

BIENES CONSTITUCIONALES: EL OBJETIVO DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL *

Constitutional Goods: The Aim of Constitutional Theory

Alan BRUDNER

University of Toronto (Canadá)

RESUMEN

Constitutional Goods de Alan Brudner es un documentado estudio de teoría constitucional que aspira a elaborar el modelo de constitución ideal para el liberalismo político capaz de suscitar la adhesión de las diversas escuelas y tradiciones filosófico-políticas que debaten a propósito del sentido de la razón pública en las democracias constitucionales o los principios básicos que deberían de inspirar la acción de sus gobiernos. Brudner intenta elaborar un modelo de razón pública que suscite un consenso convergente de esas escuelas (liberalismo clásico, igualitarismo, formas liberales del comunitarismo, etcétera), esto es, un tipo de consenso al que, a diferencia del consenso superpuesto de Rawls, se llega a partir de los propios compromisos filosóficos, con lo que no se obliga a velarlos al momento de su elaboración. Para ello mostrará, en un ejercicio de refinada dialéctica, como las versiones extremas del liberalismo clásico, del igualitarismo o del comunitarismo degeneran en teorías políticas tendencialmente despóticas e incongruentes con sus propios postulados fundamentales. Por ese motivo, todas esas teorías deberían de terminar convergiendo en un modelo de constitución inclusiva elaborada sintéticamente a partir de sus elementos más valiosos. El texto que sigue corresponde al capítulo introductorio de la obra y en él se dan detalles del método de criba de los principios ideales del liberalismo político, de las distintas teorías llamadas a participar en la construcción de la constitución liberal ideal y de otros aspectos relevantes del conjunto de la obra.

Palabras clave: liberalismo político, liberalismo clásico o libertarianismo, constitucionalismo, igualitarismo.

ABSTRACT

Constitutional Goods by Alan Brudner is a documented essay of constitutional theory that aims to develop the model of the ideal constitution of political liberalism capable of calling for the commitment of the various political-philosophical schools or traditions that

* Traducido por Antonio Manuel Peña Freire. (Nota del traductor: El texto que sigue es la versión en español de la "Introducción" del libro de Alan Brudner *Constitutional Goods*, Oxford University Press, Oxford, 2004. Agradezco al Prof. Alan Brudner de la Universidad de Toronto y a Oxford University Press su autorización a la publicación. Al Prof. Brudner también le agradezco sus observaciones al borrador de la traducción).

are debating on the meaning of public reason in constitutional democracies and the basic principles that should inspire the action of their governments. Brudner aims to develop a model of public reason which gives rise to a convergent consensus of these schools (libertarianism, egalitarianism, liberal forms of communitarianism, etcetera), ie a kind of consensus that, unlike Rawls' overlapping consensus, arises from each liberal school own philosophical commitments and that hence does not require to veil them when seeking consensus. Hence, he shows, through a refined dialectic procedure, how extreme versions of libertarianism, egalitarianism or communitarianism end up degenerating into political theories which shows despotic forms and inconsistent with its own fundamental principles. For this reason, all these theories should eventually converge on a model of inclusive constitution drawn up synthetically with the valuable and enduring elements of each tradition. The following text, in which details of the sifting method of the ideal principles of political liberalism, of the various theories called to participate in the construction of the ideal liberal constitution and other relevant aspects of the whole theory can be found, corresponds with the introductory chapter of that book.

Key words: political liberalism, libertarianism, egalitarianism, communitarianism.

1. TEORÍA CONSTITUCIONAL Y FILOSOFÍA POLÍTICA

Para poder comenzar, asumiré que existe un modelo de constitución liberal que puede ser estudiado en sí mismo como algo distinto de las constituciones existentes. Al decir "modelo" no me refiero a la descripción resumida de una realidad empírica, como ocurre con el modelo de burocracia de los sociólogos o el modelo de mercado de los economistas. Me refiero a un arquetipo, un patrón de excelencia o un ideal. ¿Qué debemos entender por modelo en este sentido normativo? ¿Cómo distinguimos las caracterizaciones arbitrarias de un modelo del modelo mismo?

Ciertamente la constitución liberal modélica debe ser accesible por medios distintos de la inducción a partir de la observación empírica. Un arquetipo derivado de lo dado empíricamente, aunque es útil para sacar de escena lo que ha sido inventado de modo arbitrario, habría elevado acríticamente lo dado a modelo ideal. Pero tampoco puede el modelo deducirse *a priori* a partir de axiomas morales, porque ¿qué relevancia práctica o qué autoridad podría tener una construcción como esa? Necesitamos un método que de algún modo conjugue la disciplina de la inducción con la fuerza crítica de lo *a priori*. De ese modo, partiendo de las típicas garantías de la constitución liberal histórica, encajaremos, bajo una concepción de la justicia propuesta como la mejor para las democracias liberales, las interpretaciones de esas garantías que discurren a través de la jurisprudencia de los tribunales nacionales como las menas de mineral en la roca. Es importante que la unidad teórica del modelo sea una unidad de elementos que se encuentren en la jurisprudencia real, porque sólo así el ideal puede presentarse como el perfeccionamiento de lo real y no como el producto de la imaginación de un individuo. Así, aunque el arquetipo es el objeto de nuestra investigación, las di-

versas tradiciones constitucionales positivas siguen resultando cruciales, porque sólo ellas ofrecen el material legal que la teoría constitucional criba y pone en orden. Es más, el modelo no es una representación sociológica. No lo realizamos seleccionando elementos comunes de la diversidad de lo que existe, sino cribando el material dado a través de una concepción de la justicia que distingue entre lo que pertenece al modelo y lo que no. De ahí que, aunque comencemos por lo que existe, también integraremos lo que ahí se encuentre en un todo teórico a partir del que poder formular “deberes” a lo existente.

Si el objetivo de la teoría constitucional es describir un tipo ideal de constitución ¿en qué se diferencia de la filosofía política? No hace mucho, esta pregunta habría podido responderse sin demasiada dificultad. Ambas, teoría constitucional y filosofía política, se preocupan por lo que los teóricos de la política suelen llamar los principios de justicia política. Esto es, ambas buscan descubrir cómo podría justificarse el ejercicio del poder por parte de aquellos que gobiernan a otros en las sociedades políticas para así presentarlo como “justo” en lugar de como una mera cuestión de hecho. A este fin, ambas buscan una concepción del interés público a cuya satisfacción aspira el poder político justo y ambas buscan derivar de esa concepción una serie de principios de derecho constitucional por los que el poder justo queda constreñido. Por “interés público” me refiero al interés que es compartido de manera no contingente por todos los agentes humanos por el solo hecho de ser agentes humanos. ¿Por qué de manera no contingente? Un interés simplemente compartido no podría justificar el poder coercitivo usado para promoverlo, porque aquí su justicia se basa en la unanimidad empírica, mientras que la coerción presupone, al menos, un disidente. Por el contrario, un interés compartido de manera no contingente puede ser perseguido frente a alguien que *debe* reconocer ese interés, aunque realmente no lo haga. Ahora bien, puede ocurrir que un interés público concebido de ese modo metafísico plantee problemas inabarcables a la comprensión de un sujeto situado en un contexto histórico y cultural determinado; sin embargo, afortunadamente, puedo dejar estos problemas al margen porque mi argumento aquí es sólo que la teoría constitucional, como la filosofía política, propone una cierta concepción de ese tipo de interés, incluso cuando reconoce que su concepción es sólo una opinión culturalmente compartida sobre ese interés y renuncia así a cualquier conocimiento absoluto del mismo¹.

1. Las dudas concernientes a la posibilidad de conocimiento absoluto de lo que sea el interés público deben distinguirse del escepticismo referido a la existencia de un interés compartido de modo no contingente. Este último tipo de escepticismo declara anticipadamente la futilidad tanto de la filosofía política como de la teoría constitucional. Sin embargo, es lógico que esto no puede detenernos, porque el rechazo de los intereses compartidos de modo no contingente se ha de entender bien como una proposición que es verdadera *a priori*, bien como una proposición cuya verdad se basa en la experiencia. Si se entendiera como que verdadera *a priori*, el rechazo es incoherente porque el escéptico lo profiere desde el mismo punto de vista metafísico cuya existencia está negando; si se entendiera como una verdad basada en la experiencia, el rechazo general es un *non sequitur* porque será verdadero sólo para aquellos candidatos a interés público que realmente se hayan mostrado a sí mismos como inestables.

Una concepción del interés público, entendido de ese modo, es también un punto de vista sobre la justicia fundamental, esto es, sobre el principio de justicia primero a partir del que derivar todos los demás principios, bien a través del análisis o a través de la especificación en un contexto empíricamente dado. Me referiré al interés público como razón pública, puesto que esta última es (digamos) un propósito humano común para guiar la acción colectiva de la gente unida en una sociedad política y el interés público es el propósito de todas las acciones de ese tipo. Las teorías de la justicia fundamental discuten sobre el contenido de la razón pública o, para usar la distinción de Dworkin, sugieren diferentes concepciones de ese concepto. Algunas lo conciben como un bien humano definitivo, otras como la capacidad para definir y perseguir fines. Podemos decir, en consecuencia, que tanto la teoría constitucional como la filosofía política buscan una concepción particular de la razón pública.

Sin embargo, tradicionalmente, la teoría constitucional se diferenciaba de la filosofía política en el siguiente sentido. Mientras que la filosofía política buscaba la concepción de la razón pública completamente adecuada a ese mismo concepto, la teoría constitucional buscaba la concepción de la razón pública que explicase mejor una práctica constitucional y que la justificase *a sus participantes*. Dicho de otro modo, la filosofía política investigaba sobre la justicia absoluta (o sobre la concepción de la justicia fundamental que fuese verdaderamente fundamental) y sobre el mejor orden político sin más, y buscaba justificar su concepción de ambos elementos ante una audiencia cosmopolita formada por todas las mentes esclarecidas. La teoría constitucional, por el contrario, interpretaba una tradición jurídico-constitucional a la luz de la mejor concepción de la justicia fundamental incrustada en esa tradición, buscando justificar su perspectiva de lo que es lo mejor sólo ante los adherentes a la tradición. Así, mientras que el resultado de la filosofía política era una teoría de la justicia, el de la teoría constitucional era una teoría de una constitución históricamente existente.

Últimamente, sin embargo, esta distinción ha dejado de estar de moda. Los mejores filósofos de la política de nuestro tiempo rechazan la pretensión de discernir la justicia absoluta y buscan, por el contrario, articular y especificar la concepción de la justicia que anima la sociedad política liberal-democrática. Así la filosofía política de Rawls, revisada a partir de *A Theory of Justice*², ha ordenado en un esquema coherente los principios de justicia del “liberalismo político”, expresión que Rawls usa para designar a una concepción de la justicia apropiada para una cierta cultura política, que es algo distinto de la teoría universal que podría proponer un liberalismo metafísico³. Del mismo modo, la filosofía del derecho de Habermas evita los “niveles insostenibles propuestos por Hegel”, a favor de una reconstrucción del contenido normativo de la democracia constitucional entendi-

2. John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass. Belknap Press, 1971) [Hay traducción al español: *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, México, FCE, 1975].

3. John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993) [Hay traducción al español: *Liberalismo político*, trad. Antoni Domenech, Barcelona, Crítica, 1996].

da como un hecho sociológico e histórico⁴. Y Walzer, en sus *Spheres of Justice*, deliberadamente da una nueva orientación a la filosofía política que pasa de ser la búsqueda trascendente de una idea universal de justicia, a ser la interpretación immanente de una opinión cultural compartida sobre la justicia⁵. De este modo, la filosofía política queda asimilada a lo que he denominado teoría constitucional. En la medida en que esta incursión dejó a la teoría constitucional sin un territorio propio, el siguiente paso es predecible. A medida que la filosofía política invadió el terreno de la teoría constitucional, esta se retrajo a un punto que aquellos que la cultivaban debieron pensar que nunca sería objeto de ambición por parte de ninguna otra disciplina. Dejó de preocuparse por la concepción de la justicia que mejor explicara y ennobleciera la práctica constitucional y pasó a buscar guías para la interpretación constitucional substancialmente neutrales, guías como las intenciones de los redactores de la constitución⁶, la solución caso a caso de los problemas⁷ o la proporcionalidad entre medios y fines⁸, aproximándose mucho al vocabulario y a la técnica profesional de los jueces. Es importante determinar por qué se ha producido este deslizamiento, ya que si es posible concebirlo como relativo a una situación histórica y no como algo que viene exigido por la naturaleza misma de la filosofía política, entonces quizás tengamos que reivindicar la vieja distinción entre filosofía política y teoría constitucional, tanto para elevar los puntos de vista de la segunda como para reestablecer los de la primera.

Por ese motivo, veamos lo que Rawls dice sobre este asunto. En la Introducción al *Political Liberalism*, Rawls explica por qué moderó la ambición teórica de *A Theory of Justice*. Nos dice que, en *A Theory*, presupuso que una sociedad bien ordenada, en general, es aquella en la cual todos los ciudadanos comparten una concepción de la justicia que deriva de una doctrina completa sobre el bien humano. Creía, por tanto, que una sociedad bien ordenada por la concepción de la justicia denominada “justicia como equidad” es aquella en la que todos los ciudadanos aceptan esa concepción como parte de una doctrina moral sistemática basada en la concepción de los ciudadanos como libres e iguales. Sin embargo, posteriormente Rawls llegó a la conclusión de que esta presuposición era irreal, porque en el tipo de régimen político con el que estas personas asentarían se daría rienda suelta a una pluralidad de sistemas de pensamiento razonables pero incompatibles, ninguno de los cuales tendría razón alguna para someterse al gobierno de cualquier otro. No hay duda de que, si fuera posible un consenso racional entre

4. Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms*, trad. William Rehg (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1996), xxxix-xli [Hay traducción al español: *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, pp. 57-60].

5. Michael Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, (New York: Basic Books, 1980), xiv [Hay traducción al español: *Las esferas de la justicia*, trad. Heriberto Rubio, FCE, México, 1997, pp. 11-12].

6. Robert Bork, *The Tempting of America*, (New York, Free Press, 1990).

7. Cass Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999).

8. David Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

las diversas doctrinas morales comprensivas, ese consenso formaría la base de la unión política que todos los ciudadanos podrían considerar como equitativa. Pero, para Rawls, no hay ninguna posibilidad realista para tal acuerdo. La discordia filosófica, piensa, es el “resultado normal” del libre ejercicio de la razón⁹. Por lo tanto, es razonable que la gente discrepe sobre los fines fundamentales, y de ahí que no sea razonable esperar alcanzar un acuerdo o aspirar a una unión social que se base en él ni tampoco justificar principios de cooperación social que presupongan que alguno podría existir.

