

DERECHO Y DESACUERDOS

2-2

JEREMY WALDRON

**DERECHO
Y
DESACUERDOS**

Traducción de
José Luis Martí y
Águeda Quiroga

Estudio preliminar de
Roberto Gargarella y
José Luis Martí

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2005 BARCELONA

La colección *Filosofía y Derecho* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección, deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico ediciones@marcialpons.es. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Título original: *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999. Esta traducción se publica de acuerdo con Oxford University Press.

© Jeremy Waldron

© Estudio preliminar de Roberto Gargarella y José Luis Martí

© Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ 91 304 33 03

ISBN: 84-9768-276-9

Depósito legal: M. 50.959-2005

Diseño de la cubierta: Manuel Estrada. Diseño Gráfico

Fotocomposición: INFOTEX, S. L.

Impresión: CLOSAS-ORCOYEN, S. L.

Polígono Igarza. Paracuellos de Jarama (Madrid)

MADRID, 2005

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ESTUDIO PRELIMINAR. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE JEREMY WALDRON: CONVIVIR ENTRE DESACUERDOS.....	XIII
1. INTRODUCCIÓN.....	XIII
2. DESACUERDOS PROFUNDOS Y DERECHOS.....	XV
3. LA CRÍTICA AL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD.....	XXVII
4. LA DEFENSA DEL PARLAMENTO Y LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DE WALDRON.....	XXXII
5. TEORÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA POLÍTICA: EL POSITIVISMO NORMATIVO.....	XLI
BIBLIOGRAFÍA.....	XLIV
AGRADECIMIENTOS	3
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.....	7
1. DOS TAREAS PARA LA FILOSOFÍA POLÍTICA.....	7
2. TEORÍA ESPECIAL DEL DERECHO.....	10
3. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO	13
4. EL «OSCURO SECRETO» DE ROBERTO UNGER.....	15
5. DERECHOS Y CONSTITUCIONALISMO	18

**PRIMERA PARTE
UNA TEORÍA JURÍDICA DE LA LEGISLACIÓN**

CAPÍTULO II. LOS PARLAMENTOS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.	29
1. UN CONSEJO PARA LEGISLADORES.....	29
2. TRES CUESTIONES.....	33
3. ESTRUCTURA Y ESCEPTICISMO.....	37
4. POSITIVISMO JURÍDICO.....	43
5. EL MODELO UNITARIO.....	54
6. LAS PRETENSIONES DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO.....	58
CAPÍTULO III. LA LEGISLACIÓN DE LA ASAMBLEA.....	61
1. NÚMEROS.....	61
2. «UNA MULTITUD CIEGA».....	63
3. DEMOCRACIA.....	66
4. LEGISLACIÓN Y COSTUMBRE.....	68
5. <i>LEX TERRAE</i> : LA LEY DEL TERRITORIO.....	69
6. BARTOLO Y « <i>PARIS POTENTIAE</i> ».....	74
7. LA LEGISLACIÓN, ANTIGUA Y MODERNA.....	81
CAPÍTULO IV. TEXTO Y POLIFONÍA.....	85
1. «TERTULIAS».....	85
2. DIVERSIDAD.....	89
3. REGLAS DE PROCEDIMIENTO.....	92
4. EL TEXTO RESULTANTE.....	95
5. PALABRAS Y SIGNIFICADOS.....	100
6. TEXTO Y AUTORIDAD.....	101
CAPÍTULO V. LEGISLACIÓN, AUTORIDAD Y VOTO.....	107
1. ¿ES ARBITRARIA LA VOTACIÓN?.....	107
2. «DEMOCRACIA DELIBERATIVA».....	111
3. POSITIVISMO JURÍDICO.....	113
4. EL ARGUMENTO DE RAZ.....	116

	Pág.
5. EL MODELO DE LA ASAMBLEA <i>VERSUS</i> EL MODELO DEL LEGISLADOR ÚNICO.....	117
6. AUTORIDAD Y RESPETO.....	120
7. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA POLÍTICA.....	123
8. CONFLICTO Y COORDINACIÓN.....	124
9. DESACUERDOS.....	127
10. ¿UN MERO TECNICISMO?.....	129
11. RESPETAR A MILLONES DE PERSONAS.....	131
12. RESPETAR LOS DESACUERDOS.....	133
13. UN CÓMPUTO EQUITATIVO.....	136
14. ¿UNA PRUEBA?.....	138
15. LA RAZONABILIDAD DE LA LEGISLACIÓN.....	140
 CAPÍTULO VI. LAS INTENCIONES DE LOS LEGISLADORES Y LA LEGISLACIÓN SIN INTENCIONES.....	 143
1. LA INTENCIÓN LEGISLATIVA.....	143
2. LEGISLADORES ORDINARIOS Y NO CONSTITUYENTES.....	147
3. LEGISLACIÓN SIN INTENCIÓN.....	149
4. AUTORIDAD.....	155
5. LA AUTORIDAD DEL GRUPO.....	165
6. PARLAMENTOS.....	169
 SEGUNDA PARTE LOS DESACUERDOS SOBRE PRINCIPIOS	
CAPÍTULO VII. <i>EL LIBERALISMO POLÍTICO DE RAWLS</i>.....	 177
1. TIPOS DE DESACUERDOS.....	177
2. ¿PUEDEN EXISTIR DESACUERDOS RAZONABLES SOBRE LA JUSTICIA?.....	179
3. RAZÓN PÚBLICA.....	182
4. RAWLS Y EL DISEÑO CONSTITUCIONAL.....	184
5. EN EL MUNDO REAL.....	187
6. TEORÍA Y POLÍTICA.....	189
7. CONSENSO POR SUPERPOSICIÓN.....	191
8. POLÍTICA Y DISENSO.....	194

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO VIII. LA IRRELEVANCIA DE LA OBJETIVIDAD MORAL	195
1. OBJETIVIDAD Y REALISMO	195
2. EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LOS JUICIOS MORALES.....	197
3. CUASIRREALISMO Y LA TESIS DE LA NO-DIFERENCIA	202
4. PÁNICO AL EMOTIVISMO.....	205
5. DESACUERDOS MORALES.....	209
6. DESACUERDOS MORALES Y JURISDICCIÓN	215
7. CONCLUSIÓN.....	221
CAPÍTULO IX. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA INTEGRIDAD.....	223
1. DECISORES DIVERSOS	223
2. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA INTEGRIDAD.....	224
3. OBJETIVO Y PRACTICABILIDAD.....	227
4. ¿INTEGRIDAD <i>VERSUS</i> JUSTICIA?.....	231
5. EL PUNTO DE VISTA DEL PARTICIPANTE.....	235
6. ESCEPTICISMO Y DUDAS	237
7. FUNCIONARIOS.....	239
8. LAS DEMANDAS DE LA INTEGRIDAD.....	242
TERCERA PARTE	
DERECHOS Y CONTROL JUDICIAL	
DE CONSTITUCIONALIDAD	
CAPÍTULO X. ENTRE LOS DERECHOS Y LAS CARTAS DE DERECHOS.	251
1. REFORMA CONSTITUCIONAL.....	251
2. TEORÍAS BASADAS EN DERECHOS.....	254
3. DE LOS DERECHOS MORALES A LOS DERECHOS JURÍDICOS	258
4. DE LOS DERECHOS JURÍDICOS A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.....	261
5. RESPETO Y DESCONFIANZA.....	263
6. HACER FILOSOFÍA.....	266
7. FILOSOFÍA Y POLÍTICA	270
8. LA LABOR QUE QUEDA PENDIENTE.....	274

	Pág.
CAPÍTULO XI. LA PARTICIPACIÓN: EL DERECHO DE LOS DERECHOS.	277
1. INTRODUCCIÓN.....	277
2. ¿UN DERECHO NEGATIVO O UN DERECHO POSITIVO?	278
3. COMPARTIR EL PODER.....	281
4. ¿TIENE LA PARTICIPACIÓN UNA JUSTIFICACIÓN INSTRUMENTAL?.....	285
5. PRINCIPIO Y AUTORIDAD	290
6. UNA SOLUCIÓN BASADA EN DERECHOS	297
7. EL PROBLEMA CON EL INSTRUMENTALISMO DE LOS DERECHOS.....	300
 CAPÍTULO XII. DESACUERDOS Y PRECOMPROMISO	 305
1. DEMOCRACIA Y SOBERANÍA POPULAR.....	305
2. PRECOMPROMISO.....	308
3. MECANISMOS CAUSALES <i>VERSUS</i> JUICIOS EXTERNOS	311
4. ¿DESACUERDOS O DEBILIDAD DE LA VOLUNTAD?	317
5. ULISES, EL PUEBLO	322
6. REGLAS CONSTITUTIVAS.....	328
7. PRECOMPROMISO Y SEGURO.....	331
 CAPÍTULO XIII. LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DEMOCRACIA.....	 337
1. DERECHOS DEMOCRÁTICOS	337
2. ¿EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD MEJORA LA DEMOCRACIA?.....	341
3. CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD Y JUSTICIA.....	343
4. MEJORAR EL DEBATE PÚBLICO	345
5. FINES DEMOCRÁTICOS Y MEDIOS DEMOCRÁTICOS	348
6. DESACUERDOS, UNA VEZ MÁS	351
7. LA CAPACIDAD DE PENSAR PROCEDIMENTALMENTE	353
8. ¿SOMOS JUECES EN NUESTRA PROPIA CAUSA?.....	354
9. PETICIÓN DE PRINCIPIO.....	355
10. <i>SUMMA</i> CONTRA DWORKIN	360

	<u>Pág.</u>
11. ¿ESTÁ TODO AL ALCANCE DE NUESTRA MANO?.....	361
12. DESACUERDOS SOBRE LOS LÍMITES	365
BIBLIOGRAFÍA	373
ÍNDICE ANALÍTICO	387

ESTUDIO PRELIMINAR

**LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE JEREMY
WALDRON: CONVIVIR ENTRE DESACUERDOS**

Roberto GARGARELLA
José Luis MARTÍ

1. INTRODUCCIÓN

Derecho y desacuerdos se ha convertido, desde su publicación en 1999, en uno de los libros más celebrados de Jeremy WALDRON, y el que ha consagrado al filósofo neozelandés como uno de los nombres fundamentales del pensamiento jurídico contemporáneo¹. Si en 1993 WALDRON reunía, en *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, todos sus artículos de la década anterior en torno al liberalismo y la noción de derechos², en 1999 edita dos obras que recogen su producción más reciente sobre la legislación, la autoridad del derecho democrático, la importancia y el papel que juegan los desacuerdos en relación con la política y la determinación del derecho, y la propia noción de los derechos liberales y su protección mediante un control judicial de constitucionalidad de las leyes ante los desafíos de tales desacuerdos. Se

¹ Jeremy WALDRON es actualmente Maurice and Hilda Friedman Professor en la Universidad de Columbia. En la Universidad de Otago de su Nueva Zelanda natal estudió filosofía y derecho, y a lo largo de su carrera ha enseñado en las universidades de Oxford, Edimburgo, California, Princeton y Cornell, entre otras. Sus trabajos más importantes están citados en la bibliografía de esta introducción, así como en la bibliografía general del libro.

² Véase WALDRON, 1993a.

trata de *Law and disagreement (Derecho y desacuerdos)* y *The dignity of legislation*³, dos libros estrechamente vinculados y con una clara vocación de unidad, como advierte el propio autor en el prólogo de cada uno de ellos, cuando los califica de trabajos complementarios, y afirma que, conjuntamente, se suman «al inicio de un proyecto que quiere enriquecer la tarea de la filosofía del derecho gracias a las aportaciones de la teoría política»⁴.

