

PLURALISMO LIBERAL, RAZÓN PÚBLICA Y LIBERTADES BÁSICAS*

Liberal Pluralism, Public Reason, and the Basic Freedoms**

ALAN BRUDNER***

Fecha de recepción: 30/06/2020
Fecha de aceptación: 19/08/2020

Anales de la Cátedra Francisco Suárez
ISSN: 0008-7750, núm. 55 (2021), 7-48
<http://dx.doi.org/10.30827/ACFS.v55i0.15579>

RESUMEN Tomando a la libertad religiosa como referente, este ensayo propone una teoría de las libertades básicas que pacifica el conflicto entre las sectas liberales clásica, igualitaria y comunitarista. Esta teoría se sigue de la sugerencia de Rawls de que los tribunales constitucionales son exponentes paradigmáticos de la razón pública, pero rechaza su construcción partidista de la razón pública en términos que solo un liberal igualitario podría aceptar. Si, como Rawls señala, el pluralismo liberal es razonable y si los tribunales constitucionales son guardianes de la razón pública, entonces un tribunal constitucional ideal se guiará a sí mismo por una teoría de las libertades básicas que reconciliaría el pluralismo liberal con el gobierno de la razón pública. Una teoría así integraría la pluralidad de las sectas liberales en un liberalismo incluyente que preservaría un rol distintivo para cada una de ellas a la hora de definir y limitar los derechos constitucionales, al tiempo que depuraría los errores que resultan de sus ambiciones hegemónicas. Así se preserva el pluralismo liberal, pero se supera su fragmentación. La razón pública se busca no huyendo del pluralismo, sino mediante la conciliación lógica entre las distintas variaciones del liberalismo. El modo en que los tribunales han de llevar a la práctica esa conciliación en los casos constitucionales les exige seguir un método de razonamiento ya ampliamente adoptado: ese método es el control de proporcionalidad.

Palabras clave: derechos constitucionales; liberalismo; pluralismo liberal; razón pública; libertad religiosa; proporcionalidad.

ABSTRACT Taking religious freedom as illustrative, this essay proposes a theory of the basic freedoms that pacifies the conflict among libertarian, egalitarian, and communitarian sects of liberalism. This theory follows John Rawls's suggestion that constitutional courts are exemplars of public reason but rejects his

* Para citar/Citation: Brudner, A. (2021). Pluralismo liberal, razón pública y libertades básicas. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 55, pp. 7-48.

** Traducido por Antonio Manuel Peña Freire (Universidad de Granada).

*** Universidad de Toronto. Jackman Law Building, Room J376, 78 Queen's Park, Toronto, Ontario M5S 2C5 (Canadá). Correo electrónico: alan.brudner@utoronto.ca
Número ORCID: 0000-0002-7165-9983.

partisan construal of public reason in terms that only an egalitarian liberal would recognize. If, as Rawls argues, liberal pluralism is reasonable and if constitutional courts are guardians of public reason, then an ideal constitutional court will guide itself by the theory of the basic freedoms that reconciles liberal pluralism with the rule of public reason. Such a theory will integrate the plurality of liberal sects into an inclusive liberalism that preserves a distinctive role for each in defining and limiting constitutional rights, while refining them of the errors resulting from their hegemonic ambitions. Liberal pluralism is thus preserved, but liberal fragmentation is overcome. Public reason is sought not through an escape from pluralism but in a logical concord among the denominations of liberalism. The way for courts to execute this concord in constitutional cases is to follow the method of reasoning they have already largely adopted. That method is proportionality review.

Keywords: constitutional rights, liberalism, liberal pluralism, public reason, freedom of religion, proportionality.

1. LA HUIDA DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DESDE EL PLURALISMO

¿Qué es lo que tienen de especial ciertas libertades para merecer protección constitucional frente a la regulación legal? ¿En qué se diferencian las llamadas libertades básicas de la libertad general, cuya regulación por el Estado da lugar a un escrutinio de los tribunales ejercido con cierta indiferencia a causa de un propósito público válido? ¿Qué nos enseña esa naturaleza especial de las libertades básicas del tipo de fines cualificados para limitarlas y del grado de respeto que aún les debemos cuando un límite está justificado?

Las respuestas a estas cuestiones difieren en las teorías políticas del constitucionalismo liberal. El liberalismo clásico, el igualitario y el comunitarista ofrecen distintas razones para proteger la libertad religiosa, de conciencia, expresión o asociación y también a la hora de establecer qué fines están especialmente cualificados para su limitación. Esto podría sugerir que la adjudicación constitucional es un terreno en el que esas moralidades políticas luchan por la preponderancia y que el derecho constitucional es simplemente el resultado de batallas luchadas en el pasado por sus soldados judiciales. Llamaré a esta concepción escepticismo sobre el Estado de derecho, porque lo reduce al modelo de la facción victoriosa. Hay muchos que se adhieren a esta concepción y además experimentan antipatía hacia el control de constitucionalidad de la legislación que emana de ella, pues piensan que la competición entre las moralidades políticas tiene que resolverse democráticamente. Entendido como un juicio empírico sobre el modo en que la adjudicación constitucional funciona en realidad, el escepticismo sobre el Estado de derecho podría ser verdadero, pero la cuestión filosóficamente interesante es si es verdadero como des-

cripción de una necesidad constitucional. ¿De la aceptación de que las razones para considerar como básicas a ciertas libertades son tan variadas como las moralidades políticas que las generan, se sigue que, a no ser que se depuren de aquellas moralidades, la adjudicación constitucional debe ser indistinguible de la competición entre los partidos políticos en los procesos legislativos y electorales?

Una respuesta afirmativa tiene consecuencias tanto para la teoría constitucional como para la teoría del derecho. En la teoría del derecho, que se pregunta (*inter alia*) en qué consiste la autoridad del derecho, la politización de los derechos constitucionales conduce a una concepción formal de la autoridad que, al prescindir de los debates sobre los derechos que tienen los sujetos, no abarca ni el deber de respetar los derechos ni tampoco ningún deber limitado de respetar los constreñimientos procedimentales sobre la legalidad identificados por Lon Fuller y A. V. Dicey¹. Todos los asuntos relativos a la sustancia jurídica quedan abandonados a la confrontación en la arena política. En la teoría constitucional, que se pregunta (*inter alia*) dónde se encuentra el fundamento de la autoridad para interpretar de modo definitivo la constitución, la concepción ideológica de los derechos constitucionales favorece la autoridad interpretativa suprema de la asamblea democrática o, allí donde una constitución establezca el control de constitucionalidad, las interpretaciones ideológicamente neutrales de las libertades fundamentales. Entre estas, hay cuatro que son prominentes.

La primera construye las libertades básicas de acuerdo a cómo las entendían quienes ratificaron la constitución escrita. Michael Perry es partidario de este método llamado originalista y lo justifica por la razón de que quienes ratificaron la constitución representaban al pueblo soberano². La segunda interpreta las libertades básicas con la idea de asegurar la equidad y la apertura del proceso democrático en el marco del cual las moralidades políticas compiten por la preponderancia, al tiempo que se muestra reacia al control de la “corrección” (rightness) de la legislación, sobre la cual las moralidades políticas tienen concepciones diversas. John Hart Ely y Jürgen Habermas ofrecen diversas versiones de esta solución³. La tercera busca una adjudicación apolítica a partir de los aspectos formales del control de proporcionalidad, al encontrar en la racionalidad medios-fines, en la necesidad y en la proporcionalidad coste-beneficio un conjunto de test de validez constitucional distintivamente jurídico, no comprometido con ninguna

1. Fuller, 1969 y Dicey, 1897, cap. 4.

2. Perry, 1991, p. 669.

3. Ely, 1980 y Habermas, 1986.

moralidad política sustantiva. Robert Alexy, Aharon Barak y David Beatty ofrecen diversas variaciones de esta aproximación, a la que denominaré formalismo constitucional⁴. La cuarta busca una interpretación de las libertades fundamentales con la que pudieran estar de acuerdo personas libres e iguales que desconocieran sus compromisos con doctrinas filosóficas comprensivas. Esta es, claro está, la solución de John Rawls⁵.

Todos esos esfuerzos por evitar el escepticismo sobre el Estado de derecho comparten su presupuesto básico. Implícitamente, todos aceptan la afirmación del escéptico de que no existe una solución racional al pluralismo liberal, cuya aceptación pudiera ser objeto de persuasión entre los representantes idealmente razonables de sus sectas rivales. Aunque nieguen que el escepticismo sobre el Estado de derecho se sigue necesariamente de la fragmentación del liberalismo, todos aceptan la insolubilidad teórica de esa desintegración. Esta es la razón por la que las teorías originalista, procedimentalista, formalista y rawlsiana de la interpretación constitucional huyen de la confrontación entre moralidades políticas a un refugio filosóficamente neutral.

Las razones para considerar que la fragmentación del liberalismo es intratable podrían variar. Muchos parecen compartir la concepción de Rawls de que el pluralismo liberal es razonable, que es un resultado inevitable y saludable de la libertad de pensamiento en las condiciones de indeterminación moral que él llama “las cargas del juicio”⁶. Desde este punto de vista, nadie debería desear que el pluralismo liberal sea superado, porque eso equivale al deseo de uniformidad de pensamiento impuesta estatalmente, algo a lo que todas las sectas liberales deberían oponerse. O quizás la razón se encuentre en el más oscuro pesimismo filosófico expresado en el memorable dicho de Ely⁷. Desde este punto de vista, nadie puede tener esperanza en lograr algún acuerdo filosófico sobre los fundamentos de la comunidad política liberal, porque las moralidades políticas son, en última instancia, objeto de creencias no cognitivas y de preferencias emocionales. Sin embargo, ya sea de modo entusiasta o frustrado, la aceptación de la fragmentación del liberalismo nos lleva a algo distinto del gobierno constitucional. Más específicamente, lleva a las estrategias originalistas, procedimentalistas, formalistas o rawlsianas de la interpretación constitucional a

4. Alexy, 1986, Barak, 2012 y Beatty, 2004.

5. Rawls, 1993, VIII.

6. Rawls, 1993, pp. 54-58 <pp. 85-89>.

7. Ely, 1980, p. 58 <p. 80>: “Nosotros con Rawls. Ustedes con Nozick. Ganamos 6-3. Invalídada la ley”.

condicionar el control de constitucionalidad en formas incompatibles con el constitucionalismo. Permítanme que me explique.

El constitucionalismo podría ser definido como un tipo de gobierno responsable, en el que los sujetos están gobernados no por personas naturales que responden ante alguna parte de ellos cuando no logran servir los intereses materiales a cuyo servicio fueron instituidos, sino por cargos representantes de una razón pública que todos los seres humanos podrían aceptar como dotada de autoridad. Por razón pública, entiendo un propósito universal a los seres humanos, para cuya satisfacción una multitud reconoce constructivamente una autoridad común que los gobierne, para especificar la razón pública en reglas de interacción y para imponerlas a los malhechores. Históricamente, hemos sido testigos de tres grandes tipos de regímenes constitucionales, cada uno de ellos singularizado en función de la naturaleza de la razón pública que le es fundamental. Para el constitucionalismo antiguo, la razón pública para el gobierno y la obediencia consistió en la perfección de la naturaleza cívica e intelectual del hombre en las virtudes de la ciudadanía y, al hacerlo así, en el cultivo de una ciudadanía amigable a la filosofía. Para el modelo medieval, consistió en cultivar las virtudes naturales alcanzables por una razón desasistida como preparación para recibir unas virtudes sobrenaturales que solo podían ser obtenidas mediante la gracia. Para el constitucionalismo moderno o liberal, la razón pública para el gobierno y la obediencia consiste en convertir el derecho reclamado a la libertad individual en una realidad institucional.

Sin embargo, qué significa libertad varía en cada secta liberal. De hecho, es la pluralidad de concepciones de la libertad lo que divide al liberalismo en sectas y le da a cada una su propia identidad. Para el liberalismo clásico, la libertad es el derecho a actuar conforme a fines elegidos por uno mismo sin más límite que un igual derecho de otros; para el liberalismo igualitario es el autogobierno de ciudadanos iguales y su igual oportunidad para dar forma a sus vidas privadas de acuerdo con una concepción del bien elaborada por cada uno de ellos; para el liberalismo comunitarista, la libertad es el espacio que las comunidades dejan a la capacidad de actuar (agency) individual y a la autodeterminación moral para aceptar (o no) sus estilos de vida. Esta variedad de concepciones de la libertad plantea un problema a la posibilidad del constitucionalismo tal y como ha sido definido con anterioridad. El problema es que el pluralismo liberal implica una pluralidad de concepciones de la razón pública tal que el gobierno exclusivo de una de esas concepciones transforma el gobierno de la razón pública en una dominación sectaria y, de ese modo, subvierte al constitucionalismo.

