

Oscar Mejía Quintana\*

## Justicia, legitimidad y Constitución: las condiciones de la paz desde la filosofía política de John Rawls

Fecha de recepción: Agosto 16 de 2009

Fecha de aprobación: Noviembre 3 de 2009

### RESUMEN

El presente escrito busca rastrear en la filosofía jurídica y política de John Rawls, los elementos que permitan comprender en dónde se fundamenta la carencia de legitimidad de un ordenamiento político y las implicaciones que ello conlleva a nivel de su validez jurídica. A partir de los planteamientos desarrollados por ese autor en su *Teoría de la Justicia*, se exponen en detalle las condiciones de posibilidad que la legitimidad supone, los principios de justicia social que operan como constrictores de legitimidad del sistema, así como la necesidad de figuras alternas de disidencia y refrendación ciudadana que la estabilidad de la sociedad requiere. En ese marco se contextualiza la discusión liberal-comunitarista que permite comprender, desde la reconstrucción de los principales postulados de su *Liberalismo Político*, el giro pragmático de su teoría concretado en una concepción pública de justicia concertada por las diferentes visiones onmicomprensivas que conforman la sociedad.

**Palabras clave:** Filosofía Política, Filosofía del Derecho, John Rawls, Legitimidad y Validez, Ordenamiento Político.

### ABSTRACT

This essay investigates the legal and political philosophy of John Rawls to identify the elements that permit an understanding of the basis of the lack of legitimacy in a political order, and the implications that this has on its legal validity. Inspired by the arguments developed by Rawl's in *A Theory of Justice*, this article offers a detailed analysis of the conditions of possibility that legitimacy supposes, the principles of social justice that operate as constraints on the system's legitimacy and the necessity for alternative figures of dissidence and affirmation of citizenship that the stabilization of society requires. Based on a reconstruction of the fundamental ideas in Rawl's *Political Liberalism*, it contextualizes the liberal-communitarian discussion in order to understand the pragmatic turn in his theory that was solidified in a public conception of justice agreed upon by the different and comprehensive visions within society.

**Key-words:** Political Philosophy, Philosophy of Law, Jhon Rawls, Legitimacy and Validity, Political Ordinance.

\* Profesor Asociado de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Filósofo (U.Nacional), Especialista en Filosofía Contemporánea (Georgetwon

## INTRODUCCIÓN

El proceso de negociación para la resolución pacífica del conflicto entre el Gobierno y los grupos insurgentes y la instauración de una zona de despeje para las conversaciones de paz bajo el dominio territorial de uno de tales grupos, además del control no declarado de amplias zonas geográficas del país por parte de otros grupos guerrilleros y paramilitares, puso sobre la mesa dos problemáticas simultáneas: primero, la crisis de legitimidad del ordenamiento derivado de la Constitución del 91 al no haber podido ampliar efectivamente el pacto de interesados representado por la Constitución del 86, clausurado definitivamente por el Frente Nacional a partir de 1958, y lograr la paz en el país. Y, segundo, el grado de validez que ante semejante situación tiene la misma Constitución del 91.

Además de su legitimidad, la unidad del campo jurídico colombiano está en cuestión. En otras palabras, la lectura liberal-positivista de la Constitución parece estar en problemas para definir el estatus de legitimidad y validez que el Estado Social de Derecho tiene en Colombia. Lo que desemboca en la cuestión de cómo renovar las lecturas consensuales de la constitución que le den unidad a la misma y cómo y desde dónde derivar tales principios ordenadores desde los cuales “leer” la Constitución sin necesidad de reformarla o reemplazarla periódicamente<sup>1</sup>.

En los contextos de las sociedades tradicionales en transición estructural como la latinoamericana, la racionalización forzada catalizada por las reformas neoliberales de apertura económica ha generado un proceso de descomposición socio-económica acelerada cuyo resultado inmediato ha sido la desintegración de los estratos tradicionales y su reconversión en clases sociales en el marco de una economía capitalista global endogenizada. Este proceso origina una eclosión de sujetos colectivos cuya reacción aparente es oponerse a todas las medidas de racionalización capitalista –no importa de donde provengan ni que tan adecuadas parezcan ser–.

Colombia se encuentra polarizada por sujetos colectivos provenientes de una sociedad tradicional herida de muerte, con símbolos, valores y tradiciones culturales, sociales y políticas divergentes; desgarrada por múltiples concepciones

---

University, Washington D.C.), Maestría y Doctorado en Filosofía Política y Filosofía del Derecho (Pacific University, Los Angeles). Actualmente, adelanta un (post)Doctorado en el Departamento de Filosofía de la Universidad Nacional. Autor de *La Problemática Infilosófica de la Obediencia al Derecho* (Bogotá, Unibiblos, 2001). *Derecho, Legitimidad y Democracia Deliberativa* (Bogotá, Témis, 1998), *Justicia y Democracia Consensual* (Bogotá, Siglo del Hombre, 1997) y *El Humanismo Crítico Latinoamericano* (Bogotá, M&T Editores, 1993).

<sup>1</sup> Alexy, Robert, *Concepto y Validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 87-89.

de legitimidad, “preformas” jurídico-políticas, mentalidades y racionalidades prácticas antagónicas<sup>2</sup>, que no encuentran en el derecho formal ni en la democracia liberal “a la criolla”, los instrumentos de conciliación e integración postconvencionales necesarios para rehacer el lazo social desintegrado y sentar las bases de una democracia constitucional simétrica donde todos tengan las mismas oportunidades y posibilidades de ingerencia y, sobre tales condiciones, poder replantear un nuevo contrato social más amplio y plural.

En un país donde el “pacto de interesados” ya no es el de las mayorías y, además, se encuentra sitiado por minorías que quedaron al margen de él y no lograron ser incorporadas en la Constitución del 91, cuya principal y más grave deficiencia fue, precisamente, no lograr la paz. Y ante la inexistencia de formas alternativas de disidencia ciudadana nuestro ordenamiento jurídico-político se ve abocado a una paradoja dilemática: o persiste en una estrategia perversa de autolegitimación sin considerar al entorno o se abre a la realidad social para subsumir su complejidad a riesgo de desaparecer como sistema por el eventual exceso de información recibido.

El presente escrito busca rastrear en la filosofía jurídica y política de John Rawls los elementos que permitan comprender en dónde se fundamenta la carencia de legitimidad de un ordenamiento político y las implicaciones que ello conlleva a nivel de su validez jurídica. A partir de los planteamientos desarrollados por ese autor en su *Teoría de la Justicia* (1), se exponen en detalle las condiciones de posibilidad que la legitimidad supone, los principios de justicia social que operan como constrictores de legitimidad del sistema, así como la necesidad de figuras alternas de disidencia y refrendación ciudadana que la estabilidad de la sociedad requiere. En ese marco se contextualiza la discusión liberal-comunitarista (2) que permita comprender, desde la reconstrucción de los principales postulados de su *Liberalismo Político* (3), el giro pragmático de su teoría concretado en una concepción pública de justicia concertada por las diferentes visiones onmicomprensivas que conforman la sociedad, producto de un consenso constitucional y entrecruzado, de donde se desprenden los referentes de la razón pública y los esenciales constitucionales que le posibiliten al tribunal constitucional interpretar la totalidad del ordenamiento jurídico-político.

## 1. LA TEORÍA CONSENSUAL DE LA JUSTICIA

Rawls va a intentar superar las debilidades de los modelos contractualistas clásicos en varias direcciones. Primero, en cuanto a Hobbes, desligando el contrato social de sus preceptos iusnaturalistas, los cuales, pese a sus bondades, recomponían la relación entre moral y política que, precisamente, se había querido replantear. Segundo, en cuanto a Locke y Rousseau, dándole efectivamente al criterio de

---

<sup>2</sup> Al respecto ver, Mejía Quintana, Oscar, “El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls”, en Rawls, John, *El Derecho de los Pueblos*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 1996.

legitimación que ellos le confieren al consenso mayoritario una connotación moral, el cual, gracias a un procedimiento de argumentación claramente establecido, deseché toda posibilidad de arbitrariedad que pueda desembocar en una “dictadura de las mayorías” justificada y absolutizada, además, en tanto voluntad colectiva “moral”<sup>3</sup>. Y, tercero, superando la solución que Kant intenta darle a la problemática generada por el criterio de legitimación fáctico de Locke y Rousseau, pero cuya fundamentación monológica termina quitándole la base consensual al contrato social que los anteriores autores sí habían podido darle. De este conjunto de propósitos surgirá y, durante casi veinte años, madurará la estrategia rawlsiana, que alcanzará en *A Theory of Justice* su primera formulación definitiva, la que se verá complementada nueve años más tarde, en 1980, con sus conferencias sobre el constructivismo kantiano.

### 1.1. La teoría

La *Teoría de la Justicia* termina de redondear la crítica al utilitarismo que Rawls había emprendido 20 años atrás, cuando decide acoger la tradición contractualista como la más adecuada para concebir una concepción de justicia como equidad capaz de satisfacer por consenso las expectativas de igual libertad y justicia distributiva de la sociedad. Para ello concibe un procedimiento de consensualización, la posición original, de la que se derivan, en condiciones simétricas de libertad e igualdad argumentativas, unos principios de justicia que orientan la construcción institucional de la estructura básica de la sociedad, a nivel político, económico y social<sup>4</sup>.

El propósito de Rawls será tratar de fundamentar una teoría de la justicia contractualmente, buscando generalizar y llevar a un nivel conceptual más alto la visión tradicional del contrato social, superando las inconsistencias señaladas. Para eso, Rawls va a utilizar un singular *tour de force* del que precisamente se derivarán las connotaciones sustanciales de su teoría: intentará “kantianizar” a Locke y Rousseau y “locke-rousseauianizar” a Kant para lograr un contrato social moralmente fundamentado.

En efecto, Rawls busca fundamentar una teoría de la justicia como imparcialidad que supere la concepción convencional del utilitarismo, evitando igualmente los excesos abstractos de lo que denomina intuicionismo. Para ello plantea unos principios de la justicia desde los cuales se derive todo el ordenamiento social pero cuya selección garantice, primero, la necesidad racional de los mismos, segundo, su rectitud moral y, tercero, una base consensual que los legitime.

