

Revista *de* Derecho

TRADUCCIÓN
TRANSLATION

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.55.340.12>

Rawls y el derecho*

Rawls and Law

RONALD DWORKIN

TRADUCCIÓN DE LEONARDO GARCÍA JARAMILLO

Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas, Universidad EAFIT

* Traducción de la versión original de la conferencia impartida en el Simposio “Rawls and the Law”, Universidad Fordham (New York), el 7 de noviembre de 2003. Una versión posterior, levemente modificada, se publicó como: “Keynote Address. Rawls and The Law” en Fordham Law Review, vol. 72, n°. 5, 2004. Agradecemos al profesor Dworkin y a Erika Khalek, Managing Editor-Fordham Law Review, por sus respectivas autorizaciones para publicar esta traducción, la cual corresponde a una revisión y corrección de una versión publicada anteriormente.

Resumen

En este ensayo pretendo analizar la relación entre Rawls y el derecho concibiendo a Rawls mismo como un filósofo del derecho y, de hecho, como jurista. Si bien Rawls no se percibió a sí mismo como filósofo del derecho, y aunque en su obra hay muchas discusiones jurídicas importantes –algunas de las cuales mencionaré– realizó sus principales contribuciones a la teoría jurídica a través de su filosofía política, porque la teoría jurídica hace parte de la filosofía política y Rawls escribió de manera abstracta sobre la disciplina en conjunto. Deseo identificar, pero también evaluar, brevemente aquellos aspectos de la teoría de la justicia de Rawls que se relacionan de forma directa con los asuntos tradicionales de la filosofía del derecho.

PALABRAS CLAVE

Filosofía del derecho, concepto de derecho, razonamiento jurídico, constitucionalismo, verdad y objetividad.

Abstract

I aim to talk of Rawls and law, envisioning Rawls himself as a legal philosopher and, indeed, as a lawyer. He did not suppose himself a legal philosopher, and though there are several important discussions of law in his work, some of which I will mention, he made his main contributions to legal theory through his political philosophy, because legal theory is a department of political philosophy, and Rawls wrote abstractly about the whole discipline. In these keynote remarks, I want to briefly identify, but also to evaluate, those aspects of Rawls's theory of justice that speak directly to traditional issues of jurisprudence

KEYWORDS

Legal philosophy, concept of law, legal reasoning, constitutionalism, truth and objectivity.

I. RAWLS COMO FILÓSOFO DEL DERECHO

Un rasgo de la grandeza de John Rawls como filósofo político lo constituye el hecho de que mi tema “Rawls y el derecho” pueda abordarse de tan diferentes maneras. Políticos en todo el mundo citan sus ideas y jueces estadounidenses, así como de otros países, recurren a su obra en sustento de sus sentencias. Podríamos entonces referirnos al impacto que ya ha ejercido sobre el derecho en diferentes países o considerar el impacto que podría tener: podríamos preguntar, por ejemplo, qué cambios recomendaría su famoso principio de diferencia en el sistema tributario o en la responsabilidad civil extracontractual en Estados Unidos. Tales cuestiones son, en efecto, algunas de las que se han estudiado¹. Podríamos examinar también su impacto en otra dirección, por ejemplo, reflexionar acerca de cuán importante fue para configurar su teoría de la justicia el hecho de que Rawls viviera y trabajara en una comunidad política tan dominada por el derecho como la estadounidense y donde ciertos asuntos políticos de crucial importancia (tales como los relativos a la libertad básica y a los elementos constitucionales mínimos) son apartados de la política ordinaria y convertidos en cuestiones de interés especial de los tribunales.

En este ensayo pretendo analizar la relación entre Rawls y el derecho de una forma distinta, a saber, Rawls mismo como filósofo del derecho y, de hecho, como jurista. Si bien Rawls no se percibió a sí mismo como filósofo del derecho, y aunque en su obra hay muchas discusiones jurídicas importantes –algunas de las cuales mencionaré– realizó sus principales contribuciones a la teoría jurídica a través de su filosofía política, porque la teoría jurídica hace parte de la filosofía política y Rawls escribió de manera abstracta sobre la disciplina en conjunto. Deseo identificar, pero también evaluar, brevemente aquellos aspectos de la teoría de la justicia de Rawls que se relacionan de forma directa con los asuntos tradicionales de la filosofía del derecho.

Comenzaré enunciando algunos de ellos. Cualquier teoría jurídica general debe responder la sempiterna pregunta de qué es el derecho, la cual no obstante plantea en realidad dos cuestiones diferentes, a saber, la *metodológica*, que se pregunta ¿qué tipo de teoría proporciona una respuesta a esa pregunta? ¿Las teorías generales del derecho tienen una naturaleza descriptiva? De ser así, ¿qué es lo que describen?, ¿son parte del análisis conceptual?, y de ser así, ¿qué hace que un análisis del concepto “derecho” sea mejor que otro? ¿Son teorías políticas normativas? Y si lo son, entonces, ¿cómo una teoría sobre qué es el derecho difiere de otra sobre lo que el *debe ser*? Los

¹ En el Simposio donde se impartió esta conferencia se analizaron las contribuciones de Rawls a la teoría jurídica y al derecho constitucional desde perspectivas como: “los esenciales constitucionales del liberalismo político”, “Igual ciudadanía: género”, “Igual ciudadanía: raza y etnicidad”, “El derecho de los pueblos”, “La justicia como equidad replanteada: responsabilidad extracontractual”, “Propiedad, impuestos y justicia distributiva” y “La idea de la razón pública revisada”. El n.º. 5, vol. LXXII (2004) de *Fordham Law Review* se dedicó de forma monográfica a los materiales del Simposio [*N. del T.*].

filósofos del derecho discrepan sobre estas cuestiones metodológicas. ¿Cuál perspectiva, si es que alguna, deriva de la filosofía de Rawls?

La segunda cuestión resulta, entonces, obvia. Una vez que una teoría jurídica ha adoptado una posición sobre la cuestión metodológica, tiene que procurar responder la *sustantiva*. Considerando lo que una teoría del derecho debe ser, ¿cual de las dos es más fructífera? Durante algún tiempo las teorías jurídicas han estado divididas, tanto por sus autores como por sus críticos, en dos grandes grupos, a saber, *teorías jurídicas positivistas*, según las cuales lo que exige o permite el derecho en cualquier jurisdicción es solo una cuestión relativa a los hechos sociales, y las *teorías anti-positivistas* para las cuales lo que el derecho exige depende algunas veces, no de hechos sociales únicamente, sino también de cuestiones normativas polémicas que incluyen asuntos morales. Rawls no se adhirió explícitamente a una u otra de estas posiciones generales –hasta donde sé–, ¿pero acaso sus teorías apoyan una opción en lugar de otra?

La cuestión sustantiva suscita inevitablemente una tercera. Independientemente sea desde una teoría positivista o desde una antipositivista, los jueces enfrentan a menudo casos difíciles respecto de aquello que los abogados consideran derecho vigente pero no permite decidir, sin embargo, de forma inmediata el asunto respectivo. Los positivistas afirman que, en caso tal, un juez debe ejercer la discrecionalidad² para crear derecho. Los antipositivistas describen la misma necesidad de una forma diferente: un jurista que piense –como yo– que los jueces tienen que buscar la integridad en sus decisiones, aceptará que lo que exige la integridad será algunas veces, quizás usualmente, polémico, por lo que resulta necesario presentar nuevos argumentos. Ambas posturas, o más bien, todas las versiones de cada una, deben afrontar la cuestión de qué tipos o fuentes de argumentos son apropiados para tal responsabilidad judicial.