Puesto que el pluralismo filosófico es razonable, la base pública para la cooperación social debe buscarse en algún lugar distinto del acuerdo filosófico sobre fines fundamentales¹⁰. Tanto la legitimidad como la estabilidad requieren un punto de vista compartido y público desde el que justificar principios de cooperación social; y en una situación de diversidad filosófica, ese punto de vista debe ser independiente de cualquier perspectiva moral comprensiva y aceptable por todas aquellas que sean razonables. Este punto de vista haría posible la cooperación social entre personas que discrepan fundamentalmente sobre las cuestiones de mayor importancia, puesto que despolitizaría y liberaría la filosofía, del mismo modo que el primer liberalismo despolitizó y liberó a la religión. ¿Cuál es ese punto de vista que todas las doctrinas razonables podrían aprobar? Es, dice Rawls, una concepción de la justicia que integre las convicciones y los ideales ampliamente compartidos que componen la cultura política de la democracia liberal. Los principios de cooperación social ahora reclaman nuestra lealtad desplazándose desde una concepción de la justicia apropiada para personas, no ya que *son* libres e iguales de acuerdo con una particular filosofía moral, sino que *se consideran a sí mismos* como libres e iguales en su vida política pública¹¹.

Como podemos ver la asimilación de la filosofía política a la teoría constitucional está conectada con la búsqueda del punto de vista imparcial desde el que legitimar la coerción política en una sociedad comprometida con el libre ejercicio de la razón. Puesto que se asume que el libre ejercicio de la razón dará lugar a discordia entre las perspectivas morales comprensivas, la legitimación de la coerción debe provenir de un punto de vista independiente de todas esas perspectivas y que, por tanto, también ha de ser neutral respecto de ellas. Sin embargo, esto implica convertir la filosofía política en teoría constitucional para un mejor logro del objetivo de la primera. Después de todo, la búsqueda de un punto de vista imparcial desde el que derivar la autoridad para el ejercicio de la coerción es precisamente a lo que se han dedicado siempre los filósofos de la política con propósitos comprensivos. Estos filósofos —por ejemplo, Platón, Spinoza y Hegel— pensaron que tal punto de vista podría ser alcanzado *sólo* por el uso libre de la razón, porque una máxima de moralidad política que se justificase en

9. Esto está en relación con lo que Rawls llama “los límites del juicio”, a los que me refiero en la Conclusión.

10. Rawls, *Political Liberalism*, xvi [p. 12].

11. *Ibid.*, 30-3 [pp. 59-64].

alguna autoridad distinta de la perspicacia propia de la mente filosófica —como, por ejemplo, una máxima justificada a partir de su aceptación duradera— sería un prejuicio aplicable a los disidentes sólo mediante la violencia, sin importar la amplitud de su aceptación. Por este motivo, los filósofos políticos de la vieja escuela siempre pensaron que era necesario comenzar la genuina actividad filosófica poniendo en duda las presuposiciones y las opiniones de la cultura dominante y, por tanto, negándoles autoridad, de modo que pudieran ser testadas por el criterio de justicia alcanzado por el libre ejercicio de la razón. Para ellos, un punto de vista imparcial era aquel cuyos orígenes estuvieran libres, no de razonamiento sistemático, sino de cualquier presupuesto no sometido a escrutinio. Denominemos justificaciones absolutas a las justificaciones de la coerción política realizadas a la luz de un punto de vista como el referido, y denominemos a su producto legitimación absoluta.

Ahora bien, si los filósofos de la política se han quitado el traje de filósofos y se han puesto el de teóricos constitucionales para obtener un fundamento imparcial, debe ser porque creen que la justificación absoluta es inalcanzable, es decir, que es absolutamente imposible. Efectivamente, Rawls, de acuerdo en este punto con relativistas como Rorty, lo cree así porque afirma frecuentemente que el desacuerdo entre doctrinas morales comprensivas es “irreconciliable” y que, por lo tanto, el hecho del pluralismo razonable entre estas concepciones es un fruto permanente e incluso deseable de las instituciones libres, lo que deja a la justificación “política” como la única posibilidad viable¹². Pero ¿puede realmente decir eso? Habrá que discutir, en el capítulo de conclusiones, las llamadas cargas del juicio que subyacen al rechazo de Rawls a la posibilidad de una justificación absoluta. Brevemente, estas cargas consisten en las asunciones y prejuicios no racionales que, dice Rawls, deben de introducirse sigilosamente al momento de sopesar las pruebas a favor de la superioridad de algún punto de vista comprensivo. Sin embargo, al rechazar la posibilidad de acuerdo filosófico, Rawls dice más de lo que las cargas del juicio permiten. Al fin y al cabo, conocer la absoluta imposibilidad de una justificación libre de presupuestos requeriría la misma libertad respecto de los presupuestos que se afirma que es imposible de llevar a cabo. Esto es así porque si las cargas del juicio efectivamente afectan a nuestros compromisos filosóficos, deben afectar también a nuestra posición sobre si la imposibilidad de una justificación absoluta es ella misma absoluta o es relativa a una situación histórica aún no lo suficientemente madura como para la reconciliación de la filosofía política antigua y la moderna o de la razón y la revelación, ya que esta es la cuestión que separa a Rawls y a Rorty, de un lado, y a Hegel, del otro. En consecuencia, los filósofos, como mínimo, deberían reconocer que no es del todo seguro si la justificación absoluta está disponible en modo absoluto o por referencia sólo a nuestra situación histórica. Así las cosas, no hay ninguna buena razón para cancelar aquella investigación cuya singularidad específica sea el deseo

12. *Ibid.*, 36-7 [pp. 66-68].

de lograr una justificación como la descrita. Por tanto, reservemos el nombre de filosofía política para la búsqueda de una justificación absoluta de la coerción política y denominemos teoría constitucional a la búsqueda de una justificación que sea convincente para aquellos que comparten las asunciones básicas de una cultura política. La cuestión a discutir en la próxima sección es si Rawls, en tanto que teórico constitucional, encuentra el camino a una justificación de este tipo.

2. LA BÚSQUEDA DE RAWLS DE UN PUNTO DE VISTA PÚBLICO

Rawls, como filósofo de la política, pareció ofrecer en *A Theory of Justice* su propia versión de una justificación absoluta. El punto de vista imparcial desde el que se derivaban los principios de justicia era el de una personalidad moral libre despojada del conocimiento de su situación vital, considerada al margen de concepciones subjetivas del bien y a la que se dejaban sólo los dos poderes morales genéricos de la personalidad misma: el poder para formar y revisar una concepción del bien y el poder para actuar a partir de los principios que cualquier persona, así considerada, pudiera aceptar. Ese punto de vista era el producto de constreñimientos procedimentales (el velo de ignorancia) establecidos en la posición original en la que sujetos representantes eligen los principios comprensivos de la estructura básica de la sociedad política. Dado que ignoran tanto los objetivos subjetivos de sus representados como las circunstancias en las que nacieron, estos representantes, cuando actúan en el interés propio racional de sus representados, quedan constreñidos a elegir principios que beneficien y carguen a todos por igual. Según Rawls, estos principios son justos porque son equitativos y son equitativos en el sentido de que, por haber sido elegidos en la ignorancia de las ventajas no ganadas o de intereses subjetivos, cualquier persona podría aceptarlos de modo consistente con su igualdad moral con los demás. En realidad, había cierta ambigüedad en *Theory* relativa a la razón por la que Rawls consideró a los principios elegidos como los términos equitativos de la cooperación social. ¿Eran equitativos porque se afirmaron a través de un procedimiento diseñado por la razón práctica para eliminar intereses particulares y factores morales arbitrarios o eran equitativos por su conformidad con nuestras intuiciones prefilosóficas más profundas sobre la equidad? Todavía en *Theory* este dilema pareció resolverse a favor de la razón práctica, porque las intuiciones a través de las que había que someter a examen a los principios derivados de la teoría, eran, ellas mismas, sólo provisionales y, a su vez, estaban pendientes de filtrado a través de la situación de elección construida por la teoría. De ese modo, los principios generados por la teoría tenían que ajustarse sólo a convicciones “consideradas” y el equilibrio expresivo de la satisfacción de los principios tenía que ser “amplio” y “reflexivo”. Incluso así, las dificultades de esta solución fueron rápidamente puestas de manifiesto. Lo que se presentaba a sí mismo como un punto de vista imparcial, capaz de generar términos equitativos de cooperación social, en realidad era una concepción *liberal* historicada de ese mismo punto de vista, que partía de una

concepción de las personas como moralmente completas (autosuficientes en valor), previas a la asociación política y cuyo único bien son sus múltiples y subjetivas “concepciones de lo bueno”. Aunque neutral respecto de estas concepciones, el punto de vista es todo menos neutral respecto de las concepciones de lo público, liberales o no liberales, o incluso de las basadas en lo justo o en lo bueno, porque la concepción liberal basada en lo justo fue ella misma asumida y no fue el producto de un aparato teórico que hubiera generado resultados que cualquier persona libre habría podido aceptar¹³.

Political Liberalism parece ser un extenso reconocimiento de la fuerza de estas críticas. Ahora la ambigüedad entre la validación de los principios de justicia basada en la teoría y la basada en la intuición se resuelve decididamente a favor de esta segunda. La “razón pública” a la que se apela para la justificación de los principios ya no es sólo la razón práctica del filósofo, sino que se apela a esta razón en conjunción con el depósito de convicciones compartidas comprensivas de la cultura pública de una democracia liberal¹⁴. Ahora se invoca a esta cultura y, en particular, a la concepción de persona que le es implícita, para justificar el procedimiento con el que derivar principios de justicia a partir de la libertad e igualdad de las personas morales de la misma manera para la que se diseñó la posición original. Ese procedimiento se convierte en una manera de reformular los principios de la cultura liberal-democrática en un conjunto coherente y bien ordenado de principios constitucionales. La “justicia como equidad” es ahora una interpretación del compromiso liberal-democrático con la libertad y la igualdad, interpretación que pretende ser mejor que las que ofrecen otras teorías sobre ese mismo compromiso. De este modo, en el desplazamiento hacia “el liberalismo político”, Rawls abandonó cualquier intención, que alguna vez pudiera haber tenido, de justificar la coerción política tanto a liberales como a no liberales; ahora su objetivo es defender la justicia como equidad sólo ante los liberales.

Sin embargo, incluso si se coteja con esta más modesta ambición, el intento de Rawls de encontrar un punto de vista público desde el que justificar los principios de la asociación política debe considerarse un fracaso. Es así porque (aquí simplemente asumo las críticas formuladas por otros) los mismos problemas del

13. Véase Alasdair MacIntyre, *Whose Justice? Which Rationality?* (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1988), 326-48. Para un intento de desarrollar el proyecto universalista de Rawls, véase Brian Barry, *Justice as Impartiality* (Oxford, Clarendon Press, 1995) [Hay traducción al español: *Justicia como imparcialidad*, trad. José Pedro Tosaus Abadía, Barcelona, Paidós, 1997]. Barry confiesa su alianza con el proyecto ilustrado de “dirigirse a la razón de cada ser humano de mente sana” (pp. 3-4) [p. 24], aunque es difícil ver cómo su sencilla inferencia de la pluralidad del bien a partir del desacuerdo *de facto*, con su consecuente identificación de la imparcialidad como un punto de vista que prescinde de las concepciones del bien, trata de modo considerado a la razón de aristotélicos o de utilitaristas.

14. Rawls, *Political Liberalism*, 292 [p. 329], “Ese propósito es mostrar que los dos principios de justicia proporcionan una mejor comprensión de las exigencias de libertad e igualdad en una sociedad democrática que los primeros principios característicos de (otras concepciones de justicia)”. Véase también p. 99 [p. 130].

procedimiento de Rawls que afectaron a su intento original de justificar la justicia como equidad ante todos, también infectan su intento de justificar el liberalismo igualitario a liberales de otras corrientes. En la medida en que los electores en la posición original desconocen cuáles son sus atributos naturales, sus circunstancias familiares o sus referentes culturales, el liberalismo igualitario es presupuesto y no producido por la situación de elección y nada en las ideas abstractas (y, por tanto, maleables) de libertad e igualdad autoriza a elegirlo como la mejor interpretación de estas ideas. Tal es así que a quienes proponen interpretaciones rivales no se les ofrece ninguna justificación que, por alguna razón, pudieran aceptar.

En el fondo, la dificultad es que Rawls como teórico constitucional se rinde ante la posibilidad teórica de un acuerdo filosófico entre liberales. No se ofrece nada aceptable a las perspectivas rivales, porque no *puede* ofrecerse nada una vez que esa posibilidad se niega. Como Rawls asume que las concepciones morales comprensivas son, en última instancia, irreconciliables, no dispone de un punto de vista público desde el que justificar los principios constitucionales a los liberales que discuten sobre el significado de los valores básicos de la cultura liberal. Por ejemplo, aquellos que entienden que el significado de que las personas sean libres e iguales es que son iguales en su libertad de apropiarse, hasta el límite de sus energías y atributos naturales, de todo lo que no es ya poseído justamente por otro, no aceptarán un procedimiento para la selección de los principios constitucionales modelado a partir de una concepción de las personas iguales sólo en la posesión de los dos poderes morales, porque esta concepción descarta *de antemano* cualquier título sobre el beneficio de atributos fortuitos y de todo aquello que haya sido acumulado históricamente sin haber violado la propiedad de otros. Aquellos cuya concepción de lo que signifique que las personas son libres e iguales requiere que las leyes se ordenen al cultivo de un ideal humano de ciudadanos iguales que se autogobiernan, tampoco se verán persuadidos por un argumento cuya concepción pública de las personas *presupone* que todos esos ideales perfeccionistas han de quedar relegados a la esfera de la opinión privada (o no-pública, como Rawls prefiere denominarla). Ni tampoco aquellos que consideran que la libertad y la igualdad de las personas se realizan ante todo en el marco de comunidades a cuyas tradiciones ellos dan vida de modo libre e igual, podrán sentirse atraídos por una concepción de la justicia cuya imagen oficial del individuo consiste en que éste escoge magistralmente sus fines fundamentales, al tiempo que la concepción del individuo como alguien que descubre y acepta fines que le vienen objetivamente dados queda relegada a la esfera no-pública o asociacional¹⁵. Cada una estas perspectivas puede interpretar la cultura pública de la democracia liberal como un esquema de principios razonablemente coherente y, sin duda, cada una de ellas podría dar plenitud teórica a cualquiera de los muchos grupos de creencias que animan a los partidos políticos que compiten por el control del Estado liberal. Esto no quiere decir que no exista una cultura

15. Rawls, *Political Liberalism*, 30-2 [pp. 59-63].

pública de la democracia liberal, aunque la parte pública de esa cultura consiste en un compromiso compartido sólo respecto de unos principios muy abstractos: los encontramos recogidos en el texto de las declaraciones y cartas de derechos. Respecto del fondo, contornos y límites de esos principios, la cultura se divide en diversas concepciones filosóficas a propósito de lo que sea la libertad y de lo que exija la noción relevante de la igualdad. Puesto que Rawls asume que esta división es necesariamente conflictiva, pretende, no armonizarla, sino sortearla en la búsqueda de una concepción pública a la que los ciudadanos con concepciones filosóficas diversas pudieran apelar cuando debaten en el foro público.

