

RAWLS, EL DERECHO Y EL HECHO DEL PLURALISMO

Rawls, the Law and Fact of Pluralism*

J. J. MORESO**

Fecha de recepción: 06/06/2020
Fecha de aceptación: 01/08/2020

Anales de la Cátedra Francisco Suárez
ISSN: 0008-7750, núm. 55 (2021), 49-74
<http://dx.doi.org/10.30827/ACFS.v55i0.15467>

RESUMEN En este trabajo se analizan las principales ideas de John Rawls acerca de la naturaleza del derecho y del razonamiento jurídico. Partiendo de un trabajo de Ronald Dworkin (2004), y básicamente de acuerdo con él, se exponen las críticas dworkinianas a la doctrina rawlsiana de la razón pública, y se presenta un modo en el cual Rawls podría replicarlas. El objetivo del trabajo es mostrar la fecundidad de las ideas rawlsianas para nuestra concepción del derecho en sociedades democráticas, caracterizadas por el hecho del pluralismo.

Palabras clave: John Rawls, Ronald Dworkin, razonamiento jurídico, razón pública, principios de nivel medio.

ABSTRACT In this paper, the main ideas of John Rawls on the nature of law and the legal reasoning are discussed. From a contribution of Ronald Dworkin (2004), and basically in accordance with it, Dworkin's criticisms to the Rawlsian doctrine of public reason are introduced. It is also argued a way in which Rawls could reply them. The aim of the paper consists in showing the fertility of Rawlsian ideas applied to our view of law in democratic societies, characterized by the fact of pluralism.

Keywords: John Rawls, Ronald Dworkin, legal reasoning, public reason, midlevel principles.

La humildad es andar en verdad

Teresa de Jesús (*Las Moradas*, VI, 10.7)

* Para citar/citation: Moreso, J.J. (2021). Rawls, el Derecho y el hecho del pluralismo. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 55, pp. 49-74.

** Departamento de Derecho, Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (España). Edificio Roger de Llúria, C./ Ramón Trias Fargas, 25-27, 08005 Barcelona (España). Correo electrónico: josejuan.moreso@upf.edu Número ORCID: 0000-0003-2702-569X.

1. INTRODUCCIÓN

John Rawls es, sin ninguna duda, el filósofo práctico más relevante del siglo pasado y, en general, el impacto de su obra filosófica es enorme y perdurable. Se trata de un juicio ampliamente compartido. Poco después de la publicación en 1971 de *A Theory of Justice*, H. L. A. Hart (1975, p. 230) escribió “desde que leí a los grandes clásicos sobre la materia ningún libro de filosofía política había dejado una impresión tan profunda en mis pensamientos como *A Theory of Justice* de John Rawls” y Gerald Cohen (2008, p. 11), más recientemente y en un libro crítico con la concepción rawlsiana escribió: “como máximo dos libros en la historia de la filosofía occidental pueden pretender ser más grandes que *A Theory of Justice*: la *República* de Platón y el *Leviathan* de Hobbes”.

No obstante, Rawls no fue un jurista ni tampoco un filósofo del derecho. Aunque de joven escribió (Rawls 1955, 1958-59) dos reseñas de dos libros publicados en inglés por dos influyentes filósofos del derecho vinculados al realismo jurídico escandinavo: Axel Hägerström (1953) y Vilhelm Lundstedt (1956). Su juicio de Hägerström es muy positivo y, certeramente, lo considera un valioso precedente de las concepciones emotivistas de la ética, entonces en boga pero a las que Rawls nunca adhirió¹. El juicio de Lundstedt es menos favorable, lo considera —tal vez con razón— un seguidor del anterior, no muy original². En ninguna de las obras que he leído sobre la biografía intelectual del gran autor norteamericano estas reseñas son ni siquiera mencionadas³. Los años cincuenta del pasado siglo, Rawls los pasó entre las Universidades de Princeton, donde se doctoró, y Cornell, con un año en Oxford (el curso 1952-1953, el mismo en que H. L. A. Hart iniciaba su andadura como profesor de *Jurisprudence* en dicha universidad) como becario Fulbright. ¿Quién o qué le influiría para leer a estos autores? Averiguar algo más sobre ello sería una relevante contribución al conocimiento del itinerario intelectual de John Rawls.

Pero este no trata de ser un trabajo sobre la biografía intelectual de Rawls. Tampoco se ocupa de cómo la teoría rawlsiana de la justicia puede

-
1. De hecho anteriormente (en una de las primeras publicaciones del autor), en una reseña de Toulmin (1950, uno de los libros en la tradición analítica que comienza a alejarse del emotivismo), Rawls (1951, p. 573 nota 1) hacía ya referencia a esta posición de Hägerström y citaba una de sus obras, de 1917, en sueco y otra, en alemán, de 1929.
 2. Habría sido mejor saber qué pensaba Rawls, si lo leyó, de Ross (1958), por ejemplo.
 3. Føllesdal (2002) podría considerarse una excepción, pero es un trabajo que no está referido a la evolución intelectual de Rawls, sino a su impacto en la filosofía política y en las ciencias sociales de los países escandinavos. Acerca de las reseñas de Rawls de Hägerström y Lundstedt se limita a tomarlas en cuenta como registro notarial.

afectar a nuestra comprensión de los fundamentos y el contenido de las diversas ramas del derecho: el derecho constitucional⁴, el derecho penal⁵, la responsabilidad civil extracontractual⁶, el derecho administrativo⁷, el derecho tributario⁸, el derecho laboral⁹, el derecho antidiscriminatorio¹⁰, el derecho procesal¹¹, el derecho internacional¹², etc. Se ocupa de algunas de las consecuencias de la concepción rawlsiana para nuestra comprensión de la naturaleza del derecho y del razonamiento jurídico. Trata de hacerlo del siguiente modo: la sección segunda está dedicada a exponer sumariamente el perspicuo modo en el que Dworkin (2004, ahora 2006, cap. 9) reconstruye las consecuencias para el derecho de las ideas centrales de Rawls. En la sección tercera, se analiza la crítica dworkiniana de alguna de estas ideas referidas al lugar que ocupa la *razón pública* en la teoría rawlsiana. En la sección cuarta, se presentan algunos argumentos con el propósito de defender a Rawls de las objeciones dworkinianas. Y en la quinta y última se concluye.

2. DWORKIN ON RAWLS

En un trabajo lleno de perspicuas sugerencias, Dworkin (2004, también en 2006, cap. 9) analiza en cinco ítems las más importantes contribuciones de Rawls, que pueden ser contempladas como la filosofía jurídica rawlsiana. Son los siguientes:

- (i) El primero, previo a la consideración sustantiva acerca de la naturaleza del derecho, es metodológico: ¿cuál es la metodología que debe adoptar la teoría del derecho? La tarea de la teoría del derecho ¿es una tarea más bien *descriptiva* o es, por el contrario, *normativa*?
- (ii) El segundo ítem va referido a la cuestión sustantiva, se interroga sobre si la existencia y el contenido del derecho en una sociedad dependen únicamente de determinados hechos sociales, que pue-

4. Por ejemplo Michelman (2002).

5. Por ejemplo Flanders (2016).

6. Por ejemplo Oberdiek (2016).

7. Por ejemplo Jacobs (2014).

8. Por ejemplo Sugin (2004).

9. Por ejemplo Shiffrin (2004).

10. Por ejemplo Okin (2004).

11. Por ejemplo Solum (2004).

12. Por ejemplo Tesón (2006).

den ser descritos sin referirse a cuestiones normativas o, por el contrario, entre los fundamentos del contenido del derecho hay también consideraciones normativas que son controvertidas y que involucran cuestiones morales.

