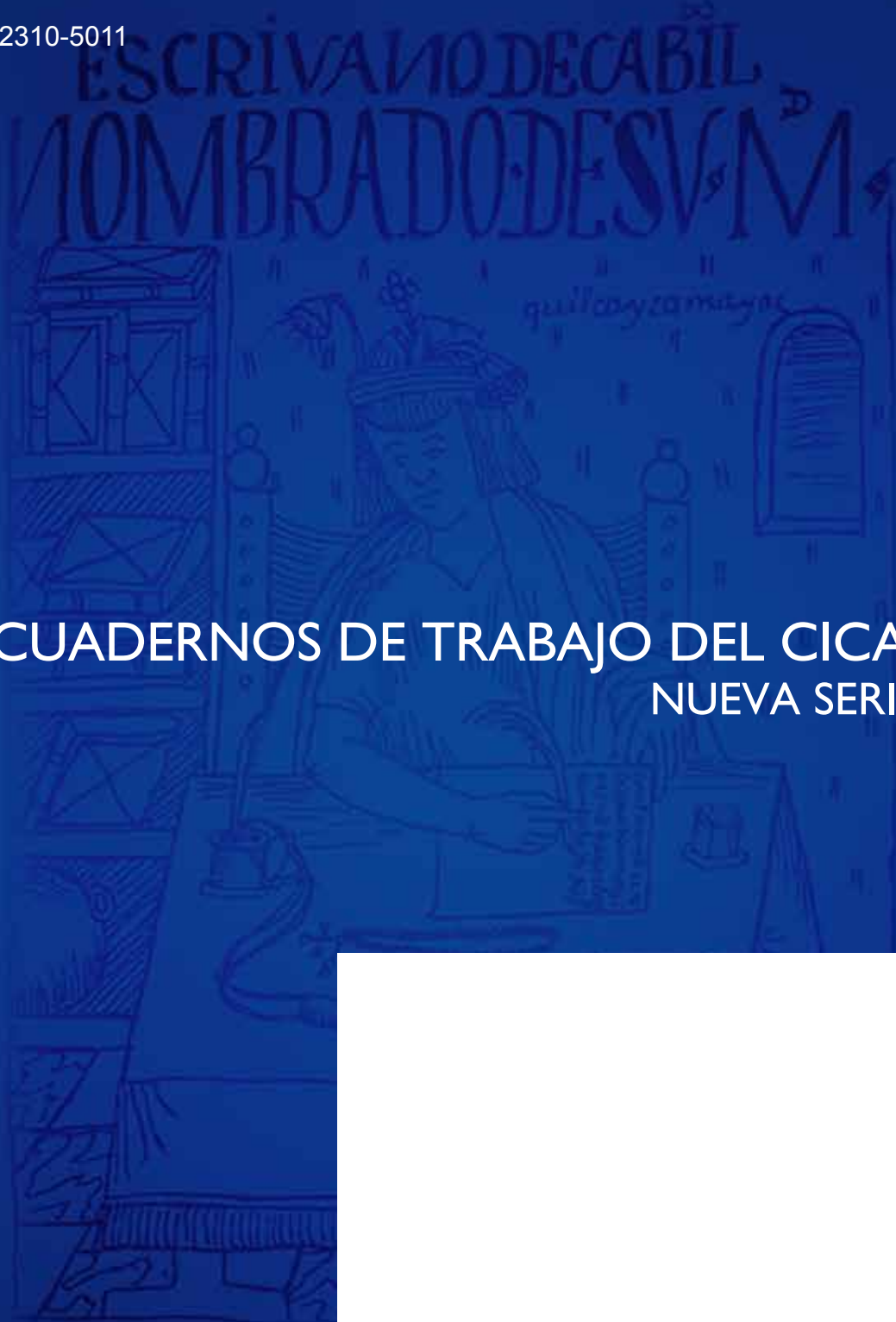


ISSN: 2310-5011



CUADERNOS DE TRABAJO DEL CICAJ NUEVA SERIE

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y ASESORÍA
JURÍDICA (CICAJ)



PUCP

DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE
DERECHO

**CENTRO DE INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)**



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

**JUSTICIA Y PAZ EN LA ERA GLOBAL:
REFLEXIONES A PARTIR DE EL
DERECHO DE GENTES DE JOHN RAWLS**

Betzabé Marciani Burgos

**Cuaderno de Trabajo del CICAJ N° 2
Nueva Serie**

2013

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)

Jefe del DAD:

Guillermo Boza Pró

Director del CICAJ-DAD:

Armando Guevara Gil

Comité Asesor del CICAJ:

César Landa Arroyo

David Lovatón Palacios

Iván Meini Méndez

Elizabeth Salmón Gárate

Eduardo Sotelo Castañeda

Alfredo Villavicencio Ríos

La nueva serie de *Cuadernos de Trabajo del CICAJ* reúne contribuciones arbitradas y razonadas.

Son arbitradas porque cada uno de los trabajos que la integran ha sido sometido a dos procesos de evaluación. El primero a cargo del Director y el Comité Asesor del CICAJ. Luego, los trabajos seleccionados fueron leídos críticamente por dos especialistas en la materia, uno nacional y otro internacional. Con el fin de garantizar la imparcialidad de los arbitrajes, se mantuvo el anonimato de los autores y evaluadores.

Además, los cuadernos de trabajo son razonados porque incluyen el texto original revisado a la luz de los aportes de los árbitros, los comentarios de dos profesores invitados a presentarlos públicamente con el autor o autora y, finalmente, la réplica a éstos.

Esperamos que esta nueva serie contribuya significativamente al debate jurídico sobre los temas tratados por nuestros autores y autoras.

Cuaderno de Trabajo del CICAJ N° 2

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ)

Justicia y paz en la era global: reflexiones a partir de El derecho de gentes de John Rawls

© Betzabé Marciani Burgos

© Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica

Departamento Académico de Derecho

Pontificia Universidad Católica del Perú

Av. Universitaria N° 1801, San Miguel

Lima 32, Perú

Impreso en:

HERAL MOL S.R.L.

Calle Castrovirreyña N° 174, Breña

Lima 5, Perú

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2013-13674

ISSN: 2310-5011

Lima, agosto de 2013

SUMILLA

Los trascendentales cambios producidos en el mundo durante los últimos treinta años en los ámbitos de la política, la economía y la cultura, a raíz del fenómeno de la globalización, han renovado el interés por las tesis propuestas por la Filosofía Política y Jurídica en torno al llamado *pacifismo jurídico* y la justicia global.

Si bien la globalización ha permitido mostrar al mundo situaciones de injusticia local y ha contribuido a sacar de la pobreza a muchas personas, ha afirmado también profundas iniquidades económicas, situaciones de exclusión y una sensación de ansiedad frente a un Estado cada vez más cuestionado y disminuido en sus posibilidades de acción. En este contexto de inseguridad general las preguntas acerca de cómo lograr una paz duradera y una justicia global vuelven la vista a algunas propuestas tradicionales de la filosofía política, como la de la tolerancia prudencial moderna entre naciones o culturas, o las teorías cosmopolitas que tienen como base la tesis kantiana de la *paz perpetua*.

El derecho de gentes de John Rawls pretende ser una reformulación de la propuesta kantiana en un mundo plural, formado por sociedades liberales y no liberales. No obstante el tiempo transcurrido entre su publicación (1999) y los cambios producidos en el panorama internacional en los años recientes, sigue siendo un pilar en la discusión actual sobre la justicia y la paz mundial. El presente trabajo es un primer acercamiento a la tesis rawlsiana, a la luz de los retos que supondría su aplicación en el contexto del mundo globalizado de hoy.

ÍNDICE

1.	PROPUESTAS PARA LOGRAR LA JUSTICIA Y LA PAZ EN UN MUNDO GLOBALIZADO	5
2.	LA TOLERANCIA COMO ALTERNATIVA DE PAZ ENTRE NACIONES	8
3.	EL MODELO DE TOLERANCIA EN DOS NIVELES DE RAWLS	10
4.	LOS PROBLEMAS DE RAWLS: ¿UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA GLOBAL POCO JUSTA?	12
5.	CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	16
6.	BIBLIOGRAFÍA	19
	COMENTARIOS	
	<i>Fidel Tubino Arias-Schreiber</i>	23
	COMENTARIOS	
	<i>René Ortiz Caballero</i>	25
	RESPUESTA DE LA AUTORA	29

I. PROPUESTAS PARA LOGRAR LA JUSTICIA Y LA PAZ EN UN MUNDO GLOBALIZADO

El modelo constitucionalista (o *neoconstitucionalista*), propio de los Estados Constitucionales de Derecho¹, el proceso de *internacionalización* de los derechos humanos y la globalización de las comunicaciones (caracterizada por la ruptura de las fronteras físicas, traspasadas por la comunicación a través de Internet, y por la eliminación progresiva de las fronteras culturales) han contribuido al desarrollo de una conciencia mundial sobre la importancia de la justicia y los derechos humanos. Sin embargo, mientras el constitucionalismo ha permitido afianzar internamente estos valores y consolidar sus garantías jurídicas dentro del Estado Constitucional, la globalización ha provocado respuestas ambivalentes. En su faz económica, la globalización ha contribuido al desarrollo económico, pero también ha sustraído de la regulación legal aspectos vinculados a derechos colectivos e individuales, ha provocado un déficit democrático y ha acrecentado la brecha económica entre pobres y ricos globales².

Como advierte Luigi Ferrajoli, mientras que en un *nivel interno* se ha consolidado el modelo de Estado de Derecho como garantía del cumplimiento de las normas jurídicas y del respeto de los derechos fundamentales –de manera que dentro de un Estado Constitucional de Derecho no existen poderes o sujetos absolutos–, en un *nivel externo* se ha conservado el *estado de naturaleza* en el que prima la *ley del más fuerte*. De este modo, hoy existen Estados que si bien en el ámbito interno cumplen con los requisitos de un Estado Constitucional de Derecho, en el externo imponen su voluntad y se sustraen a toda forma de control (2001: 314-319). Ferrajoli alude también al *vacío de Derecho Público* que existe en el plano internacional y que se traduce en la ausencia de normas e instituciones (o su subordinación a los nuevos poderes transnacionales –públicos o privados– en detrimento de los poderes estatales), que impide afrontar los problemas de alcance mundial (2005a: 90).