¿Qué tipos de razones pueden o deben ofrecer los jueces para defender sus nuevos argumentos? ¿Pueden apelar a convicciones religiosas, a sus convicciones morales personales, a sistemas filosóficos morales o escatológicos, o a consideraciones macroeconómicas? (¿sería un buen argumento

² El término *discretion* presenta alguna dificultad en su traducción. En su versión castellana de *The Concept of Law*, Genaro Carrió lo traduce como “discreción”, pero dado que este término significa en castellano: “1. Sensatez para formar juicio y tacto para hablar u obrar. 2. Don de expresarse con agudeza, ingenio y oportunidad. 3. Reserva, prudencia, circunspección” (RAE), prefiero traducirlo como “discrecionalidad”, que denota –siguiendo la idea de la facultad del juez para intervenir en el proceso de creación y desarrollo del derecho– lo que se hace libre y prudencialmente o la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están necesariamente regladas. Tanto “discreción” como “*discretion*” son múltívocas, pero el español es más rico en este contexto porque admite “discrecionalidad” como “concepto disposicional” aplicable en casos en los que quien aplica la ley tiene un margen para resolver lagunas, inconsistencias, indeterminaciones, etc. “Discreción judicial” enfatizaría la habitual prudencia, tino, buen juicio, corrección, del juez, más que su libertad para aplicar esas cualidades psicológicas y morales en indefinidos casos concretos. [*N. del T.*].

para un juez sostener que está decidiendo de una manera en particular porque favorecerá al dolar en los mercados internacionales de divisas?). Estas cuestiones decisivas son relativamente ignoradas por parte de la teoría jurídica, pero Rawls desarrolló una doctrina, que denominó *razón pública*, sobre los argumentos que los funcionarios públicos pueden utilizar correctamente para justificar sus decisiones y sostuvo de manera enfática que la doctrina de la razón pública debe aplicarse con particular rigurosidad a los jueces. Debemos examinar esta doctrina. Si la encontramos insatisfactoria, como sospecho, tendremos que averiguar entonces si alguna otra parte de la teoría general de Rawls resulta más útil para definir la naturaleza del razonamiento judicial apropiado.

El cuarto asunto es particularmente apremiante para los teóricos del derecho en Estados Unidos y en otras democracias maduras donde los tribunales constitucionales tienen el poder de invalidar leyes adoptadas por legisladores elegidos por el pueblo y ante el cual rinden cuentas. ¿Este poder es consistente con principios democráticos? De no ser así, ¿resultaría injusto por dicha razón? En diversas ocasiones Rawls se refirió de forma directa a este tema, por lo que debemos considerar lo que afirmó al respecto. En los últimos desarrollos de su obra analizó una cuestión que, en muchos aspectos, es mucho más vívida e importante, la cual podríamos decir que se trata de estrategia constitucional más que de legitimidad. ¿Un tribunal constitucional debería rehusarse a decidir ciertas cuestiones (por ejemplo, sobre el aborto o el suicidio asistido) porque su país no está preparado para afrontar una decisión judicial sobre el tema? ¿El tribunal debe hacerse a un lado para permitir que la política ordinaria disminuya la división social sobre cuestiones como estas y quizás posibilite un compromiso más aceptable para el conjunto de la comunidad? Varios académicos jurídicos prominentes han respaldado esta sugerencia y Rawls consideró “buenos” sus argumentos. Debemos examinar por qué los consideró así.

Finalmente, me gustaría aludir a un asunto aparentemente mucho más abstracto. ¿Las afirmaciones polémicas sobre lo que exige el derecho pueden ser objetivamente verdaderas, en lugar que solo subjetivamente? Este asunto no preocupa a los abogados ni a los jueces en su práctica cotidiana pero tiene, sin embargo, una considerable importancia práctica porque muchos aspectos de la política jurídica y cívica giran en torno al mismo, incluyendo si una norma jurídica realmente difiere de una norma impuesta por alguien con poder; si tiene sentido suponer que tenemos una obligación moral general de obedecer el derecho y si es realmente legítima la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes promulgadas por el poder legislativo. De hecho, algunas teorías jurídicas se han edificado sobre el supuesto de que la práctica jurídica es esencialmente subjetiva, como por ejemplo, el influyente movimiento denominado Realismo Jurídico Estadounidense, que en nuestro tiempo se transformó en los incandescentes pero fugaces Estudios Críticos del Derecho. Rawls se ocupó en extenso de la verdad y la objetividad, algunas veces de forma inconclusa e incluso oscura, pero gran parte de lo que mereció su análisis resulta fructífero cuando los abogados se ocupan de estas cuestiones más explícitamente filosóficas.

II. LA NATURALEZA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Supongamos por un momento, como hacen casi todos los juristas, que una proposición sobre derechos y deberes jurídicos puede ser verdadera. De ser así, entonces, una teoría del derecho debe decirnos bajo qué circunstancias tal proposición es verdadera. ¿Qué puede convertir en verdadero, por ejemplo, que el límite de velocidad aquí sea de 55 millas por hora, que Microsoft haya violado las leyes antimonopolio o que la discriminación positiva es inconstitucional? Los filósofos del derecho defienden teorías generales del derecho que intentan responder dicha cuestión. Los positivistas jurídicos afirman que una proposición jurídica solo puede ser verdadera a partir de hechos sociales, por ejemplo, sobre lo que ha establecido el poder legislativo o sobre lo que ha decidido un juez en algún caso anterior. Más adelante diré algo sobre el valor de esta perspectiva, pero debemos considerar primero unas preguntas previas: ¿Qué clase de afirmación están realizando los positivistas? ¿Qué podría hacer que *su* afirmación sobre las condiciones de verdad del derecho fuera verdadera en sí misma?

Muchos filósofos del derecho consideran que sus teorías jurídicas son teorías descriptivas acerca de las prácticas sociales o convenciones que la mayoría de juristas respaldan al realizar, defender y juzgar las proposiciones de derecho. Naturalmente, los juristas discrepan a menudo sobre cuáles proposiciones jurídicas son verdaderas y cuáles falsas. Discrepan, por ejemplo, sobre la situación jurídica de una mujer que sufrió efectos colaterales por un medicamento que su madre había tomado desde hace muchos años, pero que no puede identificar la empresa farmacéutica puntual que fabricó las píldoras que ingirió su madre en un tiempo en particular, porque dichas píldoras fueron fabricadas por varias empresas y ella ignora de quién provenían las que tomó y cuándo lo hizo³. ¿Está legalmente facultada para recibir una indemnización por daños y perjuicios por parte de todas las empresas que fabricaban el medicamento en proporción a su respectiva cuota de mercado? Pero estos filósofos del derecho suponen que si este tipo de desacuerdo es genuino, los juristas deben, en consecuencia, estar aun de acuerdo en una cuestión más básica: en el criterio correcto para decidir si una proposición de derecho es verdadera, ya que de otra manera –si diferentes juristas usan diferentes criterios– estarían simplemente hablando sobre cosas distintas. Si esa suposición es correcta, entonces una teoría filosófica del derecho debería tener el propósito de describir dicho acuerdo de base. Debe precisarnos qué es el derecho mediante una explicación de qué criterios utilizan en efecto los juristas para identificar ciertas proposiciones jurídicas como verdaderas o razonables.

Desde esta perspectiva la filosofía del derecho se entiende mejor como un ejercicio descriptivo: es un ejercicio de sociología jurídica. Pero resulta, de hecho, extremadamente difícil presentar alguna teoría general del derecho si la consideramos como descriptiva de dicha forma. Consideremos

³ *Sindell vs Abbott Labs.*, 607 P. 2d 924, 936-38 (Cal. 1980).

la versión del positivismo jurídico desarrollada por H. L. A. Hart⁴, quien abogó por lo que denominó la tesis de las “fuentes”, en virtud de la cual, fundamentalmente, las proposiciones jurídicas son verdaderas cuando, pero solo cuando, pueden inferirse de decisiones explícitas tomadas por instituciones jurídicas, tales como el poder legislativo, que están autorizadas por convención para tomar tales decisiones (Hart, 1994, p. vii). Si un jurista puede mostrar que se sigue de algo que el legislativo ha expresado, que la mujer del ejemplo anterior está legalmente facultada para recibir una indemnización por daños respecto a la cuota de mercado de las farmacéuticas, entonces el jurista habrá mostrado que, en efecto, estaba facultada. Si esa proposición, no obstante, no se sigue de algo que alguna institución autorizada ha expresado o realizado, entonces no es verdadera.