De allí por qué precise darle contenido ético-racional al contrato social y carácter contractual a los imperativos morales kantianos para superar lo que eventualmente

<sup>3</sup> Ver un estudio más detallado en Mejía Quintana, Oscar, “La tradición contractualista”, en *Justicia y Democracia Consensual*, Bogotá, D.C., Siglo del Hombre, 1997, pp. 13-35.

<sup>4</sup> Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, F.C.E., 1979.

podrían considerarse debilidades en ambos planteamientos, a saber: un contrato social que, aunque asumido por la mayoría, pueda ser arbitrario, y unos imperativos morales que carezcan de la necesaria deliberación colectiva. Rawls observa que “existe una manera de pensar acerca de la sociedad que hace fácil suponer que la concepción de la justicia más racional es la utilitarista”<sup>5</sup>. La base de esto es la consideración de que lo más justo para un ser humano es la mayor satisfacción de sus deseos en el transcurso de su vida<sup>6</sup>.

Del principio de utilidad para un solo individuo se extrapola el fundamento de la justicia social<sup>7</sup>. En esta visión, sostiene Rawls, no importa de qué manera se distribuye la suma de satisfacciones entre el conjunto de la sociedad ni, tampoco, el condicionamiento temporal para la realización de las mismas<sup>8</sup>. La proyección racional de los deseos del individuo al conjunto de la sociedad legitima el principio de utilidad como criterio de justicia social. La figura metodológica del utilitarismo para fundamentar esto, sostiene Rawls, es la del espectador imparcial. A través de ella son proyectados los deseos del individuo al conjunto de la sociedad y, por tanto, lo que es bueno o justo –en últimas útil– para el individuo debe serlo necesariamente para la sociedad como conjunto<sup>9</sup>.

Como es obvio, Rawls no puede considerar semejante procedimiento moralmente justo, pues no se trata sino de los intereses individuales disfrazados y autolegitimados como intereses generales, sin que medie ningún procedimiento de argumentación que establezca los parámetros de aceptación moral de los principios ni, mucho menos, ningún acuerdo social que los sancione como justos o, al menos, concertados por la mayoría de la sociedad<sup>10</sup>. Rawls revela así las incongruencias metodológicas y las debilidades morales del utilitarismo y, de hecho, fundamenta así una crítica demoledora contra uno de los pilares de la cultura anglosajona y angloamericana, lo cual ha suscitado debates de enorme magnitud sobre uno de los criterios morales, políticos y de justicia social más arraigado de esas latitudes<sup>11</sup>.

### **La posición original**

Rawls va a concebir un procedimiento de argumentación moral para garantizar que los principios de la justicia sean escogidos contractualmente, pero rodeando ese contrato de todas las garantías necesarias para que sea el de hombres racionales

<sup>5</sup> Ibíd., p. 41.

<sup>6</sup> Ver, en general, Stuart Mill, John, *Utilitarianism*, Indianapolis, Hackett Publishing Company, 1979.

<sup>7</sup> Ibíd., p. 42.

<sup>8</sup> Ibíd., pp. 44-45.

<sup>9</sup> Ibíd., p. 45.

<sup>10</sup> Ibíd., pp. 45-46.

<sup>11</sup> Al respecto ver, por ejemplo, Smart, J.J.C. & Williams, Bernard, *Utilitarianism: For & Against*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973; y Sen, Amartya & Williams, Bernard (Eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

y morales que no contaminen con sus juicios egoístas la imparcialidad de los mismos<sup>12</sup>.

Un primer constructo que utiliza inicialmente para ello será el de la posición original, con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que garantice la imparcialidad de los acuerdos fundamentales: "... la posición original es el status quo inicial apropiado que asegura que los acuerdos fundamentales alcanzados en ella sean imparciales"<sup>13</sup>.

Allí se trata de averiguar cuáles principios sería racional adoptar en una situación contractual, sin caer en el utilitarismo y sin partir de las preconcepciones propias del intuicionismo. Rawls, entonces, imagina una situación en la que todos están desprovistos de información que pueda afectar sus juicios sobre la justicia, excluyendo así el conocimiento de las contingencias que ponen a los hombres en situaciones desiguales y les introducen preconceptos en la selección de los principios directores:

"El concepto de la posición original... es el de la interpretación filosóficamente más favorable de esta situación de elección inicial con objeto de elaborar una teoría de la justicia"<sup>14</sup>.

La posición original debe garantizar una situación inicial de absoluta neutralidad que asegure la imparcialidad de los principios de justicia. En ese propósito "... parece razonable y generalmente aceptable que nadie esté colocado en una posición ventajosa o desventajosa por la fortuna natural o por las circunstancias sociales al escoger los principios"<sup>15</sup>. De igual manera, así como se considera razonable que no haya situaciones iniciales de ventaja o desventaja tampoco lo es que los principios generales sean, como en el caso del utilitarismo, proyecciones sociales de los intereses individuales de los participantes: "Parece también ampliamente aceptado que debiera ser imposible el proyectar principios para las circunstancias de nuestro propio caso"<sup>16</sup>.

### **El velo de ignorancia**

Con el fin de garantizar la mayor imparcialidad de los principios se requiere establecer una serie de restricciones de información que no le permitan a los participantes un conocimiento específico de las circunstancias sociales que los coloque en ventaja entre sí mismos, pero también, frente a otras generaciones que no están presentes en la situación contractual. En tal sentido, "... se excluye el conocimiento de aquellas circunstancias que ponen a los hombres en situaciones desiguales y les permiten que se dejen guiar por sus prejuicios"<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, op. cit., pp. 35-40.

<sup>13</sup> *Ibíd.*, p. 35.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p. 35.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, p. 36.

<sup>16</sup> *Ibíd.*, p. 36.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, p. 36.

Si lo anterior constituía la condición de posibilidad general para lograr que en el procedimiento de selección de los principios todos los agentes estuvieran en una situación “neutra” similar, Rawls recurre enseguida a un mecanismo más específico para garantizar ello. El velo de ignorancia es el subconstructo que permite, efectivamente, que al interior de la posición original todos sean iguales y tengan los mismos derechos en la manera para escoger los principios de la justicia.

El propósito del velo de ignorancia es representar la igualdad de los seres humanos en tanto personas morales y asegurar que los principios no serán escogidos heteronomamente: “... el propósito de estas condiciones es representar la igualdad entre los seres humanos en tanto que criaturas que tienen una concepción de lo que es bueno y que son capaces de tener un sentido de la justicia”<sup>18</sup>. Y así lo enfatiza más adelante:

*... tenemos que anular los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstancias naturales y sociales en su propio beneficio. Para lograr esto supongo que las partes están situadas bajo un velo de ignorancia*<sup>19</sup>.

Las partes no pueden conocer determinada información que viciaría los contenidos de los principios de justicia. No conocen su posición social, sus talentos o capacidades, sus rasgos psicológicos, como tampoco las condiciones políticas, económicas o culturales de su propia sociedad ni la generación a la que pertenecen. Aunque no conocen esta información específica sobre sí mismos y su sociedad, sí tienen acceso, por el contrario, a cierto tipo de información general tal como que la estructura social debe regirse por principios de justicia, así como a teorías y leyes generales de carácter político, económico y psicológico que pueden contribuir en sus deliberaciones sobre los principios de justicia: “Nadie conoce su situación en la sociedad ni sus dotes naturales y por lo tanto nadie está en posición de diseñar principios que le sean ventajosos...”<sup>20</sup>.

La posición original y el velo de ignorancia hacen posible un acuerdo unánime sobre los principios de la justicia que, de otra manera, sería imposible concertar con garantías consensuales y morales suficientes sobre el contenido de los mismos<sup>21</sup>. Para Rawls, la posición original y el velo de ignorancia constituyen la situación y el mecanismo que permite que los principios de justicia satisfagan dos condiciones que los modelos contractualistas anteriores no habían logrado realizar. Primero, garantizar plenamente el procedimiento y la base consensual del contrato social; y, segundo, gracias a lo anterior y a las restricciones de información impuestas por el velo de ignorancia, imprimirle a la selección de los principios de la mayoría la legitimidad moral que evite cualquier asomo de arbitrariedad.

---

<sup>18</sup> Ibíd., p. 37.

<sup>19</sup> Ibíd., p. 163.

<sup>20</sup> Ibíd., p. 166.

<sup>21</sup> Ibíd., p. 167.

Rawls no descarta, por último, que los principios de justicia que intuitivamente consideremos acertados sean los que, finalmente, asumamos por consenso. Lo que sí descarta es que, antes del proceso de argumentación, sean estos asumidos como principios reguladores. A través de ello, tanto los principios derivados del utilitarismo como los presupuestos por el intuicionismo son filtrados por el procedimiento de argumentación y consenso, accediendo a unos principios moralmente válidos y socialmente aceptados por todos.

### **Los bienes sociales primarios**

Pero la primera objeción que podría hacerse a este planteamiento, afirma el mismo Rawls, es que al desconocer las particularidades de su vida y de la vida social, las partes no tendrían criterios sólidos para seleccionar los principios de justicia más adecuados, cayendo en el abstraccionismo en el que han caído otros modelos o concepciones de justicia<sup>22</sup>.

Con el fin de evitar la objeción anotada Rawls introduce, pues, la noción de bienes primarios, de especial importancia en su teoría, por cuanto que son ellos los que le imponen “límites de realidad”, tanto a la concepción como a la realización de los principios de justicia seleccionados en la posición original a través del velo de ignorancia. Tales bienes primarios, fundamentales para el individuo en tanto persona moral y ciudadano, cuya noción es posteriormente profundizada por Rawls<sup>23</sup>, son los siguientes:

- (i) *Las libertades básicas (libertad de pensamiento y libertad de conciencia, etc.) forman el trasfondo institucional necesario para el desarrollo y el ejercicio de la capacidad de decidir, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien. Igualmente, estas libertades permiten el desarrollo y ejercicio del sentido de lo recto y de la justicia en condiciones políticas libres.*
- (ii) *La libertad de movimiento y la libre elección de ocupación sobre un trasfondo de oportunidades diversas son necesarias para la persecución de fines últimos así como para poder llevar a efecto una decisión de revisarlos y cambiarlos si uno desea.*
- (iii) *Los poderes y prerrogativas de cargos de responsabilidad son necesarios para dar campo a diversas capacidades sociales y de autogobierno del sujeto.*
- (iv) *La renta y la riqueza, entendidas en un sentido debidamente lato, son medios omnivalentes (y con valor de cambio) para alcanzar*

<sup>22</sup> Ibíd., pp. 169-170.

