



Revista de Derecho - Universidad  
Católica del Norte

ISSN: 0717-5345

revistaderecho@ucn.cl

Universidad Católica del Norte  
Chile

HENRÍQUEZ RAMÍREZ, ALFONSO  
DEL CONTRATO SOCIAL AL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES  
Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, vol. 20, núm. 1, 2013, pp. 265-291  
Universidad Católica del Norte  
Coquimbo, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041327010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica  
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## DEL CONTRATO SOCIAL AL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES\*

ALFONSO HENRÍQUEZ RAMÍREZ\*\*

**RESUMEN:** El contrato social deberá suponer una serie de cualidades en los sujetos que generarán el contrato, concretadas en la racionalidad, la igualdad y el interés. Por otro lado, el enfoque de las capacidades ofrecerá un marco de evaluación de la calidad de vida de las personas, prescindiendo de cualidades determinadas, entendiendo que lo relevante radica en responder a la pregunta sobre lo que una persona puede hacer. El trabajo sostendrá que, dado el diseño estructural del contrato social, será el enfoque de las capacidades la teoría más adecuada para pensar al sujeto, y a las relaciones que mantiene con el Estado, hoy.

**PALABRAS CLAVE:** Capacidades - Nussbaum - Sen - contractualismo - justicia.

## FROM THE SOCIAL CONTRACT APPROACH TO THE CAPABILITIES

**ABSTRACT:** The social contract must involve a number of qualities in the individuals who will generate the contract, concretized in rationality, equality and interest. On the other hand, the capabilities approach will provide a framework for assessing the quality of life of individuals, putting aside specific qualities, understanding that what matters lies in answering the question about what a person can do. The paper will argue that, given the structural design of the social contract, it will be the capability approach the most appropriated one to think about the individuals, and his/her relations with the State, today.

**KEY WORDS:** Capabilities - Nussbaum - Sen - contractualism - justice.

---

\* Fecha de recepción: 18 de junio de 2012.  
Fecha de aprobación: 21 de mayo de 2013.

\*\* Abogado, Magíster Filosofía Moral, Doctorando en Derecho, Universidad de Chile (CONICYT). Prof. Departamento Historia y Filosofía del Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Ciudad Universitaria s/n Concepción. Correo electrónico: alfhenriquez@gmail.com

*Sumario: 1) Introducción. 2) El enfoque de las capacidades. (2.1) ¿Cuáles capacidades? (2.2) Capacidad y libertad. (2.3) Individualismo. (2.4) ¿Capacidad o funcionamiento? 3) Los problemas del contrato social. (3.1) La racionalidad. (3.2) El criterio de Hume. (3.3) El beneficio mutuo. 4) El contractualismo y la justificación de los derechos. 5) A modo de conclusión. 6) Bibliografía*

## 1) INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

El objetivo del trabajo consiste en analizar algunos de los aspectos problemáticos presentes en la idea del contrato social, y cómo han sido abordados por el enfoque de las capacidades. Para develar estos nudos críticos nos centraremos en la línea de pensamiento planteada por el economista bengalí Amartya Sen y por la filósofa norteamericana Martha Nussbaum, quienes proponen pensar a la sociedad a través del llamado enfoque de las capacidades.

Los autores indicados<sup>2</sup> ofrecen un marco evaluativo que pretende responder a la pregunta sobre el diseño justo de las instituciones sociales sobre la base de una visión comprensiva de las capacidades humanas<sup>3</sup>. Esto se lleva a cabo por medio de una crítica a la tradición del contrato social, en especial a las que en décadas anteriores propusieran Rawls y Nozick. Por ello, contraponer estas dos escuelas encuentra su justificación en las siguientes consideraciones:

- 1) Ha sido el propio Sen quien ha construido el enfoque desde las críticas que formulara, por un lado, al utilitarismo, pero, por otro, a la propia obra de Rawls. Estas críticas se estudiarán en seguida, pero lo que interesa insistir en este punto es el hecho muy relevante que la obra de Rawls supone una cierta concepción de la persona que el enfoque de las capacidades pretende poner en cuestión.
- 2) El enfoque, sin embargo, no se agota en la obra del economista bengalí. Entre los numerosos especialistas que han trabajado en este campo, destaca sin duda la obra de Martha Nussbaum, quien, tomando los aspectos centrales propuestos por Sen, los ha insertado dentro de su propia teoría de la justicia, diseñando una alternativa

---

<sup>1</sup> La presente investigación forma parte del trabajo realizado al interior del “Grupo Interdisciplinario de Investigación en Derechos Humanos y Democracia”, Código 12.E4.03, adscrito a la Vicerrectoría de Investigación de la Universidad de Concepción.

<sup>2</sup> SEN, A. (1979). “Equality of What?”. En *The Tanner Lecture of Human Values*. Stanford University.

<sup>3</sup> SEN, A., (1995). “Gender inequality and theories of justice”. En Nussbaum, Martha (editor): *Women, Culture and Development. A Study of Human Capabilities*. Oxford: Clarendon Press.

diferente a la contractualista, desarrollando muchos de los aspectos develados por Sen como puntos débiles del contractualismo.

- 3) El contrapunto nos mostrará en definitiva que el contrato social presenta una serie de problemas enraizados en sus fundamentos mismos, y que explicarían su falta de adaptación a las necesidades contemporáneas. Estas, a su vez, encontrarían una mejor posibilidad de resolución si las insertamos al interior del enfoque de las capacidades.

La investigación se divide en tres partes. En la primera exploraremos los rasgos más relevantes del enfoque, destacando las posturas principales de los exponentes ya mencionados. En la segunda nos centraremos en las debilidades de la idea del contrato social<sup>4</sup> y cómo podrían ser superadas por el eje capacidad-funcionamiento, tal como será caracterizado en la primera parte. Y en la tercera reflexionaremos sobre el fundamento de los derechos desde el margen de acción que nos permite el enfoque. El trabajo se articula, por tanto, como una tensión dialéctica entre dos paradigmas.

## 2) EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES

El enfoque supone una cierta concepción del ser humano y una determinada relación entre este, los medios disponibles y sus fines. Sen, en uno de los primeros textos en los cuales inserta la problemática<sup>5</sup>, critica la obra de Rawls precisamente en aquellos aspectos que la hacen atractiva, la idea de la igualdad aproximada de las partes en la posición original y la existencia de bienes primarios. El fundamento de la crítica pasa por el hecho que en realidad las personas son diferentes, y esta diferencia no es algo que deba ser pospuesto para un estadio de reflexión posterior. Como indica Sen, las personas son física y mentalmente heterogéneas, viven en medios diversos y tienen un acceso dispar a bienes y servicios<sup>6</sup>, lo cual provoca que sus necesidades sean también variadas. Esta diversidad, si se la pone en relación con la lista que entrega Rawls de los bienes primarios<sup>7</sup>, genera el inconveniente de considerar a estos como fines en sí mismos, y no como medios para la satisfacción de necesidades<sup>8</sup>, desembocando en una desigualdad en términos de lo que pueden efectivamente hacer estas personas con esos bienes, en vista a su desarrollo.

---

<sup>4</sup> Particularmente en las versiones contemporáneas de Rawls y Nozick.

<sup>5</sup> SEN (1979) 202.

<sup>6</sup> SEN (2005). "Human Rights and Capabilities". *Journal of Human Development*, Vol. 6, N° 2, p. 124.

<sup>7</sup> RAWLS (2000) *Teoría de la justicia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, p. 95.

<sup>8</sup> SEN (1979) 216.

Según lo explicado, el contractualismo de Rawls asigna un valor independiente de las circunstancias a los bienes primarios, trasladando a un segundo plano el sentido que estos bienes tienen. Para Nussbaum, fundándose en Aristóteles, dichos bienes deben ser vistos como herramientas que son útiles para algo, siendo este algo el buen funcionamiento humano<sup>9</sup>. Desde esta perspectiva, podemos apreciar que, no obstante la igualdad de bienes entre las personas, podría existir una importante desigualdad en orden al logro de otros objetivos. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de las mujeres y los tradicionales roles que en sociedades patriarcales se les seguirían atribuyendo a pesar de trabajar fuera del hogar (cuidado de los hijos, del hogar, de sus padres, etc.)<sup>10</sup>. En esta situación podríamos hablar de una igualdad en el ingreso, pero una desigualdad en el reparto de los roles de género.

Lo anterior permite separar la vinculación contractualista entre crecimiento (aumento de la riqueza) y desarrollo (mejora de la calidad de vida)<sup>11</sup>. Son dos aspectos distintos, pues el desarrollo no se centra meramente en la adquisición de bienes, sino que en la capacidad que las personas tienen para funcionar adecuadamente como seres humanos. Como es el eje capacidad-funcionamiento lo que en definitiva singulariza la propuesta de Sen y Nussbaum, nos detendremos en un estudio más detallado de los mismos. Antes de ello, indicaremos brevemente que, para efectos de este trabajo, la capacidad puede ser entendida como el conjunto de habilidades de las que está investida una persona, mientras que el funcionamiento engloba los logros que una persona efectivamente alcanza<sup>12</sup>. Así el funcionamiento remite al uso que le damos a los bienes que están dentro de nuestro alcance, el cual solo es posible en la medida que tengamos las capacidades para ello<sup>13</sup>. Con esta aclaración, procederemos a un estudio más detallado.