Ahora bien, ¿en qué sentido es pública la concepción de la justicia que se genera a partir de esa estrategia? Alguien podría decir que la justicia como equidad es pública *en la forma*, porque su criterio sobre la justicia de los principios es la aceptabilidad por personas que son consideradas como libres e iguales y como “miembros de la sociedad que cooperan plenamente a lo largo de un ciclo vital completo, de una generación hasta la siguiente”¹⁶. Este criterio es reconocidamente público en tanto que cualquiera que considere que las personas son libres e iguales (en algún sentido) y que están abocadas a vivir juntas en sociedad lo aceptará como el estándar a través del cual medir la justicia de sus instituciones políticas. Sin embargo, la cuestión es si la justicia como equidad es pública *en el contenido*, esto es, en la manera en que da cuerpo al significado de “libres e iguales” y, por tanto, en los específicos principios aceptables por personas que son libres e iguales en ese sentido. A esta pregunta la mayoría de los críticos han respondido, a mi juicio, correctamente, “no”. Ni los libertarios ni los comunitaristas podrían aceptar razonablemente el contenido de la justicia como equidad porque, al haberse descartado el acuerdo filosófico, no se les ha dado ninguna razón convincente por la que aceptar una interpretación moral y antiperfeccionista, respectivamente, de la libertad y de la igualdad de las personas, algo que los excluye *ab initio*. No hay duda de que se les ha ofrecido una *versión* de la libertad y de la comunidad desde una perspectiva igualitaria, pero esa no es la libertad ni la comunidad que ellos conocen. Desde su punto de vista, la versión igualitaria distorsiona sus ideales y, por eso, para ellos es parcial en lugar de pública.

Al final, Rawls admite el carácter partidista de su concepción política. En “The Idea of Public Reason Revisited” reconoce que el contenido del liberalismo político viene dado por una “familia de concepciones de la justicia y no por una sola. Hay muchos liberalismos... y, por tanto, muchas formas de razón pública especificadas por una familia de concepciones políticas razonables. Entre todas ellas, la justicia como equidad, cualesquiera que sean sus méritos, no es sino una más”¹⁷. Ahora Rawls imagina a la política liberal guiada por una idea de la razón pública entendida como el debate entre los proponentes de diversas concepciones

16. Rawls, *Political Liberalism*, 30-2 [pp. 59-63].

17. John Rawls, *The Law of the Peoples* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999), 140-1 [Hay traducción al español: *El derecho de gentes*, trad. Hernando Valencia Villa, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 165-6]. Esta concesión ya fue presagiada en *Political Liberalism*, véase p. 226 [p. 261].

políticas liberales de la justicia (que ostentan o aspiran a la función de gobierno) y donde cada uno de ellos justifica su posición respecto de las cuestiones políticas capitales a la luz de una concepción de la libertad y la igualdad que cree sinceramente que es la mejor y que es aceptable en términos generales (satisface el criterio de reciprocidad), aunque no existe un criterio compartido de aceptabilidad, pues cada concepción ofrece el suyo propio¹⁸. Esta es una concesión muy perjudicial. En primer lugar, porque es difícil entender por qué la regla de exclusión que se aplica a las doctrinas comprensivas, no se ha de aplicar también a las concepciones políticas, toda vez que el pluralismo razonable ha colocado a estas últimas al mismo nivel de las primeras. Entonces no sería siquiera razonable que los agentes públicos recurriesen a concepciones políticas a la hora de decidir sobre las normas que hayan de ser respaldadas por el poder coercitivo. Que las concepciones políticas puedan ser aceptadas por iguales conforme a las condiciones del criterio de aceptabilidad, no permite distinguirlas de las comprensivas, puesto que las doctrinas comprensivas razonables también se consideran a sí mismas como aceptables entre iguales; de otro modo no podrían reclamar para sí su condición de verdaderas o de ser doctrinas sobre el bien común. De este modo, la razón pública debe ser oscurecida aún más y reducida, quizás, hasta el extremo de los “acuerdos teorizados de modo incompleto” sobre los resultados de casos específicos por los que aboga Sunstein, lo que convierte al discurso constitucional en algo personal y privado de principios, en la antítesis misma de la razón pública¹⁹. Es más, si el liberalismo político no tiene contenido, entonces es público sólo en la forma, sólo en la creencia abstracta en la igualdad y la libertad que prevalece en la cultura pública y que no determina apenas nada en forma de principios constitucionales, aparte de las reglas contra de la esclavitud o la penalización de la herejía o la apostasía. Sin embargo, esas eran las creencias que se suponía que el liberalismo político tenía que elaborar en una concepción política pública de la justicia que guiase el razonamiento sobre las cuestiones constitucionales de importancia.

Parece, entonces, que cualesquiera que sean los problemas que afecten al acuerdo filosófico no pueden esquivarse simplemente convirtiendo la teoría de la justicia en una concepción política de la justicia. El motivo es que, en esa conversión, el pluralismo de las visiones comprensivas se reproduce como pluralismo de las concepciones (excepto las no liberales) a las que se asigna el papel de ser interpretaciones de la cultura política liberal. Así, si la búsqueda de un punto de vista público ha de continuar, la cuestión referida a la posibilidad de acuerdo filosófico, al menos entre las variantes del liberalismo, tiene que volver a plantearse²⁰. No podemos, como hace Rawls, partir del presupuesto de que el

18. Rawls, *Law of the Peoples*, 140 [p. 165]; *Political Liberalism*, 226-7 [pp. 261-262].

19. Sunstein, *One Case at a Time*, 11.

20. Aquí estoy hablando, por supuesto, de la posibilidad de un acuerdo de tipo teórico y no empírico. El fracaso a la hora de diferenciar entre estos dos tipos de acuerdo es una de las causas por las que Rawls no está dispuesto a considerar la posibilidad de una unión social fundada en el acuerdo filosófico. Él sostiene que una unión social que se construya sobre la afirmación generalizada de una

acuerdo es teóricamente imposible. Además, puesto que cualquier acuerdo filosófico entre liberalismos tiene que ser un acuerdo entre *filosofías* liberales, tenemos también que reabrir la cuestión de si una concepción política de la justicia debe ser independiente de todas las concepciones morales comprensivas. Rawls insiste en que debe serlo, pero nada en la idea de lo que sea una concepción política, que no es sino una concepción cuya justificación se dirige apenas a una audiencia limitada, exige que esté desconectada de la filosofía moral comprensiva. La justicia como equidad es independiente sólo porque Rawls está convencido de que el consenso filosófico es imposible y de que, por ese motivo, el orden coercitivo que, supuestamente, se construyese sobre algún tipo de consenso sería intolerante o, como poco, sectario.

No obstante, la insistencia de Rawls en la independencia, lejos de posibilitar el acuerdo sobre una concepción política, impide tal acuerdo. Cuando en el debate entre perspectivas liberales se lleva al plano de sus articulaciones filosóficas, cada perspectiva puede converger con cada una de las restantes, puesto que cada una de ellas acepta un estándar de evaluación capaz de distinguir entre el éxito y el fracaso a la hora de proveer un punto de vista público. Ese estándar es la idea de una justificación considerada, que fue intuitiva por Rawls en su idea del consenso superpuesto. Bajo este estándar, cada perspectiva exige, como condición para su acuerdo, que cada una de las otras dé una justificación de su concepción fundamental que cada perspectiva pudiera aceptar desde su propio punto de vista como satisfacción de su propio valor supremo, tal y como ella entiende ese valor; y cada una de las perspectivas se esfuerza en alcanzar el ideal del acuerdo filosófico, por muy escurridizo que éste pudiera ser. Dado que de lo que se trata es de un ideal

doctrina comprensiva, sólo puede mantenerse por medio de la opresión (*Political Liberalism*, 37 [p. 67]). Esto es verdad, pero lo mismo podría decirse de una unión social que se basa en la afirmación real por todos de la misma concepción política. Los argumentos del propio Rawls a favor de la justicia como equidad muestran sólo que toda persona considerada libre e igual *podría* estar de acuerdo con ella, momento en el que la justificación de la coerción según principios se declara concluida. La coerción no es ya opresión, a no ser que se dirija a cambiar el pensamiento de la gente, lo que está excluido por el primer principio. Pero *mutatis mutandis*, eso mismo es verdad para el caso de una doctrina comprensiva. Sólo es necesario mostrar que aquellos que piensan de modo razonable, podrían estar y estarían de acuerdo con ella, para justificar la coerción bajo su amparo. Una sociedad podría estar organizada por una doctrina así sin que sea necesario que todo el mundo la respalde, a no ser que la doctrina misma requiriera uniformidad de pensamiento, como ocurrió con la doctrina católica en la Edad Media. Pero ninguna doctrina liberal hace eso, y, en cualquier caso, una doctrina así podría ser una doctrina sobre la que no todos aquellos que piensan de un modo razonable convergiesen. Por lo tanto, no necesariamente toda unión social que gire alrededor de una doctrina comprensiva es opresiva en el sentido de que requiera y demande uniformidad de pensamiento. Últimamente Rawls cree que estas uniones serían opresivas en otro sentido: se ejecutarían por la fuerza de una concepción partidista de la justicia (*Political Liberalism*, 138 [p. 170]). Por lo tanto, si Rawls rechaza la unidad basada en una doctrina comprensiva, es porque piensa que las doctrinas comprensivas son necesariamente partidistas, mientras que las concepciones políticas no tienen por qué serlo. Pero si (cómo él ha admitido de modo abierto) existe también una pluralidad razonable de concepciones políticas, entonces encontrar una base pública para un gobierno legítimo requiere que reabramos la cuestión de la posibilidad de acuerdo filosófico entre liberales.

de acuerdo filosófico, es filosofía lo que se necesita para alcanzarlo. Si se separa a las concepciones políticas de las filosóficas, dejarán de comunicarse unas con otras y el estándar para evaluarlas pasará a ser su ajuste con creencias culturales abstractas, que son objeto de interpretación y que pueden ser modeladas en muchos esquemas diferentes. Ahora bien, de este modo, lo realmente abandonado es el ideal de la justificación considerada. Cada perspectiva afirma su punto de vista interpretativo contra las otras y se da por satisfecha al atribuir su sentido propio a los valores fundamentales que las otras valoran, en la creencia de que, para evitar el dogmatismo, es suficiente con encontrar un lugar para esos valores dentro del esquema propio, aunque pudieran resultar irreconocibles para quienes los consideran fundamentales. Ninguna perspectiva busca justificarse ante otra en términos que ésta pudiera aceptar, puesto que de hacerlo, estaría dejándose absorber por la perspectiva sobre la justicia fundamental de esta última y tomándola en serio como doctrina comprensiva sobre el fin último del orden constitucional. Eso es precisamente lo que se ha dejado al margen para favorecer una justificación independiente. El resultado de ésta se expresa bien en los veredictos sobre la equidad de la justicia como equidad emitidos por los libertarios, comunitaristas o por los aristotélicos liberales. Dado que la justificación del liberalismo igualitario de Rawls fracasa a la hora de justificarse a libertarios, perfeccionistas y comunitaristas, no es una auténtica justificación pública. Dado que la razón pública que ordena la sociedad en el liberalismo político es una concepción partidista de la razón pública, la sociedad ordenada por la misma no es una sociedad bien ordenada, incluso cuando se la juzga por los laxos estándares del liberalismo político. Y dado que la concepción que ordena es partidista, no puede decirse que los principios que se derivan de ella den cuerpo a términos imparciales de cooperación social.

3. UN ENFOQUE ALTERNATIVO

En consecuencia, veremos otro enfoque. Primero, adoptaremos como tarea de la teoría constitucional la agenda propuesta por el último Rawls. La tarea supone desarrollar principios de derecho constitucional que sean aceptables para todos los miembros de una democracia liberal en la que varias concepciones de la justicia compiten por el asumir el rol de concepción de gobierno. Sin embargo, en lugar de derivar estos principios de una situación de elección hipotética que da forma a una concepción particular de la libertad y la igualdad de las personas (que, de ese modo, se convierte en una concepción partidista, incluso si no es una concepción metafísica), intentaré mostrar, especialmente después del ejemplo de Burke y Hegel, el funcionamiento autónomo de una razón pública en los principios que están dispuestos ya ante nosotros en la práctica cotidiana de la jurisprudencia constitucional. Podemos denominar fenomenológico a este método, para diferenciarlo del método constructivista de Rawls. En el método constructivista, los principios de la justicia se producen a partir de un procedimiento de selección concebido como equitativo, de acuerdo a una concepción particular de la equidad

que la equipara con la ceguera respecto de intereses y ventajas particulares. Los principios son “construidos” en el sentido de que se los presenta como objeto de elección y no de descubrimiento²¹. Mediante el método fenomenológico, los principios constitucionales, a partir de un material preexistente, se criban a través de una concepción autónoma de la razón pública, supuesta una justificación considerada, y distinguiendo lo que es efímero de lo que es racionalmente perdurable en el derecho constitucional. En verdad, aquí los principios son descubiertos más que construidos, porque se los presenta, no tanto como elegidos, sino literalmente como aceptados o endosados en tanto que dados por personas libres e iguales²². Así las cosas, podemos decir que el objetivo de la teoría constitucional es lograr un punto de vista imparcial desde el que cribar principios de justicia política para la democracia liberal a partir de la jurisprudencia constitucional de los tribunales liberal-democráticos y, desde ahí, presentar la mejor justificación disponible de esos principios a aquellos que se apoyan concepciones de la justicia diferentes que comparten, todas ellas, una creencia nuclear que las hace liberales. Antes de decir cuál es esta creencia, permítaseme explicar el significado de los calificativos en las expresiones justicia *política* y mejor justificación *disponible*.