Ahora bien, si la fragmentación del liberalismo se considera una realidad inmutable —algo insuperable—, entonces el pluralismo liberal quedará equiparado con esa fragmentación. El pluralismo y el sectarismo liberales quedarán anudados el uno al otro. Consecuentemente, en su lucha por evitar el sectarismo, las teorías de la interpretación constitucional huirán de la pluralidad de los liberalismos políticos como tal, bien a la comprensión originaria, al control de la justicia del procedimiento democrático, a la proporcionalidad costes-beneficios o a la conformidad con principios de la justicia elegidos ignorando los propios compromisos filosóficos. Sin embargo, estos intentos de huida fracasarán. Ninguna huida del pluralismo liberal permitirá alcanzar un fundamento no partidista, porque los asuntos excluidos, de una forma u otra, siempre volverán acompañados de su connotación sectaria. Tomemos como ejemplo el caso del originalismo. La prueba de qué sea lo que los numerosos ratificadores de la constitución entendieron por, digamos, libertad religiosa está destinada a dar apoyo bien a un rango de posibilidades o a un simple principio de gran generalidad, y no hay nada que evite que los compromisos sectarios elijan o especifiquen sus significados. De ese modo, no es probable que el originalismo tranquilice al escéptico del Estado de derecho. O consideremos el control en función del procedimiento democrático: si la fragmentación del liberalismo es incontrolable, entonces ninguna cantidad de debate en un legislativo igualmente abierto a todos los partidos y que abrace los preceptos de la racionalidad comunicativa habermasiana transformará el gobierno de una facción en el gobierno de la razón pública, porque al final de ese debate, el partido mayoritario impondrá sus convicciones fundamentales a quienes disienten razonablemente y los tribunales validarán el resultado. Ahora bien, eso equivale al gobierno de una razón sectaria.

El formalismo constitucional lo hace algo mejor, pero también fracasa a la hora de alcanzar una razón pública. Su incuestionable atractivo se sigue de su habilidad para combinar eclécticamente, sin juzgarlas, las varias concepciones sectarias de la libertad tal y como aparecen dispuestas ante los jueces en los textos constitucionales. Así, en línea con el liberalismo clásico, el control de proporcionalidad da un significado expansivo a las libertades básicas, al entender que el derecho a su ejercicio equivale a una permisión sin límites a creer lo que a uno le place, a comunicar a los otros esas creencias mediante la palabra o a asociarse con personas con creencias similares. Pero después, el control de proporcionalidad, de acuerdo al liberalismo igualitario y comunitarista, permite a sus bienes públicos (autonomía e identidad comunitaria) limitar a los derechos del liberalismo clásico expansivamente definidos. Sin embargo, de ese modo no toma partido por esas sectas en contra del liberalismo clásico, porque admite la limitación

solo si los test de necesidad y proporcionalidad se satisfacen, queriendo dar a entender que el derecho a la libertad del liberalismo clásico continúa teniendo una fuerza constrictora, pese a que resulte vencido por esos bienes en un caso particular. En efecto, el control de proporcionalidad permite un límite igualitario o comunitarista de la libertad, siempre que esas moralidades reconozcan recíprocamente en el derecho a la libertad, independientemente establecido de ellas, un límite a su gobierno. Sin embargo, el control de proporcionalidad acepta al mismo tiempo la fragmentación liberal, sin vincularse a ninguna concepción sobre si existe una teoría integrada de la libertad que pudiera dar sentido conceptual a ese procedimiento omni-partidista, transformando así el omni-partidismo en imparcialidad. Uno se acuerda entonces del rabino de la aldea de *El violinista en el tejado*, que al decidir una disputa relativa a pretensiones incompatibles, declaraba que las dos eran correctas al tiempo que considera correcto también pensar que las dos podían no ser correctas. Y es que el eclecticismo no es imparcialidad. Admitir que existen concepciones opuestas de la razón pública, sin resolver el conflicto entre ellas, no produce razón pública. En el mejor de los casos, da lugar a un simulacro.

El problema con la estrategia de Rawls ha sido desvelado en innumerables críticas y no necesita ser abordado aquí. Es suficiente decir que la huida del pluralismo filosófico que representa el velo de ignorancia es ilusoria, porque en ese mecanismo se ha introducido una concepción particular y controvertida de la persona, separada de tradiciones culturales y despojada de atributos naturales. Como consecuencia, una concepción igualitaria del “libre e igual” queda privilegiada de manera subrepticia sobre las concepciones clásica y comunitarista, quedando estas dominadas en un sistema jurídico ordenado por los principios de aquella. La justicia como equidad se convierte así en el tipo de justicia que concibe un liberal igualitario.

En este ensayo, me propongo ofrecer a los tribunales un modo alternativo de lidiar con la fragmentación liberal. Un modo que toma en serio la sugerencia de Rawls de que los tribunales constitucionales son exponentes de la razón pública, pero que cuestiona su construcción partidista de la razón pública en los términos que solo un liberal igualitario reconocería. Si el pluralismo liberal es razonable y si los tribunales constitucionales son guardianes de la razón pública, entonces un tribunal constitucional ideal se guiará a sí mismo por una teoría de la constitución liberal que reconcilie el pluralismo liberal con el gobierno de la razón pública. Una teoría así integrará la pluralidad de liberalismos políticos en un liberalismo incluyente que preserve un rol distintivo para cada uno de ellos al definir y limitar los derechos constitucionales, al tiempo que los depurará de los errores que se siguen de su ambición por la hegemonía. Así se preserva el pluralismo

liberal, pero se superan la fragmentación y el sectarismo liberales. La búsqueda de la razón pública no se lleva a cabo huyendo del pluralismo, sino en una concordia lógica entre las designaciones del liberalismo. El objetivo, por tanto, es una teoría de los derechos constitucionales que *integre* lo que el control de proporcionalidad *combina* y que, de ese modo, reclame el control de proporcionalidad como el modo de razonar adecuado para los tribunales en los casos constitucionales.

En *Constitutional Goods*⁸, presenté esa teoría, principalmente, en el diseño del modelo de derecho constitucional para una comunidad política liberal democrática. En *The Owl and the Rooster: Hegels's Transformative Political Science*, desarrollé esa misma teoría en el terreno de la filosofía del derecho, mostrando cómo un liberalismo incluyente puede seguirse de la moralidad interna de la autoridad política⁹. Lo que sigue ahora es una versión reducida de esta última, combinada con algunas notas nuevas sobre el control de proporcionalidad y sobre el método para integrar lógicamente a la pluralidad de las sectas liberales en un liberalismo político único. Las Secciones 3 a 6 que siguen están sustancialmente inspiradas en lo dicho en el capítulo 6 de *The Owl and the Rooster*, que contiene planteamientos que hasta ahora no he podido desarrollar más.

2. UN MÉTODO PARA INTEGRAR LOS LIBERALISMOS POLÍTICOS

¿Cómo se hace para distinguir lo que es racionalmente perdurable en una moralidad política liberal de lo que es históricamente contingente y pasajero? ¿Cuál es el criterio disponible para cribar las verdades y los errores en una teoría de la moralidad política de los derechos constitucionales? ¿Cómo podría alguien aglutinar las verdades de cada moralidad política en una teoría coherente del constitucionalismo liberal? Para dar respuesta a estas cuestiones, necesitaremos desplegar dos ideas. La primera es que la autoridad política es el producto de un reconocimiento ideal entre el gobernante y gobernado y la otra es la distinción entre los ejemplos de ese reconocimiento ideal y su propio arquetipo. Para explicar la idea del reconocimiento ideal, necesitaré volver a poner en práctica lo que en *Constitutional Goods* denominé las etapas de la autoridad.

8. Brudner, 2004.

9. Brudner, 2017, cap. 6.

2.1. Autoridad preconstitucional

El constitucionalismo, tal y como se ha definido más arriba, es una solución al problema de la autoridad, que puede ser presentada como sigue. Reclamar autoridad práctica sobre otros es afirmar el poder de poner a aquellos a los que uno manda bajo la obligación de obedecer simplemente por haber mandado. En la medida en que solo un derecho da a uno el poder de poner a otros bajo una obligación, podemos decir que la pretensión de tener autoridad práctica es una pretensión de tener el derecho a ser obedecido. Esto, a su vez, es un derecho-pretensión a que las órdenes de alguien se impongan a todas las demás razones para actuar que, en otras circunstancias, podrían figurar en el razonamiento práctico de aquellos a los que uno pretende mandar. Ahora bien, una pretensión es solo una pretensión. A no ser que no sea validada, lo que se pretende que sea un orden no es más que un imperativo hipotético (“si quieres evitar estas consecuencias, debes hacer X”), algo que, para aquel al que se dirige, es solo una consideración a sopesar entre muchas. De este modo, el problema de la autoridad puede ser planteado como sigue: ¿qué transforma el derecho-pretensión subjetivo de alguien a ser obedecido en una pretensión objetivamente validada tal que el sujeto tenga una obligación válida de obedecer el mandato de una autoridad?

Una respuesta parcial la da H. L. A. Hart¹⁰: que la pretensión de autoridad debe ser reconocida, al menos, por algunos de aquellos sobre los que el gobernante manda. El gobernante debe tener sujetos que acepten su pretensión de tener un derecho a mandarles a partir de la aceptación del fundamento de esa pretensión (por ejemplo, por coraje militar, el derecho divino o la elección popular) y que obedezcan voluntariamente sus directivas por la razón de que él (como ellos creen) satisface ese fundamento. La razón por la que esta es una buena respuesta es porque capta la idea de que para que una pretensión de autoridad sea válida, debe ser confirmada espontáneamente por el *otro* sobre el que la autoridad se reclama, pues de otro modo, sigue siendo una pretensión subjetiva afirmada contra otro, que carece de validación objetiva.

Pero la respuesta es aún incompleta. La razón de su insuficiencia es que los sujetos podrían aceptar un tipo de autoridad que anule la independencia del sujeto necesaria para validarla. Podrían hacer algo así porque aceptan el fundamento de la pretensión del gobernante a una obediencia servil —por ejemplo, de que su autoridad irrestricta viene conferida por Dios *propter peccatum*— como castigo de sus pecados. En este caso, el gobernante, podría

10. Hart, 1961, cap. 4.

tratar a sus súbditos como instrumentos para sus propósitos y usarlos de la manera que quisiera, sin hacerles ningún daño. Pero entonces, la validación dada al gobernante por sus súbditos no vendría de sujetos independientes —de sujetos reconocidos como agentes con capacidad para actuar por sí mismos (self-actuating agents)— y, de ese modo, a pesar de la aceptación voluntaria, no habría una validación *independiente* de la pretensión de derecho a la obediencia del gobernante. El gobernante recibiría reconocimiento de los súbditos sometidos a su dominio, pero el reconocimiento así prestado no sería validante. Permítanme llamar despotismo a este supuesto.

El caso del despotismo muestra que otro desiderátum de la autoridad válida (más allá de la aceptación voluntaria) es que el sujeto, en su sumisión a la autoridad, debe retener la independencia *frente* a la autoridad, lo que le cualifica para otorgar un reconocimiento validante. El sujeto debe aceptar la pretensión de autoridad del gobernante para gobernar, sin perder la independencia que tenía antes de la aceptación. Esto, sin embargo, parece plantear una contradicción. Someterse a la autoridad simplemente significa renunciar a la libertad de actuar según el propio juicio independiente en relación a las materias sobre las que la autoridad se ha pronunciado: pero ¿cómo puede uno retener la independencia sometiéndose así a la autoridad? ¿cómo puede una autoridad reconocer la independencia de sus sujetos respecto de la autoridad y seguir siendo autoritativa?

La contradicción se disuelve una vez que tomamos en cuenta una distinción. Hay una diferencia entre una autoridad que permite a sus sujetos actuar según su juicio independiente en materias sobre las que ha gobernado y la que defiere a las razones independientes de sus sujetos para someterse sin reservas a su juicio. La primera es incompatible con la autoridad, pero la segunda no. Por consiguiente, para que una autoridad sea validada por la sumisión voluntaria de sus sujetos, la autoridad debe reconocer un deber recíproco de someterse a la capacidad independiente para actuar de sus sujetos, haciendo de la razón misma del sujeto para someterse el único fin de su gobierno. La sumisión tiene que ser mutua entre las partes de la autoridad, que son así, parte de un convenio implícito. Cada una de ellas deviene un instrumento para la otra: el sujeto es un medio para que el gobernante confirme su autoridad y el gobernante es un instrumento del propósito del sujeto para someterse a la autoridad, pero la independencia de ambos queda preservada en virtud de su sumisión recíproca. Que el gobernante y el gobernado sean, a la vez, un fin y un instrumento del otro es la condición por la que la sumisión del sujeto al gobernante es apta para otorgar una validación independiente a la pretensión de autoridad del gobernante. Permítanme que denomine concepción de la autoridad como servicio a esta concepción de la autoridad.

La concepción de la autoridad como servicio todavía representa una respuesta incompleta al problema de la autoridad. Es así porque, sin una especificación adicional, la concepción de la autoridad como servicio podría ser satisfecha por el reconocimiento voluntario por parte del sujeto del derecho del gobernante a gobernar autocráticamente bajo la condición de que el gobernante reparta como feudos el poder de recaudar impuestos o tasas a aquellos que lo reconozcan como Emperador, Majestad, etcétera y que, en general, apoyen su autocracia. Como un cortesano en la Francia pre-revolucionaria, el sujeto podría intercambiar su independencia por clientelismo y riqueza y el gobernante podría intercambiar sus poderes de soberanía a cambio de adulación y apoyo militar. En ese caso, se satisface el requisito de la reciprocidad, pero no el requisito de que el sujeto retenga su independencia, porque el súbdito ha alienado su independencia a cambio de un beneficio material, dejando al gobernante libertad para gobernar caprichosa y autocráticamente, para encarcelar o matar extralegalmente, para celebrar simulacros de juicio o juicios secretos y otros similares. Por su parte, el gobernante es un instrumento para el gobernado que le permite descartar la incidencia de la soberanía en las esferas de privilegio privadas.

