

Martín Diego Farrell, *El Derecho Liberal*

Por Mariela Puga *

La influencia que la teoría liberal puede reflejar sobre ciertos aspectos de algunas ramas del derecho, parece ser un asunto de predecibles connotaciones. Sin embargo, un liberal de la neutralidad como Farrell, puede tornar especialmente controvertibles ciertas intuiciones al respecto. El doctor Farrell asume la vieja discusión del rol del Estado, problematiza las raíces de la discriminación inversa, invoca la secesión como solución liberal admisible ante problemas de particularismos culturales, justifica el control judicial de constitucionalidad después de reconocer su carácter antidemocrático, y defiende un concepto restringido de la idea milliana del principio de daño a terceros.

A modo de introducción presenta lo que entiende como dos maneras de justificar el liberalismo. Una sustentada en la autonomía, y otra en la neutralidad. Expone y defiende la última. Según el autor, la neutralidad actúa en el esquema de un Estado liberal como un metavalor, como un principio regulador de los valores subjetivos que indica cómo se deben tratar estos valores. Lo que indica es la no interferencia en favor de ningún plan de vida que no perjudique a terceros.

Lo interesante de esta postura, la que en principio parece reproducir el clásico y conservador liberalismo, es que se complementa con un concepto particular de libertad positiva. Farrell afirma que este estado liberal neutral no sólo no interfiere inclinando la balanza en favor de nadie, asegurando así libertades negativas para la concreción de planes de vida, sino que además “asegura” la libertad positiva, la que en su teoría se satisface con una adecuada redistribución de recursos.

De la exposición, surgen las virtudes de este liberalismo que confía en la racionalidad de las personas para diseñar su plan de vida desde que ellas cuenten con los recursos necesarios, sin un estado paternalista-benefactor que intervenga. En contraste, opone aquel liberalismo de la autonomía que según sus términos exigiría un Estado que interfiera en beneficio de planes de vida autónomos y en consecuencia en detrimento de los no-autónomos. Creo que se puede objetar los términos de ésta oposición.

Es claro que en el texto se tergiversa la idea de liberalismo de autonomía interpretándolo como si éste fuera una especial forma de perfeccionismo moral que intentará privilegiar planes de vida autónomos. Creo que en Farrell hay cierta confusión, similar a la que Nino¹ imputa a Haksar, al suponer que la autonomía es una propiedad de algunos planes de vida, en lugar de una capacidad para elegir entre la más amplia variedad posible de planes de vida. Valorar la autonomía no necesariamente, ni en el mejor de los casos, significa valorar planes de vida de contenido autónomo. Así, para Nino lo valioso es “..la libre elección individual de planes de vida ...”. En consecuencia, la interferencia a favor de uno u otro supondría quitar relevancia a la libre elección, es decir al

* Abogada, Candidata al grado de Master en Derecho de la Universidad de Palermo (1998).

1. Nino, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos*, Editorial Astrea. 1989, Buenos Aires, página 210.

ejercicio libre de la autonomía, requisito connatural a un liberalismo de la autonomía que bien entendido prescribe aquellas interferencias usuales para el perfeccionismo.

Se advierte que la idea que el autor presenta como liberalismo de la autonomía no es sino la máscara de algún tipo de perfeccionismo. Por eso es que se muestra como atractiva su concepción de la neutralidad; no porque sea mejor que otra concepción liberal, sino porque la contrasta con un perfeccionismo de la autonomía.

Corresponde señalar que la no-interferencia estatal en los planes de vida, o si se quiere algún principio de neutralidad liberal, es común a ambas concepciones del liberalismo. En un caso porque se valora la autonomía, y en el otro por mera neutralidad.

Esta pauta común, puede ser más que simple tolerancia indiscriminada, ya que es probable que el liberal se preocupe por las posibilidades concretas de ejercer la libre elección de ideales y planes de vida. Algo de esto busca Farrell con su concepción de “libertad positiva” la que se satisface con la sola redistribución de recursos por parte del Estado. Sin embargo, es probable que un liberal de la autonomía encuentre este concepto insatisfactorio, y entienda necesario para asegurar la libre elección, el allanar obstáculos de distinta índole a los recursos económicos (por ejemplo, los prejuicios raciales, sexuales, etc.) Esto no exige una interferencia no neutral o perfeccionista, sólo tomarse seriamente la idea de libertad de elección de planes de vida, como un valor a asegurar.