La tesis de Ferrajoli sigue la línea del llamado *globalismo* o *cosmopolitismo jurídico* y defiende la idea de que es necesario construir un orden jurídico global que garantice la paz, la seguridad y la justicia; y al que denomina *esfera pública mundial* (2005a: 85). La actualidad del cosmopolitismo jurídico y político parte de la verificación del debilitamiento del modelo de Estado-nación, provocado por el fenómeno de la globalización, y su actual incapacidad

-
- 1 El Estado constitucional se desarrolla en el contexto de los cambios políticos y sociales producidos tras la Segunda Guerra Mundial. Dichos cambios han influido en el replanteamiento de las funciones y fines tradicionales del Derecho y en una nueva configuración de los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales. Esencialmente, se ha producido un cambio en la conformación, función y valor normativo de la Constitución, debido a la consagración constitucional –con carácter normativo y fuerza vinculante– de los derechos fundamentales.
 - 2 Como señala Tony Judt, en los últimos treinta años se han producido diferencias económicas internas sin precedentes en la historia. El capitalismo del mercado desregulado y el retroceso del Estado social en los Estados Unidos y Europa han terminado *normalizándose* como una condición natural e incuestionable que no permite ver los problemas de distribución que subyacen al modelo capitalista (Judt 2011: 25-50). En relación con las diferencias entre pobres y ricos globales, siguen siendo actuales las dramáticas cifras citadas por Pogge (2005: 14-15) o Nussbaum (2007: 227) y que aluden, por ejemplo, a que: “La diferencia de renta entre el quinto de la población mundial que vive en los países más ricos y el quinto que vive en los países más pobres era de 74 a 1 en 1997, en aumento con respecto al 60 a 1 en 1990 y al 30 a 1 en 1960. [Antes] la diferencia de renta entre los países en la cima y los del final había crecidos desde 3 a 1 en 1820 a 7 a 1 en 1870 y a 11 a 1 en 1913”. “Existe una tendencia duradera hacia una cada vez mayor desigualdad de renta internacional” (Pogge 2005: 133).

para cumplir con sus fines y funciones tradicionales. Por ejemplo, en lo que respecta a su capacidad de control sobre el crimen organizado, su capacidad organizativa y de planificación interna (principalmente en lo relativo a la planificación económica), su capacidad normativa o reguladora, y *al déficit en la legitimación de los procesos de toma de decisiones o déficit de legitimación democrática*, pues muchas de las decisiones que conciernen a los ciudadanos de los Estados se toman fuera del propio Estado, a través de negociaciones interestatales, tratados y acuerdos sujetos a la lógica del mercado (Habermas 2001: 5-6).

El globalismo jurídico es un tipo de propuesta cosmopolita³ que aboga por la creación de instituciones políticas y jurídicas globales. Admite una diversidad de enfoques que van desde iniciativas ambiciosas de creación de un gobierno o Estado mundial (por ejemplo, en el caso del modelo de Estado federal mundial propuesto por Kelsen, siguiendo a Kant)⁴; hasta sugerencias más moderadas, como la implantación de tribunales internacionales sobre derechos humanos y que juzguen crímenes contra la humanidad, o la creación de organismos de control del uso de los recursos naturales mundiales (como la propuesta de creación de una *fiscalidad mundial* y de un impuesto aplicable a las empresas multinacionales que explotan recursos naturales considerados como patrimonio de la humanidad)⁵. Otras propuestas incluyen la modificación estructural de instituciones internacionales ya existentes, como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Habermas 1999: 161-179; Held 2001: 48; Pisarello 2001: 258); la creación de parlamentos u órganos de administración de tipo regional (como el Parlamento Europeo); entre otros.

El cosmopolitismo político y jurídico ha sido criticado principalmente por el realismo político y por los enfoques *contextualistas* y *conflictualistas* de la moral y la política.

Para el realismo político, las tesis cosmopolitas representan una visión ingenua de la forma en que se ordenan las fuerzas políticas en el ámbito internacional. Para Danilo Zolo, por ejemplo, tales propuestas orientadas a una unificación política del mundo suponen dejar en manos de *alguien* la construcción y garantía del gobierno del mundo que defienden. Estas teorías, explica el autor, siguen un modelo ya conocido que considera que existen algunos Estados (coincidentalmente las grandes potencias mundiales) que, debido a su expreso compromiso con ciertos ideales democráticos, cumplen el papel de ser los guardianes del orden mundial: son los llamados *señores de la paz*. Por ello, estos modelos que buscan minimizar la soberanía

3 El ideal cosmopolita considera al ser humano como miembro de una comunidad mundial con la cual se encuentra comprometido. Así pues, el compromiso social, político, ético o jurídico del individuo no se circunscribe únicamente a su Estado, nación o comunidad, sino que abarca a toda la comunidad de seres humanos. Se puede hablar de cosmopolitismo en varios sentidos (cosmopolitismo jurídico, cosmopolitismo moral, etcétera), pero, como sostiene Thomas Pogge, todos los enfoques cosmopolitas comparten tres características: 1) individualismo ("las unidades básicas de preocupación moral son los seres *humanos*, o *las personas*"); 2) universalidad ("la condición de ser unidad básica de preocupación corresponde a cada ser humano *vivo por igual*"); y 3) generalidad ("Las personas son unidades básicas de preocupación *para todos los seres humanos* –y no sólo para sus compatriotas, correligionarios u otras personas por el estilo") (Pogge 2005: 216).

4 Para un desarrollo de esta y otras propuestas cosmopolitas, desde una visión muy crítica, véase Zolo 2005.

5 Ferrajoli se refiere a este tipo de tasas para los casos de explotación de recursos mineros de los fondos oceánicos, de las órbitas de los satélites en torno a la tierra y de las bandas de éter, las cuales "podrían compensar ampliamente, si se permitiese su utilización en forma de concesión limitada en el tiempo y con una adecuada remuneración pecuniaria, la deuda exterior de los países más pobres, cotitulares de los correspondientes derechos" (Ferrajoli 2005b: 380, nota 143).

de los Estados y transferirla a un gobierno o Estado mundial lo único que provocan es la legitimación del poder, prácticamente absoluto, de ciertos Estados (Zolo 2005: 12-17)⁶. El error del cosmopolitismo tendría su origen en la analogía que suelen establecer sus autores entre el orden interno y el orden externo (la llamada *domestic analogy*). Según Zolo:

Si es cierto que la centralización jurídica y política ha dado buenos resultados desde el punto de vista de la reducción de la violencia dentro de los Estados nacionales, entonces, se dice, puede considerarse que la concentración del poder en manos de una autoridad supranacional es el camino a seguir para construir un mundo más ordenado y pacífico. El supuesto implícito es la relación de analogía que se establece entre la "sociedad civil" interna de un Estado nacional (occidental) y la llamada "sociedad mundial" contemporánea. (2005: 17)

Esta crítica ha sido tomada en cuenta por ciertas teorías cosmopolitas que buscan proponer un enfoque alternativo. Ulrich Beck, por ejemplo, se ha referido críticamente al *nacionalismo metodológico* que subyace a las propuestas cosmopolitas de varios autores (entre ellos Rawls). Según esta visión, el orden internacional reproduciría la estructura y legitimidad del Estado nacional. Así pues, "El nacionalismo metodológico presupone un Estado nacional constante y absoluto como fuente de legitimidad de las normas y organizaciones supranacionales. (Beck 2004: 42).

Las críticas al cosmopolitismo provenientes de las teorías contextualistas y conflictualistas se han centrado, principalmente, en los peligros que supondría para el pluralismo ético y cultural. Desde esta óptica, el cosmopolitismo adolecería de los mismos problemas de cualquier universalismo moral⁷. Fuera de esta coincidencia, la diversidad de posturas incluidas bajo el término *contextualistas*, al que se refiere Chantal Mouffe, representa también una diversidad de concepciones políticas y éticas y, por tanto, una diversidad de críticas al cosmopolitismo que no necesariamente son unánimes (por ejemplo, habría que decir que no todos los contextualistas son por ello relativistas en términos morales y, por tanto, no necesariamente críticos radicales de la idea de derechos humanos universales).

Para las visiones conflictualistas de la política –como la de Mouffe– la aspiración al consenso moral universal de Kant (y sus herederos cosmopolitas) es contraria a la real naturaleza de lo político. La política es el espacio de la confrontación, el poder entendido como violencia y el conflicto, producto de una distinción entre *nosotros* y *ellos*, o de una relación de pertenencia o ajena usualmente propuesta en términos de *amigos* y *enemigos* (Mouffe 1999: 11-25, 161-181). Trasladado este punto de vista de la política interna al orden global,

6 Contra el globalismo jurídico, el profesor italiano defiende un "derecho supranacional mínimo" y de carácter subsidiario respecto de las competencias normativas de los Estados soberanos, y un "pacifismo débil" que conceda una cantidad limitada de poder a los órganos centralizados (Zolo 2005: 123-133; 2005b: 100).

7 El debate entre *contextualistas* y *universalistas* ha sido descrito, en esos términos, por Chantal Mouffe. Los *universalistas*, como Jürgen Habermas, John Rawls, Ronald Dworkin, Thomas Scanlon o Karl Otto Apel, consideran que es posible llegar a ciertos consensos morales universales –reales o hipotéticos– que son independientes del contexto histórico-cultural. En cambio, los *contextualistas* (comunitaristas, multiculturalistas, pluralistas, etnocentristas, algunos pensadores posmodernos y hermenéuticos, entre otros), como Richard Rorty, John Gray, Michael Walzer, Jean François Lyotard o Michel Foucault, critican las pretensiones universalistas de las propuestas liberales deliberativo-consensuales que para ellos representan un tipo más de *juego de lenguaje*, el cual no puede estar al margen de los usos e instituciones de una cultura determinada y, además, puede conducir a un forma de imposición cultural (Mouffe 2003: 76-91).

podría deducirse que para la autora las teorías cosmopolitas (universalistas) distorsionarían el verdadero sentido de lo político, legitimarían la autoridad de los poderes globales *de facto* y socavarían las bases del pluralismo.

A partir de las críticas reseñadas y frente a las alternativas cosmopolitas, algunos autores proponen un retorno a la tolerancia prudencial moderna, la cual es revalorada como una forma más realista y adecuada de lograr la paz en el mundo globalizado de hoy.

2. LA TOLERANCIA COMO ALTERNATIVA DE PAZ ENTRE NACIONES

Durante la modernidad la tolerancia fue uno de los temas centrales del pensamiento filosófico-político. Las guerras de religiones que se produjeron en Europa hacia el siglo XVI y XVII provocaron un cambio en la mentalidad dominante hasta ese momento y un importante desarrollo en torno a la idea de tolerancia religiosa y –más tarde– de libertad de conciencia.

Los primeros trabajos sobre la tolerancia moderna coinciden históricamente con el surgimiento del pensamiento liberal. De este modo, puede establecerse un claro recorrido evolutivo, cuyo punto de partida serían los escritos filosóficos de John Locke, todavía deudor de una concepción estratégica de la tolerancia (por razones de seguridad y mantenimiento de la paz), y cuyo punto final estaría en la obra de John Stuart Mill (*Sobre la libertad*), en la que la tolerancia obedece a razones epistemológicas y, principalmente, morales (identificadas con la autonomía y la autorrealización del individuo) (Giner 1998: 121-126).

Actualmente, algunos autores defienden la idea de una evolución en el concepto de tolerancia, la cual habría pasado de ser una mera herramienta estratégica de convivencia pacífica a una forma de razonamiento moral. De este modo, tolerar ya no significaría únicamente *soportar* por razones pragmáticas⁸, sino que implicaría un juicio sobre la justificación moral de sus razones (tendría una nueva dimensión positiva: la de *comprender*) (Thiebaut 1999: 37, 62). No obstante, el nuevo concepto de tolerancia positiva ha sido criticado por quienes lo consideran una distorsión injustificada de una noción ya asentada en la filosofía política y defienden una reivindicación de la dimensión prudencial de la tolerancia⁹.

En este último sentido, John Gray sostiene que pueden distinguirse dos tendencias en los orígenes de la tolerancia liberal moderna: “De un lado, la tolerancia es la persecución de una forma de vida ideal; del otro, es la búsqueda de un compromiso de paz entre diferentes modos de vida. Según el primer punto de vista, las instituciones liberales se conciben como aplicaciones de principios universales. Según el segundo, son un medio para lograr la

8 Como recuerda Thiebaut: «“tolerancia” es [una] (...) palabra moderna, del siglo quince o dieciséis, y procede del término latino “tollere” que significa soportar, aguantar» (1999: 40).