## 2.1) ¿CUÁLES CAPACIDADES?

Es un tópico que ha dividido de manera importante a los especialistas en el tema. Se observan dos aproximaciones, la defendida por Sen

<sup>9</sup> NUSSBAUM (1987). "Nature, Function and Capability: Aristotle on Political Distribution". *WIDER Working Papers*, 31, p. 9.

<sup>10</sup> ROBEYNS (2003b). "Sen's Capability Approach and Gender Inequality: Selecting Relevant Capabilities". *Feminist Economist*, N° 9, p. 9.

<sup>11</sup> ECHAVARRI (2003). "Development Theories and Development as Social Capability Expansion". En *Documentos de Trabajo*, Universidad Pública de Navarra. Departamento de Economía, N° 5, p. 11.

<sup>12</sup> SEN (1999b) *Comodities and Capabilities*. Oxford: Oxford University Press, p. 25.

<sup>13</sup> Tanto Sen como Nussbaum distinguen entre varios tipos de capacidades y funcionamientos, sin embargo para los fines del trabajo preferimos trabajar con las categorías básicas, que son las que, en tanto nucleares, permiten contrastar adecuadamente el enfoque de las capacidades con el contractualismo.

y la defendida por Nussbaum. Para Sen no es adecuado establecer de manera definida una lista de capacidades con un carácter universal o a priori, pues, de lo contrario, evitaríamos someter a evaluación pública el significado preciso de las capacidades que queremos potenciar y subestimaríamos el hecho que una cierta lista debería estar bien adaptada al contexto para el cual se piensa<sup>14</sup>. Esta importancia que le asigna al proceso de elección, más que a la determinación de una cierta idea del Bien, se funda en el hecho que Sen no pretende construir una “teoría de la justicia” sino que un criterio de evaluación interpersonal del grado de bienestar<sup>15</sup>. Así, su propuesta puede ser combinada con diversas teorías sociales, de manera de ir especificando cada vez más, y en contextos concretos, los diversos tipos de capacidades y funcionamientos<sup>16</sup>, con lo que su enfoque permanece deliberadamente sin especificar, mientras no sea aplicado.

Un problema que nosotros observamos en Sen radica precisamente en este aspecto que sin embargo es visto como muy atractivo por otros comentaristas. La razón descansa en dos tipos de consideraciones:

–Al no estar interesado en la construcción de una teoría de la justicia, no coloca demasiado énfasis en el análisis de las estructuras sociales que producen y reproducen las relaciones de poder<sup>17</sup>.

–La apertura interpretativa deliberada que ofrece Sen conduce, por ejemplo, a que en medios excesivamente conservadores ciertas restricciones fundadas en criterios discriminadores resulten en un perjuicio para algunos sujetos.

Creemos que Nussbaum ofrece un marco más apropiado para pensar estos problemas. La filósofa, a diferencia de Sen, sí está embarcada en el proyecto de construir una “teoría de la justicia”, en buena medida porque su trabajo, más que a la elección social, se subsume dentro de temas vinculados a los derechos constitucionales, al diseño legislativo y a los temas de ética y filosofía del Derecho. Es por ello que la autora norteamericana comienza con una determinación intuitiva del principio justo, para, de ahí, buscar una serie de procedimientos que lo pongan en funcionamiento. Con este paso la justicia estará en el resultado, y el procedimiento será bueno en la medida en que se promueva ese resultado, permitiéndole arribar a una lista bien definida, aunque en constante acomodo, de capacidades que deberían estar presentes o disponibles para las personas<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> SEN (2004). “Capabilities, Lists and Public Reason: Continuing the Conversation”. *Feminist Economics*, N° 10, p. 77.

<sup>15</sup> SEN (2005) 158.

<sup>16</sup> ROBEYNS (2003b) 36.

<sup>17</sup> ROBEYNS (2003a) *The capability Approach*. Disponible en: <http://www.capabilityapproach.com/pubs/323CAtraining20031209.pdf> [fecha de visita 16 de noviembre de 2012], p. 48.

<sup>18</sup> NUSSBAUM (2007). *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Editorial Paidós, p. 88.

La lista engloba los aspectos constitutivos y básicos que una vida que pretenda ser una buena vida debiese poseer, de acuerdo a lo que es un ser humano<sup>19</sup>. Esto se denomina la norma de especie, pues la atribución de capacidades se diseña en relación a aquellas que para la especie humana son posibles de concretar, y no sobre las capacidades actuales de los individuos<sup>20</sup>. El beneficio de una aproximación de este tipo estriba en que ya no es necesario suponer la racionalidad, la igualdad y el interés, pues lo que un ser humano puede hacer excede con creces al enfoque reduccionista reseñado por el contractualismo, como se verá en su momento. Así, lo que es relevante para saber si una persona es un ser humano no depende de lo que su cultura le diga, sino de lo que el sujeto como miembro de una especie pueda hacer, aspecto que tiene un carácter universal. Por estas razones, a diferencia de la propuesta de Sen, una lista de capacidades permite superar la indeterminación en que nos deja el maestro bengalí, al vincular a la especie humana un mínimo de habilidades que el Estado debiese otorgar o alentar en sus miembros.

El sentido que tiene esta aproximación se vincula al hecho que los seres humanos pueden llevar a cabo una serie de actividades, en cuya realización explicitan lo que son, presentando el mérito de constituir para ellos “lo valioso”<sup>21</sup>. Como lo que las personas pueden hacer va a depender de factores tan diversos como la edad, su condición física o mental, sus recursos materiales, entre otros, la sociedad debe racionalizarse como un potenciador de dichas capacidades. Es decir, lejos de tomar una sola, como lo hace el contractualismo con la racionalidad, el enfoque entiende que lo valioso descansa en lo que el sujeto puede hacer, sea aprender a valerse por sí mismo dentro de sus posibilidades, como el caso de un niño con síndrome de Down, o acceder, para un mujer, en igualdad de condiciones a empleos públicos o privados en relación a un hombre.

Dentro de la lista se incluyen, amén del tradicional respeto a la vida y a la integridad física y psíquica, algunas tradicionalmente olvidadas, pero que constituyen quizás los aspectos más insuficientemente desarrollados en nuestras sociedades, como por ejemplo: que el desarrollo emocional y afectivo no quede bloqueado por el miedo y los discursos restrictivos basados en argumentos sectarios, poder usar los sentidos, la imaginación y la mente de un modo auténticamente humano, lo cual supone, a la vez, un rediseño profundo de los modelos educativos, de las garantías de acceso a la educación, y de un financiamiento a la misma, que no impida a los futuros profesionales cargar con una mochila económica que va en directo perjuicio de su desarrollo; poder vivir con y

---

<sup>19</sup> NUSSBAUM (1987) 38.

<sup>20</sup> NUSSBAUM (2007) 284.

<sup>21</sup> MILL (2002) *El utilitarismo*. Barcelona: Alianza Editorial, p. 53.

para los otros, de tal manera de generar un sentimiento de alteridad que nos permita imaginar la situación del otro, entender que sus necesidades no surgen la mayoría de las veces de sentimientos perversos, sino que se explican a la luz de una historia marcada por la desesperanza o la humillación, lo cual supondría un paso enorme en contra de la discriminación por orientación sexual, origen social o étnico<sup>22</sup>.

Como ha puntualizado S. Alkire, la lista de Nussbaum tiene un carácter fuertemente prescriptivo y universalista<sup>23</sup>, aspecto que sería muy problemático, ya que estaría formulando una crítica a los valores y prácticas de otras culturas que podrían tener un marco de pensamiento diverso para entender estos elementos, asumiendo una postura con una marcada preeminencia de los valores liberales occidentales<sup>24</sup>. De ahí, además, la cautela de Sen ante el diseño de una lista bien definida. En general, Nussbaum ha sostenido que su lista es un marco que debe acomodarse a las circunstancias concretas en las que se aplica, pero que es consistente con aquello que hace a un ser humano un ser humano<sup>25</sup>. Es decir, por un lado rechaza la supuesta falta de sensibilidad al contexto de la que adolecería una lista con un carácter a priori y, por otro –y esto nos parece central, al reivindicar que su lista recoge de manera intuitiva las capacidades básicas de un ser humano–, rechaza también la debilidad que supondría su universalismo.