<sup>23</sup> Rawls, John, “Unidad social y bienes primarios”, en *Justicia como Equidad*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 187-211.

*directa o indirectamente una amplia gama de fines, cualesquiera que resulten.*

*(v) Las bases sociales del respeto de sí mismo son aquellos aspectos de las instituciones básicas que normalmente son esenciales para que los ciudadanos tengan un sentido vivo de su propio valor como personas morales y sean capaces de realizar sus intereses de orden supremo y promover sus fines con confianza en sí mismos<sup>24</sup>.*

Estos bienes primarios son necesidades que los ciudadanos, como personas libres e iguales, requieren para el desarrollo de sus planes racionales de vida y, como tales, tienen conocimiento de ellos en sus consideraciones al interior de la posición original, en cuanto saben que los principios de justicia deben asegurarles un número suficiente de éstos en su vida ciudadana<sup>25</sup>.

La teoría de los bienes primarios se convierte en la reconversión rawlsiana de la teoría aristotélica y kantiana del bien, imprimiéndole a las mismas un giro bastante *sui generis*. Con ello Rawls busca demostrar que, primero, hablar del bien en el contexto de una sociedad es tener en cuenta esos mínimos bienes primarios a través de los cuales el hombre logra la felicidad (Aristóteles); y, segundo, que la racionalidad (Kant) de las partes debe connotar una proyección concreta en la realización de los planes de vida del ciudadano que tiene que ser contemplada, al menos genéricamente, en la discusión sobre los principios de justicia.

### **Los principios de la justicia**

Del procedimiento de discusión contractual moralmente válido y legítimo, Rawls deriva un *segundo constructo* de su teoría de la justicia, el de los dos principios básicos de su teoría de la justicia. Los principios buscan regular la estructura básica de la sociedad y disponen la organización de los derechos y deberes sociales, así como los parámetros económicos que pueden regir a los individuos que la componen. El primer principio define el ordenamiento constitucional de la sociedad y el segundo la distribución específica del ingreso, riqueza y posibilidad de posición de los asociados.

En el marco de ellos, Rawls introduce un nuevo subconstructo, de especial importancia, que denomina orden lexicográfico consecutivo, un “orden serial” por el cual ningún principio interviene mientras no hayan sido satisfechos los primeros<sup>26</sup>. De esta forma, el principio de igual libertad será situado en una jerarquía anterior y con un carácter inalienable, quedando el principio regulador de las desigualdades económicas y sociales supeditado a él. El orden lexicográfico consecutivo garantiza no sólo el orden de aplicación de los principios sino el

<sup>24</sup> Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, op. cit., p. 193.

<sup>25</sup> *Ibíd.*, pp. 289-290.

<sup>26</sup> *Ibíd.*, p. 83.

criterio permanente para solucionar los eventuales conflictos de interpretación y aplicación que puedan presentarse.

La *formulación final* de los Principios de la Justicia es, entonces, la siguiente:

### **Primer Principio**

*Cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos.*

### **Segundo Principio**

*Las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para:*

- a) *mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de aborro justo, y*
- b) *unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades.*

### **Primera Norma de Prioridad (La Prioridad de la Libertad)**

*Los principios de la justicia han de ser clasificados en un orden lexicográfico, y, por tanto, las libertades básicas sólo pueden ser restringidas en favor de la libertad en sí misma.*

*Hay dos casos:*

- a) *una libertad menos extensa debe reforzar el sistema total de libertades compartido por todos;*
- b) *una libertad menor que la libertad igual debe ser aceptada por aquellos que detentan una libertad menor.*

### **Segunda Norma de Prioridad (La Prioridad de la Justicia sobre la Eficacia y el Bienestar)**

*El segundo principio de la justicia es lexicográficamente anterior al principio de la eficacia, y al que maximiza la suma de ventajas; y la igualdad de oportunidades es anterior al principio de la diferencia. Hay dos casos:*

- a) *la desigualdad de oportunidades debe aumentar las oportunidades de aquellos que tengan menos;*
- b) *una cantidad excesiva de aborro debe, de acuerdo con un examen previo, mitigar el peso de aquellos que soportan esta carga.*

### *Concepción general*

*Todos los bienes sociales primarios—libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza, y las bases de respeto mutuo—, han de ser distribuidos de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados<sup>27</sup>.*

El orden lexicográfico define las dos normas de prioridad. En primer lugar, la prioridad de la libertad, y, en segundo lugar, la prioridad de la justicia sobre la eficacia y el bienestar: Estos principios no sólo constituyen el fundamento consensual de todo el ordenamiento jurídico positivo sino que, simultáneamente, son un *criterio de interpretación y legitimación* de todas las medidas que el Estado tome en torno a la sociedad. De ellos se derivan, pues, tanto las interpretaciones constitucionales como las interpretaciones ciudadanas sobre las leyes y medidas que afectan el orden social.

## **1.2. Las instituciones**

### ***Objeción de conciencia y desobediencia civil***

Rawls enmarca la “posición original” como el primer momento de lo que ha llamado la secuencia de cuatro etapas. La segunda etapa estaría caracterizada por un congreso constituyente que desarrolla en términos jurídico-positivos los principios de justicia, a nivel constitucional, que habrán de regular la estructura básica de la sociedad y que a su vez determinan las dos siguientes etapas: la de los congresos legislativos subsecuentes y la de la aplicación jurisdiccional y la administración pública de las normas en casos de conflicto específicos.

En este punto queda claro que, más allá de su significación como procedimiento de justificación moral, la posición original expresa el imperativo político porque en la cumbre de la pirámide jurídico-político, la norma básica —en palabras de Kelsen— sea el producto de un consenso que le confiera no sólo legitimidad al sistema sino validez, logrando que en ese fundamento consensual coincidan, a un mismo tiempo, como lo sugiere Hart, el punto de vista interno que predique la validez del sistema jurídico y el punto de vista externo que predique la eficacia y legitimidad del mismo.

Estas etapas, que en Rawls responden a dos momentos diferentes, viene determinada por su pretensión inicial sobre el papel de la justicia: el de regular el sistema de cooperación social forjando instituciones virtuosas que le permitan a la ciudadanía la realización imparcial de sus planes racionales de vida. Los principios de justicia fueron concebidos, no para hacer virtuosas a las personas sino para hacer virtuosas a las instituciones, pues son ellas las que deben poder regular los conflictos e identidades de intereses de la sociedad, garantizando con su imparcialidad el sistema de cooperación social que la rige y la estructura general

<sup>27</sup> *Ibíd.*, pp. 340-341.

bien ordenada que debe caracterizarla. En estas etapas, el velo de ignorancia también es consustancial a las mismas, pero deviene más tenue en la medida en que la vida social exige de las disposiciones legislativas y jurisdiccionales una regulación específica de los casos pertinentes.

El objetivo primordial de las etapas constitucional, legislativa y judicial será garantizar que los principios de justicia vayan filtrando, en sus aplicaciones concretas, todas las instituciones y situaciones sociales que precisen su regulación. La etapa constitucional desarrolla el primer principio mientras que la legislativa desarrolla el segundo, siendo el tercero el guardián de los dos. Rawls, además, le confiere a la ciudadanía, en caso de no ser adecuadamente aplicados los principios, la posibilidad de acudir a mecanismos como la objeción de conciencia y la desobediencia civil con el fin de garantizar la correcta aplicación de los mismos.

Estos dos mecanismos, los cuales deben ser garantizados plenamente por la constitución política, son instrumentos de supervisión, presión y resistencia de la ciudadanía sobre el ordenamiento jurídico positivo, para que este cumpla en forma efectiva, a través de sus disposiciones legales, decisiones judiciales y políticas públicas, el sentido y alcance de los principios de justicia. Con lo cual Rawls supera la gran debilidad del contractualismo clásico, salvo quizás Hobbes aunque incluido Kant, que siempre desecharon la posibilidad de acudir a cualquier forma de resistencia ciudadana.

### **1.3. Los constructos de los fines de la justicia**

#### ***El equilibrio reflexivo***

Rawls introduce un tercer constructo estructural, el del equilibrio reflexivo, con el cual la plausibilidad de los principios se irá comprobando paulatinamente al contraponerlos con las propias convicciones y proporcionar orientaciones concretas, ya en situaciones particulares. Se denomina equilibrio porque "... finalmente, nuestros principios y juicios coinciden; y es reflexivo puesto que sabemos a qué principios se ajustan nuestros juicios reflexivos y conocemos las premisas de su derivación".

Equilibrio que Rawls no concibe como algo permanente sino sujeto a transformaciones por exámenes ulteriores que pueden hacer variar la situación contractual inicial. El equilibrio reflexivo admite dos lecturas. La primera lectura metodológica, se trata de buscar argumentos convincentes que permitan aceptar como válidos el procedimiento y los principios derivados. No basta justificar una determinada decisión racional sino deben justificarse también los condicionantes y circunstancias procedimentales. En este sentido, se busca confrontar las ideas intuitivas sobre la justicia, que todos poseemos, con los principios asumidos, logrando un proceso de ajuste y reajuste continuo hasta alcanzar una perfecta concordancia.

Con esto se intenta razonar conjuntamente sobre determinados problemas morales, poniendo a prueba juicios éticos del individuo. Así, la racionalidad moral

se convierte en racionalidad deliberativa y la situación ideal es contrastada y enjuiciada por la razón práctica, propiciando la transformación de los imperativos morales abstractos en normas ideales específicas que el individuo, en tanto sujeto moral y ciudadano, se compromete a cumplir por cuanto han sido fruto de un procedimiento consensual de decisión y de su libre elección racional.

El equilibrio reflexivo se constituye en una especie de auditaje subjetivo desde el cual el individuo asume e interioriza los principios concertados como propios pero con la posibilidad permanente de cuestionarlos y replantearlos de acuerdo a nuevas circunstancias. Ello se convierte en un recurso individual que garantiza que el ciudadano, en tanto persona moral, pueda tomar distancia frente a las decisiones mayoritarias que considere arbitrarias e inconvenientes. De esta manera, la “exigencia de unanimidad... deja de ser una coacción”.