Por justicia política entiendo la justicia en el ejercicio del poder coercitivo por aquellos que reclaman el derecho de gobernar sobre asociaciones humanas comprensivas, esto es, asociaciones humanas que son suficientes para todas las necesidades humanas (cualquiera que sea el modo en que esto se entienda). Por poder coercitivo entiendo el poder que impone al destinatario de un mandato una elección estricta entre la renuncia a ciertas condiciones de elección en el futuro (la vida o la libertad de movimiento) o la obediencia al mandato de otro. Al referirme a “aquellos que reclaman el derecho a gobernar”, pretendo distinguir entre aquellos que ejercen poder sobre otros conforme a una pretensión de autoridad y aquellos que lo hacen simplemente como una cuestión de hecho. Los gobernantes puramente de hecho ejercen el poder al margen de la moralidad y, por eso, no tienen ni deberes hacia los gobernados ni derecho a ser obedecidos. Los que reclaman autoridad (y que gobiernan asociaciones comprensivas) ostentan el poder como gobernantes políticos, que tienen deberes hacia los gobernados referidos al uso del poder para ciertos objetivos y en ciertas formas. La justicia política es el sistema de estos deberes. Se dice del poder que es justo cuando se ejerce de conformidad con los deberes propios de los gobernantes con autoridad y que es un poder puramente fáctico cuando se ejerce violándolos. En tanto que marco normativo que delimita el ejercicio justo del poder, la justicia política es distinta de la justicia civil, que es la justicia en la interacción entre individuos que no pretenden derecho alguno

21. Rawls, *Political Liberalism*, 90-9 [pp. 120-129].

22. Este método de racionalización del derecho constitucional tiene afinidades con el método de Habermas para la reconstrucción racional de la política democrática. Escribe (*Between Facts and Norms*, 287 [p. 363]): “Una sociología reconstructiva de la democracia debe ... elegir sus conceptos básicos de un modo tal que pueda identificar partículas y fragmentos de una ‘razón existente’ ya incorporada en las prácticas políticas, pese a lo distorsionadas que pudieran estar”.

de gobierno los unos sobre los otros. La justicia civil se materializa en el derecho privado y, aunque ese sector del derecho es también parte del derecho constitucional en un sentido amplio (porque también constriñe el ejercicio del poder judicial y ejecutivo), lo cierto es, sin embargo, que, en una sociedad política liberal, se mantiene parcialmente autónomo respecto de los objetivos que se buscan en la esfera pública y, por eso, requiere el tratamiento separado que, de hecho, recibe generalmente²³. Este libro se ocupa de la justicia política (liberal) en un sentido más estricto. La justicia política en sentido estricto comprende tanto aquellos objetivos a los que se dirige la actividad de gobernar adecuadamente a otros en asociaciones comprensivas, como los constreñimientos en cuyo marco se persiguen adecuadamente esos específicos objetivos. Así delimitada, la justicia política liberal abarca la totalidad de constreñimientos en la realización de fines, a través de la que el gobierno de unos sobre otros en asociaciones comprensivas queda purificado de componentes de poder fáctico a los ojos de aquellos que comparten la creencia nuclear liberal.

Me refiero a la mejor justificación *disponible* porque asumo que una justificación absoluta —esto es, libre de presupuestos— de la coerción política no está disponible en el momento actual, al tiempo que me declaro agnóstico respecto a si esa indisponibilidad es absoluta o relativa a una situación histórica caracterizada por el conflicto entre visiones del mundo religiosas y racionalistas. Efectivamente, la justificación libre de presupuestos está descartada en esa situación por razones prácticas, porque la idea misma de una justificación completamente transparente a nuestro entendimiento es percibida como un prejuicio racionalista por los partidarios de las visiones religiosas, para los que la justificación absoluta descansa en la autoridad de la palabra de Dios. Por consiguiente, dado que una justificación absoluta no está, como mínimo, disponible en este momento, la mejor justificación posible es una de tipo relativo, y este es el espacio particular de la teoría constitucional. Entiendo por justificación relativa aquella justificación que tiene su origen en una pretensión originaria o una creencia que es compartida por los miembros de la audiencia a la que se dirige la justificación. Asumo que esos miembros, aunque comparten esa creencia, se dividen entre sí en grupos que tienen diferentes formas de entender qué significa esa creencia y qué requiere, y que los miembros de esos grupos con mayores inclinaciones filosóficas tienen diferentes formas de fundamentarla teóricamente. Idealmente sería posible formular la creencia de un modo lo suficientemente estrecho como para mantener el consenso, aunque con el contenido suficiente que nos permitiera distinguir entre las fundamentaciones filosóficas que la apoyan y aquellas que la violentan. Una

23. Para una interpretación de algunos elementos centrales del derecho privado de acuerdo al marco teórico de este libro, véase Alan Brudner, *The Unity of the Common Law: Studies in Hegelian Jurisprudence* (Berkeley: University of California Press, 1995). Para interpretaciones de corte kantiano y rawlsiano, véase respectivamente Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995) y Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility, and the Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999).

justificación relativa, por tanto, implica cribar los principios de justicia política utilizando la mejor justificación teórica de la creencia compartida.

La confianza liberal

Ahora bien, ¿cuál es nuestro punto de partida? La creencia que presuponemos adquiere la forma de una pretensión planteada hipotéticamente por el individuo. Esa pretensión consiste en las siguientes proposiciones: que el agente individual tiene valor final (a lo que, en ocasiones, me referiré como estatus final), de modo que no existe otro fin *más* fundamental al cual pueda ser subordinado unilateralmente²⁴; que lo tiene en sí mismo, es decir, como individuo separado, distinto (es decir, no inmerso en, ni obscurecido o subsumido por) tanto de otros individuos como de grupos mayores, de la sociedad o de la asociación política, de los que es un miembro; y que el valor del individuo es inviolable, lo que significa que todos tienen el deber de respetarlo absteniéndose de cualquier intento de someter la capacidad de actuar del individuo a sus propios fines o a algún fin supuestamente superior, sea de la tribu, de la nación, de la sociedad o del Estado. Este conjunto de proposiciones constituye lo que llamaré la confianza liberal. Es confianza en el valor del individuo. Fue el punto de partida de Mill, en *On Liberty*, cuando definió directamente los límites más allá de los que la opinión colectiva no podía inmiscuirse en el libre autodesarrollo del carácter individual, asumiendo que sus lectores aceptaban que tal límite existía. Nozick también parte de ese punto cuando dice, en la primera frase de su libro, que “los individuos tienen derechos y hay cosas que ninguna persona o grupo puede hacerles (sin violar sus derechos)”²⁵. Rawls lo presupone cuando dice que “toda persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que no puede ser anulada ni siquiera por el bienestar de la sociedad como un todo”²⁶. Y Sandel también se hace portavoz de esa confianza cuando se preocupa porque el “individuo sin atributos de Rawls” vuelve “invisibles” a los individuos y hace que sus títulos o derechos dependan completamente de la política en la sociedad, en lugar de depender de algo que los individuos poseen o hacen

24. ¿Hemos expulsado con esta afirmación a los utilitaristas del consenso liberal? No lo creo. Para los utilitaristas la confianza en el valor final del individuo se expresa en la concepción de que el placer y el dolor de los individuos son las unidades morales fundamentales de la moralidad, que lo bueno consiste en la maximización de las satisfacciones individuales, más que en, digamos, la perfección de una naturaleza humana objetiva. Sin duda se puede negociar con la satisfacción individual para mayor beneficio de otros, pero ese *resultado* colectivista no es únicamente utilitarista. El colectivismo, como veremos, es un resultado común a todas las agrupaciones liberales.

25. Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia* (New York: Basic Books, 1974), ix [Hay traducción al español: *Anarquía, estado y utopía*, trad. Rolando Tamayo, México, FCE, 1988, p. 7].

26. Rawls, *A Theory of Justice*, 3 [p. 17].

de modo independiente²⁷. Parto del presupuesto de que ninguna concepción de la justicia que no intente reivindicar la confianza liberal puede ser liberal.

Sin embargo, en el punto del que partimos, la confianza liberal está vinculada a otra pretensión y la naturaleza de esa conexión con la confianza liberal es uno de los principales asuntos de este libro. Es la pretensión de que lo único genuinamente público que existe y, por tanto, la única razón pública que puede existir, es la pretensión de valor de individuos aislados y que, en consecuencia, esa pretensión es el principio fundamental del orden constitucional. Calificaré como ‘libertaria’ a esta pretensión, una forma abreviada de referirme al liberalismo clásico contenido, por ejemplo, en la Declaración francesa de 1789. Nozick expresa esta pretensión cuando dice que no hay ninguna entidad social al margen de los individuos aislados y que existen “sólo personas individuales, personas individuales diferenciadas, con sus propias vidas individuales”²⁸. Esta tesis, típica del atomismo filosófico, podría ser denominada la tesis del individuo autosuficiente, en tanto que rechaza que el valor del individuo dependa de alguna sustancia social. Esta última no es idéntica a la confianza liberal, si bien es una forma de fundamentarla filosóficamente. Mientras que la confianza liberal afirma que los individuos son portadores de valor final, si bien deja abierta la cuestión de que otras entidades (como, por ejemplo, las naciones o los Estados) pudieran tener un valor similar, la tesis del individuo autosuficiente afirma que la pretensión de valor de los individuos aislados es el fin fundamental de la constitución porque es el *único* fin público que existe. ¿Por qué comenzar con esta posición?

Al comenzar con el atomismo libertario lo que hacemos es partir de una concepción de la razón pública que se equipara con un individuo separado de todas las relaciones sociales en que se encuentra enredado por pura costumbre —todos los vínculos que se siguen de la familia, el grupo étnico, las afiliaciones religiosas o ciudadanía, son percibidos, desde este punto de vista, como dados, accidentales o locales—, y que reclama su valor únicamente en virtud de su capacidad para actuar libremente. Comenzamos con esta posición porque, siendo la más liviana, supone el rechazo más riguroso de la autoridad de la costumbre que se puede concebir, de modo que la justificación de cualquier concepción filosófica de la razón pública más rica debe suponer un desarrollo de aquella. No hay duda de que esta razón lo es sólo para un filósofo político. Sin embargo, dado que la concepción de la razón pública que supone un rechazo radical a la autoridad de la costumbre es, en términos históricos, la concepción organizativa más básica de la práctica constitucional liberal (ténganse en cuenta las garantías de la libertad de pensamiento y conciencia), el punto de partida apropiado para la filosofía política resulta también adecuado para la teoría constitucional. Ahora bien, a partir de este punto de partida común, las dos disciplinas divergen. Mientras que el filósofo de la política quiere

27. Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), 82-95 [Hay traducción al español: *El liberalismo y los límites de la justicia*, trad. M.^a Luz Melón, Barcelona, Gedisa, 2000, pp. 110-126].

28. Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 33 [p. 45].

que la justificación forme un sistema autocomprensivo cuyos resultados validen su propio punto de partida, nosotros, como teóricos constitucionales, nos damos por satisfechos al dejar a la confianza liberal como premisa originaria y, por ello, al dirigirnos sólo a aquellos que comparten esa confianza.

Como la justificación de los principios constitucionales que ofreceré descansa sobre la confianza liberal, también es una justificación relativa a esa premisa. En términos de Rawls es una concepción política de la justicia que busca el fundamento más sólido para la confianza del individuo en sí mismo, considerando a ésta última como algo dado. Sin embargo, a diferencia del caso de Rawls, el descenso desde una justificación absoluta a una relativa no implica poner entre paréntesis ni las concepciones filosóficas de la razón pública ni su elaboración sistemática. Al contrario (como hemos visto), comienza propiamente con una de esas concepciones, la que equipara a la razón pública con la pretensión de valor final de las personas individuales. Por supuesto, si esta fuera la conclusión del problema, nadie podría pretender haber alcanzado un punto de vista verdaderamente imparcial y susceptible de atraer a los partidarios de concepciones rivales de la razón pública, como son, por ejemplo, los liberales igualitaristas, los comunitaristas o los perfeccionistas aristotélicos. Por consiguiente, aunque comenzaremos con el libertarismo filosófico, no nos quedaremos ahí. Más bien trazaremos un camino conceptual por el que la persona individual, para dar satisfacción a su pretensión de valor final, se ve conducida hacia concepciones más ricas de la razón pública, como a la concepción igualitaria, a la concepción comunitarista y, finalmente, a la concepción de lo público que las integra a todas en tanto que necesarias para una vida política que sea suficiente en dignidad. A esta concepción, la denominaré concepción inclusiva. Lo que sea esta concepción quedará claro en su debido momento. En este punto, lo que tenemos que explicar es su papel en la derivación y justificación de principios de derecho constitucional.

Ajuste y mejor luz

La derivación de estos principios no es algo que se realice de arriba abajo a partir de la concepción inclusiva. Dado que esta última abarca a diversas concepciones de la razón pública, gran parte del contenido del derecho constitucional liberal se genera en esas concepciones constituyentes. De ese modo, elaborar ese contenido exige ir de abajo arriba, desde las partes hacia el todo. Comenzando por la concepción más estrecha derivaremos las doctrinas y principios que implican cada uno de los constituyentes y al conjunto lo denominaremos paradigma constitucional. A continuación, separaremos los principios que reflejan la concepción inclusiva de modo subordinado (como apropiados a una de sus partes) de aquellos otros que son expresión de la hegemonía de la concepción constituyente. Estos últimos serán descartados. Después ordenaremos los principios seleccionados en función de lo bien que sus correspondientes ideas de razón pública ejemplifiquen a la inclusiva; ese orden clasificatorio nos proporcionará un método por el que

resolver colisiones entre los paradigmas. El cuerpo de principios así generado, tamizado y ordenado, compondrá el contenido del derecho constitucional liberal.

Justificar estos principios no consiste en mostrar el modo en que están de acuerdo con las opiniones asentadas de la cultura liberal. Más allá de la fe abstracta en el valor del individuo, hay pocas cosas importantes que puedan considerarse asentadas entre escuelas liberales que discrepan, no sólo respecto a lo que requiere el interés público, sino también respecto de lo que es. Como consecuencia, muchos de los principios que derivaremos serán controvertidos y algunos revertirán lo que parece estar asentado en algunas jurisdicciones. Esto sólo supondrá afirmar cuáles son los cimientos tanto de la filosofía política y la teoría constitucional, pues lo que esté definitivamente “asentado” en el derecho constitucional es una conclusión de la teoría y como tal no puede ser empleado para testarla.

Pero la justificación tampoco puede consistir simplemente en deducir principios jurídicos a partir de una idea puesta como fundamental. Es así porque las credenciales de una teoría para guiar la práctica tienen que ser autenticadas antes de que sus principios puedan ser aceptados como válidos para la práctica. En general, debe mostrarse que la teoría encaja con la práctica. Debe mostrarse que la teoría es la teoría *propia* de la práctica, la teoría que le da su mejor sentido. Esto no significa que la teoría deba reivindicar la preponderancia de los principios constitucionales y las doctrinas judiciales, pues como hemos dicho, es la teoría, y no la práctica el criterio arbitral de lo que sean los principios justos y las doctrinas justas. Más bien, acreditar el encaje supone exhibir la habilidad de la teoría para integrar lo que, al margen de la teoría, se muestra como una práctica dividida por concepciones rivales de la justicia fundamental, concepciones como libertad, igualdad, comunidad o vida buena. Porque si hay una concepción de la justicia que encaja con la práctica mejor que las demás, es aquella capaz de integrar todos los pretendidos principios de justicia que intentan obtener un control de la misma.

