

LA RAZÓN PÚBLICA EN RAWLS

Pilar Zambrano*

1. PLANTEAMIENTO

Es ya un lugar común afirmar que la aparición de la *Teoría de la Justicia*, en 1971, representa un quiebre en la filosofía política y jurídica del siglo XX y, de modo particular, en el pensamiento liberal anglosajón¹. La repercusión de la *Teoría de la Justicia* fue tal, que sólo cuatro años después de la primera edición fue posible identificar y sistematizar cuatro líneas de crítica, correspondientes a cuatro aspectos diferenciados de la propuesta rawlsiana, a saber: (a) la aproximación contractual ínsita en la posición original; (b) cuestiones epistemológicas y de método (en particular, el rol y el alcance justificatorio del equilibrio reflexivo); (c) los dos principios de justicia que componen la «Justicia como equidad»; (d) el interés de la *Teoría* para diversas áreas de las ciencias sociales². Durante los años ochenta, Rawls dictó una serie de conferencias

* Departamento de Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad Austral.

1 Sobre la relevancia del pensamiento rawlsiano en el discurso político y jurídico contemporáneo, se ha dicho, por ejemplo, que la publicación de la *Teoría de la Justicia*, en 1971, constituye el renacimiento de la Filosofía política (cfr. KYMLICKA, W., *Contemporary Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 9 y 52). Más allá de las matizaciones con quepa aceptar esta observación, no parece discutible lo afirmado por Nozick en el sentido de que, por lo menos en el ámbito del pensamiento liberal anglosajón, la mayoría de las propuestas filosóficas posteriores constituyen bien una defensa, bien una contestación a la alternativa rawlsiana (cfr. NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, trad. de Tamayo, R., México, Fondo de Cultura Económica, p. 183). La trascendencia del pensamiento de Rawls en general ha sido destacada tanto desde el seno de la tradición liberal anglosajona, como desde fuera de la misma. A modo de ejemplo, y en lo que al liberalismo anglosajón se refiere, cfr., además de la obra de Nozick recién citada, GALSTON, W., «Practical Philosophy», *A culture of rights*, LACEY, M., HAAKONSSON, K. (eds.), University of Cambridge, p. 220; HART, H., «Utilitarismo y derechos naturales», 1979, J. R. Páramo, trad., *Anuario de derechos humanos*, I-1981, p. 162. La influencia de la doctrina de Rawls en este ámbito quizá se explique porque fue entendida como una vuelta a la argumentación con bases substantivas, y una ruptura con la corriente de análisis político y moral puramente semántico (cfr. DANIELS, N., «Introduction», *Reading Rawls*, DANIELS, N., (ed.), Oxford, Basil Blackwell, 1983, p. X). Fuera del ámbito liberal anglosajón, pueden consultarse, entre muchos otros, HABERMAS, J., en JÜRGEN HABERMAS, J. RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, G. V., Roca, Trad., Paidós, Barcelona, 1998, p. 41; PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 31; RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., *Historia del pensamiento jurídico (II)*, Universidad Complutense, Madrid, 1997, p. 683. El ascendente de Rawls sobre el pensamiento jurídico-político contemporáneo se extiende también al campo de la praxis judicial estadounidense donde sus ideas cuentan entre las más citadas en opiniones legales (cfr. LAKE, P., «Liberalism within the Limits of the Reasonable Alone: Developments of John Rawls' Political Philosophy and the Limits on its Applicability», en *VT falte Law Review* 603, 603 n.2, 1995.)

2 Cfr. DANIELS, N., *Reading Rawls (...)*; *op. cit.*, p. XI y ss.

con el fin de clarificar su posición frente a esta crítica que, finalmente, fueron recopiladas y en parte reelaboradas en 1993, en *El liberalismo político*³.

Según Rawls, el objeto principal de estas conferencias y del *Liberalismo Político* fue subsanar lo que él califica como un «error fundamental» de la *Teoría de la Justicia*: ignorar el hecho del pluralismo razonable como característica normal e incluso deseable de una sociedad liberal⁴. Esta segunda obra ha generado, como era de esperar, una nueva ola de críticas y vertientes interpretativas, tanto desde fuera como desde dentro de la tradición liberal⁵. Se discute, entre otras cosas, si Rawls ha trocado una propuesta universalista de tinte kantiano por una mera descripción de “nuestra” práctica política; o si en realidad, nunca tuvo intenciones universalistas y, al decir de Rorty, “lo habíamos entendido mal”⁶. Lo cierto es que Rawls despeja parcialmente esta cuestión en *El Liberalismo político*, expresando que se alinea en la tradición del pensamiento liberal que defiende a la democracia constitucional como el sistema político más apto para la realización institucional de dos valores cardinales: la libertad y la igualdad⁷. Más aun, Rawls desarrolla una teoría (relativamente) autónoma sobre las notas esenciales que debería reunir cualquier concepción de justicia perteneciente a esta tradición de pensamiento político. En este contexto, la «Justicia como equidad» no sería sino una de entre las muchas posibles concepciones políticas y liberales de justicia⁸.

Se comprende, entonces, que en la doctrina rawlsiana pueden detectarse dos niveles. En primer término, Rawls elabora una propuesta sobre las características formales y sustanciales que debería reunir cualquier concepción de justicia que aspire a articular políticamente, de un modo eficaz y coherente, los dos valores liberales mentados en un régimen democrático constitucional.