En un *postscriptum* publicado póstumamente a su libro *The Concept of Law*, Hart reiteró que esta tesis de las fuentes es puramente descriptiva (Hart, 1994, p. vii). Resulta un misterio en qué sentido podría considerarse descriptiva. Hart no tuvo la intención, tal como insistió, de que fuera una descripción de cómo se expresan los juristas o cómo utilizan el concepto “derecho”. Claramente no hace parte del significado mismo de “derecho” que el derecho solo pueda ser válido en virtud de una promulgación positiva. Tampoco podría haberla considerado una descripción de lo aceptado por todos los juristas como perteneciente al concepto mismo de derecho, tal como aceptamos que al concepto “soltero” pertenece el que los solteros no están casados. Los juristas discrepan sobre si la tesis de las fuentes es correcta. Quienes piensan que la mujer de nuestro ejemplo tiene un derecho legalmente reconocido a recibir una indemnización por daños y perjuicios respecto a la cuota de mercado de las farmacéuticas, rechazan rotundamente la tesis de las fuentes porque ninguna institución ha establecido tal responsabilidad antes de que los creativos juristas⁵ argumentaran a su favor. Si estos juristas están equivocados, su error es legal, mas no conceptual. Por la misma razón, tampoco Hart podría haber entendido su tesis de las fuentes como la hipótesis sociológica que sostienen los juristas en todas partes, en realidad, de que el derecho está de su lado solo cuando se satisface la tesis de las fuentes. Esa hipótesis, también, es falsa claramente.

¿Cómo debemos entender, entonces, una teoría del derecho como la que sustenta la tesis de las fuentes? Rawls se refirió de manera directa a esa cuestión mediante un ejemplo –a través de su análisis del concepto de justicia. No supuso que todos los que comparten y utilizan el concepto de justicia comparten también alguna comprensión sustancial de fondo acerca de qué hace justa o injusta a una institución. Por el contrario, insistió que las personas tienen concepciones de justicia radicalmente diferentes. Reconoció que comparten alguna comprensión muy abstracta que las hace a todas concepciones de justicia en vez de concepciones de algún otro tipo. Pero esta comprensión compartida es extremadamente débil y vacía de contenido real. Lo que posibilita desacuerdos sobre temas de justi-

⁴ Consúltese puntualmente Hart (1994, p. vii).

⁵ A estos juristas les inspiró la idea de la “responsabilidad por cuota de mercado” el artículo de un estudiante publicado por la *Fordham Law Review*, la cual coincidentalmente patrocina este Simposio. Véase Sheiner (1978).

cia es que las personas concuerdan bastante en ciertas circunstancias o ejemplos –todos concuerdan en la injusticia de la esclavitud y de la explotación salarial, y así por el estilo–. De este modo, Rawls recomienda que los filósofos dedicados a cuestiones de justicia se comprometan con la empresa interpretativa que consiste en procurar alcanzar un *equilibrio reflexivo*. Procuramos crear principios con algún grado de alcance general y ajustarlos a los juicios concretos que teníamos al principio sobre lo que es justo e injusto, variando nuestras perspectivas, bien sea sobre los principios o sobre los juicios concretos, o ambos, como sea necesario para lograr un ajuste interpretativo.

Este ejercicio interpretativo puede replantearse como un método para la filosofía jurídica. Podemos identificar lo que sucede en apariencia sin afirmar que hace parte de nuestro derecho (el límite de velocidad, el código tributario, las normas comunes que se utilizan a diario en el derecho de propiedad, contractual, y así por el estilo, con lo que todos estamos familiarizados). Podríamos decir que estos son ejemplos paradigmáticos del derecho. Y luego construiríamos el otro polo para lograr un equilibrio interpretativo puesto que compartimos un ideal abstracto capaz de desempeñar el mismo rol en la teoría jurídica que el concepto de justicia desempeñó para Rawls. Este es el concepto de derecho (aunque en algunas ocasiones cuando enfatizamos su naturaleza política lo describimos de otra forma, como el concepto de legalidad o como la idea del Estado de derecho). Podemos entonces tratar de proveer una concepción de legalidad adecuada, es decir, una concepción de legalidad que equilibre nuestros diversos supuestos preanalíticos sobre proposiciones jurídicas concretas, con los principios generales de moralidad política que parezcan explicar mejor la naturaleza y el valor de la legalidad. De esa forma podemos incorporar una teoría de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas a una concepción valiosa y más amplia que encontremos conveniente. Una teoría positivista del derecho ofrecerá una tesis sobre las condiciones de verdad de tales proposiciones, tal como la tesis de las fuentes, que está sustentada por una concepción positivista de la legalidad que, a su vez, está sustentada por una adecuada teoría de la justicia más general. Este diseño interpretativo proporciona la mejor forma de entender los argumentos de los principales filósofos del derecho. Así entendida, la filosofía jurídica es descriptiva en cierta forma porque empieza con alguna idea acerca de lo que está dado por sentado dentro de la comunidad a la cual está dirigida, pero también es sustantiva y normativa de otras formas porque procura alcanzar un equilibrio con principios valorados por sus atributos independientes. Así, la obra de Rawls es, desde sus inicios, una importante contribución a la propia comprensión de la filosofía jurídica.

III. ¿QUÉ ES EL DERECHO?

Enfoquémonos ahora en el aspecto sustantivo de una sempiterna cuestión. ¿Cuál, entre las comprensiones del derecho existentes actualmente (positivista o alguna otra) es más exitosa como concepción del concepto de legalidad? Para derivar las implicaciones de las ideas de Rawls sobre esta cuestión, podemos incorporarla en su construcción imaginaria de la justicia como equidad. Supongan que a los representantes en la “posición original” que describió, se les pida elegir, ade-

más de los principios generales de justicia, una concepción de legalidad (Rawls, 1999a, pp. 15-19). Para facilitarles la tarea, se les ofrecen solo dos opciones: pueden elegir entre una explicación simplificada y positivista de la legalidad, la cual especifica que los jueces utilizan un criterio particular para establecer las proposiciones jurídicas verdaderas, o una explicación simplificada interpretativista y no positivista.

Desde la explicación positivista y simple, los jueces aplican normas establecidas por el poder legislativo, siempre y cuando tales normas no sean ambiguas o puedan precisarse al consultar la historia legislativa y otras fuentes ordinarias de la iniciativa legislativa. Pero cuando, tal como suele suceder, las normas establecidas e interpretadas solo de esa forma resultan insuficientes para decidir el caso concreto, los jueces deberían anunciar, en consecuencia, que el derecho no proporciona respuesta alguna y, entonces, legislar ellos mismos para llenar la laguna creada. Deben legislar, sin embargo, de forma modesta y marginal, pensando cómo legislaría el parlamento ahora en el poder si afrontara la misma cuestión. Es decir, los jueces deben hacer lo que piensen que el parlamento respectivo habría hecho. Desde la explicación contraria, el interpretativismo simple, los jueces deben aplicar las normas establecidas por el poder legislativo, interpretadas de la misma forma, pero cuando se enfrenten con un supuesto vacío, no deben intentar legislar como haría el Congreso, sino que, al contrario, deben procurar identificar los principios de equidad o de justicia que justifiquen de mejor forma el derecho de la comunidad en conjunto y aplicar esos principios al nuevo caso.

Supongamos ahora que, contrario a la suposición de Rawls, los representantes hubieran establecido una concepción utilitarista de la justicia amplia y general. Pensarían entonces que tienen fuertes argumentos para elegir la concepción jurídica positivista simplificada, en lugar de la concepción no positivista simplificada. La razón es que hay una fuerte afinidad entre una concepción utilitarista de la justicia y una concepción positivista de la legalidad: no es accidental que los dos fundadores del positivismo jurídico moderno, Bentham y Austin, fueran archiutilitaristas. Como señaló Bentham, una legislación utilitarista razonable tiene que organizarse y dirigirse desde una sola fuente: el mejor programa para maximizar la utilidad es un programa integrado en el cual las distintas leyes y políticas puedan modificarse y coordinarse de forma tal que produzcan el máximo nivel posible de utilidad general⁶. El legislativo es la mejor institución para alcanzar ese nivel máximo de utilidad porque puede contemplar toda la arquitectura del derecho y la política, y debido también a que su composición y sus procedimientos de elección conducen a proporcionar información acerca de la mezcla de preferencias existentes en la comunidad, la cual resulta indispensable para realizar cálculos de las compensaciones necesarias para alcanzar la máxima utilidad agregada. Los jueces son esenciales para aplicar caso por caso las normas diseñadas para

⁶ Véase en general Bentham (1879).

maximizar la utilidad a lo largo del tiempo, pero deben ser arquitectos de la política tan poco como sea posible, porque ello multiplicaría la ineficiencia. Así, se les debería decir que cuando el *dictum* del legislador haya dejado de establecer una decisión, declaren que no hay ley que controle sus decisiones que provenga de cualquiera otra fuente. Deben anunciar la existencia de una laguna para integrarla tan mesuradamente como sea posible, como subalternos de sus jefes políticos, en el espíritu de lo que ellos harían, procediendo, como estableció el archipositivista y utilitarista Oliver Wendell Holmes, de lo molar a lo molecular⁷.