De los dos libros, es *Derecho y desacuerdos* el trabajo más completo y el que más impacto y admiración ha causado en los círculos académicos de la filosofía política y jurídica, especialmente en los anglosajones⁵. Ha sido extensamente reseñado en las mejores publicaciones⁶. Y lo primero que debe destacarse es que los artículos reunidos en este libro, ya desde su publicación por separado, y todavía más desde la aparición del libro, han influido profundamente en los teóricos del derecho y en los constitucionalistas. Sin perjuicio del impacto que esta obra pueda tener o haber tenido en otras disciplinas o ámbitos del derecho y la política, no es exagerado afirmar que estos trabajos han convertido a WALDRON en el defensor principal de una de las posiciones más importantes del debate sobre el control judicial de constitucionalidad y, más ampliamente, sobre el papel del constitucionalismo en nuestras sociedades democráticas, una posición que se identifica primordialmente con la defensa de los valores democráticos y

³ WALDRON, 1999b.

⁴ Véase WALDRON, 1999b: xiii. En los Agradecimientos de *Derecho y desacuerdos*, también se afirma que «los dos libros siguen un mismo programa de trabajo, encaminados a enriquecer la teoría del derecho con los recursos de la teoría política. Ambos libros recuperan y destacan algunas formas de concebir la legislación que la presentan como un modo digno del ejercicio de gobierno y una fuente respetable de derecho» (WALDRON, 1999a: 4). Sin embargo, se produce una cierta «división del trabajo» entre las dos obras, que permite leerlas como complementarias. Si *The dignity of legislation* es un intento de acudir a los autores de la historia del pensamiento jurídico y de «explorar las fuentes» del mismo, el presente libro adopta un enfoque «más analítico» que «se centra más en los argumentos» en sí mismos (WALDRON, 1999a: 4). Véase también 1999b: xiii. *The dignity of legislation*, que reúne básicamente las John Robert Seeley Lectures que Jeremy WALDRON impartió en la Universidad de Cambridge en 1996, y en las que se centra básicamente en el pensamiento de ARISTÓTELES, LOCKE y KANT, para justificar y dignificar el Parlamento y la regla de la mayoría como fuente legítima de autoridad política. Como advierte el autor, podría haberse basado para hacerlo en BENTHAM o en ROUSSEAU, pero eso hubiera sido demasiado fácil. En lugar de eso, prefirió hacerlo en «el teórico de la virtud política» (ARISTÓTELES), en «el filósofo de los derechos naturales como límites sobre los Parlamentos» (LOCKE), y en «el que se supone el más alto predicador del razonamiento moral autónomo e individual» (KANT). Véase WALDRON, 1999b: 162 y 163.

⁵ Al libro o a los argumentos allí defendidos se les han aplicado adjetivos como «deliciosamente excitante, provocativo y profundamente reflexionado» (EISGRUBER, 2002: 35), «sesudo y poderoso» (DOWNS, 2000: 183), «interesante e ingenioso» (SAGER, 2002: 11), «fascinante», una «importante e innovadora contribución a la filosofía política» (CHRISTIANO, 2000: 543 y 513, respectivamente), una «lectura obligatoria» (GOLDSWORTHY, 2001: 86), o una «teoría formidable de la autoridad» (ESTLUND, 2000: 126).

⁶ Por ejemplo, CHRISTIANO, 2000; POSNER, 2000; ESTLUND, 2000; DOWNS, 2000; GOLDSWORTHY, 2000; ESKRIDGE, 2000; SAGER, 2002; EISGRUBER, 2002, y HABERMAS, 2003.

procedimentales como mejor respuesta ante el hecho de los desacuerdos y el pluralismo sociales, y se sitúa en contra de cualquier tipo de dogmatismo constitucional⁷.

El prisma desde el que este trabajo reflexiona sobre diversas cuestiones de teoría política, jurídica y constitucional es, como pone de relieve el propio título del libro, el hecho de los desacuerdos generalizados entre todos los ciudadanos y sobre (casi) todas las cuestiones relevantes, esto es, una suerte de constatación de la existencia de desacuerdos profundos y generales en nuestras sociedades contemporáneas en materia política. Este hecho, del que WALDRON extrae valiosas e importantes consecuencias para la manera en que nos pensamos como comunidad política y pensamos las instituciones que ejercen autoridad política en nuestro proyecto de convivencia, le sirve también como punto de apoyo, o incluso como cimiento, sobre el que construir una teoría de los derechos liberales y articular una concepción del constitucionalismo y del control de constitucionalidad, que se separan firmemente de las posiciones liberales dominantes en la actualidad, como la de John RAWLS o la de Ronald DWORKIN. Y lo hace no sólo con la intención de tomarse en serio el mencionado hecho de los desacuerdos, sino también con una escrupulosa sensibilidad democrática que comienza a plasmarse en una mayor atención hacia la composición, funcionamiento y actividad de los Parlamentos. Esto le lleva a asumir determinados compromisos por lo que respecta a la teoría de la democracia, aunque no siempre quedan articulados de manera explícita, así como a presentar un conjunto de propuestas normativas que, a juicio de WALDRON, no deben verse como extrañas desde el ámbito de la teoría del derecho, sino que encajan armónicamente con su propia concepción de la misma, basada en la idea del positivismo normativo (o ético). En lo que sigue presentaremos y analizaremos brevemente las principales aportaciones de *Derecho y desacuerdos* en cada uno de estos puntos.

2. DESACUERDOS PROFUNDOS Y DERECHOS

Según WALDRON, el rasgo más distintivo de la política, el que la distingue de la justicia, es que su punto de partida (su condición necesaria) es el hecho de los desacuerdos. De este modo, «la vocación del filósofo *político* es examinar filosóficamente no sólo la metafísica, sino también la moral y la política del desacuerdo: las implicaciones

⁷ Para constatar dicha influencia, basta con consultar la literatura en castellano sobre el problema del carácter contra-mayoritario del control judicial de constitucionalidad; véanse, por ejemplo, GARGARELLA, 1996 y 1998; FERRERES, 1997 y 2001; MORESO, 1998a y 1998b, y BAYÓN 1998, 2003 y 2004.

que tiene para la vida social, la organización social y la acción social el hecho de que [...] los desacuerdos siempre persistirán»⁸. La sensibilidad hacia el pluralismo y el hecho de los desacuerdos⁹ es el elemento central de estos trabajos y sitúan a WALDRON en sintonía con las corrientes filosófico-políticas que durante los últimos quince años han cuestionado la tendencia homogeneizadora del liberalismo contemporáneo¹⁰. WALDRON, a diferencia de los principales pensadores liberales de la segunda mitad del siglo xx, niega que el consenso, y la uniformización que éste conlleva, tengan valor en sí mismos¹¹. Al contrario, enfatiza que la existencia de desacuerdos, de profundos desacuerdos sobre casi cualquier aspecto de la organización social, no sólo integra una de las circunstancias de la política, sino también un factor que hace posible y enriquece la deliberación democrática¹². Sin embargo, y a diferencia de la mayoría de los críticos del liberalismo que rescatan el valor del pluralismo, WALDRON no ha renunciado a los fundamentos liberales del Estado y de la sociedad, sino que trata justamente de reforzarlos y reinterpretarlos bajo la perspectiva de los desacuerdos, recuperando lo que, según él, se hallaba inserto en las

⁸ WALDRON, 1999a: 9.

⁹ Es importante aclarar desde el principio que WALDRON no piensa el pluralismo (o no primordialmente) en términos de un conflicto de intereses. Es cierto que probablemente deberíamos incluir también la existencia de un conflicto de intereses entre las circunstancias de la política, como lo es de hecho de la justicia (en el sentido de que existen pretensiones incompatibles sobre un conjunto finito y limitado de recursos). Sobre esta idea, véanse MANSBRIDGE, 1983: especialmente x y xi, y 1990: 7 y 8; y BARBER, 1984: 128 y 129. Esta misma idea se encuentra ya en ROUSSEAU [1762]: nota al pie n. 2, capítulo III, Libro Segundo. WALDRON, sin embargo, no se ocupa de ofrecer un análisis detallado del origen de los desacuerdos, porque de hecho prefiere mantenerse neutral respecto a sus posibles explicaciones (que dependen, muchas de ellas, de diversas posiciones metaéticas que él insiste en considerar irrelevantes), pero los ejemplos que menciona casi en todos los casos se refieren a discrepancias acerca de qué es lo que es correcto hacer políticamente desde un punto de vista supuestamente imparcial. De modo que se aleja conscientemente de los modelos que conceden un lugar central a la cuestión de los intereses. Sólo en una ocasión WALDRON hace referencia a una idea relacionada con el conflicto de intereses, cuando declara que «una empresa común fracasará con frecuencia, aun cuando los potenciales participantes estén de acuerdo sobre el proyecto y compartan las mismas preferencias sobre su éxito», y dedica algunas páginas a analizar algunas cuestiones básicas de los dilemas de acción colectiva. WALDRON 1999a: 123, y también 124-127. Para un buen trabajo sobre las diversas interpretaciones de la noción de «desacuerdos» en WALDRON, véase ESTLUND, 2000.

¹⁰ Corrientes que van desde el comunitarismo (MACINTYRE, 1981; SANDEL, 1982 y 1996; y WALZER, 1989) o el feminismo (MACKINNON, 1989; PHILLIPS, 1995; y YOUNG, 1997) en la teoría de la justicia, hasta los modelos agonistas en la teoría de la democracia y otras propuestas que descienden de la filosofía postmoderna (LACLAU y MOUFFE, 1985; LEFORT, 1988; MOUFFE, 1993 y 2000; TULLY, 1995, y BICKFORD, 1996). Una síntesis de las críticas comunitarista y feminista a RAWLS, en GARGARELLA, 1999, caps. 3 y 5.

¹¹ Sin duda el máximo exponente de este liberalismo contemporáneo, y que ha sido también objetivo de todos los ataques mencionados en la nota anterior, es RAWLS, 1971. También DWORKIN, 1977, 1986 y 1996. Por ello WALDRON destina los capítulos VII y IX respectivamente a criticar abiertamente las propuestas de ambos autores.

¹² WALDRON, 1999a: 112, 113 y 127-129.

propias bases históricas de las que se alimentó el liberalismo en su nacimiento: el pensamiento de la Edad Media y de los primeros pensadores modernos como HOBBS, y que LOCKE y más tarde KANT y John Stuart MILL mantendrían con vida en el seno de la tradición liberal¹³.

Esta rehabilitación de la perspectiva del desacuerdo, o de forma más general, del conflicto, desde bases propiamente liberales, se concide efectivamente con la que parece la influencia más directa y evidente sobre esta obra de WALDRON, la de Thomas HOBBS. No se trata únicamente de que WALDRON haya decidido iniciar el libro con una cita del *Leviathan* de HOBBS, o de que a lo largo de sus páginas haga un uso extenso, variado y hasta reiterado de muchos pasajes de esta obra. Lo verdaderamente crucial es que el significado que WALDRON atribuye a la existencia de desacuerdos generalizados, profundos y persistentes sobre cuestiones políticas pretende perturbar la tranquilidad de las aguas del modelo liberal de legitimidad política, igual que HOBBS pretendía asestar un mazazo sobre los ingenuos modelos políticos medievales. Y pretende hacerlo, también como HOBBS, desde una llamada al realismo y la sensatez que trata de huir de cualquier idealización de nuestros sistemas jurídicos. Una lectura atenta del libro, no obstante, revela que considerar *Derecho y desacuerdos* como una obra de influencia únicamente hobbesiana es en extremo simplista, puesto que la influencia de LOCKE, MILL o KANT no es en ningún caso menor a aquella¹⁴. Si, por decirlo así, se trata de un libro hobbesiano por lo que respecta a su oposición abierta y sus críticas a buena parte de la doctrina filosófica liberal contemporánea, es también un trabajo de inspiración milliana y kantiana en su parte propositiva, esto es, por lo que respecta al modelo de legitimidad política que se sugiere como alternativa¹⁵, basado fundamentalmente en el valor de la dignidad y la autonomía de las personas, así como en la aceptación de los desacuerdos y la dignificación de la participación y la deliberación políticas por parte de la ciudadanía¹⁶.