9 Según Del Águila: «Lo que podríamos denominar elementos de una “tolerancia positiva” (disposición a aprender de lo diferente, respeto hacia de lo distinto, tratamiento diferencial respecto de lo excluido y marginado, ámbitos de autoorganización para permitir a lo discriminado desarrollarse en sus términos, voluntad de diálogo con lo diferente tendente a la transformación mutua), acaso todos estos elementos den lugar a políticas tolerantes, pero la verdad es que parecen mucho más vinculados a cosas muy *diferentes a la tolerancia*: al reconocimiento, al respeto, a la amistad o amor políticos, a la solidaridad, a la reciprocidad, a la ayuda al desfavorecido, etcétera» (Del Águila 2002: 18).

coexistencia pacífica” (2001: 12). Al primer grupo –en el que la tolerancia se relaciona con la búsqueda de un consenso racional universal– pertenecerían las propuestas de John Locke e Immanuel Kant y, más recientemente, las de John Rawls (como veremos no con toda razón, pues él se encontraría, más bien, en un punto medio) y Hayek. En la segunda versión de la tolerancia liberal –basada en la constatación fáctica del pluralismo determinado por los distintos modos de vida, cuyos valores o concepciones del bien son muchas veces inconmensurables entre sí– estarían Thomas Hobbes y David Hume; y, entre los autores más contemporáneos, Isaiah Berlin y Michael Oakeshott. Como se puede advertir, Gray se inscribe en lo que Mouffe denomina una visión contextualista, no universalista, de la política y la ética.

Según el autor, es necesario retomar la idea de tolerancia como *modus vivendi*¹⁰, esto es, la que defiende el valor instrumental de la tolerancia como una forma de lograr la convivencia pacífica entre grupos con hondas diferencias que han sido la causa de enfrentamiento y conflicto, y que hacen difícil cualquier posibilidad de acuerdo –incluso de diálogo– sobre valores o principios morales o políticos. Es gracias a la tolerancia que estos grupos que mantienen formas de vida, valores y concepciones comprensivas del bien no sólo distintas e inconmensurables entre sí, sino incluso antagónicas, acuerdan mantener una convivencia basada en el respeto –o, más bien, la indiferencia– de sus diferencias y en su autonomía para resolver sus propios asuntos.

Gray defiende un *pluralismo de valores* sobre la base del *modus vivendi*. Este pluralismo de valores supone que “(n)o hay una respuesta que sea la correcta para toda persona o para cada circunstancia, pero lo que yo haga aún puede ser correcto o no” (2001: 57). La tesis pluralista rechaza la idea de que existe una única respuesta moral correcta (verdadera), pero se distancia del escepticismo ético en la medida que considera que sí se puede dar razones para descartar cierto tipo de soluciones consideradas equivocadas. En ese sentido, Gray advierte: “Mi decisión no tiene por qué ser arbitraria o sin fundamento, un acto gratuito para el cual no pueda darse ninguna razón. Tampoco necesita ser la expresión de una mera preferencia. *Dado el contexto de mi historia y de las circunstancias, mi elección puede ser correcta o incorrecta*” (2001: 57; las cursivas son nuestras). Según este autor, la tesis pluralista de los valores debe ir acompañada de una concepción irrealista del bien, que entiende que aunque no existe una única noción de bien sí se puede juzgar como equivocadas algunas de ellas (2001: 77-79).

Gray sostiene que el suyo no pretende ser un proyecto moral sobre la tolerancia, sino político, y considera que las razones prudenciales basadas en la convivencia y la paz no constituyen valores universales. Por eso afirma: “La persecución del *modus vivendi* no es la búsqueda de algún tipo de supervalor. (...) El fin del *modus vivendi* no es ningún bien supremo,

10 Con relación al *modus vivendi*, Gray dice: “El *modus vivendi* expresa la creencia de que hay muchos modos de vida en los que los humanos pueden desarrollarse. Entre ellos hay algunos cuyo valor no puede compararse. Allí donde esos modos de vida son rivales, ninguno de ellos es mejor que el otro. Las personas que pertenecen a diferentes modos de vida no necesitan estar en desacuerdo. Pueden, sencillamente, ser diferentes” (2001: 15). Además, en cuanto a los requisitos de este concepto, Gray aclara que “[l]os modos de vida deben ser practicados por cierto número de personas, no por una sola, deben extenderse a través de varias generaciones, tener una conciencia de sí mismos y ser reconciliables con otros, excluir a algunas personas y tener algunas prácticas, creencias y valores propios, entre otras condiciones” (2001: 21). El autor se distancia expresamente del concepto de pluralismo como diversidad de creencias éticas individuales –tradicionalmente estudiado por el pensamiento liberal–, pues entiende que no es este el principal problema que deben afrontar las sociedades actuales, sino el planteado por los diversos modos de vida grupal.

ni siquiera la paz. Es la reconciliación de bienes contradictorios. Ésta es la razón por la que el *modus vivendi* puede ser el objetivo de modos de vida con visiones opuestas del bien” (2001, 36). Así pues, el *modus vivendi* no es un valor trascendente, pero, según Gray, los diferentes modos de vida que existen tienen ciertos intereses “que hacen que valga la pena intentar llegar a una coexistencia pacífica” (2001: 155).

El problema de la tesis de Gray es que, aunque suena más realista que las teorías consensuales que él critica, es demasiado radical cuando rechaza la idea de que es posible referirnos a un consenso moral que sustente el reconocimiento de los derechos humanos. De hecho, el autor parece contradecirse cuando, por un lado, es tajante al referirse a la imposibilidad fáctica del consenso moral universal y alude a las bases absolutamente prudenciales (no morales) de su teoría; y sin embargo establece ciertos límites éticos al *modus vivendi* (2001: 30), que bien podrían ser la base de algunos acuerdos morales mínimos¹¹. Esta situación queda claramente reflejada en el siguiente párrafo de su obra:

Hay bienes y males humanos universales. Algunas virtudes son necesarias para cualquier tipo de florecimiento humano. Sin coraje y prudencia ninguna vida puede ir bien. Sin compasión por el que sufre y sin alegría por la felicidad de los demás el artefacto de la justicia no puede mantenerse. Las formas de vida que son deficientes en estas virtudes carecen de las condiciones necesarias para el bienestar humano. Dado que son virtudes universales, pueden usarse para evaluar cualquier modo de vida particular. (2001: 18; las cursivas son nuestras)

3. EL MODELO DE TOLERANCIA EN DOS NIVELES DE RAWLS

En Rawls se presentan tanto elementos del universalismo moral (debido a su ascendencia kantiana), como del pluralismo de valores. De hecho, el dato del pluralismo, determinado por la existencia de diferentes concepciones del bien, constituye una preocupación muy marcada en lo que se considera la segunda parte de su obra (desde el *Liberalismo Político* en adelante). En esta línea de ideas, la tolerancia surge como una herramienta de la propia filosofía que permite lograr ciertos consensos –en el contexto de un *pluralismo razonable*¹²– por medio de la evasión de la discusión o de la búsqueda de un acuerdo sobre aspectos profundamente condicionados por las particulares concepciones del bien (o *doctrinas razonables*) de los sujetos o de los grupos humanos. Aunque para Rawls la tolerancia no se basa en un simple recurso estratégico que puede variar en el tiempo y que por ello adolecería de la fragilidad del *modus vivendi*¹³,

11 Gray se refiere a *bienes* que perfectamente podrían corresponder a la lista de capacidades básicas que propone Nussbaum (e.g. 2012: 37-65); autora que, como veremos, combina el pluralismo de valores con cierto tipo de universalismo. De hecho, Nussbaum sigue a Rawls al sostener que es posible afirmar que existe un consenso global entre personas con visiones diferentes de la vida (Lukes 2011: 180-188).

12 El concepto de *tolerancia razonable* de Rawls significa lo siguiente: “1) No todas las personas razonables afirman la misma doctrina global. [...] 2) Se sostienen muchas doctrinas razonables pero no todas pueden ser verdaderas o justas desde la perspectiva de alguna doctrina general. 3) No es irrazonable sostener alguna de las doctrinas generales razonables. 4) Quienes sostienen doctrinas razonables diferentes de la nuestra también son razonables. 5) Al afirmar nuestra fe en una doctrina que consideramos razonable, no somos irrazonables. 6) Las personas razonables consideran irrazonable emplear el poder político para reprimir otras doctrinas razonables diferentes de la nuestra” (2001: 28, nota 8).

13 Así, por ejemplo, señala que el consenso al que se llegue en la sociedad de los pueblos conllevará la aceptación de la existencia de un orden *justo*, lo cual garantizaría una estabilidad basada en la fidelidad al derecho de gentes (por las razones correctas) y no en meros acuerdos circunstanciales (2001: 58).

tampoco representa la búsqueda de una verdad en materia moral.

La idea de tolerancia en Rawls surge en un principio para referirse a las relaciones que se producen entre sujetos que mantienen distintas –o incluso opuestas– concepciones o doctrinas comprensivas del bien, pero que se sitúan dentro de una misma comunidad política o, como dice el autor, en la misma sociedad doméstica de tipo liberal. En su *Teoría de la justicia* (publicada en 1971), Rawls hace un esbozo de esta tesis al referirse al modo en que personas con diferentes convicciones morales pueden llegar a acuerdos sobre principios de justicia comunes, siendo ésta una idea que nace con la tolerancia religiosa durante la modernidad (1995b: 209-210).

En *Justicia como imparcialidad: política, no metafísica* (de 1985), Rawls propone aplicar el principio de tolerancia a la filosofía. Así pues, la teoría de la justicia como imparcialidad (que sigue la línea de lo que Rawls llama *constructivismo kantiano*), no busca arribar a conclusiones verdaderas sobre los valores morales y políticos o sobre las concepciones del bien, sino llegar a acuerdos sobre *principios políticos* de convivencia social. Para ello, la aplicación del principio de tolerancia a la filosofía supone un *método de evitación* en la discusión dirigida al acuerdo sobre aspectos filosóficos discutibles, como las cuestiones morales y las creencias religiosas (1990: 197-199). Esta será también la lógica que se aplique al modelo del *overlapping consensus* (consenso traslapado o superpuesto, como se ha traducido) del *Liberalismo Político* (1993) y que consiste en el consenso sobre ciertos principios políticos de convivencia al que arriban los sujetos, independientemente de que sus razones correspondan a diferentes concepciones o doctrinas comprensivas del bien¹⁴.

Aplicar el principio de tolerancia a la filosofía política y al concepto de justicia como imparcialidad supone, entonces, dejar de lado el debate sobre cuestiones metafísicas (como las referidas a la naturaleza de la verdad y de los valores, las afirmaciones sobre la constitución de la identidad y la naturaleza de las personas, las concepciones filosóficas referidas a la verdad de un orden moral metafísico e independiente, los temas de la psicología filosófica, entre otras), así como el aspecto de los valores morales (no políticos) al que se refieren las doctrinas morales comprensivas (Rivera 2003: 30). Como dice Rawls, “Aplicar los principios de la tolerancia a la filosofía misma es dejar que los ciudadanos mismos resuelvan las cuestiones de la religión, de la filosofía y de la moral en concordancia con los puntos de vista que ellos profesan libremente” (1995a: 154).