Pero Farrell no reconoce valores objetivos porque es un relativista ético, y sin embargo pretende que la neutralidad justifique alguna concepción liberal. La objeción del caso es obvia: ¿qué consecuencia normativa se puede derivar de un presupuesto escéptico? Ninguna. Si no hay valores objetivos, la idea de que el Estado debe ser neutral es un juicio relativo más, ya que no es posible desarrollar una fundamentación racional de su verdad que excluya necesariamente a otros, por ejemplo, el que indica no ser neutral eligiendo valores subjetivos expresados en el plan de vida de quienes ejercen la autoridad.

A menos que se reconozca algún valor objetivo a la neutralidad (lo que el autor niega expresamente), no hay razones para justificar la no interferencia Estatal.

En última instancia, lo que pretende, es explicar la actitud liberal de no interferencia, haciendo referencia a una “*probabilidad de tipo psicológico: sabiendo que no existen valores objetivos es probable que el legislador tienda a ser neutral entre esos valores, al no tener ninguna razón objetiva para preferir a un valor por sobre otro*”. Sin embargo, Farrell mismo observa que esta probabilidad es tan cierta como la posibilidad de que el legislador se comporte conforme a sus propios valores subjetivos.

La neutralidad no puede justificar al liberalismo, aunque es plausible que un liberal adopte el principio de neutralidad para tratar los planes de vida individuales, pero por razones adicionales, entre las cuales el valor de la autonomía personal sigue siendo muy satisfactorio².

Desde el inicio el autor señala que de los principios que son comunes a ambas concepciones del liberalismo, se van a derivar las consecuencias jurídicas del liberalismo jurídico. Sin embargo la obra de Farrel no puede leerse al margen de

2. Sólo a modo de insistir en las dificultades de un relativista ético, pregunto: ¿qué tan neutral es el Estado que sólo lo es en relación a los planes de vida que no causan daño a terceros? ¿Cuál es la razón no-moral que justifica la interferencia estatal en los planes de vida que dañan a terceros?.

éstas consideraciones preliminares, ya que su concepción particular del liberalismo signa algunas conclusiones a las que arriba, las que, por cierto, hoy no son compartidas por cualquier liberal.

Al tratar el capítulo del Derecho Internacional Liberal expone una idea de rasgos plausiblemente intransigentes. Afirma que ante el hecho del multiculturalismo, o el reclamo de las minorías, la respuesta del estado liberal debería ser algo así como “*que se rompa pero que no se doble*”. Señala el autor que es preferible la secesión de comunidades culturales o raciales, antes que la concesión de Derechos Comunitarios. Es consistente la idea de que la tolerancia liberal no se desprestigie imponiendo pautas liberales a quienes se resisten a ellas, y que a la vez no se desnaturalice con presupuestos comunitarios que personifican intereses colectivos. Si se puede proteger eficazmente a una cultura mediante el otorgamiento de derechos individuales, cuando estos no sean suficientes la secesión es el camino preferible, no los derechos comunitarios.

Considero que Farrell da buenas razones en contra del comunitarismo y de su concepción de identidad personal. Se sigue sin problemas el rechazo de derechos comunitaristas en cuanto poderes ejercidos por grupos que detentan y actúan como sus portadores, aún en contra del interés personal de sus miembros.

Según el autor, si el valor de la cultura depende de su contribución a la vida de los individuos que forman parte de ella, son los derechos individuales los adecuados para protegerla, considerando a la cultura como un asunto de preferencias personales que satisfacen a ciertos planes de vida.

En el texto, el plano del rechazo a los derechos comunitarios en principio es estrictamente deontológico. Quiero decir que Farrell descarta con acierto los derechos comunitarios en cuanto posiciones jurídicas colectivas. No acepta la adjudicación de derechos a entidades independientes de los individuos. Por eso no importa cómo se llamen, mientras sean ejercidos por individuos son, para él, derechos comunitarios.