Esta es la argumentación a favor del positivismo desde la perspectiva utilitarista, pero desde la misma perspectiva también puede darse una correspondiente argumentación negativa en contra del interpretativismo: sostener que es irracional. Para los utilitaristas, los principios morales y políticos son simplemente reglas generales para alcanzar la máxima utilidad a largo plazo, y perseguir una coherencia de principio, por sí misma, no tendría ningún valor independiente y, en cambio, podría ocasionar daño. Con certeza se sirve mejor a la utilidad al concentrarse solo en el futuro sin una mirada retrospectiva a la integridad con el pasado, excepto cuando sea en sí mismo estratégicamente sensato hacerlo.

Ahora supongan, sin embargo, que los representantes en la posición original eligen como Rawls supone que lo harían. Rechazan el utilitarismo en favor de los dos principios de justicia, uno de los cuales otorga prioridad a ciertas libertades básicas y el otro procura proteger la posición del grupo peor situado en la sociedad. También les parecería natural entonces escoger el interpretativismo sobre el positivismo porque el interpretativismo resultaría una mejor apuesta para alcanzar la justicia a largo plazo, tanto en pequeña como en gran escala. Los dos principios requieren implementarse en sucesivos niveles de detalle. Requieren primero una etapa constitucional durante la cual las instituciones se diseñan para que sea más probable que produzcan los resultados que demandan los dos principios básicos. Luego, en la que Rawls denomina la etapa legislativa, estos principios requieren que tales instituciones tomen decisiones más precisas sobre leyes y políticas orientadas por principios de justicia más específicos al servicio de los principios básicos. Quienes otorgan una prioridad lexicográfica a la igual libertad, y en consecuencia, una prioridad ulterior a la protección de la posición del grupo peor situado, serán particularmente sensibles ante la eventualidad de una demora en esta etapa legislativa. Les preocupará que un parlamento dependiente de la aprobación mayoritaria reciba una gran presión para promover los intereses de algunos grupos a expensas de otros. Se sentirán atraídos, por tanto, a la idea de una rama judicial con poderes y responsabilidades independientes y a la idea del control judicial de una constitución escrita⁸.

⁷ Véase *So. Pac. Co. vs. Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1917) (voto disidente de Holmes) (“Reconozco sin vacilación que los jueces legislan y tienen que hacerlo, pero pueden hacerlo solo intersticialmente; están limitados a moverse de lo molar a lo molecular”).

⁸ Más adelante discutiré las implicaciones de los argumentos de Rawls sobre este punto. Véase *infra* parte V.

También se sentirán atraídos, no obstante, por la idea de que los jueces deben ejercer asimismo una supervisión menos potente, pero aun importante, sobre la aplicación y el desarrollo del derecho más cotidiano creado por el legislativo. Y también por la idea subsiguiente de que deberían ejercer ese poder en el sentido de la igualdad ante el derecho, es decir, al insistir en que, en tanto lo permita una doctrina razonable de la supremacía legislativa, cualesquiera sean los principios en la base de lo que la legislatura ha hecho para algunos grupos, esté disponible en general para todos. Tendrán esa poderosa razón para favorecer una concepción interpretativista del derecho que estima que las personas tienen derechos legalmente reconocidos no solo a aquello que las instituciones legislativas han señalado específicamente, sino también a la elaboración de tales normas con base en principios. La coherencia es la mejor protección contra la discriminación. Esta es, después de todo, la premisa de la cláusula de igual protección de la enmienda decimocuarta de la Constitución estadounidense.

Rawls no esgrimió este argumento a favor del interpretativismo, de hecho, hasta donde soy consciente, no planteó ningún argumento explícito a favor de ninguna concepción del derecho. Sin embargo, respaldó explícitamente el principio que, como afirmé, apoya el interpretativismo y lo defendió en el desarrollo de una discusión sobre la legalidad o el Estado de derecho. Permítanme citarlo:

El precepto de que decisiones similares deben otorgarse en casos similares, restringe significativamente la discrecionalidad de los jueces y de otras autoridades. El precepto los fuerza a justificar las distinciones que hacen entre personas haciendo referencia a las normas y a los principios jurídicos relevantes. En cualquier caso particular, si las normas son claramente complicadas y requieren interpretación, podría ser fácil justificar una decisión arbitraria. Pero en tanto el número de casos aumente, se vuelve más difícil construirle justificaciones plausibles a juicios arbitrarios. La exigencia de consistencia se aplica, por supuesto, a la interpretación de todas las normas y a las justificaciones en todos los niveles. (Rawls, 1999a, p. 209)

Nótese el énfasis que pone Rawls en la complejidad como una restricción en sí misma y su insistencia en que la consistencia, como dice, se aplica a “todas las normas (...) en todos los niveles” (Rawls, 1999a, p. 209). Los ciudadanos están mejor protegidos de la arbitrariedad y la discriminación cuando los jueces que interpretan el derecho y lo crean en los casos difíciles son responsables de la coherencia de principio –no simplemente con una u otra doctrina particular, sino en tanto como sea posible alcanzarla– con toda la estructura del derecho.

Podría objetarse ahora que a pesar de la afinidad histórica que mencioné, un positivista no tiene que ser utilitarista. Podemos suponer, en cambio, un juez positivista no utilitarista y dispuesto, en casos en los que se supone que tiene un margen de discrecionalidad, a adoptar la norma que considere que mejor se corresponda con la justicia en alguna otra concepción. ¿Por qué quienes eligieron los dos principios de justicia de Rawls en la posición original no deberían elegir también dicha caracterización de la función judicial? ¿Por qué no es esa una mejor opción sobre la base de

lo que Rawls denomina justicia procedimental imperfecta? Pero esta sugerencia ignora tanto el hecho de que los jueces discreparán a menudo sobre lo que es la justicia, incluso si su único objetivo es alcanzarla, como el que podrían ser influenciados por ideas preconcebidas, prejuicios u otros enemigos de la justicia imparcial.

Cuando las personas eligen una concepción del derecho no tienen ninguna razón para pensar que una decisión en su propio caso reflejará mejor la justicia –en cualquiera de sus concepciones– si los jueces son libres de ignorar la coherencia de principio con lo que han hecho otros funcionarios y jueces, respecto de si se les pide respetar la coherencia de principio. Podrían pensar perfectamente que se protegen a sí mismos mejor contra la arbitrariedad o la discriminación si no instruyen a los jueces para hacer justicia siguiendo su propio criterio sino que, en vez de ello, procuran disciplinar a los jueces insistiendo en que deben hacer cuanto puedan para respetar la consistencia de principio tal como la perciben. Este es, como afirmé, el supuesto de la cláusula de igual protección⁹.

IV. LAS RESTRICCIONES AL RAZONAMIENTO JURÍDICO

Me enfoco ahora en una cuestión más específica que deben enfrentar todas las concepciones del derecho pero que resulta particularmente difícil para algunas. ¿Cómo deben razonar los jueces en los casos difíciles? Desde el simple conjunto de doctrinas del positivismo y utilitarismo que describí, los jueces deben esgrimir nuevos argumentos para integrar las lagunas jurídicas, pero dicho conjunto prescribe también cuál debe ser la naturaleza de ese razonamiento judicial. Sostiene que los jueces deben tratar de hacer aquello que el legislativo hubiera hecho. El interpretativismo, así como otras teorías jurídicas, también supone que los jueces deben esgrimir nuevos argumentos de moralidad política en los casos difíciles: los invita a buscar un equilibrio interpretativo entre la estructura jurídica como un todo y los principios generales que justifiquen mejor dicha estructura. Este es de hecho el método tradicional del *Common Law*, como sostuve en otro lugar¹⁰. ¿Pero existen restricciones al tipo de principios que pueden aducir los jueces para lograr este equilibrio interpretativo, es decir, en la justificación del historial del derecho como un todo?