La estrategia de Nussbaum consiste en predicar de su lista, la objetividad. Esta objetividad no se logra preguntando a cada grupo o cultura lo que entiendan que deba ser desarrollado<sup>26</sup>, o incluso a cada sujeto, pues podríamos, vía la satisfacción de los intereses, estar alimentando las limitantes culturales a las que nos referiremos más adelante como preferencias adaptativas. Esta debilidad que estaría presente en el enfoque tal como lo entiende Sen al darle prevalencia al contexto, debe ser superada por medio de la apelación a un criterio objetivo de evaluación que nos permita ponderar los funcionamientos actuales de los sujetos<sup>27</sup>. El criterio propuesto pasa por desnudar el núcleo del funcionamiento humano, es decir, aquel espacio que no puede estar sometido a las variaciones culturales sin afectar las propiedades más elementales que poseemos como especie y que nos permitan, en clave aristotélica, alcanzar nuestra excelencia.

---

<sup>22</sup> NUSSBAUM (2007) 88.

<sup>23</sup> ALKIRE (2002) *Valuing Freedoms. Sen's Capability Approach and Poverty Reduction*. New York: Oxford University Press, p. 54.

<sup>24</sup> CLARK (2006) *The capability approach: its Development, Critiques and Recent Advances*. Disponible en: <http://economics.ouls.ox.ac.uk/14051/1/gprg-wps-032.pdf> [fecha de visita 12 de Noviembre de 2012], p. 7.

<sup>25</sup> NUSSBAUM (2007) 65.

<sup>26</sup> NUSSBAUM (1987) 38.

<sup>27</sup> NUSSBAUM (1987) 39.



La cuestión involucrada aquí es si una determinada capacidad o función es importante para una persona, de tal forma que su carencia le impediría alcanzar una forma de vida auténticamente humana. Así, y dejando a un lado los relativismos culturales, existe un nexo común entre todos nosotros, así todos somos mortales, tenemos necesidades corporales, materiales, mentales, requerimos refugio, estar en contacto con otros seres para cumplir nuestros objetivos, entre otros<sup>28</sup>. El punto a destacar aquí es que son estas capacidades básicas las que deben, en primer lugar, satisfacerse o fortalecerse; el cómo o en qué medida dependerán de cada lugar, pero no podrían dejarse a un lado bajo el pretexto que en determinada cultura, no son relevantes. Dicha visión permite que muchas personas se pongan de acuerdo en una lista única, como vía de garantizar formas de vidas diversas una vez satisfecho ese núcleo<sup>29</sup>.

Como se ha dicho, el enfoque ofrece una lista de capacidades, sin pretender que estas sean las únicas, pues entiende que los ciudadanos presentan muchas formas de vida distintas, las cuales pueden ir adaptándose a las circunstancias concretas, de ahí que sea razonable pensar en capacidades como las que se indican, pues abarcan buena parte de lo que es valioso para una persona según su condición. Esta idea nos parece radical en relación al contractualismo. Dichas teorías, en general, sostienen la prioridad de unos pocos principios, y la elección de algunos bienes que deberían ser distribuidos entre las personas de forma o bien equitativa (Rawls) o bien según la norma de los intercambios libres (Nozick). Para la tesis que defendemos, sin embargo, los bienes a distribuir son plurales y no comparables o intercambiables entre sí<sup>30</sup>, lo cual nos lleva a una conclusión tremendamente relevante pero a la vez exigente: todos son necesarios para una vida humana digna.

Como se ve, el acento pasa por una visión no homogénea del bien, lo cual se traduce en que las convicciones estimativas que tiene cada persona deberán respetarse y potenciarse, fungiendo el Estado en un facilitador en el acceso al desarrollo de las mismas. Esto, a su vez, supondría una transformación de diversas instituciones si el norte fuese el bienestar, pues es claro que muchas sociedades impiden el acceso a una gama adecuada de opciones valiosas para su población<sup>31</sup>.

## 2.2) CAPACIDAD Y LIBERTAD

Las capacidades solo pueden darse bajo determinadas circunstancias. En este sentido, la idea que la persona escoja su plan de vida debe estar

<sup>28</sup> NUSSBAUM (1987) 42.

<sup>29</sup> NUSSBAUM (2007) 187.

<sup>30</sup> NUSSBAUM (2007) 172.

<sup>31</sup> RAZ (2001) *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Editorial Gedisa, p. 36.

relacionada con la existencia de condiciones que permitan efectivamente la elección; donde la libertad se encuentre restringida, la capacidad también lo estará<sup>32</sup>. Nussbaum, por otro lado, ha notado muy agudamente que la elección no solo desaparece cuando existen circunstancias que impidan la adquisición de las habilidades, sino también cuando, siendo portadoras de ellas, no se presenten las condiciones necesarias para su activación<sup>33</sup>. Lo anterior nos permite diferenciar por ejemplo la situación de dos personas que se encuentran en una situación de desnutrición, pues podría darse el caso que el sujeto A llegue a ese estado producto de una huelga de hambre, y el sujeto B debido a la falta de alimentos en su localidad, derivada de guerras o desastres naturales. Es claro que solo el sujeto A ha estado en condiciones de elegir su nivel particular de funcionamiento, no obstante que ambos se encuentran en una situación similar<sup>34</sup>.

Centrarse en las condiciones de elección es un aspecto extremadamente relevante, pues los seres humanos generalmente pensamos que podemos hacer lo que nuestro entorno nos dice que podemos. Este tipo de preferencias es la que se denomina “preferencia adaptativa”<sup>35</sup>, es decir, aquellas surgidas y justificadas por la tradición, el prejuicio, la discriminación o las carencias. Las preferencias son realidades psicológicas que subyacen a nuestras elecciones<sup>36</sup> pero que tienen una construcción muy compleja. Esta construcción es usualmente invisibilizada por el contractualismo, y al hacerlo, se ve impedido de captar adecuadamente las vías por medio de las cuales se edifican<sup>37</sup>.

El enfoque, por tanto, nos permite evaluar la serie de obstáculos o ausencia de incentivos para que las personas puedan adquirir sus capacidades o bien desarrollarlas, arrojando luz sobre el peso que la cultura tiene en función de nuestras habilidades. En este sentido, la libertad dentro del enfoque se entiende como el poder de alcanzar aquello que uno elegiría en condiciones de igualdad material, de tal forma que un fortalecimiento de la libertad, según esta interpretación, supondría también, aunque la relación no es necesaria, un aumento del bienestar<sup>38</sup>.

Un problema que surge a propósito de este tópico pasa por reflexionar sobre la tensión que existe entre el desarrollo de las capacidades y el rol que el Estado tiene a este respecto. Para R. Dworkin, por ejemplo, el Gobierno debería estar preocupado por la erradicación de las desigualda-

---

<sup>32</sup> SEN (1999a) *Development as Freedom*. New York: Oxford University Press, p. 30.

<sup>33</sup> NUSSBAUM (2007) 22.

<sup>34</sup> SEN (2005) 156.

<sup>35</sup> NUSSBAUM (2007) 85.

<sup>36</sup> NUSSBAUM (2001) *Women and human development: the capabilities approach*. New York: Cambridge University Press, p. 120.

<sup>37</sup> NUSSBAUM (2001) 121.

<sup>38</sup> SEN (1992) *Inequality reexamined*. New York: Harvard University Press, p. 62.

des sociales, no por las capacidades de las personas<sup>39</sup>, pues de lo contrario se caería en un paternalismo que implicaría subrogarse en el papel que la elección tiene como parte de la dignidad humana. El problema central estaría en que se rebasaría el margen de acción que tiene el Gobierno, pues decantarse por el desarrollo de las capacidades sería hacerlo por una determinada concepción del Bien, lo cual en sociedades liberales se tornaría en inadmisible.

Una manera de dilucidar este problema consiste en preguntarnos por la razón que justifica la existencia del Estado. Nussbaum, en su interpretación de Aristóteles, sostiene que el legislador es el responsable del diseño de una institucionalidad que permita de manera amplia y profunda el desarrollo de una buena vida no solo para la elite, sino que para todos sus habitantes<sup>40</sup>, en la cual cada individuo sea capaz de elegir y ejercitar aquellas funciones que le son propias según dicta la razón práctica<sup>41</sup>. Asumir esta perspectiva no es en nuestra visión caer en un paternalismo, pues siempre sería el sujeto el que tendría que escoger, una vez alcanzada su capacidad, si la pone en funcionamiento o no<sup>42</sup>. En este sentido, el enfoque de las capacidades no pretende suplantar el papel que la agencia moral tiene, pues su preocupación pasa precisamente por despejar los obstáculos que le impedirían actuar con libertad<sup>43</sup>.

Volviendo a la crítica de Dworkin, y en esto se insistirá más adelante, existe una relación inescindible entre desigualdades sociales y capacidades. De hecho, un instrumento que ha surgido del enfoque de las capacidades, el Índice de Desarrollo Humano, mide precisamente el peso que factores como el acceso a la salud, a la educación, a las tecnologías de información, recreación, protección de los derechos humanos, tienen para la calidad de vida de las personas. Si esto es así, entonces los Estados tienen el deber de diseñar e implementar políticas que permitan mejorar el funcionamiento de sus habitantes. Con ello, el problema real no es que el enfoque se decante por una cierta concepción del Bien, sino que el tipo de concepción del Bien por la que lo hace. Esto nos obliga a distinguir entre concepciones comprensivas del Bien y concepciones parciales<sup>44</sup>.