En el ámbito de las relaciones internacionales, Rawls hace frente al escepticismo de las teorías realistas y califica su propuesta de un derecho de gentes como una *utopía realista* (2001: 15, 23-30, 57). Pero también se distancia de las opciones cosmopolitas: tanto de las que defienden un gobierno mundial, que puede conducir a formas de despotismo global (2001: 49), como de las que aspiran a un consenso universal y a una justicia entre individuos, que él considera poco realista (2001: 97-98). En cambio, Rawls propone la construcción de un

14 Respecto al *overlapping consensus*, Rawls sostiene: “En un consenso semejante, cada una de las doctrinas morales, religiosas y filosóficas comprensivas acepta la justicia como imparcialidad a su propio modo; esto es, cada doctrina comprensiva, desde su propio punto de vista, es llevada a aceptar las razones públicas de la justicia especificadas por la justicia como imparcialidad. Podríamos decir que reconocen sus conceptos, sus principios y sus virtudes como si fueran teoremas en los que coinciden sus diversas visiones” (1990: 223-224)

derecho de gentes basado en la idea de una *tolerancia razonable*, no ya entre individuos sino entre pueblos¹⁵ (lo que llama la *sociedad de los pueblos*) que hacen uso de la razón pública en sus relaciones mutuas (2001: 28-30).

En *El derecho de gentes* (publicado en 1999), Rawls se refiere a un acuerdo en dos niveles o a dos usos de la *posición original*¹⁶. El primer nivel corresponde al acuerdo producido al interior de las sociedades democráticas; se trata del modelo, bien conocido, de los individuos racionales expuestos al *velo de ignorancia* que arriban a acuerdos justos de cooperación para regular la estructura de la sociedad, y que, como afirma Rawls, es un modelo de representación para el caso de las sociedades liberales. El segundo nivel se sitúa en el ámbito internacional y representa los acuerdos a que llegarían los pueblos liberales, y que más tarde extiende al caso de las *sociedades jerárquicas decentes*.

En el acuerdo de segundo nivel los participantes ya no son los individuos o sus representantes, sino los pueblos liberales o sus representantes, que buscan establecer un derecho de gentes y que actúan racionalmente. En este nivel, el *velo de ignorancia* significa que los pueblos implicados desconocen aspectos como su extensión territorial, población, nivel de desarrollo económico o los recursos con los que cuentan, aunque saben que representan a sociedades liberales y se ven como libres e iguales entre sí (2001: 43-48, 77). Según Rawls, el éxito de este derecho de gentes reside en la creencia de que los pueblos, así como las personas, pueden experimentar un proceso psicológico de aprendizaje moral que los lleve a entender las ventajas de adoptar un derecho que rija sus relaciones, al contrario que en el caso del mero *modus vivendi* (2001: 57-58).

4. LOS PROBLEMAS DE RAWLS: ¿UNA TEORÍA DE LA JUSTICIA GLOBAL POCO JUSTA?

El aporte de Rawls a la discusión actual sobre la justicia en el contexto mundial es innegable. Las tesis de *El derecho de gentes* todavía son discutidas cuando se habla de globalismo jurídico, de derecho cosmopolita o de cualquier propuesta de un orden jurídico-político mundial. Sin embargo, su aproximación resulta insuficiente para explicar la manera en que se desarrollan las relaciones internacionales y se manifiesta el poder económico, militar o político en el mundo globalizado de hoy; así como para ofrecer una alternativa de justicia acorde a esta realidad.

Probablemente el principal problema de la tesis de Rawls obedezca a lo que Beck llama su *nacionalismo metodológico o filosofismo nacional*¹⁷. Esta visión de las relaciones internacionales

15 Para una aclaración de por qué Rawls se refiere al derecho de gentes entre *pueblos*, en vez de entre Estados, ver el capítulo 2 “¿Por qué pueblos y no Estados?” de *El derecho de gentes* (2001: 35-41). Para una crítica de este concepto un tanto vago y confuso, véase Nussbaum (2007: 244-247).

16 En *Teoría de la justicia*, Rawls ya había esbozado esta idea de posición original en dos niveles. En este primer acercamiento al tema, Rawls habla de una segunda interpretación de la posición original, esta vez referida a los Estados y sus representantes y dirigida a determinar los principios políticos que regulan las relaciones internacionales, y que le otorgan base moral al derecho internacional (1995b: 343-347). Para una crítica a este primer modelo, ver: Nussbaum 2007, 234-239.

17 Sobre *El derecho de gentes*, Beck dice: “El filosofismo nacional tiene una vertiente internacional. Los peoples [pueblos] se piensan como la unidad del Estado, territorialidad, moralidad y memoria. Sólo así, según Rawls, es posible la justicia. Al observador de los debates filosóficos de nuestro tiempo le sobreviene por así decir

provoca que Rawls proponga una alternativa de orden mundial en términos de un derecho internacional conformado por acuerdos entre Estados soberanos o *pueblos*, sin advertir la incidencia del complejo entramado de actores que actualmente participan en ese espacio (empresas multinacionales, organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales, la llamada *sociedad civil global* y, en ocasiones marginalmente, los Estados)¹⁸. Esto hace que la propuesta de Rawls no solo resulte poco explicativa de la realidad, sino que incurra en varios defectos.

En primer lugar, cabe recordar que la teoría de Rawls es deudora de la tesis de Kant (cfr. Rawls 2001: 19 y 49) y, en ese sentido, está más orientada a la búsqueda de la paz entre los pueblos que a la justicia. Pero ese propósito –que ya en sí mismo puede ser problemático desde el punto de vista de una justificación moral– tampoco puede alcanzarse con los recursos que propone Rawls. Por ejemplo, en relación con el problema de la guerra y la violencia en general, es interesante advertir que la globalización ha provocado una variación en la configuración de los actores del conflicto y en las formas de violencia tradicionales¹⁹. Estos cambios, producto de la globalización, han generado que las alternativas al problema de la violencia ya no puedan proponerse solo en términos de políticas estatales, pero quizá tampoco únicamente en términos de políticas inter-estatales.

En segundo lugar, debido quizá también a su *nacionalismo metodológico* y a su opción por el pacifismo –y no por la justicia– mundial, Rawls no se refiere al problema de las injusticias globales y su influencia en el retraso de ciertos pueblos; sino que, más bien, aborda este problema desde el punto de vista del desarrollo interno de esos pueblos (Nussbaum 2007, 241)²⁰.

Pero, sin duda, el principal problema de su tesis es la peligrosa consecuencia antiliberal de la misma y, por tanto, la profunda contradicción en que incurre respecto de su propia –y muy reconocida– propuesta filosófica. Para entenderlo, debemos analizar la participación de las llamadas *sociedades jerárquicas decentes* en su *derecho de gentes*.

Rawls extiende el acuerdo de segundo nivel al caso de las llamadas *sociedades jerárquicas decentes*²¹. Este tipo de pueblos no liberales debe cumplir con ciertas condiciones de justicia política que le permita garantizar la participación de sus ciudadanos (aunque no desde una idea liberal de ciudadanía) a través de su pertenencia a uno o más grupos, como la familia, las corporaciones, o asociaciones etc. (de ahí su dimensión “asociacionista”, en términos de Rawls 2001: 78). Por eso, Rawls señala que estas sociedades deben contar con una *jerarquía consultiva*

un asombro filosófico genuino al ver cuán profunda e irreflexivamente prisionero de la mirada nacional está el hábito del pensamiento filosófico, aparentemente universalista” (2004: 51, nota 11).

- 18 En ese sentido van las críticas de Nussbaum (2007: 240) o de Benhabib, quien considera que Rawls incurre en la ficción de la “sociedad cerrada, que no sirve para describir la situación de las sociedades democráticas en el actual contexto mundial de desarrollo industrial, financiero, de las comunicaciones, el turismo y la industria armamentística (2006, 271-272).
- 19 Así, por ejemplo, puede resaltarse el llamado fenómeno de la *individualización de la guerra*, al que se refieren Beck (2004: 35-37) o Lipovetsky (2011: 182-183).
- 20 Lo contrario de lo que otros autores han hecho para enfatizar las causas externas (las injusticias en las relaciones globales) y no sólo internas de la pobreza, la desigualdad, la violencia y otros males. Ver, por ejemplo, el excelente libro de Thomas Pogge, *La pobreza en el mundo y los derechos humanos* (2005).
- 21 Rawls propone una clasificación de las sociedades domésticas que hay en el mundo e identifica las siguientes: pueblos liberales, pueblos decentes, Estados criminales, sociedades afectadas por condiciones desfavorables

decente. Además, deben cumplir con dos requisitos esenciales para ser consideradas como parte de la sociedad de los pueblos: por un lado, debe tratarse de sociedades sin propósitos agresivos respecto de los otros pueblos y, por otro lado, deben reconocer ciertos derechos humanos a sus miembros. Rawls se refiere a una lista de derechos humanos básicos –los llama *derechos urgentes* y no representan el catálogo extenso de derechos reconocidos en los pueblos liberales (2001: 93)–, que deben estar garantizados y que son: el derecho a la vida (a través de la garantía de los medios de subsistencia y de seguridad); la libertad frente a la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado; la libertad de conciencia, pensamiento y religión; la propiedad; y la igualdad formal: “casos similares deben ser tratados de manera similar” (2001: 79)²².

Lo complicado de la propuesta de Rawls es cómo hacer compatible la garantía de los derechos humanos con la estructura interna de una *sociedad jerárquica decente*. Según Rawls, en este tipo de sociedades los ciudadanos actúan en la vida pública como miembros de grupos “y cada grupo está representado en el sistema jurídico por un sector de la jerarquía consultiva decente” (2001: 78). El enfoque *asociacionista* que propone Rawls es problemático en relación con los derechos individuales de sus miembros. El propio Rawls es consciente de eso y por esa razón no sitúa en pie de igualdad a una sociedad liberal y a una sociedad jerárquica decente. Más bien, el caso de las sociedades no liberales decentes marcaría el límite de la tolerancia en el ámbito internacional, desde el punto de vista liberal (Turégano 2009: 255). La tolerancia, en ese sentido, significaría que los pueblos liberales no sólo se abstendrían de imponer sanciones económicas, diplomáticas, políticas o militares a los pueblos no liberales decentes, sino que incluso los reconocerían como miembros iguales de la sociedad de los pueblos, con derechos y obligaciones (Rawls 2001: 73). En palabras del propio Rawls:

Una sociedad jerárquica decente respeta un razonable y justo derecho de gentes aunque no trate de manera razonable o justa a sus propios miembros como ciudadanos libres e iguales, puesto que no tiene la idea liberal de ciudadanía.

Una sociedad jerárquica decente cumple los suficientes requisitos morales y legales como para desvirtuar las razones políticas que podamos tener para imponerle sanciones a su pueblo o intervenir por la fuerza sus instituciones y su cultura. [...] las sociedades jerárquicas decentes tienen ciertas características institucionales que merecen respeto, incluso si sus instituciones no son suficientemente razonables desde el punto de vista del liberalismo político o del liberalismo en general. Las sociedades liberales pueden diferir ampliamente en muchas formas: por ejemplo, algunas son mucho más igualitarias que otras. Pero estas diferencias se toleran en la sociedad de

y absolutismos benévolos. En el caso de los pueblos decentes, Rawls hace referencia a las *sociedades jerárquicas decentes*, pero no cierra la posibilidad de que existan otro tipo de sociedades no liberales aunque decentes, con estructuras que no se ajusten a su descripción y que deban ser admitidas en la sociedad de los pueblos (2001: 7).

La vocación de la sociedad de los pueblos es ir incorporando al resto de sociedades del mundo. Aunque esa es la intención también en el caso de los *pueblos proscritos*, se pueden admitir sanciones o intervenciones cuando se presente un atentado grave a los derechos humanos, pues “los pueblos liberales y decentes tienen el derecho, conforme al derecho de gentes, de no tolerar a los Estados criminales” (Rawls 2001: 95). En el caso de las sociedades menos favorecidas (podríamos imaginar supuestos de Estados fallidos, como Haití), existe un deber de asistencia por parte de la sociedad de los pueblos (Rawls 2001, 125-132).