Es claro que esto no significa *prima facie* rechazar la justificación colectiva de un derecho individual. Pero éste es otro plano, el de la fundamentación de los derechos. Por eso podemos decir que un derecho individual puede buscar satisfacer un bien individual, como así también un bien colectivo³.

Los programas de acción estatal que conceden una ventaja competitiva a grupos minoritarios, pueden hacerlo, y de hecho lo hacen, usando derechos individuales especiales basados en clasificaciones raciales, culturales, sexuales, etc. La fundamentación de estos derechos tiene raíz colectiva, y así se tiende a proteger la cultura, la salud, la igualdad, etc., como bien colectivo, aunque el ejercicio se reserve a los individuos.

Farrell no cuestiona los “derechos especiales”⁴ en cuanto sean ejercidos individualmente, y hasta aquí su perspectiva es inobjetable. Lo que no queda claro es por qué rechaza la discriminación inversa y los programas de acción afirmativa, ya que en cualquier caso éstos también pueden ejecutarse a través de derechos individuales especiales tendientes a la protección de ciertos bienes colectivos.

El autor estima que estos programas implican la creencia en derechos comunitarios. Es verdad que el argumento de la compensación intertemporal

3. Alexy, Robert. “*El concepto de validez y otros ensayos*”. Gedisa. Barcelona. 1987.

4. Kymlicka, Will. Citado por Farrell, D.M., obra comentada.

como base de estos programas puede tener este carácter, pero hay muchos liberales que argumentan de manera diferente, como por ejemplo aludiendo a las desigualdades actuales. Dworkin o Fiss⁵, han dado justificaciones liberales y de derechos individuales, en el sentido de Farrel, para sustentar estos programas de tratamiento preferencial.

Pareciera que aquí Farrell confunde los planos y lo que ahora rechaza es la justificación de estos derechos especiales, y al hacerlo los asume como comunitarios por sus fundamentos y no por su ejercicio, dando un salto que antes no daba.

Sospecho que es el prejuicio de la neutralidad liberal el que lo lleva a conclusiones que su propio esquema no admite. Por ejemplo, sentencia que “la protección de culturas minoritarias no debe constituir un objetivo del gobierno, y si aquellas requieren de una ayuda gubernamental preferente para sobrevivir, entonces es posible que no sobrevivan”. En estos términos muestra que lo que más importa es que el Estado no intervenga, ni siquiera con derechos individuales especiales, suponemos.

El Estado neutral de Farrell no se hace cargo de la distribución “natural” preexistente, y la que sobreviene en el medio social, aunque esta fuera predeciblemente injusta y vacíe de sentido a la predicada libertad de elección de planes de vida que cualquier liberal defiende. Es de notar sin embargo, que ni los recursos económicos, ni la no interferencia estatal pueden hacer mucho frente a odios raciales, étnicos o sexuales, que se perpetúan. La omisión estatal frente a ello, es el antebrazo de la “mano invisible”, que aprieta el gatillo contra minorías discriminadas.

Como ya advertimos, son liberales los que sostienen la justificación de estos programas advirtiendo por ejemplo, que el valor subyacente a la actual configuración de expectativas de servicios positivos en sociedades liberales es la preservación de la autonomía para desarrollar la forma de vida que cada uno elige. Al tomarse en serio la autonomía se asumen deberes estatales en relación a la posibilidad de su ejercicio por cada individuo. Se reconoce en consecuencia derechos individuales tendientes a hacer posible la igual oportunidad de elección de planes de vida. En consideración de desigualdades sociales actuales se reconocen derechos sociales, en atención a desigualdades consolidadas de minorías, derechos especiales de representación que invocan la igualdad de oportunidades en función de maximizar la autonomía.

Mas allá de lo expuesto hasta aquí, es oportuno tener en cuenta que la preocupación de Farrell por los derechos individuales que son violados al reconocerse derechos comunitarios, no es trivial. La alusión a derechos “comunitarios” en la reciente reforma constitucional argentina hace especialmente relevante las advertencias del autor. Una interpretación holista o colectivista de los derechos a la identidad cultural de las comunidades indígenas, a la propiedad comunitaria de la tierra, etc., pueden convertirse en despropósitos y permitir la violación de derechos individuales. Piénsese en un criterio colectivista que permita las restricciones internas del tipo del que las comunidades menonitas imponen a sus hijos en cuanto a la educación.