En un segundo nivel, Rawls idea una concepción política y liberal de la justicia *igualitaria*: la «Justicia como equidad», con un método de razonamiento práctico tendente a garantizar la aceptabilidad de sus términos: «la posición original». La «Justicia

3 Entre las más importantes, cabe citar a las siguientes: RAWLS, J., «Kantian Constructivism in Moral Theory», *Journal of Philosophy*, 77-1980, pp. 515-572; «Justice as Fairness: Political Not Metaphysical», *Philosophy and Public Affairs*, 14-1985, pp. 223-251; «The Idea of an Overlapping Consensus», *Oxford Journal of Legal Studies*, 7-1987, pp. 1-25; «The Priority of Right and Ideas of the Good», *Philosophy and Public Affairs*, 17-1987, pp. 251-276. Para una concisa pero completa exposición de la evolución del pensamiento rawlsiano, cfr. NAGEL, T., «Justice, Justice, shalt thou pursue», en *The New Republic*, October 25, 35, 1999; así como la presentación de M. Rodilla a RAWLS, J., *Justicia como equidad*, Rodilla, M. A., trad., Tecnos, Madrid, 1999, pp. 47-54.

4 cfr. RAWLS, J., *El liberalismo Político*, op. cit., p. 12 y ss.

5 Una síntesis de las líneas de crítica posteriores al *Liberalismo Político*, puede encontrarse en HURD, H., «The levitation of liberalism», en *Yale Law Journal* 105, 3, 1995, pp. 795-824.

6 RORTY, R., «La prioridad de la democracia sobre la filosofía», p. 40.

7 Rawls, J., *El liberalismo (...)*, op. cit., p. 34 y ss. El esclarecimiento es parcial, pues no termina de definirse si esta tradición del pensamiento liberal occidental, a su vez, se restringe a su plasmación práctica en el constitucionalismo norteamericano. Esto último parecería derivarse de la explicación del significado y del rol de la «razón pública», particularmente en la argumentación judicial de una Corte Suprema del tipo de la norteamericana (cfr. *El liberalismo (...)*, op. cit., p. 266 y ss). Pero, por otra parte, en su «Réplica a Habermas», en JÜRGEN HABERMAS, J. RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, (...), op. cit., p. 113 y ss., Rawls se distancia expresamente de la tradición norteamericana en lo que al contenido de la razón pública concierne. De cualquier forma, no existe controversia acerca de que existe, cuanto menos, una estrecha vinculación entre el pensamiento rawlsiano posterior al *Liberalismo Político* y la práctica constitucional norteamericana: cfr., entre otros, FURMAN, J., «Political illiberalism: The paradox of disenfranchisement and the ambivalences of Rawlsian justice», en *Yale Law Journal*, 106, 4, 1997, 1197-1231; SANDEL, M., «Political Liberalism», op. cit., 1770; WALDRON, J., (...), op. cit., p. 191.

8 Siguiendo el criterio de la traducción del *Liberalismo Político* que manejamos, llamaremos «Justicia como equidad» («Justice as fairness») a la concepción de justicia propuesta en la *Teoría de la justicia* (cfr. RAWLS, J., *El liberalismo (...)*, op. cit., p. 35, n. 2.).

como equidad» no pretende ser la mejor concepción de justicia considerada absolutamente, entonces, sino la mejor concepción *política y liberal* de la justicia⁹.

En el presente trabajo nos proponemos analizar un aspecto particular del primer nivel del pensamiento rawlsiano. A saber, la virtualidad de la «razón pública» como método interpretativo, para plasmar al momento de la aplicación del Derecho el objetivo cardinal de toda concepción de justicia política y liberal. Esto es, asegurar la prioridad de la libertad por sobre intereses utilitarios o perfeccionistas.

2. UNA CONCEPCIÓN POLÍTICA Y LIBERAL DE LA JUSTICIA

Rawls entiende que el liberalismo político debe responder a la siguiente cuestión fundamental:

«¿cómo es posible la existencia duradera de una sociedad justa y estable entre ciudadanos libres e iguales que no dejan de estar profundamente divididos por doctrinas religiosas, filosóficas y morales razonables?»¹⁰.

Según esto, los principios de justicia en una sociedad liberal deben producir dos efectos aparentemente contradictorios: de una parte, respetar la igualdad y la libertad de los ciudadanos de forma tal que se defienda e incluso genere el pluralismo razonable y, de otra, lograr estabilidad o adhesión a una misma concepción de justicia¹¹. Pues bien, según Rawls, la conjunción de justicia y estabilidad únicamente es realizable cuando la cooperación es equitativa, esto es, pública y recíproca. La publicidad y la reciprocidad, se proyectan institucionalmente cuando la estructura básica de una sociedad democrática se rige por una concepción liberal y política de justicia.

En cuanto *liberal*, una concepción de justicia debe reunir los siguientes requisitos:

«primero, una definición de ciertos derechos, libertades y oportunidades básicos (de un tipo que resulte familiar en los regímenes constitucionales democráticos); segundo, la asignación de una primacía especial para esos derechos, libertades y oportunidades, señaladamente respecto de las exigencias del bien general y de los valores perfeccionistas; y tercero, medidas que garanticen a todos los ciudadanos medios de uso universal adecuados para que puedan utilizar efectivamente sus libertades y oportunidades»¹².

Se infiere que, según Rawls, el elemento central de una concepción liberal de justicia es la definición de una lista de derechos, libertades y oportunidades básicos, ya que los restantes requisitos no son sino especificaciones acerca, respectivamente, de la primacía de la lista frente a otros objetivos sociales o perfeccionistas y de su goce real por

9 *Ibidem*. Acerca del igualitarismo como rasgo distintivo de la «Justicia como equidad» y, en cierto sentido, innovatorio en el pensamiento liberal, cfr. la tesis doctoral recientemente publicada, BERTRAND, G., *Rawls et l'égalité démocratique*, Presses Universitaires de France, Paris, 1999. Se trata, por lo demás, de una característica indiscutida de la obra de Rawls. Cfr., por ejemplo, DANIELS, «Introduction», en *Reading (...)*, *op. cit.*, p. xxvii; NAGEL, T., «Justice, Justice, (...)», *op. cit.*, p. 35; KYMLICKA, W., *Contemporary political philosophy*, (...), *op. cit.*, p. 54; la presentación de M. Rodilla en RAWLS, J., *Justicia como equidad (...)*, *op. cit.*, pp. 28-3; la introducción de Fernando Vallespín a DWORKIN, R., *Ética privada e igualitarismo político*, Antoni Domènech, trad., Ediciones Paidós, Barcelona, 1993, p. 19; ZUCKERT, M. P., «Modern Liberalism and Limited Government», (...), *op. cit.*, p. 53.