- 22 Existen también otros requisitos importantes en relación con el funcionamiento de las instituciones internas de las *sociedades decentes* y la conciencia de los deberes morales que tienen sus miembros respecto de los otros miembros que forman esa sociedad (cfr. Rawls 2001: 79-80).

los pueblos liberales. ¿No pueden ser igualmente tolerables las instituciones de algunas sociedades jerárquicas? Creo que sí. (2001: 98-99)²³

La tesis de Rawls, en este extremo, sería nuevamente poco explicativa, en la medida que no se corresponde con lo que ocurre en la realidad. Como afirma Nussbaum, la influencia del derecho internacional en el ámbito interno y en la estructura básica de una sociedad ya se produce cuando, por ejemplo, se ratifica un tratado de derechos humanos que requiere la modificación de la legislación interna (por ejemplo, la adhesión a la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, puede exigir la modificación de la legislación interna relativa a la violación conyugal, el matrimonio o el divorcio). Sin embargo, Rawls sólo restringe esta influencia al caso de los *derechos urgentes*, muy limitados, a los que se refiere (Nussbaum 2007: 244).

Pero el problema más grave no radicaría en el aspecto descriptivo (o supuestamente descriptivo) de la teoría de Rawls, sino en lo que podríamos calificar como su aspecto normativo (o su recomendación de lo que *debería ser* el orden internacional): La inclusión de las *sociedades jerárquicas decentes* en su propuesta de un derecho de gentes podría vulnerar derechos individuales y, por tanto, ser profundamente antiliberal.

La configuración del orden global en términos de pueblos, que incluyen pueblos jerárquicos decentes, no toma en cuenta la voluntad de los individuos, sino de los pueblos de los que ellos son parte. En el caso de los pueblos liberales este problema se salvaría en la medida que entendamos que esa comunidad política es el resultado del acuerdo de primer nivel entre individuos (o primer estadio de la *posición original*), pero ello no es así en el caso de los pueblos no liberales.

Para Nussbaum, el salto que hace Rawls de la tolerancia interna (la que se produce entre individuos dentro de los Estados liberales) a la tolerancia externa supone un uso cuestionable de la analogía entre Estado y persona, y no toma en cuenta los problemas de injusticia que pueden estar ocurriendo dentro de los pueblos jerárquicos decentes: “el contrato de segundo nivel no cuestionará en ninguna medida la asignación de libertades y oportunidades, ni tampoco un elemento tan importante como la ordenación económica de ninguno de estos Estados” (2007: 243-244). De este modo, Rawls ignora en su teoría de la justicia internacional un aspecto que era central en su teoría de la justicia interna (que, como sabemos, surgió como una respuesta al utilitarismo) y que es el *principio de inviolabilidad del individuo*. En palabras de Nussbaum:

En el nivel nacional, el principio de tolerancia de Rawls es un principio centrado en la persona: implica respeto por las personas y por sus concepciones del bien. En el nivel transnacional, Rawls aplica un principio muy distinto, por más que pretenda aplicar el mismo: respeta a los grupos más que a las personas, y muestra un respeto deficiente por las personas al permitir que sus derechos sean dictados por el grupo dominante local, les guste o no. Rawls sigue concediendo un lugar central a las personas en la medida en que insiste en una lista reducida de derechos humanos inmediatamente exigibles. Pero admite que los grupos adquieran un poder en el nivel transnacional que no poseen en el nivel de la teoría interna. (Nussbaum 2007: 254)

23 Ante la pregunta de si es incoherente tratar por igual (en la sociedad de los pueblos) a las sociedades jerárquicas decentes, aun cuando ellas no tratan por igual a todos sus miembros, Rawls advierte que se presentan situaciones similares al interior de los pueblos liberales, donde ciertas instituciones –como las iglesias, por ejemplo– reciben un trato igual en ciertas materias, aun cuando algunas de ellas tienen una estructura jerárquica y otras no (2001: 83).

Lo que finalmente agrava el problema de la tesis de Rawls es que termina legitimando la actuación de las sociedades jerárquicas decentes dentro del orden internacional, independientemente de su justicia interna. Ello debido a que Rawls afirma que su derecho de gentes se sustenta en razones morales y no meramente instrumentales (de ahí su crítica al *modus vivendi*) y debido a que sostiene que la tolerancia de los pueblos no liberales pero decentes (que respeten los principios que conforman el derecho de gentes) no solo implica un abstenerse de sancionar o intervenir en dichos pueblos, sino incluso su reconocimiento como miembros de la sociedad de los pueblos, en condición de igualdad.

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

En *El derecho de gentes*, Rawls propone una teoría de un orden jurídico-político de las relaciones entre Estados o pueblos del mundo, a fin de lograr la paz. Su teoría es deudora de la filosofía kantiana, tanto en su orientación pacifista, como en la concepción racional y moral que respalda su propuesta. Por eso, Rawls sostiene que, aun cuando los pueblos que conforman la *sociedad de los pueblos* puedan ser diversos y no compartan los valores democráticos en su organización interna (pudiendo admitirse a pueblos no liberales pero decentes), en la medida que cumplan con un estándar mínimo de respeto a los derechos de sus miembros (su lista de *derechos urgentes*) y no tengan una actitud agresiva frente al resto de los pueblos que conforman la *sociedad* –esto es, en la medida que se comporten *racionalmente*–, deberán ser tolerados e incluso reconocidos como iguales dentro de la sociedad de los pueblos.

Su teoría tiene una base moral, pues no apuesta por un acuerdo basado en el mero cálculo político y contextual, esto es, en el *modus vivendi*. Siguiendo la misma lógica que utilizó al referirse al *overlapping consensus* (*Liberalismo Político*, 1993), Rawls sostiene que los acuerdos a los que lleguen los miembros de la sociedad de los pueblos representan principios políticos de convivencia, que aunque pueden basarse en razones morales plurales –sobre las que no existe ni se busca consenso–, convergen en un consenso que resulta racional y provoca una convicción moral sobre su conveniencia y necesaria estabilidad.

Lamentablemente, el valioso propósito de Rawls de construir formas de acuerdo y de estabilidad mundial a través de un derecho de gentes, resulta hoy en día insuficiente. La globalización ha supuesto un cambio radical no sólo respecto a la visión tradicional del Estado –incapaz de resolver por sí solo los problemas que usualmente eran parte de su agenda de gestión–, sino también respecto de los actores y poderes que conforman el orden global, ya no sólo representado por los Estados y los organismos internacionales, sino también por agentes privados pero transnacionales.

Pero además de no tomar en cuenta el cambio en la configuración del orden mundial, algunas de las tesis de *El derecho de gentes* hacen incurrir a su autor en una contradicción mayúscula respecto de lo que constituyen las bases de su filosofía moral y política: el reconocimiento del individuo y de sus derechos como elemento fundamental de un pensamiento auténticamente liberal. Esto quizá sea el resultado de los intentos que hace por conciliar su ambición universalista y racionalista con las reivindicaciones pluralistas, derivadas de las críticas comunitaristas y multiculturalistas a su obra²⁴. O quizá, también, sea la influencia del

24 Sobre este punto, véase, por ejemplo, el libro de Roberto Gargarella (1999).

ambiente intelectual que se vivió a mediados de la década de los ochenta y principios de los noventa –en los inicios de la globalización–, cuando las concepciones *culturalistas* dominaban el escenario de la discusión sobre política internacional. Por ejemplo, a partir de los famosos trabajos de Samuel Huntington sobre el “choque de civilizaciones”²⁵. Sea cual sea la razón, el resultado es que la propuesta de Rawls termina *invisibilizando* al individuo que forma parte de un grupo (de las *sociedades jerárquicas decentes*) e invisibiliza también las injusticias al interior de dichas sociedades.

Por esa razón, parece coherente sostener que –incluso advirtiendo la pertinencia de las críticas realistas y escépticas sobre la posibilidad de arribar a acuerdos de justicia duraderos– una verdadera propuesta moral acerca de la justicia y la paz mundial debe partir de una forma de cosmopolitismo que coloque en el centro de la discusión a los individuos y sus derechos (sin perjuicio de que se extienda también esa protección a los derechos de ciertos grupos, principalmente cuando se trata de minorías vulnerables). Y esto no tiene por qué entenderse como una forma de *imperialismo cultural*, sino, más bien, como la convivencia armónica y dialógica de la dimensión cosmopolita (de la *humanidad* de las necesidades y sufrimientos del individuo) y local (respetuosa del pluralismo cultural y ético, de la identidad construida sobre bases sociales y de las diferentes *concepciones del bien* de los individuos y los grupos humanos)²⁶.

En ese sentido, por ejemplo, Nussbaum considera que el consenso superpuesto en el ámbito internacional que propone Rawls puede alcanzarse con el tiempo si descansa en una idea de derechos humanos ya arraigada mundialmente. En efecto, nos dice que, en las condiciones modernas, estamos ante “un mundo caracterizado por una cultura mundial de los derechos humanos” (2007: 300). Desde una concepción claramente cosmopolita, para Nussbaum: “Las personas sólo tienen que recurrir a las ideas inherentes a la cultura propia de este mundo, tenga o no su país la estructura de una democracia liberal constitucional” (2007: 300-301).

En relación con la construcción de una forma de organización política y jurídica global, parece ser que hoy en día la mejor opción es apostar por un sistema de coordinación entre distintos niveles de organización. Así pues, las más recientes propuestas cosmopolitas asumen también una dimensión realista y sostienen que no es posible pensar una forma de orden jurídico o político mundial que no tome en cuenta a todos los actores involucrados en todos los niveles: internacional, regional, estatal e incluso sub-estatal²⁷.

La pretensión de un proyecto cosmopolita realista, hoy en día, no puede olvidar la importancia de las *fidelidades* locales (no necesariamente *estatales*, sino incluso más reducidas). En relación con el Estado, lejos de mantenerse el discurso inicialmente triunfalista de una muerte anunciada, debe reconocerse que aun cuando la globalización ha debilitado sus capacidades, no lo ha eliminado como forma de organización política ni ha ofrecido una alternativa que compita

25 El trabajo más conocido y exhaustivo de Huntington sobre este tema es, sin duda, su libro *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial* (1997), pero sus principales ideas sobre esta cuestión se encuentran en un trabajo anterior, más breve, que fue publicado en 1993 por la revista *Foreign Affairs* bajo el título “The clash of civilizations?”, y del que hay una versión en español (véase Huntington 2002).

26 Esta es la inquietud que, por ejemplo, se presenta en el cosmopolitismo pragmático y dialogante de Kwame Anthony Appiah (véase Appiah 2007).

27 Véase, por ejemplo, las propuestas multinivel de Pogge (2005: 227) o Twining (2003: 121-124).

con él para hacer frente a las funciones que le corresponden (y probablemente no podrá hacerlo). Así, por ejemplo, en el ámbito de la prestación de los servicios públicos; en la creación de lazos de identidad nacional²⁸, que sería muy difícil de proponer en términos globales; y en la enorme dificultad de hacer viable el mecanismo democrático en contextos tan amplios²⁹.

Finalmente, una mirada cosmopolita realista no puede dejar de reconocer la importancia que tiene la tolerancia prudencial como último recurso de paz. Así pues, la tolerancia del *modus vivendi* será siempre un mecanismo útil al que se pueda recurrir en los supuestos en los que optar por cualquier otra medida –una sanción militar o económica, por ejemplo– provocaría un costo social demasiado alto o peores consecuencias desde un punto de vista humanitario³⁰.