El defecto de la concepción de la autoridad como servicio aisladamente considerada pone de manifiesto un desiderátum adicional de la autoridad válida. El convenio entre gobernante y gobernado debe tener un contenido específico. Para que el sujeto retenga su independencia al someterse al gobernante y para que el gobernante siga siendo una autoridad cuando se convierte en un instrumento para el gobernado, el gobernante debe gobernar no a favor de cualquier interés material que pudiera tener el súbdito para someterse, sino en interés de la independencia misma del súbdito. En ese caso, el súbdito recupera de un modo seguro la independencia que poseía con inseguridad fuera de la autoridad y, de ese modo, preserva la cualificación para otorgar validación objetiva a la pretensión de autoridad del gobernante en el sometimiento a su gobierno. Correlativamente, el gobernante mantiene su autoridad siendo un instrumento para el sujeto, porque la autoridad del gobernante está sometida a un ideal y no a una voluntad empírica o voluntad que quiere independencia frente a la voluntad arbitraria de los otros. Un gobernante que gobierna para favorecer un interés ideal en la independencia gobierna conforme a una razón pública que todos los sujetos independientes podrían imponerse a sí mismos. El gobernante responde ante esa razón pública, en el sentido de que cualquier directiva suya que sea incompatible con ella queda privada de autoridad (*ultra vires*). Sería una mera exigencia de una persona natural, cuya autoridad no podría ser aceptada por ningún sujeto independiente, quien, por tanto, tampoco

podría asumir la obligación incondicional de obedecerla. Con este paso, nos hemos adentrado en el mundo del constitucionalismo liberal.

2.2. *La forma común de los liberalismos políticos: el reconocimiento ideal*

Donde la autoridad es constitucional en lugar de personal, el convenio entre gobernante y gobernado es de tipo intelectual. No es necesario que esté respaldado históricamente. El sujeto, dado que se ha postulado que su fin es su independencia, *debe* someterse al imperio del derecho (rule of law) a condición de que el gobernante reconozca, recíprocamente, el deber de someter sus mandatos a un test impersonal de autoimponibilidad por parte de un sujeto independiente. Permítanme llamar relación de reconocimiento ideal al convenio intelectual que tuviera este contenido. Es ideal, a diferencia del reconocimiento imperfecto del gobierno despótico y autocrático, porque el reconocimiento mutuo aquí preserva la independencia del sujeto en su sumisión al gobernante y la independencia de la autoridad que es instrumental a los gobernados. Aquí, por tanto, el producto del reconocimiento mutuo es una autoridad válida. Las autoridades terrenales son válidas en un menor o mayor grado de perfección (y la obligación política queda cualificada o no por un permiso limitado a desobedecer cuando sea para favorecer un grado mayor) dependiendo de las condiciones necesarias y suficientes de la autoridad válida que satisfagan. Los déspotas con autoridad son autoridades del tipo más débil; los gobernantes que gobiernan conforme a un convenio de servicio al gobernante son autoridades más fuertes que los déspotas con autoridad, mientras que los gobernantes que gobiernan conforme a una razón pública que pudieran aceptar todos los sujetos independientes son autoridades sin reserva alguna. Así los iuspositivistas están en lo cierto cuando dicen que no toda autoridad jurídica es justa, pero los iusnaturalistas aciertan cuando dicen que solo la autoridad justa es autoridad absoluta.

Ahora bien, supongamos que el concepto de independencia fuera inherentemente controvertido, de modo que solo hubiera concepciones rivales sobre la razón pública liberal y que no fuera posible resolver racionalmente el desacuerdo. En ese caso, tendría que entenderse que una concepción no sectaria de la autoridad válida es aquella que no hace referencia a alguna interpretación particular de las libertades básicas en las que se concreta la independencia del sujeto. Contendría un deber de los gobernantes de respetar esas libertades y de tratar a todas las personas como iguales ante la ley, pero dejaría abierto al debate político qué supone dar cumplimiento a esos deberes. No cabe duda de que la independencia es un concepto controvertido. Pero ¿es un concepto *necesariamente* controvertido?

Observemos, en primer lugar, que existe un extenso ámbito de acuerdo entre las concepciones liberales de la autoridad constitucional. Su rasgo común es la estructura de un reconocimiento ideal entre gobernante y gobernado. Los sujetos reconocen la autoridad del gobernante a gobernar bajo condición de que el gobernante haga de la independencia del sujeto el único fin de su gobierno. De ese modo, todas constriñen al gobierno mediante una razón pública identificada con la independencia del sujeto o que la incluye. Se diferencian, como veremos, en sus comprensiones de lo que la independencia significa y en la elección del aspecto del sujeto —la libertad de su voluntad, su conciencia moral o su carácter individual— al que la independencia está vinculada.

Observemos, en segundo lugar, que esas comprensiones de la independencia no son mutuamente excluyentes. La independencia de la voluntad, de la conciencia y del carácter pueden ser elementos conjunta y necesariamente suficientes de una independencia plena y la protección de uno de esos elementos puede constituir lo que es perdurablemente valioso en una *Gestalt* constitucional ordenada a una concepción particular de la independencia. Es más, el constreñimiento del gobierno en interés de la independencia del sujeto (como quiera que se la entienda) es un derecho constitucional. Es porque la independencia continuada del sujeto frente al gobernante lo cualifica para validar la pretensión de autoridad a través de su aceptación por lo que los derechos constitucionales son complementarios de la autoridad política válida y, de ese modo, necesarios para una obligación política sin reservas. Es más, como la independencia de la voluntad, de la conciencia y del carácter no son mutuamente exclusivas, el constreñimiento sobre el gobierno que protege cada uno de esos aspectos de la independencia humana puede ser parte de un cuerpo completo de derechos constitucionales, y la moralidad política que genera cada derecho puede ser parte de un liberalismo político comprensivo o incluyente. Todo lo que se necesita es un modo lógico (en el sentido de distinto de un modo meramente agregativo) de conexión entre las diversas comprensiones de lo que sea la independencia. Este es el tema de las siguientes tres subsecciones.

2.3. El defecto común: tomar a una parte por el todo

Mientras que el constitucionalismo es el gobierno bajo la razón pública, cada secta del liberalismo político tiene su propia concepción de la razón pública bajo la cual el gobierno tiene autoridad (authoritative). Para el liberalismo clásico, la razón pública para el gobierno y para la obediencia es la determinación imparcial y la imposición de la ley natural que ordena el respeto mutuo de voluntades libres que se consideran fines-para-

sí-mismos independientes; para el liberalismo igualitario, es la garantía pública a todos los fines-para-sí-mismos de las condiciones jurídicas para ser autores (authoring) de sus vidas conforme a sus conciencias y para participar en el gobierno; para el liberalismo comunitarista es el reconocimiento mutuo como fines de la comunidad cultural políticamente organizada y del carácter individual cuyo compromiso activo con la cultura da vida a su *ethos*. Estas concepciones de la razón pública conforman distintos paradigmas constitucionales, cada uno de los cuales tiene su propia razón para considerar a ciertas libertades más básicas que a otras (y, por tanto, merecedoras de una protección reforzada). Pero como cada paradigma es una instancia de reconocimiento ideal, cada uno produce un conjunto de derechos constitucionales que es necesario para la reconciliación de autoridad e independencia y, por tanto, para la autoridad válida y para la obligación incualificada. Los derechos constitucionales que reflejan el reconocimiento ideal entre autoridad y sujeto son lo perdurablemente valioso del paradigma. Lo que es efímero son los rasgos del paradigma que son reflejo de su pretensión de capturar, no un supuesto de reconocimiento ideal, sino el reconocimiento ideal como tal, no una parte de la historia acerca de cómo la autoridad puede reconciliarse con la independencia del sujeto, sino la historia al completo.

La fragmentación del liberalismo es la consecuencia de que cada secta liberal reclame querer contar la historia completa de la autoridad válida. Es el resultado de que cada secta reclame haber identificado no solo una condición necesaria para reconciliar autoridad e independencia, sino una condición suficiente. Mientras que la pretensión de haber capturado una condición necesaria es correcta, la pretensión de capturar una condición suficiente no lo es, porque la última queda cuestionada (y, por tanto, relativizada) por la existencia de otras instancias de reconocimiento ideal, que contienen derechos que están ausentes en las restantes. Típicamente, las sectas liberales responden a este reto rechazando la vigencia de los derechos de los que carecen o reinterpretándolos desde el punto de vista de su propia razón pública y subsumiéndolos en los derechos que tienen. Por ejemplo, el liberalismo clásico no considera que exista un deber público universal de eliminar la dependencia para la subsistencia de otras voluntades libres, atendiendo las necesidades solo de aquellos que, por encontrarse al límite de la inanición, no tendrían, de otro modo, interés en una situación en la que las leyes se cumplieran y, por tanto, no tendrían obligación de obedecer el derecho¹¹. También rechaza la existencia de un deber público de dar

11. Véase Kant, 1797, p. 136 [326] <p. 159>.

apoyo a las comunidades con un ethos propio, ayudándolas solo mediante la protección indirecta de la libertad del individuo a asociarse para los fines de su elección y también mediante la movilidad ocupacional contra barreras legales erigidas en función de consideraciones étnicas, religiosas o raciales. Por su parte, el liberalismo igualitario denigra el derecho separado a la libertad, al que considera una “mera licencia” y reconfigura el derecho comunitarista al apoyo público a la identidad cultural como un título a un rango de opciones de planes de vida que las culturas ofrecen y que los agentes morales necesitan para escoger sus fines fundamentales¹². Por último, el liberalismo comunitarista menosprecia la libertad desraizada del “yo deontológico” y reinterpreta el derecho igualitario a la autodeterminación (self-determination) como un vehículo para la reproducción libre del ethos¹³.

Estas tácticas de denigración y subsunción no solo apuntalan dogmáticamente la pretensión de cada secta a la autosuficiencia, sino que también provocan sobrerreacciones en las sectas rivales, las cuales se ven compelidas a rechazar incondicionalmente a las otras, en lugar de hacerlo solo respecto de sus pretensiones exageradas, provocando así una respuesta similar en la otra parte. Aunque vista la disponibilidad de este tipo de tácticas como métodos a través de los que las sectas liberales se reafirman en su propia autosuficiencia, podría parecer que no hay método a través del que persuadir a cada una de ellas a renunciar a su pretensión de autosuficiencia y a aceptar, en su lugar, un rol constituyente, no es el caso. Hay uno: el método de razonamiento dialéctico.

2.4. Las tres etapas de la integración

Como nos enseñó Hegel (que reconoció el mérito de Platón por haber descubierto la lógica objetiva de la realidad), el razonamiento dialéctico comprende tres fases: una fase negativa o crítica, una positiva o reconstructiva y una fase de recuperación o redentora¹⁴. Llamaré a la primera fase crítica inmanente, a la segunda síntesis conceptual y a la tercera fase de rememoración.

Aplicada al derecho constitucional, la crítica inmanente, en primer lugar, se sumerge a sí misma en un paradigma constitucional y describe su unidad interna, una unidad ordenada a su concepción de la razón pública. Después critica el paradigma, pero no por un estándar externo a él. Más

12. Dworkin, 2000, pp. 175-179, <pp. 193-197> y Kymlicka, 1989, pp. 162-181.

13. Sandel, 1982, pp. 7-11, 15-65, 149-154, 179-183 <pp. 21-25, 31-90, 188-193 y 221-227>.

14. Hegel, 1812, paras. 79-82.

bien lo critica por un estándar reconocido por el paradigma mismo, demostrando que este último es inadecuado a su propia aspiración. El estándar reconocido por cada paradigma es la idea de una razón pública para el gobierno y la obediencia que todos los sujetos independientes pudieran aceptar. Cada paradigma se basa en una concepción particular de esa razón y cada concepción quedaría refutada en tanto que razón única para el gobierno y la obediencia si, al ser tratada como tal (como proveedora de condiciones suficientes para reconciliar autoridad e independencia), provoca el colapso de su constitución en tanto que caso de reconocimiento ideal, convirtiéndola en un supuesto de despotismo, de gobierno de una persona o grupo jurídicamente incondicionado. En ese caso, decimos que una concepción de la razón pública que reclama ser la única razón para el gobierno y la obediencia, se disuelve en una razón privada o que un caso de reconocimiento ideal, cuando reclama ser el reconocimiento ideal como tal, se convierte en un caso de reconocimiento deformado.