¹³ WALDRON no sólo se ha definido siempre como un autor liberal, sino que buena parte de su obra refleja su interés por analizar y comprender la historia del pensamiento liberal desde sus orígenes y sus precedentes inmediatos. Aunque no se concibe a sí mismo como un historiador de la política (ni siquiera como admirador de la «escuela histórica del pensamiento político», WALDRON 1999a: 82), sus trabajos sobre los clásicos liberales le han permitido abordar con mayor solidez y perspectiva los problemas actuales que le han interesado. Algunos de sus trabajos más destacados sobre dichos clásicos son WALDRON, 1984, 1990b, y 1999b. Para sus estudios sobre los fundamentos del liberalismo, véase WALDRON, 1987, 1988, 1990a y 1993a.

¹⁴ Véase, en sintonía con esta lectura de la múltiple influencia, EISGRUBER, 2002: 35 y 36, que afirma: «El truco para interpretar el libro de WALDRON consiste en comprender cómo deriva desde unos planteamientos hobbesianos hacia una conclusión bien diferente».

¹⁵ Que este libro de WALDRON es ante todo y fundamentalmente un estudio sobre las condiciones de la legitimidad política, es sostenido también por ESTLUND, 2000: 111, CHRISTIANO, 2000: 513-517, y HABERMAS, 2003.

¹⁶ WALDRON, 1999a: 133-142.

Una intuición básica que recorre todo el texto es la de que la política se desarrolla en condiciones muy particulares, que son precisamente las que nos permiten comprender el significado del Estado de derecho, o explicar el sentido de virtudes tales como la tolerancia ante el disenso o la civilidad. WALDRON se refiere a dichas condiciones como las *circunstancias de la política*, adaptando así la idea de HOBBS, HUME y modernamente RAWLS acerca de las «circunstancias de la justicia» (es decir, entre otras, la «escasez moderada de recursos» y el «altruismo limitado») ¹⁷. Concretamente WALDRON identifica dos circunstancias básicas de la política: la *existencia de desacuerdos* y la *necesidad percibida por todos de un curso de acción común* ¹⁸. Estas dos condiciones, lejos de suponer un obstáculo para el desempeño de la política en general, o para el funcionamiento de nuestras instituciones políticas concretas, las hacen tanto posibles como necesarias. Y aunque no hayan recibido hasta ahora demasiada atención por parte de la filosofía política y del derecho, no es posible una correcta comprensión de las funciones de la política sin entender en qué consisten las dos condiciones que la generan. En dichas circunstancias, asume WALDRON, «es importante que las comunidades tomen sus decisiones en determinados foros, utilizando procedimientos que se muestren respetuosos con los desacuerdos y que permitan que las voces en contienda sean escuchadas en un debate sobre cuál debería ser la solución a un problema común» ¹⁹.

La idea de circunstancias de la política viene a extender, por otra parte, la afirmación de RAWLS conforme a la cual cuando intentamos ponernos de acuerdo en cuestiones relativas a nuestras concepciones del bien nos enfrentamos a barreras muy difíciles de superar, que él denomina las cargas del juicio (*the burdens of judgement*), como la imposibilidad de contar con una epistemología neutral y objetiva, el contar con información incompleta y diversa, o el peso de las diferentes experiencias, perspectivas o estilos de vida que producen un sesgo en nuestros puntos de vista ²⁰. Para RAWLS, dichos desacuerdos no se extienden, en cambio, a nuestras concepciones sobre la justicia, y en consecuencia podemos aventurar un consenso acerca de los principios de justicia, que deje a un lado nuestras diferencias respecto a cuál es la mejor

¹⁷ HOBBS, 1651: caps. 14 y 15, 132-155; HUME, 1739-1740: Libro Tercero, Parte 2, sección II, 652-673; RAWLS, 1971: epígrafe 22. Véase también, en esta misma línea, HART, 1961: 239-247.

¹⁸ Por ejemplo, en WALDRON, 1999a: 123.

¹⁹ WALDRON, 1999a: 105.

²⁰ Igual que RAWLS, WALDRON considera que «[muchos] de nuestros juicios más importantes [...] versan sobre cuestiones y se formulan en condiciones “de las que no es de esperar que permitan que personas conscientes, en pleno uso de sus facultades de razón, ni siquiera después de una discusión libre, lleguen unánimemente a la misma discusión”» (WALDRON, 1999a: 135). De ahí también sus desacuerdos, como veremos más adelante, con aquellas versiones de la democracia deliberativa que asumen que la deliberación se dirige a obtener, idealmente, un consenso unánime (WALDRON, 1999a: 109-113).

forma de vivir nuestras vidas, y que fundamente la estabilidad social y política²¹. WALDRON discrepa de esta última opinión y sostiene que las mismas incertidumbres que nos hacen muy difícil alcanzar acuerdos sobre nuestras concepciones acerca del bien están presentes cuando tenemos que discutir en torno a la idea de justicia. Dado el hecho profundo y persistente del pluralismo, no hay ningún motivo para esperar un mayor acuerdo en este segundo terreno que en el primero²². De modo que aunque el propio RAWLS diera un paso crucial en favor de reconocer positivamente la existencia de desacuerdos y de un pluralismo razonable, su modelo seguiría siendo demasiado dependiente de un consenso nuclear, y demasiado poco sensible ante el hecho de los desacuerdos²³.

Y es en este punto, como ya hemos advertido anteriormente, en el que *Derecho y desacuerdos* presenta una posición innovadora y original, y nos obliga a repensar algunos de los presupuestos internos del constitucionalismo liberal hasta ahora poco problematizados. En palabras de Thomas CHRISTIANO, este libro «ha hecho un gran servicio a la filosofía política al resaltar la importancia moral de los desacuerdos persistentes sobre la justicia y el bien común para una teoría adecuada de la equidad política. Su tratamiento de estas cuestiones debe ser atentamente estudiado por cualquiera que desee explorar los fundamentos filosóficos de la autoridad política y de la democracia»²⁴. Precisamente su insistencia constante en dar cuenta de la existencia de los desacuerdos desde una óptica liberal y, sobre todo, su estrategia inherentemente procedimentalista a la búsqueda de un modelo de

²¹ RAWLS, 1971, 1993; HABERMAS, 2003.

²² WALDRON, 1999a: 187-194.

²³ WALDRON, 1999a: 186. Véase una crítica similar a RAWLS en MOUFFE, 1993, caps. 3 y 9, y 2000, 22-34. Aunque una de las interpretaciones convencionales del segundo libro de RAWLS (1993) consiste en verlo como una respuesta ante algunos de los desafíos planteados por los críticos mencionados anteriormente y como un intento, como declara el propio RAWLS, de explicar la estabilidad de las estructuras políticas liberales ante el hecho del pluralismo que caracteriza de manera creciente nuestras sociedades contemporáneas (RAWLS, 1993: xviii y ss., especialmente xxxvii-xli), el hecho es que, como afirma WALDRON en el capítulo VII, el «enfoque de *Una teoría de la justicia* es casi idéntico al de *El liberalismo político* [...]». En ambos trabajos se entiende que llegará un punto en el cual los políticos razonables podrán presuponer que se ha alcanzado un acuerdo entre los participantes, por lo menos en un nivel general, sobre los principios de justicia que deben aplicarse» (WALDRON, 1999a: 187). El RAWLS de *El liberalismo político* da un paso adelante para aceptar «el pluralismo de doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales comprensivas», pero éste «no es el único pluralismo con el que nos enfrentamos en una sociedad democrática contemporánea, también debemos ~~hacerlo con~~ los desacuerdos sobre la justicia y los derechos» (WALDRON, 1999a: 188), de hecho «éstos siguen siendo la condición más patente de nuestra propia política», y una obra como la de RAWLS, a pesar de haber incluido una cierta perspectiva del pluralismo, es todavía insuficiente para acomodar el hecho de los desacuerdos sociales y políticos en toda su magnitud. Por esta razón, WALDRON se aleja del liberalismo rawlsiano y busca, con voz propia, una interpretación más abierta de los principios liberales.

²⁴ CHRISTIANO, 2000: 543.

organización política que requiera del menor consenso sustantivo posible, acercan a WALDRON a las teorías de la autoridad y de la democracia, más que a la teoría de la justicia; le acercan más a HABERMAS, aunque preste muy poca atención al filósofo alemán, que a RAWLS²⁵. Y de este modo se coloca en una posición bastante heterodoxa por lo que se refiere a la evaluación de la práctica constitucional de las democracias occidentales actuales. WALDRON parte en el libro de una perplejidad descrita por Roberto M. UNGER en un trabajo reciente: la existencia de una «hipertrofia de las prácticas y arreglos contra-mayoritarios; [...] y en fijar de manera simplista el centro de atención en los altos tribunales, viéndolos como el segmento más importante de la política democrática»²⁶. En sus propios términos, los filósofos del derecho están «intoxicados de tribunales y cegados a casi todo lo demás por los encantos de la justicia constitucional»²⁷, del mismo modo que la «teoría general del derecho», aquella que reflexiona «sobre el derecho como tal, sobre la autoridad jurídica, sobre la obligación jurídica, sobre el Estado de derecho, etc.»²⁸ se ha ocupado poco de la composición de los Parlamentos, de la autoridad de la legislación o de cómo debe interpretarse una ley de manera respetuosa con dicha autoridad²⁹.

Frente a una teoría del derecho ciega, o cuanto menos insensible, a la importancia de todas estas cuestiones, y ante una filosofía política liberal complaciente del elitismo constitucional y de visiones demasiado maniqueas y simplistas de la protección de los derechos fundamentales, WALDRON propone tomarse en serio el ideal de *autogobierno*, y plantea su trabajo al servicio del mismo³⁰. Dicho compromiso lo llevará a defender una concepción *mayoritaria* de la política, a juzgar negativamente

²⁵ Así, la idea de razón pública, la misma que tiende puentes entre las teorías de RAWLS y HABERMAS (véanse HABERMAS, 1995 y RAWLS, 1995), se encuentra en la base, aunque en muchas ocasiones sólo de manera implícita, de la teoría procedimentalista de la legitimidad suscrita por WALDRON, y que le conduce, como veremos más adelante, a defender también una concepción deliberativa de la democracia. De hecho, y aunque WALDRON declare estar suscribiendo una concepción procedimentalista pura, en realidad adquiere fuertes compromisos con lo que podríamos denominar un procedimentalismo epistémico, esto es, con identificar la legitimidad de las decisiones con el procedimiento de toma de decisiones que se ha utilizado, eligiendo éste por su valor epistémico, por su mayor probabilidad de producir decisiones correctas. Véase a este respecto la opinión del propio HABERMAS, 2000, y de ESTLUND, 2000. Para la noción de procedimentalismo epistémico aplicado a la democracia deliberativa, véase MARTÍ, 2006. Sobre cómo la razón pública ofrece una respuesta adecuada al reto de los desacuerdos, véase COHEN, 1993; BOHMAN, 1995 y 1996; GUTMANN y THOMPSON, 1990, 1993, 1994, 1996 y 2004. Sobre la diferencia entre modelos procedimentalistas y modelos sustantivistas de la legitimidad política, véase COHEN, 1996; HABERMAS, 2001, y MARTÍ, 2005.