Sin embargo, necesitamos poner el listón incluso más alto. Para establecer su encaje no basta con que una teoría pueda integrar los principios primeros, separados de las perspectivas que los privilegian y que los muestran de un modo auténticamente competitivo. Al fin y al cabo, cualquier teoría podría integrar las ideas de libertad, igualdad, comunidad y buena vida vaciándolas de contenido y reinterpretándolas hasta que sean coherentes bajo su concepción fundamental (como después veremos); de ese modo, ninguna se mostraría como más adecuada respecto a sus rivales. Más bien ocurre que la concepción de justicia mejor calificada para guiar la práctica liberal debe integrar esos principios *tal y como son entendidos por las respectivas perspectivas morales que les dan vida*—libertaria, igualitaria, comunitarista y perfeccionista—, cada una de las cuales coloca en un puesto de honor a cada uno de uno de aquellos principios. Sólo con esa amplitud de miras puede esa concepción captar la significación que tienen los diversos principios para quienes están más comprometidos con ellos y, de ese modo, integrarlos en su extrema diversidad.

Ronald Dworkin ha señalado que la justificación en la teoría del derecho consiste en derivar principios jurídicos a partir de la teoría del sentido de una

práctica que la muestre bajo su mejor luz que pueda ser respaldada por los datos y materiales relevantes. Para Dworkin, los criterios de “encaje” y “mejor luz” operan de modo separado. El criterio de la mejor luz selecciona a la mejor teoría de entre las candidatas que han superado el umbral del test de encaje, y lo que cuenta como buen encaje se determina de modo independiente de las propias convicciones sobre lo que muestra a la práctica bajo su mejor luz. La razón de esta disyunción es simple: si el estándar de encaje estuviese ajustado a preferencias teóricas, el requisito del encaje no podría constreñir las opciones morales del intérprete²⁹. Sin embargo, la separación de los dos criterios tiene consecuencias perjudiciales para ambos. Puesto que la teoría determina que es lo que está establecido en una práctica, la práctica que la teoría debe encajar tiende a ser absorbida por la teoría y deja a esta última con nada que encajar; puesto que lo que muestra a la práctica bajo su mejor luz es un asunto controvertido entre concepciones de la justicia competitivas, ese criterio es incapaz de mediar entre esas concepciones. Sin embargo, si el encaje se entendiese al modo sugerido antes, entonces los criterios de encaje y mejor luz se fusionan. La teoría que mejor encaja a la práctica por integrar las (pretendidas) concepciones de justicia fundamental que compiten por su control, también exhibe a la práctica en su mejor luz porque muestra a la práctica gobernada por una concepción de la justicia que es imparcial —auténticamente pública— cara a cara con las otras.

Para nosotros, justificar principios de derecho constitucional significa justificar la concepción de la razón pública a cuya luz esos principios se seleccionan y ordenan como la concepción liberal consumada. Esto implica mostrar cómo la concepción inclusiva satisface e integra a las diversas teorías de la justicia normalmente expresadas por la práctica constitucional. Cada una de estas teorías busca el fundamento público desde el que legitimar el poder político y cada una expresa una concepción particular de este fundamento, que elabora como paradigma constitucional. Una concepción liberal del fundamento público es una concepción del fundamento del valor del individuo, fundamento sobre el que se sostiene la confianza liberal. Si una concepción de este tipo excluye algo esencial para la realización práctica del valor del individuo, se estará revelando, en su elaboración constitucional, como partidista en lugar de como pública; y de ese modo su concepción del fundamento público tendrá que ser revisada a la luz de esa experiencia para incorporar lo que le faltaba. Este proceso habrá de continuar hasta que se alcance una concepción del fundamento público que no excluya nada que sea esencial para la dignidad del individuo. De este modo, el movimiento puede ser entendido como aquel a través del cual la pretensión de valor del individuo se confirma plenamente por no ser ninguna de sus etapas anteriores adecuada y también como aquel en el que queda satisfecha la búsqueda de un auténtico fundamento público al haberse disuelto todas las anteriores

29. Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1986) 65-8 [Hay traducción al español: *El imperio de la justicia*, trad. Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2005, pp. 57-59].

concepciones del mismo cuando se manifestaron exclusivamente como formas de encubrir la dominación partidista. El argumento que muestra como cada una de las concepciones liberales de la razón pública se derrumba cuando se absolutiza por separado pero perdura como parte de un todo mayor es la justificación pública de la concepción inclusiva, del derecho al que esta respalda y del poder político constreñido por este derecho.

El producto de esta justificación es una legitimidad relativa. La legitimidad relativa de la constitución liberal viene dada por la imparcialidad, cara a cara con otras concepciones liberales, de la concepción de la razón pública que encarna. Esa imparcialidad se establece a partir de tres rasgos de la concepción inclusiva. Primero, esta última es la unidad más comprehensiva de concepciones filosóficas de la razón pública compatibles con la premisa del valor individual; segundo, incluye a esas concepciones en un modo tal que no se confiere hegemonía a ninguna de ellas, pero sí al todo del que son partes constituyentes; tercero, se alcanza a través de un método de crítica inmanente de las concepciones alternativas que es público en sí mismo, en el sentido de que está abierto al escrutinio y al discernimiento. Aunque la legitimidad de una constitución liberal podría ser absoluta, los argumentos que siguen no van a mostrar eso. Más bien mostrarán que la constitución liberal descansa sobre una concepción de la razón pública que es todo lo verdadera posible para esa noción, dada la premisa de que en el agente individual reside un valor inviolable. Para aquellos que rechazan esa premisa la justificación no será convincente.

La idea de un consenso convergente

Puede ser útil contrastar nuestro criterio de legitimidad relativa (la unidad más inclusiva de concepciones de la razón pública consistente con la premisa del valor del individuo) con las ideas de contrato social y de consenso superpuesto de Rawls. Se entiende que estas ideas apoyan, respectivamente, la legitimidad y la estabilidad del liberalismo político. Los principios de justicia de Rawls se suponen imparciales porque han obtenido el asentimiento de personas libres e iguales, colocadas tras un velo de ignorancia, lo que asegura la independencia del liberalismo político; se dice que la sociedad política estructurada por estos principios es estable porque es capaz de suscitar la alianza de los proponentes de doctrinas morales comprehensivas razonables que, por sus propias razones desveladas, aprueban los principios. El argumento de la estabilidad no es un mero apéndice del argumento principal sobre la legitimidad. La justificación del liberalismo político exige las dos etapas, porque en la primera la concepción de lo público de Rawls es presupuesta y no generada por el procedimiento de derivación de principios aceptables por todos, de modo que es sólo en la segunda etapa cuando las concepciones rivales de la razón pública se reconocen y cuando sus propios puntos de vista son tratados de un modo considerado. Por tanto, el argumento por la estabilidad ofrece lo que se había perdido en el argumento por

la imparcialidad; los dos son coesenciales en el argumento general de la aceptabilidad que hace liberal al liberalismo político³⁰.

Sin embargo, dado que el contrato social entre personas morales se ha separado del consenso entre las perspectivas filosóficas, los dos fracasan a la hora de generar lo que de cada uno se esperaba. Veamos, en primer lugar, el contrato social. El hecho de que todas las partes deban dejar sus concepciones de la justicia a la puerta de entrada a la posición original supone privilegiar de manera subrepticia a una concepción particular —la del individuo abstracto que es origen de sus propios fines fundamentales— y la privatización de todas las demás. Así, lo que se presenta a sí mismo como un procedimiento para generar principios de justicia imparciales para todos, realmente implica un compromiso previo con una concepción particular y discutida del fundamento público. Y puesto que ésta es una concepción política que se enorgullece de su falta de justificación filosófica (de ser ‘independiente’), el que se privilegie a una concepción hasta excluir a las restantes es suficiente para destruir sus pretensiones de imparcialidad.

En segundo lugar, consideremos el consenso entre doctrinas comprensivas razonables. Este consenso debe ser “superpuesto” en el sentido de que, por haber quedado excluidas de la elaboración de los principios de justicia, esas perspectivas encuentran sus propias razones para aceptar los principios incluso cuando los no-kantianos continúan oponiéndose a una concepción de la razón pública con respecto a la que apenas tienen coherencia. Rawls afirma que el consenso superpuesto es más que un *modus vivendi*, porque los adherentes a las doctrinas comprensivas no consienten con un cierto orden a partir de una convergencia casual en su propio interés, el mismo interés por el que estarían dispuestos a seguir su propio camino si pudieran hacerlo de modo ventajoso; más bien consienten con la concepción de la justicia por razones morales y filosóficas que obtienen a partir de sus propios marcos comprensivos³¹. Sin embargo, es dudoso que esta distinción (entre consenso superpuesto y *modus vivendi*) pueda mantenerse. Dado que las razones que sustentan el consenso son externas a la concepción de la razón pública que, en un primer momento, generó los principios, será una pura casualidad si todos los principios son derivables de una concepción filosófica particular o si son congruentes o compatibles con ella. Y para aquellas concepciones filosóficas (por ejemplo, el libertarismo o el perfeccionismo aristotélico) con las cuales, como mínimo, algunos de sus términos sean incompatibles, el consenso será de hecho un *modus vivendi*, porque será el producto de la aceptación resignada de un mundo que no es el mejor posible. Puesto que una aceptación de este tipo no parece que pueda ser insensible a los cambios en la correlación de las fuerzas sociales, no hay razón para pensar que producirá la estabilidad en el largo plazo que Rawls confía generará³².

30. Rawls, *Political Liberalism*, 43 [p. 73].

31. *Ibid.*, pp. 146-9 [pp. 178-180].

32. Asumo que nadie pensará que las doctrinas comprensivas con las que estos principios son incompatibles son *eo ipso* irrazonables. Rawls no lo hace (véase *Political Liberalism*, 59) [pp. 89-90].

En lugar de las ideas distintas de contrato social y consenso superpuesto de Rawls, aquí proponemos una idea simple que unifica las razones de la legitimidad y de la estabilidad. Esta idea es el consenso convergente de las perspectivas liberales de la justicia en una concepción inclusiva de la razón pública. Por consenso convergente entiendo aquel al que se ha llegado por razones internas a cada perspectiva filosófica. No hay duda de que el consenso superpuesto de Rawls es también convergente en este sentido. Sin embargo, el consenso convergente al que me refiero no es simplemente superpuesto, porque no es un acuerdo fortuito sobre principios de justicia derivados a partir de una concepción de la razón pública externa a aquellos cuyo asentimiento se busca. Más bien es un consenso sobre la concepción misma de la razón pública que selecciona los principios. Este consenso produce una estabilidad genuina por las mismas razones por las que produce legitimidad (relativa). Primero, se alcanza a partir de un acuerdo no forzado entre los proponentes ideales de varias concepciones de la razón pública que ven en la concepción inclusiva la más plena satisfacción de sus propios propósitos. Por lo tanto, no es una mera aquiescencia de mala gana con un mundo que no es el mejor posible. En segundo lugar, el consenso no se logra excluyendo a todas las perspectivas filosóficas de la razón pública, sino incluyéndolas de modo que cada una de ellas escriba una parte del contenido de la justicia política y cada una de ellas vea su parte garantizada por la soberanía del todo inclusivo. Veremos, por ejemplo, que la perspectiva libertaria contribuye aportando los derechos individuales sobre la propia conciencia, el cuerpo o la propiedad, que tienen prioridad absoluta respecto de la satisfacción socialmente óptima de objetivos subjetivos y también una fuerza constrictora algo menor para imponerse a bienes comunes; la perspectiva igualitaria genera los bienes comunes que son esenciales para la autonomía individual y que tienen fuerza condicionada para imponerse cara a cara con los derechos libertarios, los cuales, sin embargo, mantienen su independencia respecto de esos bienes; y la perspectiva comunitarista genera bienes comunes como la familia, la identidad étnica o la ciudadanía, que tienen fuerza condicionada para imponerse a los dos anteriores. Cada perspectiva está por tanto integrada en el derecho público, no mediante su sublimación en un punto de vista distinto, sino por satisfacer con moderación las aspiraciones humanas a las que representa en un dominio limitado. De este modo, podría decirse que la concepción inclusiva aplica la idea de la justicia como imparcialidad a perspectivas y no a individuos despojados de sus propias perspectivas.

4. LA NEUTRALIDAD LIBERAL Y EL PERFECCIONISMO LIBERAL

El título de este libro refiere una característica adicional de la teoría constitucional desarrollada. He titulado el libro *Bienes constitucionales* para resaltar una diferencia con la teoría de la justicia liberal dominante. La teoría dominante, expresada de modo diverso por Nozick, Ackerman, Rawls y Dworkin, sostiene que la justicia liberal se caracteriza por la prioridad lexical de lo justo respecto

de lo bueno. Veremos que esta fórmula es equívoca en la medida que enmascara la manera en la que el igualitarismo liberal, a diferencia del libertarismo, está comprometido con una concepción sobre los intereses humanos auténticos que podrían ser subjetivamente deseados o no, e incluso con un ideal de ciudadanía³³. En cualquier caso, la formulación nos resulta útil para comentar lo siguiente. Primero, la prioridad de lo justo significa que los derechos de los individuos deben tener una fuerza perentoria constrictiva en la búsqueda por parte de los gobiernos de la mayor suma de felicidad posible, donde felicidad significa satisfacción de preferencias. Los derechos “ganan”, actúan como “constreñimientos colaterales” o tienen “peso absoluto” con respecto a las consideraciones de esa clase; no pueden estar subordinados ni ser determinados por objetivos económicos. Segundo, la prioridad lexical de los derechos significa que también deben constreñir de modo perentorio las políticas que pretenden una distribución equitativa de los bienes que cada individuo necesita para alcanzar sus objetivos privados. Así, el principio de la diferencia de Rawls se afirma subordinado al derecho a un esquema completamente adecuado de derechos y libertades básicos iguales³⁴; el ideal de igualdad de recursos de Dworkin exige los derechos a las libertades fundamentales, que no pueden ser sacrificados en aras de la igualdad sin menoscabar una adecuada concepción de aquel³⁵. Y Nozick descarta totalmente la redistribución en tanto que violación del derecho de propiedad³⁶. Tercero, la prioridad de lo justo significa que el estado liberal debe ser neutral en los objetivos (aunque no necesariamente en los resultados) que se refieran a todas las concepciones sobre cuál sea la mejor manera de vivir, de modo que cualquier justificación de una política que invoque que elegir una forma de vida es de mayor valor respecto de alguna otra, convierte a esa política en algo ilícito. El Estado liberal debe hacer efectivos los derechos individuales de libertad y propiedad y debe actuar para preservar la infraestructura material del orden constitucional, esto es, su población humana y sus recursos naturales³⁷. Desde el punto de vista de algunos, puede también alimentar las virtudes del carácter sobre las que se sostiene un régimen ordenado al respeto

33. Como destaca Will Kymlicka; véase *Liberalism, Community, and Culture* (Oxford: Clarendon Press, 1989), cap. 2.

34. Rawls, *Political Liberalism*, 6 [p. 36].

35. Dworkin, *Sovereign Virtue* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000) 158-61 [Hay traducción al español: *Virtud soberana*, trads. Aguiar González, Fernando; Bertomeu, María Julia, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 175-177].

36. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, 168-74 [pp. 170-175].

37. Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, trad. Mary Gregor (Cambridge: Cambridge University Press, 1991) 135-6 [Hay traducción al español: *Metafísica de las costumbres*, trads. Adela Cortina y Jesús Conill, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 157-159 § 325-326]. Véase también William Galston, *Liberal Purposes*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1991), 174-7. Galston propone un liberalismo que, como él mismo afirma, no es neutral respecto de lo bueno, si bien los bienes liberales que identifica (vida, desarrollo normal de las capacidades humanas, prosecución de los fines subjetivos, libertad en el sentido de no coerción, racionalidad, sociedad y satisfacción subjetiva) son esencialmente los que respaldan un orden dirigido a la protección de la libertad para perseguir fines subjetivos (p. 183). Esta teoría de lo bueno es, con mucho, demasiado estrecha como para ser

mutuo de la libertad³⁸ (como, por ejemplo, la confianza en sí mismo, la tolerancia, el civismo). El Estado liberal, sin embargo, no puede promover intencionalmente ningún conjunto de fines o aceptar ciertos planes de vida y no otros³⁹.

Podemos resumir todo esto diciendo que, para la teoría dominante, hay derechos constitucionales, pero no bienes constitucionales. Esto es, no hay bienes humanos cualificados para imponerse a los derechos fundamentales y, por este motivo, ningún bien es apto para adquirir estatus constitucional. Para esa teoría, un derecho fundamental puede ser limitado sólo por otro derecho fundamental hasta el punto en que ambos alcanzan su sentido esencial o por las leyes que aseguren el igual ejercicio del derecho⁴⁰. Es más, para la teoría dominante no existe ningún ideal de personalidad humana (concretado en un determinado esquema de fines fundamentales) a cuya protección y promoción por la autoridad pública tengan derecho los individuos y que, en ese sentido, también pudiera postularse para alcanzar estatus constitucional. Al contrario, la teoría dominante sostiene que a lo que los individuos tienen derecho es a que la autoridad pública sea ciega a todos esos ideales.

La práctica constitucional ha dejado atrás a la teoría constitucional. Mientras que las clásicas declaraciones de derechos del siglo XVIII sólo reconocían derechos individuales y consideraban que su protección era el fin rector de la asociación política, muchas constituciones escritas del siglo XX consagran a ciertos objetivos e instituciones sociales como objeto de atención especial por parte del Estado. A continuación referiré algunos ejemplos. El artículo 3 de la Constitución Alemana declara que el Estado se compromete a la realización efectiva de la igualdad entre hombres y mujeres y a la remoción de las “desventajas actuales”. El artículo 6 coloca al matrimonio y a la familia “bajo la protección especial del Estado”, mientras que el artículo 7 ordena la supervisión estatal de la educación y hace que la enseñanza religiosa sea parte del currículum de las escuelas públicas. La sección 27 de la Carta de Derechos y Libertades de Canadá exige que los tribunales interpreten la Carta de acuerdo con la preservación y promoción de la herencia multicultural de los canadienses, mientras que la sección 23 afirma el derecho de las minorías francófonas y anglófonas a la educación en sus respectivas lenguas. La Constitución de Sudáfrica va incluso más allá en el atrincheramiento de objetivos, al ordenar que se adopten medidas estatales para mejorar la situación de las lenguas indígenas, para prohibir la discriminación injusta, para proteger el medio ambiente, para garantizar la vivienda, la atención médica, la asistencia social y la educación,

calificada como una alternativa a la neutralidad liberal. En el mejor de los casos, es, como Galston admite, el “perfeccionismo minimal” con el que el liberalismo neutralista debe de comprometerse.

38. Kant, *The Metaphysics of Morals*, 135 [pp. 157-8, §325]. Rawls, *Political Liberalism*, 84-6 [pp. 116-118]; Galston, *Liberal Purposes*, 221-37; Amy Gutmann, *Democratic Education* (Princeton: Princeton University Press, 1987); Stephen Macedo, *Liberal Virtues: Citizenship, Virtue, and Community in Liberal Constitutionalism* (Oxford: Clarendon Press, 1990), 39-77, 265-77.

39. Rawls, *Political Liberalism*, 190-200 [pp. 224-229].

40. *Ibid.*, 295-6 [pp. 331-332].

tanto básica como superior. A menos que estemos dispuestos a considerar a todas esas disposiciones como una deformación de la constitución liberal, necesitamos una teoría de la justicia liberal que pueda dar cuenta del estatus constitucional de ciertos bienes y que al tiempo deje intacta la más tradicional protección de los derechos individuales. Necesitamos, en otras palabras, una comprensión expandida de la justicia liberal.

La prioridad de los derechos: secuencial, no lexical

Este libro intenta presentar una comprensión de ese tipo. En contraste con la que es dominante, sostiene que existen bienes constitucionales a los que no se aplica la prioridad lexical de lo justo. Aunque esta última prioridad es válida si se la refiere a lo bueno entendido como la satisfacción socialmente óptima de las preferencias, no es válida (así lo sostendré) para los bienes que son necesarios para una vida suficiente en dignidad. Tales bienes están cualificados (bajo ciertas condiciones) para imponerse a los derechos fundamentales; y son bienes a cuya promoción pública tienen derecho los ciudadanos, en el sentido de que el fracaso a la hora de promoverlos subvierte la pretensión de la autoridad pública respecto a su condición pública y, por tanto, también su pretensión de ser autoridad válida. De este modo, la prioridad lexical de lo justo no es una prioridad absoluta; se aplica a algunos bienes pero no a otros, o al menos, así lo sostendré. Es más, si podemos hablar de bienes que son necesarios y suficientes para la dignidad del individuo, entonces también podemos hablar de una personalidad liberal ideal cuyos deseos fundamentales son deseos referidos a esos bienes, cuya vida los expresa de modo completo y en un equilibrio adecuado y cuya pretensión de dignidad queda, de ese modo, completamente satisfecha. La autoridad pública, al proteger los bienes necesarios para la dignidad, también está animando a los individuos a elegir el patrón de compromisos básicos que la personalidad liberal ideal elegiría. De hecho, su objetivo más fundamental sería el cultivo de tal personalidad.

Podría parecer que si abandonamos la doctrina de la prioridad lexical incondicional de los derechos, también perdemos la protección para el valor distintivo del individuo que es elemento diferencial de la justicia liberal. Podría parecer que así se sigue del hecho de que, mientras que de los derechos son titulares individuos separados, lo bueno siempre es común. Por consiguiente, alguien podría temer que, si lo bueno puede ganar a los derechos, el respeto por el valor del individuo podría verse sacrificado al bien común o, aún peor, conformado por el bien común hasta el punto de hacer desaparecer incluso la apariencia de sacrificio.

Este miedo estaría justificado si los derechos individuales fueran simplemente una conclusión de lo que lo bueno requiere en casos concretos y si, en consecuencia, esos derechos no manifestaran fuerza constrictiva en la búsqueda del bien. Sin embargo, este temor estaría injustificado si los derechos individuales estuviesen conformados de modo independiente respecto del argumento que justifica la supraordenación de lo bueno y si, en consecuencia, las invalidaciones de

los derechos por parte de lo que es bueno tuviesen que cumplir con un riguroso estándar de justificación, que reflejase la fuerza independiente de los derechos. Es decir, el miedo estaría injustificado si los derechos fuesen secuencialmente, ya que no siempre lexicalmente, prioritarios respecto de lo bueno. En ese caso, sin duda, el constreñimiento impuesto por el derecho sería más suave que el que pone la prioridad lexical, pero sería un constreñimiento, porque, para invalidar los derechos individuales, se requeriría que los objetivos fuesen de un tipo cualificado, que no sean alcanzables en alguna forma menos invasiva de los derechos y que los medios elegidos no sean destructivos del valor del individuo hasta el punto de subvertir el carácter público del bien que se busca realizar. Dados estos constreñimientos, no se podría hablar más de una forma de subordinación unidireccional de los derechos a los bienes, sino que, más bien, la subordinación sería recíproca.

La mayor parte de la adjudicación constitucional, en el mundo real de la democracia liberal, asume de hecho la premisa de la prioridad secuencial, no lexical, de lo justo cara a cara con lo bueno. Muchos tribunales constitucionales establecidos recientemente han seguido el ejemplo de la Corte Suprema canadiense en *R. v. Oakes*⁴¹ al considerar la fuerza invalidante de bienes políticos sólo después de haber determinado que un derecho constitucional había sido infringido, determinación en la que las consideraciones sobre el bien eran irrelevantes. Superficialmente, esta práctica podría parecer confusa desde un punto de vista intelectual. Al fin y al cabo, ¿cómo si no podría haber dos normas jurídicas operativas independientemente —los derechos y los bienes— a las que aplicar una regla común para resolver colisiones? Una teoría pluralista de la justicia que reconociese dos o más principios fundamentales, sin duda, podría dar cuenta del hecho de la independencia, pero una teoría así no tendría una forma ordenada de resolver las colisiones; una teoría monista, sin duda, puede resolver las colisiones, pero sólo porque no permite que ninguna norma incluida en su sistema opere de manera independiente a su principio fundamental. Entonces ¿qué tipo de teoría explica *Oakes*? La idea de la prioridad secuencial y no lexical de los derechos parece requerir una teoría que sea pluralista al reconocer marcos normativos separados, pero unitaria al prescribir una regla para reconciliarlos. Es natural pensar que estas demandas son contradictorias, que monismo y pluralismo son características mutuamente excluyentes de una teoría. Diré más sobre esto en breve. Por ahora, es suficiente sugerir que la idea de un consenso filosófico convergente sobre una concepción inclusiva de la razón pública parece ser un candidato prometedor a teoría que dé cuenta de ambas características.

La teoría del constitucionalismo liberal que propondré ofrece una explicación de la prioridad secuencial de los derechos plasmada en el procedimiento en dos etapas usado para comprobar la validez de la legislación de *Oakes*. No es, sin embargo, la única explicación de la prioridad secuencial. En un reciente trabajo,

41. [1986] 1 SCR 103.

Wayne Sumner ha ofrecido una explicación utilitarista de los derechos entendidos como constreñimientos provisionales de la maximización del bienestar, como modo de hacer frente a la acusación de que el utilitarismo no puede explicar el sentido de la fuerza moral de los derechos⁴². Básicamente, su argumento se desarrolla como sigue. El utilitarismo sostiene que los actos o las reglas están moralmente justificados si y sólo si maximizan el bienestar. Así entendido el utilitarismo es un principio de justificación, esto es, expone el fin por referencia al cual se distinguen las reglas o actos que están justificados de los que no. Sin embargo, el principio utilitario de justificación no dice nada sobre la mejor manera de alcanzar ese fin. Hay, de acuerdo con Sumner, dos procedimientos de decisión diferentes que (digamos) un legislador utilitario podría emplear. Un procedimiento directo intenta maximizar el bienestar dirigiéndose conscientemente al objetivo en cada ocasión y eligiendo los mejores medios de acuerdo a un cálculo de costes y beneficios. Adoptar este procedimiento implica aceptar compensaciones rutinarias entre libertad y bienestar y permitir pérdidas en la libertad de algunos de cara a obtener un beneficio mayor en el bienestar general. Puesto que cualesquiera derechos de libertad que tengamos son conformados por el cálculo utilitario, no pueden constreñirlo: aquí lo bueno es lógicamente prioritario sobre lo justo. Ahora bien, Sumner advierte que el método directo sería el mejor sólo si quien decide fuera omnisciente, omnipotente e infalible, es decir, si tuviera información perfecta sobre los costes y los beneficios relativos de todas las alternativas, si pudiera ponerlas en marcha todas y si pudiera evaluar toda la información relevante con perfecta imparcialidad. Pero nadie es así. En un mundo imperfecto, la mejor estrategia para batir el récord utilitario es buscarlo de modo oblicuo, mediante una maximización de lo bueno sujeta a un constreñimiento referido al respeto a los derechos que demarcan esferas de elección protegidas. Aunque esta estrategia parece comprometer la maximización del bienestar en el caso particular, señala Sumner que, en el largo plazo, alcanza ese objetivo de un modo más confiable⁴³.

La concepción utilitarista de los derechos como constreñimientos a la maximización del bienestar de Sumner ofrece una concepción muy plausible del procedimiento de *Oakes*. Es así porque Sumner permitiría que un objetivo invalidase al constreñimiento cuando el beneficio neto que se sigue de actuar así excede un cierto umbral, el umbral que refleja la gran utilidad de los derechos como protectores de la libertad⁴⁴. Si el beneficio neto de invalidar el constreñimiento excede el coste de dejar a un lado la estrategia indirecta, entonces el utilitario oblicuo sólo invalidará hasta el punto necesario para alcanzar el beneficio. Así, la estrategia indirecta, cualificada para permitir una invalidación de los derechos en los casos de extraordinario beneficio, parece capturar la prioridad secuencial, que no lexical, de lo justo sobre lo bueno.

42. L. W. Sumner, *The Moral Foundation of Rights* (Oxford, Clarendon Press, 1987).

43. Sumner, *The Moral Foundation of Rights*, 175-94.

44. *Ibid.*, 193.

Sin embargo, esta apariencia es engañosa, porque la concepción de Sumner no puede mantener la rigurosa separación entre la determinación de los derechos y la justificación de la invalidación que requiere la prioridad secuencial. Para Sumner, el respeto a los derechos que protegen la libertad está siempre justificado por el objetivo utilitario. Algunas veces el objetivo requiere que el respeto por los derechos constriña la búsqueda directa del objetivo utilitario; y, otras veces, requiere que el constreñimiento sea superado. Dado que el mismo objetivo utilitario determina cuando observar y cuando relajar el constreñimiento, sigue siendo cierto que el ámbito de los derechos es conformado por el cálculo utilitario. Es cierto que no podemos esperar que un utilitarista salga fuera de sí mismo y elabore una teoría de los derechos que preserve la independencia conceptual de éstos sobre lo bueno al tiempo que explica cómo pueden ser invalidados por lo bueno. Probablemente la concepción de Sumner sobre *Oakes* es la mejor que un utilitarista puede ofrecer, y es mejor que muchas otras. Sin embargo, veremos que hay otra concepción que es más cierta, creo, respecto de la disyunción de *Oakes* entre lo justo y lo bueno, porque los concibe como pertenecientes a paradigmas de justicia diferentes, pero que son mutuamente dependientes. Ahora bien, esta concepción de la prioridad secuencial será definitivamente preferible a la Sumner, no porque ofrezca un mejor encaje con *Oakes*, sino porque ofrece una mejor teoría del liberalismo. Una implicación de la concepción de Sumner sobre los derechos es que, en un mundo de información, poder y juicio perfectos uno puede desconocer el carácter constrictivo de los derechos y permitir que las pérdidas en la libertad de unos queden justificadas por las mayores ganancias totales de otros. Así, para Sumner tomar los derechos en serio es un rasgo lamentable de un mundo imperfecto, cuya transformación en una utopía tecnológica es algo por lo que uno puede estar racionalmente esperanzado y por lo que trabajar. Pero dado que, para un liberal, los derechos protegen la inviolabilidad del valor del individuo, la esperanza de los utilitaristas debe ser el terror de un liberal.