El resultado de la crítica inmanente, sin embargo, no lleva a un callejón sin salida negativo. Como lo que queda refutado es la pretensión de gobierno de una concepción específica de la razón pública, el derrumbe de la concepción no implica escepticismo del Estado de derecho, es decir, el rechazo a la posibilidad de la razón pública como tal. Al contrario, apunta a una concepción revisada, una concepción que aprenda de la experiencia de la que la ha precedido. En la fase reconstructiva, por tanto, una concepción nueva de la razón pública se eleva sobre las cenizas de la antigua y es una concepción que integra en la razón pública el aspecto de la independencia del sujeto que la concepción anterior excluyó fatalmente. La nueva concepción, sin embargo, no añade eclécticamente ese elemento excluido a la idea que lo excluyó, sino que más bien los sintetiza en una idea novedosa y diferente respecto a ambas. La concepción sintética unifica intencionalmente los extremos cuya conexión quedó revelada de manera inesperada en la realización y el derrumbe de la concepción anterior. Es de este modo como la nueva concepción aprende de la experiencia de la antigua.

Sin embargo, del derrocamiento de la concepción superada no se sigue que la concepción deba ser completamente volcada o disuelta en la nueva. Aunque fracase a la hora de identificar las condiciones suficientes para la reconciliación de autoridad e independencia, cada concepción identifica una condición necesaria y solo se puede rendir tributo a esa condición si la concepción de la razón pública que la singulariza mantiene su integridad y autonomía en el marco del conjunto unificado de todas las condiciones, si bien ya no como condición soberana sino constituyente y subordinada, es decir, degradada pero no anulada. Si la condición (por ejemplo, el deber de la autoridad de respetar la libertad de los sujetos) fuera

simplemente disuelta en un compuesto más rico (el deber de consideración por su autonomía), la necesidad específica de aquella no habría sido reconocida. Esto nos da una idea de la naturaleza de la razón pública que es auténticamente soberana. Debe ser la totalidad rememorada de todas las concepciones constituyentes de la razón pública necesarias y suficientes para generar constreñimientos en el gobierno que reconcilien la autoridad con la independencia. De ese modo, la razón pública soberana organizará una constitución comprensiva de diversas constituciones subsidiarias, cada una de ellas subordinada al conjunto e igual a cualquier otra. Porque solo la constitución incluyente reconcilia completamente la autoridad con la independencia del sujeto necesaria para la validación de la autoridad, esta constitución culmina el desarrollo racional de la autoridad desde el despotismo al constitucionalismo. Pero permítanme decir algo más sobre la razón pública que es genuinamente soberana.

2.5. Reconocimiento ideal: instancia y arquetipo

Dijimos que cada concepción liberal de la razón pública dispone un paradigma constitucional que prueba la estructura del reconocimiento ideal entre autoridad y sujeto. Ahora bien, no podemos dar sentido a la pluralidad de instancias del reconocimiento ideal sin tener una noción sobre el arquetipo del que son instancias. Sin embargo, el arquetipo no puede ser otro caso de reconocimiento ideal como los demás, porque entonces sería simplemente otra instancia y no un arquetipo. Ni, por lo tanto, puede ser una forma genérica de reconocimiento mutuo yuxtapuesta a sus muchas instancias constitucionales, porque una forma unidimensional como esta, de nuevo, sería algo limitado y particular en relación a aquellas instancias. De una abstracción así, uno podría decir razonablemente que no es un arquetipo, sino una condensación, es decir, no una razón pública comprensiva para el gobierno y la obediencia en cuyo seno solo razones públicas particulares tendrían su jurisdicción válida, sino una idea formal erigida inductivamente a partir de nuestra experiencia con particulares.

De lo que no puede ser un arquetipo, podemos aprender algo sobre lo que debe ser. En primer lugar, una arquetipo genuino del reconocimiento ideal debe abarcar a sus instancias como un todo comprende a sus partes. Debe ser el conjunto de sus instancias, el conjunto de condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para que un sujeto permanezca independiente al someterse a un gobernante y para que un gobernante siga siendo una autoridad al someterse al gobernado. En segundo lugar, el arquetipo debe ser para sus instancias lo que la razón pública comprensiva para el gobierno y la obediencia es a las razones públicas parciales y constituyentes.

De ese modo, si una razón parcial para el gobierno y la obediencia es garantizar una condición necesaria de la independencia del sujeto, entonces la razón pública comprensiva ha de garantizar la totalidad de las condiciones necesarias y suficientes para la independencia del sujeto. En tercer lugar, las instancias del reconocimiento ideal deben ser el microcosmos de todo reconocimiento ideal omnicomprendivo entre el todo y la parte, tal que la parte, al renunciar a la pretensión de hegemonía que la llevó a la ruina, reconozca la autoridad suprema del conjunto y el conjunto reconozca una autonomía cualificada a la parte. Si llamamos justicia política comprensiva al arquetipo de un reconocimiento ideal y justicia política parcial al tipo, entonces el criterio para cribar podría ser formulado así: los constreñimientos a la autoridad (los derechos constitucionales) de una moralidad política que reflejen un reconocimiento ideal entre autoridad y sujeto son elementos racionalmente perdurables del constitucionalismo liberal; aquellos cuyos rasgos reflejen la pretensión de una de las partes de la justicia política de ser la justicia política comprensiva, son inherentemente efímeros. Son efímeros porque, como las falsas ilusiones de los moradores de la caverna platónica, son el resultado de confundir ejemplos con arquetipo.

En las secciones siguientes, presento las concepciones de la razón pública de los liberalismos clásico, igualitarista y comunitarista y formulo la interpretación de una libertad básica que se sigue de cada concepción. También intento conectar a esas concepciones en tanto que partes de una concepción completa a través de un razonamiento dialéctico como el descrito, preservando lo bueno de cada paradigma y descartando lo malo. Como ya he hecho esto antes con más amplitud, tomaré las descripciones de los paradigmas constitucionales y las transiciones de cada uno de ellos al siguiente, del capítulo 6 de *The Owl and The Rooster: Hegel's Transformative Political Science*. Lo nuevo aquí es el caso ilustrativo a través del que se precisan los paradigmas constitucionales y se ponen de manifiesto sus diferencias. Entonces fue la libertad de expresión y aquí será la libertad religiosa.

3. RAZÓN PÚBLICA COMO RESPETO MUTUO A LA LIBERTAD DE LA VOLUNTAD

En el liberalismo clásico, del que Kant es expresión ejemplar, la persona aislada es concebida como un ser moralmente autosuficiente en el sentido de que su derecho a ser respetado no depende de nada salvo de la libertad innata de su voluntad¹⁵. Esto no es sino el atomismo ontológico del liberalismo clá-

15. Kant, 1797, p. 63 [237-238] <pp. 47-50>.

sico. Como el estatus de fin de los seres humanos encuentra apoyo suficiente en su capacidad para la libertad, no hay ninguna teleología natural que los mueva a la sociedad política. El individuo no necesita *llegar a estar* en un cuerpo político para ser el fin dignificado que potencialmente es, porque es ya un fin completamente dignificado en virtud de su capacidad para fijarse fines libremente. Su estado de naturaleza no es, por tanto, un estado civil, sino un estado de mutua indiferencia y disociación.

La dignidad de la libertad de la voluntad significa que cada persona es libre para actuar conforme a los fines que libremente haya elegido (nadie podría impedirle hacerlo así) en la mayor medida posible, siempre que sea compatible con una igual libertad de otros. Según la famosa fórmula de Kant, una acción es justa si puede coexistir con la libertad de todos de acuerdo a una ley universal¹⁶. Hay que destacar que este llamado axioma de justicia pone de manifiesto la estructura del reconocimiento ideal. Cada persona se ve en la obligación de verse afectada por la libertad de otros solo en una medida que sea consistente con que cada uno siga siendo un fin independiente capaz de validar el derecho-pretensión del otro a la libertad y, por tanto, solo a condición de que pueda vincular a otros a verse afectados por su libertad en una medida igual. Por consiguiente, el axioma de justicia exhibe la forma del reconocimiento ideal, específicamente, en forma de respeto mutuo entre personas centradas en sí mismas. Todo el mundo puede actuar autointeressadamente dentro de unos límites consistentes con la igual libertad y vulnerabilidad de todos.

Para el liberalismo clásico, la autoridad coercitiva está justificada solo en tanto que concrete e imponga este axioma de justicia precivil. Al hacerlo, la autoridad coercitiva pone remedio a los defectos de la autoridad natural del axioma que se siguen del unilateralismo de su especificación y juicio en la condición precivil. A consecuencia de este fallo, nadie puede dañar a nadie y, de ese modo, el derecho innato de la persona a ser libre frente al constreñimiento de otro queda inconcluso. Para lograr la realización del derecho, los seres humanos deben unirse bajo una autoridad común que, en virtud de su juicio imparcial y de la garantía de cumplimiento omnilateral de la obligación, supone que una condición justa se realiza en la realidad. Esta es la razón pública para el gobierno y la obediencia del liberalismo clásico. Sirve para perfeccionar tanto la autoridad natural del axioma de justicia como el derecho innato de la persona al respeto por su libertad.

La razón pública del liberalismo clásico requiere un tipo de constitución a la que podríamos llamar constitución de la libertad. Como en esta

16. *Ibid.*, p. 56 [230] <p. 38>.

constitución la autoridad pública se justifica solo en tanto que hace real el axioma de justicia, los mandatos del gobernante gozan de autoridad solo si especifican e imponen la ley del respeto mutuo entre personas o si crean una infraestructura de apoyo a esa condición justa. Los que restringen la libertad más de lo que es necesario para la igual libertad o los que imponen obligaciones no recíprocas carecen de autoridad. También vemos aquí otro caso de reconocimiento ideal, en este caso entre gobernante y gobernado. En función de los términos del contrato libertario, el sujeto se somete al gobernante conforme a una razón pública identificada con el respeto mutuo entre personas libres e iguales y el gobernante somete la validez de sus mandatos a un test de aceptabilidad por ese tipo de personas. En la medida en que tiene un deber (vinculado a su autoridad) de actuar conforme a ese criterio, el gobernante daña a sus súbditos si no lo respeta. Sin embargo, para el liberalismo clásico que se puedan exigir al gobernante responsabilidades por ilícitos constitucionales y que el súbdito pueda resistirse a la imposición de mandatos injustos, son otro tipo de cuestión. Volveré sobre esto.

La razón pública para el gobierno y la obediencia del liberalismo clásico genera una razón particular para otorgar a la libertad religiosa inmunidad constitucional frente a la regulación legal. Esta razón no tiene nada que ver con el deber de tolerancia religiosa. Los cristianos podrían tener un deber de tolerar a los no cristianos y un Estado católico podría tener buenas razones para tolerar a los no católicos, pero un liberalismo indiferente hacia los fines fundamentales ni tiene el deber de “tolerar” nada ni lo necesita. Su razón especial para la protección de la libertad religiosa es simplemente que mi libertad de creer lo que yo elija es compatible con una igual libertad de todos a creer, decir o hacer lo que deseen, sin entrar a regular lo que la gente pueda creer. Por no tener impacto en la libertad externa de los otros a perseguir fines de su elección, las elecciones sobre lo que creer son *inherentemente* compatibles con el axioma de justicia. No es, por tanto, necesario reconciliar mi elección con las de otros mediante alguna regla que permita cierto nivel de impedimento al tiempo que prohíbe el exceso.

Sin embargo, precisamente esto es lo que no puede decirse de la libertad de acción. La libertad para actuar en el mundo necesariamente implica elecciones que colisionan. Mi elección de permanecer aquí evita que otros lo hagan sin interferir con mi cuerpo. Mi elección de usar mi tierra para mis propios fines debe entrar en conflicto con, al menos, algunos usos que tú podrías elegir como tuyos. Dada la necesidad de que la que libertad externa dé lugar a colisiones entre las voluntades, el derecho a la igual libertad me exige sufrir tu libertad y a ti sufrir la mía dentro de los límites consistentes con la igual libertad. La función de la regulación es trazar esos límites. Es

establecer los límites en los que cada uno puede imponerse a los otros de un modo consistente con su igualdad en tanto que fines independientes. De ese modo, en lo que a la libertad de acción atañe, los derechos de libertad emanan del ajuste mutuo de las libertades conforme a una regla. En ese sentido, son criaturas de la regulación.

Por el contrario, los derechos a la libertad religiosa y de expresión existen independientemente de su regulación. Es así porque mientras que la libertad de acción no puede existir sin algún nivel de obstáculo mutuo de la libertad, la libertad para creer o decir lo que uno quiera sí puede. En particular, la libertad para tener creencias internas es tan ajena a la posibilidad de impactar con la libertad externa de otros que no necesita ningún tipo de limitación para permitir su coexistencia con la igual libertad de otros. Sin duda, podrías cuestionar mis convicciones por la habilidad con la que defiendes las tuyas, pero no puedes hacerlo sin que yo asienta a ese efecto y, de ese modo, no se da interferencia con mi libertad para perseguir fines de mi elección. También podrías rechazar la elaboración de una tarta de bodas para una pareja del mismo sexo o la práctica un aborto. Pero eso es poner la creencia en práctica y no simplemente tenerla o afirmarla y es solo la libertad para creer lo que la constitución de la libertad inmuniza frente a la limitación jurídica. Esa libertad no requiere ninguna regulación para ser compatible con la igual libertad. Es compatible con la igualdad antes de la regulación.