28 Más allá de la verificación de la no necesaria coincidencia entre los conceptos de Estado y de nación, que, como sabemos, ha conducido a situaciones tan dramáticas como las guerras étnicas de la década de los noventa.

29 De esa opinión son, por ejemplo, Vitale (2005: 469-472), Córdova (2005: 457-459), Sartori (2001). De igual forma piensa Pedro de Vega, cuando se manifiesta contrario a las propuestas cosmopolitas de ciudadanía universal, y señala que: “[d]ifuminada la ciudadanía en una organización planetaria, difícilmente podrá nadie alegar derechos y esgrimir libertades (que es a la postre donde radica la esencia de la ciudadanía) ante unos poderes que sigilosamente ocultan su presencia” (De Vega 2001: 170).

30 Véase, por ejemplo, el caso de Gujarat en la India y otros a los que se refiere Martha Nussbaum (2007: 259-263).

6. BIBLIOGRAFÍA

- APPIAH, Kwame Anthony
2007 *Cosmopolitismo. La ética en un mundo de extraños*. Buenos Aires: Katz.
- BECK, Ulrich
2004 *Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía política mundial*. Barcelona: Paidós.
- BENHABIB, Seyla
2006 *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global*. Buenos Aires: Katz.
- CÓRDOVA, Lorenzo
2005 "Constitucionalismo democrático y orden global en Luigi Ferrajoli". En CARBONELL, Miguel y Pedro SALAZAR (eds.). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, pp. 447-461.
- DE VEGA, Pedro
2001 "Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual". En CARBONELL, Miguel y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.). *Estado constitucional y globalización*. México: Porrúa, pp. 165-219.
- DEL ÁGUILA, Rafael
2002 "Tolerancia y multiculturalismo". *Claves de razón práctica*, número 125, septiembre, pp. 10-19.
- FERRAJOLI, Luigi
2005a "Por una esfera pública del mundo". En SORIANO, Ramón, Carlos ALARCÓN y Juan Jesús MORA (comps.). *El nuevo orden americano. ¿La muerte del Derecho?* Córdoba: Almuzara, pp. 77-100.
- 2005b "Los fundamentos de los derechos fundamentales". En DE CABO, Antonio y Gerardo PISARELLO (comps.). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2º ed., pp. 287-381.
- 2001 "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global". En CARBONELL, Miguel y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.). *Estado constitucional y globalización*. México: Porrúa, pp. 313-324.
- GARGARELLA, Roberto
1999 *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós.
- GINER, Salvador
1998 "Verdad, tolerancia y virtud republicana". En CRUZ, Manuel (comp.). *Tolerancia o barbarie*. Barcelona: Gedisa, pp. 119-139.
- GRAY, John
2001 *Las dos caras del liberalismo. Una nueva interpretación de la tolerancia liberal*. Barcelona: Paidós.

- HABERMAS, Jürgen
2001 "El valle de lágrimas de la globalización". *Claves de razón práctica*, número 109, enero-febrero, pp. 4-10.
1999 *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós.
- 1998 [1996] «"Razonable" versus "verdadero", o la moral de las concepciones del mundo». En HABERMAS, Jürgen y John RAWLS. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidós, pp. 147-181.
- HELD, David
2001 "¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política". En CARBONELL, Miguel y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.). *Estado constitucional y globalización*. México: Porrúa, pp. 33-51.
- HUNTINGTON, Samuel
2002 [1993] *¿Choque de civilizaciones?* Madrid: Tecnos.
1997 *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Barcelona: Paidós.
- JUDT, Tony
2011 *Algo va mal*. Madrid: Taurus Pensamiento, 5º ed.
- KANT, Immanuel
2005 *Sobre la paz perpetua*. Madrid: Tecnos, 7º ed.
- LIPOVETSKY, Gilles y Hervé JUVIN
2011 *El occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*. Barcelona: Anagrama. Colección Argumentos.
- LUKES, Steven
2011 *Relativismo moral*. Barcelona: Paidós Contextos.
- MOUFFE, Chantal
2003 *La paradoja democrática*. Barcelona: Gedisa Punto Crítico.
1999 *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Barcelona: Paidós.
- NUSSBAUM, Martha
2012 *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*. Barcelona: Paidós.
2007 *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.
- PISARELLO, Gerardo
2001 "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico". En CARBONELL, Miguel y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.). *Estado constitucional y globalización*. México: Porrúa, pp. 239-268.
- POGGE, Thomas
2005 *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Barcelona: Paidós.

- RAWLS, John
2001 [1999] *El derecho de gentes y "Una revisión de la idea de razón pública"*. Barcelona: Paidós.
- 1995a [1993] *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- 1995b [1971] *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2ª ed.
- 1990 [1985] "Justicia como imparcialidad: política, no metafísica". En GÓMEZ, Carlos (ed.). *Doce textos fundamentales de la ética del siglo XX*. Madrid: Alianza, pp. 187-229.
- RIVERA, Faviola
2003 "Rawls, filosofía y tolerancia". *Isonomía*, número 19, octubre, pp. 19-45.
- SARTORI, Giovanni
2001 *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid: Taurus.
- THIEBAUT, Carlos
1999 *De la tolerancia*. Madrid: Visor.
- TURÉGANO, Isabel
2009 "Un constitucionalismo mundial". En MARCILLA, Gema (ed.). *Constitucionalismo y garantismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 221-256.
- TWINING, William
2003 *Derecho y globalización*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre.
- VITALE, Ermanno
2005 "Ciudadanía, ¿último privilegio?". En CARBONELL, Miguel y Pedro SALAZAR (eds.). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, pp. 463-480.
- ZOLO, Danilo
2005 *Los señores de la paz. Una crítica al globalismo jurídico*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, 3º ed.

COMENTARIOS

Fidel Tubino Arias-Schreiber

Profesor de la Escuela de Posgrado y el Departamento de Humanidades de la PUCP

A pesar de los reparos que se puedan tener al analizar un texto incipiente e incompleto, en contraste con el resto de la obra de Rawls, en realidad, es un acierto de la profesora Marciani haber elegido *El derecho de gentes*, ya que este texto le da relevancia a ciertos temas que han sido puestos en agenda por el proceso de globalización.

Dicho esto, es necesario aclarar que Rawls es un hombre que se nutre de la tradición kantiana, por lo que tengo la impresión de que en esta obra se sentía obligado a hacer un *ajournamiento* de *La paz perpetua*. Trabajo escrito en un contexto en el que el derecho de gentes se entendía como algo referido a los estados nacionales y el Derecho político tenía que ver, como se formula en *La paz perpetua*, con el derecho interno de cada Estado.

En su obra, Rawls invita a interpretar este derecho de gentes no solo como derecho entre estados nacionales, sino entre pueblos. A propósito de esto último, él da una definición muy inexacta de lo que entiende por *pueblo*, pero que se aproxima a la idea de *etnos*, con contenido cultural, más que a la idea de *demos* moderno, de la comunidad política y culturalmente indiferenciada. En ese sentido, Rawls entra a otro terreno, aunque tíbiamente. Esto es particularmente relevante respecto del contexto mundial actual porque uno de los grandes focos de violencia a nivel mundial son los escenarios en donde hay pueblos sin estados, varios pueblos en un solo Estado o que ocupan territorios de dos o tres estados. El Derecho, de alguna manera, tendría que ponerse al día y proponer soluciones a estas situaciones. Es a partir de este nuevo derecho de gentes que hay que repensar el Derecho estatal. Por eso, reitero, es un acierto que el trabajo de la profesora Marciani analice la obra en cuestión.

De otro lado, Rawls afirma que este nuevo derecho de gentes no puede estar encapsulado en la tradición liberal, sino que debe ser para pueblos liberales y no liberales, lo cual, por cierto, podría incluso enmarcarse dentro de una tradición comunitarista. A partir de esto, el *consenso entrecruzado* que sugiere Rawls puede ser una idea orientadora. Con este no se busca imponer valores culturales de la tradición liberal (pues no funcionaría), lo que se busca es un consenso traslapado, un consenso sobre normas básicas, mínimos de convivencia que aseguren la paz entre los pueblos. A propósito, si bien Rawls se preocupa más por la paz, no es que la justicia esté ausente en su discurso, ambos conceptos van de la mano. De hecho, los autores que lo estudian hacen explícita esta relación.

Ahora bien, quisiera resaltar esta idea de imposición de la democracia liberal en contextos no liberales. Una perspectiva de este tipo conduce a conflictos y confrontaciones interculturales que hacen inviable la convivencia democrática. El caso de Irak es claro. Hay que tomar en cuenta a todos los elementos que permiten preguntarnos cómo se integra el *etnos* en el *demos*. Incluso Rawls dice una frase que luego no desarrolla, pero que es interesante, dice que deberíamos dirigirnos a una visión no etnocéntrica de los derechos humanos. De esto no se desprende, por cierto, que acuse a los derechos humanos de ser etnocéntricos; en realidad, él siempre resalta la importancia de los derechos individuales dentro de su argumentación; su frase es más bien un llamado al diálogo con otras maneras de entender los derechos en escenarios culturales diversos.

De otro lado, a pesar de lo positivo que es ampliar la noción de *pueblo* para abarcar la idea de cultura, a veces esta noción puede tener una connotación estática, que simplifica el *etnos* en perjuicio de su complejidad intrínseca. Rawls sabe esto y lo manifiesta, por ejemplo, cuando se refiere al Islam, en donde reconoce distintas tendencias además de las fundamentalistas. Por ello, el problema no es conocer si una cultura es o no fundamentalista, eso se da en cualquier grupo, cultural o no. El tema está en cómo lidiar con ellos. Ese es el límite de la tolerancia con el que Rawls no quiere chocar.

Al respecto, cuando él habla de su utopía dice que no es idealista, sino realista. Pero, ¿qué tan realista puede ser si presupone un *pluralismo razonable*?³¹ En el desarrollo de su obra hay una suerte de autoreconocimiento de que su propia propuesta parte de una doctrina comprensiva, es decir, de una concepción del bien. Por eso es que finalmente tiene que llegar a este *consenso entrecruzado*, ya que no se propone formular la verdad, sino crear condiciones para propiciar un acuerdo. El objetivo es comunicarse con los otros y generar reglas que nos reflejen a todos.

Así, toda la propuesta de Rawls busca alcanzar este *pluralismo razonable*; sin embargo, el problema se plantea con aquellas que no son razonables. Esto es algo que él no aborda, ya que incluso las *sociedades jerárquicas decentes* que menciona, si bien no tienen un sistema de elecciones democrático, tienen un respeto mínimo de derechos, es decir, no son estados fallidos ni dictaduras.

El gran problema, reitero, es saber qué hacemos con aquellas visiones fundamentalistas (religiosas, étnicas, políticas). Eso es algo que nos deberíamos plantear más allá de Rawls.

Quisiera finalizar diciendo que el trabajo de la profesora Marciani es valioso no solo porque expone, sino porque critica la obra rawlsiana. El lector se puede formar una idea de los alcances y límites de *El derecho de Gentes*, pero no solo de esta obra, sino de las posturas más generales de Rawls.

31 Por cierto, su definición de lo razonable en el liberalismo político es muy buena. Él dice que un sujeto razonable es aquel que está dispuesto a poner entre paréntesis su concepción del bien en función de un principio que le permita dialogar con otros que no tengan la misma concepción.