10 RAWLS, J., *El liberalismo (...)*, *op. cit.*, p. 33; cfr. también, en el mismo sentido, *idem*, pp. 69 y 74. Sobre la centralidad de esta pregunta en la obra de Rawls cfr. entre otros, SCHEFFER, «The appeal of Political Liberalism», *Ethics*, 105, 1, 1994, p. 6.

11 *Idem*, p. 12.

12 *Idem*, p. 36.

parte de los ciudadanos. En este sentido, Rawls señala que «el problema de determinar las libertades básicas y su primacía puede entenderse como el problema de definir términos equitativos apropiados de cooperación sobre la base del respeto mutuo»¹³.

Ahora bien, no cualquier lista de libertades es apta para generar una cooperación equitativa, sino únicamente una lista pública, esto es, conocida y aceptada por los ciudadanos como si hubiera sido acordada por ellos mismos¹⁴. Según Rawls, la publicidad queda garantizada cuando la concepción de justicia liberal se «construye» con sujeción a los requisitos sustanciales y formales de una concepción *política*.

Una concepción política se caracteriza en función de tres cualidades básicas. En primer término, restringe su objeto a un conjunto limitado de asuntos: los que conciernen a la estructura básica de un régimen democrático, a saber, las instituciones políticas básicas, sociales y económicas, a los principios, standards y preceptos que las regulan, y al modo de aplicar estas condiciones a los ciudadanos¹⁵. En segundo orden, la concepción política de la justicia, aun cuando es una concepción moral, es independiente de toda doctrina comprensiva razonable¹⁶. La independencia no hace alusión a una separación total entre la concepción política y las doctrinas comprensivas sino que, antes bien, se refiere al tipo de vinculación existente y necesario entre ambos extremos. Una concepción política de la justicia es independiente en cuanto que, si bien no deriva sus valores de ninguna doctrina comprensiva en particular, espera generar un «consenso entrecruzado» a partir del apoyo que cada una de estas últimas le brindan¹⁷. Esta independencia da origen al tercer rasgo de una concepción política, a saber, se expresa en las ideas fundamentales de persona y sociedad implícitas en la cultura pública de una sociedad democrática¹⁸.

Recapitulando, las libertades básicas son el eje de una concepción política y liberal de la justicia y tienen por fin garantizar que la cooperación social se realice en términos equitativos, esto es, recíprocos y públicos. La reciprocidad o el respeto mutuo se plasman en el hecho del reconocimiento de las libertades básicas y de su régimen de prioridad sobre objetivos sociales o valores perfeccionistas. La publicidad se manifiesta en la exigencia de determinar el contenido y el sentido de la prioridad de la lista de libertades a partir de las concepciones de persona y sociedad implícitas en el pensamiento democrático. La definición de la lista de libertades básicas y su prioridad, enton-

13 *Idem*, p. 340.

14 *Idem*, p. 97 y ss.; *Teoría de la Justicia*, (...), *op. cit.*, p. 30 y ss.

15 Cfr. *idem*, p. 41.

16 Rawls entiende que ambas clases de concepciones son morales porque proponen normas que vertebran determinados valores. La diferencia radica en el tipo de valores que vertebran uno y otro tipo de concepción. Mientras que la concepción política se limita a los valores políticos, la doctrina comprensiva abarca asuntos sobre la globalidad de nuestras vidas. A su vez, una doctrina será plenamente comprensiva si existe unidad y coherencia entre los asuntos que abarca, y parcialmente comprensiva, si se limita a los valores no políticos y no está internamente articulada. Cfr. *Idem*, p. 41, n. 11.

17 La independencia es, como se verá más adelante, la dimensión teórica de la doctrina de la prioridad de la justicia sobre el bien desarrollada en la *Teoría de la Justicia* (...), *op. cit.*, p. 51 y ss. Este aspecto de la prioridad fue, en su momento, el principal flanco de las críticas comunitaristas al liberalismo de Rawls. Un buen resumen de estas críticas se encuentra en MULHALL, S., SWIFT, A., *Liberals and Comunitarians*, Cambridge, Blackwell, 1992 (ver). Destaca en este ámbito, por su rigor y originalidad, la obra de SANDEL, M., *Liberalism* (...), *op. cit.* Para una mención completa de la bibliografía comunitarista más importante referente a este punto, cfr. SANDEL, M. «Political Liberalism», (...), *op. cit.*, p. 1767, n. 13. La necesidad de la independencia teórica (o, en términos rawlsianos, de la «deontología», cfr. *Teoría*, (...), *op. cit.*, p. 48) para la justificación del liberalismo es objetada desde el seno del mismo liberalismo. Cfr., en este sentido, DWORKIN, R., *Ética privada e igualitarismo político*, (...), *op. cit.*, pp. 53-59; RAZ, J., *The Morality of freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1988, pp. 117-133.

18 *Idem*, p. 43.

ces, se desdobra en dos instancias. En primer término, se elucidan y sistematizan las concepciones de persona y sociedad sobre las cuales existe consenso en la cultura política democrática. En segundo orden, la lista de libertades y su régimen de prioridad se insertan en el seno de aquellas concepciones.

3. LA RAZÓN PÚBLICA: EL CRITERIO PARA AJUSTAR LAS LIBERTADES BÁSICAS A LA PRIORIDAD DE LO JUSTO EN EL CASO CONCRETO

3.1. Planteamiento

La legitimidad de una política regulatoria de las libertades básicas prioritarias no radicaría, según Rawls, en su fidelidad a líneas de acción predeterminadas, sino más bien en que pueda justificarse ante ciudadanos libres e iguales¹⁹. Esta justificación se daría, en una concepción política y liberal de la justicia, cuando la política puede explicarse en los términos de la «razón pública», que es, precisamente, la «razón de los ciudadanos iguales que, como un cuerpo colectivo, ejercen el poder político (...)»²⁰.

