escuela más allá de la primaria, entonces el niño quedará imposibilitado de participar en el nuevo y apasionante mundo de la diversidad que tenemos hoy día [...] Si es constreñido a la forma de vida Amish por aquellos que tienen autoridad sobre él y si su educación es trunca, su vida entera puede ser impedida y deformada.²⁴

De acuerdo con el juez Douglas, el bien de la educación, especialmente de la educación básica, debe prevalecer sobre la libertad religiosa o las tradiciones de los padres de la Old Order Amish. Y la razón parece clara: tal tipo de educación tiene relación directa con la formación de la autonomía de los menores y no con su ejercicio; y tal formación es una condición necesaria para la satisfacción de las intereses y derechos del menor. Si esto es así, entonces está plenamente justificado interferir en las preferencias de los padres cuando estos obstaculizan la formación básica de sus hijos.

Debe rechazarse la hipótesis naturalista y tradicionalista, de tipo conservador, que hace de los hijos una prolongación “ontológica” de sus padres. Esta hipótesis solo puede conducir a la justificación de cualquier tipo de adoctrinamiento adultista que, reitero, atentaría contra los derechos de los menores. En materia educativa, la Convención sobre los Derechos del

²⁴ Corte Suprema de Estados Unidos, *Wisconsin vs. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), opinión de la Corte y voto disidente del juez William O. Douglas.

Niño menciona en sus artículos 28 y 29, entre otros objetivos: desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad física y mental del niño hasta el máximo de sus posibilidades y preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena.

El caso de los padres amish y las limitaciones a su libertad religiosa obliga a plantearnos no tanto el problema de la justificación de la educación en general, sino el tipo de educación que debe impartirse en particular. Estoy convencido de que toda educación básica, sea pública o privada, debe adecuarse, antes que a cualquier otro valor de carácter cívico o democrático, al criterio de laicidad.

Durante los gobiernos panistas en México (2000-2012) se abrió una vez más el debate en torno al tema de la laicidad educativa en las escuelas públicas. Se argumentó, entonces, nada menos que por el *ombudsman* nacional, que la prohibición de la enseñanza religiosa en las escuelas era una forma de discriminación negativa hacia aquellos padres de familia que, sin tener recursos suficientes para enviar a sus hijos a escuelas privadas confesionales, debían enviarlos, contra sus convicciones, a escuelas públicas laicas.²⁵

En el mismo sentido, para el entonces presidente del Episcopado mexicano, las leyes mexicanas debían garantizar la libertad religiosa, que es mucho más amplia en su contenido que la libertad de creencia y culto. Hacer valer la libertad religiosa es hacer valer el derecho de los padres de familia a que sus hijos sean educados conforme a su fe y el Estado debe implementar las condiciones y los recursos para que tal libertad religiosa no se vea limitada.²⁶ No está de más considerar la advertencia de Claudio Magris con respecto a las consecuencias que se podrían seguir de este argumento:

En nombre del deseo de los padres de hacer estudiar a sus hijos en escuelas que se funden en principios (religiosos, políticos o morales), surgirían escuelas inspiradas en los diversos harapos ocultistas de cada vez mayor difusión, en conventículos estafalarios e ideologías de todo género. Hay ciertamente padres racistas nazis, estalinistas deseosos de educar a sus hijos (a nuestras expensas) en el culto de su Moloch; padres que pedirían escuelas en las que sus pimpollos no se sienten junto a condiscípulos meridionales. Nacerían pro-

²⁵ Véase una crítica a la posición del *ombudsman* nacional, José Luis Soberanes, en Volpi, Jorge, “Soldados de Cristo”, *Proceso*, núm. 1484, 10 de abril de 2005, p. 54.