COMENTARIOS

René Ortiz Caballero

Profesor de Filosofía del Derecho del Departamento Académico de Derecho - PUCP

Soy particularmente consciente de que la naturaleza del comentario es paradójica, ya que se debe hablar sobre el contenido del texto, pero también se suele hablar sobre temas que no están en el trabajo. Ponderar ambos aspectos me lleva a hacer, primero, unas observaciones someras referidas al contenido del trabajo comentado, para luego realizar comentarios de fondo sobre lo que el texto me dice implícitamente. El trabajo lo permite, ya que tiene la particularidad de propiciar varias discusiones.

El primer punto que quisiera tratar es que la autora señala como tema central de su trabajo al pacifismo jurídico, por lo que debo entender que recurre a Norberto Bobbio para referirse a la contribución del Derecho al establecimiento de la paz en el escenario internacional. Ese sería el norte de la autora. Para ello nos propone un escenario circunscrito a la tesis de Luigi Ferrajoli sobre el globalismo o cosmopolitismo jurídico. Reconoce, no obstante, que tal tesis ha sido objeto de críticas, se la califica de ingenua y se la acusa de significar un peligro para el pluralismo ético y cultural.

Ahora bien, estas críticas a la tesis cosmopolita han tenido la virtud de conducirnos a un escenario en el cual se hace indispensable el tema de la tolerancia. Para tratar dicha alternativa, la profesora Marciani acude a John Gray y a la tesis del *modus vivendi*, la que, aunque tenga una perspectiva de carácter estratégico-político, rescata un pluralismo de valores (si bien la misma tesis sostiene que no pretende ser un proyecto moral, sino político). Esto lleva a nuestra autora a señalar que Gray incurre en una contradicción, pues él mismo introduce elementos morales en su teoría cuando plantea límites al *modus vivendi*, como es el caso de los bienes y males humanos universales.

En este contexto, la autora describe cómo es que en *El derecho de gentes*, Rawls plantea elementos del universalismo moral, de inspiración kantiana, pero también del pluralismo de valores; y cómo es que termina postulando su tolerancia razonable. A esto se suma el hecho de que Rawls trabaja el tema de la tolerancia a dos niveles: al interior del país y al exterior (entre las naciones); y que en el segundo incluye a las llamadas *sociedades jerárquicas decentes*, cuyo requisito es que no tengan propósitos agresivos y respeten ciertos derechos humanos. Asimismo, nos dice, para hacer más complicado el escenario, que estas últimas se centran en asociaciones, es decir, en grupos en donde no se privilegia al individuo sino en la medida que está incorporado en la colectividad.

Frente a lo anterior, hacia el final de su trabajo, la autora se pregunta si es que lo que realmente está planteando Rawls es “una teoría de la justicia global poco justa”, lo que la lleva a señalar que una de las falencias de la teoría rawlsiana es que no considera la variable de las injusticias globales, sino solo las internas. Esto se daría porque Rawls hace una analogía entre el individuo y el Estado, lo que evita que se percate de las injusticias globales evidentes y pase de una tolerancia interna, hacia una externa. Para realizar esta crítica, la autora apela a Martha Nussbaum.

No obstante todo lo expuesto, la profesora Marciani concluye su trabajo reconociendo el aporte positivo de Rawls, cuya teoría apuntaría a una paz global antes que a un esquema de justicia global, sobre una base moral constituida por principios políticos de convivencia que provoquen convicción moral sobre su conveniencia.

Tal era el *crescendo* desde Bobbio, Ferrajoli y Gray; todo nos anticipaba un Rawls en la cúspide. Pero no, Rawls aparece tibio, positivo pero cuestionado. Por esta razón fui a hablar personalmente con la autora, para preguntarle por qué había elegido esta obra en particular, en donde Rawls propone cosas que a mi parecer no terminan de funcionar como una respuesta a los problemas que plantea en su trabajo. Un ejemplo es, precisamente, el hablar de una paz global basada en principios políticos de convivencia de carácter moral.

Al respecto, la perspectiva que me proporciona trabajar en derecho comparado hizo que me asaltara una duda, ¿de qué hablan Gray (inglés) y Rawls (norteamericano) cuando hablan de justicia o de principios del Derecho? Hay que recordar que la concepción anglosajona no es la nuestra. Por ejemplo, para nosotros uno ejerce el derecho de propiedad a través de sus atributos, como el uso, pero para los ingleses y norteamericanos el usar un objeto es simplemente un ejercicio de poder físico. Solo si yo me defendiese de alguien que pretenda quitarme mi propiedad estaría empezando a ejercer un derecho.

Ahora, se podría objetar que ni Rawls ni Gray son juristas, pero así como un abogado ingresa en la Filosofía Política para hacer Filosofía del Derecho, lo mismo sucede por parte de los filósofos políticos que hablan sobre justicia. Entonces, creo que es necesario hacer una indagación formal previa sobre el sentido de estos términos. Se podría encontrar mayor sentido a las cosas si tomamos como patrón de partida que nos estamos moviendo en dos tradiciones jurídicas distintas.

De otro lado, me generaba curiosidad la confusión de elementos formales y sustantivos en el texto de la autora (lo que no significa que el texto sea confuso), por lo que le hice a la autora una segunda pregunta, ¿por qué en su discurso no estaba presente la palabra posmodernidad?, un concepto que me parece importante. Y no es que la profesora Marciani esté en contra del uso de este concepto, lo que sucede es que no ha tomado partido, lo cual reconozco como una opción válida. Pero creo que en el escenario global del que hablamos hoy, como resalta el texto comentado, el concepto de posmodernidad pone en evidencia, entre otros aspectos, la crisis del Estado-nación, patrón de referencia de lo que conocemos como Derecho moderno y fuente formal única del mismo.

Cuando eso está en absoluto cuestionamiento, incluso antes del artículo 149 de nuestra Constitución (sobre la pluralidad jurídica), asumir que puede haber fuentes alternativas de juridicidad además de la estatal deriva en el reconocimiento de un nuevo escenario jurídico, que a la vez ya no es solo jurídico. A propósito de esto, por ejemplo, nuestra facultad debería pensar en ajustar su nombre, porque ya no solo basta el Derecho para analizar un contexto como el descrito.

Se ha pasado así de un escenario de autonomía a uno de heteronomía, donde el tema de los valores, lo resalta el texto de la profesora Marciani, es insoslayable. Este coincide con un escenario de desregulación en donde las cosas no están claras, porque finalmente,

como ha señalado el profesor Tubino, no puede haber paz sin justicia. Y aquí hay otro punto importante, hablar de justicia no es hablar de seguridad jurídica, algo que la modernidad nos vendió como el gran derrotero del Derecho, como algo con lo que podíamos conformarnos. Hoy los abogados no nos conformamos con eso y buscamos la justicia en función de temas específicos que generen discusión, prueba de ello es que la ley está siendo reemplazada por la jurisprudencia como primera fuente del derecho; aunque nunca la reemplace del todo, ya que tienen naturaleza distinta.

Creo que el trabajo de la profesora Marciani resalta la existencia de este escenario que considero posmoderno, con todos sus defectos (caótico, irracional), pero con el cual tenemos que lidiar porque es así como se presentan las cosas. Esto es sin duda un reto al que nos conduce el neoconstitucionalismo y el postpositivismo, y por lo que no basta con conformarse con un, por ejemplo, positivismo ético. En ese sentido, si tuviera que situarme en una de las categorías propuestas en el texto de la autora, yo me reconocería como contextualista.

Finalmente, la propuesta que la profesora Marciani nos hace al final de su investigación es correcta, responsable, preocupada, ya que busca el lugar del ser humano, lo cual es algo que se pierde en la tesis rawlsiana y es materia de crítica de este trabajo. Pero yo diría que no basta con eso. Conuerdo por Peter Häberle cuando dice que detrás de toda concepción jurídica siempre hay una concepción de la naturaleza humana, pero esto no se termina de reconocer y por tanto no se desarrolla. Esto produce a su vez, por ejemplo, que se reclame la defensa de la persona humana pero con un resabio liberal individualista. Creo que las cosas ya no son así.

Creo, más bien, que tenemos una responsabilidad política en incorporar el discurso ético en el ejercicio jurídico. El Derecho no es una cosa que haya que moldear, sino más bien una experiencia, una actividad que practicamos constantemente. En ese sentido, se trata de regresar a ciertas bases, por ejemplo, a la idea romana de justicia: “dar a cada quien lo que le pertenece”; en donde esta no es un sustantivo, sino un verbo; es dar, repartir, administrar (por eso seguimos hablando de administración de justicia). Hay que mirar la *actividad* del Derecho, la cual es evidentemente moral. El trabajo de Betzabé Marciani brinda un ejemplo complejo de esa relación entre derecho y ética.

RESPUESTA DE LA AUTORA

Se me ha pedido hacer una breve réplica a los comentarios presentados por los profesores René Ortiz y Fidel Tubino, a propósito del presente cuaderno de trabajo.

Antes de iniciar este breve diálogo con los autores, quisiera aprovechar la ocasión para hacer los públicos y merecidos agradecimientos a quienes corresponde. En primer lugar, quisiera agradecer la oportunidad que el *Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento de Derecho* (CICAJ) nos viene brindando a los profesores del Departamento de Derecho para generar productos y espacios de discusión académica, a través de la iniciativa del concurso para la publicación de cuadernos de trabajo.

Como se puede advertir en este cuaderno en particular, esta iniciativa pretende no sólo promover la producción académica desde el Derecho (a partir de la siempre bienvenida y valiosa investigación jurídica dogmática), sino también desde una perspectiva interdisciplinaria que pueda promover el diálogo con otras áreas del conocimiento, con reconocidos profesores e investigadores de las distintas especialidades con las que cuenta nuestra universidad. Por tanto, agradezco y felicito esta iniciativa, promovida por el actual director del CICAJ, el doctor Armando Guevara, y que ha sido llevada adelante gracias a su equipo de trabajo (mi gratitud en especial a Aaron Verona) y al apoyo del Departamento de Derecho (debiendo hacerse extensivos los reconocimientos al actual Jefe de Departamento, el doctor Guillermo Boza, pero también a la doctora Elvira Méndez Chang, en cuya gestión se originó la idea de publicar estos cuadernos).

Asimismo, no puedo sino agradecer la gentileza y generosidad de los profesores René Ortiz y Fidel Tubino, quienes no sólo se tomaron el trabajo de revisar mi texto, sino también de asistir al acto de presentación del mismo, haciendo de éste –gracias a sus valiosos, comentarios y críticas, y a los del público asistente– un acto de alto nivel académico. Ellos me han hecho llegar algunas de sus observaciones, que ahora pasaré a comentar. Es probable que mis respuestas no dejen del todo satisfechos a mis distinguidos comentaristas ni al lector, pues –como expliqué en el acto de presentación– sus comentarios abren más interrogantes de las que este texto pretendía responder o incluso imaginar. Que sirvan, en cualquier caso, para promover en el lector la actitud cuestionadora que resulta indispensable para seguir discutiendo sobre los temas que aquí se proponen.

I. ¿UN TEXTO POCO JUSTO CON RAWLS?

Quiero regresar a uno de los subtítulos de mi cuaderno, aquel en el que, como recuerda el profesor René Ortiz, me cuestiono si *El derecho de gentes* termina presentando “una teoría de la justicia global poco justa”. Vuelvo sobre esto a propósito de la observación que me formulara él mismo sobre la pertinencia de trabajar un tema tan poco desarrollado por Rawls y por ello, quizá, a la posible injusticia en que incurriría al hacer decir a Rawls más –o menos– de lo que quiso o incluso pudo decir en su momento³². Tal vez algo de este reproche se advierta también en las palabras finales del profesor Tubino (no obstante su reiterada opinión acerca de la pertinencia de analizar esta obra).