3.2. El contenido de la razón pública

El contenido de la razón pública está dado por los principios y valores de una «familia» de concepciones políticas y liberales de justicia y no por una sola concepción en particular²¹. Esto es, por principios y valores compatibles con los rasgos que definen a cualquier concepción de justicia como una concepción *política y liberal*. En esta línea, la justificación de la actuación estatal de acuerdo con los cánones de la razón pública no sería otra cosa que ofrecer razones de acción ancladas en principios de justicia respetuosos de la doctrina de la prioridad de la libertad. Pero según Rawls —y en esto radica el aporte de la idea de «razón pública» en sentido estricto— una concepción política y liberal debe incluir, además de principios de justicia y valores sustantivos que articulen dicha prioridad, «orientaciones de indagación» que permitan identificar qué tipo de razonamiento y qué tipo de información es relevante a la hora de aplicar tales principios y valores. Solamente el cumplimiento acabado de ambos niveles permitiría concluir que la política en cuestión es justificable ante ciudadanos libres e iguales, como a juicio de Rawls exige el principio liberal de legitimación²².

19 RAWLS, J., *El Liberalismo (...), op. cit.*, p. 259.

20 *Idem*, p. 249. La idea de razón pública es uno de los puntos de *El liberalismo político* que más amplio debate ha generado. Se ha criticado particularmente la exclusión del campo de la razón pública de principios morales cognoscibles racionalmente, por el mero hecho de que deriven de, o se inserten en, concepciones comprensivas controvertidas. La posibilidad del desacuerdo, se señala, no es un motivo para excluir a estos asuntos de la discusión pública sino, en todo caso, un motivo para continuar discutiendo y sentar las bases de un acuerdo público más profundo. Cfr. FINNIS, JH., «Public Reason, Abortion, and Cloning», *Valparaiso University Law Review*, 32, 1998, pp. 361-382; GALSTON, M., «Rawlsian Dualism and the Autonomy of Political Thought», *Columbia Law Review*, 94, 1994, p. 1842 y ss.; GEORGE, R. P., «Public Reason and Political Conflict: Abortion and Homosexuality», *Yale Law Journal*, 106, 1997, pp. 2475-2504; SANDEL, M., «Political Liberalism» (...), *op. cit.*, p. 1765. Una buena síntesis de estas objeciones en HURD, M., «The levitation of Liberalism», *Yale Law Journal*, (...), *op. cit.* Más recientemente Jeremy Waldron ha objetado la exclusión del campo de la razón pública, no ya de principios morales controvertidos, sino de otros principios de justicia diferentes a los principios liberales y, particularmente, a los dos principios que conforman la «Justicia como equidad» (cfr. *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999, pp. 153-161).

21 RAWLS, J., «The Idea of Public Reason Revisited», *The University of Chicago Law Review*, 64-3 1997, pp. 773 y 776.

22 RAWLS, J., *El Liberalismo (...), op. cit.*, p. 261.

Más aun, Rawls se inclina a afirmar que el principio liberal de legitimación permitiría una «única» forma de definir las orientaciones de la indagación pública:

«al proceder a tales justificaciones [las justificaciones de las políticas regulatorias de asuntos de justicia fundamental], tenemos que limitarnos a apelar a creencias generales presentemente aceptadas y a formas de razonar procedentes del sentido común, y a los métodos y a las conclusiones de la ciencia siempre que no resulten controvertidas. El principio liberal de legitimación hace que éste sea el modo más apropiado, sino el único, de definir las orientaciones de la indagación pública (...)»²³.

La razón pública, entonces, está compuesta por dos órdenes de principios y valores. De una parte, los principios de justicia sustantiva —que no son otros que los principios que reconocen una lista de libertades básicas prioritarias y eficaces— y los valores sustantivos que corresponden a estos principios (tales como la igualdad social, la reciprocidad económica, el bien común y las condiciones para que éstos se realicen)²⁴. De otra, los principios de razonamiento y reglas de evidencia, a la luz de los cuales los ciudadanos pueden decidir si los primeros han sido aplicados correctamente; y los valores de la razón pública propiamente dicha, que contribuyen a que la discusión ciudadana sea pública y razonada (entran aquí virtudes como la civilidad y la razonabilidad)²⁵.

De acuerdo con esto, una política regulatoria de las libertades básicas sería legítima en tanto y en cuanto constituya una aplicación de los principios sustantivos al caso concreto —lo cual no significa otra cosa que el respeto a la prioridad de lo justo ya analizado— llevada a cabo de acuerdo con los principios de razonamiento y reglas de evidencia liberales. Este procedimiento arrojaría como resultado una «respuesta pública razonable», consistente en un contrabalanceo de los valores definidos por ambas clases de principios:

«queremos que el contenido sustantivo y las orientaciones de indagación de una concepción política sean completos. Eso significa que los valores definidos por tal concepción pueden ser adecuadamente contrapesados o combinados, o unidos de alguna forma, según los casos, de manera que sólo esos valores proporcionen una respuesta pública razonable a todas, o a casi todas, las cuestiones relacionadas con las esencias constitucionales y los asuntos de justicia básica»²⁶.

Rawls ejemplifica, con el caso de la penalización del aborto, cómo ciertos balances de valores serían indiscutiblemente irrazonables en un régimen democrático, más allá de la sinceridad con que se sostengan:

«Supongamos (...) que consideramos la cuestión en términos de estos tres valores políticos importantes: el debido respeto a la vida humana, la reproducción ordenada de la sociedad política a lo largo del tiempo, incluyendo de alguna forma a la familia, y finalmente la igualdad de las mujeres como ciudadanos iguales. (Evidentemente, aparte de éstos, hay otros valores políticos importantes). Yo creo, entonces, que cualquier balance razonable entre estos tres valores dará a la mujer un derecho debidamente cualificado a decidir si pone o no fin a su embarazo durante el primer trimestre [pues] (...) en esta primera fase del embarazo, el valor político de la igualdad de las mujeres predomina sobre cualquier otro, y se necesita un derecho para darle a ese valor toda su substancia y toda su fuerza. Aunque los introduyéramos en el balance, otros posibles valores políticos no cambiarían en mi opinión esta con-

23 RAWLS, J., *El liberalismo (...)*, op. cit., p. 259.

24 *Ibidem*.