La voluntad general no puede ser impuesta con el argumento de ser moralmente legítima por ser mayoritaria: tiene que ser subsumida libremente por el individuo, en todo tiempo y lugar. El contrato social tiene que tener la posibilidad de ser legitimado permanentemente, no sólo desde el impulso del consenso mayoritario sino, primero que todo, desde la conciencia individual del ciudadano que pueda disentir del orden jurídico existente.

El equilibrio reflexivo es la polea que permite articular la dimensión política con la individual, dándole al ciudadano, como persona moral, la posibilidad de replantear los principios de justicia y la estructura social que se deriva de ellos cuando sus convicciones así se lo sugieran. Con ello Rawls pretende resolver la contradicción que había quedado pendiente en el contractualismo clásico entre la voluntad general y la autonomía individual, que Kant había intentado resolver sin mucha fortuna.

La segunda lectura del equilibrio reflexivo es política y, sin duda, más prospectiva. Aquí, los principios deben ser refrendados por la cotidianidad misma de las comunidades en tres dimensiones contextuales específicas: la de la familia, la del trabajo y la de la comunidad, en general. Sólo cuando desde tales ámbitos los principios universales pueden ser subsumidos efectivamente, se completa el proceso.

En este punto pueden darse varias alternativas: la primera es la aceptación de los principios, y del ordenamiento jurídico-político derivado de ellos, por su congruencia con nuestro sentido vital de justicia. La segunda es la marginación del pacto pero reconociendo que los demás sí pueden convivir con ellos y que es una minoría la que se aparta de sus parámetros, reclamando tanto el respeto para su decisión como las mismas garantías que cualquiera puede exigir dentro del ordenamiento. La tercera es el rechazo a los principios y la exigencia de recomenzar el contrato social, es decir, el reclamo por que el disenso radical sea tenido en cuenta para rectificar los términos iniciales del mismo. Normativamente significa que el pacto nunca se cierra y que siempre tiene que quedar abierta la posibilidad de replantearlo.

## 2. LA POLÉMICA LIBERAL-COMUNITARISTA

Las primeras reacciones a la propuesta rawlsiana, en la misma década del 70, van a provenir, desde la orilla liberal, de los *modelos neocontractualistas* de Nozick<sup>28</sup> y Buchanan<sup>29</sup>, siguiendo a Hobbes y Locke respectivamente, y más tarde, aunque en forma menos sistemática, la del mismo Hayek<sup>30</sup>. Un tanto tardía, diez años después, Gauthier<sup>31</sup> igualmente se inscribe en el marco de esta crítica liberal a Rawls. Todas teniendo como denominador común la reivindicación de la libertad sin constricciones, la autorregulación de la economía sin intervencionismo estatal, la minimización del Estado y la reivindicación del individuo y su racionalidad instrumental.

La propuesta más representativa de esta tendencia sin duda la constituye la posición libertariana de Robert Nozick. Su planteamiento se basa en tres principios: el 'principio de las transferencias' según el cual cualquier cosa adquirida justamente puede ser transferida libremente; el 'principio de la adquisición inicial justa' y el 'principio de rectificación de justicia' que proporciona el criterio para actuar sobre las adquisiciones injustas. De ellos, paulatinamente, Nozick justifica la existencia de un Estado Mínimo que, en términos contemporáneos, estaría actualizando el ideal anarquista de la plena jurisdicción del individuo sobre sí mismo sin intervenciones estatales, su racionalidad maximizadora de utilidades, poniendo de presente, con ello, el poderoso potencial utópico del ideario neoliberal.

Buchanan, por su parte, siguiendo el modelo hobbesiano, va a reivindicar el carácter absoluto del estado de naturaleza inicial, en cuanto lo que en él se gana no puede posteriormente ser desconocido por el estado político. El contrato constitucional, de donde surge el orden estatal, sólo puede convalidar lo que los actores ya han adquirido de hecho –por la fuerza o por su capacidad productiva– en el estado de naturaleza, potenciando la optimización de sus utilidades futuras a través del establecimiento de un marco de derechos constitucionales que así lo propicien.

Hayek, pese a que en un primer momento no desarrolla una crítica a Rawls (su obra se publica en tres tomos durante un periodo de seis años) fundamenta un duro y punzante cuestionamiento al modelo de Estado de bienestar y su concepción de justicia distributiva. La noción básica girará en torno al principio de autorregulación de la esfera económica y la necesidad de una intervención moderada que fije reglas a largo plazo que permita a los agentes económicos, particularmente, reconocer con claridad las condiciones superestructurales que pretendan imponerse a la dinámica del mercado.

<sup>28</sup> Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, F.C.E., 1988 (1974).

<sup>29</sup> Buchanan, James, *The Limits of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1975.

<sup>30</sup> Hayek, Friedrich, *Droit, Legislation et Liberté*, Paris, PUF, 1995 (1973-1979).

<sup>31</sup> Gauthier, David, *La Moral por Acuerdo*, Barcelona, Gedisa, 1994 (1986).

Gauthier plantea, mucho más tarde, en una crítica más general a Rawls, que el problema fundamental de la ética moderna es la reconciliación de la moralidad con la racionalidad<sup>32</sup>. La teoría de la justicia de Rawls cree haberlo conseguido en cuanto los principios de justicia escogidos son los principios que personas racionales seleccionan, en condiciones de igualdad, para promocionar sus propios intereses. El concepto de racionalidad que emplea Rawls la identifica con la maximización de la utilidad individual en la suposición de que hay una clase de bienes sociales primarios cuyo incremento representa siempre un incremento de utilidad. La aceptación por parte de Rawls de esa concepción de razón dominante en la sociedad, determina de algún modo su propio marco ideológico el cual se identifica con el marco liberal individualista. La crítica de Gauthier se orienta a que es necesario modificar el principio de la diferencia dado el marco liberal individualista.

Iniciando la década de los 80 se origina la *reacción comunitarista* de MacIntyre<sup>33</sup>, Taylor<sup>34</sup>, Walzer<sup>35</sup> y Sandel<sup>36</sup> que da origen a una de las más interesantes polémicas filosófico-políticas del siglo XX<sup>37</sup>. MacIntyre representa el mundo moral contemporáneo como un conflicto de tradiciones con formas de vida social y racionalidades prácticas no sólo diferentes sino, en muchos casos, diametralmente opuestas. Cada cultura es parte de una historia y una tradición con una concepción de justicia y racionalidad que ha entrado en conflicto con otras tradiciones con diferentes patrones de desarrollo y en diferentes momentos de la historia.

Sin embargo, la paradoja de la tradición liberal, es su falsa creencia –impuesta por la fuerza– de que todo fenómeno cultural puede ser traducido a su propio lenguaje, el liberal. La verdad es que las tradiciones son claramente incommensurables y no hay una tradición neutral desde la cual observar y muchos menos juzgar a las demás. Adicionalmente, el liberalismo no concede un lugar central al mérito en sus alegatos sobre la justicia: la sociedad se compone de individuos que deben avanzar juntos y formular reglas comunes. Las reglas salvaguardan a cada uno en tal situación, pero en esta visión individualista el mérito –y las virtudes que lo fundan– es descartado. La política moderna no puede lograr un consenso moral auténtico. La justicia se rebaja de virtud individual y social a mero procedimiento. El Estado no expresa entonces la comunidad moral de los ciudadanos sino un conjunto de convenios institucionales para lograr la unidad burocrática, sin fundamento moral<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> Gauthier, David, *Egoísmo, Moralidad y Sociedad Liberal*, Barcelona, Paidós, 1998, pp. 41-65.

<sup>33</sup> MacIntyre, Alasdair, *After Virtue*, London, Duckworth, 1981.

<sup>34</sup> Taylor, Charles, *Sources of the Self*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1989.

<sup>35</sup> Walzer, Michael, *Spheres of Justice*, New York, Basic Books, 1983.

<sup>36</sup> Sandel, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

<sup>37</sup> Mulhall, Stephen & Swift, Adam, *Liberals & Communitarians*, Oxford & Cambridge, Blackwell, 1992.

<sup>38</sup> Ver De Greiff, Pablo, “MacIntyre: narrativa y tradición”, en *Revista Sistema*, Madrid, Separata, 1989, pp. 99-116.

Por otro lado, Charles Taylor, partiendo del horizonte comunitarista, intenta explicar el origen, características y consecuencias de la política del reconocimiento, así como precisar un modelo político que pueda defender y promover de manera más amplia las diferencias culturales. Desde una perspectiva postilustrada, no paleoaristotélica como la de MacIntyre, Taylor rescata las raíces colectivas de la individualidad, mostrando que todo ser humano sólo se define desde una tradición y unos valores encarnados en la comunidad que no pueden ser desconocidos y que, por el contrario, deben ser reconocidos explícitamente para una plena valoración de la persona.

Walzer, por su parte, ataca al liberalismo –y con ello directamente a Rawls– enfilando sus críticas a la noción de bienes sociales primarios. Estos no pueden ser fijados en términos universales, abstrayéndose de un contexto particular, pues cada comunidad posee un patrón de bienes sociales específicos propio a su tradición e identidad. El liberalismo impone en forma hegemónica su concepción particular sobre el conjunto de espectros alternativos, contradiciendo así sus propios postulados de libertad y tolerancia al ignorar y desconocer, socialmente, la legitimidad de la visión de cada comunidad sobre los bienes que considera valiosos y, por tanto, susceptibles de distribución.

Después de esta primera serie de críticas, la discusión entra en una segunda etapa con el simposio sobre “Jurisprudencia y Política Social” realizado en la Universidad de California en Berkeley, en 1989. Allí las críticas comunitaristas se proyectan a un nivel más jurídico e institucional y lentamente la polémica se centra, por la reacción de los liberales (Dworkin, Larmore, Williams), en el terreno de la teoría constitucional lo cual explica muchos de los conceptos que inspiran el giro rawlsiano de *Liberalismo Político*.

Dworkin, con su propuesta de una comunidad liberal y la necesidad de que el liberalismo adopte una ética de la igualdad, fundamenta la posibilidad de que, coexistiendo con sus principios universales de tolerancia, autonomía del individuo y neutralidad del Estado, el liberalismo integre valores reivindicados por los comunitaristas como necesarios para la cohesión de la sociedad, tales como la solidaridad y la integración social, en un nuevo tipo de “liberalismo integrado o sensible a la comunidad”<sup>39</sup>. A lo que los comunitaristas (Sandel, Selznick, Taylor) han respondido sosteniendo que, de cualquier manera, su crítica se dirige a la reducción liberal de que la vida colectiva de la comunidad se agota exclusivamente en su dimensión política, en detrimento de otras esferas no menos fundamentales para su existencia como tal<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Ver, sobre esta segunda etapa del debate comunitarista-liberal, el ensayo de Ferrara, Alessandro, “Sobre el concepto de comunidad liberal”, en *Revista de Filosofía Política* (No. 3), Madrid, Editorial Anthropos, 1994, pp. 122-142.