²⁶ WALDRON, 1999a: 16, citando a UNGER, 1996. Para UNGER, éste es el *oscuro secreto* de la teoría contemporánea.

²⁷ WALDRON, 1999a: 17.

²⁸ *Ibid.*: 13 y 14.

²⁹ *Ibid.*: 16-18.

³⁰ *Ibid.*: 17.

la constitucionalización de una *carta de derechos*, y a calificar como insultantes e irrespetuosos hacia la igual dignidad de las personas los intentos de defender un sistema de *control judicial* como el que hoy conocemos, esto es, a afirmar que dicho mecanismo contra-mayoritario vulnera los propios valores que pretendemos proteger mediante el instrumento de los derechos³¹. Si la democracia es valiosa no es sino porque reconocemos la igualdad básica de todos los ciudadanos (su igual valor intrínseco) y su capacidad para tomar decisiones autónomas (para desarrollar, por ejemplo, planes de vida libre y racionalmente trazados) o deliberar con los demás, con los que se encuentran en desacuerdo, acerca de cuál es la mejor solución a un problema común³². WALDRON identifica al Parlamento (democrático) como la institución que de forma casi natural armoniza estos valores, y como un órgano especialmente bien situado para lidiar con las circunstancias de la política. Desde un punto de vista descriptivo, se sitúa en oposición a buena parte de la literatura politológica contemporánea, que considera el Parlamento un órgano poco «digno», sobre todo en comparación con otros órganos como los judiciales³³. Desde un punto de vista normativo, por otra parte, se enfrenta a una mayoría de teóricos jurídicos y filósofos políticos que, preocupados por las «malas decisiones» de la política y los peligros de «la tiranía de la mayoría», concentran sus estudios en la idea de los *derechos individuales*, y fundamentan la adopción de rígidas *cartas (constitucionales) de derechos*, protegidas a través de un *control judicial de constitucionalidad de las leyes*³⁴. Para WALDRON, esta última postura supone una afrenta a la idea de *igual respeto* que nos merecen las personas³⁵, cosa que le llevó a sostener una interesante polémica con Ronald DWORKIN, acerca de si era deseable que Gran Bretaña adoptara un sistema de protección de derechos similar al vigente en los Estados Unidos³⁶.

Esto no implica que WALDRON renuncie, directa o indirectamente, a la idea de derechos. WALDRON acepta, con DWORKIN y buena parte de la academia jurídica contemporánea, que existe una importante conexión entre la idea de derechos y la de democracia, así como que ciertos derechos individuales deben ser considerados como condiciones

³¹ *Ibid.*: 23-25, y 285. Aunque esto le llevará a ser objeto de alguna crítica por haber simplificado en exceso la complejidad institucional del constitucionalismo (EISGRUBER, 2002: 35).

³² WALDRON, 1999a: 129-142. También defiende el «principio de decisión mayoritaria» en WALDRON, 1999b: cap. 6. En contra de la vinculación entre el principio de «igual respeto» y el de «decisión mayoritaria», véase EISGRUBER, 2002: 37.

³³ Véase, en particular, WALDRON, 1999a: cap. 2, y 131-142.

³⁴ WALDRON, 1999a: cap. 10.

³⁵ *Ibid.*: 140.

³⁶ Véanse WALDRON, 1993b y DWORKIN, 1990. En WALDRON, 1999a sus críticas contra DWORKIN aparecen concentradas especialmente en el cap. 13, y resumidas en las páginas 360 y 361.

de una decisión mayoritaria legítima³⁷. Cabría distinguir, entonces, hasta tres tipos diferentes de derechos individuales: *a*) «derechos que de hecho son constitutivos del proceso democrático» (como, por ejemplo, el derecho de participación); *b*) «derechos que, aunque no sean formalmente constitutivos de la democracia, representan en todo caso condiciones necesarias para su legitimidad» (como, por ejemplo, los derechos de libertad de expresión y de asociación), y *c*) derechos totalmente desvinculados de la democracia (como, por ejemplo, los derechos de sucesión patrimonial)³⁸. Al menos los derechos de los dos primeros tipos, aunque por razones diferentes y de modos diversos, son imprescindibles para cualquier modelo democrático de la legitimidad política. Y por ello WALDRON también defiende, por utilizar los términos de DWORKIN, una teoría basada en derechos, y no una teoría basada en deberes o una teoría basada en objetivos³⁹. Sin embargo, no se deriva de ahí que la custodia de los derechos, ni siquiera de los derechos que actúan como condición del procedimiento democrático, requiera de Constituciones e instituciones contra-mayoritarias. Las razones que llevan a WALDRON a esta conclusión se encuentran, en buena medida, sugeridas en los párrafos anteriores, pero conviene examinarlas con más detalle.

Ante todo, si partimos del hecho inevitable del desacuerdo, tendremos que admitir también la existencia de desacuerdos dramáticos acerca del número, contenido o alcance de los derechos. Nos enfrentamos, entonces, a un problema de *autoridad*⁴⁰, es decir, quedamos enfrentados a —urgidos por— la necesidad de encontrar una vía a través de la que resolver nuestras disputas. Debemos recurrir entonces a una teoría de la autoridad, o, en palabras de Juan Carlos BAYÓN, a «un poder hohfeldiano para asignar institucionalmente derechos y deberes, dado que reina el desacuerdo en la comunidad acerca de su contenido y alcance, pero necesitamos a pesar de todo decisiones colectivas al respecto»⁴¹.

³⁷ «La idea de democracia no es incompatible con la idea de derechos individuales. Por el contrario, no puede haber una democracia a menos que los individuos posean y ejerzan regularmente [...] el derecho de participación en la elaboración de las leyes» (WALDRON, 1999a: 337). A este respecto, véase BAYÓN, 2004: 117-127. En otros trabajos WALDRON ha explorado con mayor atención cómo dos de los liberales que mayor atención han prestado a la autonomía individual y a los derechos naturales, John LOCKE e Immanuel KANT, articulaban simultáneamente una defensa firme y contundente del principio democrático. Véase WALDRON, 1999b: caps. 3, 4 y 6.

³⁸ WALDRON se refiere explícitamente a los dos primeros tipos, y presupone el tercero. Véase WALDRON, 1999a: 337 y 338.

³⁹ *Ibid.*: 254-258 y 297-303.

⁴⁰ Al respecto, retoma y convierte en lema de la primera parte del libro la idea de HOBBS según la cual es el desacuerdo radical entre las personas el que hace necesario establecer y reconocer una autoridad (WALDRON, 1999a: 292).

⁴¹ BAYÓN, 2004: 118.

En dicho contexto, el derecho a la participación aparece como una salida especialmente adecuada. Y ello, no porque el mismo «tenga prioridad moral sobre los demás derechos». Sucede, más bien, que la participación es un derecho «cuyo ejercicio parece peculiarmente apropiado en situaciones en las que los portadores razonables de derechos discrepan acerca de qué derechos tienen»⁴². El derecho de participación, en tal sentido, puede ser considerado como *el derecho de los derechos*⁴³ porque, en definitiva, la participación y la decisión mayoritarias se muestran como las únicas herramientas que, en las circunstancias de la política, resultan consistentes con la idea de que todas las personas son fundamentalmente *iguales*⁴⁴. Sólo ellas parecen hacerse cargo del «respeto que le es debido [a toda persona] en tanto que ser activo y dotado de razón»⁴⁵. Ellas son las únicas que no se basan en una radical actitud de «desconfianza hacia los propios ciudadanos», ni en una «concepción predatoria de la naturaleza humana»⁴⁶. En este punto, WALDRON suscribe la visión de Joel FEINBERG acerca del valor de la participación y el respeto a los individuos. WALDRON cita a FEINBERG cuando éste señala: «Tal vez el que el derecho de participación

⁴² WALDRON, 1999a: 277. Contra una postura como la sostenida por WALDRON, quienes defienden los mecanismos de control judicial no pueden alegar que la misma es teóricamente problemática, al reclamar que se recurra a procedimientos democráticos mayoritarios para resolver cuestiones que tienen que ver con las condiciones de la democracia. Cualquier procedimiento alternativo, en definitiva, incurriría en problemas similares; en el caso del control judicial, los jueces también estarían siendo jueces en cuestiones que los involucran directamente (WALDRON, 1999a: 360 y 361). Para WALDRON: «aquellos que valoran la participación política popular no deberían dejar de hacerlo cuando traspasan el umbral de los desacuerdos sobre los derechos. [Los que lucharon] por el sufragio [lo hicieron] porque creían que las controversias sobre el orden fundamental de su sociedad —la regulación de la jornada laboral y del empleo en la fábrica, el derecho de propiedad, la libertad de expresión, las prerrogativas de la policía, la regulación del consumo de bebidas alcohólicas, la reforma de las campañas electorales— eran controversias en cuya solución ellos debían participar, respetuosamente y en pie de igualdad, porque *ellos* iban a ser los afectados por el resultado» (WALDRON, 1999a: 24).

⁴³ Así lo denomina WALDRON, tomando una expresión de William COBBETT. Véase WALDRON, 1999a: 277.

⁴⁴ *Ibid.*: 136-138 y 297. «Lo que afecta a todos debe decidirse por todos», dice WALDRON 1999a: 138. WALDRON sostiene esta postura reconociendo, igual que Charles BEITZ, las tensiones que se suscitan entre el compromiso mayoritario y la idea de igual respeto hacia todos, idea que puede terminar siendo afectada por el procedimiento mayoritario, en su impacto negativo sobre algún individuo. Sin embargo, WALDRON concluye diciendo que, al menos en un sentido restringido del término «igual respeto» el procedimiento mayoritario es el único capaz de mostrarse consistentemente respetuoso con dicho valor.

⁴⁵ WALDRON, 1999a: 299. Piénsense, en cambio, en el efecto de adoptar soluciones alternativas a la sugerida por WALDRON, como la de consagrar una carta de derechos en la Constitución (¿por qué grabar nuestras conclusiones en piedra, diría WALDRON, en cuestiones sobre las cuales albergamos tantas dudas? WALDRON, 1999a: 266), y establecer una forma de control judicial de la legislación. Siguiendo a HOHFELD, WALDRON nos recuerda cuál es el reverso de las inmunidades constitucionales que consagramos: lo que HOHFELD denomina una *incapacitación*, en este caso la del Parlamento, que queda incapacitado para realizar sus tareas habituales de revisión, reforma e innovación legales. WALDRON, 1999a: 263.

⁴⁶ WALDRON, 1999a: 264.

sea conveniente tiene menos que ver con la expectativa mínima de impacto decisivo y más con evitar el insulto, el deshonor o la denigración que se produce cuando las opiniones de alguien son menos tenidas en cuenta que las de los demás en una cuestión que afecta tanto a unos como a otros»⁴⁷. Y, de este modo, sin renunciar a la idea de derechos, alcanza la conclusión de la prioridad conceptual de la democracia, o del procedimiento, o del derecho de participación, frente a las consideraciones sustantivas sujetas a profundos desacuerdos, en materia de legitimidad política.

Lo dicho en los párrafos anteriores deja claro, ante todo, el carácter *individualista e igualitario* de la propuesta de WALDRON⁴⁸. En efecto, su propuesta procura enfrentar los desacuerdos que separan a las personas tomando en cuenta las opiniones de *cada uno* sobre cómo corresponde resolver tales desacuerdos. Se trata de un procedimiento, en este sentido, adecuadamente respetuoso de las opiniones de las personas y de los desacuerdos existentes entre ellas. Al mismo tiempo, su teoría propone sopesar de modo *igual* la opinión de cada individuo, razón por la cual sugiere un esquema participativo para resolver las más fundamentales diferencias de criterio que existen dentro de la comunidad y que amenazan con separar irremediabilmente a unos de otros⁴⁹.