⁹ No quiero decir que los argumentos a favor del interpretativismo que he extraído de Rawls se ajusten a mis propios argumentos a favor de dicha concepción. Pretendo solo mostrar la relevancia del trabajo de Rawls sobre esta cuestión central de la filosofía del derecho. Pero al menos en una interpretación de la estructura básica del argumento de Rawls desde la posición original, sus argumentos no están de hecho muy alejados de los míos. Creo que la integridad expresa la perspectiva correcta de la igual ciudadanía: los principios que se aplican a una persona tienen que aplicarse a las otras a menos que las instituciones competentes lo hayan establecido claramente de otra manera. Desde mi perspectiva alguna noción de igualdad de este tipo proporciona al menos parte del conjunto de ideas que el heurístico recurso de la posición original se entiende mejor para modelar e implementar. Sin embargo, en la nota al pie de página 19 de su artículo, *Justice as Fairness: Political Not Metaphysical*, Rawls considera y rechaza mi interpretación. Véase Rawls (1999b, pp. 388, 400, n.19).

¹⁰ Véase en general Dworkin (1986, pp. 276-312).

A los jueces sin duda les parecería equivocado esgrimir cierto tipo de argumentos. No podrían apelar a sus intereses personales o a los intereses de algún grupo con el cual tengan relación. Esta restricción obvia parece formar parte de la idea misma de justificación. ¿Pero pueden invocar sus convicciones religiosas, si sostuvieran alguna, o las doctrinas de su iglesia, si pertenecen a alguna? Después de todo, algunos jueces piensan, desde su convicción más profunda, que la religión proporciona la justificación más convincente, o quizás incluso la única justificación verdadera, de la moralidad política y, por lo tanto, que proporciona la justificación más convincente o la única verdadera de las decisiones jurídicas previas. En Estados Unidos podría pensarse que los argumentos religiosos están excluidos del razonamiento judicial por la Primera Enmienda. ¿Pero qué sucede en otros lugares?, en países, por ejemplo, como el Reino Unido o Israel, donde hay una religión oficial. Si incluso allí la religión también es un fundamento inamisible para las decisiones judiciales, ¿esto significa que hay una restricción *ad hoc* para el caso de la religión? ¿O se sigue, como solo un caso restrictivo más, de algún principio más general de moralidad política? ¿Qué decir sobre argumentos de filosofía moral, por ejemplo? ¿Un juez puede apelar correctamente en sus decisiones a las doctrinas filosóficas de Immanuel Kant o John Stuart Mill? ¿O apelar, como algunos jueces estadounidenses han hecho, a los escritos filosóficos de John Rawls?¹¹. ¿Un juez puede apelar a la política macroeconómica o puede decidir que un principio es el que mejor justifica la estructura jurídica en su integridad porque seguirlo ayudará a controlar la inflación o a promover el ahorro?

La doctrina de Rawls de la *razón pública* define precisamente los tipos de argumentos admisibles para los funcionarios públicos en una comunidad políticamente liberal e insiste en que la doctrina se aplica con particular rigor a los jueces. Sin embargo, encuentro la doctrina de la razón pública difícil de definir y defender. Trataré de resumir las dificultades que encuentro. Hay dos formas de establecer qué exige la doctrina. La primera, y más básica, apela a la importante idea de la reciprocidad. La doctrina permite solo aquellas justificaciones que todos los miembros razonables de una comunidad política pueden aceptar razonablemente. La segunda resulta presumiblemente de ese criterio más básico. La razón pública exige a los funcionarios ofrecer justificaciones basadas en los valores políticos de la comunidad y no en doctrinas religiosas, morales o filosóficas comprensivas. La doctrina, por lo tanto, exige que los jueces eviten doctrinas religiosas, morales o filosóficas polémicas al buscar una justificación de la estructura del derecho.

Aun así no observo qué es lo que excluye la doctrina de la reciprocidad. Si considero que una posición moral particular y controversial es claramente correcta (por ejemplo, que los individuos deberían ha-

¹¹ Véase, por ejemplo, *Uhl vs. Thoroughbred Tech. and Telecomms., Inc.*, 309 F.3d 978, 985 (7th Cir. 2002) (el cual se refiere al “velo de ignorancia” rawlsiano de *A Theory of Justice*); *Goetz vs. Crosson*, 967 F.2d 29, 39 (2d Cir. 1992) (cita *A Theory of Justice*); *Memphis Dev. Found. vs. Factors Etc., Inc.*, 616 F.2d 956, 959 (6th Cir. 1980) (cita igualmente *A Theory of Justice*); *W. Addition Cmty. Org. vs. NLRB*, 485 F.2d 917,938 (D.C. Cir. 1973) (cita igualmente *A Theory of Justice*).

cerse cargo de sus propias vidas y asumir la responsabilidad económica de los errores que cometan), entonces ¿cómo puedo dejar de creer que otras personas en mi comunidad pueden aceptar razonablemente la misma perspectiva, sin importar que sea probable que lleguen a aceptarla? Quizá Rawls quiere decir que los jueces no deberían apelar a ideas que algunos ciudadanos razonables podrían no aceptar sin abandonar sus convicciones de cierta clase –sus convicciones *X*. Pero parece que no tenemos base alguna para estipular cuáles son esas convicciones *X*. Acepto que las convicciones religiosas son especiales por varias razones. Definitivamente, alguien que cree que a la verdad religiosa solo se puede acceder mediante la gracia divina o algún otro acceso privilegiado, no puede sostener que todos los ciudadanos razonables acogerían razonablemente sus propias convicciones religiosas. Pero Rawls no ofrece ninguna razón para pensar que el criterio de la reciprocidad excluye cualesquiera convicciones razonables más allá de las convicciones religiosas.

Tengo asimismo grandes dificultades con la distinción entre valores políticos, por una parte, y convicciones morales comprensivas, por otra. La propia concepción de Rawls de la justicia como equidad depende de manera crítica de lo que parecen ser posiciones morales polémicas. El principio de diferencia, por ejemplo, se crea y defiende en equilibrio reflexivo a partir de un conjunto de supuestos, incluyendo aquellos sobre la irrelevancia moral fundamental del esfuerzo o la responsabilidad: si el arreglo que mejor maximiza la posición del grupo peor situado resulta recompensar a los holgazanes, no habría objeción. Rawls defiende esta conclusión al suponer que el esfuerzo está influenciado por los talentos¹². Así es en realidad, pero no se agota en los talentos, y la cuestión de cómo se va a lograr la interacción entre ambos parece una cuestión combinada de psicología y moralidad, justo del tipo que divide a diferentes perspectivas morales comprensivas sobre la responsabilidad personal. La posición de Rawls es ciertamente polémica en nuestra comunidad y algunas personas la rechazan en favor de una teoría de la justicia distributiva que dependa más de la responsabilidad personal.

A mi juicio, estas dificultades se confirman con los ejemplos que otorga Rawls de la idea de la razón pública en funcionamiento. En varias ocasiones discute sobre la polémica del aborto, aunque en cada caso solo de forma muy breve. La discusión que plantea asume que la cuestión acerca de si un feto en las primeras etapas de gestación tiene derechos e intereses por sí mismo, incluyendo el derecho a la vida, pertenece más a una posición moral, religiosa o filosófica comprensiva, y no es determinada por ningún valor político propio de una comunidad liberal. Pero ¿cómo podemos adoptar una posición acerca de si las mujeres estadounidenses tienen un derecho constitucional al aborto? (¿La Corte Suprema cómo podría decidir *Roe vs. Wade*¹³ o *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*¹⁴) sin tomar alguna posición sobre esa cuestión comprensiva?) Pare-

¹² Véase Rawls (1999a p. 274).

¹³ 410 U.S. 113 (1973).

¹⁴ 505 U.S. 833 (1992).

ce no haber aquí una posición por defecto. La perspectiva según la cual un feto no tiene derechos ni intereses propios se extrae de una posición comprensiva, así como la perspectiva contraria, y no podemos llegar a una decisión sobre el aborto sin adoptar alguna de estas dos perspectivas. La cláusula de igual protección se aplica a todas las personas y cualquier argumento de que una mujer tiene el derecho constitucional al aborto durante el primer trimestre de embarazo, tiene que rechazar, dentro del significado de dicha cláusula, la idea de que un feto es una “persona”¹⁵.