De ahí se sigue que cualquier restricción de las creencias religiosas viola el axioma de justicia que la autoridad pública del liberalismo clásico está obligada a especificar, imponer y respetar. Una ley que restringe las creencias, sea compeliendo a la conversión o al repudio o castigando la afirmación, no es una ley a la que un fin independiente podría asentir. Para el liberalismo clásico, por tanto, *cualquier* restricción de la libertad de creencias religiosas es *ultra vires* para el gobernante. En este sentido, la libertad de religión difiere de la libertad de expresión, que aunque no necesariamente vulnera la libertad de otros, *puede* hacerlo (por ejemplo, incitando al crimen) y, por tanto, admite excepciones a su inmunidad a la regulación. Sin embargo, la libertad a tener creencias religiosas es absoluta. No solo no es necesario que la libertad de conciencia suponga impedimentos a otros, es que es imposible que lo haga. Aquí es donde yace la razón por la que la libertad religiosa ocupa un lugar privilegiado en la constitución de la libertad.

La razón por la que el liberalismo clásico inmuniza a la religión frente a la regulación se aplica a la creencia, pero no a la acción expresiva de la creencia. En la medida en que queda fuera de la razón para proteger las creencias, la acción que las expresa queda dentro del ámbito de la libertad general, donde es vulnerable a la regulación legal con el objetivo de garan-

tizar la libertad por igual o de preservar la igual obligación frente a las pretensiones de la conciencia religiosa de disfrutar de exenciones de las leyes que indirectamente interfieren con sus prácticas rituales¹⁷ y, es más, donde solo hay una razón del liberalismo clásico para la protección de la religión (donde su instancia de reconocimiento ideal está identificada con el reconocimiento ideal como tal), con lo que la regulación jurídica de la acción religiosa no requerirá un propósito público especial, ni necesitará de un escrutinio exigente para determinar si la restricción de la libertad religiosa fue necesaria para alcanzar un objetivo legislativo. En la medida en que el derecho a actuar es una criatura de la regulación, no hay ninguna infracción al derecho que necesite justificarse a partir de un propósito especialmente cualificado y por necesidad. De ese modo, llevar un *kirpán*, por ejemplo, no recibe ninguna protección constitucional por parte de la constitución de la libertad; tampoco se permiten exenciones a las leyes de aplicación general en atención a la práctica religiosa (e. g. el ritual de la circuncisión o el uso de algún narcótico prohibido para propósitos ceremoniales), ni aunque la exención pudiera ser reconocida sin afectar al propósito de las leyes. Una exención así sería inconstitucional porque limitaría la libertad de modo desigual y, por tanto, crearía obligaciones no recíprocas.

La razón de la constitución de la libertad para inmunizar las convicciones de conciencia frente a la regulación jurídica es una razón perdurable del constitucionalismo liberal. Es así porque la inmunidad absoluta de las creencias internas es una condición necesaria para reconciliar la autoridad con la independencia de la mente del sujeto, garantizando así la existencia de un sujeto cualificado para validar la pretensión de autoridad y porque solo la razón de la constitución de la libertad para proteger a algunas libertades frente a la regulación (las que pueden ser ejercidas sin que necesariamente colisionen con la libertad de otros) puede dar a la creencia (que no supone posibilidad alguna de colisión) inmunidad absoluta. Como veremos, las razones generadas por el liberalismo igualitario y comunitarista protegerán la libertad de conciencia como un bien común y, sin la constitución de la libertad como restricción, ese bien determinará el alcance (y, por tanto, relativizará) del derecho a creer del individuo.

Si la inmunidad absoluta que la constitución de la libertad dispensa a convicciones de conciencia es reflejo del reconocimiento ideal entre autoridad y sujeto, que la protección se limite a la creencia es reflejo de la falsa absolutización de su axioma de justicia como la única razón para el

17. *Employment Division, Department of Human Resources (Oregon) v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

gobierno. Dado que el liberalismo clásico equipara lo que sea el bien con la concepción medieval del bien que colapsó en despotismo monárquico, rechaza el bien como tal como razón para gobernar, dejando a la libertad para perseguir fines relativos al agente como la única razón pública. Es, por lo tanto, ciego a una interpretación de las libertades básicas como bienes que todos necesitan para llevar a cabo una vida autónoma. Una interpretación así rechaza la dicotomía entre creencia y acción, porque la acción que es expresión de valores fundamentales es, precisamente, expresión del bien humano de vivir autónomamente. Por eso, una interpretación basada de la libertad religiosa como bien rechazaría también la idea de que la práctica religiosa puede ser objeto de regulación por propósitos públicos ordinarios.

Que el axioma de justicia del liberalismo clásico sea un constreñimiento al gobierno insuficiente para reconciliar la autoridad y la independencia puede demostrarse mediante una crítica inmanente de su constitución. Si pensamos que las personas son moralmente autosuficientes y que su dignidad es independientes de cualquier cuerpo político, entonces su condición natural será percibida como apolítica (*stateless*). En consecuencia, su capacidad crítica para juzgar lo justo y lo injusto estará vinculada con su derecho precivil al juicio unilateral sobre lo que constituye una violación del axioma de justicia. Y así, cuando entregan su derecho a juzgar de modo unilateral a una autoridad pública para superar los defectos del estado precivil, también renuncian a la posibilidad de exigir responsabilidad a la autoridad pública por sus vulneraciones a la constitución, porque hacerlo parecerá un retorno de la anarquía. Terminarán constituyendo, por tanto, una autoridad pública que es, de nuevo, ilimitada, en el sentido de que no es responsable de los incumplimientos de su deber de gobernar exclusivamente en interés de la independencia de sus sujetos. La autoridad tendrá y reconocerá un deber así, pero exigirle responsabilidad supondría embarcarse (o lo parecería) en el mismo tipo de juicio unilateral que la condición civil pretendía superar. De ese modo, mientras que el gobernante reconoce un deber de respetar la independencia de sus súbditos, vinculado a su autoridad, no reconoce el deber de evitar ser juez y parte sobre si lo ha cumplido o no: es legislador supremo y tribunal supremo en uno. Dicho de otro modo, el gobernante supremo no tiene el deber de decidir correctamente a la hora de determinar si sus mandatos son consistentes con el axioma de justicia, porque tiene el monopolio sobre los juicios dotados de autoridad. En consecuencia, el gobernante es, de nuevo, un gobernante ilimitado y el sujeto ha perdido su independencia al someterse al gobierno. Por su parte, la razón pública bajo la que el gobernante supremo gobierna

ha colapsado en la opinión privada del gobernante. El constitucionalismo se ha convertido en despotismo¹⁸.

El fracaso del constitucionalismo del liberalismo clásico nos enseña que un desiderátum adicional del reconocimiento ideal es que los gobernantes sean responsables por los incumplimientos de la razón pública bajo la que gobiernan. De otro modo, gobernarían como personas naturales y no como autoridades de la razón pública. Es más, la lógica que nos llevó de la anarquía al despotismo con autoridad nos muestra lo que debemos replantearnos para que los gobernantes sean responsables sin que, por ello, sus súbditos caigan en la anarquía. En particular, la necesidad racional para entrar en la condición civil muestra que el liberalismo clásico estaba equivocado al pensar que los agentes individuales son moralmente autosuficientes, es decir, que su dignidad no depende de nada salvo de su libre voluntad. Evidentemente, necesitan una unión civil para realizar su dignidad. Pero entonces también fue un error considerar la anarquía como la condición natural de la humanidad y valorar la justicia del gobierno en función de si se acomodaba a un axioma de justicia que ordenaba el respecto a la mayor libertad posible de personas atomizadas y supuestamente autosuficientes. La imposibilidad de los derechos sin una autoridad común nos enseña que el punto de referencia normativo es más bien una unión civil ideal que garantice la independencia de todos y de la que todos sean miembros iguales y que se autogobiernan. ¿No deberíamos considerar que una unión así es el estado natural de los seres dignificados en lugar de suponer que lo es una condición anárquica que el derecho natural nos empuja a abandonar? Si es así, el argumento que lleva a la soberanía ilimitada nunca se plantea. Si la justificación de la autoridad civil no necesita formularse a partir de los derechos al unilateralismo en una condición precivil, entonces las personas no necesitan alienar su razón crítica a un soberano incondicionado para establecer el gobierno del derecho (*rule of law*), porque el vínculo entre la razón crítica y el juicio unilateral (razón privada) queda escindido. La razón para lograr que los gobernantes sean responsables respecto de la razón pública por cómo gobiernan puede corresponder a órganos del cuerpo civil estructurados por el derecho de modo tal que sean órganos de la razón pública independientes.

18. Kant, *Metaphysics of Morals*, pp. 130-133 [319-323] <pp. 150-155>.

4. LA RAZÓN PÚBLICA COMO LOS JUSTOS TÉRMINOS DE LA COOPERACIÓN SOCIAL

Con esta cadena de razonamientos, nos hemos desplazado a un nuevo paradigma de gobierno constitucional. Aquí la razón pública para el gobierno y la obediencia no es un deber precivil perfecto de personas atomísticas de respetar las esferas de libertad de cada uno. Es más bien el disfrute de un esquema de cooperación cívica justo ordenado a la independencia de todos. La posición original no es anarquía, sino un congreso imaginario de pensadores desinteresados encargados de la elaboración de los principios de justicia implícitos en órdenes liberales ya activos¹⁹. Es por ello que aquí el significado de la independencia puede ser separado del significado estrecho que tiene para las personas atomísticas del liberalismo clásico. No es simplemente la independencia de la libertad de la voluntad frente a la imposición coactiva por otros de los fines a los que aquella orienta su movimiento: es también la independencia económica que los sujetos morales necesitan para conformar sus propias vidas de acuerdo a una concepción deliberativa de lo bueno y la independencia política que adquieren a través de su participación en la elaboración del derecho. De este modo, la independencia ahora tiene significados más ricos: la autodeterminación privada y el autogobierno democrático, de los que la libertad de elección protegida mediante derechos negativos es solo una precondition.

Así entendida, la independencia es un bien humano, que se disfruta cuando las cosas van bien de acuerdo a una medida objetiva. Y como el liberalismo clásico no reconocía ningún bien humano universal promovible por la autoridad, la emergencia de ese bien exige un nuevo pacto entre autoridad y sujeto. La autoridad del gobernante es condicional a que quede bajo un deber positivo de proveer las condiciones para que todos lleguen a ser ciudadanos que se autogobiernan y sujetos morales autores de sí mismos, en otras palabras, de promover el bienestar común. Correlativamente, los sujetos tienen título sobre esos bienes como una condición para retener la independencia moral que les cualifica para validar a la autoridad mediante la obediencia.

Con ese nuevo pacto llega un nuevo axioma de justicia: los gobernantes tienen un deber constitutivo de su autoridad de proveer a sus sujetos con un acceso igual a los medios de autogobierno y de mostrar una igual consideración hacia ellos cuando guían sus vidas según sus propios criterios. Es más, como el autogobierno exige que el gobernante sea responsable de

19. Rawls, 1993, pp. 22-28 <pp. 52-59>.

las infracciones de la nueva razón pública, el gobernante ahora tiene el deber de actuar correctamente cuando existe una respuesta correcta y de ser razonable si no la hay. Por eso, sus exigencias deben ser ahora revisadas por jueces independientes para comprobar su consistencia con las determinaciones *a priori* de la razón pública y deben ser revisadas por los representantes de los gobernados para valorar su razonabilidad en la implementación de bienestar común.

Mientras que la constitución del liberalismo clásico era la constitución de la libertad, la nueva constitución es la de la igualdad. Es así porque garantizar a todos las condiciones de autogobierno y autoría de sí mismos exige eliminar las desventajas absolutas que afectan a algunos por pura mala suerte, que tienen como resultado que uno no tenga lo necesario para vivir o que solo tenga lo necesario: poco talento, puntos de partida empobrecidos e interrupciones en los ingresos. Exige, por tanto, distribuciones públicas de recursos que rechacen normativamente las distribuciones históricas y fortuitas que resultan del hecho de tener los sujetos la máxima libertad de adquisición consistente con el respeto a la libre elección y a las propiedades establecidas. Esto significa que, en el marco del nuevo orden constitucional, el axioma de justicia del liberalismo clásico es superado. Ya no hay un derecho a la máxima libertad consistente con la igual libertad al margen de cuáles sean sus consecuencias para el bienestar, ni está la autoridad pública constreñida por ese derecho. Podría, por ejemplo, limitar el tipo de cláusulas contractuales que partes con desigual poder pudieran acordar voluntariamente y podría obligar a alguien a ceder las propiedades que ha adquirido pacíficamente, de modo que otros puedan tener lo suficiente para sustentar una vida de la que ser autores.

Pero no es solo esto: ni siquiera hay derecho a la máxima libertad consistente con el igual autogobierno y la autoría de uno mismo, es decir, consistente con la satisfacción de los fines igualitarios. Un derecho así implicaría un derecho independiente a la libertad, pero, para la constitución de la igualdad, tal derecho no existe²⁰. Es así porque un derecho a la libertad está tan involucrado con la concepción apolítica y egocéntrica de la persona, que la constitución de la igualdad lo ha superado en favor de una concepción cívica. En la medida en que no se libre de esa concepción, la constitución igualitaria equipara a esa libertad sin reducción con una licencia cívicamente no-responsable y, de ese modo, no reconoce un derecho a la libertad más allá de lo que los justos términos de cooperación definen. Es así porque solo hay un título igual a las condiciones de autoría de sí mismo y autogobierno, una

20. Dworkin, 1978, cap. 12.

de las cuales son los derechos legales frente la interferencia con la libertad. Por consiguiente, el derecho a la libertad aquí está mediado por un juicio, todas las cosas consideradas, sobre qué es lo que exige el bienestar común; no existe separadamente. Si llamamos axioma₁ al axioma de justicia del liberalismo clásico y axioma₂ al axioma del liberalismo igualitario, podemos decir que la autoridad pública ahora está constreñida por un deber de especificar e imponer el axioma₂, pero no el axioma₁.