<sup>40</sup> Ver Thiebaut, Carlos, “Universalidad, pluralismo cultural e identidad moral” (Entrevista), en *Revista de Filosofía Política* (No. 3), Madrid, Editorial Anthropos, 1994.

Lo interesante de ello es que esta réplica comunitarista, precisamente, se va a fundamentar en dos tesis que se infieren, de forma directa, de las críticas de MacIntyre: primero, la de la imposibilidad de la neutralidad del Estado y la justicia y, segundo, la de que ese ideal de neutralidad mina e invalida la capacidad, efectiva o potencial, de integración de una comunidad.

Además de sus críticas al liberalismo, que en esencia habían sintetizado el conjunto de objeciones comunitaristas al proyecto liberal en general y a la teoría de la justicia rawlsiana, Sandel desarrolla, posteriormente, un modelo de democracia comunitarista<sup>41</sup> que lo acerca sustancialmente al republicanismo. El problema ya no se plantea como una crítica académica a los presupuestos de lo que denomina la teoría liberal de la justicia sino que se interpreta a un nivel del desarrollo social que, en el contexto de los Estados Unidos, pone en peligro la estabilidad institucional y la cohesión misma de la sociedad norteamericana.

Will Kymlicka<sup>42</sup> tercia en toda esta discusión intentando crear una teoría liberal sensible a los supuestos comunitaristas que equilibre tanto los derechos humanos, irrenunciables para la tradición liberal, como los derechos diferenciados en función de grupo, aquellos que permitirían la satisfacción de las exigencias y reivindicaciones de las minorías culturales que no pueden abordarse exclusivamente a partir de las categorías derivadas de los derechos individuales. La propuesta de Kymlicka en torno a los derechos diferenciados de grupo provee herramientas concretas que permiten asumir adecuadamente los retos y problemas que surgen de la polietnicidad y multinacionalidad de las sociedades contemporáneas. En efecto, los derechos grupales defendidos por Kymlicka son armas eficaces que se pueden esgrimir para proteger y permitir el florecimiento de las culturas minoritarias.

La polémica liberal-comunitarista permite comprender los giros sustanciales dados por Rawls y su aproximación a las posturas comunitaristas, muchas de cuyas objeciones al proyecto moderno liberal parece aquel compartir, en lo que se ha definido como la “pragmatización del proyecto liberal”.

### 3. LA CONCEPCIÓN POLÍTICA DE LA JUSTICIA

La última obra de John Rawls ha culminado una larga serie de revisiones a la versión original de su *Teoría de la Justicia*, de las que hicieron parte “El constructivismo kantiano en teoría moral” (1980)<sup>43</sup> y, posteriormente, *Las Libertades Básicas y su Prioridad* (1981)<sup>44</sup>, entre otros escritos publicados en lengua castellana. *Political Liberalism*<sup>45</sup> recoge el núcleo de aquéllas e integra una nueva visión de la justicia

<sup>41</sup> Sandel, Michael, *Democracy's Discontent*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.

<sup>42</sup> Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

<sup>43</sup> Rawls, John, *Justicia como Equidad*, Madrid, Tecnos, 1986.

<sup>44</sup> Rawls, John, *Sobre las Libertades*, Barcelona, Paidós, 1990.

<sup>45</sup> Rawls, John, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.

que Rawls ha calificado de concepción política de la misma, la cual constituye un giro sustancial que sin duda se originan, en buena parte, en las críticas formuladas por el comunitarismo a su teoría de la justicia.

En principio, *Political Liberalism* formula varios cambios de fondo en el planteamiento original. El más importante es la *distancia* que toma frente al kantismo y la definición de un constructivismo no comprehensivo, como columna metodológica de su teoría. Pese a que mantiene varios conceptos que Rawls siempre ha sostenido que se han inspirado en la filosofía moral kantiana (la concepción original, el velo de ignorancia, la noción de autonomía racional)<sup>46</sup>, ahora enfatiza las diferencias que distinguen su concepción de la justicia del sistema de Kant, como lo veremos más adelante, en una clara estrategia por limar asperezas con los comunitaristas para quienes el universalismo y formalismo de la filosofía moral kantiana es el origen de no pocos conflictos y contradicciones morales de la modernidad.

La segunda en importancia, desde el punto de vista de la filosofía política, es la conversión de su *justice as fairness* en una concepción política de la justicia<sup>47</sup> que constituye la esencia misma de su idea del liberalismo político, de nuevo en lo que se antoja una nueva concesión al comunitarismo. La implicación de ello es, sin duda, el carácter universal que puede proyectar el contexto: la concepción de la justicia que inspira a los regímenes constitucionales democráticos tiene una validez universal, en cuanto que el procedimiento de selección y legitimación de los principios que rigen su estructura básica responde a un mecanismo de argumentación válido en todas las latitudes, si bien cada procedimiento está mediado por las condiciones particulares de cada situación.

### 3.1. Justicia y política

Rawls parte de la pregunta sobre cuál es la concepción más apropiada para especificar los términos de cooperación social entre ciudadanos libres e iguales, dada una cultura democrática marcada por una diversidad de doctrinas a su interior. El punto central es entonces definir el carácter que debe comportar un pluralismo razonable en el marco de una cultura tolerante y unas instituciones libres. En otras palabras, cómo es posible que perdure en el tiempo una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales, divididos por doctrinas diferentes. El instrumento de ello es, según Rawls, la concepción política de la justicia.

Esta concepción política de la justicia está orientada, primero, a definir el marco de las instituciones básicas de la sociedad y la forma en que se articulan en un sistema unificado de cooperación social, tal como había sido expuesto en A

<sup>46</sup> Höffe, Otfried, "Dans quelle mesure la théorie de John Rawls est-elle kantienne?", en *Individue et Justice Sociale* (Varios), Paris, Editions Du Seuil, 1988.

<sup>47</sup> Agra, María José, "Ética neo-contractualista", en *Concepciones de la Ética* (Varios), Madrid, Editorial Trotta, pp. 247-268.

*Theory of Justice*. Estructura básica entendida como el conjunto de las principales instituciones políticas, sociales y económicas de una sociedad considerada a sí misma como cerrada y auto-contenida, es decir, sin que en su consideración tengan que tenerse en cuenta factores externos o influencias internacionales. Segundo, constituye una perspectiva que no está fundamentada en ninguna doctrina omni-comprehensiva de carácter moral, social, político, económico o filosófico: no está comprometida, pues, con ninguna perspectiva particular de las coexistentes en la sociedad. La concepción política de la justicia trata de elaborar una concepción razonable sobre la estructura básica, sin identificarse con las propuestas específicas al respecto de ninguna doctrina omni-comprehensiva existente. Tercero, sus contenidos son expresados en términos de ideas fundamentales, implícitas en la cultura política de la sociedad democrática, y que parten de una tradición pública de pensamiento, instituciones, textos y documentos que constituyen su trasfondo cultural.

La concepción política de la justicia está complementada por una concepción política de la persona, planteada ya en la versión de 1980. En ella, los ciudadanos son considerados personas morales, libres e iguales<sup>48</sup>, en la medida en que son concebidos como individuos con la capacidad de poseer una concepción del bien, los cuales reclaman el derecho de ser considerados independientes, no identificados con ninguna concepción particular que incluya un esquema determinado de fines sociales. Los ciudadanos se conciben como fuente auto-originante de solicitudes y reclamos válidos frente a las instituciones de las que dependen sus deberes y obligaciones, siendo capaces de asumir su propia responsabilidad por la selección y consecución de sus propios fines, ajustando sus aspiraciones a la luz de lo que pueden esperar razonablemente de la estructura básica de la sociedad.

Para una sociedad de tales características, es imposible imponer compartida y permanentemente, salvo por el uso opresivo del poder del Estado, una doctrina omni-comprehensiva determinada, lo cual resultaría contradictorio y paradójico con la esencia de una sociedad democrática. Por lo mismo, un régimen democrático para ser duradero y seguro, no puede estar dividido por doctrinas confesionales y clases sociales hostiles, sino ser libre y voluntariamente respaldado por una mayoría sustancial de sus ciudadanos políticamente activos. Al no existir, de hecho, una doctrina razonable apoyada por todos los ciudadanos, la concepción de la justicia de una sociedad bien ordenada debe limitarse al dominio de la política para poder lograr unas condiciones mínimas de estabilidad y pluralismo. De esa forma, los ciudadanos, aún asumiendo doctrinas opuestas, pueden alcanzar un consenso entrecruzado a través del acuerdo político.

La idea de Rawls apunta a mostrar por qué se justifica una concepción política de la justicia en una sociedad democrática. Es a través de ella como las diferentes

---

<sup>48</sup> Rawls, John, *Justicia como Equidad*, op. cit., pp. 154-170.

posiciones doctrinarias de carácter moral, religioso, político y filosófico pueden lograr converger en un consenso sobre la estructura básica de la sociedad, sin abjurar de sus propias posiciones. El dominio político se convierte en el espacio donde todas las perspectivas sociales confluyen sin necesidad de abandonar sus propias concepciones omni-comprehensivas, en un acercamiento más al comunitarismo. En tal sentido, la concepción política de la justicia que garantiza este espacio, definiendo la naturaleza de la estructura básica de la sociedad, no puede por lo mismo ser una concepción totalizante que entre en conflicto doctrinario con las otras concepciones sino garantizar, por su imparcialidad y transparencia, los procedimientos políticos que todas las doctrinas puedan apoyar y que asegure el pluralismo razonable de una sociedad democrática. El fundamento de tal concepción reside en lo que Rawls denomina el constructivismo político, lo cual constituye una reformulación del constructivismo kantiano original y, a su vez, define el nuevo fundamento metodológico de su teoría.