Dudo entonces que la doctrina de la razón pública de Rawls pueda ayudarnos mucho para estructurar una concepción de la legalidad y la decisión judicial. Tenemos que observar hacia otra parte. Desde mi perspectiva, podemos encontrar las restricciones necesarias al razonamiento judicial en la concepción del derecho que, afirmé, sugieren los argumentos generales de Rawls: el interpretativismo. Si aceptamos una concepción interpretativista no necesitamos una doctrina adicional, como la doctrina global de la razón pública. En las sociedades liberales los jueces no pueden apelar a fines o convicciones religiosas, porque tales convicciones no pueden hacer parte de una justificación comprensiva general de la estructura jurídica de una comunidad pluralista, liberal y tolerante. Esta restricción interpretativa, sin embargo, no puede excluir las convicciones morales como algo diferente de las religiosas. Los jueces al interpretar una serie de casos de responsabilidad civil extracontractual pueden apelar a la teoría de la justicia de Rawls como fundamento para rechazar una interpretación utilitarista de decisiones y doctrinas pasadas en favor de una interpretación basada más firmemente en una concepción de la igualdad¹⁶.

Un punto adicional: en su discusión de la razón pública Rawls insiste que, en ningún caso, los jueces pueden apelar a sus convicciones morales personales. Esto resulta obviamente correcto si significa que un juez no puede argumentar que una justificación del derecho vigente es superior porque resulta que él piensa así. La biografía intelectual de un juez no es un argumento jurídico. Ahora bien, si significa que un juez en sus fallos no puede otorgarle ningún espacio a opiniones morales polémicas porque estaría entonces citando opiniones morales que considera correctas, mientras que otros pueden no considerarlo así, entonces Rawls está planteando una exigencia imposible de cumplir. En comunidades plurales y complejas los jueces no pueden, desde ninguna

¹⁵ Algunos filósofos consideran que se puede defender un derecho moral al aborto incluso si asumimos que un feto es una persona, porque incluso considerando tal supuesto una mujer no tiene la responsabilidad moral de continuar con las cargas del embarazo. Para una discusión de este planteamiento, véase mi libro *Life's Dominion* (Dworkin, 1994, pp. 102-117). Pero incluso si aceptamos esa perspectiva no se sigue que un derecho constitucional al aborto se pueda defender de esa forma. Si un Estado puede correctamente tratar un feto como una persona, también puede tratarlo constitucionalmente como la persona hacia quien una mujer tiene una especial responsabilidad que excluye la posibilidad de poder optar por realizarse un aborto.

¹⁶ Véase Dworkin (1986, pp. 276-312).

concepción del derecho –positivista o interpretativista–, liberarse de sus responsabilidades institucionales sin depender de convicciones morales polémicas¹⁷.

V. CONSTITUCIONALISMO

En virtud del control judicial de constitucionalidad los jueces tienen el poder de anular normas proclamadas por el legislativo y otras instituciones representativas porque vulneran garantías constitucionales de los derechos individuales. Se dice a menudo que esta institución es antidemocrática porque les permite a unos pocos juristas, no elegidos por el pueblo y que prácticamente no pueden ser despedidos, invalidar los veredictos ponderados de los representantes electos. Rawls mismo hizo referencia a este clásico reclamo en varias ocasiones. Dejó claro, primero, que conforme a su concepción de la justicia como equidad las diferentes instituciones que construye una comunidad en lo que denomina la etapa constitucional, a la luz de los principios de justicia elegidos tras el velo de ignorancia, se eligen en el espíritu de la justicia procedimental perfecta en lugar que en el espíritu de la justicia procedimental pura. Es decir, se eligen considerando los resultados. Los principios de justicia establecen las libertades básicas y su prioridad, y la cuestión a decidirse en la etapa constitucional es de naturaleza instrumental: ¿Qué esquema de instituciones es más adecuado para proteger tales libertades?

Por supuesto, entre las libertades iguales que las instituciones se diseñan para proteger se encuentran las libertades políticas, las cuales incluyen el derecho a votar y a participar en política. Pero, como dice Rawls en *Justice as Fairness: A Restatement*, estas y otras libertades básicas se conciben a sí mismas como cuasi-instrumentales (Rawls, 2001, p. 112). Se justifican por ser esenciales para el desarrollo y el ejercicio de las dos facultades morales fundamentales, es decir, la facultad de formar y actuar según un sentido de justicia, y la de formar y actuar según una concepción del bien. Esto significa, según entiendo, que aunque las personas tengan un derecho básico a procedimientos ampliamente democráticos –porque tener amplios derechos al voto y a participar en política es clara e ineludiblemente necesario para desarrollar estas facultades morales–, las personas no tienen un derecho básico a ejercer alguna forma particular de democracia, y por lo tanto, ningún derecho básico a que las instituciones democráticas sigan algún diseño determinado o tengan alguna jurisdicción específica. La cuestión es, más bien, qué estructura y jurisdicción parlamentarias presentan las mejores posibilidades para asegurar los otros mandatos o resultados deseados.

Así, nada en la concepción general de la justicia como equidad de Rawls respalda la así llamada objeción “mayoritaria” al control judicial de constitucionalidad en su forma más amplia. Pero esta teoría deja un espacio, en la etapa constitucional de construcción, para una objeción más limita-

¹⁷ Véase Dworkin, (2003, p. 83).

da: que, de hecho, la estructura estadounidense del constitucionalismo y la revisión judicial no puede justificarse de manera instrumental, que las libertades básicas, incluyendo las libertades políticas, serían garantizadas de mejor manera por algún otro arreglo, que podría ser la soberanía parlamentaria pura o un diseño mixto como el del Reino Unido después de la promulgación de la Ley de Derechos Humanos, que faculta al parlamento a legislar en violación de los derechos que la Ley especifica si expresa claramente su intención de hacerlo. Aunque Rawls no planteó nada parecido a una defensa detallada basada en los resultados del modelo estadounidense frente a tales rivales que propugnaban por una posición mayoritarista, esgrimió varios argumentos que parecen apoyar, a grandes rasgos, el modelo estadounidense. Distingue, por ejemplo, entre la soberanía parlamentaria y la popular, y afirma que el modelo estadounidense es consistente con la soberanía popular. Ese modelo promueve las facultades morales básicas de las personas, dice, porque las personas en general no solo han apoyado la Constitución original sino que también han suscitado y supervisado sus desarrollos más importantes desde entonces, en el período de la Reconstrucción, por ejemplo, y en el *New Deal* (en esa perspectiva sigue, como afirma, los argumentos de Bruce Ackerman¹⁸). De otro lado, destaca otra manera como el constitucionalismo y el control judicial contribuyen, en vez de limitan, al desarrollo de las dos facultades morales. Rawls afirma que el hecho de que la Corte Suprema actúe como un foro de principios promueve y enfoca la discusión política pública de cuestiones morales centrales (Rawls, 1996).

Ahora puedo pasar a una cuestión diferente que mencioné anteriormente: no la legitimidad del control judicial sino su estrategia apropiada de implementación. A la Corte Suprema se le presiona a menudo para que reconozca un derecho constitucional concreto que no ha sido reconocido antes y cuya posición (*standing*) como derecho permanece en gran parte en disputa entre personas razonables. Si la Corte reconoce y hace cumplir el nuevo derecho, su decisión recibirá protestas masivamente y su propia posición y legitimidad podrían ponerse en entredicho. La Corte enfrentó esa situación en *Brown vs. Board of Education*¹⁹ y en otros casos tempranos de discriminación racial en la década de 1950. Lo enfrentó en los casos sobre rezar en las escuelas, sobre el aborto empezando con *Roe vs. Wade*²⁰ y en los casos más recientes sobre el suicidio asistido para enfermos terminales.

Se ha argumentado ampliamente que en tales situaciones la Corte debería rehusarse a reconocer el nuevo derecho para permitir que el proceso político tenga más tiempo para considerar los méritos del asunto mediante la política y las decisiones locales, que pueden variar entre los Estados, así que podrían proporcionar un tipo de experimentación en lo que el magistrado Brandeis denominó “laboratorios de los distintos estados”²¹. Podría hacerlo en algunos casos mediante su política

¹⁸ Véase Ackerman (1991).