Del mismo modo, la descripción presentada más arriba sugiere otros dos aspectos centrales de su argumentación. En primer lugar, allí se advierte que su teoría está *basada en derechos* (posee un carácter *right-based*) lo que determina que justifique su posición mayoritarista en una rotunda afirmación de la idea de derechos. Esta posición se distingue drásticamente de las defensas más clásicas del mayoritarismo (y de la crítica al control judicial que suele venir con aquél), que tienden a confrontar, minimizar o simplemente dejar de lado toda argumentación relacionada con los derechos. Para WALDRON, en cambio, la defensa de la voluntad mayoritaria se encuentra directamente entroncada en su preocupación por los derechos individuales. Es precisamente *porque* nos interesa defender los derechos de las personas que, en circunstancias en las que disentimos acerca de su contenido concreto y su ámbito de aplicación, es mejor no «congelar» tales derechos en una Carta (cuya interpretación dejamos a cargo de individuos que no elegimos directamente y sobre los cuales ejercemos un control casi nulo). Y nos interesa defender estos derechos porque nos preocupa la libertad y autonomía de cada individuo, así como su capacidad para

⁴⁷ WALDRON, 1999a: 284.

⁴⁸ Es este rasgo de individualismo e igualitarismo, junto con su defensa de la idea de los derechos, el que preserva el espíritu liberal de la propuesta de WALDRON, frente a otros modelos basados en el respeto al pluralismo, como los mencionados anteriormente en la nota 10.

⁴⁹ CHRISTIANO, 2000, 518.

hacerse cargo de su propia vida. Y precisamente *porque* tomamos en serio dichos rasgos de las personas, los rasgos que las habilitan como *portadoras de derechos (rights-bearers)*, podemos considerar ofensivo que no sean ellas mismas las que tengan a su cargo la discusión acerca de cuáles son y cómo deben ser interpretados sus propios derechos⁵⁰. Finalmente, es precisamente *porque* todos cuentan igual que tiene sentido decidir de modo participativo nuestras controversias sobre los derechos, es decir, apelando a otro derecho que, por su peculiar cualidad, nos brinda un punto de apoyo adecuado para resolver nuestras controversias⁵¹.

En segundo lugar, la argumentación anterior nos conduce al carácter *procedimental* del modelo de WALDRON, que ya hemos mencionado previamente. Que dicho modelo pueda ser calificado de esta manera, como procedimental, se debe al hecho de que se preocupa por establecer un mecanismo (participativo e igualitario, en este caso) a través del que resolver nuestros desacuerdos en las circunstancias de la política. Para decirlo de otro modo, la posición de WALDRON implica un rechazo a los modelos *sustantivistas* u orientados hacia el resultado, que se enfrentan al hecho inevitable de nuestros desacuerdos definiendo de antemano (habitualmente y, en razón de su «desconfianza hacia las masas», sin esperar el pronunciamiento de la voluntad mayoritaria) cómo debemos actuar en tales circunstancias⁵².

Ahora bien, ninguna cuestión ha generado tanta controversia académica en torno al trabajo de WALDRON, como este punto referido al método —que él considera el único apropiado— para resolver nuestras controversias sobre los derechos. Casi todos aquellos que han revisado el libro o los artículos publicados por separado con anterioridad coinciden en que la solución que propone implica un regreso al infinito, resultando finalmente insostenible⁵³. Para Thomas CHRISTIANO, por ejemplo, el «problema básico» de teorías como la de WALDRON es que, como era de esperar, «el desacuerdo acerca de la legitimidad de los mismos procedimientos de decisión colectiva va a aparecer junto con el desacuerdo que provoca el recurso a esos mismos procedimientos. De ahí que el argumento que parte de la idea del desacuerdo se socave a sí mismo»⁵⁴. Cecile FABRE ha expuesto un punto similar, con su habitual claridad. Para ella,

⁵⁰ Según sostiene WALDRON, no es posible «pensar en una persona como portadora de derechos y no considerarla como alguien que tiene el tipo de capacidad necesaria para averiguar cuáles son sus derechos» (WALDRON, 1999a: 257). Contra esta confianza en las capacidades epistémicas de los ciudadanos mostrada por WALDRON, véase SAGER, 2002: 11-13.

⁵¹ KAVANAGH, 2003: 452.

⁵² Véase *supra* nota 25 y texto que la acompaña.

⁵³ BAYÓN, 2004; CHRISTIANO, 2000; FABRE, 2000; EISGRUBER, 2002; KAVANAGH, 2003.

⁵⁴ CHRISTIANO, 2000: 519-520.

si, como dice WALDRON, los ciudadanos están en desacuerdo acerca de los temas importantes, entonces no hay razón para dudar que ellos también van a estar en desacuerdo acerca de los mismos procedimientos que se supone que van a servir para resolver las disputas acerca de los asuntos sustantivos. Posiblemente, ellos se mostrarán en desacuerdo acerca de tres cuestiones: *a)* acerca de si el mejor modo para llegar a la justicia es a través de una serie de procedimientos políticos o por modos independientes de todo procedimiento, recurriendo sólo a la argumentación; *b)* acerca de si el derecho a la participación política tiene preeminencia sobre los demás derechos, de modo tal que los procedimientos respecto de los cuales la participación es fundamental deban ser usados para resolver las cuestiones atinentes a los restantes derechos; y *c)* acerca de las modalidades del mismo derecho a la participación política. Por ejemplo, ¿deberían reconocerse derechos de representación especiales a los grupos étnicos y a las mujeres? ¿Deberían tener los ciudadanos la oportunidad de decidir las cuestiones más importantes a través de referenda?⁵⁵

La existencia innegable de desacuerdos sobre todas estas cuestiones aparentemente pacíficas desde la óptica de WALDRON nos permite constatar otro problema añadido: la posición procedimentalista de la legitimidad política que adopta WALDRON es inestable, ya que cualquier discrepancia o discusión acerca de cuál es el mejor procedimiento (el procedimiento legítimo) para tomar decisiones políticas, sólo puede responder a criterios (y por lo tanto a desacuerdos) sustantivos. Como él mismo advierte, el valor del procedimiento democrático descansa en el valor básico que otorgamos a todos los ciudadanos, así como en la igual autonomía que reconocemos en ellos. Pero WALDRON comete el error de creer que, como se trata de valores invocados también por aquellos que defienden enfoques sustantivistas de protección constitucional de los derechos individuales, su propuesta procedimental será pacífica. Lo cierto es que los desacuerdos acerca de las tres cuestiones procedimentales señaladas por FABRE sólo pueden ser discutidos desde parámetros sustantivos. Y, a su vez, sólo pueden ser zanjados mediante algún tipo de procedimiento. He ahí el inicio de un perverso regreso al infinito entre los valores procedimentales y sustantivos, una suerte de paradoja que afecta de modo aparentemente irresoluble a cualquier modelo de legitimidad política democrática⁵⁶.

WALDRON parece ser consciente de este problema, aunque considera inevitable la necesidad de contar con un procedimiento adecuado para resolver nuestros desacuerdos: «Aun si estamos en desacuerdo acerca de esto también, no tenemos elección», y tenemos que

⁵⁵ FABRE, 2000: 275.

⁵⁶ Sobre esta cuestión, veáanse BAYÓN, 1998: 58-64, y 2004; CHRISTIANO, 2000: 519-522; y MARTÍ, 2005.

ponernos a discutir cuestiones relacionadas con «la equidad, la voz, la participación»⁵⁷. Tenemos que hacerlo reconociendo que no vamos a encontrar ningún procedimiento perfecto: «Este es un hecho de la vida en política»⁵⁸.

3. LA CRÍTICA AL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD

La crítica de WALDRON del control judicial de constitucionalidad de las leyes es, posiblemente, la más importante que ha recibido dicha práctica desde la aparición del fundamental trabajo de Alexander BICKEL (aunque los escritos de este último estuvieran destinados, finalmente, a mostrar una *mejor forma* de defender la labor de los jueces)⁵⁹. Las razones que fundamentan la oposición de WALDRON al control judicial son varias, y aquí mencionaremos sólo algunas de entre ellas.

La objeción más importante frente al control judicial tiene que ver con lo que Thomas CHRISTIANO denomina *el argumento democrático*⁶⁰, basado en nociones como las examinadas más arriba. Entre ellas, i) que la existencia de una carta de derechos requiere de interpretaciones posteriores; ii) que tales interpretaciones van a ser siempre controvertidas en sociedades marcadas por el hecho del desacuerdo; iii) que si confiamos en los individuos (tal como se deduce del propio hecho de que queremos proteger con derechos su capacidad para actuar autónomamente), entonces no debemos privarlos del derecho de reflexionar libremente sobre los asuntos que más les importan, incluyendo los relacionados con el contenido y los alcances de sus derechos. El argumento democrático se encuentra íntimamente vinculado al argumento que lo lleva a rechazar la constitucionalización de una carta de derechos. Una carta de este tipo es un intento de «grabar en la piedra» nuestros compromisos fundamentales, un intento de limitar las acciones del Parlamento democrático, que se basa en la certeza de que los individuos no se encuentran capacitados para discernir por sí mismos las cuestiones básicas relacionadas con sus derechos (y fun-

⁵⁷ WALDRON, 2005, 25.

⁵⁸ WALDRON, 2005: 26. WALDRON entonces distingue entre, y pasa a discutir, razones basadas en resultados y razones basadas en procedimientos. Sostiene que las primeras, como mucho, son razones «no concluyentes», y que no sirven como defensa de un control judicial de constitucionalidad. Mientras tanto, las últimas «operan fundamentalmente en descrédito del control judicial, dejando intocado al procedimiento de decisión legislativa». De manera que, concluye, «el lado favorable al Parlamento vence, cualquiera que sea el modo en que formulemos la pregunta» (WALDRON, 2005: 30).

⁵⁹ BICKEL, 1978.

⁶⁰ CHRISTIANO 2000: 533.

dado, finalmente, en la desconfianza hacia las capacidades morales de la ciudadanía)⁶¹.

En uno de sus principales artículos sobre la materia, WALDRON exponía de modo muy gráfico la esencia del «argumento democrático» y lo ofensivo de la actitud favorable al control judicial. Para él, el respeto y la confianza merecida por los individuos debía traducirse en la existencia de un sistema institucional compatible con el predominio final de la voluntad de las mayorías, y no en uno sistemáticamente organizado para frustrarla. En sus propios términos: «Usted puede escribir en un periódico, preparar una petición frente a las autoridades y organizar un grupo de *lobby* frente al Parlamento. Pero aun si, más allá de lo que pudiera soñar en sus sueños más desenfrenados, llega a tener éxito en su empresa, ganando el apoyo de un largo número de hombres y mujeres que piensan como usted, y obteniendo así una victoria en el Parlamento, entonces, puede ocurrir que su medida sea desafiada e invalidada porque su visión sobre los derechos no coincide con la visión que los jueces tienen al respecto»⁶².