- (iii) El tercer ítem surge precisamente cuando nos hallamos ante consideraciones controvertidas, donde juristas con amplio conocimiento del derecho discrepan sinceramente, así: ¿autoriza la Constitución española la *pena de prisión permanente revisable* o la despenalización del aborto en las catorce primeras semanas, por ejemplo?, entonces según la concepción normalmente asociada al positivismo jurídico,¹³ los jueces tienen discreción, porque el derecho está indeterminado; sin embargo, según algunos de los autores antipositivistas, los jueces en dicho caso no tienen discreción, puesto que las consideraciones normativas pueden decidir la cuestión de manera unívoca¹⁴. Ahora bien, ¿a qué tipo de razones normativas pueden acudir los jueces? ¿pueden acudir a razones provistas por sus convicciones religiosas, o por sus credos filosóficos más abstractos? Como veremos, Rawls desarrolló una doctrina de la *razón pública*, en la que las decisiones de los jueces ocupan un lugar crucial, para responder a dicha cuestión.
- (iv) La cuarta cuestión es de gran relevancia en las democracias constitucionales que han adoptado un modelo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, como es el caso en los Estados Unidos de Rawls y Dworkin y es también nuestro caso, se trata de tomar en cuenta si un mecanismo como este es compatible con la democracia, como expresión de la voluntad de los ciudadanos a través de sus legítimos representantes. Y, si lo es, ¿cómo debe ser ejercido?, ¿con qué grado de deferencia hacia las decisiones legislativas?
- (v) Por último, Dworkin nos llama la atención sobre una cuestión más abstracta, la cuestión de la *objetividad* de las respuestas jurídicas. Una cuestión que remite de modo inevitable a la de si hay algo como *objetividad* en el ámbito normativo, en el ámbito de lo que debemos hacer. También sobre ello es mucho lo que podemos aprender de la teoría rawlsiana.

13. Una posición que ciertamente puede ser atribuida a los más relevantes de los defensores del positivismo jurídico en el pasado siglo: Kelsen (1960), Ross (1958), Hart (1961), Bobbio (1965), Raz (1979), Bulygin (2015), por ejemplo.

14. El propio Dworkin (1977, 1986, 2006, 2011) es el máximo defensor de esta posición. Véase también, más recientemente, Greenberg (2015).

Dworkin, de un modo muy convincente en mi opinión, trata de mostrar la contribución rawlsiana a estos cinco ítems.

Respecto de la metodología de la tarea del derecho, Dworkin (2004, pp. 1391-1392) considera que la contribución de Rawls reside en su noción de *equilibrio reflexivo*. Como es sabido, Rawls en *A Theory of Justice* (1971, pp. 46-52, 1999, pp. 40-46) propone dicho método para la justificación de nuestras decisiones prácticas, para la filosofía moral. Comenzamos con un conjunto de *juicios considerados*, de intuiciones, aunque Rawls no usa este término, y las sometemos a revisión de acuerdo con los principios morales a los que adherimos, que consideramos más razonables. Si algunas intuiciones no encajan bien unas con otras o se apartan de lo que los principios cubren, entonces tal vez estemos dispuestos a sacrificar algunas de ellas. Pero puede también suceder que, al evaluar las intuiciones, descubramos que algunos de los principios necesitan ser modificados o revisados. El proceso de la justificación práctica reside en esta operación *coherentista* de procurar que nuestros principios morales y nuestros juicios considerados resulten en un *equilibrio reflexivo*.

Pero Rawls nos advierte de que el procedimiento no acaba cuando hemos realizado esta operación con arreglo a los principios de la teoría moral a la que adherimos, es preciso que amplíemos el método y que transitemos del equilibrio reflexivo *estrecho* al equilibrio reflexivo *amplio*, en el cual debemos poner en tela de juicio nuestras intuiciones con los principios de todas las teorías morales razonables y buscar un equilibrio más ambicioso¹⁵. Así nos lo explica Rawls (1974, 1999b, p. 289):

[...] porque nuestra indagación está motivada filosóficamente, estamos interesados en qué concepciones afirmarían las personas cuando hubieran logrado un equilibrio reflexivo amplio y no sólo uno estrecho, un equilibrio que satisfaga determinadas condiciones de racionalidad. Es decir, mediante la adopción del papel de observadores teóricos morales, investigamos qué principios las personas reconocerían y aceptarían sus consecuencias cuando ellas hubiesen tenido la oportunidad de considerar otras concepciones plausibles y evaluar los fundamentos que las soportan. Si se toma este proceso hasta el fin, se halla la concepción, o la pluralidad de concepciones, que sobrevivirían a la consideración racional de todas las concepciones realizables y de todos los argumentos razonables para ellas. No podemos, es claro, realmente llevar a cabo esta tarea, pero podemos hacer los que parece lo que más se acerca a ello, a saber,

15. En *A Theory of Justice* (Rawls 1971, 1999), el autor introduce la distinción sin usar las expresiones *estrecho* y *amplio* (y se arrepiente de no haberlas usado según propia confesión, Rawls, 2001, p. 31) que no aparecen hasta Rawls (1974, ahora en 1999b, ch.15).

caracterizar la estructura de las concepciones familiares predominantes para nosotros desde la tradición filosófica, y obtener los refinamientos ulteriores que se nos revelan como más prometedores.

Pues bien, según creo, también la teoría jurídica procede de dicho modo. Comenzamos con casos que consideramos *paradigmáticos*, por ejemplo, que los atentados de Atocha del 15 de marzo de 2004 constituirían delitos de asesinato, de lesiones, de terrorismo. Estos casos se anclan en nuestra legislación, el código penal en este caso, en nuestras prácticas interpretativas, en nuestra jurisprudencia. Estas prácticas anclan nuestros juicios considerados acerca del derecho. Pero a veces discrepamos, porque aquello que el derecho requiere no depende únicamente de lo que las reglas jurídicas dicen, depende también de lo que dichas reglas presuponen y sobre estos presupuestos tenemos concepciones distintas. Unos piensan que el reconocimiento constitucional de la libertad de expresión no alcanza a cubrir el hecho de quemar la bandera española o una fotografía del Rey de España, otros piensan que sí. Entonces, los juristas estamos habituados a ello, nos embarcamos con una operación semejante a la del equilibrio reflexivo. Tratamos de mostrar cuál es la concepción más plausible de la libertad de expresión y cómo limita ello la aplicación del derecho penal, cuando dichos comportamientos, aun si tipificados, están justificados al estar protegidos por la causa de justificación del ejercicio de un derecho.

El equilibrio reflexivo, por cierto —como bien lo recuerda Dworkin (2004, p. 1392)— comienza con una tarea descriptiva, atenta a las leyes promulgadas y a sus significados, a las prácticas interpretativas y jurisprudenciales, pero tiene una clara dimensión normativa, porque no podemos resolver los casos controvertidos, aquellos en los que discrepamos, sin apelar a consideraciones normativas.

Obviamente hay mucho más que decir, y muchas críticas a las que responder, acerca del equilibrio reflexivo¹⁶. Pero creo que esto basta para lo que quiero mostrar. Sobre todo si se a ello añadimos que Rawls concibe el razonamiento judicial de un modo semejante (1971, p. 237; 1999, p. 209):

16. Una excelente presentación puede verse en Daniels (2016, vd. también Daniels 1996). Algunas críticas especialmente perspicuas a la dificultad de que el método del equilibrio reflexivo pueda proporcionarnos la *convergencia* que garantice la estabilidad, tempranamente en Brandt (1979, 1990), Hare (1973), y más recientemente en Kelly, McGrath (2010). Una poderosa crítica al procedimiento constructivo rawlsiano porque ofrece una relevancia impropia a las circunstancias empíricas en su establecimiento de los principios de justicia en Cohen (2008).

El precepto según el cual decisiones similares deben adoptarse en casos similares limita de un modo significativo la discreción de los jueces y otros operadores dotados de autoridad. El precepto les fuerza a justificar las distinciones que hacen entre las personas por referencia a las normas y principios jurídicamente relevantes. En cada caso particular, si las normas son irremediablemente complejas y exigen ser interpretadas, puede ser fácil justificar una decisión arbitraria. Pero en la medida que el número de casos aumenta, las justificaciones plausibles para juicios sesgados devienen más difícil de construir. El requerimiento de consistencia se mantiene, como ha de ser claro, para la interpretación de todas las normas y para la justificación de todos los niveles.

Este último pasaje de Rawls puede servir como introducción a la segunda cuestión, la cuestión de la naturaleza del derecho. Rawls nunca se pronunció acerca del debate entre positivistas y anti-positivistas, sin embargo sus consideraciones sobre lo que denomina *la secuencia en cuatro etapas*, son aquí de relevancia. Como es sabido, con arreglo a la teoría rawlsiana, la adecuación a la justicia de un determinado orden social depende del grado de cumplimiento de dos principios que serían elegidos por seres humanos racionales en unas circunstancias especiales e hipotéticas, que comportan la ausencia de información acerca de las características particulares de la sociedad para la cual eligen los principios y del lugar que dichos seres humanos han de ocupar en ella —el velo de la ignorancia—, circunstancias conocidas en la teoría como la *posición original*. Los dos principios, en su última formulación, son los siguientes¹⁷:

(Primer principio): Cada persona tiene un derecho igual e irrevocable a un esquema de libertades básicas iguales plenamente adecuado, que sea compatible con un esquema equivalente de libertades para todos.