### 3.2. Consenso entrecruzado

En la versión de 1993<sup>49</sup>, Rawls introduce la idea del consenso entrecruzado que constituye el constructo principal de su interpretación sobre el liberalismo político<sup>50</sup>. El consenso entrecruzado viene a ser la concreción política del constructivismo planteado anteriormente y constituye el instrumento procedimental sustantivo de convivencia política democrática que sólo a través de él puede ser garantizado. Este sería el instrumento político de consensualización con las doctrinas omni-comprehensivas comunitaristas, por ejemplo. Este liberalismo político, que Rawls opone a lo que llama liberalismo procedimental, cuya fuerza y proyección reside en la amplitud y transparencia del procedimiento político de argumentación e interrelación ciudadanas, supone la existencia en el seno de la sociedad de varias doctrinas omni-comprehensivas razonables, cada una con su concepción del bien, compatibles con la racionalidad plena de los seres humanos y el pluralismo que caracteriza a los regímenes constitucionales.

El ejercicio del poder político es plenamente apropiado sólo cuando es ejercido en consonancia con una constitución endosada razonablemente por los ciudadanos, en lo cual reside el principio de legitimidad de ese poder político. En tal sentido, sólo una concepción política de justicia puede servir de base a la razón pública puesto que en ella los principios y valores políticos constitucionales deben ser lo suficientemente amplios como para integrar y superar los valores que entran en conflicto, sin que las cuestiones de justicia deban solucionarse sólo con valores políticos.

Pero, ¿cómo pueden pesar más los valores de un subdominio político que otros valores en conflicto con ellos? Una parte de la respuesta afirma que estos macro-valores gobiernan el marco de la vida social y especifican los términos

<sup>49</sup> Rawls, John, *Political Liberalism*, op. cit.

<sup>50</sup> *Ibid.*, pp. 133-172.

fundamentales de cooperación social y política tal como se plantean en los principios de justicia de *justice as fairness*, como son, por ejemplo, la libertad política y civil equitativa, la justa igualdad de oportunidades, la reciprocidad económica, las bases sociales de mutuo respeto entre los ciudadanos y los mecanismos de la razón pública.

La idea básica del liberalismo político es lograr un consenso entrecruzado de doctrinas omni-comprehensivas razonables cuyo marco es definido por la concepción política de la justicia. Este consenso entrecruzado garantiza la estabilidad de la sociedad democrática gracias a que las perspectivas que lo conforman no se aíslan por ganar o perder el poder político. Tampoco se trata de un consenso coyuntural sobre autoridades, principios o legislaciones, ni un acuerdo de intereses particulares. De igual forma, es diferente de un *modus vivendi*, aunque lo suponga. Quienes lo respaldan, lo sostienen desde sus propias perspectivas que en él tienen cabida, sin necesidad de abdicar de las mismas.

La concepción política que rige la estructura básica de una sociedad no requiere ser omni-comprehensiva. Su estabilidad no depende de una visión sistemáticamente unificada sino necesariamente pluralista. Cuando se adopta este marco de deliberación, los juicios convergen lo suficientemente como para que la cooperación política, sobre las bases del mutuo respeto, pueda mantenerse. Tal concepción política constituye un marco de deliberación y reflexión que permite buscar acuerdos políticos sobre cuestiones de justicia y aspectos constitucionales, básicos para toda la sociedad.

La concepción de justicia más razonable para un régimen democrático es, por lo mismo, políticamente liberal. Cuando un consenso entrecruzado mantiene y alienta esta concepción, ella no es vista como incompatible con valores básicos, sociales o individuales, pues las virtudes de cooperación política que hace posible un régimen constitucional son y deben ser macro-virtudes de tal amplitud. De esta manera, dado el hecho de un pluralismo razonable, que el trabajo de reconciliación de la razón pública hace posible, pueden concluirse dos cosas: primero, que el consenso entrecruzado identifica el rol fundamental de los valores políticos al expresar los términos de la justa cooperación social, concibiendo a los ciudadanos como personas morales, libres e iguales; y, segundo, que ello posibilita la convergencia y concordancia entre unos valores políticos y otros vistos como razonables en un mismo consenso entrecruzado.

El consenso, fiel a su carácter constructivista, debe cumplir un determinado proceso procedimental. Un primer paso lo constituye la que Rawls denomina la etapa constitucional, que permitirá acceder posteriormente al consenso entrecruzado. Esta etapa satisface los principios liberales de justicia política, que como tales se aceptan, sin incluir ni suponer ideas fundamentales sobre la sociedad y la persona. Define, en últimas, los procedimientos políticos de un sistema constitucional democrático y su objetivo principal es moderar el conflicto político. Debe perseguir tres requerimientos para lograr un consenso estable: primero,

fijar el contenido de ciertos derechos y libertades políticas básicas, asignándoles una especial prioridad; segundo, definir la relación con la forma institucional de razón pública cuya aplicación compromete los principios liberales de justicia; y, tercero, alentar la virtud cooperativa de la vida política, estimulando con ello la razonabilidad y sentido de justicia, el espíritu de compromiso y el respeto a los procedimientos pluralistas.

La segunda etapa de este constructivismo consensual es la del consenso entrecruzado propiamente dicho, que se logra una vez concretado el constitucional. La profundidad del mismo dependerá, sostiene Rawls, de que sus principios estén fundados en una concepción política de la justicia tal como es descrita en *justicia como equidad*. Las fuerzas que presionan porque el consenso constitucional devenga un consenso entrecruzado son los grupos que acuden al foro público de la discusión política, convocando con ello a otros grupos rivales a presentar sus perspectivas. Esto hace necesario romper su estrecho círculo y desarrollar su concepción política como justificación pública de sus posturas. Al hacer ello, deben formular concepciones políticas de la justicia, lo cual permite la generalización de la discusión y la difusión de los supuestos básicos de sus propuestas.

En cuanto a la amplitud del consenso entrecruzado, esta trasciende los principios políticos que instituyen, exclusivamente, los procedimientos democráticos, para incluir principios que cubran la estructura básica como un todo. Empero, el procedimiento meramente constitucional y político del consenso puede ser muy estrecho: se requiere una legislación que garantice libertades de conciencia y pensamiento y no sólo las libertades políticas. La legislación debe entonces garantizar un mínimo de bienes, entrenamiento y educación sin los cuales los individuos no pueden tomar parte de la sociedad como ciudadanos y, por tanto, los grupos políticos deben plantear propuestas que cubran la estructura básica y explicar su punto de vista en una forma consistente y coherente ante toda la sociedad. Con ello el liberalismo político de Rawls se revela, definitivamente, como el soporte de una democracia consensual justificada en sus procedimientos y contenidos mínimos, sin imponer una visión omni-comprehensiva sustancial sobre los principios políticos que deben regir la sociedad.

### 3.3. La razón pública

La concepción rawlsiana del liberalismo político se cierra, en su parte innovadora, en la noción de razón pública que complementa las dos anteriores<sup>51</sup>, introduciendo una figura que recuerda al equilibrio reflexivo, pero en una proyección socio-institucional equivalente de aquélla. Rawls comienza recordando que la prioridad de lo justo sobre lo bueno, de la justicia sobre la eficacia, es esencial para el liberalismo político. En *Teoría de la Justicia* tal prioridad significa que los principios de justicia imponen límites a los modelos de vida permisibles y los planes de vida ciudadanos que los transgredan no son legítimos ni moralmente

<sup>51</sup> *Ibíd.*, pp. 212-254.

justificables. La concepción política limita las concepciones del bien no en términos omni-comprehensivos, para la vida de los ciudadanos, sino en lo que se refiere a las instituciones sociales que determinan la estructura básica de la sociedad.

Este objetivo social del consenso no debe confundirse con la neutralidad procedimental que la concepción política de la justicia contempla y que garantiza la imparcialidad procesal frente a factores tangenciales e influencias indebidas. Ello se expresa en la definición de valores políticos de justicia social, tolerancia y civilidad, diferentes de virtudes morales o filosóficas, que un régimen democrático debe fortalecer para garantizar una estructura justa de cooperación social. La sociedad política posee, además, una idea civil del bien que realizan los ciudadanos en tanto personas y en tanto cuerpo corporativo, manteniendo un régimen constitucional justo y conduciendo en el marco del mismo sus asuntos privados. Los ciudadanos comparten así un fin común: sustentar instituciones justas que les proporcionan un bien específico como individuos.

Por su parte, el consenso entrecruzado permite a los ciudadanos tener diferentes fines en común, entre ellos el de concebir una justicia política mutua. Si una concepción política de la justicia es mutuamente reconocida como razonable y racional, los ciudadanos que defienden doctrinas razonables, en el marco de un consenso entrecruzado, confirman con ello que sus instituciones libres permiten suficiente espacio para vivir con dignidad y ser, al mismo tiempo, leales a ellas.

Ello conlleva aparejada una idea de la razón pública como garantía política del constructivismo político. La sociedad política tiene una forma de formular sus planes a través de la razón como poder intelectual y moral. Esta razón pública es característica de los pueblos democráticos, en tanto razón de los ciudadanos como personas libres e iguales, y comporta tres sentidos específicos: la razón pública ciudadana, las cuestiones de justicia básica y la naturaleza y contenidos de la justicia pública. Pero no es una razón abstracta y en ello, sin duda, reside la diferencia con la noción ilustrada de la razón. Posee cuestiones y foros concretos donde la razón pública se expresa y manifiesta. En una sociedad democrática esta razón pública es, primero que todo, la razón de los ciudadanos como cuerpo colectivo quienes, como tales, ejercen un poder político y coercitivo, promulgando leyes y enmendando su Constitución cuando fuere necesario.

El alcance de la razón pública no cobija toda la política sino sólo los esenciales constitucionales y la justicia básica de sus estructuras. Tampoco se aplica a las deliberaciones personales sobre cuestiones políticas o a las reflexiones gremiales sobre la sociedad. El ideal de la razón pública no sólo gobierna el discurso público sobre estas cuestiones sino, también, la consideración ciudadana sobre ellos. La connotación de la ciudadanía democrática impone el deber moral de explicar de qué manera los principios y políticas que se defienden pueden ser congruentes con los valores políticos de la razón pública.