²⁶ Véase la entrevista de Rodrigo Vera al presidente del Episcopado mexicano, Carlos Aguiar Retes, en *Proceso*, núm. 1574, 31 de diciembre de 2006, pp. 13 y ss.

bablemente escuelas satanistas, otras prestas a llamar como “expertos” a cartománticos y magos y así sucesivamente.²⁷

Por supuesto, no es objeto de debate el hecho de que en materias como Historia y Educación Cívica se explique el fenómeno religioso y se enseñe una historia comparada de las religiones. Pero la pretensión del prelado iba más lejos, en el sentido de incluir la enseñanza de una religión como parte del currículo escolar y financiarla por el Estado. A esta pretensión debían añadirse otras demandas: el voto pasivo de los ministros de culto; el derecho a expresar sus opiniones en materia política y a asociarse con fines políticos; que las asociaciones religiosas posean medios de comunicación masivos, y que las iglesias reciban subsidios públicos mediante la recaudación de un impuesto especial que recogería y distribuiría el Estado.²⁸ Al comentar estas demandas, un católico como Pablo Latapí manifestaba su inconformidad cuando decía que:

[...] se habla de un “Estado confesional” que vendría en sustitución del “Estado laico”. [...] A los católicos que vamos depurando nuestra idea de la Iglesia en la dirección contraria —como una comunidad de fieles en la fe cuya seguridad no estriba en el poder temporal, sino en la confianza en Dios, como aparece en el Evangelio— nos chocan profundamente estas demandas de la jerarquía eclesiástica.²⁹

En la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 62, se señala explícitamente el derecho de las niñas, niños y adolescentes a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura en el marco de un Estado laico acorde con las reformas a los artículos 24 y 40 constitucionales. Hasta donde puedo entender, el alcance de estas reformas, por lo que hace a la educación, debería incluir no solo a la

²⁷ Cit. por Alfonso Ruiz Miguel, “Laicidad, laicismo, relativismo y democracia”, en Vázquez, Rodolfo (coord.), *Laicidad. Una asignatura pendiente*, México, Coyoacán, 2007, p. 165-n-7.

²⁸ Estas demandas se orientan a la eliminación del inciso e) del artículo 130 constitucional: “Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en acto de culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios”.

²⁹ Latapí, Pablo, *Andante con brío*, México, FCE, 2008, pp. 37-38. Varios líderes religiosos manifestaron su desacuerdo con las pretensiones de la Iglesia católica. El obispo primado de la Iglesia anglicana en México, Carlos Touché, dijo desconocer si “detrás hay un intento de los obispos católicos por recuperar el poder y la influencia que tuvieron en el pasado, lo cual significaría un retroceso”. *Milenio*, 20 de marzo de 2008, Política, p. 13.

educación pública, sino también a la educación privada, es decir, a todo tipo de educación que se imparte en México, en tanto constituidos en un Estado laico. Si esto es así, entonces el inciso a) de la fracción VI del artículo 3 constitucional, que exceptúa a los particulares de apearse a la fracción I, donde expresamente se hace referencia a la educación laica impartida por el Estado, incurre en una incoherencia.

No veo por qué la exigencia de educación democrática debe universalizarse incluyendo a la educación privada y no deba exigirse lo mismo con respecto a la laicidad, ahora entendida como una propiedad del Estado junto con su carácter republicano, representativo, democrático y federal (artículo 40 constitucional).

Si además reforzamos el derecho de aquellos que ejercen patria potestad, tutela o guarda y custodia de niñas, niños y adolescentes para guiarlos de conformidad con sus creencias religiosas y sus tradiciones culturales en el ámbito de la educación privada, entonces tenemos el camino libre, como decía Claudio Magris, para que los adultos adoctrinen a los menores en sus creencias, que en algunos casos podrán ser tolerantes, pero en otros, con sesgos claramente fundamentalistas.

De igual manera, en la misma ley se hace referencia a los fines de la educación, entre los que se señala:

Promover la educación sexual integral conforme a su edad, el desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, de las niñas, niños y adolescentes que le permitan a niñas, niños y adolescentes ejercer de manera informada y responsable sus derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en las Leyes y los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.³⁰

El texto final de la ley contrasta con la iniciativa aprobada por el Senado, en la que se señalaba: “Promover la educación sexual integral, que contribuya al desarrollo de competencias que le permitan a niñas, niños y adolescentes ejercer de manera informada y responsable sus derechos sexuales y reproductivos”.³¹ Así de simple, lisa y llanamente, sin remisiones a otras normatividades de superior jerarquía, como aparece en la versión final y acotando los márgenes interpretativos.