La batería de argumentos de WALDRON contra el control judicial no termina aquí. Entre otros utilizados, están los siguientes. Por un lado, y notablemente, llama la atención sobre el hecho de que los jueces también toman sus decisiones mediante el voto y aplicando la regla de la mayoría. Dicho procedimiento de decisión ratifica algunos puntos centrales de su argumentación. Por un lado, la necesidad del recurso al voto muestra la inevitabilidad de nuestros desacuerdos en torno a cuestiones constitucionales fundamentales (lo que se verifica en cada una de las cotidianas votaciones divididas de nuestros principales tribunales). En otros términos, los jueces disienten entre ellos tanto como lo hacen los propios ciudadanos y los legisladores. El recurso a la regla de la mayoría dentro de los tribunales muestra, por lo demás, el modo en que el voto, aun dentro de tales esferas, es reconocido como un medio apropiado para resolver diferencias de criterio en contextos de incertidumbre. Allí mismo se advierte, por lo demás, la auto-contradicción en la que suelen incurrir quienes afirman que las cuestiones de derechos *no pueden ni deben* resolverse a través del peso del mayor número —estrategia de la que reniegan cuando se trata de asambleas mayoritarias pero no, curiosamente, cuando lo que está en juego es una decisión que se examina dentro de la esfera judicial—. WALDRON se pregunta, entonces: «¿Resulta agravada la tiranía de una decisión política por el hecho de que la misma es impuesta *por la mayoría*?». «¿Es la tiranía *de la mayoría* una forma particularmente inaceptable de tiranía? [...] un tribunal también puede tomar su decisión por medio

⁶¹ CHRISTIANO, 2000: 534.

⁶² WALDRON, 1993b: 51.

de una votación mayoritaria [aunque en este caso] no hablemos comúnmente de una “tiranía de la mayoría”»⁶³. Llamativamente, en su elogiosa revisión de *Derecho y desacuerdos*, el paradigma del juez conservador, Richard POSNER, se ocupa de dar todavía más fuerza al argumento de WALDRON. Según POSNER, WALDRON se olvida de destacar que los jueces no sólo «deciden a través del voto». «Los jueces, cuando deliberan» —agrega POSNER— «raramente se involucran en una conversación libre. Por el contrario, hablan por turnos en una secuencia determinada por el *seniority*, se cuidan de no interrumpirse unos a otros, y la cantidad e intensidad de la discusión resulta inversamente proporcional a la profundidad de la convicción que cada juez tiene respecto del punto que se discute. En comparación con los jueces, los jurados, que discuten durante horas o días sobre un caso particular, representan un modelo de deliberación»⁶⁴.

WALDRON niega, además, que procedimientos como el del control judicial resulten mejores que los mayoritarios en cuanto a su concreta eficiencia práctica⁶⁵. En su opinión, los mismos «prejuicios sectarios» que suelen atribuirse a los Parlamentos son los que pueden encontrarse en los tribunales, algo que ejemplifica con casos como “Dred Scott” (en el que la Corte Suprema norteamericana convalidó la esclavitud); “Schenck” (en donde la Corte condenó a un opositor del gobierno por sus dichos); o “Korematsu” (en donde el máximo tribunal dio respaldo al establecimiento de un virtual campo de concentración dentro de los Estados Unidos)⁶⁶.

Al mismo tiempo, WALDRON acompaña el escepticismo en torno al «funcionamiento real» del control judicial con la certeza —que también nos ofrece la práctica— de que países en donde no existen formas de control judicial como las prevalecientes en los Estados Unidos —típicamente, los casos de Inglaterra y Nueva Zelanda— son capaces de asegurar la protección a los derechos individuales de un modo igual o más intenso todavía que los Estados Unidos.

WALDRON alberga serias dudas, además, sobre las virtudes del razonamiento judicial como medio para mejorar la discusión democrática.

⁶³ WALDRON, 2005, 52. En un sentido similar, WALDRON sostiene que «no estamos hablando de reemplazar un proceso mayoritario por un proceso no-mayoritario; estamos hablando de reemplazar un proceso conducido por un cuarto de billón de personas que tienen derechos y sus representantes, por un proceso mayoritario conducido por nueve hombres y mujeres en la Corte Suprema» (WALDRON, 2002a: 7).

⁶⁴ POSNER, 2000: 584.

⁶⁵ FABRE, 2000: 274.

⁶⁶ Cita entonces, en su respaldo, a la máxima autoridad norteamericana en materia de derecho constitucional, Lawrence TRIBE, un defensor de la revisión judicial, cuando tras los sucesos del 11 de septiembre sostuvo (a la luz de antecedentes como los anteriores) que «resultaría un tremendo error por parte de aquellos preocupados por los derechos y las libertades civiles el depositar demasiada confianza en la actuación de los tribunales en tiempos de crisis» (WALDRON, 2005: 32).

Piénsese, nos dice nuestro autor, en lo «liberador» que es discutir sobre el aborto sin tener que girar, como hacen los norteamericanos, en torno a gravosos debates sobre la «cláusula del debido proceso», o debatir sobre la pena de muerte sin tener que lidiar con la idea de «castigo cruel e inusual», también propia de la discusión judicial norteamericana⁶⁷. Ocurre que las provisiones establecidas en una carta de derechos suelen tomar «vida propia», hasta arrastrar a los jueces a discutir y pelearse por el «real» significado de los términos incorporados en la Constitución. En el Parlamento, en cambio (y más aún en un Parlamento no limitado por una carta de derechos) las discusiones suelen ser más francas y abiertas, y los representantes populares tienden a enfrentar más directamente los aspectos más políticos del tema en cuestión. Y ello, según comenta WALDRON tras un repaso de algunas importantes discusiones legislativas, de ningún modo priva al Parlamento de llevar adelante una discusión profunda y fundada en razones⁶⁸. En su opinión, en países como Gran Bretaña, carentes hasta hace poco de una carta de derechos y un sistema de revisión judicial como el norteamericano, «la gente puede discutir sobre cuestiones de derechos y límites al gobierno, cuestiones sobre el aborto, la discriminación, el castigo y la tolerancia en los términos que les parezcan apropiados, libres del verbalismo obsesivo de una determinada carta de derechos escrita»⁶⁹.

Una vez presentadas las principales críticas de WALDRON frente a la revisión judicial de las leyes, conviene realizar al menos dos aclaraciones. En primer lugar, su oposición al control judicial no implica que desconozca el valor de aquellos mecanismos institucionales, existentes o de nueva creación, que puedan servir para obligar al legislador a pensar dos veces sus propuestas. El proceso de toma de decisiones, señala WALDRON, puede bien «ser más complejo y laborioso, y de diversos modos puede ser más difícil volver a revisar cuestiones de principio en un momento determinado después de que hayan sido zanjadas. Estos mecanismos de “dilación” [*slowing-down*] pueden también estar apoyados en la comunidad política por valores asociados con el “Estado de derecho”. No es necesario considerar esto como un ataque a la democracia; ciertamente un mecanismo de “dilación” de este tipo no es equivalente a sustraer cuestiones del voto común y atribuir las a un foro distinto no representativo como un tribunal»⁷⁰.

⁶⁷ WALDRON, 1999a: 346 y 347.

⁶⁸ WALDRON, 2005.

⁶⁹ WALDRON, 1999a: 263.

⁷⁰ WALDRON, 1999a: 364 y 365. Vale la pena notar, sin embargo, que para autores como POSNER, esto es justamente lo que tiende a hacer una Corte como la norteamericana, a través de su poder de revisión de las leyes (POSNER, 2000: 590). De modo similar, Thomas CHRISTIANO sostiene que la revisión judicial puede ser vista como un modo sensato de balancear la mezcla de «confianza y desconfianza» que tenemos hacia los individuos portadores de derechos. «Les

De modo todavía más significativo, en alguno de sus últimos trabajos WALDRON dejó en claro que el objeto de su crítica es —lo que él denomina— un «control judicial fuerte», es decir, un sistema de revisión en el que los tribunales «tienen la autoridad para dejar de aplicar una ley en un caso particular [...] o para modificar los efectos de la misma»⁷¹. Este tipo de revisión «fuerte» se opone a un sistema de «control judicial débil» en donde los jueces pueden «escrutar la legislación para examinar su conformidad con los derechos individuales, pero no pueden dejar de aplicarlo (o moderar su aplicación) simplemente porque de otro modo serían violados derechos»⁷². Sistemas como el inglés (en donde los jueces están autorizados para dictar una «declaración de incompatibilidad» entre la ley y la Convención Europea de Derechos Humanos), o el neozelandés, representarían ejemplos de este último tipo. Para WALDRON, puede «resultar útil contar con un mecanismo como el de la revisión judicial que permite a los ciudadanos atraer la atención pública frente a [ciertos casos] cuando éstos aparecen», lo que sería un argumento en favor de una forma «débil» de control judicial, en lugar de una forma «fuerte» en la que «la cuestión abstracta sobre el derecho que ha sido identificado es resuelta en la manera en que *el tribunal* considera apropiado»⁷³.

Reservas como las citadas acercan a WALDRON a las posiciones de algunos de sus mejores críticos que, reconociendo el valor de criterios como los que él defiende, han explorado alternativas como las siguientes: pensar en diseños institucionales que incluyen ciertas formas de revisión judicial y además una carta de derechos, pero que al mismo tiempo preservan la primacía del control democrático⁷⁴; distinguir entre la revisión judicial (que se defiende) y la supremacía judicial (que se rechaza), tal y como sugiere la corriente del «constitucionalismo popular»⁷⁵; o, más particularmente, adoptar un esquema «departamentalista» en donde todas las ramas del gobierno participen, en pie de

confiamos lo suficiente como para dejarles espacio para que realicen sus propias elecciones, pero les desconfiamos lo suficiente como para creer que necesitamos de la coerción para impedir que, en ocasiones, realicen muy malas elecciones» (CHRISTIANO, 2000: 536).

⁷¹ WALDRON, 2005: 8, y también WALDRON, 1999a: 332 y 333.

⁷² WALDRON, 2005: 8-9. Para una potente y articulada defensa del constitucionalismo débil, véase BAYÓN, 1998 y 2004.

⁷³ WALDRON, 2005: 23. WALDRON reconoce también que, en ocasiones, y a partir de la existencia de minorías *discrete and insular* como las referidas en la famosa nota al pie del caso "Carolene Products" puede ocurrir que se torne necesario construir un procedimiento basado en una institución no electiva, para «reparar el sistema político y facilitar la representación» de aquellas, «tal como lo ha señalado John ELY» (WALDRON, 2005: 60). Sin embargo, WALDRON aclara que los casos que pueden hacer necesaria dicha solución son muy limitados, ya que no todas las «minorías crónicas» se enfrentan a situaciones de peligro real en relación con el procedimiento político.

⁷⁴ CHRISTIANO, 2000: 535. Reclamándole una toma de posición a este respecto, véase GOLDSWORTHY, 2001: apartado iii.

⁷⁵ Véase, como ejemplo, GARGARELLA, 2006.

igualdad, en el control de la constitucionalidad de los actos de gobierno⁷⁶.

4. LA DEFENSA DEL PARLAMENTO Y LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DE WALDRON

Una vez rechazados los mecanismos de control judicial de constitucionalidad de las leyes, la pregunta pertinente podría ser la siguiente: ¿qué razones tenemos entonces, si es que tenemos alguna, para conceder autoridad a la legislación y, en consecuencia, para obedecerla frente a nuestros juicios o preferencias que, como ya hemos visto, diferirán a menudo de los expresados en dicha legislación? ¿Supera la legislación el «test de la justificación normal» de la concepción de la autoridad de RAZ, en el sentido de que haremos mejor en guiar nuestro comportamiento según lo establecido por la legislación que en seguir nuestro propio punto de vista individual?⁷⁷ La respuesta de WALDRON a esta segunda pregunta es, efectivamente, que sí. A lo largo de los capítulos II a VI presenta su peculiar contribución a la teoría de la legislación, que implica a su vez fuertes compromisos con una teoría del Parlamento (una teoría de los legisladores) y una teoría de la democracia, y siempre en respuesta a la pregunta de la legitimidad política o, como prefiere denominarla en este momento, de la autoridad. Ahora, la primera pregunta sigue vigente: ¿cuáles son las razones de la autoridad de la legislación, especialmente si se ha descartado el criterio de adecuación sustantiva a un conjunto de valores constitucionalmente protegidos por la revisión judicial de las leyes?