Las primeras se caracterizan por buscar que las personas se vuelvan buenas personas, es decir, se distinguen por su marcado paternalismo, mientras que las segundas están más bien orientadas al diseño de un marco que permita a las personas la elección de lo que entiendan por

<sup>39</sup> DWORKIN (2000) *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press.

<sup>40</sup> NUSSBAUM (1987) 7.

<sup>41</sup> NUSSBAUM (1987) 11.

<sup>42</sup> ROBEYNS (2003a) 52.

<sup>43</sup> SEN (2011) *La idea de la justicia*. Bogotá: Taurus, p. 300.

<sup>44</sup> NUSSBAUM (2007) 77.

una buena vida. El enfoque pertenece a las segundas, pero con un matiz importante, pues este marco se funda en el hecho que las personas tienen ciertas capacidades y que el Estado debe permitir que estas se desarrollen para que las personas puedan elegir ponerlas en funcionamiento o no.

Como vemos, el enfoque supone una cierta concepción moral. Por ello, en ningún caso puede presentarse como neutral pues asume ciertos valores, esto no puede ser negado, pero no es una concepción paternalista sino más bien liberal<sup>45</sup> en el sentido que las elecciones informadas juegan un rol crucial tanto como parámetro de evaluación de las políticas públicas como del grado de bienestar de los ciudadanos.

### 2.3) INDIVIDUALISMO

Otro aspecto importante se vincula al hecho que el enfoque olvidaría la importancia que la comunidad a la que pertenece el sujeto tiene para él, al colocar demasiado énfasis en su desarrollo individual<sup>46</sup>. Sin embargo, los críticos pasan por alto que el individualismo puede ser separado en un individualismo moral y en un individualismo metodológico u ontológico. El primero indica que son los individuos la única unidad de la reflexión moral, mientras que el segundo sostiene que solo los individuos y sus propiedades existen. La diferencia estriba en que una cosa es decir que los fenómenos, por ejemplo, vinculados al multiculturalismo deben ser analizados en función del grado de bienestar de los sujetos del grupo, y otra muy distinta es negar que los grupos existan como una entidad independiente de los sujetos. El enfoque de las capacidades es individualista en el primer sentido, pero no en el segundo, pues reconoce el peso de la cultura en orden a la transformación de las capacidades en funcionamientos. En este sentido, Sen ha indicado que las opciones de una persona dependen de las relaciones que puedan entablar con otros, con el Estado o sus instituciones u órganos<sup>47</sup>, de tal forma que el problema del “grupo” pasa por entenderlo como una herramienta de la cual valerse para ir en ayuda del sujeto, que es en definitiva la preocupación central.

De esta forma el enfoque se desmarca de posturas que niegan la existencia de los grupos, ya que estos se presentan como espacios necesarios para el desarrollo de las personas, pero también lo hace de posturas comunitaristas que ven en el grupo el verdadero objeto de preocupación moral. Cada persona es entendida como un fin en sí misma y cada persona tiene una sola vida, de ahí que sea el funcionamiento de cada uno el que preocupa al enfoque y no el promedio global.

---

<sup>45</sup> NUSSBAUM (2007) 77.

<sup>46</sup> DENEULIN & STEWART (2002). “Amartya Sen’s Contribution to development thinking”. *Studies in Comparative International Development*, N° 32.

<sup>47</sup> DRÉZE & SEN (2002) *India: Development and Participation*. Oxford: Oxford University Press, p. 6.

## 2.4) ¿CAPACIDAD O FUNCIONAMIENTO?

El problema consiste en determinar si al enfoque le basta con garantizar la adquisición de las habilidades básicas o además debe ir más allá, y garantizar también que estas se pongan en funcionamiento.

Es claro que si las cuestiones de justicia, entendidas como desarrollo de las capacidades, tienen una prioridad moral sobre consideraciones de otro tipo, no nos basta simplemente con el ejercicio de deberes negativos (no dañar), sino que nos obliga a un compromiso fuerte por asegurar materialmente el florecimiento de las personas (mejorar su calidad de vida). Por ejemplo, una distribución más equitativa de los ingresos o mayores prestaciones sociales permitirían garantizar una vida más acorde con la dignidad humana que simplemente quedarnos en deberes de abstención. Ya hemos indicado que el enfoque no defiende una visión paternalista, pero el problema que se genera es que en algunas situaciones no bastaría con que las personas elijan en condiciones de libertad informadas, sino que las capacidades realmente se actualicen.

Según defiende la filósofa norteamericana, en principio es responsabilidad de las personas, una vez que se garantice un umbral mínimo, desarrollar o no las capacidades, pero esto no es obstáculo para que, en áreas como el autorrespeto y la dignidad, el Estado vea en el funcionamiento un objetivo a implementar. Esto es claro en materia de protección de la infancia, en la cual la educación obligatoria o una edad mínima para el consentimiento sexual resultan justificadas por la inmadurez de los menores<sup>48</sup>. También lo es tratándose de discapacitados o personas con enfermedades neuronales severas, casos en lo que no es suficiente con la entrega de las habilidades sino que estas también funcionen, pues de otra forma se estaría violando la dignidad de esos individuos<sup>49</sup>.

Nosotros creemos que en el fondo la distinción entre capacidad y funcionamiento lleva a una confusión de la cual este debate sería un ejemplo, pues en realidad los logros de los que somos capaces no están desligados del proceso por el cual estos se ponen en funcionamiento<sup>50</sup>. Lo anterior quiere decir que la cuestión de si el Estado debe perseguir o no la actualización de las capacidades oculta el hecho que la adquisición de una habilidad ya supone su funcionamiento, con lo que el problema versaría en el fondo sobre el grado en que el Estado se involucra en el funcionamiento, no si debe hacerlo o no.

---

<sup>48</sup> NUSSBAUM (2007) 178.

<sup>49</sup> NUSSBAUM (2007) 200.

<sup>50</sup> SEN (1992) 50.

### 3) LOS PROBLEMAS DEL CONTRATO SOCIAL

Los modelos del contrato social pueden agruparse en tres grupos<sup>51</sup>:

1. El modelo individualista (Hobbes y Buchanan).
2. El modelo libertario (Locke y Nozick).
3. El modelo universalista (Rousseau, Kant y Rawls).

Si bien dichos modelos son profundamente divergentes entre sí, tanto en sus supuestos básicos como en sus razonamientos y conclusiones, tienen sin embargo una serie de nexos que los unen. El primero está dado por la circunstancia que el fundamento último de los principios que se eligen descansa en la autonomía moral de las personas. Los principios se legitiman en tanto las personas son pensadas como racionales y libres. Esta visión de la personalidad, que podemos llamar personalidad kantiana, entiende a la libertad como un ámbito de la racionalidad, y a esta como condición de pertenencia al género humano.

Ahora bien, teniendo esto en cuenta, debemos precisar que no es suficiente con una idea semejante para generar el contrato, pues autonomía contractual puede existir solo si entre las partes se da una igualdad aproximada. Si esta no existe, las voluntades no pueden entrelazarse, dada la disparidad que existiría entre ellas. Este es el que podemos llamar criterio de Hume o de la igualdad.

Pero no basta con el hecho de la racionalidad y de la igualdad, pues las voluntades deben encontrarse animadas por algo, es decir, si existía una situación precontractual, un estado de naturaleza, las personas debieron, por alguna razón, salir de él y formar la comunidad política. Esta razón descansa en la utilidad, es más beneficioso celebrar el contrato que no hacerlo. Es el principio del beneficio mutuo.

Así tenemos que las teorías del contrato social suponen un cierto concepto de persona, una exigencia de igualdad y de utilidad recíproca. Gracias a la caracterización que hemos hecho del enfoque de las capacidades, podremos apreciar lo problemático de estos supuestos contractualistas<sup>52</sup>.

#### 3.1) LA RACIONALIDAD

Comencemos con la llamada personalidad kantiana. Este es un aspecto tremendamente relevante, quizás incluso más que los otros, pues el

---

<sup>51</sup> KERN Y MÜLLER (2000) *La justicia: ¿discurso o mercado?* Barcelona: Gedisa, p. 30.

<sup>52</sup> En este trabajo no abordaremos la línea propuesta por Sen en orden a la conceptualización de la Justicia en sede contractualista como “institucionalista trascendental”. Esto implicaría, según Sen, que la tradición ilustrada estuvo más preocupada por la indagación de las instituciones ideales de justicia antes que preguntarse sobre los procesos de elección que las personas normales realizan entre alternativas reales. En buena medida el enfoque parte de este punto, pues lo que interesa es precisamente centrarse en lo que un ser humano puede hacer, para de ahí proponer un diseño institucional. Sin embargo este es un aspecto que abordaremos en trabajos posteriores.

enfoque contractual requiere necesariamente suponer la libertad y la racionalidad para que la estructura del argumento sea plausible. Para Kant, el estado de naturaleza es de juridicidad provisional, es decir, el hombre goza de ciertos derechos innatos, los cuales sin embargo no están del todo protegidos<sup>53</sup>. Esto genera que se cree la sociedad civil, única vía que puede proteger efectivamente dichos derechos. Ahora bien, para salir de ese estado es preciso suponer que las voluntades actúan con conocimiento de su situación, llevando a cabo una serie de juicios morales, los cuales a su vez se justifican mediante un reenvío a su conocida tesis del imperativo categórico. Así, según Kant, si en algo nos diferenciamos de los animales es en nuestra racionalidad y moralidad, ellas son las fuentes de nuestra dignidad. Como el propio autor nos ilustra, “el valor moral de la acción no reside en el efecto que de ella se espera (...) pues todos esos efectos pudieron realizarse por medio de otras causas, y no hacía falta para ello la voluntad de un ser racional, que es lo único donde puede, sin embargo, encontrarse el bien supremo y absoluto”<sup>54</sup>.