Esto cambia el fundamento y el alcance del derecho constitucional a la libertad religiosa. En particular, la razón del liberalismo clásico para proteger la libertad religiosa frente a la regulación queda excluida. Si no hay derecho a la máxima libertad consistente con la igual libertad, entonces no hay derecho prejurídico a la libertad de religión basado en la idea de que regular las creencias limita la libertad más de lo necesario para la igual libertad. Por supuesto que la libertad religiosa está protegida, pero por una razón diferente. Lo está porque la libertad de conciencia, tanto religiosa como no religiosa, consiste precisamente en la libertad de formarse y llevar a cabo una concepción de lo bueno de la que uno mismo es autor, a la cual está ordenada la unión civil. Supuesto que respete los derechos y propiedad de las personas también requeridos por la autoría de uno mismo, esta libertad está protegida frente a la regulación, porque el liberalismo igualitario no conoce bien constitucional mayor que pueda limitar su ejercicio legítimo factiblemente. La autodeterminación es considerada el bien supremo y es un bien formal que puede acoger cualquier contenido y cualquier opinión sustantiva sobre lo que da a la vida sentido y valor.

Con seguridad, los límites a la libre práctica religiosa pueden ser establecidos de manera que armonicen otros derechos de autodeterminación (por ejemplo, la no discriminación en el mercado), asegurando así el mejor esquema de protección a los derechos en general. Pero los ajustes de este tipo delimitan, pero no limitan el derecho a la libre práctica, porque los derechos finales manan solo de la ponderación entre varias especificaciones del derecho a la autodeterminación. Solo un bien distinto de la autodeterminación formal podría limitar el *derecho* a la libre práctica de la religión y esto es algo que solo un bien sustantivo podría hacer. Pero el liberalismo igualitario no permitirá ningún límite a la acción conforme a la propia consciencia basado en un bien sustantivo, porque ninguno es público (en el marco de este paradigma). Todos los bienes sustantivos son concepciones subjetivas de lo bueno y están al mismo nivel. El deber del gobernante a la igual consideración de la autoría de uno mismo (axioma₂) impide considerar que ciertas concepciones del bien son inferiores en valor a otras, incluso si tienen un contenido anti-igualitario. Cualquier regulación de la libre práctica religiosa subordina al creyente a la opinión de otro sobre lo

bueno, en un sentido incompatible con el axioma₂ y convierte el gobierno de la razón pública en gobierno partidista.

Con esta nueva razón para privilegiar la libertad religiosa sobre la libertad general aparece un nuevo ámbito de la religión protegida. Ya pasó el tiempo de la dicotomía del liberalismo clásico entre creencia y acción, en la que la primera gozaba de protección absoluta y la segunda no gozaba de ninguna. Lo que ahora se protege es el libre *ejercicio* de la religión. Esto significa que son necesarias exenciones religiosas a las leyes de aplicación general, siempre sujetas a la condición de que se presenten de un modo consistente con el propósito igualitario del derecho. De ese modo, los sijes pueden vestir *kirpans* en la escuela y los amish pueden educar en casa a sus hijos²¹. En este sentido, el ámbito de la protección de la religión se expande. En otro sentido, sin embargo, podría contraerse, porque mientras que el constitucionalismo libertario prohibía la restricción de la libertad de contratar en función de fines social-igualitarios, el constitucionalismo igualitario debe alinear el derecho a la libertad contractual con el deber del gobernante de asegurar la igualdad de oportunidades para liderar vidas de las que uno mismo sea autor. Así, queda prohibida la discriminación en el mercado cuando obedece a características inmutables y tampoco puede el liberalismo igualitario permitir la discriminación en el mercado en función de convicciones religiosas si pone en peligro seriamente las oportunidades de vida de aquellos que son víctimas de prejuicios extendidos. De ese modo, el propietario de un hotel con objeciones religiosas a la homosexualidad podría ser impelido a ceder su salón de celebraciones para una boda entre personas del mismo sexo si hubiera escasez de alternativas.

Si bien el liberalismo igualitario protege la acción por convicciones religiosas respetuosa con los derechos, sin embargo, renuncia al *apoyo* público a las religiones, incluso si puede llevarse a cabo ecuéanimemente. Es así porque la neutralidad de contenido de la libertad de consciencia requiere que el gobernante igualitario considere que el apoyo público a las religiones es un caso en el que unos subsidian las elecciones de vida de otros, algo contrario a los justos términos de cooperación. No hay duda de que el liberalismo igualitario puede apoyar estructuras culturales amenazadas (por ejemplo, lengua, autogobierno) en razón de la autoría de uno mismo, pues la autoría de uno mismo requiere un abanico de planes de vida que ofrecen las estructuras culturales²², pero no puede apoyar sistemas particulares de creencias de

21. *Winconsin v. Yoder*, 406 U. S. 205 (1972).

22. Kymlicka, 1989, pp. 165-178.

un modo consistente con la neutralidad de contenido, de modo que estos se dejan florecer o marchitar en función de lo que les depara el destino.

La protección de la práctica religiosa por la constitución de la igualdad es un rasgo racionalmente perdurable del constitucionalismo liberal. En tanto que producto del reconocimiento ideal entre autoridad y sujeto, el derecho a la libre práctica de la religión protege un aspecto de la independencia del sujeto —la libertad para actuar conforme a una concepción del bien que se ha formado por sí mismo— necesario para validar la autoridad política como bien propio del sujeto. Sin embargo, la ignorancia por parte de la constitución igualitaria de un bien cualificado para limitar el derecho a la libre práctica de la religión es un rasgo pasajero, porque refleja la falsa equiparación de lo bueno con las concepciones subjetivas de lo bueno, que en sí misma refleja la falsa equiparación de lo bueno objetivamente con un derecho natural premoderno incompatible con la libertad. A consecuencia de este rasgo, la constitución de la igualdad no tiene recursos teóricos con los que criticar el ejercicio de creencias religiosas que supongan odio hacia otras comunidades religiosas²³.

Pudiera pensarse que, bajo la constitución de la igualdad, una práctica religiosa denigrante de una clase de personas podría prohibirse por violar la norma constitucional básica del igual valor humano o porque tiende a socavar el autorrespeto, una condición de la autoría de uno mismo. Sin embargo, no ocurre así. La norma constitucional de la igual consideración por la autodeterminación exige de los gobernantes que muestren igual respeto hacia la concepción de lo bueno relativa a cada agente y exige de los sujetos que toleren concepciones de lo bueno que les repugnan. Esto es lo que se sigue de la neutralidad de contenido de la autodeterminación como bien, tal y como el liberalismo igualitario lo concibe. Sin embargo, no exige que las concepciones privadas de lo bueno (como algo distinto de las acciones externas) reproduzcan la apertura pública a todas las concepciones, pues un requerimiento así estaría en contradicción con la apertura y, de ese modo, violaría el axioma₂. Es por esto que los sujetos son libres de actuar según costumbres anti-igualitarias en sus vidas y comunidades privadas. Es más, el discurso del odio puede socavar el autorrespeto solo en aquellos que permiten que eso suceda, por lo que no hay necesidad de vincular discurso del odio y pérdida de autorrespeto. Por lo que una ley que restringiese el discurso del odio en beneficio del autorrespeto no sería el tipo de ley que todos podrían aceptar a priori, pues equivale a una subordinación de la autodeterminación de algunos a la de otros, contraria al axioma₂.

23. Dworkin, 1996, pp. 214-226 <pp. 261-274>.

Tenemos que preguntar ahora si, considerada en sí misma, la razón pública para el gobierno y la obediencia de la constitución igualitaria produce un reconocimiento ideal entre gobernante y sujeto tal que el sujeto quede independiente en su sumisión al gobernante y el gobernante siga siendo independiente cuando se convierte en un instrumento para el gobernado. Podemos ver que, como ocurría con la constitución de la libertad, la igualitaria produce una *instancia* de reconocimiento ideal en tanto que fundamenta el deber de obediencia en un deber de igual consideración por la independencia del sujeto recíproco del Estado. ¿Pero produce esto un reconocimiento ideal como tal? Podemos ver también que produce algo necesario para el reconocimiento ideal, porque garantiza la supremacía de la razón pública, que, en la constitución de la libertad, se disolvía en la razón privada del gobernante. ¿Pero produce lo que sería suficiente para un reconocimiento ideal?

Para ver que no, considérese que lo que sigue del hecho de que el axioma₂ constriña al gobernante, mientras que el axioma₁ no. Bajo la constitución igualitaria, el gobernante tiene un deber de igual consideración hacia las capacidades de cada uno para el autogobierno y la autoría de sí mismo, pero no tiene el deber de respetar la libertad individual como un valor separado. Por tanto, no hay presunción a favor de la libertad: no se vulnera la constitución si se limita la libertad más de lo necesario para alcanzar los fines de la pertenencia cívica. Pero el derecho a la libertad es el derecho del individuo separado, del individuo que es distinto del cuerpo cívico y sus miembros. Este individuo no es necesariamente la libre voluntad atomística del estado de anarquía del liberalismo clásico; podría ser el carácter específico en el que un modo de vida común se individualiza y que da a una costumbre común una interpretación y realización distintas. Al considerar que todos los títulos de los sujetos son los títulos de ciudadanos homogéneos —en tanto que derechos mediados por la pertenencia cívica—, la constitución igualitaria niega el reconocimiento del individuo separado. Pero si el individuo separado no es un fin separado, entonces el cuerpo cívico es el único fin al cual el individuo separado queda, de nuevo, unilateralmente subordinado. Y un cuerpo cívico que es yuxtapuesto al individuo separado, al que subordina y trata como a un sin-derechos, es un cuerpo partidista en relación al individuo, en este caso, el cuerpo partidista de aquellos que, bajo la constitución de la libertad, carecerían de los medios para la independencia económica.

Por consiguiente, la constitución igualitaria tomada aisladamente produce despotismo del colectivo. El representante de ese cuerpo no puede dañar a los sujetos al limitar la libertad más de lo necesario para sus fines igualitarios o limitando la libertad drásticamente en interés de un beneficio marginal en igualdad que es pequeño en relación al beneficio obtenible

por una opción no invasiva²⁴ o apropiándose de bienes privados para fines públicos sin compensación. El sujeto reconoce al cuerpo cívico como un fin, pero la persona separada no es reconocida como fin por el cuerpo cívico. Y, por tanto, de esa relación servil no se puede seguir ninguna validación independiente de la autoridad.

5. RAZÓN PÚBLICA Y ETHOS COMUNAL

El derrumbe del constitucionalismo igualitario nos enseña que la razón pública para el gobierno y la obediencia debe garantizar la independencia del sujeto considerado a la vez separado y miembro cívico. Debe entenderse aquí “a la vez” en el sentido de “simultáneo” (unison) y no simplemente como “en conjunto” (togetherness), porque si la naturaleza humana es desgarrada de modo que, para ser ciudadano uno debe perder su individualidad y para ser uno mismo uno debe ser egocéntrico, entonces no existe la posibilidad de una razón pública que compatibilice la independencia de quien es a la vez individuo y ciudadano, ni tampoco de un constitucionalismo genuino. Solo existiría un conflicto eterno (oscilación, negociación) entre la constitución de la libertad y la constitución de la igualdad y entre las moralidades y partidos políticos que las enarbolan. Por esto, la nueva concepción de la razón pública debe implicar una síntesis conceptual entre el miembro cívico y el agente separado.

La constitución comunitaria se ordena a esa concepción. Aquí la razón pública es el reconocimiento mutuo de representantes de un modo de vida común (ethos) que gobiernan y del carácter individual que libremente hace de él *su* modo de vida. De un lado, la comunidad valora la libre volición y la autodeterminación moral de los sujetos separados a través de los que el ethos prospera en una profusión de interpretaciones; de otro lado, los sujetos internalizan y reproducen conscientemente el ethos como el bien común que adscribe importancia a su individualidad concreta (así, dignificándolos). Sin embargo, mientras que la constitución igualitaria estaba ordenada al bien formal de la autoría de uno mismo, la comunitaria se ordena al bien sustantivo en las culturas vivientes. La pertenencia cultural es buena para los

24. Por ejemplo, la constitución igualitaria subsume el principio de carreras abiertas a los talentos al principio de justa igualdad de oportunidades, permitiendo que el primer principio no tenga fuerza independiente. En consecuencia, no ve daño en los programas de discriminación inversa que abolen el derecho a competir libremente por posiciones solo en función de la cualificación cuando existen métodos de acción afirmativa alternativos que preservan la libertad. Ver, por ejemplo, Dworkin, 1985, *A Matter of Principle*, pp. 293-303 y 2000, cap. 12.

seres humanos porque las culturas son una fuente de valor para los caracteres específicos que son necesarios para avivarlas y perpetuarlas.