(Segundo principio): Las desigualdades económicas y sociales han de satisfacer dos condiciones: primera, que estén adscritas a cargos y posiciones accesibles a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades; y segunda, que redunden en el mayor beneficio de los miembros de la sociedad más desfavorecidos (principio de la diferencia).

La secuencia del diseño institucional de una sociedad justa es como sigue: La primera etapa consiste en la posición original en la que se eligen los dos principios de justicia, que constituyen un estándar independiente con el cual juzgar la adecuación del resto de etapas. La segunda etapa esti-

17. Rawls, 2001, pp. 42-43. Véase también Rawls, 1971, pp. 60-61; Rawls, 1999, p. 53 y Rawls, 1971, p. 302, Rawls, 1999, p. 266).

pula las normas constitucionales que aseguran el principio de igual libertad para todos. La tercera etapa tiene como objetivo el establecimiento de las reglas legislativas de acuerdo con los principios de justicia —respetados los derechos atrincherados en la segunda etapa, las decisiones deben adecuarse al segundo principio—. La cuarta etapa es la de la aplicación de las reglas generales a los casos individuales por parte de los órganos de aplicación. Cada una de estas etapas presupone un progresivo levantamiento del velo de la ignorancia que, por una parte, permite articular las normas adecuadas para cada sociedad en concreto y, por otra, permite hacerlo de forma justa, puesto que en todas las etapas deben respetarse los principios de justicia. Como se ve, con arreglo a la teoría rawlsiana, el derecho es algo como la *institucionalización* de la justicia y tiene en los principios de justicia su razón de ser.

El tercer ítem referido al razonamiento judicial está vinculado a la concepción rawlsiana de la *razón pública*. En *A Theory of Justice*, Rawls suponía (véase Scanlon, 2003, pp. 158-159) que una sociedad bien ordenada, una sociedad organizada a partir de los dos principios de la justicia (el principio de las libertades básicas y el principio de la igualdad de oportunidades junto con que las desigualdades sólo están justificadas cuando benefician a los peor situados, el principio de la diferencia) sería una sociedad *estable*. En una sociedad así estructurada las personas, según Rawls, adquirirán un apropiado sentido de la justicia y un deseo de apoyar dichos principios (Rawls, 1971, p. 454; 1999, p. 398).

Sin embargo, en *Political Liberalism* (1993)¹⁸, Rawls concluye que este modo de asegurar la estabilidad no toma en cuenta lo que denomina “el hecho del pluralismo razonable”. El hecho de que en una sociedad bien ordenada las personas tendrán todavía diferentes concepciones acerca de cuestiones tan fundamentales como son el significado de la propia vida y de aquello que constituye el mejor modo de enfocar sus propias vidas. Y en su anterior punto de vista la estabilidad era proporcionada por personas que adherían a una versión de la autonomía personal, a menudo característicamente kantiana (Scanlon, 2003, p. 159), que dicho enfoque suponía. Ahora, en cambio, Rawls piensa que el sentido de la justicia ha de hallar fundamentos no sólo en el liberalismo kantiano, sino también en otros enfoques: el liberalismo milliano o versiones de las grandes confesiones religiosas, como el cristianismo o el islamismo que acepten el liberalismo, por ejemplo. Se trata, dice Rawls, de concepciones *comprehensivas* razonables. Por lo tanto es preciso hallar un consenso por superposición (un *overlapping*

18. Véase el iluminador prefacio a la edición en *paperback* del libro (Rawls, 1996).

consensus) entre estas doctrinas razonables¹⁹. Y este consenso es algo que solamente podemos obtener restringiendo aquellos argumentos que pueden introducirse en el foro público, porque sólo ellos responden al requisito de la *reciprocidad*. Y aquí es donde aparece la doctrina de la razón pública.

Dicha doctrina no apela a cuestiones controvertidas que fundan nuestros valores políticos, apela solamente a cuestiones de justicia institucional básica y a lo que denomina los “elementos constitucionales esenciales” (“constitutional essentials”), que pueden ser aceptados por diversas concepciones comprensivas.

Y aquí, según Rawls, el papel de los jueces es crucial (Rawls, 1997, p. 767):

Es imperativo darse cuenta de que la idea de la razón pública no se aplica a todas las discusiones políticas de las cuestiones fundamentales, sino sólo a las discusiones de aquellas cuestiones a las que me refiero como el fórum político público. Este fórum puede dividirse en tres partes: el discurso de los jueces en sus decisiones, y especialmente el de los jueces de la corte suprema; el discurso de los miembros del gobierno, especialmente de los ejecutivos y de los legisladores; y finalmente, el discurso de los candidatos a puestos públicos y de sus responsables de campaña, especialmente en su oratoria pública, plataformas de los partidos y discursos políticos.

Es decir, para Rawls, los jueces ocupan un muy relevante lugar en el foro de la razón pública. Es más, ese lugar privilegiado le sirve a Rawls (1997, p. 797) para caracterizar el modo en que todos los ciudadanos debemos comportarnos en el espacio público:

Recordemos que la razón pública considera la tarea de ciudadano con su deber de civilidad como análoga al del juez con su deber de decidir los casos. Igual como los jueces han de decidir los casos mediante los fundamentos jurídicos de los precedentes, los cánones reconocidos de interpretación jurídica, y otros fundamentos relevantes, también los ciudadanos han de razonar mediante la razón pública y han de guiarse por el criterio de reciprocidad, siempre cuando los elementos constitucionales esenciales y las cuestiones de la justicia básica están en juego.

De este modo, cuando parece que están a la par, esto es, cuando los argumentos jurídicos parecen balanceados de modo parejo, los jueces no pueden resolver el caso simplemente apelando a sus propios puntos de vista políticos. Hacerlo de este modo es para los jueces violar su deber. Lo mismo se mantiene con la razón pública: si, cuando la situación está a la par, los ciudadanos invocan las razones que fundan sus concepciones comprensivas, el principio de reciprocidad es violado. Desde el punto

19. Rawls (1987, 1989).

de vista de la razón pública, los ciudadanos deben votar a favor de la ordenación de los valores políticos que ellos consideran sinceramente más razonable. En otro caso no alcanzan a ejercer el poder político en un modo que satisfaga el criterio de reciprocidad.

Es decir, la razón pública actúa como un *filtro* y no todas las consideraciones son admisibles en ella. Este punto es el que le parece a Dworkin criticable y dedicaré a él la siguiente sección.

En cambio, estoy de acuerdo con él en que es mucho lo que podemos aprender también de Rawls acerca de la justificación de un mecanismo jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes en nuestras democracias. Rawls, que tiene presente en su caracterización el proceso histórico del constitucionalismo americano (Rawls, 1971, p. 196 nota 1 y 1999, p. 172 nota 1), considera que dicho control está justificado. La democracia constitucional rawlsiana no es una democracia con el modelo de *Westminster*, es una democracia *dual* en el sentido de Ackerman (1993).

Dworkin (2004, pp. 1402-1403) nota, sin embargo, que en algunas de sus últimas reflexiones, Rawls parece admitir que algún grado de deferencia de los jueces hacia el poder legislativo está justificado. En la sección cuarta volveré sobre ello.

La última cuestión va referida a la objetividad en el ámbito práctico. Esta cuestión, persistente en el pensamiento filosófico desde sus comienzos, involucra ideas complejas de metafísica, de epistemología, de filosofía del lenguaje, de filosofía de la mente todas ellas presentes en el debate contemporáneo en metaética acerca de la a veces denominada *normatividad robusta*²⁰. Creo, con Dworkin, que se trata de una cuestión relevante también para dar cuenta de las discrepancias entre los juristas. Si no hay respuestas objetivas en el ámbito práctico, entonces algunas de nuestros desacuerdos más relevantes quedan en manos del *fiat* del que toma la decisión. Nuestra práctica supone, no obstante, precisamente lo contrario. Cuando debatimos, por ejemplo, acerca de si conceder un derecho a la eutanasia es conforme a la constitución las partes que discrepan creen tener mejores razones que sus oponentes y para que esta presuposición esté justificada es preciso que haya respuestas objetivas en las cuestiones prácticas. No hay únicamente un modo de alcanzar esta conclusión. De hecho la posición de Rawls, como es obvio, es más bien *constructivista*²¹ y la de Dworkin más bien realista anti-

20. Un excelente panorama de este debate en McPherson, Plunkett (2018).

21. Véase Rawls (1980).

naturalista, aunque sin compromiso metafísico²². Sea como fuere, ambos acordarían en algo como esta afirmación de Rawls (2000, p. 245), realizada cuando se ocupa de la moral kantiana, “decir que una convicción moral es objetiva, entonces, es decir que hay razones suficientes para convencer a todas las personas razonables de que es válida o correcta”.