Para Rawls, por ejemplo, quien se inserta en esta tradición, la justificación central de sus principios de justicia radica precisamente en dicha característica. La elección de los principios supone un grado mínimo de racionalidad, tomando como un rasgo evidente que la mayoría de las personas la poseen, “doy por supuesto que la inmensa mayoría de los seres humanos posee la capacidad de albergar un sentido de justicia (...) Solo algunos individuos dispersos no gozan de esta capacidad o de su realización en un grado mínimo”<sup>55</sup>. De hecho, como afirma en una de sus obras posteriores, no existiría una obligación de tratar de acuerdo a los deberes de la justicia a quienes no tengan esta mínima capacidad, de ahí que en relación a ellos bastaría un trato basado en la compasión o en la caridad.

Nozick, otro contractualista que tomamos como ejemplo, aunque de una forma diversa, centra también en la racionalidad lo medular de su aporte. Este autor entiende al Estado como una asociación voluntaria de hombres, proponiendo una forma de entender la justicia en términos de las negociaciones que se realicen libremente entre las personas, esto es, en ausencia de fraude o coacción. Los principios que propone, como el de adquisición, que determina la forma en que la propiedad de los recursos puede ser legítimamente adquirida, el de transferencia, que determina como los bienes pueden ser legítimamente traspasados, o el de rectificación, que pretende enmendar los problemas generados con una incorrecta aplicación de los otros dos principios<sup>56</sup>, son siempre entendidos en térmi-

<sup>53</sup> FASSÓ (1981) *Historia de la Filosofía de Derecho*. Madrid: Ediciones Pirámide, T. 2, p. 277.

<sup>54</sup> KANT (2007) *Fundamentación metafísica de las costumbres*. Buenos Aires: Editorial Porrúa, p. 26.

<sup>55</sup> KANT (2000) 489.

<sup>56</sup> URBINA (2006) *Lecciones de filosofía del derecho*. Madrid: Editorial Tirant lo Blanch, p. 155.



nos de la relación que guardan con una libertad, conceptualizada como cálculo racional de bienes y servicios.

Sin embargo, la exigencia de la racionalidad tal como aparece en la tradición contractualista, implica convertir a las capacidades mentales y morales en condiciones básicas para la existencia de la sociedad civil<sup>57</sup>, dejando fuera desde un comienzo a todo un espectro de seres, esos que Rawls llama unos pocos individuos dispersos<sup>58</sup>. El problema radica en que, en un primer nivel, se exige una serie de características a las partes que intervienen en la formación del contrato, para que puedan elegir los principios políticos que informarán a la sociedad, mientras que en un segundo nivel, posterior a dicha elección, a esos seres dispersos que no participaron en el proceso les tocará vivir en un mundo no pensado para ellos.

Para explicar estas ideas propondré algunos ejemplos que graficarán cómo la tesis contractualista excluye a grupos de la población que no han participado en el diseño institucional. Pensemos en la visión que desde los trabajos de Nozick surge sobre la justicia en salud. Para el autor, la única función del Estado reside en resguardar los derechos negativos de las personas, de ahí que no pueda intervenir dentro de la esfera de libertad de los ciudadanos con políticas distributivas, pues hacerlo supondría lesionar el pilar de su teoría, el supuesto que los únicos intercambios lícitos son los voluntarios<sup>59</sup>. Tristán Engelhardt, en esta línea, propone lo que llama “principio del permiso”, el cual ya no solo supone la libertad sino que el consentimiento de la persona para poder justificar medidas paliativas. Escrib: “no existe ningún derecho moral secular fundamental humano para recibir asistencia sanitaria (...) Teniendo en cuenta que la autoridad moral de la acción colectiva procede de la autorización o del consentimiento, resulta difícil obtener legitimidad moral que permita imponer en el sistema sanitario una entre las muchas visiones existentes de la beneficencia y la justicia”<sup>60</sup>.

¿Quiénes quedan fuera en el fondo? Aquellos que no han podido acumular bienes. El modelo de Nozick entiende que es suficiente con asegurar los derechos de propiedad, desde los cuales las personas deberán extraer lo necesario para su salud, pero comete el error de entender a la libertad descontextualizada de los ingresos, en circunstancia que estos muchas veces determinan el margen de libertad que se puede ejercer<sup>61</sup>, pues, si las posibilidades económicas son bajas, la libertad se verá restringida,

---

<sup>57</sup> NUSSBAUM (2007) *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Editorial Paidós, p. 140.

<sup>58</sup> MORALES (2009). “Justicia y Derechos Humanos: posibilidades de una reflexión desde los planteamientos rawlsianos”. *Convergencia*, N° 51, septiembre-diciembre, p. 232.

<sup>59</sup> NOZICK (1991) *Anarquía, estado y utopía*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, pp. 155-156.

<sup>60</sup> ENGELHARDT (1995) *Los fundamentos de la bioética*. Barcelona: Editorial Paidós, p. 401.

<sup>61</sup> KERN Y MÜLLER (2000) 44.



pero los intercambios se justificarán al no llevarse simplemente a cabo mediante coacción<sup>62</sup>.

En Rawls, quien, como se sabe, ofrece una teoría fuertemente distributiva, el problema lo observamos en relación a la discapacidad. Su obra diseña algunos principios de justicia, el principio de igualdad y el de diferencia, bajo el supuesto que las personas que los diseñan y para aquellos a quienes se diseña son personas cooperantes que están en posesión de todas sus capacidades<sup>63</sup>. Es claro, y él mismo lo afirma, que la situación de aquellos que no presentan una condición normal, los discapacitados, especialmente los más graves, si bien constituye una preocupación urgente, deberá quedar reservada para el estadio legislativo, pues lo central pasará por la solución del caso fundamental, es decir, de los miembros sanos y cooperantes<sup>64</sup>.

Así, una persona con síndrome de Down no es, según los contractualistas, un ser moralmente relevante en términos políticos. De hecho, su deficiencia deviene en un rasgo que lo define por lo que es<sup>65</sup>, es decir, un ser que carece del estándar requerido para participar como miembro normal de la vida social. El proceso de estigmatización opera por ende no por el reconocimiento de la diferencia, lo que supondría decir: él es un otro, sino mediante la división del mundo en sitios en los que puede estar, que son los que les corresponden, y aquellos que no<sup>66</sup>.

Sin embargo, un discapacitado se transforma en tal en buena medida porque el entorno en el cual se desarrolla no es amigable, los espacios públicos y privados no están diseñados para los que se desvían del estándar de normalidad<sup>67</sup>, esgrimiéndose muchas veces el argumento que los presupuestos son insuficientes, y que por ello deben destinarse a satisfacer las necesidades de la mayoría. Sin embargo, nos parece que el problema no es tanto el financiamiento, creemos que la traba central pasa por el hecho que la sociedad desde el inicio está pensada como excluyente, construyéndose sobre el mito del hombre productivo, autosuficiente y capaz. En las teorías del contrato social, esta visión del individuo aparece como un supuesto, introduciendo la consideración que los que tienen necesidades

<sup>62</sup> SEN (1992) 88.

<sup>63</sup> RAWLS (2002) 67.

<sup>64</sup> Como argumenta Sen, la regla "maximin" de Rawls se aplica con éxito para el caso de los bienes primarios, sin embargo, cuando se entra al campo de las capacidades, y con ello al de la calidad de vida, se vuelve poco operativa, pues no todas estas habilidades suponen una mensurabilidad. Así, el despliegue de muchas capacidades no se vincula necesariamente con políticas de distribución de recursos, sino que a mecanismos de empoderamiento social plasmados en reformas sociales, como sería el caso del acceso de los homosexuales a formalizar sus relaciones, o a un mayor equilibrio en el reparto de los roles al interior del hogar.

<sup>65</sup> GOFFMAN (2006). *Estigma*. Buenos Aires: Amorrortu editores, p. 25.

<sup>66</sup> GOFFMAN (2006) 102.

<sup>67</sup> NUSSBAUM (2006) *El ocultamiento de lo humano*. Buenos Aires: Katz, p. 352.

atípicas sean vistos como seres dependientes, faltos de competencia e improductivos<sup>68</sup>.