Sin embargo, en la constitución comunitaria por sí sola la cultura viva es *el* bien. La autodeterminación individual se valora solo como vehículo para la realización del ethos. De ese modo, no hay una obligación constitucional que afecte a los gobernantes comunitarios de proteger a los individuos autores de sus vidas desde una posición de separación de todo lo que es dado. Su deber, más bien, es perpetuar el ethos comunal a condición de que la capacidad de actuar y la autodeterminación libres de sus adherentes sean respetadas. Llamemos a esto axioma₃. Lo que sea el ethos es indeterminado: puede ser cultura popular, una religión particular, secularismo, capitalismo liberal, liberalismo igualitario u otras cosas.

Bajo la constitución comunitaria, las libertades básicas son aquellas necesarias para la actualización del ethos. De ese modo, la libertad de religión, conciencia y expresión se protege por encima de la libertad general por el rol que tiene a la hora de dar vida al ethos. Como ocurre en la constitución igualitaria, esta razón engendra una distinción entre expresión protegida que queda dentro de la razón para la protección y expresión no protegida que cae fuera; pero mientras que el núcleo igualitario estaba delimitado exclusivamente por el carácter consciente de la expresión, aquí se define por la naturaleza del ethos. Por ejemplo, la expresión de un discurso que promueve odio hacia los judíos cae dentro del núcleo protegido si da expresión a un ethos comunal antisemita, pero no si es contraria a un ethos igualitario. Esta es la diferencia crucial con la constitución de la igualdad. Donde el liberalismo igualitario se considera un ethos entre otros en lugar de una razón pública en sí mismo, la neutralidad de contenido de la razón pública queda excluida y, con ella, la indiferencia de los gobernantes a la expresión antigalitaria. El igualitarismo llega a ser militante. Cualquier expresión que proclame la inferioridad de clases de humanos podría ser prohibida por propagar un ethos incompatible con el gobernante, con el igualitario. La convicción religiosa ya no es una razón para eximir al vendedor en el mercado de la legislación antidiscriminatoria (como expresión de un ethos opuesto, es una razón *a fortiori* para imponer el derecho), incluso si las alternativas de quienes se quejan son numerosas; y el Estado podría, a través de los tribunales de derechos humanos, intervenir agresivamente en las instituciones religiosas para que remedien las prácticas opuestas al ethos de la igualdad de género²⁵.

25. Aquí resumo la discusión en *Constitutional Goods*, donde distinguí, de un lado, entre un ethos del Estado-nación que impone su modo de vida a las culturas minoritarias y, del otro,

Como la razón comunitaria para la protección de la expresión consciente favorece ciertos contenidos frente a otros, también favorece a quienes se adhieren al ethos gobernante frente a quienes no lo hacen, al insider frente al outsider. Donde el ethos es una religión particular, solo se protege la expresión religiosa que actualiza el ethos comunal; las religiones outsiders quedan en el marco de la libertad general. En un ethos secular, la expresión religiosa como tal es vulnerable a la limitación si es percibida como una amenaza a la cultura dominante y sus expresiones públicas (por ejemplo, en la vestimenta) son especialmente vulnerables. Aquí, como en la constitución de la igualdad, vemos la sombra alargada que se cierne sobre el constitucionalismo, proyectada por el agente apolítico del liberalismo clásico, cuya presencia invisible se detecta en las sobrerreacciones de sus oponentes frente a él. Porque los derechos humanos universales son equiparados con los superados derechos humanos de los agentes atomísticos que reclaman valor en tanto que voluntades libres y que juran lealtad a una república universal, el gobernante comunitario no ve injusticia en tratar los derechos constitucionales como privilegio de algunos.

Del párrafo anterior parece seguirse que, bajo la constitución comunitaria, la religión es protegida solo donde no hay necesidad de que lo esté, porque el grupo religioso dominante no necesita temer los constreñimientos jurídicos sobre sus propias prácticas. Esto, sin embargo, no es exactamente cierto. En última instancia, respetar la capacidad libre para actuar y la autodeterminación moral de los sujetos en interés de un ethos gobernante implica un riesgo de desacuerdo con ese ethos. Por consiguiente, algunas expresiones de no conformidad deben ser toleradas por los gobernantes para que el ethos dominante pueda ser confirmado espontáneamente como autoridad a través de expresiones de conformidad. Aquí “toleradas” es el término correcto. Donde el igualitarismo era la razón pública misma, la autoexpresión anti-igualitaria tenía que ser tolerada por los particulares, pero excusada por los gobernantes en interés de la igual autoría de uno mismo, pues la razón pública neutral en contenido prohíbe la mera tolerancia de los gobernantes. Donde el igualitarismo es ethos, sin embargo, formas inocuas de autoexpresión anti-igualitarias deben ser toleradas por los gobernantes, de modo que la expresión igualitaria pueda validar libre y efectivamente la autoridad del ethos. Es más, el deber de tolerar no excluye

un ethos de un Estado multinacional que considera a todas las culturas vivientes como igualmente buenas (Brudner, 2004, pp. 306-309). En este último caso, el ethos gobernante del liberalismo igualitario integra la contradicción en su núcleo —que la creencia en la igualdad universal solo es un modo de vida entre otros— y permite que modos no igualitarios coexistan con él.

la actitud militante. Hay formas a través de las que los gobernantes pueden satisfacer su obligación de actualizar el ethos público al tiempo que respetan la libertad de sus súbditos a ser diferentes. Pueden prohibir expresiones de no conformidad (el *niqab* por ejemplo) en espacios públicos y, al mismo tiempo, permitirlo en espacios privados o prohibir expresiones de no conformidad de servidores públicos y permitir las en el sector privado.

La constitución comunitaria es un pacto que ejemplifica la forma de un reconocimiento ideal. Los sujetos reconocen la autoridad de los representantes del ethos en interés de la importancia racional que el ethos adscribe a su libre interpretación del mismo en sus vidas y caracteres individuales. Recíprocamente, los representantes del ethos defieren al genio libre de sus súbditos en interés de la reproducción espontánea e individualizada del ethos. Ahora bien ¿es esto conjuntamente suficiente para validar la autoridad? ¿Estamos en presencia de un reconocimiento ideal tal que la razón pública para el gobierno y la obediencia subsiste a la deferencia al sujeto y la independencia del sujeto a la sumisión al gobernante?

La respuesta, obviamente, es “no”. En la medida en que el modo de vida al que la constitución comunitaria se ordena está conceptualmente indeterminado, es opaco al intelecto. Ethos es simplemente la costumbre que se da y que se ha dado desde antes de lo que cualquiera puede recordar. En consecuencia, la razón pública de la constitución comunitaria está secuestrada por un requerimiento de unanimidad empírica. Tan pronto como el sujeto afirma su diferencia, la razón pública se convierte en una razón parroquial. Los sujetos que se identifican con el ethos ahora dominante tienen una razón basada en la independencia para aceptar la autoridad de los representantes del ethos, pero los diferentes no. Su sumisión (por cualquier razón) implica una pérdida de independencia, porque su moral es tolerada dentro de unos límites, no es valorada de modo positivo y los límites son trazados por lo que es bueno para otros. De ese modo, a sus ojos, el gobernante del ethos es un déspota. No puede dañar a los diferentes cuando limita su expresión consciente en interés de las costumbres de los iguales. Pero de ese modo, el gobernante del ethos ha perdido el sujeto independiente que requiere para validar su autoridad. Como esa autoridad puede ser validada por algunos pero no por otros, el gobierno constitucional se disuelve en un chauvinismo etno-cultural.

6. RAZÓN PÚBLICA COMO COMUNIDAD DIALÓGICA

La quiebra del constitucionalismo comunitario revela un desiderátum adicional del reconocimiento ideal entre la autoridad y el sujeto. De alguna

manera, debe haber un pacto de reconocimiento mutuo entre los representantes del modo de vida común y el outsider. Los outsiders deben reconocer la autoridad de un modo de vida que valore su estatus de outsiders y la comunidad política debe deferir a la independencia del outsider en interés de su validación como un fin natural del individuo. Esto, sin embargo, parece una paradoja imposible. ¿Qué suerte de modo de vida comunal puede deferir al outsider para la confirmación de su autoridad natural?

6.1. Rememoración

La respuesta la hemos dejado atrás, a lo largo del camino recorrido y los órdenes cívicos en los que nos hemos detenido. Como ocurrió entonces, la manera de avanzar es reflexionando sobre el pasado, pero en esta ocasión sobre el pasado concebido como una narrativa con una continuidad lógica sobre la educación del individuo solitario en el fundamento político de la satisfacción de su independencia. La comunidad que acoge a un extraño como un socio igual comprende en su secuencia lógica todas las instancias del reconocimiento ideal producidas por el individuo *apolítico* en su viaje desde la supuesta autosuficiencia a la constitución de la libertad; de esta a la de la igualdad; de esta a la constitución *ethos*, desde donde llega a la constitución comprensiva suficiente para la independencia. A través de este *currículum*, la comunidad ordenada por la constitución comprensiva es validada como el objetivo final de quien busca valor por quien inicialmente reclamaba su valor fuera de la comunidad. Recíprocamente, la comunidad valora la independencia moral del outsider como aquella a través de la cual su estatus final se confirma por un adversario independiente. Permítaseme llamar al modo de vida instituido por el pacto entre comunidad política y outsider la vida de la comunidad dialógica.

Este modo de vida no es ya un *ethos* indeterminado. Tiene un contenido intelectual específico que comprende a las tres concepciones liberales de la razón pública conectadas por el razonamiento dialéctico, más sus respectivos paradigmas constitucionales y axiomas de justicia. Las tres concepciones juntas generan la totalidad de los constreñimientos sobre el gobierno necesarios y suficientes para reconciliar autoridad e independencia y, por tanto, para la autoridad válida y la obligación no cualificada. Esta totalidad es el contenido completo de los derechos constitucionales de una comunidad política liberal. Sus elementos constituyentes son: el axioma del liberalismo clásico que comporta el respeto por la máxima libertad consistente con la igual libertad, que, por tanto, reconoce el valor independiente de los individuos en tanto que *voluntades libres*; el axioma liberal

igualitario de justicia, que comporta la igual consideración pública hacia el autogobierno y la autoría de sí mismo del individuo y que reconoce, de ese modo, la independencia moral del individuo en tanto que ser *consciente* que se autodetermina; y el axioma de justicia del ethos de la comunidad, que comporta apoyo público para las comunidades culturales que respetan la libre individualización del ethos en la vida y *carácter* de cada devoto.

Por consiguiente, la comunidad dialógica es la que resulta suficiente para reconciliar autoridad con independencia del sujeto *completo* —el sujeto investido con todas las posibles capas de concreción: desde la extrema generalidad (libre voluntad) a la extrema determinación (carácter específico) pasando por la determinación parcial (consciencia autónoma). Esto significa que no es posible una construcción lógica de la independencia del sujeto que quede sin reconocimiento por la razón pública de la constitución. Al tener por razón un contenido intelectual aceptable por todas las adscripciones liberales, la comunidad dialógica es una comunidad inclusiva, filosóficamente diversa, pero unificada. No es ni una comunidad cultural políticamente asertiva ni una entidad mental sin determinar abstraída de las culturas, sino que es la comunidad racional suficiente para la dignidad humana, la que abraza y constriñe dentro de sus límites a las diversas culturas en las que los caracteres específicos obtienen importancia racional.

En la comunidad dialógica, se recuperan (re-memoran) todas las concepciones superadas de la razón pública, si bien degradadas de concepciones soberanas a constituyentes. Todas son etapas intelectuales de la educación del individuo apolítico en el fundamento de su valor independiente en la comunidad dialógica y, correlativamente, en la validación de la comunidad como objetivo final del individuo que busque su valor. En la medida en que el sujeto aprende por etapas el significado pleno de la independencia, la autoridad política logra al sujeto plenamente independiente que requiere como compañero validante. De modo simultáneo, el sujeto gana una comunidad política que reconoce su obligación de garantizar todos los componentes de la independencia del sujeto como un deber constitutivo de la autoridad plenamente válida. En tanto que etapas de pensamiento igualmente necesarias para la educación del sujeto en la independencia, las tres concepciones de la razón pública están incluidas como fases iguales de un desarrollo, pero también como ejemplos iguales del arquetipo omnicomprensivo (encompassing) de reconocimiento ideal entre todo y fase, el todo que respeta la integridad de la fase como una *Gestalt* constitucional y la fase que se reconoce a sí misma como fase del todo. Por consiguiente, la única razón pública completamente merecedora de este nombre es el proceso de desarrollo mismo, entendido en su integridad lógica. Es el conjunto de concepciones de la razón pública caídas, conectadas por la lógica según la cual

el todo termina haciéndose visible y a través de las que las concepciones caídas se elevan a etapas necesarias del proceso de aprendizaje de lo que es la razón pública. Lo que los iuspublicistas llaman soberanía del derecho es finalmente la soberanía de la razón pública así especificada.