Para WALDRON, la legislación es legítima porque es el resultado de un proceso de toma de decisiones legítimo desarrollado en un órgano también legítimo: el Parlamento. Y su autoridad deriva de que es capaz de proporcionar una respuesta a la necesidad de una acción común frente a un determinado problema sobre el que existen amplios desacuerdos, una respuesta que es respetuosa de tales desacuerdos, así como de la autonomía y la igual dignidad de todas las personas. WALDRON reivindica la existencia de Parlamentos fuertes, en donde sus miembros discutan de modo también fuerte y apasionado acerca de los requerimientos de la justicia⁷⁸. Para algunos autores, como Richard POSNER, la visión que presenta aquél sobre el trabajo del poder legislativo es «irrealista» y se corresponde con «la versión “de color de rosa” de los tribunales que WALDRON se encarga de demoler»⁷⁹. Para WALDRON, sin embargo, su descripción es intencionadamente opti-

⁷⁶ EISGRUBER, 2002, y KRAMER, 2004.

⁷⁷ WALDRON, 1999a: 116-112 y 155-169.

⁷⁸ WALDRON, 1999a: 364.

⁷⁹ POSNER, 2000: 591.

mista: «Los que se oponen al control judicial suelen ser acusados de adoptar una visión ingenuamente optimista de los Parlamentos. Pero en ocasiones asumimos dicha actitud de modo deliberado, para poder contraponer una descripción optimista con otra descripción optimista, y teniendo en cuenta la negativa de los defensores de los tribunales a darnos una visión realista acerca de lo que ocurre allí»⁸⁰.

WALDRON constata que de los tres elementos que forman parte de toda concepción del control judicial de constitucionalidad, los derechos, los tribunales y los Parlamentos, son estos últimos los que han recibido injustificadamente una menor atención por parte de los teóricos constitucionales y del derecho⁸¹. Así, los teóricos del derecho en general se han preocupado tradicionalmente por la estructura y los aspectos formales del derecho, o bien por los problemas de aplicación del mismo. En lo que se refiere al proceso de *creación* del derecho, la discusión se ha centrado en si su origen responde o no a hechos sociales, es decir, en la cuestión de las fuentes institucionales, pero se han olvidado sistemáticamente de analizar la tarea del legislador y, lo que es más importante a ojos de WALDRON, su estructura y composición⁸². Al contrario, a la filosofía del derecho contemporánea «le importa muy poco si los Parlamentos son concebidos como un único individuo o como un órgano estructurado compuesto de cientos de personas que tienen profundos desacuerdos entre sí acerca de las cuestiones sobre las que están legislando», no le interesan los procesos de creación legislativa, y menos aún todo lo que sucede en los instantes previos a la aprobación de una ley⁸³. El positivismo hartiano, a este respecto, se ha limitado a utilizar las consideraciones acerca de la composición y funcionamiento de los Parlamentos «como base para su crítica de las nociones de soberanía defendidas por el positivismo temprano»⁸⁴, sin extraer luego las consecuencias que se derivarían en el ámbito del mecanismo de la regla de reconocimiento en relación con la intención legislativa. Según WALDRON, el que la regla de reconocimiento, como práctica social compleja, nos sirva como medio de identificación del derecho y establezca la diferencia entre una sociedad pre-jurídica y una sociedad regida por el derecho, pone de relieve la enorme importancia de los procesos institucionales de aprobación del derecho y de las circunstancias de desacuerdo en los que operan. En palabras de RAZ, permiten «establecer el punto a partir del cual una opinión de los miembros de la sociedad, o de sectores influyentes o de grupos poderosos de la misma, deja de ser una opinión privada para convertirse en [...] una opinión vinculante para todos los miembros

⁸⁰ WALDRON, 2005: 34.

⁸¹ WALDRON, 1999a: 29.

⁸² *Ibid.*: 29-33, y 43 y ss.

⁸³ *Ibid.*: 54.

⁸⁴ *Ibid.*: 49.

de la sociedad, con independencia de que estén de acuerdo con ella o no»⁸⁵. Ahora, la tesis de las fuentes sociales que acompaña la idea de regla de reconocimiento hace surgir necesariamente «problemas de indeterminación y reconocimiento», puesto que «las leyes existen ahora por medio de su promulgación, y no sólo sobre la base de patrones normativos de conducta»⁸⁶. Y ello nos conduce a la necesidad de tomar posición acerca de cuál es el modo de resolver tales problemas de indeterminación del derecho más respetuoso con sus orígenes y con la propia regla de reconocimiento.

Cuando la teoría del derecho, especialmente la positivista y desde sus orígenes en BENTHAM y AUSTIN hasta sus derivaciones más recientes, ignora estas cuestiones relativas a la estructura y composición de los Parlamentos, lo hace en realidad tomando partido implícitamente por un modelo unitario considerándola la posición «por defecto», un modelo que incluso atribuye «*voluntad e intenciones*» al legislador⁸⁷. Del hecho de que de una pluralidad de intenciones y de la existencia de amplios desacuerdos acerca de qué debemos hacer en tanto que sociedad, surja una única respuesta determinada en forma de derecho, *e pluribus unum*, «a la filosofía del derecho le interesa el *unum* y qué es lo que debemos hacer con él, y no si viene de *e pluribus* o no»⁸⁸. Cuántas personas compongan eso que llamamos «legislador», cómo se organicen, qué es lo que hagan antes de aprobar una ley, y cómo la aprueben, son, por así decirlo, «cuestiones *pre-jurídicas*»⁸⁹. Y ello tiene que ver, en última instancia, con las pretensiones últimas de la «teoría general del derecho»: ésta no está interesada en desarrollar únicamente una teoría del derecho de las sociedades democráticas, sino que pretende ser suficientemente *general* como para mantenerse neutral respecto al tipo de gobierno político que impera en una sociedad⁹⁰. WALDRON, sin embargo, como veremos en el último punto de este estudio preliminar, cree que «la noción de fuente del derecho

⁸⁵ El fragmento pertenece a RAZ, 1979: 51, tal y como es citado en WALDRON, 1999a: 50.

⁸⁶ WALDRON, 1999a: 50.

⁸⁷ *Ibid.*: 54-58. No sucede lo mismo, en cambio, entre los politólogos, que han estudiado ampliamente las estructuras y los patrones de interacción entre las principales fuerzas políticas, tanto dentro del Parlamento como fuera de él, en forma por ejemplo de relaciones interinstitucionales. Para WALDRON, sin embargo, la fructífera literatura empírica que se ha desarrollado en este campo es de poca utilidad para el punto de vista normativo, ya que dichos estudios «no se han centrado específicamente en el proceso de *creación del derecho*», puesto que están más interesados por la cuestión del conflicto de poder en sentido estricto que por el proceso legislativo en sí mismo y por todo aquello que le confiere legitimidad. La perspectiva supuestamente realista de la ciencia política, especialmente de aquella basada en la teoría de la elección pública para construir modelos explicativos y predictivos, ha contribuido a generar una imagen desoladora y hasta perversa de las funciones parlamentarias que oscurece todo lo que se pretende en términos estrictamente normativos de legitimidad política (WALDRON, 1999a: 34-39).

⁸⁸ *Ibid.*: 57.

⁸⁹ *Ibid.*: 56.

⁹⁰ *Ibid.*: 57 y 58.

que maneja el positivismo contemporáneo no es neutral respecto de las instituciones», como demuestran las opciones teóricas que históricamente ha defendido con el fin de distinguir convenientemente entre el derecho legislado y la costumbre⁹¹. De modo que, puestos a sacrificar la neutralidad, WALDRON es partidario de reconstruir lo más detalladamente posible aquello que encontramos valioso en los sistemas democráticos de derecho actuales: la institución representativa que opera como fuente de la legislación.

Frente a la simplista y un tanto descuidada concepción unitaria del legislador, WALDRON sugiere abordar un análisis serio y en profundidad de los principales rasgos estructurales del legislador democrático, esto es, del Parlamento, que son concretamente tres: el tamaño, la diversidad y los desacuerdos que se representan en él. El hecho de que los Parlamentos, a diferencia de lo que ocurre con otras importantes instituciones del Estado, estén compuestos por cientos de personas, y no por una decena, muestra al menos una de las pretensiones que el diseño de esta institución perseguía: la representatividad del pluralismo social⁹². No se refiere tanto a una cuestión de escala en una representación descriptiva o que funcione como «sucedáneo de la participación popular», como al simple hecho de englobar en una institución eminentemente deliberativa una pluralidad de voces discordantes que más o menos reflejen la pluralidad de la sociedad en su conjunto, y que permitan el intercambio racional de argumentos en búsqueda de la mejor decisión política a un problema común. WALDRON agrega que «el valor político que se asocia de forma más natural con el Parlamento moderno y con la autoridad de su producto (la legislación en tanto que derecho positivo) es el de la *legitimidad democrática*»⁹³. Y lo es desde el propio surgimiento del Parlamento y sus precedentes y equivalentes históricos, al menos desde el siglo XIV, como muestran los argumentos de Bartolo de Sasseferrato en defensa de la capacidad legislativa de las ciudades-Estado republicanas del norte de Italia alrededor de 1350, equiparando el derecho legislado a la anciana costumbre, y el consentimiento explícito de éste al tácito de aquella⁹⁴.

Ya tenemos, pues, una respuesta general a la pregunta sobre la autoridad de la legislación. La legislación es legítima porque es el resultado de un proceso democrático, y por ello legítimo, de creación de derecho emprendido por un Parlamento representativo, en un contexto de desacuerdos. El argumento central al que recurre WALDRON es el

⁹¹ *Ibid.*: 58 y 59.

⁹² *Ibid.*: 61-63.

⁹³ *Ibid.*: 66.

⁹⁴ *Ibid.*: 74-83. EISGRUBER admite «no haber oído nunca hablar de BARTOLO antes de leer el libro de WALDRON, y, por lo que yo sé, WALDRON bien podría habérselo inventado» (EISGRUBER, 2002: 46).

ofrecido por ARISTÓTELES (y por MILL). El Parlamento es un órgano capaz de «poner en común perspectivas y experiencias diversas. Es más probable que una asamblea legislativa encuentre mejores respuestas de lo que pueda hacer yo solo porque sus miembros disponen de un abanico más amplio de experiencias y pareceres que el que yo podría acumular por mí mismo»⁹⁵. En efecto, el Parlamento ha sido diseñado con el fin de recoger opiniones diversas, provenientes de todo el país (del norte, del sur, de los grandes distritos y de los pequeños), y de las diversas vertientes ideológicas que habitan en él. Los Parlamentos adquieren, de este modo, un grado de representatividad que ningún individuo por separado, ni ninguna otra rama del poder puede llegar a tener. En una perspectiva comparada, sus «credenciales democráticas» son las mejores, dentro de la estructura institucional en la que vivimos. Los Parlamentos operan, además, siguiendo unas estrictas reglas de funcionamiento que les permite ordenar, en la medida de lo posible, las deliberaciones y los intercambios de argumentos y puntos de vista⁹⁶. El Parlamento —y con él, los procedimientos de decisión mayoritaria— se muestra como un instrumento razonable, antes que arbitrario, teniendo en cuenta las diferencias que nos separan⁹⁷: el respeto a la autoridad de la legislación es «el tributo que debemos pagar por alcanzar una acción concertada, cooperativa, coordinada o colectiva en las circunstancias de la vida moderna», distinguidas por nuestros fundamentales desacuerdos⁹⁸.