En definitiva, desde la perspectiva contractualista y su énfasis en la racionalidad, algunos quedarán fuera, no porque la teoría sea insuficiente o incompleta, como si en elección de otros principios ellos quedarían incorporados, sino porque la propia idea de un contrato o acuerdo social necesariamente debe marginarlos.

### 3.2) EL CRITERIO DE HUME

Pasemos ahora al criterio de Hume. Si bien este autor no es un contractualista, nos proporciona una muy interesante reflexión sobre lo que se denominan las circunstancias de la justicia, elemento muy relevante dentro de las actuales teorías del contrato social<sup>69</sup>. Dentro de ellas, junto al egoísmo, motivo originario del establecimiento de la justicia y al altruismo limitado, pensado como fuente de la aprobación moral de la justicia<sup>70</sup>, nos interesa destacar dos circunstancias que Hume agregará posteriormente: una provisión mínima de bienes materiales y una cierta igualdad entre las personas<sup>71</sup>. El razonamiento es sin duda sugerente, pues nos indica que sociedad civil mal puede existir en condiciones de absoluta escasez, en ellas solo reinaría la fuerza del poderoso, pero tampoco puede darse entre seres demasiado débiles o con escasa racionalidad, pues entonces no habría forma de hacer cumplir los pactos. De hecho reflexiona que solo estamos obligados “por las leyes de la humanidad a hacer un uso gentil de estas criaturas, pero no estamos respecto de ellas, hablando con propiedad, bajo ninguna limitación de justicia”<sup>72</sup>.

La conexión con el tema de la racionalidad, nos parece, surge de manera clara. No se trata solo de presentarnos al contrato social como cimentado sobre la racionalidad de sus partes en tanto requisito necesario para la elección de los principios, sino que de pensarlo desde un punto operativo. Con esto queremos decir que *societas* solo puede existir si sus miembros son más o menos iguales entre sí, lo cual deja a los no iguales en una situación de exilio, tanto en el diseño de la sociedad, etapa en que no son considerados, como en el funcionamiento de la misma, etapa en que son jerarquizados.

---

<sup>68</sup> NUSSBAUM (2006) 356.

<sup>69</sup> MASSINI (2005) *Filosofía del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, T. II, p. 89.

<sup>70</sup> HUME (1998) *Tratado de la naturaleza humana*. Madrid: Tecnos, p. 450.

<sup>71</sup> HUME (1983) *An enquiry concerning the principal sor morales*. Indianapolis: Hackett Publishing, p. 23.

<sup>72</sup> HUME (1983) 25.

Lo que nos dice la tradición contractualista hoy, ejemplificada por Rawls y Nozick, es que la justicia solo puede darse entre seres aproximadamente iguales, conclusión muy discutible, pues la justicia debe estar presente precisamente en las situaciones de mayor asimetría. Nussbaum incluso concede que en algunos supuestos desesperados pueda ser efectivo que la que justicia sea una quimera “pero eso no significa que no sea concebible, y que no sea posible preguntar por qué surgieron unas condiciones que impiden la realización de la justicia”<sup>73</sup>.

Sin embargo, lo igual resulta ser una categoría más densa de lo que el contractualismo nos pretende presentar, pues los criterios demarcatorios no son siempre fácil objeto del consenso social, fungiendo de hecho la sociedad como el marco que determina históricamente lo aceptable y lo que no lo es. El problema de intentar presentar una sociedad formada por iguales trabaja, por ende, en varios sentidos, contrapuestos entre sí, tornando en muy complejo el fenómeno, pues por un lado no reconoce la diferencia y, por el otro, trata a algunas diferencias como esencialmente marginalizables. Es decir, oculta algunas y esencializa otras.

La dificultad estriba en no reconocer a la diferencia como un hecho constitutivo y no como una dificultad que debemos pasar por alto para el diseño del contrato<sup>74</sup>. Lo anterior queda claro si nos centramos en los desafíos que implica el multiculturalismo. El enfoque de las capacidades supone un intento de posicionar en forma coherente un elemento clave de la experiencia humana. Este elemento consiste en el hecho que si bien las elecciones que realizamos las hacemos de forma individual e independiente, de ahí que seamos responsables de ellas, estas son solo posibles si existen otros que nos permitan acceder a ellas<sup>75</sup>. Así, si yo quiero ser médico, necesito estudiar en una universidad, y que luego existan espacios para que después pueda trabajar y perfeccionarme, es decir, mis capacidades solo se pueden desarrollar si otros me permiten hacerlo, y si otros me proveen los elementos para ello. Es la clase de situaciones a las que nos enfrentamos cuando estudiamos el paradigma del multiculturalismo<sup>76</sup>.

Este es un tema muy complejo, que desnuda las debilidades del contractualismo, pues la respuesta tradicional, durante mucho tiempo, fue el negar autonomía a los grupos locales sobre una base de igualdad política. Como se sabe, esto ha cambiado en forma relevante en los últimos años, pero, a pesar de ello, los problemas subsisten. Entendemos que esto se debe a una incomprensión del valor que justifica los derechos colectivos,

<sup>73</sup> NUSSBAUM (2007) 273.

<sup>74</sup> SEN (1999) 18.

<sup>75</sup> DREZE y SEN (2002) 6.

<sup>76</sup> HENRÍQUEZ (2011). “Interculturalidad y discapacidad auditiva”. *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, N° 58, p. 16.

los cuales no se ajustan en ninguna caso a la visión contractualista clásica, incluso en su vertiente más liberal.

Desde luego ha sido muy dificultoso para la teoría política insertar a los derechos colectivos dentro de los esquemas tradicionales, toda vez que no cumplen con el estándar tradicional explicitado, especialmente con la idea que los principios que justifican la sociedad han sido elegidos por individuos, racionales, iguales y motivados por el autointerés, ¿cómo explicar que la elección la realicen los grupos?, ¿cómo justificar que los grupos tengan derechos innatos?

Una de las salidas a este problema es la presentada por Rawls. Este autor es partidario de la reductibilidad de todos los valores a un valor que sirva como denominador común a la multiplicidad de estilos valiosos incompatibles y rivales<sup>77</sup>. Este valor común, que es elegido bajo las restricciones que establece en su obra, permite salvar la visión consensual de la sociedad. Sin embargo, lo que oculta en realidad es la razón que hace que sea valiosa la protección de los grupos, la cual pasa por la relación que se da entre el individuo y su grupo, y que no tiene nada que ver con una “elección de principios abarcadores”.

En el contractualismo, un derecho aparece como un aspecto puramente instrumental enmarcado dentro de mecanismos de transacción política. Por el contrario, nosotros sostenemos que es precisamente esta visión la que ha imposibilitado la articulación de un discurso que pase de considerar solo al individuo como epicentro del tejido social y a lo comunitario como algo marginal, o a lo sumo secundario, a percibir que lo humano se construye además en lo comunitario, y que es también dicha pertenencia un factor susceptible de atribuir derechos tanto al sujeto como –y esto es lo más interesante– al grupo en cuanto tal<sup>78</sup>. Lo anterior es clave, pues es solo mediante un replanteamiento de estos espacios como capaces de proporcionar un discurso ético a sus miembros, que podremos dar el paso en orden a su visibilidad.

Pero, ¿qué es una comunidad? Básicamente es aquella agrupación de individuos que reconoce la radical dependencia del Otro en el entramado general de la vida, y que será única o principalmente en el ejercicio de virtudes que reconozcan esta dependencia donde estos alcanzarán su florecimiento. Con ello no estamos diciendo que todos vivamos en este tipo de realidades, pues –y ya resulta un lugar común insistir en esto– nuestra sociedad tiende hacia la individualidad mediante la destrucción de lo que puede haber de comunitario en nuestro entorno; solo queremos resaltar su importancia.

---

<sup>77</sup> RAZ (2001) 194.

<sup>78</sup> Este es un fenómeno propio de los últimos 40 ó 50 años, como lo demuestra la progresiva adopción por parte de numerosos Estados de instrumentos que reconocen sus minorías internas (lingüísticas, sexuales, étnicas, etc.).

Así, nuestra vida tiene sentido en función de las opciones que se encuentran disponibles, y estas a su vez se generan por medio de prácticas que dan vida a los diversos grupos en que nos insertamos (de ahí que la educación sea tan importante si estas prácticas impiden el desarrollo de las capacidades). Ocurre, por tanto, que la pertenencia a un grupo no es algo trivial o accidental, sino que informa nuestro modo de ser. Así, pertenecer a una etnia indígena, por ejemplo, es determinante para establecer la identidad del sujeto, las opciones de vida que puede desarrollar y la calidad de la misma; de ahí que, si protegemos al grupo, estaremos en el fondo contribuyendo a la prosperidad de sus miembros<sup>79</sup>. Esto nos obliga a decantarnos por una visión en que todas las culturas se nos presentan como valiosas (al menos en principio), pues permiten el desarrollo de modelos de vida que en sí mismos son para sus miembros los espacios en los cuales ejerciten el conjunto de prácticas capaces de dotar de sentido a sus vidas. También nos lleva a comprometernos con la idea que, dada esta equivalencia y el hecho que no es posible para una persona pertenecer a todos los grupos a la vez, el conflicto y la diferencia sean efectivamente el motor de la sociedad, y no un problema que deba ser solucionado por medio de la uniformidad que en sí trae aparejado el contractualismo.