3. LAS OBJECIONES DE DWORKIN A LA RAZÓN PÚBLICA RAWLSIANA

Dworkin (2004, p. 1397) explica con toda claridad la relación de la doctrina rawlsiana con los argumentos admisibles en el razonamiento jurídico y las razones por las cuales le parece objetable:

La doctrina de Rawls de la razón pública está dedicada exactamente a definir las clases de argumentos que son permisibles para los *officials* en una comunidad políticamente liberal, e insiste en que la doctrina se aplica con especial fuerza a los jueces. A mí me parece que la doctrina de la razón pública es difícil de definir y defender, no obstante. [...] Hay dos vías de establecer aquello que la doctrina requiere. La primera, y más básica, apela a la idea importante de la reciprocidad. La doctrina permite sólo aquellas justificaciones que todos los miembros razonables de la comunidad política pueden aceptar razonablemente. La segunda es presumiblemente el resultado del uso de este criterio más básico. La razón pública requiere que los *officials* suministren justificaciones fundadas en los valores políticos de la comunidad y no en doctrina comprensivas, sean religiosas, morales o filosóficas. La doctrina, por lo tanto, requiere que los jueces procuren una justificación de la estructura del derecho que evite las doctrinas religiosas, morales o filosóficas controvertidas.

No comprendo, sin embargo, qué es lo que la doctrina de la reciprocidad excluye. Si creo que una posición moral particular y controvertida es claramente correcta, por ejemplo, que los individuos deben hacerse cargo de sus propias vidas y soportar la responsabilidad económica por los errores que cometen, entonces ¿cómo puedo no creer que otras personas en mi comunidad pueden razonablemente aceptar este punto de vista, con independencia de cuán probable sea que lo acepten? Quizás Rawls quiere decir que los jueces no deben apelar a ideas que algunos ciudadanos razonables no aceptarían sin abandonar sus convicciones de un cierto tipo, sus convicciones X. Pero parece que no tenemos base alguna para estipular cuáles son estas convicciones X.

22. Una posición que Enoch (2011) ha denominado *quietismo* y que puede ser atribuida a Nagel (1986), Dworkin (1996, 2011), Scanlon (2014) y Parfit (2011, 2017) por ejemplo. La discusión con Parfit en Singer (2016) es muy relevante al respecto.

Es decir, Dworkin no piensa que sea posible elaborar una concepción de los valores políticos no fundada en los valores morales más básicos²³. Así (Dworkin, 2004, p. 1398): “Tengo del mismo modo grandes dificultades con la distinción entre valores políticos de un lado y convicciones morales comprensivas del otro. La propia concepción rawlsiana de la justicia como equidad depende de modo crucial sobre posiciones morales que parecen controvertidas”.

Conforme con esta posición, Dworkin (1997, ahora en 2006, cap. 2) distinguió entre el modelo de justificación del razonamiento del juez ideal *Hércules*, que tiene a su disposición todo el arsenal teórico de la metafísica, la epistemología, la filosofía moral y política que es, por lo tanto, de arriba hacia abajo, un modelo de descenso justificativo, del modelo de los jueces ordinarios, epistémicamente limitados, cuyo operar funciona de abajo hacia arriba, en una especie de *ascenso justificativo*. Un ascenso que lo lleva a los fundamentos del derecho y que no puede prescindir de la dimensión teórica de la justificación. Así concibe el modelo ideal del juez *Hércules* (Dworkin, 1997, p. 358):

(Hércules) podría pensar, no de dentro a fuera, de los problemas más específicos a los más generales y abstractos, como hacen el resto de juristas, sino a la inversa, de fuera a dentro. Antes de decidir su primer caso, construiría una teoría gigante y global buena para todas las épocas. Decidiría todas las cuestiones relevantes de metafísica, epistemología y ética, y también de moralidad, incluida la moralidad política. Decidiría qué contiene el universo, y por qué estamos justificados en considerar que esto es lo que contiene; qué requiere la justicia y la equidad; cuál es el significado más adecuado de la libertad de expresión, y cuando y por qué es una libertad valiosa para ser protegida de manera especial; y cuándo y por qué es correcto exigir una compensación a las personas cuya actividad está conectada con una pérdida para otros. Hércules podría entrelazar maravillosamente todo lo anterior con el resto en un sistema arquitectónico. Cuando un nuevo caso se plantea, estaría realmente bien preparado. Desde fuera —comenzando tal vez en las extensiones intergalácticas de su creación intelectual maravillosa— podría trabajar firmemente con el problema pendiente: hallar las justificaciones más adecuadas para el derecho en general, para la práctica constitucional y jurídica americana como una especie de derecho, para la responsabilidad extracontractual, y entonces para acabar, para la pobre mujer que tomó demasiadas pastillas y para el hombre airado que quemó su bandera²⁴.

23. Lo que constituye los fundamentos de la filosofía política liberal dworkiniana: por ejemplo Dworkin (2000, 2011).

24. Dworkin se refiere a dos casos hipotéticos, pero relevantes en el derecho de los Estados Unidos, que plantea al comienzo del artículo: el caso de una mujer que varias décadas

Si Dworkin llevara la razón, los filtros que según Rawls introduce la razón pública en el razonamiento judicial y, en general, en el razonamiento jurídico, serían inservibles. Nunca es posible, de un modo razonable, detener el ascenso justificativo en un caso concreto y, por lo tanto, cualquiera puede aducir las tesis más generales de aquella concepción comprensiva que considere correcta.

Sin embargo, es mi opinión que es posible seguir la vía de Rawls y considerar que hay maneras de mostrar donde debe detenerse el ascenso justificativo para que los argumentos jurídicos sean admisibles en el foro de la razón pública. A tratar de mostrar cómo va dedicada la siguiente sección.

4. EN LA REGIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE NIVEL MEDIO²⁵

La idea de que en filosofía moral y en filosofía política podemos permanecer en un nivel de justificación intermedio, tratando de capturar los principios que subyacen a la moralidad del sentido común, está tomando carta de naturaleza. Es el paradigma que acostumbra a usarse, por ejemplo, en la literatura en bioética²⁶.

La idea no es nueva, Henry Sidgwick (1909, p. 8), al parecer a partir de algunas ideas de John Stuart Mill, se refirió a la necesidad de permanecer tanto como fuese posible en “the region of middle axioms”, algo no tan alejado de los principios que establecen deberes *prima facie* en la teoría moral de David Ross (1930²⁷). Recientemente Parfit (2011, cap. 47) lo ha

atrás tomó unos medicamentos que, ahora se ha demostrado, le han producido graves dolencias, pero ella es incapaz de recordar qué producto consumió, dado que el producto era comercializado por varias empresas farmacéuticas, ¿no es posible atribuirles responsabilidad porque no hay modo de probar el nexo causal o bien pueden ser todas responsables por la cuota de mercado que tenían cuando la mujer tomó el medicamento en cuestión?; el segundo es el caso de alguien que quema la bandera de su país, ¿debe dicho comportamiento considerarse amparado por la libertad de expresión o no?

25. Con Chiara Valentini presentamos un desarrollo de estas ideas, que aquí están sólo apuntadas, en un Workshop coordinado por ambos, bajo el título: “Judicial Dialogue as Wide Reflective Equilibrium in the Region of Middle Axioms” en el XXIX IVR Congreso (Dignity, Democracy, Diversity), en Lucerna (Suiza), en julio de 2019. El texto está pendiente de su aceptación definitiva en la revista *Law and Philosophy*.
26. Véase, por todos, la autorizada opinión de Beauchamp, Childress (2013: cap. 10). De hecho, y me parece revelador, los dos autores no comparten los últimos fundamentos acerca de la moralidad: mientras Beauchamp se inclina por el utilitarismo de la regla, Childress lo hace por una versión del deontologismo (Beauchamp, Childress, 1989, p. 44).
27. Aunque véase también Ross (1939, 21, 69), con algunas peculiaridades sobre *media axioma*. Una interesante reconstrucción de todo ello y un enfoque muy plausible de los

dicho con una bella metáfora con arreglo a la cual las diversas concepciones de la moralidad (en Parfit el consecuencialismo de la regla, el kantianismo, el contractualismo y, ahora también, la reconstrucción de la moralidad del sentido común y su relación con el consecuencialismo del acto, Parfit, 2017, caps. 167 y 168) están ascendiendo la misma montaña por lugares diversos.