¹⁹ 347 U.S. 483 (1954).

²⁰ 410 U.S. 113 (1973).

²¹ Véase *New State Ice Co. vs. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932). En su voto disidente, Lois Brandeis sostuvo que

de selección de casos para revisión [*Certiorari policy*]²² o declinando seleccionar el caso que se le solicita decidir sobre cuestiones básicas de derechos individuales, porque considera más sensato permitir que tales asuntos se filtren más en la política. En la mayoría de esos casos, sin embargo, uno o varios tribunales inferiores se habrán ya pronunciado sobre el asunto, de forma tal que se le exige a la Corte Suprema decidir si la Constitución confiere el derecho reclamado. En este caso la estrategia pasiva o cautelosa que describí requeriría que la Corte sostuviera que el polémico derecho alegado no existía, como lo sostuvo, por ejemplo, en los casos sobre el suicidio asistido²³.

Rawls mismo exhortó a la Corte Suprema a reconocer un derecho limitado al suicidio asistido: suscribió un memorial, un *amicus curiae*, instando por tal decisión²⁴. Pero luego afirmó que el argumento de la cautela es lo que denominaría un “buen” argumento para la decisión que la Corte tomó contra su consejo. También lo consideró un “buen” argumento contra la decisión de la Corte en 1973 que reconoce un derecho limitado al aborto en *Roe vs. Wade*, lo cual, por supuesto, no significa que lo considerara finalmente un argumento persuasivo (Rawls, 1999c, pp. 616, 618). Sin embargo, me parece que hay un argumento directo y poderoso, e incluso demoledor, contra la perspectiva cautelosa. En estos polémicos casos un demandante o un grupo de demandantes reclaman que alguna ley o práctica les niega sus libertades básicas y, por lo tanto, ofende el primer principio de justicia, que en la justicia como equidad prima sobre todo lo demás, incluyendo presumiblemente la paz y la tranquilidad civiles. Claro que cualquier juez podría no considerar que la ley o la práctica impugnada niega una libertad básica. Pero tenemos que asumir que el magistrado Rawls estaría convencido por el argumento que él mismo propuso, por ejemplo, en el Memorial de los Filósofos (*Philosophers’ Brief*). Podemos observar fácilmente cómo un utilitarista que se declare a sí mismo pragmatista podría sentirse atraído por el argumento de la cautela. ¿Pero por qué debería estarlo Rawls? ¿Por qué debería pensar que el argumento de la cautela es incluso un “buen” argumento?

“Es uno de los acontecimientos felices del sistema federal que un solo Estado con coraje puede, si sus ciudadanos deciden hacerlo, servir como un laboratorio; y ensayar nuevos experimentos sociales y económicos sin riesgo para el resto del país”.

²² En Estados Unidos *Certiorari* es una de las formas como la Corte Suprema puede llegar a revisar una sentencia proferida por un tribunal de apelaciones o por una corte suprema estatal. En virtud de un *writ of certiorari* se le ordena a un tribunal de inferior jerarquía enviar el expediente de un caso y la sentencia correspondiente a la Corte Suprema. La Corte Suprema usa este recurso para seleccionar la mayoría de casos sobre los que falla confirmando, revocando o modificando la decisión de un tribunal o de una autoridad de inferior jerarquía. Es entonces un procedimiento de revisión judicial. *Certiorari* proviene del latín *certioro, certiorare*, y significa “ser informado acerca de algo”. Es una abreviatura de *Certiorari volumus*, que significa “deseamos informarnos” [*N. del T.*].

²³ *Vacco vs. Quill*, 521 U.S. 793 (1997) y *Washington vs. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

²⁴ *Brief of Amici Curiae*, Ronald Dworkin et al., *Glucksberg* (nº. 95-1858, pp. 96- 110). Disponible en: 1996 WL 708956. Además de Rawls, el informe fue suscrito por Thomas Nagel, Thomas Scanlon, Robert Nozick, Judith J. Thomson y por mí.

Una respuesta podría ser epistémica. Quizá Rawls consideró defendible que un magistrado de la Corte Suprema, reconociendo las temibles “cargas de la razón”, debería aceptar que su propio juicio podría tener puntos débiles o que el proceso político podría establecer con posterioridad un compromiso diferente que fuese ampliamente aceptado y que, de llegar a obtenerse, constituiría una explicación más precisa o razonable de la libertad básica en cuestión respecto de la que pudiera concebir por adelantado una mayoría de magistrados. Hay, sin embargo, varias dificultades obvias en esta respuesta y podemos presentarlas usando una vez más como ejemplo la cuestión del aborto.

En primer lugar, parece improbable que un compromiso no divisivo se hubiera alcanzado pronto en la política estadounidense. Los europeos, en general, han establecido una posición que, con formalidades superficiales, permite el aborto libre²⁵. Esto no ha generado allí una continua controversia porque Europa no está plagada de movimientos religiosos fundamentalistas o de alguna sensibilidad fundamentalista seria. En Estados Unidos, por el contrario, sí estamos plagados, como quedó demostrado una vez más por la prohibición legislativa al así llamado “aborto por nacimiento parcial”²⁶. La única solución que calmaría la agresiva objeción de los fundamentalistas en Estados Unidos sería un severo régimen antiabortista, lo cual sería intolerable para los movimientos feministas que pueden ser casi igualmente combativos. En segundo lugar, incluso si políticamente se llegara a un compromiso que probara ser razonablemente aceptable para todos, no habría razón alguna para pensar que este compromiso habría identificado de forma más exacta o razonable las libertades básicas en cuestión. Por el contrario, independientemente de la perspectiva que uno adopte de tales libertades básicas, parece probable, más bien, que un compromiso implicaría injusticia para algunos. Supongamos, por ejemplo, que la mayoría de personas dejan de oponerse a las leyes antiaborto en sus propios Estados, pero solo porque las mujeres que deseaban abortar podían viajar a un Estado cercano donde el aborto fuese legal. Esto negaría el igual valor de la libertad a las personas muy pobres como para costearse los gastos del viaje.

¿Rawls podría haber pensado que una libertad básica al aborto, al suicidio asistido o a una escuela libre de la obligación de rezar son asuntos indeterminados? De ser así, creería que hay buenas razones para dejar tales asuntos a la política, porque la política es superior a la decisión judicial cuando la justicia procedimental-cuasi-pura es lo único que podemos obtener. Pero es sumamente inverosímil que Rawls pensara que asuntos como estos son indeterminables, porque él mismo tomó posiciones sobre varios de ellos. Ni tampoco podría suponer de manera consistente (como han hecho varios académicos) que la política Estado-por-Estado es un mejor medio que la decisión judicial para desarrollar las diversas virtudes públicas que reconoció. Su argumento de que las decisiones judiciales de

²⁵ Para una discusión exhaustiva del estatus de las leyes sobre el aborto en Europa, véase *Inter-Departmental Working Group on Abortion, Gov't of Ir.*, Green Paper on Abortion 3.02. Disponible en <http://www.taoiseach.gov.ie/index.asp?docID=238> (visitado por última vez el 14 de abril de 2004).

²⁶ Pub. L. n°. 108-105, § 3(a), 117 Stat. 1206 (2003).

la Corte Suprema estimulan el desarrollo de las dos facultades morales, parece aplicarse de forma tan absoluta a los casos divisivos como a los menos dramáticos, de hecho, incluso más.

¿Podría haber apelado a la virtud de civilidad argumentando que es preferible no tomar decisiones que parecerán profundamente ofensivas a algunos ciudadanos? Pero estas decisiones parecerán igualmente ofensivas a la parte derrotada si las legislaturas, en lugar de las cortes, fueran quienes las impusieran. En cualquier caso, este tipo de civilidad está dirigida hacia un mero *modus vivendi*, el cual Rawls rechazó por inadecuado, en vez de algo hacia lo que uno podría defender en principio. Sería diferente si la autoridad de la Corte Suprema o del arreglo constitucional como un todo estuviera en realidad en juego, en cuyo caso entenderíamos que sería sensato un consejo de cautela, toda vez que es preferible ignorar los derechos de unas pocas personas que sacrificar el sistema que protege los derechos de todos a largo plazo. Pero, claro está, esa no es la situación. Contrario a las preocupaciones del magistrado Frankfurter, la autoridad de la Corte sobrevivió a *Brown vs. Board of Education* y a los casos sobre las relaciones entre miembros de las razas negra y blanca²⁷, así como también ha sobrevivido a *Roe vs. Wade* y a las decisiones sobre la oración en las escuelas²⁸. Podría haber sobrevivido al decidir por un derecho limitado al suicidio asistido. En realidad, estoy tentado a pensar que al sobrevivir a la vergüenza de *Bush vs. Gore*²⁹ puede sobrevivir a casi todo.