25 *Ibidem*.

26 *Idem*, p. 260.

clusión (...). Cualquier doctrina comprensiva que lleve a un balance de los valores políticos que excluya ese derecho (...) es, en esta medida, irrazonable; y puede llegar a ser incluso cruel y opresiva; por ejemplo si se niega el derecho en cualquier caso, salvo en los de violación e incesto (...)»²⁷.

Aunque pudiera interpretarse de otro modo, Rawls aclara expresamente, en un trabajo posterior, que lo irrazonable de una solución denegatoria del derecho a abortar no radicaría directamente en su contenido, sino en el balance en que se apoyaría. Lo cual, por otra parte, es coherente con la definición de legitimación vista más arriba, que no exige apego a soluciones concretas sino a modos de argumentar:

«Supóngase ahora, a modo de ejemplo, que la razón pública incluye un argumento razonable en favor del derecho a abortar, pero no incluye ningún balance u ordenamiento de los valores políticos igualmente razonable en contra de ese derecho. En este caso, pero únicamente en este caso, una doctrina comprensiva que niegue el derecho a abortar queda fuera de la razón pública»²⁸.

Dicho esto, conviene centrarse un momento en lo que parece ser el eje de la solución propuesta por Rawls en el enfrentamiento que el aborto plantea entre los valores de la vida y la reproducción de la sociedad, por una parte, y la igualdad, por otro:

«en esta primera fase del embarazo, el valor político de la igualdad de las mujeres predomina sobre cualquier otro, y se necesita un derecho para darle a ese valor toda su substancia y toda su fuerza».

Esta aseveración contiene —al menos— tres especificaciones sobre el modo de realizar razonablemente el contrabalanceo de valores exigido por el procedimiento de la razón pública:

- a. el peso de la igualdad —y por ende también de los otros valores— es variable en función de determinadas circunstancias;
- b. los derechos son un instrumento para la realización de la igualdad en su mayor peso;
- c. los demás valores políticos ceden frente a los derechos, precisamente porque éstos son la expresión de un valor político que, en el caso, ocupa el mayor rango jerárquico.

En rigor, estos puntos suponen la traslación al ámbito de los valores de la doctrina sobre la prioridad de lo justo y de la prioridad de la libertad en particular. Porque los derechos son la expresión de la igualdad ocupando el mayor rango jerárquico, se concluye en la proscripción de desconocer o restringir derechos con el fin de garantizar la prevalencia de otros valores políticos que no sean la igual libertad plasmada en tales derechos. Se vuelve, entonces, sobre el principio básico de la prioridad de la libertad: la libertad es restringible únicamente con el fin de ajustar el sistema igual de libertades.

3.3. El contrabalanceo de valores de igual rango

La doctrina de la prioridad de la libertad o la prevalencia del valor de la igualdad postulada por la razón pública permitirían, quizá, resolver conflictos entre este valor y otros valores políticos. Pero, ¿de qué forma se contrabalancean dos valores políticos de igual rango? En particular, ¿cómo se contrabalancea en el nivel judicial la igual libertad de un sujeto frente a la igual libertad de otro u otros sujetos? Siendo los valores

27 *Teoría de la Justicia*, (...), *op. cit.*, pp. 278-279, n. 32.

28 RAWLS, J., «The Idea of Public Reason Revisited», (...), *op. cit.*, p. 798, n. 80.

enfrentados del mismo rango, parece que cualquier solución sería razonable, en los términos de Rawls.

Rawls no es ajeno a estas dificultades. Antes bien, señala que, puesto que el objeto de la razón pública no está dado por una concepción de justicia en particular, sino por una familia de concepciones de justicia, es posible que existan diferentes respuestas igualmente razonables para una misma cuestión. La tradición de la interpretación juega aquí un rol central. En esta línea, conviene señalar que la razón pública no está dada únicamente por las ideas implícitas en la tradición del pensamiento democrático, sino también por la tradición de su interpretación forjada por una larga práctica constitucional, tal como la estadounidense²⁹. Así, los legisladores y, en lo que a nosotros respecta, los jueces, al definir esta clase de asuntos, en abstracto o en concreto respectivamente, deberán tomar en cuenta la interpretación de los mismos llevada a cabo en la historia del sistema constitucional al cual pertenezcan.

Pero el recurso a la tradición en realidad no soluciona el problema, sino que más bien lo transporta a otro plano, pues siempre existirán cuestiones con una variedad de soluciones igualmente razonables —en los términos de la razón pública—, acerca de las cuales la tradición no se ha pronunciado en forma clara o uniforme o no se ha pronunciado en forma alguna. Teniendo en cuenta estas situaciones, la razón pública no obliga a lograr un acuerdo completo, fáctico o ideal, sobre cualquier materia, sino más bien a proponer balances de valores políticos que *sincera* y *razonablemente* quepa esperar que puedan ser aceptados por un ciudadano libre e igual, más allá de que de hecho logren o no esta aceptación:

«[L]a razón pública a menudo permite más de una respuesta razonable (...) porque hay muchos valores políticos y, (...) diferentes combinaciones de valores, o los mismos valores ponderados de maneras diferentes, tienden a predominar en un determinado caso fundamental (...). Raramente se consigue un acuerdo y abandonar la razón pública cuando hay un desacuerdo a la hora de contrapesar los valores es lo mismo que abandonar esa tarea. Además, (...), la razón pública no nos pide que aceptemos exactamente los mismos principios de justicia, sino más bien que desarrollemos nuestras discusiones fundamentales en términos de lo que consideramos una concepción política. Deberíamos pensar sinceramente que nuestra concepción del asunto está basada en valores políticos de los que puede razonablemente esperarse que serán aceptados por todo el mundo»³⁰.