Lo bueno de una vida autónoma: el perfeccionismo de Raz

Al argumentar a favor de una versión de liberalismo que requiere la protección pública de un ideal humano, me alinee junto a Raz contra la teoría dominante. Sin embargo, el perfeccionismo que yo defiendo es más robusto que el que Raz presenta en *The Morality of Freedom*⁴⁵. Para Raz, el fin de la moralidad política liberal es el bien de una vida autónoma y entiende por vida autónoma aquella que está conformada de acuerdo con objetivos comprensivos, que son elegidos por uno mismo entre una amplia variedad de opciones disponibles. Raz no equipara vida autónoma con vida buena como tal, puesto que admite que un agente puede elegir maneras de vivir que son malas para él. Más bien considera que lo bueno

45. Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986).

equivale a bienestar, el cual resulta de la búsqueda exitosa de objetivos de los que uno es autor y que sean comprensivos en el sentido de que dominen la propia vida, moralmente valiosos en el sentido de que sirvan realmente al bienestar y necesariamente basados en actividades reconocidas y valoradas socialmente⁴⁶. La autonomía, sin embargo, es esencial para el bienestar porque la aprobación personal los propios objetivos es esencial para que uno consiga satisfacción en su búsqueda y en su logro⁴⁷. Es más, dado que el logro de autonomía depende de la existencia de una cultura pública que ofrezca una amplia selección de ocupaciones valiosas, es un bien común que requiere la acción del Estado dirigida a su realización.

Sin embargo, para Raz promover la vida autónoma no significa promover ningún tipo de elecciones particulares de vida. Es así, afirma, puesto que hay muchas maneras moralmente valiosas de vivir que son inconmensurables, en el sentido de que ninguna es mejor o peor o igual en valor que las otras. Así, una vida con amigos (este es el ejemplo) no es mejor ni peor que una vida en la que la persona está tan dedicada a hacer dinero que ha perdido su capacidad para la amistad. Son simplemente maneras de vivir diferentes y mutuamente incompatibles, y ambas son opciones valiosas satisfactorias para aquellos que las tienen como objetivo. Dado que para Raz lo importante es que uno sea el autor de su propia vida y no que sea de su propia autoría de acuerdo a algún patrón particular, la extensión de la obligación del Estado de promover lo bueno se refiere a la promoción de una amplia selección de formas sociales moralmente valiosas (por ejemplo, profesiones, formas de relación), que den cuerpo a patrones de conducta entre los que el individuo pueda elegir. De este modo, Raz, por evitar sugerir que el Estado está obligado a proteger elecciones particulares de vida como el matrimonio, la promoción de la cultura, la práctica de profesiones o habilidades sociales valiosas o la participación en la vida cívica, es aún un ortodoxo liberal neutralista. Para Raz, todos estos propósitos son intrínsecamente valiosos y, por eso, se justifica, quizá incluso sea obligatorio, que el Estado los coloque en el menú. Pero no hay en el perfeccionismo de Raz ningún argumento a favor de una obligación estatal de favorecer algún conjunto particular de compromisos básicos.

El perfeccionismo liberal de Raz supone un importante avance respecto de la teoría dominante, pero no va lo suficientemente lejos. Ahora expondré brevemente mis reservas, pues mi intención aquí es sólo delinear mi posición y no refutar la de otros. Me referiré a dos. Primero, al identificar el bien común con una autonomía formal vacía de contenido específico, Raz ha abrazado una noción truncada de autonomía⁴⁸. No soy completamente autónomo si la gama de objetivos valiosos viene definida por lo dado socialmente, porque aunque podría aceptar una

46. *Ibid.*, cap. 12. Véase también Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Clarendon Press, 1994), cap. 1 [Hay traducción al español: *Ética en el ámbito público*, trad. M.^a Luz Melón, Barcelona Gedisa, 2001].

47. Raz, *The Morality of Freedom*, 292.

48. Raz, *The Morality of Freedom*, 371: “La vida autónoma se caracteriza no por lo que es parte de ella, sino por cómo llegó a serlo”.

manera de vivir que viniera dada socialmente, mi autonomía quedaría negada por mi dependencia de la costumbre en tanto que fuente del valor de los objetivos. Y es que una moralidad convencional según la cual lo valorado socialmente es el criterio de lo moralmente valioso es, con seguridad, la antítesis de una moral de libertad. Es más, Raz señala que, aunque un objetivo moralmente valioso es aquel que auténticamente conduce al bienestar, un agente puede *encontrar* valioso sólo lo que es socialmente valorado⁴⁹. Llamemos tesis de la dependencia social a esta tesis de Raz. La tesis de la dependencia social implica que el ideal de bienestar es alcanzable sólo en una sociedad bien ordenada en la que las opciones disponibles sean moralmente valiosas de verdad, porque sólo allí se rompen las cadenas convencionales del bienestar. Sin embargo, incluso en una sociedad bien ordenada, la tesis de la dependencia social sólo podría evitar el convencionalismo moral si fuese posible para un agente valorar un objetivo porque es valioso de manera independiente y no simplemente porque es socialmente valorado. Raz reconoce esta posibilidad⁵⁰. Señala que los objetivos se adoptan porque se cree que sirven al bienestar y que es posible tener creencias acertadas o falsas a propósito de si lo hacen, ya que bienestar y satisfacción son cosas diferentes. Pero que haya una distinción entre voluntad valorada y valiosa no salva, por sí sola, a la autonomía moral de las garras de la tesis de la dependencia social. Un agente no será capaz de distinguir una creencia social falsa sobre los objetivos que lo conducen al bienestar de una verdadera, a menos que tenga una concepción independiente —es decir, independiente de la opinión social— de lo que es bienestar. Si la tiene, es difícil entender por qué la tesis de la dependencia social debería ser cierta; pero si no la tiene, entonces en cualquier caso dependerá de la opinión social. Raz no nos ofrece una concepción independiente de ese tipo o mejor, nos ofrece sólo una concepción circular y que, decididamente, es de poca ayuda. Nos dice que el bienestar consiste en la búsqueda exitosa de fines moralmente valiosos y que un fin moralmente valioso es aquel que conduce al bienestar. Pero entonces, el agente, que sólo puede valorar lo que es valorado socialmente y que no tiene forma de poner en relación los fines socialmente valorados con un criterio no circular sobre lo moralmente valioso, lo único efectivo de que dispone es una moral convencional.

Lo esencial en los anteriores apuntes es que el perfeccionismo de Raz, al fracasar a la hora de elaborar un contenido racional y un esquema de fines fundamentales, no es lo suficientemente perfeccionista dado su compromiso con la autonomía. Se sigue que no es tampoco lo suficientemente liberal dado ese mismo compromiso. El perfeccionismo de Raz es declaradamente antiindividualista. Raz entiende por individualismo el punto de vista según el cual sólo los estados mentales reales son hechos morales relevantes y que, de ese modo, excluye la

49. *Ibid.*, p. 310. Para una reformulación de la tesis de la dependencia social, véase Joseph Raz, *The Practice of Value* (Oxford: Clarendon Press, 2003), 15-36.

50. Raz, *The Morality of Freedom*, 381, y *passim*; Raz, *The Practice of Value*, 25-7.

posibilidad de que existan bienes públicos que sean intrínsecamente valiosos porque enriquecen la vida humana. Donde es más evidente el antiindividualismo de Raz es en su comprensión de los derechos. Para Raz, un derecho protege un interés lo suficientemente importante para el bienestar de una persona como para justificar la imposición de un deber a otras personas. Dado que en última instancia los derechos se justifican por su contribución al bienestar, no hay derechos cuando el balance de las consideraciones relativas al bienestar argumenta en contra de la fuerza constrictiva⁵¹. Es más, dado que Raz piensa que el bienestar está en función, no de los deseos satisfechos, sino de los deseos satisfechos que es bueno que uno tenga, el balance de consideraciones que afectan al bienestar viene determinado en función de un punto de vista que es externo al agente. Sin embargo, esto significa que el espacio de libertad protegida por un derecho es minuciosamente delimitado desde ese punto de vista externo; en el perfeccionismo de Raz, no hay lugar para la demarcación autónoma de ese espacio por parte del individuo, a través, por ejemplo, del pensamiento, la palabra, la formación de asociaciones, la adquisición original o la negociación contractual. Y de ese modo, para Raz, no hay ninguna esfera de interacciones sociales que esté regida por la idea de que el agente individual es el fin último de la moralidad política. Esta idea fundamenta lo que Raz llama las morales basadas en derechos, para las cuales las únicas razones morales para la conducta son los deberes de respetar derechos. Él critica esas morales cuando apunta a muchas razones morales para la acción (la situación de necesidad de mis vecinos, lo loable de los actos supererogatorios, el deseo de excelencia moral) que no son deberes basados en derechos. Sin embargo, sus argumentos muestran sólo que una concepción de la moralidad política basada en derechos no puede ser exhaustiva; no muestran que no haya lugar para una moralidad basada en derechos en el marco de una moralidad política comprensiva. Al ocultar una moralidad de ese tipo en la moralidad perfeccionista, Raz también oculta al estatus final mismo del individuo que justifica la adopción de su bienestar como el objetivo de la acción política. De ese modo, se pone a disposición del libertario la queja justificada de que el perfeccionismo declaradamente antiindividualista de Raz es iliberal.

5. LA CONSTITUCIÓN LIBERAL COMO UN TODO COMPLEJO

La teoría de la constitución liberal que defenderé aspira a mostrarla como un todo coherente. Sin embargo, como sugiere la idea de la concepción inclusiva de la razón pública, ese todo es complejo en su estructura. Un todo complejo puede entenderse en contraste, de un lado, con un todo simple y, de otro, con una mera pluralidad. Un todo simple es aquel cuyas partes están ordenadas en

51. Raz, *The Morality of Freedom*, 184: “Donde las consideraciones conflictivas desafían completamente los intereses del supuesto titular del derecho, no hay derecho”.

función de una única idea, en este caso, una concepción única de la justicia. En un todo simple, las partes no muestran una ordenación independiente de sí mismas; cada una es inteligible sólo a través de la idea del todo. La teoría de la moralidad política liberal de Dworkin es ilustrativa de un todo simple, porque conecta valores políticos diversos —por ejemplo, libertad, igualdad económica y comunidad— a un principio fundamental, a saber, el deber de los gobiernos de mostrar igual consideración por las vidas de sus ciudadanos. Sin embargo, al derivar todos los valores a partir de un principio de consideración igualitario, Dworkin tiene que hacer lo que hacen los teóricos de los todos simples: tiene que privilegiar las interpretaciones de los valores que se especifican a partir del principio fundamental y desestimar aquellas interpretaciones que están en tensión con él. Así, por ejemplo, como los derechos de libertad son conformados por los requerimientos de la igual consideración, aquellos derechos quedan reservados a las libertades (de expresión o asociación) “moralmente importantes” y que son esenciales para el proceso de distribución de los recursos requerido por el principio fundamental; la concepción de la libertad que, cuando es protegida mediante derechos, dé lugar a distribuciones inconsistentes con la igual consideración, queda denigrada en tanto que “licencia” a la que se le niega el estatus de valor político⁵². De un modo similar, Dworkin puede encontrar lugar en su sistema de pensamiento para la idea de comunidad, pero su modelo de comunidad se corresponde con el de la unidad voluntarista de una orquesta, en lugar del que corresponde al orden natural de la *polis*, cuya prioridad ontológica cara a cara al individuo atribuye a una “metafísica barroca”⁵³. De este modo, se produce un esquema unificado de valores y se resuelven las tensiones entre libertad, igualdad y comunidad, pero al precio de caer en la artificialidad y de incurrir en un tipo de despotismo intelectual. La unidad parece forzada.

La cohesión forzada de las teorías del todo simple ha abierto siempre la puerta a teorías que afirman una mera pluralidad de valores. Por mera pluralidad entiendo la coexistencia de dos o más ideas independientes (por ejemplo, libertad, igualdad, comunidad), de modo que cada una pretende ser fundamental y también pretende el derecho a singularizar cual sea la concepción apropiada de las otras. Como el empuje lógico de cada idea se dirige a la hegemonía, la satisfacción plena de cada una de ellas se producirá a costa de las otras: un compromiso intransigente con la libertad, por ejemplo, genera gran desigualdad, mientras que una persecución resuelta de la igualdad asfixia la libertad. Cualquier acuerdo debe adquirir la forma de compromiso en un punto indeterminado de un espectro, un compromiso que (por definición) no es completamente satisfactorio para nadie. Además, dado que, por principio, el acuerdo es indeterminado, sus contornos precisos —el límite entre las esferas de actuación de las ideas rivales— quedan pendientes de decisión en función del equilibrio temporal de las fuerzas políticas. Así, un ascenso de la

52. Dworkin, *Sovereign Virtue*, 127 [p. 140].

53. *Ibid.*, 225-6 [pp. 247-249].

izquierda produce más igualdad en el bienestar, menos libertad económica y más libertad de conciencia, mientras que el de la derecha trae consigo más libertad económica, unas mayores desigualdades en el bienestar y menor libertad moral. Nadie puede decir si algún punto particular es justo, porque la justicia ha sido absorbida por la política.

Un todo complejo es una síntesis de un todo simple y una mera pluralidad. Es un todo diferenciado en dos o más sub-todos cada uno de ellos ordenado a una idea diferente, pero que también da cuerpo, de diferentes formas, a una idea singular. Un todo complejo es, por tanto, una unidad de partes, cada una de las cuales está ordenada tanto a su propia idea como a la idea del todo. Dado que esas diversas ideas son constituyentes más que independientes, no están bajo imperativo hegemónico alguno que pudiera llevarlas al combate o a treguas provisionales, o que pudiera hacer que el respeto por los límites de cada de ellas consistente con su integridad pareciese una forma de compromiso de principio. Pero dado que las ideas constituyentes en sí mismas gobiernan sobre un dominio normativo, las colisiones entre ellas se resuelven, no reduciendo alguna de ellas a alguna otra, sino ordenándolas de acuerdo a lo bien que ejemplifiquen la idea inclusiva y, cuando entran en colisión, permitiendo a la superior invalidar a la inferior. Por esto un todo complejo resuelve las tensiones entre diferentes valores, pero sin fundir sus diferencias en un crisol.

Tres concepciones de libertad

La constitución liberal es un todo complejo en lo que tiene de unidad de varios paradigmas de justicia. Cada uno de estos paradigmas, hemos dicho, se ordena a una concepción particular de la razón pública. Ahora es el momento de decir algo más específico acerca de estas concepciones.