5. Dworkin, Ronald, Fiss, Owen M. et al., *Equality and Preferential Treatment*. Princeton University Press. Princeton, New Jersey. 1977.

Sin embargo, los nuevos derechos de la constitución admiten una lectura liberal preocupada por la diversidad cultural y la defensa de las minorías que no implica necesariamente los derechos comunitarios que Farrel rechazaría.

ALGUNOS ÚLTIMOS COMENTARIOS RESPECTO DE LA JUSTIFICACIÓN LIBERAL QUE EL AUTOR PRETENDE HACER DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

En el capítulo 3 del texto se postula un diseño de contrato social del cual, por cierto, no surge claramente la necesidad de un “*bill of rights*”. Afirma que si el grupo de individuos que delibera acerca del contenido del contrato esta dividido en base a algún rasgo, que puede ser racial o religioso, y este rasgo influye decisivamente a la hora de votar, entonces las mayorías y las minorías serían rígidas y predeterminadas. Concluye entonces, que los miembros del grupo minoritario no se conformarán sólo con la regla de la mayoría, la que les aseguraría la derrota en todas las votaciones futuras. Esto pretende ser una razón para incluir derechos que limiten la regla de la mayoría. Sin embargo, se puede observar que las minorías tendrán poco predicamento a la hora de decidir el contenido del contrato. Quiero decir que, si votan para decidir acerca de los derechos, *ab-initio* estarán proscriptos. Estos son los problemas de asumir una idea de contrato social sin presumir un estado de naturaleza con previsiones de imparcialidad al estilo Rawls.

En cambio, sí es consistente el argumento que da el autor en el caso en que los individuos no conocen *a priori* el resultado de votaciones futuras. Ahora sí, usando la idea de “riesgo inaceptable” es convincente respecto de las razones que tiene los contratantes para colocar ciertos derechos fuera de la regla de la mayoría: la posibilidad latente de ser parte de la minoría. Esto conforma una democracia liberal, en términos de Farrell.

Su intento de justificar el control judicial de constitucionalidad empieza descalificando las posiciones adversas con el argumento de que suena extraño que los derechos que están protegidos del accionar de la legislatura sean controlados por ella misma. En segundo lugar llega a la conclusión de que si los jueces son liberales se justifica el control judicial de constitucionalidad.

Respecto al primer punto el mismo reconoce que parte de una estructura consecuencialista y que un deontologista todavía podría oponerse sosteniendo el valor intrínseco de la participación para lograr el respeto de los derechos constitucionales. Estimo que un camino sugerible sería el reconocer el valor epistemológico del debate democrático que permite la mejor maximización de los derechos del “*bill of rights*”.

Pero si el objetivo del “*bill of rights*” consiste en limitar el alcance de la regla de la mayoría, esto es si la justificación prioritaria de los derechos es su carácter contramayoritario, es difícil predicar otra cosa que un control no legislativo de constitucionalidad. Tenemos entonces, que jugar a otra cosa diferente que a buscar la institución que maximice los derechos, porque los derechos se declaran *ab-initio* contramayoritarios. Este es el punto a debatir con Farrell.

En relación al segundo punto, se puede ver que lo que se promueve en realidad es una interpretación liberal de la constitución. Es decir, que si los

jueces hacen una interpretación liberal, maximizarán los derechos y esta es una buena razón para justificar su intervención. Pero entonces, si la legislatura fuera predominantemente liberal también es probable que justifiquemos que sea ella la que maximice derechos, y nos ahorramos el control de los jueces.

Lo que Farrell supone es que el mejor control de constitucionalidad es el de un liberal que maximice derechos. Pero no aclara por qué debemos pensar que el juez será más liberal que el legislador. La historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos que analiza, es un dato estadístico que puede alentar la confianza en las aptitudes de la institución judicial para cumplir con esta labor, pero no es una razón suficiente que justifique un diseño institucional que le adjudique esta función de manera exclusiva y excluyente.

Es entonces su primer argumento el más convincente, pero presupone como ya lo advertimos anteriormente, una estructura ética consecuencialista o, por lo menos, una concepción del fundamento de los derechos que se abre al debate.