Todo esto implica que las moralidades políticas del liberalismo están ahora intelectualmente compelidas a interactuar sobre la base de la igualdad y el respeto mutuo. Como ya no se confunde más el propio paradigma constitucional con el arquetipo de autoridad válida, cada una respeta a los paradigmas de las otras como una instancia igual del arquetipo verdadero en el que todas están contenidas. De este modo, ninguna moralidad política denigra los derechos que otras protegen, ni los subsume en su razón pública hegemónica. En este sentido el pluralismo liberal queda preservado, pero en el marco de un todo diferenciado en el que el acomodo mutuo de los paradigmas es una demanda —no un compromiso— de principio. Tenemos, por tanto, pluralismo sin fragmentación, sectarismo o eclecticismo.

6.2. *Reivindicando el control de proporcionalidad*

El método para decidir casos constitucionales denominado control de proporcionalidad es la expresión jurídica del requerimiento de que las moralidades políticas liberales interactúen en un plano de respeto mutuo. Aunque adoptado por los tribunales occidentales como una vía de escape formalista de la fragmentación del liberalismo político, el control de proporcionalidad resulta ser el método de razonamiento constitucional exigido por un liberalismo político internamente diferenciado. Este método erige una serie de obstáculos que una medida que infringe un derecho tiene que superar para quedar justificada. En primer lugar, el propósito legislativo debe estar cualificado por su importancia pública para limitar un derecho constitucionalmente protegido; en segundo lugar, la medida que infringe el derecho debe promover el propósito legislativo y estar cuidadosamente diseñada, de modo que no prohíba desmesuradamente actividad conforme al derecho; en tercer lugar, no debe haber ningún otro medio que también permita alcanzar el objetivo y que no implique infracción; y cuarto, los efectos dañinos de la infracción del derecho no deben ser desproporcionados en relación al beneficio público esperado²⁶.

En *Constitutional Goods*, censuré el cuarto obstáculo porque entendí que exigía al tribunal ponderar el daño producido por la infracción al

26. R. v. Oakes [1986], 1 SCR 103.

derecho en relación a la magnitud del beneficio que se lograba con ella. La mejor lectura deontológica que pude hacer de ese test suponía que imponía la exigencia de que el incumplimiento no afectara tan directamente al núcleo de la dignidad humana como para destruir la dimensión pública del fin que lo justificaba en primera instancia, una exigencia resumida en la afirmación de Albert Camus de que el fin justifica los medios solo si los medios justifican (no corrompen) el fin²⁷. Esta doctrina, aunque correcta, no tiene nada que ver con la proporcionalidad. Desde entonces, he aprendido del trabajo de Aharon Barak que el cuarto obstáculo no implica ponderar beneficios con daños²⁸. Si se entiende en el sentido de requerir que el beneficio *marginal* de la medida que supone vulneración a un derecho no sea insignificante en relación a la que lo respeta, el test de proporcionalidad puede tener sentido deontológico. Supuesto que tengamos una teoría respetuosa con los derechos sobre cómo algunos bienes pueden imponerse coherentemente a los derechos, la aplicación de un test como ese es parte de lo que significa tomar el derecho en serio. Ilustraré el control de proporcionalidad con el ejemplo, de nuevo, de la libertad de religión.

En la comunidad dialógica, las tres razones para proteger la libertad religiosa están operativas. De este modo, la creencia religiosa es absolutamente inmune a la regulación, porque la creencia no necesita regulación para ser compatible con la igual libertad. De ese modo, la conversión forzosa o el castigo de las manifestaciones de creencias religiosas violan el derecho a la libertad religiosa y nada de esto puede ser justificado por ningún bien relativo a la autoría de uno mismo, ni puede un ethos de una comunidad ser objeto de apoyo a expensas del de otra. De este modo, una ley que coaccione a la gente por sus creencias religiosas sería inconstitucional, todas las cosas relevantes consideradas.

Sin embargo, en la comunidad dialógica, el axioma de justicia del liberalismo clásico no es el único constreñimiento sobre la autoridad política válida. Las autoridades tienen el deber de aceptar que su autoridad es para promover la independencia de la consciencia de sus sujetos, porque solo una consciencia independiente puede validar la autoridad cívica como su bien; y tienen el deber de respetar y apoyar el sistema de creencias de las comunidades religiosas no coactivas en interés del valor que dan a sus caracteres específicos. El deber de respetar a las comunidades religiosas excluye la

27. Camus, 1951, p. 292 <p. 270>.

28. Barak, 2012, pp. 350-361. Ver también Weinrib, 2016, pp. 215-234. Sin embargo, tanto Barak como Weinrib se equivocan, creo, al suponer que los derechos tienen un tipo de magnitud tal que permite comparar una cantidad de beneficio público marginal con una cantidad de infracción al derecho.

imposición coactiva de la igualdad de género en esas comunidades y exige que las prácticas religiosas no coercitivas sean protegidas mediante exenciones puntuales de las leyes que, de otro modo, interferirían con ellas. El deber de apoyo es un deber de ayudar ecuanímente a que prosperen los sistemas de creencias de las comunidades religiosas no coercitivas, a través de ayudas públicas a las escuelas religiosas que enseñen las materias seculares obligatorias y satisfagan los estándares de calidad establecidos.

Sin embargo, según la concepción inclusiva de la razón pública, la protección de contenido neutral de la libertad religiosa ya no se sostiene, porque ahora hay un bien cualificado para limitar la libertad de expresión. Este bien es la integración bien ordenada de los bienes constitucionales en una vida suficiente para la independencia. Bajo la concepción inclusiva, los gobernantes constitucionales tienen el deber de instruir a los ciudadanos en ese bien, con el constreñimiento del respeto a la autoría de uno mismo. De ese modo, la expresión religiosa que incita al odio a los fieles de otra religión debe ser prohibida para dar expresión al propósito de enseñar públicamente la integración de la pertenencia cultural a una vida total suficiente para la independencia, a no ser que los medios de instrucción no coactivos funcionen razonablemente bien. Es más, el apoyo público a las comunidades religiosas debe estar limitado y condicionado por el reconocimiento por parte de la comunidad de la concepción inclusiva de la razón pública que genera ese título de apoyo. Esto significa dos cosas. La primera, el deber de apoyo no puede alcanzar a la prohibición de la libertad de expresión que satirice las creencias religiosas de una comunidad, porque eso equivaldría a limitar el libre pensamiento necesario para confirmar la autoridad de la comunidad dialógica en interés de una comunidad-ethos cuyo título al reconocimiento público depende de la confirmación de esa autoridad a través de un juicio crítico y libre de prejuicios. En segundo lugar, el apoyo a una comunidad religiosa debe depender de la reforma por parte de la comunidad de sus creencias y prácticas de acuerdo con las normas igualitarias. Aunque el Estado del liberalismo inclusivo no puede forzar a una comunidad religiosa a tratar igual a los hombres y a las mujeres o a cesar en su discriminación contra los homosexuales, no es necesario que apoye a las que lo hacen²⁹.

29. Ver *Dayton Cristian Schools, Inc. vs. Ohio Civil Rights Commission*, 766F2d 932 (1985).

7. CONCLUSIÓN

En tanto que expresión jurídica del requerimiento de que las constituciones subsidiarias interactúen en términos de mutuo respeto, el control de proporcionalidad es el método de razonamiento judicial apropiado al constitucionalismo liberal en su plenitud. De hecho, el control de proporcionalidad solo adquiere sentido conceptual en el marco de la constitución comprensiva, la única en la que la que los bienes constitucionales están cualificados para limitar los derechos de libertad independientes y persistentes. Allí donde no es conocido ningún límite a los derechos basado en bienes, la cuestión de la proporcionalidad no se plantea, porque entonces, el problema que se plantea a los tribunales no es si la *vulneración* de un *derecho* está justificada, sino si las libertades básicas en conflicto han sido mutuamente ajustadas de modo que se logre el máximo espacio posible para la igual libertad o para un esquema “completamente adecuado” de iguales libertades básicas³⁰. Si no es el caso, se ha vulnerado un derecho y (salvo casos de emergencia nacional) no hay justificación posible. De otro lado, donde los derechos se subsumen en el bien de la autoría de uno mismo o en el bien de las culturas vivientes, no tiene ningún sentido requerir que una ley que promueve el bien infrinja el derecho lo mínimo posible o que lo haga proporcionalmente, porque no hay, en ese caso, derecho independiente del bien al que deferir.

Dicho lo cual, los jueces no necesitan hacer referencia explícita a la teoría del constitucionalismo liberal que reivindica el control de proporcionalidad en su juicio. De hecho, es mejor que no la hagan, porque la razón pública de la constitución puede sobrevivir la transición de la teoría general a la aplicación a casos particulares solo si los jueces evitan un discurso filosóficamente esotérico y adoptan un discurso fácilmente comprensible

30. Rawls, 1993, (*Political Liberalism*, p. 291 <p. 327>). Considérese, por ejemplo, el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a un juicio justo. En el marco de la constitución libertaria considerada por sí sola, la libertad de expresión que pone en peligro un juicio justo no está abarcada por el fundamento para la protección de la libertad de expresión y, por tanto, no existe un derecho pre-jurídico a ella. Por tanto, la prohibición de una publicación no implica vulneración de un derecho que necesite ser justificada, aunque el derecho a la libertad de expresión exige que la excepción se dibuje del modo más reducido posible. Bajo la constitución igualitaria, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a un juicio justo son ambas especificaciones del derecho básico a la autodeterminación. De ese modo, una prohibición de la publicación diseñada cuidadosamente define a ambos derechos y no vulnera a ninguno. El requerimiento de que la libertad de expresión se limite solo en la medida necesaria para asegurar un juicio justo no debería confundirse con el control de proporcionalidad, que se aplica a *vulneraciones* de derechos.

por aquellos sobre cuyo destino deciden. Sin embargo, deben guiarse en la tranquilidad de sus despachos por la teoría inclusiva del liberalismo político, porque de otro modo, sus mentes estarán indefensas frente a las dudas concernientes al rigor intelectual de un método adjudicativo que el rabino de Anatevka aceptaría entusiasmado. Preocupados por si el control de proporcionalidad podría implicar una negociación ajena a todo principio entre moralidades políticas, los jueces podrían ser vulnerables a la seducción de la “ponderación definicional” (definitional balancing), una derivación de derechos incuestionablemente basada en principios a partir de lo que es mejor para el bienestar público, todas las cosas consideradas. No tienen por qué preocuparse. El control de proporcionalidad es una forma pragmática de afrontar el liberalismo sectario solo superficialmente; inherentemente, es una expresión conforme a principios del liberalismo inclusivo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, Robert (1986). *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2002). (*Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. E. Garzón Valdés. Madrid: CEPC, 1993).
- Barak, Aharon (2012). *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Beatty, David (2004). *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Brudner, Alan (2004). *Constitutional Goods*. Oxford: Oxford University Press.
- (2017). *The Owl and the Rooster: Hegel’s Transformative Political Science*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Camus, Albert (1951). *The Rebel*. Trad. Anthony Bower. Nueva York: Vintage, 1956. (*El hombre rebelde*. Trad. L. Echávarri. Buenos Aires: Losada, 1953).
- Dicey, A. V. (1897). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed. London: Macmillan, 1959) (*El derecho de la constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019).
- Dworkin, Ronald (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977. (*Los derechos en serio*. Trad. M. Gustavino. Barcelona: Ariel, 1989).
- (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press (*Una cuestión de principio*. Trad. V. Boschioli. Buenos Aires: Siglo XXI, 2017).
- (1996). *Freedom’s Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press (*El derecho de las libertades*. Trad. M. Parmigiani. Lima: Palestra, 2019).
- (2000). *Sovereign Virtue*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press (*Virtud soberana*. Trad. F. Aguiar y M. J. Bertomeu. Barcelona: Paidós, 2003).
- Ely, John Hart (1980). *Democracy and Distrust*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980. (*Democracia y desconfianza*. Trad. Magdalena Holguín. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997).

- Fuller, Lon (1969). *The Morality of Law*, ed. rev. New Haven: Yale University Press (*La moral del derecho*. Santiago de Chile: Olejnik, 2019).
- Habermas, Jurgen (1986). *Between Facts and Norms*. Trad. W. Rehg. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1996. (*Facticidad y validez*. Trad. M. Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998).
- Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*, 3.^a ed., Oxford: Clarendon Press, 2012. (*El concepto de derecho*. Trad. G. G. Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963).
- Hegel, G. W. F. (1812). *The Logic of Hegel*. Trad. William Wallace. Oxford: Oxford University Press, 1892. (*La ciencia de la lógica. I*. Trad. F. Duque. Madrid: Abada, 2011).
- Kant, Immanuel (1797) *The Metaphysics of Morals*, trad. M. Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1991. (*La metafísica de las costumbres*. Trad. A. Cortina, J. Sancho. Madrid: Tecnos, 1989).
- Kymlicka, Will (1989). *Liberalism, Community, and Culture*. Oxford: Clarendon Press.
- Perry, Michael (1991). "The Legitimacy of Particular Conceptions of Constitutional Interpretation" en *Virginia Law Review*, 77.
- Rawls, John (1993). *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press. (*El liberalismo político*. Trad. A. Domenech. Barcelona: Crítica, 1996).
- Sandel, Michael (1982). *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press (*El liberalismo y los límites de la justicia*. Trad. M. L. Melón. Barcelona: Gedisa).
- Weinrib, Jacob (2016). *Dimensions of Dignity: The Theory and Practice of Modern Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press.