32 Recordemos que *El derecho de gentes* fue publicado en 1999 y Rawls murió en 2002, con lo cual fue muy poco el tiempo que tuvo para revisar su teoría sobre el orden global y la paz mundial.

¿Por qué trabajar entonces este tema, en contraste con lo que ha sido la importante obra de Rawls sobre la justicia de las sociedades liberales, o lo que podríamos denominar la justicia interna de una sociedad bien ordenada? ¿Por qué trabajar sus tal vez incipientes propuestas acerca del derecho de gentes, cuando hoy en día resultan ciertamente insuficientes para explicar u ofrecer alternativas de justicia en el orden global actual?

Cuando hace ya algún tiempo leí *El derecho de gentes*, me pareció interesante el modo en que el autor –que había dedicado su obra a construir una teoría de la justicia para las sociedades liberales– intentaba hacerle frente al problema de la justicia –o de la paz, en opinión de Martha Nussbaum³³– en el marco de las relaciones internacionales; contexto signado ya por el fenómeno de la globalización y el pluralismo.

Para la década de los noventa, el discurso acerca de la justicia y la paz ya no podía circunscribirse a las fronteras del Estado-nación o al interior de las sociedades liberales. Hacia 1989, Francis Fukuyama había propuesto su tesis sobre el fin de la historia, y para 1993, Huntington ya hablaba del choque de civilizaciones. Como explica Pierre-Henri Tavoillot, esas dos grandes tesis en competencia encuadraron las discusiones acerca del nuevo paradigma de la globalización³⁴. Por tanto, resulta bastante lógica la motivación de Rawls por atender a este tema –a no muchos años de su muerte–, a la luz de los retos que parecía presentar el nuevo orden global.

De otro lado, el dato del pluralismo que había motivado la preocupación de Rawls por proponer alternativas de consenso al interior de las sociedades liberales (de ahí su idea de consensos traslapados, superpuestos o entrecruzados), debía ahora enfrentarse al contexto de las relaciones internacionales o globales.

De esta forma, sin perjuicio de sus tensiones internas, la obra de Rawls ha significado un aporte fundamental –y punto de partida también– para evidenciar la gran complejidad de aspectos que deben tomarse en cuenta al hablar de orden o de justicia globales. Su obra ha dado pie para pensar en propuestas que intenten dar soluciones a problemas vinculados a la paz mundial (en la línea de un pacifismo jurídico ya buscado en Kant, a quien sigue Rawls), al reconocimiento y garantía de los derechos humanos (básicos o extendidos), a la injusticia derivada de la pobreza y la riqueza extrema en el mundo (por ejemplo, en los importantes trabajos de Beitz y Pogge), a las propuestas de globalismo jurídico o de cierto tipo de institucionalidad internacional (como las de Ferrajoli, Zolo y tantos otros), y al diálogo entre *pueblos* (ciertamente en un sentido más amplio que el pensado por Rawls)³⁵. Todos ellos signados por el pluralismo, pero también por el desafío de la convivencia.

Su obra es un punto de partida, quizá insuficiente, pero ciertamente necesario al hablar de estos temas. De ahí, creo, la relevancia de volver sobre la misma, procurando ser críticos, pero también justos con el autor (como bien demandan mis comentaristas).

33 Véase los comentarios de Nussbaum en este sentido (Nussbaum 2007: 243). Para Tubino, en cambio, no es posible escindir justicia y paz, pues “ambos conceptos van de la mano”.

34 Tavoillot, Pierre-Henri. “Introducción”. En: Lipovetsky y Juvín 2011: 7-10.

35 En ese sentido, resulta muy interesante el comentario del profesor Tubino sobre la necesidad de especificar la idea de *pueblo* como *etnos* y no como *demos*, que podría resultar más útil para lograr un verdadero consenso entrecruzado, tomando en cuenta la configuración real de los actuales actores globales y los conflictos a los que el Derecho debe dar respuesta. Como refiere Tubino: “Esto es importante precisamente porque uno de los grandes focos de violencia a nivel mundial son los escenarios en donde hay pueblos sin estados, varios pueblos en un solo Estado o que ocupan territorios de dos o tres estados”.

2. EL PROBLEMA DE LOS PUEBLOS NO RAZONABLES: LA ALTERNATIVA DE LA TOLERANCIA PRUDENCIAL

El profesor Tubino alude al concepto de utopía realista con el que el propio Rawls describe su tesis sobre el derecho de gentes. Se pregunta entonces, “¿qué tan realista puede ser si presupone un *pluralismo razonable*?” Lo razonable choca con la realidad del fundamentalismo religioso, étnico o político. Tubino echa de menos en Rawls un tratamiento del problema de la existencia de grupos no razonables, por eso sostiene que este asunto nos conduce inevitablemente “más allá de Rawls”.

Como hemos visto –y como advierten también mis comentaristas–, *El derecho de gentes* no propone una teoría acabada sobre la justicia global, más bien propone una aproximación inicial a algunos de los problemas que presenta el nuevo orden mundial y que provocaron la inquietud del autor por extender los alcances de su teoría de la justicia al ámbito internacional, para lo cual recogió también el aporte de la tradición kantiana sobre la paz perpetua.

Ahora bien, hay que reconocer, sin perjuicio de la falta de profundidad de Rawls sobre varias cuestiones, que nuestro autor sí propone soluciones muy concretas al problema del *pluralismo no razonable*. De hecho, lo que hace es excluir del consenso superpuesto (y del derecho de gentes) a este tipo de pueblos no decentes. No entiendo, por tanto, si lo que el profesor Tubino le recrimina a Rawls es su falta de opinión sobre el tema (cosa que creo, no es exacta) o, más bien, la respuesta que él ofrece y que podría resultar insatisfactoria.

En *El derecho de gentes*, Rawls admite la posibilidad de que la sociedad de los pueblos (compuesta por pueblos liberales y no liberales decentes, lo que llama *sociedades jerárquicas decentes*) pueda establecer sanciones a aquellos Estados criminales (Rawls 2001: 95; se indica también en la nota al pie 21). Como dice Isabel Turégano, el caso de las sociedades no liberales decentes marcaría el límite de la tolerancia en el ámbito internacional (2009, 255). En este caso, la tolerancia propuesta por Rawls podría entenderse en términos no meramente estratégicos (como tolerancia negativa, que implica soportar), sino como tolerancia positiva, vinculada a la acción de comprender, e incluso reconocer, al otro (ver acápite 2 del texto principal).

A partir de su propuesta, la tolerancia del *modus vivendi* (la tolerancia estratégica que surge con la modernidad) seguiría siendo una forma de enfrentar los conflictos provocados por el *pluralismo no razonable*, ante los cuales cualquier medida que adopte la comunidad internacional (la sociedad de los pueblos, en términos de Rawls) debería ser analizada no sólo desde un punto de vista moral, sino también prudencial. Ese también es el sentido de mis reflexiones finales en el texto principal.

3. SOBRE UNA NECESARIA MIRADA POSMODERNA AL DERECHO ACTUAL

Quiero referirme, finalmente, al comentario que hace el profesor René Ortiz sobre la relevancia que tendría la referencia al concepto de posmodernidad en mi trabajo. Ortiz echa de menos este concepto, pues cree que sería útil para explicar la situación actual del Derecho globalizado, caracterizado por el pluralismo jurídico y el retroceso del Estado-nación como máximo garante y fuente de producción del Derecho.

Según el profesor Ortiz, el discurso de la posmodernidad permitiría ofrecer una visión del Derecho más acorde con la realidad actual; esto es, de un Derecho no centrado únicamente en el sistema normativo y las instituciones jurídicas, sino abierto al diálogo con la ética (“tenemos

una responsabilidad política en incorporar el discurso ético en el ejercicio jurídico", dice Ortiz) y con otras disciplinas. Por eso dice que es necesario reconocer "un nuevo escenario jurídico, que a la vez ya no es solo jurídico", y advierte luego que "nuestra facultad debería pensar en ajustar su nombre, porque ya no solo basta el Derecho para analizar un contexto como el descrito".

No podría estar más de acuerdo, especialmente respecto a esto último. No tanto por el aspecto formal del posible cambio de nombre (que creo, es un recurso retórico que usa el comentarista), sino por la idea que representa, la cual, bien meditada y tomada en serio, debería llevarnos a reflexionar sobre el norte que debería seguir cualquier cambio que se proponga al plan de estudios de nuestra facultad.

Creo que en el fondo, el profesor Ortiz y yo coincidimos más en nuestra visión del Derecho actual de lo que inicialmente pensábamos. La diferencia está en el recurso que empleamos para explicar una realidad que ambos percibimos del mismo modo. Mientras que él considera fundamental retomar el enfoque posmoderno, yo creo que el neoconstitucionalismo recoge las preocupaciones que él expresa y, por eso, permite describir de manera más óptima la realidad del Derecho constitucionalizado, plural (tanto desde el punto de vista jurídico como ético). Derecho que está necesariamente condicionado por el discurso moral, debido a la incorporación de contenidos materiales en la Constitución (principalmente derechos fundamentales), e inevitablemente abierto a la contingencia (determinada por la llamada *textura abierta* de los principios y la incapacidad de anticipar todas las posibles excepciones a dichas normas).

De hecho, el propio profesor Ortiz reconoce que la explicación de este nuevo escenario jurídico es un reto que le corresponde hoy en día a las teorías neoconstitucionalistas y postpositivistas. En ambos casos, el estudio del Derecho ofrece una apertura a otras disciplinas que le brindan herramientas para explicar esta nueva realidad. Como dice García Figueroa:

Actualmente, bajo el ascendente paradigma jurídico del neoconstitucionalismo, se impone la integración de amplias áreas de la reflexión jurídica: dogmática constitucional y teoría del derecho, filosofía política y moral y teoría del sistema jurídico y de la argumentación. (García Figueroa 2010: 270)

Lo dicho hasta aquí no desmerece el aporte que pueda ofrecer la posmodernidad como enfoque crítico del Derecho. Me parece que, como ha ocurrido con el realismo jurídico o la filosofía pragmatista –cuyos aportes han sido recogidos por algunos autores neoconstitucionalistas–, la posmodernidad puede resultar una perspectiva útil para explicar la realidad actual del Derecho globalizado. Mantengo, sin embargo, mis reservas sobre lo que creo es su limitada capacidad propositiva.

En cualquier caso, considero que la relevancia del enfoque posmoderno en el Derecho, y su eventual influencia en las actuales teorías neoconstitucionalistas o postpositivistas, puede resultar un tema de investigación interesante que ojalá nuestro comentarista –ciertamente más informado que yo sobre estas cuestiones– se anime a trabajar en un futuro no muy lejano.

4. BIBLIOGRAFÍA

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso

2010 "Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica". En: CARBONELL, Miguel y Leonardo GARCÍA JARAMILLO (eds). *El canon neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 249-271.

LIPOVETSKY, Gilles y Hervé JUVIN

2011 *El occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*. Barcelona: Anagrama. Colección Argumentos.

NUSSBAUM, Martha

2007 *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós.

RAWLS, John

2001 *El derecho de gentes y "Una revisión de la idea de razón pública"* (texto original en inglés de 1999). Barcelona: Paidós.

TURÉGANO, Isabel

2009 "Un constitucionalismo mundial". En MARCILLA, Gema (ed.). *Constitucionalismo y garantismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 221-256.



DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE DERECHO
Av. Universitaria N° 1801, San Miguel, Lima, Perú
Teléfono: (511) 626-2000 anexos 4930 y 4901
Pontificia Universidad Católica del Perú
<http://www.pucp.edu.pe/departamento/derecho/>