VI. VERDAD Y OBJETIVIDAD

Quiero finalmente subrayar, aunque de forma muy breve, al último aspecto de las perspectivas de Rawls que señalé como particularmente importantes para la teoría jurídica. Una objeción frecuente a lo que se celebra y reconoce del Estado de derecho consiste en afirmar que los juicios de naturaleza jurídica, en particular en los casos difíciles, no pueden ser descripciones de ninguna verdad objetiva, sino que expresan simplemente el estado psicológico de aprobación o desaprobación del hablante. Esta es una conocida perspectiva escéptica sobre la moral y otras esferas de los valores, pero resulta de particular importancia práctica para el derecho porque se piensa que proporciona un argumento substantivo en diversos tipos de controversias, por ejemplo, sobre si las personas tienen un deber moral de obedecer el derecho o si es defendible el control judicial de constitucionalidad de la legislación mayoritaria.

En *Political Liberalism* Rawls identificó una concepción de la objetividad que consideró adecuada para los juicios políticos y gran parte de lo que sostuvo se extiende también a los juicios polémicos de naturaleza jurídica. Insistió en que la objetividad, cómo la definió, no depende de ningún supuesto en virtud del cual el razonamiento político o jurídico sea una especie de percepción, es

²⁷ *Loving vs. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) y *McLaughlin vs. Florida*, 379 U.S. 184 (1964).

²⁸ *Sch. Dist. of Abington Township, Pa. vs. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963) y *Engel vs. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

²⁹ 531 U.S. 98 (2000).

decir, que un juicio político o jurídico puede ser objetivamente verdadero solo cuando la creencia de que es verdadero resulta de la situación que describe. Los hechos jurídicos no están en ninguna relación causal con el sistema nervioso central de los juristas. ¿Pero por qué debería seguirse que una proposición jurídica controvertida –que los fabricantes de un peligroso medicamento son legalmente responsables por perjuicios en proporción a su participación en el mercado, por ejemplo– no puede ser objetivamente verdadera? Que una proposición reclame verdad objetiva depende de su contenido. Reclama verdad objetiva si afirma que su verdad es independiente de las creencias o preferencias de cualquiera: que los fabricantes serían responsables, en el estado actual del derecho, incluso si los juristas no lo consideraran así. Esto es todo lo que significa el reclamo de objetividad. Que tenga éxito o no dependerá de los argumentos jurídicos que podamos esgrimir a su favor, es decir, de nuestras razones para pensar que los fabricantes aun serían responsables aun cuando los juristas no lo pensarán así. Si creemos que son buenas nuestras razones para pensar eso, entonces también tenemos que pensar que la proposición según la cual los fabricantes son responsables es objetivamente verdadera.

La objetividad así entendida no depende de ningún supuesto metafísico, popular entre algunos de los así llamados realistas morales, para quienes una proposición puede ser objetivamente verdadera solo si, además de las razones sustantivas que podamos ofrecer para aceptarla, esta tiene también un fundamento en algún tipo de realidad que va más allá de esas razones. Están equivocados: las razones sustantivas son suficientes, aunque no deben ser razones aisladas. Nuestros argumentos para sustentar la objetividad son suficientes solo si resultan suficientemente sistemáticos y examinados mutua y recíprocamente. Rawls planteó este punto crucial de la siguiente forma:

El constructivismo político no busca algo para determinar la razonabilidad de la afirmación de que la esclavitud es injusta, como si su razonabilidad necesitara algún tipo de fundamento. Podemos aceptar provisionalmente, aunque con confianza, ciertos juicios bien ponderados como puntos fijos, sobre lo que aceptamos como hechos básicos, tal como que la esclavitud es injusta. Pero tenemos una concepción política completamente filosófica solo cuando tales hechos se articulan conjuntamente, y de forma coherente, con conceptos y principios que nos parecen aceptables tras la debida reflexión. (Rawls, 1996, p. 124)

No concuerdo con toda la discusión que plantea Rawls sobre la objetividad. De hecho, considero que alguna parte de ella ha mostrado ser innecesaria e injustificada, como su perspectiva de que no podemos reclamar objetividad apropiadamente para un campo determinado a menos que podamos explicar sin una petición de principio qué consideramos errado en tal campo. Pero recomiendo su discusión general de la objetividad a los juristas que busquen entender sobre qué versan en realidad sus argumentos.

VII. CONFESIÓN

Algunos habrán notado una cierta afinidad entre las posiciones teórico-jurídicas que he afirmado que respaldan los argumentos de Rawls y aquellas que yo mismo he intentado defender, y podrían pensar que esto no es accidental. Así que les ofrezco una confesión, pero sin una excusa. La obra de los íconos filosóficos es lo suficientemente rica como para permitir apropiaciones particulares a través de la interpretación. Cada uno de nosotros tiene su propio Immanuel Kant y desde ahora lucharemos, cada uno de nosotros, por la bendición de John Rawls. Y con muy buenas razones. Después de tantos libros, notas al pie de página y discusiones maravillosas suscitadas por su obra, apenas estamos empezando a captar todo lo que tenemos que aprender de ese hombre.

REFERENCIAS

- Ackerman, B. (1991). *We The People*. Cambridge: Harvard University Press.
- Bentham, J. (ed. or., 1879). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Varias ediciones.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1994). *Life's Dominion*, Vintage Books.
- Dworkin, R. (2003), "Un Pontificat Laïc", en: Robert Badinter - Stephen Breyer (eds.), *Les Entretiens de Provence: Le Juge Dans la Société Contemporaine*. Paris: Fayard.
- Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*. (2ª ed.). Oxford University Press.
- Inter-Departmental Working Group on Abortion, Gov't of Ir.*, Green Paper on Abortion 3.02. Disponible en: <http://www.taoiseach.gov.ie/index.asp?docID=238> (visitado por última vez de 14 de abril de 2004).
- Rawls, J. (1996). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Rawls, J. (1999a). *A Theory of Justice* (ed. rev.). Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, J. (1999b). "Justice as Fairness: Political Not Metaphysical", en: *John Rawls: Collected Papers*. (Samuel Freeman, ed.). Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, J. (1999c). "Commonweal Interview with John Rawls", en: *John Rawls: Collected Papers*. (Samuel Freeman, ed.). Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, J. (2001). *Justice as Fairness: A Restatement*. (Erin Kelly, ed.). Cambridge: Harvard University Press.
- Sheiner, N. (1978). "Comment, *DES and a Proposed Theory of Enterprise Liability*", en: 46 *Fordham Law Review* 963.

Sentencias judiciales e informes ante la Corte Suprema

- So. Pac. Co. vs. Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1917) (voto disidente de Holmes).
- New State Ice Co. vs. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932).

Engel vs. Vitale, 370 U.S. 421 (1962).

Sch. Dist. of Abington Township, Pa. vs. Schempp, 374 U.S. 203 (1963).

McLaughlin vs. Florida, 379 U.S. 184 (1964).

Loving vs. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

W. Addition Cmty. Org. vs. NLRB, 485 F. 2d 917,938 (D.C. Cir. 1973).

Memphis Dev. Found. vs. Factors Etc., Inc., 616 F.2d 956, 959 (6th Cir. 1980).

Sindell vs. Abbott Labs., 607 P.2d 924, 936-38 (Cal. 1980).

Goetz vs. Crosson, 967 F.2d 29, 39 (2d Cir. 1992).

Vacco vs. Quill, 521 U.S. 793 (1997).

Washington vs. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997).

Uhl vs. Thoroughbred Tech. and Telecomms., Inc., 309 F.3d 978, 985 (7th Cir. 2002).

Pub. L. n°. 108-105, § 3(a), 117 Stat. 1206 (2003).

Brief of Amici Curiae, Ronald Dworkin et al., *Glucksberg* (n°. 95-1858, pp. 96- 110). Disponible en: 1996 WL 708956.