³⁰ Artículo 58, párr. VIII, Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

³¹ Iniciativa de Decreto que expide la Ley General para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y reforma diversas disposiciones de la Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil, remitida a la Cámara de Senadores el 1 de septiembre de 2014.

De nueva cuenta, la presión conservadora de corte religioso, con el pretexto de proteger a los menores de edad, logra eliminar la mención explícita a los derechos sexuales y reproductivos del texto definitivo. No es algo inocuo. En la versión inicial se ponía nombre y apellido al ejercicio responsable de tales derechos de las niñas, niños y adolescentes, con el propósito de asumirlos con plena conciencia, desde muy temprana edad, para prevenir, por ejemplo, embarazos no deseados, o enseñar la forma de defenderse y denunciar acciones tan indignas y humillantes como el acoso sexual por parte de los adultos. Entre estos adultos merecería un capítulo especial, en el libro de las infamias, el abuso y la violencia sexual practicados, irónicamente, por “los hombres (y mujeres) de dios” que tienen a su cargo, desafortunadamente, una buena parte de la educación básica de niñas, niños y adolescentes.

2. *Derecho a una vida en familia*

Pese al tinte conservador que deja ver la frase “derecho a una vida en familia”, su calificación dependerá de la concepción de familia que se adopte y, más en general, del alcance que se quiera dar a la idea de procreación, y el debate, ya un tanto añejo pero con consecuencias siempre actuales, de la llamada procreación asistida y los derechos correspondientes.³²

Desde el punto de vista de una ética conservadora o tradicional,³³ el problema de la procreación asistida debe ser abordado a partir de tres premisas básicas: 1) existe un manifiesto interés por preservar los valores y principios de la familia cuyo núcleo se constituye por la pareja heterosexual que decide optar por la paternidad-maternidad; 2) el nuevo ser no debe instrumentalizarse hacia otros fines que no sean el asegurarle que será recibido en el seno social, con las mejores condiciones para su formación y crecimiento armónicos —se entiende que este fin solo es alcanzable si se cumple el inciso anterior—, y 3) la reproducción humana asistida no es una alternativa al proceso reproductivo natural, sino una técnica destinada a tratar la inferti-

³² Para un acercamiento conservador al tema de los derechos sexuales y reproductivos remito a un fallo de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, acción de inconstitucionalidad del decreto ejecutivo 24029-S, “Fecundación *in vitro* es inconstitucional”, exp. 95-0011734-0007-CO, octubre de 2000, recurrido posteriormente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que dio lugar a una resolución memorable: *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.

³³ Para una justificación conservadora de la familia y los temas relacionados con los derechos sexuales y reproductivos, véase la iniciativa ciudadana de reforma constitucional para proteger el matrimonio y la familia, “Reforma por la familia, por los niños y por todos”, Consejo Mexicano de la Familia, A.P.B., febrero de 2016.

lidad de las parejas cuando ya han fallado otras técnicas o procedimientos terapéuticos, por lo que solo debe aplicarse a parejas infértiles.

Desde una perspectiva laica liberal, ninguna de las tres premisas sería aceptable, tanto por consideraciones fácticas como por razones normativas. Con respecto a 1), es un hecho que en muchas sociedades actuales, entre los diversos planes de vida, son empleados y aceptados modos alternativos de procreación y formatos de familia distintos al de la pareja heterosexual con unión matrimonial formal. Vale la pena recordar las posibilidades existentes para tener un panorama lo más amplio posible de tales alternativas. He intentado ordenarlas en forma descendente de aceptación social, consciente de su alcance subjetivo:

- a) Niños nacidos de parejas heterosexuales en uniones matrimoniales formales o *de facto* estables.
- b) Niños nacidos de matrimonios previos o de uniones *de facto*, pero ahora, o bien están en una situación uniparental, o bien en una familia reincorporada después del divorcio y nuevo matrimonio.
- c) Niños adoptados en otra familia, a través de adopción “tradicional” donde la madre que renuncia no tiene contacto con el niño que dio en adopción y el niño no tiene información sobre sus orígenes; o de adopción “abierta” donde la madre que renuncia puede mantener contacto con el niño y el niño puede tener acceso a la información sobre sus orígenes; o de adopción donde la madre que renuncia toma parte en la selección de los padres adoptivos.
- d) Niños nacidos de una situación de padres solteros o de madres solteras.
- e) Niños nacidos de los gametos de una pareja heterosexual a través de la inseminación artificial o de la fecundación *in vitro* y transferencia de embrión.
- f) Niños nacidos de parejas heterosexuales mediante la inseminación artificial de un donante.
- g) Niños nacidos de los gametos de donantes o de embriones de donantes mediante la fecundación *in vitro* y traslado de embrión.
- h) Niños nacidos por acuerdo de alquiler donde la madre sustituta aporta o no el óvulo.
- i) Niños nacidos de parejas homosexuales (lesbianas) a través de inseminación artificial de un donante.
- j) Niños adoptados por parejas de homosexuales masculinos.³⁴

³⁴ Con algunas ligeras modificaciones tomo esta tipología de Charlesworth, Max, *La bioética en una sociedad liberal*, trad. de Mercedes González, Cambridge University Press, 1996, pp. 76-77.

- k) Niños que podrán nacer por clonación a partir de la transferencia de núcleo en un óvulo. Transferencia que puede realizarse a partir de una célula somática de hombre o de mujer. En este último caso con la posibilidad de que la mujer use su óvulo para clonar con una célula somática propia.

Hay que reconocer el hecho de que la organización familiar tradicional no solo se está transformando vertiginosamente, sino que además no se percibe con claridad que este cambio esté provocando consecuencias negativas en términos de cohesión social, ni que los niños producto de los nuevos métodos de reproducción asistida sufran algún daño como efecto directo de los mismos.

Lo cierto es que las nociones de paternidad y maternidad pasan a ser títulos escindibles, y esta escisión no ha tenido que esperar a las técnicas de reproducción asistida, sino que la novedad fue introducida por la institución de la adopción. En efecto, es con esta institución que se hace patente que la familia, los padres, los hijos, no son “hechos naturales”, sino un haz de relaciones jurídicas: “Es desde el ordenamiento [jurídico] desde el que se determina el modelo de familia lícita, esto es, si cabe, por ejemplo, que los menores puedan ser adoptados por parejas no casadas, de igual o distinto sexo, o por solteros”.³⁵

En relación con 2) se objeta que las técnicas de reproducción asistida trastocarían en alto grado todas las relaciones filiales y de parentesco existentes y consagradas en la generalidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Se estaría violando, entre otras cosas, el derecho a ser concebido heterosexualmente en una familia con doble figura genital. Por otra parte, tales métodos abrirían opciones que posibilitarían la creación de niños por motivos dudosos moralmente: vanidad, conveniencia utilitaria, comercio de órganos o reemplazo de otros fallecidos. El niño pasaría a convertirse en un instrumento al servicio de los intereses egoístas de los progenitores. Aun en el caso de que se buscara una mejor calidad de vida para el niño, se estaría enviando el mensaje muy específico sobre el valor negativo de las vidas que no son perfectas y los seres humanos perderían el derecho a aceptar aquello que es imperfecto. La crisis de la organización familiar tradicional daría por resultado una severa inestabilidad en la sociedad, para lo cual el derecho debe introducir y asegurar medidas restrictivas.

A todo ello se responde que si bien es cierto que *prima facie* existe un derecho del niño a una vida estable, a una “vida en familia”, no hay estudios

³⁵ Lora, Pablo de, *Entre el vivir y el morir*, México, Fontamara, 2003, p. 23.

empíricos concluyentes, como ya se dijo, que demuestren que los niños educados con madres o padres solteros, heterosexuales u homosexuales, sufran daños que imposibiliten un adecuado desarrollo psicológico y una armoniosa integración social. Las precauciones que se deben tomar en ciertas circunstancias responden más a razones estratégicas, (p. ej., socioculturales), que a razones morales sustantivas.

Asimismo, la instrumentalización de los niños por motivos no altruistas no parece ser una razón concluyente para calificar de incorrectas las técnicas de reproducción asistida. El mismo argumento podría utilizarse para todo tipo de método natural, en los que no se exige de los padres una moral supererogatoria o ideal. En cuanto a una posible comercialización, desgraciadamente es este un fenómeno que no ha tenido que esperar a las técnicas de reproducción asistida. A lo único que invita a pensar este tipo de situaciones no es a la prohibición de las mismas, sino a la exigencia de una regulación apropiada y de una aplicación estricta de tal normatividad que haga valer la autonomía y dignidad de los niños con todos los derechos correspondientes.