El concepto de razón pública admite varios grados de determinación. Uno puede distinguir, en primer lugar, entre las concepciones preliberales y las liberales. Las concepciones preliberales de la razón pública son concepciones de lo que significa para un ser humano satisfacer las potencialidades humanas distintivas con las que objetivamente ha sido dotado (bien por la naturaleza o por gracia); y, en consecuencia, existen concepciones más específicas acerca de las maneras ejemplares a través de las que manifestar la perfección humana, como sería el caso la vida del hombre de Estado, la vida dedicada a filosofar o la vida monástica. Lo preliberal en esas concepciones de la razón pública es que imaginan un fin o bien común a la humanidad, que está establecido al margen de la capacidad de actuar moralmente del individuo y que impone deberes cuya fuerza vinculante descansa sólo en el hecho de que han sido dados externamente y no en su disposición a ser objeto de asentimiento por parte de individuos racionales autointeresados. Las concepciones liberales de la razón pública, por el contrario, son concepciones del significado que para un agente individual tiene el ser un fin libre y que actúa por sí mismo. Al decir un fin que actúa por sí mismo, me refiero a un agente

que es el autor de sus propios fines, en lugar de venirles externamente dados. De este modo, las concepciones liberales de la razón pública, como concepciones de libertad, parecen antitéticas respecto de concepciones preliberales en tanto concepciones referidas a vida humana ejemplar, aunque defenderé que estas dos clases de concepciones se funden en el mejor entendimiento de la libertad, esto es, que el mejor entendimiento de la libertad es también una concepción sobre un modelo de vida (aunque éste, como tal, admite miles de variaciones)⁵⁴.

Tras haber singularizado el contenido de la razón pública, desde un punto de vista liberal, en la libertad individual, podemos decir que cada paradigma de la constitución liberal está ordenado a una concepción particular de la libertad. A la concepción de la libertad a la que se ordena de modo independiente un paradigma constitucional la denominaré tema declarado o manifiesto del paradigma. Existen tres concepciones de este tipo.

La comprensión liberal más básica de la libertad es la que la concibe como la capacidad para elegir libremente y, por tanto, como la capacidad para actuar a partir de los motivos que uno mismo ha ratificado. Esta es una manera de concebir la libertad muy estrecha porque uno es libre, según este punto de vista, cuando no está determinado a la acción por causas naturales y al margen de que el contenido de su elección sea genuinamente de uno mismo o, simplemente, sea aceptado como algo dado por las circunstancias biológicas, por la costumbre social o por la propia idiosincrasia. Por lo tanto, aquí la *realización* de la capacidad de actuar a partir de valores de los que uno es autor no forma parte de la concepción. La libertad es más bien identificada con la libertad desnuda, de modo que (desde este punto de vista) se es libre incluso cuando se actúa en función de algún impulso considerado enfermizo, en función de opiniones adoptadas de manera servil o en función de hábitos que se siguen de modo inconscientemente rutinario. Denominaré libertad a esta concepción de la razón pública y al paradigma de justicia que se despliega a partir de ella, paradigma libertario. Sobre este asunto versará la Parte Uno.

La segunda concepción de la libertad que analizaremos es la que engloba tanto la capacidad de actuación autónoma como su realización en modelos de conducta que dan cuerpo al esquema de fines de los que uno es autor. Uno es libre, desde este punto de vista, sólo al diseñar una vida que gira en torno a objetivos y valores fundamentales, que son auténticamente de uno mismo porque han sido elegidos reflexivamente e integrados en un orden, más o menos cohesivo, al que se denomina carácter o identidad personal. Es importante distinguir aquí entre las dimensiones pública e idiosincrásica de esta libertad. Es idiosincrásico el contenido de los valores mismos y cómo se ordenan en el marco de la perspectiva moral general del individuo; lo que es público es el aspecto formal de la propia autoría o que los valores hayan sido abrazados tras un proceso de

54. Véase Joshua D. Goldstein, *Hegel's Idea of the Good Life, Virtue, Freedom, and the Modern Self* (Dordrecht: Springer, 2006).

reflexión independiente e integrados en una orientación razonablemente cohesiva de la vida. Esta es la libertad en el sentido de autonomía, pero la autonomía a la que me refiero aquí, se entiende de un modo particular en función de dos rasgos distintivos.

El primero fue mencionado en relación a Raz. Bajo esta concepción de la libertad, el ideal de una vida autónoma no determina internamente su propio esquema de fines. Como consecuencia, el agente debe bien elegir entre maneras de vivir que él percibe como dadas heterónomamente a partir de convencionalismos sociales, bien adoptar reflexivamente fines no conformistas a través de los cuales la convención mantiene su poner. En ambos casos, la autonomía no pasa de ser formal y queda siempre a la sombra de su dependencia de la convención. El otro rasgo de esta concepción de la autonomía es su postura confrontacional hacia la alteridad. Aquí vivir una vida autónoma significa realizar la propia capacidad de uno para la propia autoría, al mantener a raya y neutralizar la influencia de las fuerzas que la amenazan, fuerzas como la suerte, la biología, otras gentes, la costumbre o, más en general, lo que viene dado al agente. Estos dos rasgos están relacionados porque es precisamente el rechazo del individuo a la autoridad de la costumbre (que es percibida como la antítesis de la propia autoría), lo que lo deja sin otro contenido que otorgar a la buena vida que las concepciones subjetivas de la misma. Por otro lado, el posicionamiento reflexivo hacia la alteridad también da cuenta de la forma fuertemente igualitaria de esta concepción de la libertad. Porque desde este punto de vista uno puede vivir autónomamente sólo dentro de un fuerte de leyes e instituciones que excluyan la relevancia política y que minimicen el impacto sobre la propias oportunidades de vida, de los factores que están mas allá del propio control, incluyendo las capacidades naturales. Por consiguiente, a esta concepción de la libertad la llamaré autonomía reflexiva y al paradigma de justicia que se ordena a ella, lo llamaré paradigma igualitario. Este es el asunto de la Parte Dos.

La tercera concepción de la libertad que informa la constitución liberal armoniza la forma de la propia autoría y el contenido del que se es autor, e integra la propia autoría y la dependencia del individuo respecto de un medio independientemente dado. Uno es libre, desde este punto de vida, cuando realiza su capacidad para la autoría de uno mismo, no al rehuir por la propia vulnerabilidad frente a la heteronomía, sino cuando reconoce la bondad de las estructuras sociales ya existentes —como por ejemplo, la familia, las culturas, las asociaciones profesionales o la comunidad política— que, por su parte, validan el valor del individuo que actúa por sí mismo. Esta es la libertad a la que Hegel denominó estar uno mismo en casa en el otro. De un lado, el individuo es heterónimo porque su valor depende de que se le valore como aquél que da realidad y perpetúa a una unidad social objetivamente existente; pero, de otro lado, la heteronomía queda reconciliada con la autoría de uno mismo porque las estructuras reconocidas como valiosas recíprocamente valoran al individuo que es autor de sí mismo a través de cuya aceptación consciente, la vida de aquellas se ve reproducida de modo vibrante y confirmada como buena. A esta concepción de la libertad la denominaré auto-

mía relacional y al marco de justicia a ella ordenado, paradigma comunitarista⁵⁵. Sobre este asunto versa la Parte Tres.

La idea de comunidad dialógica

Por abarcar a una pluralidad de paradigmas, la constitución liberal se parece a un palimpsesto en el que podemos vislumbrar varias capas de texto. En este sentido, la constitución teórica sigue de cerca la pista de la vanguardia de las constituciones positivas, uno de cuyos más conspicuos atributos es su estructura por capas. La típica declaración de derechos de finales del siglo XX incluye protección para “derechos de grupos”, superpuesta sobre un marco igualitario/individualista que reserva autoridad al Estado para proteger las condiciones para poder ser autor de la propia vida, superpuesta sobre las clásicas protecciones libertarias para la libertad de conciencia, expresión, movimiento y similares. Es importante que la teoría de la justicia liberal sea capaz de preservar lo distintivo de estos textos constitucionales en lugar de diluirlos en una monografía.

Sin embargo, aunque estos textos son diferentes, son también, como argumentaré, versiones de uno único. Es así porque cada concepción de la razón pública, que manifiestamente informa un paradigma, refleja de un modo distintivo un tema único que descansa, por así decirlo, en el fondo. Desconocedores de ese fondo, los partidarios de las varias concepciones, como los moradores de la caverna de Platón, tomaban esas iteraciones como imágenes independientes e incompatibles de la justicia, en lugar de como casos subordinados a algo más general e inclusivo. Su confrontación, percibida por Rawls como el producto normal del pluralismo razonable, en realidad se asemeja a una competición entre sonámbulos cada uno de los cuales lucha con un fantasma. He denominado, en algún otro lugar, comunidad dialógica al tema subyacente al derecho y así continuaré denominándolo aquí. Aunque se entiende mejor qué es la comunidad dialógica cuando emerge de las concepciones de la razón pública que unifica, es necesario formular ahora algunas breves acotaciones, porque la idea se irá anticipando en el proceso de criba del derecho constitucional, mucho antes de su aparición real.

La comunidad dialógica designa a un cierto tipo de relación entre la comunidad política y el individuo. En esta relación los polos están orientados el uno al otro, de modo tal que cada uno de ellos reconoce libremente y, por tanto, confirma objetivamente la pretensión del otro de tener valor final. De este modo, la estructura de esta relación se caracteriza por la reciprocidad y lo que cada uno da al otro es validación para su pretensión de estatus final. Por tanto, en una comunidad dialógica la comunidad política no es ni un fin al que el individuo esté unilateralmente subordinado, ni tampoco un medio para los fines prepolíticos del

55. La expresión “autonomía relacional” viene de Jennifer Nedelsky; véase “Reconceiving Autonomy” *Yale Journal of Law and Feminism*, 1 (1989), 7.

individuo. Más bien, cada uno es un medio para el estatus final del otro y, de ese modo, cada uno es igualmente un fin último. Es más, la reciprocidad de la relación es una condición *sine qua non* para la satisfacción del estatus de fin de cada uno. Esto es así porque cada uno puede ganar validación de su pretensión de valor sólo de otro que sea independiente y, por tanto, cada uno debe deferir a la independencia del otro, de cara a que la deferencia del otro pueda ser recibida como una validación satisfactoria. De ese modo, la comunidad, por el bien de su propia confirmación como un fin, defiere a la libre aceptación del individuo y el individuo, recíprocamente, defiere a la autoridad de la comunidad como aquella cuya necesidad de libre aceptación por parte del individuo constituye la base racional de la dignidad de éste. De este modo, la estructura de la comunidad dialógica es un caso de reconocimiento mutuo entre agencias independientes e iguales.

Dije que todos los paradigmas constitucionales ordenados a las distintas concepciones de la libertad reflejan un tema de fondo único. Ahora esto puede clarificarse del siguiente modo. La estructura del reconocimiento mutuo que caracteriza la relación entre la comunidad política y el individuo se presenta en aquellos paradigmas de diferentes modos, dependiendo de la concepción de libertad que organice el paradigma de modo manifiesto. En el paradigma libertario, el reconocimiento mutuo adquirirá la forma de respeto frío mutuo entre agentes disociados; en el paradigma igualitario, en forma de ciudadanía de acuerdo a leyes que agentes libres pudieran darse a sí mismos; en el paradigma comunitarista, en forma de reconocimiento mutuo entre la cultura y los agentes humanos que la perpetúan. Estas son las maneras a través de las que la comunidad dialógica se confirma como la estructura de todas las pretensiones de valor formuladas por un agente que inicialmente reclama que su valor es autosuficiente, es decir, formuladas por un agente atomista. Son, por tanto, las maneras a través de las que la comunidad dialógica es espontáneamente confirmada como fin por otro que es independiente; y, de ese modo, son los escenarios constituyentes en los que la comunidad dialógica va siendo reconocida como el principio fundamental de la constitución liberal. La idea de la comunidad dialógica recíprocamente se somete a ese proceso al aceptar la incorporación de esos diversos escenarios como derecho constitucional de la comunidad que sea suficiente para dar realidad al valor del individuo. El sistema ordenado de estos escenarios es lo que vengo denominando concepción inclusiva. Todos los ejemplos de reconocimiento mutuo son, en definitiva, ejemplos de comunidad dialógica.

El hecho de que la constitución liberal sea un todo complejo impone algunos condicionantes a la teoría que quiera comprenderla. En su explicación esa teoría no debe ser ni monista ni pluralista, sino monista y pluralista al mismo tiempo. Esto es, debe dividir su atención entre los múltiples temas que manifiestamente organizan a los diversos paradigmas constitucionales y el tema específico que aparece *sub rosa* en todos ellos. Debe ser tan respetuosa con los diferentes fundamentos de los distintos paradigmas, como lo es con su base común; y debe hacer visible esa base común, mostrando un cuidado meticuloso por la forma específica que adopta en cada paradigma. Además, la teoría debe explicar la transición de un paradigma

a otro. Eso es crucial, porque a no ser que entendamos el derrumbe de cada concepción manifiesta de la razón pública como efecto del hecho de que reclame ser la idea del todo, no entenderemos cómo se podría persuadir a los representantes de esas concepciones para que renuncien a sus propósitos hegemónicos y para que acepten para sus ideas el más modesto estatus de ser ejemplos de una idea más inclusiva, reinantes dentro de una esfera limitada.

Los requisitos anteriores determinan el modo en que se desarrolla la discusión del libro. En cada parte intento describir un paradigma de derecho constitucional a la luz de la concepción de la libertad que lo informa de modo manifiesto. En la medida en que los temas manifiestos son los temas con los que ya juega de modo autoconsciente la práctica constitucional, aquí tomaremos en consideración mucho material teórico que ha sido elaborado por otros. El valor añadido proviene de la concepción inclusiva. Que la mantengamos a la vista nos proporciona una perspectiva incisiva de cada paradigma que no podríamos lograr de otro modo. Esta perspectiva nos permitirá cribar el material jurídico generado por la concepción manifiesta, para separar la contribución perdurable de cada concepción al constitucionalismo liberal del producto efímero generado durante el tiempo en que fue dominante. Aquellas doctrinas constitucionales que reflejen la estructura del reconocimiento mutuo en el modo en que una concepción manifiesta puede hacerlo, son perdurables; aquellas implican un rechazo generalizado de otros paradigmas, en lugar de rechazar sólo sus pretensiones de validez exclusiva, son efímeras. Aunque podremos anticipar a la concepción inclusiva en la criba del material jurisprudencial, sin embargo, no podemos hacerlo en la crítica a las concepciones manifiestas. Más bien debemos mostrar ahora cómo cada una de estas concepciones fracasa en sus propios términos como concepción adecuada de la razón pública en la medida en que excluye a algunos de los componentes de la libertad que reconocía tácitamente en el momento de su concreta elaboración, de modo que termina convirtiéndose en el gobierno de una idea partidista. Por consiguiente, en el proceso de criba se verá anticipada la concepción inclusiva de la razón pública, si bien sólo se quedará justificada al final de la discusión.