La razón pública no se circunscribe al foro legislativo sino que es asumida, también, por la ciudadanía como criterio de legitimación. El ciudadano afirma el

ideal de razón pública, no como resultado de compromisos políticos, ni como expresión espontánea de un *modus vivendi*, sino desde el seno de sus propias doctrinas razonables. El contenido de la razón pública es, pues, el contenido de la concepción política de la justicia como se expresa en *Teoría de la Justicia*, en tanto especifica derechos, libertades y oportunidades, asignándoles una prioridad lexicográfica y garantizándoles las medidas necesarias para cumplirlas. Tal concepción política significa que la misma se aplica a la estructura básica, es independiente de todo tipo de doctrinas omni-comprehensivas y es elaborada en términos de ideas políticas fundamentales. Esta concepción política incluye guías que especifican criterios para el tipo de información y discusión, relevantes sobre las cuestiones políticas susceptibles de ser asumidas por los ciudadanos en tanto personas morales, libres e iguales.

Como tal, la concepción política de la justicia comporta dos partes: en primer lugar, valores de justicia política (principios de la justicia), en términos de igualdad política y libertad civil; equidad en oportunidades; bienes primarios, etc.; y valores de razón pública, como guías y criterios para decidir si los principios están siendo bien aplicados. La legitimidad dependerá de que la estructura básica y las políticas públicas sean justificadas –y congruentes– en estos términos. De cualquier manera, el punto central del ideal de razón pública es que la ciudadanía conduzca sus discusiones fundamentales en el marco de los Principios de Justicia. Y que cada ciudadano pueda ser capaz de explicar, desde ese marco, por qué otros ciudadanos podrían razonablemente apoyar sus propuestas.

La principal expresión de esta razón pública es, en todo régimen democrático, la Corte Suprema de Justicia. Es allí donde se defienden los esenciales constitucionales, a saber: primero, los principios fundamentales que especifican la estructura general del gobierno y los procesos políticos, es decir, la de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y el alcance moral y efectivo de la regla mayoritaria; y, segundo, los derechos básicos iguales y libertades ciudadanas que deben ser respetados por la mayoría en cualquier circunstancia, tales como el voto y la participación política, las libertades de conciencia, pensamiento y asociación y el derecho a la protección de la ley. La razón pública es, ante todo, aunque no exclusivamente, la razón de su Corte Suprema de Justicia como la máxima instancia de interpretación judicial, sin ser la máxima representación de la ley. Es, a su vez, la rama del Estado que ejemplariza esta razón pública.

Esto se explica por los principios de constitucionalismo, que Rawls sintetiza en cinco puntos:

- la diferencia entre el poder constituyente del pueblo y el poder ordinario del gobierno y el electorado para desarrollar políticas;
- la distinción entre leyes supremas y leyes ordinarias, siendo la primera expresión de la voluntad constituyente del pueblo y sus representantes y, por lo tanto, guía de las ordinarias;

- el hecho de que la constitución democrática es la principal expresión de la ley suprema del ideal político de un pueblo para gobernarse de determinada manera;
- la fijación, a través de ello, de los esenciales constitucionales, ratificados constitucionalmente por el cuerpo de ciudadanos y a los que deben adaptarse las leyes ordinarias y procesos políticos de esa sociedad; y,
- la responsabilidad fundamental de las tres ramas por mantener el equilibrio armónico del régimen constitucional como expresión de una sola soberanía.

Toda democracia constitucional es dualista: distingue el poder constituyente del ordinario y la ley suprema de la ordinaria, sin establecer una supremacía parlamentaria sobre ambas. El rol de la Corte Suprema es proteger la ley suprema a través del control que ejerce la razón pública, evitando que aquélla sea horadada por la legislación ordinaria, así sea expresión de una mayoría legislativa. Pero no por ello puede considerársela antimayoritaria, puesto que sus decisiones son razonablemente congruentes con la Constitución y sus mandatos. El papel de la Corte Suprema no es solamente defensivo sino que su rol hace parte del rasgo de publicidad que debe connotar la razón pública y, por tanto, de la implicación educativa y pedagógica que conlleva, lo que la somete al escrutinio público y garantiza su relación estructural con la ciudadanía. La Corte Suprema confiere, con ello, vitalidad y respetabilidad a la razón pública, a través de la autoridad de sus sentencias. Las Enmiendas a la Constitución constituyen ajustes de los esenciales constitucionales a las nuevas circunstancias y la razón pública debe conciliar la ruptura histórica de la enmienda con la fidelidad a la promesa original. Sus límites, por supuesto, están dados por el rechazo a todo tipo de consideraciones doctrinarias omni-comprehensivas en sus deliberaciones.

Con esto concluye Rawls su planteamiento que, al final, se complementa con la versión, casi idéntica a la original, sobre las libertades ciudadanas<sup>52</sup>. Si bien en muchos puntos se trasluce su intención de conciliar con el comunitarismo en las críticas correctamente enfocadas, Rawls no cae en la politización de la vida civil que el planteamiento comunitarista connota en la aplicación radical de sus proyecciones<sup>53</sup>. Pero tampoco se conforma con el procedimentalismo liberal. Los principios de justicia se constituyen en instrumentos de concertación y convivencia política y, como macro-valores de la vida ciudadana, determinan la posibilidad de que las diferentes cosmologías accedan a consensos entrecruzados sustanciales sobre el manejo de su sociedad.

<sup>52</sup> Rawls, John, *Sobre las Libertades*, op. cit.

<sup>53</sup> Al respecto ver Cortina, Adela, *Ética Aplicada y Democracia Radical*, Madrid, Tecnos, 1993.

## CONCLUSIÓN

Todo lo anterior impone otra reflexión final, que ha venido madurando en la última década, sobre el papel del tribunal constitucional en un Estado democrático de derecho y su rol conciliador entre constitución y ciudadanía. La constitucionalización del derecho en la época actual y las constituciones como productos de nuevos consensos sociales imponen una nueva lectura del texto constitucional que supere la rigidez del positivismo y el formalismo jurídicos y permita interpretarla como un texto en construcción desde las perspectivas políticas de la ciudadanía. Sólo así puede obrar como un elemento de integración social.

Uno de los cuestionamientos en los cuales se identifican Habermas y Luhmann, en el conjunto de su obra, es al Estado interventor, es decir, al Estado Social de Derecho. Para Habermas este constituye la última hornada de juridización que mayor “colonización” del mundo de la vida ha originado, acelerando a su interior la desintegración de los diferentes contextos mundo-vitales que lo componen. En Luhmann este diagnóstico coincide en cuanto los derechos fundamentales, en tanto expectativas contrafácticas de comportamiento, no logran en su seno el grado de desustancialización que posibilite la identificación de las diferentes perspectivas ciudadanas con los mismos, poniendo en peligro la autorreferencia del sistema jurídico y la posibilidad de predeterminar la doble contingencia, es decir, de prefigurar el conflicto al interior del sistema social.

En ambos casos, el Estado de Derecho, para garantizar la integración efectiva de la sociedad, tiene que cuidarse de una excesiva materialización de los derechos que, ante la imposibilidad de cumplir, lo deslegitime por no poder manejar la complejidad generada por el mismo (Luhmann) o acudir a una racionalidad discursivo-procedimental de la soberanía popular (Habermas) que, en la figura del tribunal constitucional, adopte frente a los conflictos una perspectiva deontológica.

Esto último nos coloca en la discusión sobre el rol y la legitimidad del tribunal constitucional en las sociedades contemporáneas, en una edición renovada del debate clásico entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, con no pocas coincidencias pese a la diferencia de momentos históricos y perspectivas teóricas<sup>54</sup>. Habermas critica, retomando la perspectiva deontológica de Dworkin de la “respuesta correcta”, la metodología del Tribunal Constitucional alemán que tiene en la “teoría de la ponderación” y la “solución del caso concreto” sus principales fundamentos<sup>55</sup>. Para Habermas, esta metodología del tribunal constitucional origina que sus decisiones no sean “justas para todos” sino “buenas para algunos”, en la medida en que los bienes colectivos en tanto bienes individuales son traducidos a principios jurídicos

<sup>54</sup> Ver Kelsen, Hans, *¿Quién Debe Ser el Defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.

<sup>55</sup> Ver Alexy, Robert, “Teoría de la Ponderación”, en *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, C.E.C., 1993, pp. 157-172.

(como derechos fundamentales) que, al ser ponderados, inclinan al tribunal constitucional a priorizar realmente una concepción de vida buena sobre otras, impidiendo que su decisión sea reconocida como justa y, por tanto, legítima por el resto de sujetos colectivos que componen la sociedad<sup>56</sup>.

De ahí que Habermas se remita al constitucionalismo estadounidense para reivindicar, con Ely y Ackerman<sup>57</sup>, frente a la corriente republicano-comunitarista, la lectura procedimental-deliberativa que el tribunal constitucional debe hacer de la carta, abogando por una participación igual de todos los afectados en los procesos institucionales de decisión y una desmaterialización y consecuente procedimentalización deliberativa de los principios y valores constitucionales<sup>58</sup>.

Todo esto conlleva, según Habermas, a que el juez constitucional deje de escudarse en una supuesta “neutralidad legal” de su lectura de la constitución y acepte que sus decisiones “en derecho” son decisiones políticas, inspiradas por modelos de democracia que reproducen en la decisión judicial el conflicto y la tensión señaladas, las cuales no pueden ser superadas sino asumiendo un modelo de democracia deliberativo que, al erigir como su *alter ego* a la opinión pública, asegure para todos los sujetos colectivos iguales procedimientos de deliberación, garantizando decisiones “justas para todos” y no “buenas para algunos”. El tribunal constitucional debe propender por la conciliación entre ciudadanía y constitución, tomando como referente, no el texto inerte de la constitución sino el contexto vivo de la soberanía popular.

El rol del juez constitucional y los problemas de validez y legitimidad del Estado de Derecho confluyen en este punto. Rawls, aceptando las críticas a su teoría inicial, concreta su propuesta de consensualización a través de los esenciales constitucionales que el juez constitucional deriva de los contenidos de justicia política fijados por los consensos entrecruzados de la ciudadanía<sup>59</sup>. La norma fundamental o la regla de reconocimiento adquiere unos contenidos que, aunque presupuestos –analítica o empíricamente– al sistema jurídico, le permiten al juez constitucional orientar sus decisiones desde los términos de razonabilidad que la concepción política sobre la justicia de la ciudadanía le ha fijado y desde los

<sup>56</sup> Metodología en buena parte asumida por la Corte Constitucional colombiana y que tuvo en la Aclaración de un Voto al Reglamento Interno de esta corporación (Acuerdo 002 del 92) del entonces Magistrado Ciro Angarita una crítica fundamental en una línea análoga a la reivindicada por estos últimos autores, lo que pone de presente la actualidad de la discusión en nuestro medio, confirmada por la sospecha de una impositiva “regla de mayoría” al interior de su Sala Plena, en contraste a decisiones basadas en el consenso que integren, efectivamente, el resquebrajado campo jurídico colombiano.