Ahora bien, cuando hablamos de equivalencia, no estamos diciendo que el enfoque acepte toda práctica en su seno. Aquí juega un rol importante el razonamiento público y lo hace por medio de la construcción de una sociedad en la cual sea posible someter a crítica el diseño de las instituciones sociales<sup>80</sup>. El punto que se quiere destacar es que las diferencias han sido en ocasiones maximizadas, pues la historia reciente muestra que en muchos lugares las revueltas sociales presentan variados aspectos en común: más igualdad, mejores salarios, protección laboral, paz social, educación, alimentación, entre otros. De esta forma, cuando las fronteras se traspasan, observamos una comunidad de intereses esenciales, que tienen como objetivo acabar con algunas problemáticas también comunes al género humano, así, lo que desvela la crítica pública es precisamente esta unidad, sirviéndonos de parámetro para evaluar el estado de satisfacción de los ciudadanos.

Por último, si vinculamos este razonamiento que pone énfasis en el procedimiento democrático propio de Sen al fundamento esgrimido por Nussbaum sobre las capacidades<sup>81</sup>, apreciamos una robusta teoría preparada para hacer frente a los modernos desafíos del multiculturalismo y, con ello, a los problemas de la igualdad.

---

<sup>79</sup> RAZ (2001) 192.

<sup>80</sup> SEN (2005) 161.

<sup>81</sup> Ver Supra.

### 3.3) EL BENEFICIO MUTUO<sup>82</sup>

Veamos por último la idea del beneficio mutuo. Se supone que los hombres salen del estado de naturaleza pues es más ventajoso hacerlo que permanecer como estaban. Como podemos inferir, a su vez este interés resulta plausible en tanto las partes del contrato sean más o menos iguales y capaces; si no lo son, no se daría este requisito. El efecto consiste en que dada la desigualdad existente en el mundo real, interés en interactuar con aquellos de los que no se pueda extraer un beneficio, no vamos a tener, lo cual, como indica Nussbaum, convierte al contractualismo en un instrumento inútil para atajar los problemas más urgentes en nuestras sociedades<sup>83</sup>.

El papel del beneficio mutuo es coherente dentro del enfoque contractual, pero para la teoría presentada en este trabajo resulta muy problemático. Como se ha indicado, pensar a la sociedad en términos de los intercambios entre sus miembros tiende a dibujar una visión distorsionada de la igualdad<sup>84</sup>, pues la base profunda de las necesidades humanas racionaliza a los bienes como instrumentos que hacen cosas por los seres humanos o que les impiden hacerlas, de tal forma que estos son pensados como obstáculos o ventajas, sin valor por sí mismos<sup>85</sup>. Por lo tanto, lo relevante no es el intercambio, sino el grado en que los bienes llegan a las personas para que estas los transformen en capacidades. Esto no quiere decir que los bienes o el intercambio no sean útiles o necesarios, es claro que es mejor tener bienes a no tenerlos, lo que sugiere el enfoque es que, en términos de la calidad de vida, no bastan los bienes<sup>86</sup>. La propuesta se nos presenta como un análisis multidimensional que incorpora factores diversos, como es el caso del Índice de Desarrollo Humano<sup>87</sup>, permitiendo al observador imparcial de una cierta sociedad concluir que una buena vida en esa sociedad está vinculada a un mínimo conjunto de capacidades, en el sentido que, una vez puestas en funcionamiento<sup>88</sup>, hagan de esa vida algo digno de ser vivido.

## 4) EL CONTRACTUALISMO Y LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS

Para finalizar, nos referiremos a la justificación de los derechos subjetivos como vía de acceso al eje capacidad-funcionamiento. Un punto

---

<sup>82</sup> Este tópico será brevemente esbozado, pues será objeto de un trabajo particular en investigaciones posteriores.

<sup>83</sup> NUSSBAUM (2007) 237.

<sup>84</sup> SEN (1982) 216.

<sup>85</sup> SEN (1982) 218.

<sup>86</sup> ECHAVARRI (2003) 8.

<sup>87</sup> Para el caso chileno, véase: <http://www.pnud.cl/> [fecha de visita 20 de noviembre de 2012].

<sup>88</sup> ECHAVARRI (2003) 3.

importante en las teorías contractualistas radica en la separación entre naturaleza y cultura, de tal forma que el hombre de naturaleza formaría la cultura, la cual se encontraría con unos límites que respetar: los derechos innatos. Desde luego, este es el enfoque clásico del contractualismo, en parte superado por el contemporáneo. Lo que se mantiene sin embargo es la visión dualista del hombre, como un ser que pertenece al mismo tiempo a la naturaleza y a la cultura. Esto permite que los derechos tengan su origen en el consenso y en las decisiones que tomen las personas antes de ser sujetos de Derecho. Macintyre crítica con razón esta visión, pues, desde su perspectiva comunitarista, los derechos solo tienen sentido en cuanto se insertan dentro de prácticas de un grupo específico<sup>89</sup> que son los que su vez generan los mismos.

No siendo nuestra visión la que defiende el filósofo inglés, concordamos con él en que no es posible separar la idea de “derechos” de la cultura en la cual se desarrollan, fundamentalmente porque la idea de un hombre de naturaleza carece de correlato empírico, en el sentido que la vida del hombre es la de un ser que ya es social desde que nace. No existe, por ende, un momento precontractual<sup>90</sup>. Si esto es así, y parece que disciplinas como la antropología o la biología no dicen otra cosa, nos quedamos aún sin una respuesta sólida en relación a la pregunta sobre la justificación de los derechos. Para intentar argumentar nuestra perspectiva, reflexionemos sobre el problema que implica en nuestras sociedades la existencia de éticas rivales<sup>91</sup> y la justificación que el contractualismo ha dado para salir de esta encrucijada.

La respuesta ha transitado por el camino de intentar encontrar principios que logren el consenso. El razonamiento parte de la base que los individuos, si bien tienen convicciones morales, estas deberían ser dejadas de lado en el espacio público al no existir criterios objetivos que puedan discriminar entre unas y otras, desplegando el Estado una visión escéptica en relación a los mismos. Este aspecto es muy importante, pues será necesario buscar un nexo que una a todos los individuos, nexo que en el contractualismo contemporáneo consiste precisamente en la elección de algunos principios que todos estarían dispuestos respetar<sup>92</sup>.

La dificultad con esta visión pasa por el hecho que relega a un segundo plano las diversas esferas morales, eludiendo la centralidad que estas tienen para una vida humana plena, no ofreciendo un argumento satisfactorio del porqué no se pueden hacer valer como fundamento de políticas

<sup>89</sup> MACINTYRE, A. (2009). *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica, p. 93.

<sup>90</sup> No es posible extenderse aquí en todas los fundamentos que nos permiten sostener esta idea, me remito para los detalles a: SCHAEFFER (2009) *El fin de la excepción humana*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, p. 199.

<sup>91</sup> MACINTYRE (2009) 20.

<sup>92</sup> RAWLS (2002).



públicas particulares<sup>93</sup>. Como ha sostenido en repetidas ocasiones Sen, todas las esferas son valiosas (con restricciones que no serán abordadas aquí) pues constituyen estilos de vida, pensados como caminos que actualizan potencialidades de los sujetos<sup>94</sup>. Algunas de estas éticas son desde luego incompatibles o rivales, diferencias que, a su vez, deberíamos ver como positivas en tanto representan caminos posibles a través de los cuales vivir una vida humana. Su protección tiene sentido, pues, al proteger a los diversos estilos de vida, se validan dichos estilos a través de su expresión pública, facilitando al sujeto el integrarse a la cultura, permitiendo con ello que dicho estilo sea una opción real y que los sujetos puedan sentirse seres humanos plenos<sup>95</sup>.

Esto lo entendemos así pues la razón que justifica un derecho, como sería el derecho a la libertad de expresión o a la no discriminación por ejemplo, no descansa solo en el interés del agente<sup>96</sup>, sino que en consideraciones de bien público, pues es el espacio público el que restringe el marco de opciones que las personas pueden tomar. Por mucho dinero que se le entregue a un discapacitado, reflexiona Sen, su situación no mejorará realmente mientras la ciudad o el país en el que vive no rediseñe los espacios que le sirven ahora como limitantes<sup>97</sup>.

Desde esta perspectiva, los derechos se justifican en tanto permitan a las personas desarrollarse de acuerdo a lo que una vida humana permite, entendiendo por vida humana la vida de una especie animal que presenta ciertas estructuras cognitivas, biológicas o sociales que son la base de nuestras potencialidades. Si la sociedad no me permite ser lo que soy, es decir, un ser humano sentiente, capaz de amar, relacionarme con otros, resolver problemas, planificar mis actividades, pensar, recrearme o defenderme de los que me agreden injustificadamente, esa sociedad no sería una sociedad legítima o tendría un serio déficit de legitimidad<sup>98</sup>.