Del seguimiento de estas pautas, explica Rawls, depende la legitimidad de una ley que resuelva puntos que dividan a una sociedad concreta en posiciones antagónicas igualmente razonables:

«cuando asuntos intensamente discutidos, como el del aborto, pueden conducir a un punto muerto entre las diferentes concepciones políticas, los ciudadanos deben votar en relación a los mismos de acuerdo con su completa disposición de los valores políticos. En realidad, este es un caso normal: la unanimidad de opiniones no debe esperarse. Las concepciones políticas de justicia razonables no siempre conducen a las mismas conclusiones; ni los ciudadanos que sostienen la misma concepción están siempre de acuerdo en lo referente a asuntos particulares. No obstante, el resultado

29 Conviene recordar que si bien Rawls elabora el concepto de razón pública partiendo de la experiencia constitucional norteamericana [cfr. *El liberalismo (...)*, *op. cit.*, p. 266 y ss.], su propuesta —al menos en lo que al contenido de la razón pública concierne— no se limita a esta tradición a la cual, por otra parte, critica abiertamente en ciertos aspectos (Cfr. «Réplica a Habermas» en JÜRGEN HABERMAS, J. RAWLS, *Debate (...)*, p. 113 y ss.)

30 Rawls, J., *El liberalismo (...)*, *op. cit.*, p. 276. Cfr. en el mismo sentido RAWLS, J., «The Idea of Public Reason (...)», *op. cit.*, p. 798.

del voto, (...) debe ser considerado legítimo si todos los funcionarios del gobierno, apoyados por otros ciudadanos razonables de un régimen constitucional razonablemente justo, sinceramente votan de acuerdo con la idea de razón pública. Esto no significa que el resultado sea verdadero o correcto, sino que la ley es razonable y legítima, y obligatoria para los ciudadanos según el principio de la mayoría»³¹.

3.4. El proceso de formación y transformación de la razón pública

En la medida en que la opción del electorado frente a soluciones igualmente razonables se consolide en el tiempo tendrá la virtualidad de contribuir a la formación de la tradición constitucional y, por este medio, a la extensión de la razón pública. Por ello, el Tribunal Supremo de un Estado constitucional puede e incluso debe resolver los asuntos de justicia fundamental respecto de los cuales no existe una tradición fuertemente arraigada, de acuerdo con las opciones *razonables* realizadas en la política ordinaria:

«Una constitución no es lo que el tribunal supremo dice que es. Es, antes bien, lo que el pueblo, actuando constitucionalmente a través de las otras ramas, permite eventualmente al tribunal supremo decir que es. Una particular interpretación de la constitución puede ser impuesta al tribunal mediante enmiendas, o a través de una amplia y continuada mayoría política (...). El propósito de las enmiendas es ajustar los valores constitucionales básicos a las cambiantes circunstancias políticas y sociales, o incorporar a la constitución una comprensión más amplia y más inclusiva de estos valores»³².

La razón pública sería entonces relativamente flexible, por cuanto el sentido o significado de los valores políticos disponibles para solucionar los problemas relativos a las esencias constitucionales puede extenderse, dentro de lo razonable, según las cambiantes circunstancias políticas y sociales. La cuestión estriba, entonces, en determinar qué criterios son aptos para realizar esta extensión. El consenso, pero esta vez el consenso fáctico, no ideal, es la pauta.

Ahora bien, lo que la razón pública no consiente es que este consenso amplíe o limite el abanico de valores políticos, o bien modifique una tradición arraigada de interpretación de los mismos. Los valores políticos inmodificables, conviene recordar, no solamente emanan de la prioridad de lo justo, sino también de una conceptualización de las «indagaciones de la orientación pública». La ampliación de la razón pública, entonces, ha de sujetarse tanto a principios sustantivos como a pautas procedimentales sobre el modo de aplicar los primeros. Y en la verificación del respeto a este doble límite — que no es otra cosa que el límite de lo razonable— se trastocan los roles. El Tribunal Supremo no solamente se libera de sus ataduras al consenso fáctico, sino que, más aun, asume ahora una posición de control sobre el mismo:

«El tribunal podría decir entonces que una enmienda (...) contradice fundamentalmente la tradición democrática del régimen democrático más antiguo del mundo (...). ¿Significa eso que la Carta de Derechos y otras enmiendas están blindadas? Bien, están blindadas en el sentido de que están validadas por una larga práctica histórica.

31 «when hotly disputed questions, such as that of abortion, arise which may lead to a stand-off between different political conceptions, citizens must vote on the question according to their complete ordering of political values. Indeed this is a normal case: unanimity of views is not to be expected. Reasonable political conceptions of justice do not always lead to the same conclusion; nor do citizens holding the same conception always agree on particular issues. Yet, the outcome of the vote, (...) is to be seen as legitimate provided all government officials, supported by other reasonable citizens, of a reasonably just constitutional regime sincerely vote in accordance with the idea of public reason. This doesn't mean the outcome is true or correct, but that it is reasonable and legitimate law, binding on citizens by the majority principle», [RAWLS, J., «The Idea of Public Reason (...)», *op. cit.*, p. 798]

32 RAWLS, J., *El liberalismo (...)*, *op. cit.*, pp. 273-274.

Pueden ser enmendadas por las vías antes mencionadas, pero no simplemente rechazadas y cambiadas de signo. Si eso llegara a ocurrir, (...), se trataría de una ruptura constitucional, de una revolución en el sentido propio de la palabra, y no de una enmienda válida de la constitución. La práctica exitosa de sus ideas y principios a lo largo de dos siglos restringe lo que ahora puede contar como una enmienda válida de la constitución (...)»³³.