<sup>57</sup> Ver Hart Ely, John, *Democracia y Desconfianza*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Ed. Uniandes, 1997; Ackerman, Bruce, *El Futuro de la Revolución Liberal*, Barcelona, Ariel, 1995 y *La Política del Diálogo Liberal*, Barcelona, Gedisa, 1998.

<sup>58</sup> Habermas, Jürgen, “Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional”, en *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 311-361.

<sup>59</sup> Rawls, John, “La idea de un consenso entrecruzado”, en *Liberalismo Político*, Barcelona, Crítica, 1996, pp. 165-205.

cuales la constitución cobra unidad y validez tanto jurídica, como social y moral, en términos de deliberación simétrica.

En el mismo sentido Habermas, en *Facticidad y Validez* (1992), sugiere una lectura alternativa que permita recuperar la unidad de los sistemas jurídico-políticos fragmentados desde una concepción discursiva de la validez jurídica. El Principio D operaría como la Norma Fundamental o la Regla de Reconocimiento de un sistema jurídico confiriéndole legitimidad y validez simultáneamente en la medida en que el Estado de Derecho en su conjunto estuviera permeado por la deliberación pública.

Esto implica considerar la constitución no como algo acabado sino como un proceso continuo, como un texto abierto.

Ese es el sentido de la ductilización del derecho en el último cuarto de siglo<sup>60</sup>: la constitución como fruto del consenso de la ciudadanía define los términos de razonabilidad de la interpretación constitucional. El juez constitucional es, simultáneamente, intérprete de contextos mundo-vitales y de textos y tradiciones jurídicas. Lo que lleva a una conclusión necesaria: la concepción positivista sobre la obediencia al derecho es puesta en cuestión en la medida que todas las figuras de insumisión al derecho, como la desobediencia civil, por ejemplo, o la misma insurgencia para el caso nuestro, tienen que ser interpretadas por el tribunal constitucional como un examen de constitucionalidad sobre la abortada materialización de los derechos fundamentales y reivindicadas como legítimas manifestaciones de resistencia ciudadana.

La Constitución de 1991, cuya pretensión original fue ampliar el pacto definido por la Constitución de 1886 y reducido drásticamente por el plebiscito que dio nacimiento al Frente Nacional, se revela hoy como el producto de un contrato parcial que debe ser extendido. Ampliación no tanto en la letra misma de la Constitución sino en la adecuación de su espíritu a unas circunstancias que exigen que se le de cabida en el manejo del Estado y las estructuras básicas de la sociedad a sujetos colectivos que quedaron por fuera del contrato del 91.

Esta paradoja dilemática podría ser conciliada a través de lo que Habermas denomina procedimentalización de la soberanía popular<sup>61</sup>. Pero, ¿cómo se procedimentaliza la soberanía popular en un sistema en crisis como el nuestro? Antes que a través de una Asamblea Constituyente por medio del juez constitucional que concilie la constitución con los requerimientos de la ciudadanía<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Ver Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Trotta, 1995.

<sup>61</sup> Habermas, Jürgen, "La soberanía popular como procedimiento", en *Revista Foro* (No. 12), Bogotá, Foro por Colombia, 1990.

<sup>62</sup> Ver Mejía Quintana, Oscar & Fornisano Prada, Maritza, "Hacia una asamblea constitucional como instrumento de democratización y herramienta de paz en Colombia", en *Revista de Estudios Sociales* (No. 1), Bogotá, Facultad de Ciencias Sociales (U. de Los Andes), 1998.

Sin embargo, en Colombia se presentan dos obstáculos estructurales a esta pretensión: el texto constitucional está, en muchos puntos, en contravía de su espíritu participativo y la soberanía popular fue restringida y maniatada –en la ambigüedad de muchos de sus artículos– estableciendo formalismos que la cercenan y la hacen imposible. El juez constitucional se ve, pues, imposibilitado para poder conciliar constitución y soberanía popular al quedar preso de esas dicotomías que su propio reglamento interno no logra equilibrar<sup>63</sup>.

La Corte no posee más que su propio criterio –en veces arbitrario, por la pluralidad de concepciones dominantes a su interior– para decidir en derecho, no cuenta con sensores adecuados para considerar la opinión pública y sólo puede orientarse monológicamente –siguiendo el modelo del juez Hércules dworkiniano– para tomar decisiones sobre las cuales la sociedad civil no puede pronunciarse, como primera afectada por sus decisiones. La guarda de la constitución queda garantizada al precio mismo de la soberanía popular cuya perspectiva deliberativa no es tenida en cuenta plenamente por el encargado de velar el proceso de adecuación entre ambas instancias.

Al no contemplar espacios estructurales desde donde incorporar el punto de vista de la ciudadanía en sus decisiones, al interpretar la constitución monológicamente sin establecer diálogos con la sociedad civil, al hacerlo desde la letra ambigua de una Carta que, en muchos puntos, restringió la participación misma, el juez constitucional no logra traducir el espíritu participativo de la Constitución del 91 a los requerimientos mundo-vitales de la ciudadanía, constituyéndose así en un apuntalador de un perverso cierre autopoietico del sistema jurídico. De ahí que la opción de una Asamblea Constitucional que reforme la Constitución, antes de una Constituyente que cree una nueva, es una posibilidad más plausible para no generar mayor incertidumbre en nuestra conflictiva situación<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Ver del Magistrado Angarita, Ciro, *Aclaración de un Voto al Reglamento Interno de la Corte Constitucional* (Acuerdo 002 del 92).

<sup>64</sup> Sobre el papel del juez constitucional en una democracia deliberativa ver Gargarella, Roberto, “La tradición radical, democracia deliberativa y control de las leyes”, en *La Justicia frente al Gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996; así como Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

**BIBLIOGRAFÍA**

- Ackerman, Bruce, *El Futuro de la Revolución Liberal*, Barcelona, Ariel, 1995.
- , *La Política del Diálogo Liberal*, Barcelona, Gedisa, 1998.
- Agra, María José, “Ética neo-contractualista”, en *Concepciones de la Ética* (Varios), Madrid, Editorial Trotta, pp. 247-268.
- Alexy, Robert, “Teoría de la Ponderación”, en *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, C.E.C., 1993, pp. 157-172.
- , *Concepto y Validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.
- Angarita, Ciro, *Aclaración de Voto al Reglamento Interno de la Corte Constitucional* (Acuerdo 002 del 92).
- Buchanan, James, *The Limits of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1975.
- Cortina, Adela, *Ética Aplicada y Democracia Radical*, Madrid, Tecnos, 1993.
- De Greiff, Pablo, “MacIntyre: narrativa y tradición”, en *Revista Sistema*, Madrid, Separata, 1989.
- Ferrara, Alessandro, “Sobre el concepto de comunidad liberal”, en *Revista de Filosofía Política* (No. 3), Madrid, Editorial Anthropos, 1994, pp. 122-142.
- Gargarella, Roberto, “La tradición radical, democracia deliberativa y control de las leyes”, en *La Justicia frente al Gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996.
- Gauthier, David, *Egoísmo, Moralidad y Sociedad Liberal*, Barcelona, Paidós, 1998.
- , *La Moral por Acuerdo*, Barcelona, Gedisa, 1994 (1986).
- Habermas, Jürgen, “La soberanía popular como procedimiento”, en *Revista Foro* (No. 12), Bogotá, Foro por Colombia, 1990.
- , “Justicia y legislación: sobre el papel y legitimidad de la jurisprudencia constitucional”, en *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 311-361.
- Hart Ely, John, *Democracia y Desconfianza*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores/Ed. Uniandes, 1997.
- Hayek, Friedrich, *Droit, Legislation et Liberté*, Paris, PUF, 1995 (1973-1979).
- Höffe, Otfried, “Dans quelle mesure la théorie de John Rawls est-elle kantienne?”, en *Individue et Justice Sociale* (Varios), Paris, Editions Du Seuil, 1988.
- Kelsen, Hans, *¿Quién Debe Ser el Defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.
- Kymlicka, Will, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- MacIntyre, Alasdair, *After Virtue*, London, Duckworth, 1981.

- Mejía Quintana, Oscar & Formisano Prada, Maritza, “Hacia una asamblea constitucional como instrumento de democratización y herramienta de paz en Colombia”, en *Revista de Estudios Sociales* (No. 1), Bogotá, Facultad de Ciencias Sociales (U. de Los Andes), 1998.
- Mejía Quintana, Oscar, “El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls”, en Rawls, John, *El Derecho de los Pueblos*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 1996.
- , “La tradición contractualista”, en *Justicia y Democracia Consensual*, Bogotá, D.C., Siglo del Hombre, 1997.
- Mulhall, Stephen & Swift, Adam, *Liberals & Communitarians*, Oxford & Cambridge, Blackwell, 1992.
- Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, F.C.E., 1988 (1974).
- Rawls, John, “La idea de un consenso entrecruzado”, en *Liberalismo Político*, Barcelona, Crítica, 1996, pp. 165-205.
- , *Justicia como Equidad*, Madrid, Tecnos, 1986.
- , *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.
- , *Sobre las Libertades*, Barcelona, Paidós, 1990.
- , *Teoría de la Justicia*, México, F.C.E., 1979.
- Sandel, Michael, *Democracy’s Discontent*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- , *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- Sen, Amartya & Williams, Bernard (Eds.), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- Smart, J.J.C. & Williams, Bernard, *Utilitarianism: For & Against*, Cambridge, Cambridge University Press, 1973.
- Stuart Mill, John, *Utilitarianism*, Indianapolis, Hackett Publishing Company, 1979.
- Taylor, Charles, *Sources of the Self*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1989.
- Thiebaut, Carlos, “Universalidad, pluralismo cultural e identidad moral” (Entrevista), en *Revista de Filosofía Política* (No. 3), Madrid, Editorial Anthropos, 1994.
- Walzer, Michael, *Spheres of Justice*, New York, Basic Books, 1983.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Madrid, Trotta, 1995.