Por ello, podemos afirmar que es el enfoque de las capacidades el que mejor permite explicar lo que es un derecho, pues el sujeto podría carecer de la voluntad o de la posibilidad de plantearse la existencia de un interés en orden a generar sus capacidades, como sucede con las preferencias adaptativas indicadas, y no por ello dejaría de tener el derecho, o el Estado la obligación de garantizar su acceso al mismo. Así, un derecho en tanto restricción de la libertad de otra persona, solo se justifica por su

---

<sup>93</sup> CORREA (2006). "Dos versiones rivales sobre la tolerancia: La crítica de Michael Sandel a John Rawls". *Veritas*, vol. I, N° 14, p. 102.

<sup>94</sup> SEN (1992) 22.

<sup>95</sup> RAZ (2001) 170.

<sup>96</sup> Como lo apreciamos, por ejemplo, en relación al derecho a sufragio, y lo problemático que es justificar el que sea voluntario, pues no es solo el interés del sujeto lo que está en juego, sino el de todos.

<sup>97</sup> SEN (1980).

<sup>98</sup> NUSSBAUM (2000) 27.



contribución al bienestar de otro, a la actualización de sus capacidades, y no en consideraciones precontractuales o desde la vereda contraria, positivistas o legalistas.

Si vemos el punto desde esta perspectiva, el Estado debería tratar a las diversas esferas morales, que a su vez defienden estilos de vida contrapuestos, como igualmente valiosas<sup>99</sup>, ya que no creemos que la razón del respeto descansa en una visión escéptica de los mismos, dado que el problema no pasa por su veracidad, sino por su contribución al desarrollo de los modos de ser. Así, el Estado se nos presenta como un facilitador en el acceso a dichos modos, rechazando con ello dos visiones contrapuestas pero muy usuales dentro de la teoría política, una que racionaliza al Estado como un árbitro, y otra que sostiene que este debería imponer las consideraciones morales de la mayoría, pues creemos que libertad solo puede existir si se nos presentan diversos estilos de vida, ya que, donde hay uniformidad o donde el Estado elige por nosotros, no puede existir autonomía<sup>100</sup>.

Pensemos en las reivindicaciones de las minorías sexuales, estas son opciones tan valiosas como otras actualmente vigentes. Así, un argumento a favor de la libertad sexual surgiría del hecho que la expresión pública de este estilo de vida validaría ese estilo de vida, y su censura haría imposible o más dificultoso su ejercicio, de ahí que la condena pública solo debería reservarse para casos excepcionales, pues la libertad y las capacidades que estas suponen son bienes públicos, así, solo razones públicas deberían hacerse valer para limitarlas<sup>101</sup>.

## 5) A MODO DE CONCLUSIÓN

El enfoque de las capacidades llega a soluciones similares que las doctrinas contractualistas especialmente en sus variantes liberales. Entonces, ¿qué la haría mejor o más preferible? El sentido del contractualismo en su importancia histórica estribó en proporcionar un marco plausible para pensar la igualdad en sociedades fuertemente jerarquizadas. Para ello tuvo que despojar al hombre de su historicidad y de su cultura, pensándolo como un ser abstracto. Los frutos de este enfoque fueron sin duda poderosos y positivos, pero ya no cumplen lo que antaño prometieron, esto es, incluir a los desfavorecidos. El enfoque de las capacidades, por el contrario, entiende al hombre esencialmente como un ser nacido desde siempre

<sup>99</sup> Para un estudio sobre las tensiones entre el universalismo y el multiculturalismo, véase NUSSBAUM (2000).

<sup>100</sup> NUSSBAUM (2006) 368.

<sup>101</sup> ROBEYNS, I. (2003b). "Sen's Capability Approach and Gender Inequality: Selecting Relevant Capabilities". *Feminist Economist*, Nº 9, p. 52.

en sociedad, fruto de la historia y de su cultura. Esto permite captar algo que el contractualismo siempre apartó, esto es, la fuerte dependencia que el sujeto guarda con su propio ser, su cuerpo y su arquitectura cognitiva, de manera que el hombre es lo que con su ser puede hacer. Vistas las cosas desde esta perspectiva, la sociedad es la responsable de otorgar el máximo de posibilidades para que nosotros podamos actualizar nuestras capacidades, las cuales, en tanto las entendemos como privativas de cada sujeto, no pueden ser objeto de jerarquías valorativas por parte de poder público.

## 6) BIBLIOGRAFÍA

- ALKIRE, S. (2002) *Valuing Freedoms. Sen's Capability Approach and Poverty Reduction*. New York: Oxford University Press.
- CLARK, D. (2006) *The capability approach: its Development, Critiques and Recent Advances*. Disponible en: <http://economics.ouls.ox.ac.uk/14051/1/gprg-wps-032.pdf> [fecha de visita 12 de noviembre].
- CORREA, M. (2006). “Dos versiones rivales sobre la tolerancia: La crítica de Michael Sandel a John Rawls”. *Veritas*, Vol. I, N° 14.
- DENEULIN, S. & STEWART, F. (2002). “Amartya Sen's Contribution to development thinking”. *Studies in Comparative International Development*, N° 32.
- DRÉZE, J. & SEN, A. (2002) *India: Development and Participation*. Oxford: Oxford University Press.
- DWORKIN, R. (2000) *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press.
- ECHAVARRI, R. (2003). “Development Theories and Development as Social Capability Expansion”. En *Documentos de Trabajo*, Universidad Pública de Navarra. Departamento de Economía, N° 5.
- ENGELHARDT, T. (1995) *Los fundamentos de la bioética*. Barcelona: Editorial Paidós.
- FASSÓ, G. (1981) *Historia de la Filosofía de Derecho*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- GOFFMAN, E. (2006) *Estigma*. Buenos Aires: Amorrortu editores.
- HENRÍQUEZ, A. (2011). “Interculturalidad y discapacidad auditiva”. *Revista de Ciencia Sociales*, Universidad de Valparaíso, N° 58.
- HUME, D. (1983) *An enquiry concerning the principal sor morales*. Indianapolis: Hackett Publishing.
- HUME, D. (1998) *Tratado de la naturaleza humana*. Madrid: Tecnos.
- KANT, I. (2007) *Fundamentación metafísica de las costumbres*. Buenos Aires: Editorial Porrúa.
- KERN, L. & MÜLLER, H. P. (2000) *La justicia: ¿discurso o mercado?* Barcelona: Gedisa.

- MACINTYRE, A. (2009) *Tras la virtud*. Barcelona: Crítica.
- MASSINI, C. (2005) *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- MILL, S. (2002) *El utilitarismo*. Barcelona: Alianza Editorial.
- MORALES, P. (2009). “Justicia y Derechos Humanos: posibilidades de una reflexión desde los planteamientos rawlsianos”. *Convergencia*, N° 51, septiembre-diciembre.
- NOZICK, R. (1991) *Anarquía, estado y utopía*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- NUSSBAUM, M. (1987). “Nature, Function and Capability: Aristotle on Political Distribution”, *WIDER Working Papers*, 31.
- NUSSBAUM, M. (2001) *Women and human development: the capabilities approach*. New York: Cambridge University Press.
- NUSSBAUM, M. (2006) *El ocultamiento de lo humano*. Buenos Aires: Katz.
- NUSSBAUM, M. (2007) *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Editorial Paidós.
- RAWLS, J. (2000) *Teoría de la justicia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- RAZ, J. (2001) *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- ROBEYNS, I. (2003a) *The capability Approach*. Disponible en: <http://www.capabilityapproach.com/pubs/323CAtraining20031209.pdf> [fecha de visita 16 de noviembre de 2012].
- ROBEYNS, I. (2003b). “Sen’s Capability Approach and Gender Inequality: Selecting Relevant Capabilities”. *Feminist Economist*, N° 9.
- SCHAEFFER, J.M. (2009). *El fin de la excepción humana*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- SEN, A. (1979). “Equality of What?”. En *The Tanner Lecture of Human Values*. Stanford University.
- SEN, A. (1992) *Inequality reexamined*. New York: Harvard University Press.
- SEN, A. (1995). “Gender inequality and theories of justice”. En Nussbaum, Martha (editor): *Women, Culture and Development. A Study of Human Capabilities*. Oxford: Clarendon Press.
- SEN, A. (1999a) *Development as Freedom*. New York: Oxford University Press.
- SEN, A. (1999b) *Comodities and Capabilities*. Oxford: Oxford University Press.
- SEN, A. (2004). “Capabilities, Lists and Public Reason: Continuing the Conversation”. En: *Feminist Economics*, N° 10.
- SEN, A. (2005). “Human Rights and Capabilities”. En *Journal of Human Development*, Vol. 6, N° 2

- SEN, A. (2011) *La idea de la justicia*. Bogotá: Taurus.
- URBINA, S. (2006) *Lecciones de filosofía del derecho*. Madrid: Editorial Tirant lo Blanch.