Creo que la idea rawlsiana de la reciprocidad sí está, en contra de lo que Dworkin considera, en condiciones de establecer algunos filtros para discriminar entre los argumentos admisibles en ella y aquellos que no lo son. En la razón pública no son admisibles las posiciones que se aceptan en virtud de un determinado credo religioso. Un católico no puede en el foro público argüir contra la regulación del divorcio con el argumento de que el matrimonio es indisoluble según la doctrina católica. Un musulmán no puede argüir que el adulterio de las mujeres debe ser castigado con la pena de muerte por lapidación porque así lo requiere la Ley de la Sharia. Parecen casos bastante obvios, por más que quien acepta estas religiones toma sus creencias y su código de conducta como un ideal, no es un ideal que puedan compartir aquellos que no son creyentes.

Algo semejante ocurre con las posiciones que se derivan de la filosofía moral y política de determinado filósofo o de determinada escuela de pensamiento. Tampoco es aceptable en el foro de la razón pública que alguien defienda la pena de muerte porque esta era, como es sabido, la posición de Immanuel Kant (1797/1989, pp. 172-173).

No se trata de que estas posiciones no puedan ser defendidas en el foro público. Pueden ser, tal vez, defendidas pero fundadas en principios que los demás sean capaces de aceptar. Y las razones que aduce un católico o un kantiano *qua* católico o kantiano son divisivas y partidarias, incapaces de ser aceptadas por un musulmán, o un ateo o por un partidario del utilitarismo benthamiano.

Esto es todo lo que excluye la doctrina de la razón pública. Rawls, al final de su vida, en el desarrollo de su doctrina clarificó estas ideas. En una polémica nota en *Political Liberalism* (1993, p. 243 nota 32), Rawls arguyó a favor de *Roe v. Wade*²⁸, como un caso de buen uso de la razón pública. Algunos críticos comprendieron esta afirmación de Rawls como vetando a los contrarios al aborto su acceso al foro de la razón pública. Pero Rawls (1998) ha desmentido este extremo. Rawls desea ahora dejar abierta la posibilidad de una presentación de los argumentos antiabortistas capaces de

principios de nivel medio en Audi (2004, pp. 80-83). Algunas aplicaciones al razonamiento jurídico en Bayles (1986), Henley (1993), Sunstein (1996).

28. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

ensamblar adecuadamente todos los valores políticos y constitucionales en juego. Y también lo hizo con otra cuestión polémica: la eutanasia. Rawls fue uno de los firmantes de un informe redactado por seis grandes filósofos norteamericanos (Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Tim Scanlon y Judith Jarvis Thomson) como *amici curiae*, en los casos ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos: *State of Washington et al. V. Glucksberg et al.*²⁹ y *Vacco et al. v. Quill et al.*³⁰, defendido el 8 de enero de 1997 (Dworkin *et al.*, 1997). Sin embargo, ahora (Rawls, 1998) considera, adoptando algunos argumentos de Sunstein (1997), que las decisiones de la Corte Suprema en los casos antes referidos, que no reconocían un derecho constitucional a la eutanasia, podrían ser argumentados en contra del *Philosopher's Brief* del siguiente modo:

La decisión de la Corte depende de un argumento filosófico de derecho constitucional y ampara un derecho que muchas personas objetarían. Este podría ser mi candidato para un buen argumento político en contra del “Philosophers' Brief”. El modo de argüir en contra del informe es diciendo que la Corte Suprema no debe, en esta etapa, tomar partido. Debería decir —como pienso que lo que dijo la Corte puede ser interpretado— que ellos no están decidiendo la cuestión que está siendo debatida, puede ser debatida en los estados, diferentes estados pueden adoptar puntos de vista diversos, y no debemos precipitarnos en la solución de la cuestión constitucional cuando no necesitamos hacerlo. Parcialmente, pienso, la Corte tuvo en mente el caso *Roe v. Wade*. Ahora bien, es una materia compleja sobre la cual no tengo opinión acerca de si las cosas habrían ido mejor o peor si la Corte no hubiese tomado tal decisión. Algunas personas dicen que las cosas habrían ido mejor, otras dicen que habrían ido peor. Sunstein es uno de los que considera que podrían haber ido mejor, porque la decisión estableció un derecho en una cuestión realmente controvertida cuando no era preciso hacerlo. La Corte debería haber dejado el debate más abierto.

Y, a continuación, establece lo que llama el “proviso” acerca del uso de los argumentos en la razón pública (Rawls, 1998):

Cualquier doctrina comprensiva, religiosa o secular, puede ser introducida en cualquier argumento político en cualquier momento, pero mi argumento consiste en que las personas que lo hacen deben presentar también lo que ellos creen que son razones públicas para su argumento. De este modo su opinión no es ya únicamente la de una parte particu-

29. 521 U.S. 702 (1997).

30. 521 U.S. 793 (1997).

lar, sino una opinión que todos los miembros de la sociedad *podrían* razonablemente acordar. Lo que es importante es que las personas den los tipos de razones que puedan ser comprendidas y apreciadas aparte de sus doctrinas comprensivas particulares: por ejemplo, que los que argumenten contra el suicidio asistido médicamente lo hagan no simplemente especulando acerca de la cólera divina o de la vida eterna, sino mostrando lo que ellos consideran potenciales injusticias del suicidio asistido. La idea de la razón pública no reside en las respuestas correctas para todas estas cuestiones, sino acerca de los tipos de razones que deben contestarlas.

Creo que en este pasaje Rawls aclara prístinamente su idea de la razón pública. La razón pública no excluye contenido alguno, algo que parecía preocupar a Dworkin, excluye únicamente el tipo de las razones que pueden ser introducidas. Esta posición tampoco establece el nivel concreto en el que debe detenerse el ascenso justificativo en el razonamiento judicial, excluye alguna clase de razones, aquellas que no podrían ser aceptadas por otros agentes razonables. No excluye contenidos, excluye algunos respaldos o soportes que podrían ser aducidos a su favor.

En este sentido, y aunque guarda amplias similitudes, la idea de la razón pública es distinta de la conocida idea de Sunstein de los *acuerdos incompletamente teorizados* (Sunstein, 1995, 1996). Sunstein lleva la razón en que el derecho está poblado por lo que hemos denominado principios de nivel medio, los principios que establecen derechos constitucionales (la libertad de expresión, el derecho de manifestación, por ejemplo), las cláusulas generales en diversas ramas del derecho (la buena fe, la honradez en los tratos), etc. Ahora bien, la teoría de Sunstein es, en un sentido, más amplia que la de Rawls. Está interesado (Sunstein, 1995, pp. 1739-1740) en el acuerdo en los principios intermedios compatible con desacuerdos profundos sobre cómo han de ser aplicados a los casos particulares, pensemos en la libertad de expresión: puede haber acuerdo en el valor de reconocer la libertad de expresión y desacuerdo acerca de si esta libertad protege o no la quema de la bandera nacional. También está interesado en el caso de acuerdo en los principios intermedios y desacuerdo en las doctrinas comprensivas que los justifican. Pensemos en una justificación kantiana y una utilitarista de tal libertad. Y, más concretamente, Sunstein está interesado en los supuestos que hay acuerdo en los principios intermedios y acuerdo en la solución del caso individual. En otro sentido, la doctrina de los acuerdos incompletamente teorizados es más estrecha que la doctrina rawlsiana de la razón pública (Sunstein, 2005, p. 1767) porque establece “una presunción, más bien que un tabú, contra la teorización de alto nivel”. Pero, como yo lo veo, en la doctrina de la razón pública no hay dicha presunción contra

el ascenso justificativo, hay únicamente —por seguir con la metáfora—, tipos de escaleras por las que no se puede ascender.