Se concluye que la razón pública estaría compuesta por un núcleo duro e inmodificable y por una zona dúctil que, progresivamente, se incorporaría al primero a través de la tradición³⁴. El proceso puede describirse como sigue:

- a) El núcleo duro estaría dado por una serie de valores políticos —sustantivos y procedimentales— jerarquizados en torno a dos valores superiores: la libertad y la igualdad, así como por la tradición de su interpretación constitucional.
- b) Para muchos asuntos de justicia fundamental el núcleo duro de la razón pública no brindaría más que un marco de razonabilidad, cuya concreción inmediata estaría a cargo del Tribunal Supremo. Mas esta concreción no sería discrecional sino que, antes bien, vendría predeterminada por la voluntad del electorado, manifestada a través de una mayoría constante. Cuando esta constancia faltase primaría, en cambio, la discrecionalidad del Tribunal.
- c) La repetición de una misma interpretación a lo largo del tiempo daría lugar a una nueva tradición y, con ello, incorporaría esta solución al núcleo duro o inmodificable. Aquel marco de razonabilidad quedaría reducido, de esta forma, a una única opción razonable.
- d) De esta forma, la formación y transformación del contenido de la razón pública resultaría de una interacción entre el poder legislativo y el poder judicial, donde el primero encauzaría al segundo y éste verificaría que aquél no vulnera el núcleo duro de la razón pública.
- e) La vulneración del núcleo duro situaría a las decisiones legislativas o judiciales fuera de los límites de lo razonable. Constituiría una ruptura del orden constitucional, «una revolución en el sentido propio de la palabra»³⁵.

4. APUNTES CRÍTICOS

La definición última del contenido de las libertades básicas resulta entonces del contrabalanceo de los valores políticos que cada sociedad debe llevar a cabo, por medio de sus canales institucionales, y según el procedimiento de la razón pública. Rawls no señala un resultado obligado para este contrabalanceo ni, anteriormente, qué clase de valores políticos pueden decantarse desde la cultura política no fundamental hacia la razón pública. Esta versatilidad alcanza incluso a las respuestas del liberalismo comprensivo, que según Rawls históricamente precede al liberalismo político y le brinda la mayoría de sus conceptos morales³⁶. Se trata, en el fondo, de la independencia que

33 RAWLS, J., *El liberalismo (...)*, op. cit., p. 274.

34 Rawls desarrolla más ampliamente el carácter flexible de la razón pública, así como el rol del electorado en el proceso de transformación de la misma en «Réplica a Habermas», (...), op. cit., p. 101 y ss.

35 RAWLS, J., *El liberalismo (...)*, op. cit., p. 274.

36 Rawls insiste constantemente en la distinción e independencia, fundamental para el liberalismo político, entre éste último y el liberalismo comprensivo; cfr. *El Liberalismo (...)*, op. cit., pp. 22-24; 109, 130, 157, 233-234.

distingue a toda concepción política de la justicia y que exige su compatibilidad con cualquier doctrina comprensiva razonable. Cuál de todas éstas resulte seleccionada por el consenso, en un momento histórico determinado, para filtrar alguno de sus valores al plano político fundamental es una cuestión irresoluble *a priori*.

Ahora bien el contrabalanceo de valores en el proceso de formación y transformación de la razón pública incluye, según se vio, el contrabalanceo de libertades básicas, ya frente a otras libertades, ya frente al interés común, y la ineludible postergación de alguna de las libertades básicas en juego. La cuestión a determinar es si el criterio para legitimar esta postergación logra despejar las sombras del utilitarismo o del perfeccionismo con la radicalidad que requiere la prioridad de lo justo en cualquier concepción liberal de justicia. Pues bien, lo cierto es que precisamente esta radicalidad pone en jaque la posibilidad de mantener la prioridad de las libertades sobre el interés social utilitario o perfeccionista.

En efecto, el antiperfeccionismo liberal no se agota, según Rawls, en la prioridad de la libertad, esto es, en la indicación de los argumentos aptos para legitimar la injerencia estatal en el ejercicio de las libertades básicas. Antes bien, se extiende hasta la misma «construcción» o elaboración de la lista de libertades básicas y de su régimen de prioridad, que ha de fundarse en concepciones de persona y sociedad independientes: políticas —objeto de un consenso entrecruzado—, no metafísicas. De ahí la formalidad de los criterios con los cuales una mayoría constante o una autoridad judicial deben resolver la prioridad, no ya de la libertad sobre otros valores políticos, sino de unas libertades sobre otras: sinceridad, sentido común y sujeción a las conclusiones no controvertidas de la ciencia.

Las conclusiones de la ciencia, controvertidas o no, están limitadas al campo de lo fáctico, con lo cual a lo sumo podrán clarificar los extremos de hecho en un contrabalanceo de libertades. El sentido común es entonces central en la valoración que determina la preeminencia de una libertad sobre otra. No el sentido común de una persona concebida metafísicamente, sino políticamente, en términos rawlsianos. Esto es, el sentido común de un sujeto que actúa con la «psicología razonable» de un ciudadano democrático. Ahora bien, esta psicología se resume en el deseo de realizar en uno mismo la concepción política de persona articulada en los principios de justicia³⁷. Más aun, este deseo se genera naturalmente en el ciudadano a raíz de su inserción en una sociedad bien ordenada, donde efectivamente rigen principios de justicia liberales. Si esto es así, si el sentido común es engendrado y formado por los principios, no parece que pueda completar las indeterminaciones con elementos de juicio nuevos, distintos a los de los mismos principios de justicia que le dan forma y origen³⁸.