Por lo que hace a 3), desde un punto de vista liberal, la tolerancia y aceptación de métodos alternativos de procreación y formatos de familia, y en varios de ellos su ratificación legal, ha permitido hablar en nuestros días de un “derecho a la libertad de procreación” —que supone tanto la colaboración coital como la no coital— y consecuentemente un derecho de acceso sin discriminación alguna a las nuevas formas de tecnología de reproducción. A este respecto vale la pena citar a la jurista estadounidense Lisa Ikemoto cuando sostiene que:

La procreación de colaboración no coital presenta un conjunto más amplio de opciones comparada con la reproducción a través de las relaciones sexuales, dando a los participantes la oportunidad de determinar el origen del material genético, el método y el tiempo de la concepción, la mujer que llevará el niño y las personas que lo educarán. La viabilidad en la ampliación del conjunto de opciones proporciona a los individuos un mayor control sobre su destino genético, biológico y psicosocial y, por lo tanto, mayor autonomía. La Constitución debe proteger la autonomía de decisión en la procreación, ya que nuestro concepto de libertad requiere que el gobierno deje libres a los individuos para determinar temas tan fundamentales para sus personas.³⁶

Si aceptamos que los formatos tradicionales de familia y el matrimonio, heterosexual y monógamo, no son los únicos éticamente correctos para

³⁶ Véase Charlesworth, Max, *La bioética en una sociedad liberal*, cit., pp. 77-78.

procrear, su aceptación exclusiva contradice los principios de una sociedad liberal y laica y, en concreto, atenta contra el principio de autonomía personal del que se infiere el derecho a la libertad de procreación y de acceso a las nuevas tecnologías de reproducción. Entre estas, por supuesto, la posibilidad de que se permita la inseminación artificial a una mujer soltera, viuda, divorciada o lesbiana. Es en este contexto que tiene sentido hablar del derecho de acceso a las tecnologías de reproducción como no discriminatorio, es decir, a las que puedan acceder no solo las personas o parejas infértiles, como una especie de último recurso, sino las mismas personas o parejas fértiles si así lo consideran necesario para la organización de su plan de vida. Si para ser usuaria de la IA (inseminación artificial) o la FIV (fecundación *in vitro*) no hay que ser infértil, entonces el derecho a la procreación asistida no es una expresión del derecho a la salud, sino un medio alternativo de reproducción, es decir, una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Por otra parte, en legislaciones de corte conservador, es un hecho que se ponen límites a las técnicas de reproducción asistida prohibiendo producir más embriones de los que se requieren para obtener un éxito razonable en el proceso de implantación y de transferencia de embriones a la paciente. La razón de esta prohibición es evitar producir embriones sobrantes y su eventual crioconservación o destrucción. No deja de ser curioso el hecho de que el desarrollo de estas técnicas de reproducción asistida hará que en un futuro se logren mayores anidaciones en el útero de las que se logran “naturalmente”. Una vez que esto ocurra, y dado el compromiso que las posiciones conservadoras asumen con el valor supremo de la vida humana, estas técnicas no solo deberían ser moralmente toleradas, sino moralmente obligatorias, porque “[protegen] mejor la vida y desarrollo exitoso del embrión que el mecanismo de implantación natural dispuesto por Dios”.³⁷

No debe llamar la atención que en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en el capítulo “Del Derecho a Vivir en Familia”³⁸ no haya ninguna referencia explícita al concepto de familia y a los diversos formatos de familia. No basta la mención genérica a “las personas que ejerzan la patria potestad o de sus tutores”. En sede legislativa se podría haber dado un paso cualitativamente importante en aras del reconocimiento de la diversidad parental acorde con la diversidad procreativa. No se ha hecho, y este silencio convalida posiciones conservadoras contrarias al carácter laico del Estado.

³⁷ Lora, Pablo de, *Entre el vivir y el morir*, cit, p. 31.

³⁸ *Ibidem*, cap. cuarto, artículos 22-35.