Sin embargo, es innegable que la doctrina de la razón pública y la doctrina de los acuerdos incompletamente teorizados tienen el mismo objetivo: acomodar el hecho crucial del pluralismo. Acomodarlo de modo que sea compatible con una sociedad bien ordenada y estable, en donde todas las personas puedan ejercer los dos poderes morales (Rawls, 1993, pp. 19-20), su capacidad para adoptar el sentido de la justicia y para desarrollar su concepción de lo bueno. Y, desde este punto de vista, la doctrina de Sunstein puede ser contemplada como una aplicación al razonamiento jurídico de la idea de la razón pública.

Sunstein (1995, 1996) insiste en la relevancia de la *analogía* en el razonamiento jurídico, un instrumento capaz de alcanzar soluciones articuladas y coherentes, soluciones en un estado de *equilibrio reflexivo*. Y me parece una observación relevante. Terminaré esta sección mostrando como la argumentación por analogía está presente en este debate, precisamente con argumentos referidos a los dos casos controvertidos comentados: el aborto y la eutanasia.

Comencemos con el aborto. Dworkin (1997, p. 372) parece considerar que para decidir dicha cuestión debemos pronunciarnos sobre si el aborto es más semejante “al infanticidio o a la apendectomía”. Y en este sentido no podemos ahorrarnos las discusiones morales (y metafísicas) acerca de qué es aquello que nos confiere agencia moral (Dworkin, 2004, pp. 1398-1399). Sin embargo, hay otras estrategias. J.J. Thomson (1971), intentó un día elaborar un argumento para este tipo de casos que no suponga discutir el status de agente moral del feto³¹. Supongamos que todos los embriones humanos tienen status de agentes morales, dice J. J. Thomson, ¿se deriva de ello que el aborto debe ser siempre jurídicamente impermissible? Y Thomson imagina una situación hipotética, un *Gedankenexperiment*, para tratar de mostrarnos que no se deriva dicha conclusión. Thomson nos invita a imaginar que un día despertamos, espalda con espalda, con nuestros riñones unidos a los de un famoso violinista, que necesita un tratamiento de nueve meses precisamente y hasta entonces precisa de nuestros riñones, que son compatibles con los suyos, para sobrevivir. Si es desconectado de nuestros riñones, entonces morirá. Es obvio que el famoso violinista es un agente moral. Es obvio también que si alguien en esta situación decide *supererogatoriamente* quedar conectado y permitir al violinista que sobreviva, entonces merecerá nuestro elogio y admiración. Pero la pregunta de Thomson

31. Dworkin (1993, pp. 102-117) objeta este argumento, sin embargo.

es otra; ¿es impermissible desconectarse del violinista? ¿Tenemos un deber moral de seguir conectados a él? Y, argumenta Thomson, ninguna de las concepciones que sostienen nuestro deber de socorro frente a otros, llegaría tan lejos de hacer de este comportamiento, un comportamiento debido.

Es mi opinión que el ejemplo de Judith Thomson debe hacernos reflexionar sobre la permisibilidad del aborto, al menos en casos de violación, pienso yo también en otros casos. Trayendo el caso a la región de los principios de nivel intermedio, por así decirlo, es como F. Kamm (1997, 2002) usa el argumento de Thomson, precisamente.

Comprendo que se trata de una cuestión controvertida y que los católicos no están de acuerdo. Finnis (1973), por ejemplo, replicó a Thomson, si lo comprendo bien, aduciendo de nuevo la doctrina (de origen católico) del *doble efecto*, que autoriza a causar un mal como consecuencia de una intención oblicua, que no sea un medio necesario para alcanzar el bien, siempre que la intención directa sea buena y que el mal causado sea proporcionado e inevitable. Así, de acuerdo con la doctrina católica, si una mujer embarazada contrae un cáncer del útero, es permisible extirpar el útero, a sabiendas que causará también la muerte del embrión, dado que la intención directa es curar el cáncer y no hay otro modo de hacerlo. Sin embargo, si en el parto surge una complicación porque la cabeza del bebé acabará produciendo la muerte de la madre, el médico —según esta versión de la doctrina— no está autorizado a realizar una craneotomía, porque en este caso la muerte del hijo es un medio necesario para salvar a la madre. Entonces, el caso del violinista estaría cubierto por el doble efecto, pero no los casos de aborto, ni siquiera en un embarazo consecuencia de una previa violación. Debo confesar que, para mí, no siempre es cristalina la diferencia entre estos tipos de casos³².

Ahora bien, la doctrina del doble efecto es claramente argumentable en el foro de la razón pública. Y esto me sirve para introducir otro tipo de argumentos que pueden ser usados en el debate sobre la eutanasia en el foro público. Un argumento principal usado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en los dos casos anteriormente citados consiste en decir que no puede establecerse un derecho constitucional, en determinadas circunstancias, al suicidio médicamente asistido porque no podemos excluir que el reconocimiento de dicho derecho comporte que, de manera fraudulenta, se prive de la vida, sin su consentimiento, a personas mayores y enfermas, especialmente vulnerables. En un relevante artículo, Shiffrin (2003) argu-

32. Y no sólo para mí, véase por ejemplo Foot (1967) y Hart (1968, cap. 5). Un análisis pausado de la doctrina del doble efecto en MacIntyre (2019).

menta contra este argumento recurriendo a la analogía precisamente. Dice la autora que la Corte Suprema no extiende el argumento de las consecuencias perniciosas, previsibles pero no intencionales, del reconocimiento de la práctica legal de la eutanasia para personas inocentes al supuesto de la protección de la libertad de expresión, del discurso incendiario, por ejemplo. En dicho caso protege el uso de la libertad de expresión, si no persigue intencionalmente la comisión de delitos, aunque indirectamente pueda causarlos. Estas dos posiciones están en tensión, como puede verse, y la coherencia exigiría reconciliar ambas posiciones y, tal vez, repensar el argumento contra el reconocimiento de un derecho al suicidio médicamente asistido.

Ha de resultar obvio que lo que he argumentado no trata en ningún sentido de expresar una posición firme ante cuestiones tan controvertidas. Sólo trata de mostrar qué tipo de razones pueden ser argüidas, y también cuáles no, en el foro de la razón pública. Con la convicción, como resultará obvio, de que el razonamiento jurídico puede ser acomodado en dicha doctrina y también de que es muy recomendable hacerlo así.

5. CONCLUYENDO CON UNA CONFESIÓN³³

Este trabajo trata de mostrar la relevancia crucial de la obra de John Rawls para la filosofía del derecho. Más en especial, arguye a favor de someter el razonamiento jurídico a las restricciones que establece la doctrina de la razón pública.

Sé que se trata de una posición tal vez minoritaria en la filosofía jurídica *latina*, la que se practica en España, en Italia, en Francia y en Latinoamérica³⁴. Soy capaz de comprender el porqué, dado que me formé en dicha tradición renuente a considerar la filosofía del derecho como un departamento de la filosofía política y moral. Escribí mi tesis sobre Jeremy Bentham, el padre a la vez del positivismo jurídico y del utilitarismo³⁵, mi director de tesis, Rafael Hernández Marín, era y es un conocido partidario

33. También en la conclusión sigo a Dworkin (1994, p. 1405) que termina su trabajo sobre Rawls y el Derecho con una sección titulada precisamente 'Confession', dedicada a explicarnos, entre otras cosas, que cada persona dedicada a la filosofía tiene su propio Immanuel Kant y que el suyo es John Rawls.

34. Tal vez también en Alemania, pero el debate que Rawls mantuvo ya hacia el final de su vida con Jürgen Habermas ha reconstruido los puentes entre la filosofía práctica analítica y la continental. Vd. Habermas (1995) y Rawls (1995).

35. En la introducción a Dworkin (1977, p. viii) el autor ve su teoría del derecho liberal como una crítica profunda a estos dos postulados de la teoría del derecho, también liberal, de Jeremy Bentham.

de la idea que el derecho es un hecho y nada más y, también, de la idea de que no hay un espacio para la razón práctica, más allá de la razón instrumental³⁶. Después mi formación prosiguió muy unida al magisterio —fui, mientras tenía edad para ello, uno de los *Bulygin's boys and girls*— de Eugenio Bulygin³⁷, un conocido defensor del positivismo jurídico y del escepticismo ético. Y también tuve un contacto estrecho con otro departamento de filosofía jurídica, el departamento de la Universidad de Génova, en donde Riccardo Guastini defendía un doble escepticismo: el escepticismo interpretativo y el escepticismo ético³⁸.