De suerte que, o bien el círculo se rompe, o bien los conflictos entre libertades básicas, o entre éstas y las exigencias del orden público, representan para las concepciones liberales de justicia «puntos muertos» (*stand-off*) insalvables. La necesidad de

37 RAWLS, J., *El liberalismo (...)*, *op.cit.*, p. 116.

38 Esta circularidad presupone la exclusión, como un «caso médico o psiquiátrico», o como un caso de «debilidad de carácter», de toda persona que no comparta el ideal de persona propuesto por los principios de justicia de una sociedad liberal (cfr. RAWLS, J., *El liberalismo (...)*, *op. cit.*, pp. 108 y 218). Esta exclusión ha sido objetada tanto desde un punto de vista teórico por su incoherencia con los presupuestos del liberalismo político (cfr. FURMAN, J., «Political Illiberalism: The Paradox of Disenfranchisement and the Ambivalences of Rawlsian Justice», *Yale Law Journal*, (...), *op. cit.*), como desde una perspectiva práctica, en función de la imposibilidad de desarrollar la vida política de un régimen constitucional en estos términos (cfr. WALDRON, J., *Law and Disagreement (...)*, *op. cit.*, pp. 157-161). Una excelente crítica a la circularidad del pensamiento liberal en general, y rawlsiano en particular, en SHLAG, P., «The Empty Circles of Liberal Justification», *Michigan Law Review*, v. 96, n. 1, pp. 1-46.

superar esta clase de disyuntivas daría lugar, según Rawls, a la extensión de la razón pública mediante la formación de una nueva tradición interpretativa. La cuestión es, una vez más, ¿qué sentido común aplican, la autoridad judicial o una mayoría legislativa para sentar una nueva tradición? ¿el sentido común de qué concepción de persona? Constatada la insuficiencia de la concepción política y descartada la legitimidad de invocar una particular concepción moral —metafísica o comprensiva en el vocabulario rawlsiano—, se desvanece toda posibilidad de sujetar el proceso de extensión de la razón pública a un control de razonabilidad —en términos no rawlsianos— y, con ello, de despejar la sombra del utilitarismo o, en el mejor de los casos, de un bien intencionado perfeccionismo.

Rawls advierte el peligro que esta clase de asuntos representa para la estabilidad y la consecuente necesidad de que la sinceridad se manifieste con la mayor claridad posible. Propone entonces que los ciudadanos introduzcan en las discusiones pertinentes argumentos propios de sus doctrinas comprensivas, con la condición de que, paralelamente, señalen de qué forma las razones comprensivas adelantadas están respaldadas por la razón pública («*the provisio*»). De esta forma, explica Rawls, la concepción política de justicia alcanzaría el máximo nivel de publicidad al cual debe aspirar cualquier concepción política y liberal. Esto es, la situación donde cada ciudadano sabe que los demás ciudadanos aceptan los mismos términos de cooperación y están dispuestos a actuar en consecuencia³⁹.

Pero esta propuesta no logra superar la periferia del problema. En lugar de aportar criterios aptos para resolver objetivamente cuestiones de justicia fundamental, se busca reducir los efectos nocivos para la unión social y la estabilidad que emanan, precisamente, de la ausencia de aquellos criterios. Frente a la impotencia de la razón pública para generar un consenso en torno a la determinación objetiva del contenido de los valores que la integran y a su mutua relación, se intenta fortalecer el consenso que ya existe en torno a los valores políticos *aislada* y *abstractamente* considerados.

Podría interpretarse que la introducción de argumentos comprensivos en las discusiones públicas que, desde el punto de vista de la razón pública, han llegado a un punto muerto (*stand-off*) no tiene por único fin explicitar la adecuación de aquellos argumentos a la razón pública, sino también completarla. Es decir, avanzar más allá de los puntos muertos («*stand-off*») y extender el abanico de valores políticos o combinaciones de valores políticos incluidos en la razón pública. Mas no parece que esta interpretación sea correcta, si se advierte que la «*provisio*» obliga a respaldar el razonamiento comprensivo con un razonamiento paralelo desde de la razón pública. Y este paralelismo sería irrealizable o carecería de sentido si con el primer tipo de razonamiento se intentara avanzar más allá de los límites impuestos por el segundo. Por otra parte, aun cuando esta solución fuera viable, sería inaplicable a la argumentación judicial que debe conducirse exclusivamente por los derroteros de la razón pública⁴⁰.

39 RAWLS, J. «The Idea of Public Reason (...)», pp. 782-784. Rawls señala dos clases de discursos públicos donde la introducción de razones comprensivas no solamente no menoscabaría, sino que más bien fortalecería el ideal de la razón pública. En primer término, la «declaración» (*declaration*), a través de la cual se manifiesta públicamente la compatibilidad entre la propia doctrina comprensiva y una concepción política razonable de justicia. En segundo lugar, Rawls describe la conjetura (*conjecture*), por medio de la cual se argumenta a partir de las doctrinas comprensivas de otros ciudadanos, con el fin de mostrarles que —a pesar de que no lo adviertan— son compatibles con una concepción política razonable (cfr. «The Idea of Public Reason (...)», pp. 786-787).

40 RAWLS, J., *El liberalismo (...)*, op. cit., p. 270; «The Idea of Public Reason (...)», p. 797.

Recapitulando, la interpretación del antiperfeccionismo liberal propuesta por Rawls —la prioridad de lo justo—, conjugada con la búsqueda de una estabilidad fuerte conduce a resultados prácticos opuestos a los que este mismo antiperfeccionismo se propone.

Por una parte, la prioridad de lo justo y, en particular, la doctrina del bien como racionalidad desde la cual esta prioridad define una lista de libertades básicas prioritarias, conduce a una multiplicación de las posibilidades de conflicto, hasta el punto de que casi cualquier conducta exterior puede ser considerada como invasiva de las libertades de terceros. Con esto se vacía de sentido, en lo que al liberalismo político de Rawls concierne, uno de los principios definatorios de la utilización de la coacción: la prioridad de la libertad. De otra parte, y más importante, estos conflictos requieren para su resolución algún criterio extraño a los principios de justicia cuya aplicación, precisamente, genera las posibilidades de conflicto. Y este criterio, en cuanto extraño, no puede dejar de violentar las exigencias de independencia, ya de concepciones éticas, ya de intereses utilitarios.