El espacio de la filosofía jurídica quedaba limitado a la reconstrucción conceptual de la estructura de los sistemas normativos, al análisis de las normas y de las relaciones entre ellas, y al análisis de la interpretación del derecho y del razonamiento jurídico. Una teoría del derecho neutra desde el punto de vista normativo, siguiendo de cerca el ideal de pureza de la teoría del derecho kelseniana.

Obviamente otros autores influyeron sobre mí hasta abandonar esta *reclusión* de la teoría jurídica. Hace ya un cuarto de siglo pasé un curso académico en la Universidad de Oxford, con Joseph Raz de supervisor³⁹, y pude comprobar que el clima filosófico oxoniense estaba muy alejado del escepticismo ético. No todos en mi entorno eran escépticos en materia moral, hay que anotar la influencia de Ernesto Garzón Valdés, Carlos S. Nino o, en España, Elías Díaz —cuyo positivismo fue siempre compatible con un espacio para la racionalidad práctica—, que influyeron, por ejemplo, en Albert Calsamiglia, Francisco J. Laporta o Manuel Atienza, que no son tampoco representantes del escepticismo ético⁴⁰.

Sin embargo, lo que más influyó en mi abandono del escepticismo ético y, consecuentemente, de mi concepción de la filosofía del derecho, fue la conciencia de que la filosofía moral y la filosofía política eran parte de la filosofía con el mismo título que las otras ramas, que la filosofía moral y política usaban los argumentos y el análisis conceptual del mismo modo que la filosofía de la lógica, la filosofía del lenguaje, la metafísica o la episte-

36. Para su idea de lo que es el derecho y lo que ha sido la reflexión sobre él en la historia, puede verse Hernández Marín (1986).

37. Ahora puede verse Bulygin (2015).

38. Puede verse, por ejemplo, Guastini (1996).

39. Vd., por ejemplo, Raz (1994), que seguía siendo un positivista jurídico, pero en materia moral no era en absoluto un escéptico.

40. Véase, por ejemplo, Garzón Valdés (1993), Carlos S. Nino (1988), Elías Díaz (1971), Albert Calsamiglia (1984), Francisco J. Laporta (1993) y Manuel Atienza junto con Juan Ruiz Manero (1996), que en la introducción de su libro de teoría general del derecho quieren aclarar como presupuesto su adhesión al objetivismo ético.

mología. Dos factores destacan en, si se me permite decirlo así, el despertar de mi sueño escéptico. Uno es mi relación filosófica y personal con mi amigo Bruno Celano, que hacía filosofía y la hace de este modo, sin dogmas, ni siquiera el dogma, porque en ello se ha convertido, del escepticismo ético⁴¹. El segundo, y aquí mi deuda con Rawls, la lectura y estudio de su obra, comenzando por *A Theory of Justice*. Mi tesis sobre Bentham estaba centrada en su teoría de las normas y del sistema jurídico. Sin embargo, inevitablemente, había un capítulo dedicado a su utilitarismo. Leí las versiones clásicas y contemporáneas del utilitarismo ético, pero me daba cuenta de que debía leer la crítica más poderosa jamás urdida contra él, que estaba contenida en el libro de Rawls. Comencé con prevención, de tanto leer a Bentham y a los utilitaristas uno se contagia un poco, pero rápidamente las escamas de mis ojos cayeron. Quedé, esta es la verdad, deslumbrado por la potencia de su argumentación filosófica. Y ahí comencé a abandonar el escepticismo en filosofía práctica, porque me parecía carente de justificación. Rawls mostraba cómo era posible *rehabilitar la razón práctica*. No eran muchos los filósofos del derecho dedicados a Rawls en España en los años ochenta del pasado siglo (el libro había sido traducido al español a fines de los años setenta, como es sabido), entre los que destaca —también, pero no sólo— por sus pulcras traducciones, Miguel Ángel Rodilla⁴². Desde entonces nunca me he cansado de leer y estudiar a Rawls una y otra vez. Cuando me planteo un problema y, tal vez, trato de escribir algo sobre él, siempre considero si puedo aprender algo de lo que Rawls escribió.

Valdría la pena preguntarse por el poco aprecio que todavía hay en la filosofía jurídica latina por la obra de John Rawls y, también, por la obra de Ronald Dworkin⁴³. No es este el lugar para llevar a cabo este análisis de genealogía de las ideas. No obstante, deseo conjeturar que dos son las razones principales: la primera es una cierta identificación, en nuestra tradición —pero no en la tradición anglosajona—, entre el objetivismo ético y doctrinas absolutistas en moral y autoritarias en política⁴⁴. Vinculado a ella está la segunda razón: el positivismo jurídico (una especie de positivismo jurídico normativo que, tal vez, se esconde tras cualquier defensa del positivismo jurídico) es la doctrina más adecuada para el derecho de las democracias,

41. Puede verse por ejemplo Celano (2009) y mi prólogo en dicho libro (Moreso, 2009).

42. Puede verse Rodilla (1986).

43. En donde muchos celebraron la publicación de un artículo polémico por anti-dworkiniano de Leiter (2004-5).

44. Esto es lo que ocurrió con los defensores de la doctrina del derecho natural en España que, con pocas y honrosas excepciones, fueron apologetas de la dictadura franquista.

en las cuales el derecho es creado por el poder legislativo, que representa a los ciudadanos, y los jueces están sujetos a la ley.

Pero no hay seguridad alguna de que una visión positivista del derecho y escéptica en materia moral va a garantizar la defensa de la libertad y la igualdad de todos y la democracia. Ya que comencé con los realistas escandinavos (con realistas defensores de la socialdemocracia), por los que se interesaba el joven Rawls, acabaré con ellos. Un autor del realismo escandinavo radicalmente defensor del empirismo y del escepticismo ético, Karl Olivecrona, defendió también el sistema político del nazismo⁴⁵.

Ahora que las ideas de la democracia y las libertades vuelven a estar amenazadas en el mundo, en Europa y, bien lo sabemos, también en España, debemos comprender que el escepticismo ético no es ningún refugio contra los enemigos de la democracia y del liberalismo político, para ello precisamos la rehabilitación de la razón práctica y un espacio público guiado por la doctrina de la razón pública.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ackerman, B. (1993). *We the People. Vol 1. Foundations*. Cambridge, Mass.: Harvard University Pres.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Audi, R. (2004). *The Good and the Right. A Theory of Intuition and Intrinsic Value*. Princeton: Princeton University Press.
- Bayles, M. D. (1986). Mid-level Principles and Justification. *Nomos* 28, 49-67.
- Beauchamp, T. L. y Childress, J. F. (1989). *Principles of Biomedical Ethics*, fourth edition. Oxford: Oxford University Press.
- Beauchamp, T. L. y Childress, J. F. (2013). *Principles of Biomedical Ethics*, seventh edition. Oxford: Oxford University Press.
- Bobbio, N. (1965). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milán: Communità.
- Brandt, R. (1990). The Science of Man and Wide Reflective Equilibrium. *Ethics*, 100, 259-278.
- Bulygin, E. (2015). *Essays in Legal Philosophy*. C. Bernal, C. Huerta, T. Mazzarese, J. J. Moreso, P. E. Navarro and S. Paulson (eds.). Oxford: Oxford University Press.
- Calsamiglia, A. (1984). Ensayo sobre Dworkin. En Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (pp. 7-29), trad. de Marta Gustavino. Barcelona: Ariel.

45. No hay duda ninguna de la defensa de Alemania y el régimen nazi por parte de Olivecrona (1940-1941) que durante la guerra escribió dos libros favorables a Alemania, el primero de los cuales fue traducido al alemán y ampliamente difundido. Una consideración pausada de la filosofía jurídica de Olivecrona y sus relaciones con estas ideas en Spaak (2014).

- Celano, B. (2009). *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007*, trad. del italiano y del inglés por F. Laporta y A. Greppi. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Cohen, G. (2008). *Rescuing Justice and Equality*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Daniels, N. (1996). *Justice and Justification: Reflective Equilibrium in Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Daniels, N. (2016). Reflective Equilibrium. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/reflective-equilibrium/>.
- Díaz, E. (1971). *Sociología y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Mass.: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1993). *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. Londres: Harper Collins.
- Dworkin, R. (1996). Objectivity and Truth: You'd Better Believe It. *Philosophy and Public Affairs*, 25, 97-139.
- Dworkin, R. (1997). In Praise of Theory. *Arizona State Law Journal*, 27, 353-376.
- Dworkin, R. (2000). Equality and the Good. En R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2004). Keynote Address: Rawls and the Law. *Fordham Law Review*, 72:1387-1405.
- Dworkin, R. (2006). *Justice in Robes*. Cambridge: Mass.: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Mass.: Harvard University Press.
- Dworkin, R. et al. (1997). Assisted Suicide: The Philosopher's Brief. *New York Review of Books*, Marzo 27.
- Finnis, J. (1973). The Rights and Wrongs of Abortion: A Reply to Judith Thomson. *Philosophy and Public Affairs*, 2, 117-145.
- Flanders, C. (2016). Criminals behind the Veil: Political Philosophy and Punishment. *Brigham Young University Journal of Public Law*, 31, 83-108.
- Føllesdal, A. (2002). Rawls in the Nordic Countries. *European Journal of Political Theory*, 1(2), 181-198.
- Foot, P. (1967). The problema of Abortion and the Doctrine of Double Effect. *Oxford Review*, 5, 1-7.
- Garzón Valdés, E. (1993). *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Greenberg, M. (2015). The Moral Impact Theory of Law. *The Yale Law Journal*, 123, 1288-1314.
- Guastini, R. (1996). *Distinguendo*. Turín: Giappichelli.
- Habermas, J. (1995). Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism. *The Journal of Philosophy*, 92, 109-131.

- Hägerström, A. (1953). *Inquiry into Nature of Law and Morals*. Edited by Karl Olivecrona, and translated by C. D. Broad. Estocolmo: Almqvist & Wiksell.
- Hare, R. M. (1973). Rawls' Theory of Justice. *Philosophical Quarterly*, 23, 144-155, 241-251.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1968). *Punishment and Responsibility*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1975). Rawls on Liberty and its Priority. En Norman Daniels (ed.), *Reading Rawls. Critical Studies of A Theory of Justice* (pp. 230-252). Oxford: Basil Blackwell.
- Hernández Marín, R. (1986): *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*. Madrid: Tecnos.
- Henley, K. (1993). Abstract Principles, Mid-Level Principles, and the Rule of Law. *Law and Philosophy* 12, 121-132.
- Jacobs, L. (2014). From Rawls to Habermas: Towards A Theory of Grounded Impartiality in Canadian Administrative Law. *Osgoode Hall Law Journal* 51, 543-594.
- Kamm, F. M. (1997). Theory and Analogy in Law. *Arizona State Law Journal*, 29, 405-426.
- Kamm, F. M. (2002). *Creation and Abortion: A Study in Moral and Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.
- Kant, I. (1989) [1797]. *Metafísica de las costumbres*, trad. de A. Cortina y J. Conill. Madrid: Tecnos.
- Kelly, Th., McGrath, S. (2010). Is Reflective Equilibrium Enough? *Philosophical Perspectives*, 24, 325-359.
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre* 2nd ed. Viena: Franz Deuticke.
- Leiter, B. (2004). The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century. *Rutgers Law Journal*, 36, 165-182.
- Laporta, F. J. (1993). *Entre el Derecho y la Moral*. México: Fontamara.
- Lundstedt, A. V. (1956). *Legal Thinking Revised*. Estocolmo: Almqvist & Wiksell.
- McIntyre, A. (2019). Doctrine of Double Effect. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), forthcoming URL <https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/double-effect/>.
- McPherson, T., Plunkett, D. (eds.) (2018). *The Routledge Handbook of Metaethics*. Londres: Routledge.
- Michelman, F. I. (2002). Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law. En Samuel Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls* (pp. 394-425). Cambridge: Cambridge University Press.
- Moreso, J.J. (1992). *La teoría del Derecho de Bentham*. Barcelona: PPU.
- Moreso, J.J. (2009). A modo de prólogo: Celano y la fragilidad del conocimiento práctico. En Celano, B. (2009). *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007* (pp. 9-16). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Nagel, Th. (1986). *The View from Nowhere*. Oxford: Oxford University Press.

- Nino, C. S. (1989). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea.
- Oberdiek, J. (2016). Structure and Justification in Contractualist Tort Theory. En John Oberdiek (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*. Oxford: Oxford University Press.
- Okin, S. M. (2004). Justice and Gender: An Unfinished Debate. *Fordham Law Review*, 72, 1537-1568.
- Olivecrona, K. (1940). *England eller Tyskland*. Lund: C. W. K. Gleerup.
- Olivecrona, K. (1941). *Europa och Amerika*. Lund: Sundqvist & Emond.
- Parfit, D. (2011). *On What Matters. Volume One and Two*. Oxford: Oxford University Press.
- Parfit, D. (2017). *On What Matters. Volume Three*. Oxford: Oxford University Press.
- Rawls, J. (1951). Review of An Examination of the Place of Reason in Ethics by Stephen Edelston Toulmin. *The Philosophical Review*, 60, 572-580.
- Rawls, J. (1955). Review of Inquiry into Nature of Law and Morals by Axel Hägerström. *Mind*, 64, 421-422.
- Rawls, J. (1958-1959). Review of Legal Thinking Revised by A. Vilhelm Lundsted. *Cornell Law Quarterly*, 44, 169-171.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Rawls, J. (1974). The Independence of Moral Theory. *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, 47, 5-22.
- Rawls, J. (1980). Kantian Constructivism in Moral Theory. *The Journal of Philosophy*, 77, 515-572.
- Rawls, J. (1987). The Idea of Overlapping Consensus. *Oxford Journal of Legal Studies*, 7, 1-25.
- Rawls, J. (1989). The Dominion of the Political and Overlapping Consensus. *New York University Law Review*, 64, 233-255.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press.
- Rawls, J. (1995). Political Liberalism: Reply to Habermas. *The Journal of Philosophy*, 92, 132-180.
- Rawls, J. (1996). *Political Liberalism*. Paperback edition. Nueva York: Columbia University Press.
- Rawls, J. (1997). The Idea of Public Reason Revisited. *The University of Chicago Law Review*, 64, 765-807.
- Rawls, J. (1998). An Interview with John Rawls. *Commonweal*, September 25. <https://www.commonwealmagazine.org/interview-john-rawls>
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice*, 2nd edition. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Rawls, J. (2000). *Lectures on the History of Moral Philosophy*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Rawls, J. (2001). *Justice as Fairness: A Restatement*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press.

- Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Oxford University Press.
- Rodilla, M. Á. (1986). La teoría de la justicia de John Rawls. Una presentación. En John Rawls, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*. Madrid: Tecnos.
- Ross, A. (1958). *On Law and Justice*. Londres: Stevens and Sons.
- Ross, D. (1930). *The Right and the Good*. Oxford: Oxford University Press.
- Ross, D. (1939). *The Foundations of Ethics*. Oxford: Oxford University Press.
- Scanlon, T.M. (2003). Rawls on Justification. En Samuel Freeman (ed.), *The Cambridge Companion to Rawls* (ch. 3). Cambridge: Cambridge University Press.
- Scanlon, T.M. (2014). *Being Realistic About Reasons*. Oxford: Oxford University Press.
- Shiffrin, S. V. (2003). Speech, Death, and the Fair Equality of Opportunity Principle. *New York University Law Review*, 78, 1135-1185.
- Shiffrin, S. V. (2004). Race, Labor, and the Fair Equality of Opportunity Principle. *Fordham Law Review*, 72, 1643-1676.
- Sidgwick, H. (1909). *Practical Ethics*. Londres: Swan Sonnenschein & Co.
- Singer, P. (2016) (ed.). *Does Anything Really Matter? Essays on Parfit and Objectivity*. Oxford: Oxford University Press.
- Solum, L. (2004). Procedural Justice. *Southern California Law Review*, 78, 181-321.
- Spaak, T. (2014). *A Critical Appraisal of Karl Olivecrona's Legal Philosophy*. Frankfurt: Springer.
- Sugin, L. (2004). Theories of Distributive Justice and Limitations on Taxation: What Rawls Demands from Tax Systems. *Fordham Law Review*, 72, 1991-2014.
- Sunstein, C. (1995). Incompletely Theorized Agreements. *Harvard Law Review*, 108, 1733-1772.
- Sunstein, C. (1996). *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: Oxford University Press.
- Sunstein, C. (1997). From Theory to Practice. *Arizona State Law Journal*, 29, 389-404.
- Teresa de Jesús. *Las Moradas*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000. <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/las-moradas-0/html/>
- Tesón, F. R. (2006). The Rawlsian Theory of International Law. *Ethics & International Affairs*, 9, 79-99.
- Toulmin, S. E. (1950). *An Examination of the Place of Reason in Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press.