A este argumento aristotélico en favor de la estructura y composición del Parlamento, así como de la función deliberativa que en él tiene lugar durante el proceso legislativo antes de la aprobación de un texto definitivo, WALDRON agrega los siguientes en favor de que la adopción de dicho texto obedezca a un procedimiento democrático de votación con aplicación de regla de la mayoría. En primer lugar, dicho procedimiento permite un trato equitativo de las opiniones y preferencias de todos, de modo que se toma en serio la igual dignidad de todos los ciudadanos, a la vez que expresa respeto hacia las circunstancias de desacuerdo que han motivado la necesidad de una acción común y, por lo tanto, de una decisión política, en el sentido de que expresa gráficamente el hecho del disenso en forma de división entre la mayoría y las minorías⁹⁹. En segundo lugar, encuentra un argumento utilitarista basado en la idea de que los procedimientos de agre-

⁹⁵ *Ibid.*: 103. Lo que ARISTÓTELES expresaba de la siguiente forma: «los muchos, cada uno de los cuales es en sí un hombre mediocre, pueden sin embargo, al reunirse, ser mejores que aquellos (la minoría selecta): no individualmente, sino en conjunto» (ARISTÓTELES, 1998: Libro III, cap. XI, 1281b, 136. Citado también en WALDRON, 1999a: 88 y 89).

⁹⁶ WALDRON, 1999a: 85-95.

⁹⁷ *Ibid.*: 140-142, 162-164, 168 y 169.

⁹⁸ *Ibid.*: 123.

⁹⁹ *Ibid.*: 129-140.

gación de votos resultado de una elección democrática producen una maximización de las preferencias individuales de la mayoría de la población¹⁰⁰. Y finalmente recurre a un argumento aritmético proporcionado por el Teorema del Jurado de CONDORCET, según el cual cuantas más personas con una capacidad epistémica superior a 0,5 participen en una votación para tomar una decisión sobre una cuestión susceptible de ser correcta o incorrecta, tanto mayor será la probabilidad de que la decisión tomada sea efectivamente correcta¹⁰¹.

Ahora bien, ¿qué es lo que significa, entonces, esta robusta defensa de la democracia mayoritaria (una que niega la justificación de órganos contra-mayoritarios como los que hoy existen en cualquier democracia moderna; que rechaza la existencia de límites a priori frente a los resultados políticos)? ¿Quiere decir esto —se pregunta WALDRON— que todo se encuentra abierto al «arrebato» de una circunstancial mayoría?¹⁰² La respuesta de WALDRON es, simplemente, que sí, que todo lo que pueda ser sujeto de un desacuerdo de buena fe resulta susceptible de quedar sujeto a la regla democrática¹⁰³. El «pánico» frente a esta posibilidad, agrega, es el pánico ante la idea del autogobierno político¹⁰⁴. Pero ocurre que si «decidimos tratar con respeto las concepciones de los demás, si no tratamos de esconder el hecho de nuestras diferencias o eliminar el disenso, entonces no tenemos elección y debemos adoptar procedimientos para zanjar desacuerdos políticos que no determinen, por sí mismos, cuál va a ser el resultado»¹⁰⁵. De esta manera, WALDRON completa su defensa de un ideal fuerte de autogobierno basado en el valor de los Parlamentos democráticos como fuente de legitimidad procedimental y la autoridad del derecho legislado como resultado de su acción. Tal vez lo menos estimulante de toda esta discusión sea la descuidada y simplista identificación que hace el autor entre «el Parlamento» y «el pueblo», sin atender a buena parte de la discusión en la teoría de la representación política que se ha encargado de establecer las diferencias. WALDRON atribuye a los Parlamentos toda la legitimidad que podríamos predicar del pueblo participando directamente, sin analizar de qué manera dicha legitimidad se puede

¹⁰⁰ *Ibid.*: 160 y 166.

¹⁰¹ *Ibid.*: 160-162 y 166-168.

¹⁰² *Ibid.*: 361.

¹⁰³ En contra de la respuesta de WALDRON, véase CHRISTIANO, 2000: 538 y 539.

¹⁰⁴ WALDRON, 1999a: 361.

¹⁰⁵ *Ibid.*: 362. Junto con John Stuart MILL, WALDRON afirma que, si estamos preocupados por la libertad individual, entonces lo primero que debemos hacer no es crear una carta de derechos protegida por la justicia, sino desarrollar entre nosotros una cultura de la libertad en la cual la idea de libertad sea apreciada y tomada en serio por parte de aquellos que participan de las principales decisiones sociales y políticas. Como MILL, él prefiere no insistir sobre la necesidad de leyes y constituciones sino, más bien, sobre la necesidad de crear «una fuerte barrera de convicción moral» contra «una grande y creciente inclinación a extender indebidamente los poderes de la sociedad sobre el individuo» (WALDRON, 1999a: 369, citando a MILL, 1859: 70).

ver afectada por la mediatez de la relación representativa y por las pobres réplicas reales del ideal democrático¹⁰⁶.

Aunque el objetivo principal de este libro consiste en defender una particular teoría de la legitimidad de la legislación, y más generalmente de las decisiones políticas, es obvio que la posición que defiende WALDRON le obliga a tomar partido, al menos parcialmente, por algún modelo concreto de democracia. El autor neozelandés no aborda abiertamente la caracterización de una teoría de la democracia, pero en su discusión de los diversos aspectos del diseño institucional que propone en relación con su teoría de la autoridad, asume inevitablemente sucesivos compromisos con una teoría democrática concreta. Así, WALDRON toma posición acerca de los valores fundamentales que justifican el ideal de autogobierno, acerca de cómo debe entenderse la representación política y qué debemos exigir a nuestros representantes¹⁰⁷, acerca de qué significado tiene la participación política de los ciudadanos¹⁰⁸, acerca de por qué está justificado el procedimiento mayoritario en la toma de decisiones¹⁰⁹, y acerca de cómo debe articularse formalmente dicho procedimiento de toma de decisiones en términos de discusión política para considerarlo legítimo¹¹⁰. De todas estas cuestiones, es esta última la que queremos destacar aquí con el fin de deshacer un equívoco bastante extendido relativo a su ambigüedad respecto a la democracia deliberativa¹¹¹.

Varios autores han considerado, siguiendo las propias palabras de WALDRON, que este autor rechaza la teoría de la democracia deliberativa¹¹². Efectivamente, WALDRON emplea varias páginas para «criticar» el modelo deliberativo que en una lectura inicial podría llevar a dicha conclusión¹¹³. Sin embargo, es conveniente considerar atentamente el tipo de críticas que efectúa, y poner en relación éste con otros fragmentos del texto y otros trabajos del autor, para comprender que, lejos de verse como un enemigo de la misma, WALDRON defiende explícitamente un modelo de democracia deliberativa como fundamento de su teoría de la legitimidad¹¹⁴. Veamos brevemente por qué.

¹⁰⁶ Para un desarrollo de esta crítica, véase EISGRUBER, 2002: 40 y ss.

¹⁰⁷ En diversos fragmentos de WALDRON, 1999a: caps. 2, 3 y 4.

¹⁰⁸ *Ibid.*: cap. 11.

¹⁰⁹ *Ibid.*: 129-142.

¹¹⁰ *Ibid.*: particularmente cap. 4.

¹¹¹ Para la noción general de democracia deliberativa, pueden verse las siguientes compilaciones: BOHMAN y REHG, 1997; ELSTER, 1998; FISHKIN y LASLETT, 2003, y BESSON y MARTÍ, 2006.

¹¹² Véase, por ejemplo, DOWNS, 2000: 182, y RIPSTEIN, 2001: 612.

¹¹³ WALDRON, 1999a: 111-113; 1999c, y 2003: 393.

¹¹⁴ Me refiero básicamente a WALDRON, 1999c, un artículo que el autor dedica a criticar algunos aspectos de la teoría de la democracia deliberativa de Carlos NINO, pero donde queda claro que suscribe buena parte de sus principios básicos, especialmente aquellos que caracterizan

El aspecto que WALDRON rechaza de la democracia deliberativa tiene que ver con la búsqueda de ésta del consenso como objetivo político, tal y como algunos defensores del modelo han sostenido¹¹⁵. No rechaza el valor del consenso *tout court*. Al contrario, WALDRON admite que «argumentar de buena fe significa presentar razones que (uno piensa que) el otro debería aceptar, y el que dos o más personas persistan en sus argumentos les hace advertir y perseguir la posibilidad de que al final las mismas consideraciones serán capaces de convencer a todos», y que por lo tanto el ideal del consenso se halla implícito en la propia «lógica de la deliberación»¹¹⁶. «Sin embargo», añade el autor, «aceptar el consenso como la lógica interna de la deliberación no es lo mismo que estipularlo como el resultado político correcto. Es aquí donde a menudo se equivocan los teóricos deliberativos. Suponen que el disenso o los desacuerdos son signos de la incompletitud o del carácter políticamente insatisfactorio de la deliberación. Su enfoque implica que algo debe estar mal en la política de la deliberación si la razón fracasa, si el consenso se nos escapa, y si no nos queda otra cosa que contar manos alzadas»¹¹⁷. En otras palabras, el error del modelo de la democracia deliberativa consiste en despreciar el hecho de los desacuerdos y el pluralismo, considerándolos un obstáculo para la realización de su ideal, puesto que, como ya hemos visto, la existencia de tales desacuerdos no es sólo un rasgo inevitable de la política democrática, sino también una de las circunstancias de la política en general. WALDRON decide «no adoptar este enfoque», ya que una correcta «filosofía del derecho» debe incorporar una «perspectiva del desacuerdo en el centro de su teoría de la legislación y no en su periferia»¹¹⁸. Aunque él mismo reconoce que algunas versiones del modelo de la democracia deliberativa sí tienen una sensibilidad adecuada hacia la cuestión del pluralismo¹¹⁹.

el núcleo conceptual del modelo. Para la misma idea de que WALDRON también defiende en realidad la democracia deliberativa, véase ESTLUND, 2000: 124 y 125.

¹¹⁵ WALDRON se basa en la caracterización de COHEN, 1989: 23; pero véase también en un sentido parecido, HABERMAS, 1981 y 1992; SUNSTEIN, 1988: 158-160; NINO, 1996: 21-24; GAUS, 1996: 230, y 1997; ESTLUND, 1997, y BOHMAN, 1998: 400.

¹¹⁶ WALDRON, 1999a: 111.

¹¹⁷ *Ibid.*: 111 y 112. En la misma línea, WALDRON, 1999c: 210-212. Y cita a continuación a David GAUTHIER como un defensor del modelo de la democracia deliberativa que considera que un proceso político no puede ser deliberativo a menos que proporcione un resultado adoptado por unanimidad. WALDRON, 1999a: 112. Sin embargo, GAUTHIER difícilmente puede ser considerado un defensor del modelo de la democracia deliberativa, y ciertamente no lo consideran así el resto de autores de esta corriente. Lo mismo sucede con ROUSSEAU, el otro nombre mencionado por WALDRON. Al respecto, y negando que puede considerarse a ROUSSEAU un deliberativista, y cuanto menos uno representativo de la corriente, véase ESTLUND, 2000: 124 y 125.

¹¹⁸ WALDRON, 1999a: 113.

¹¹⁹ WALDRON cita a GUTMANN y THOMPSON, pero cabe añadir a autores como MANSBRIDGE, 1983: 7 y 8; BARBER, 1984: 128 y 129; MANIN, 1987: 352-357; SUNSTEIN, 1993: 24 y 253, y BENHABIB, 1994: 33-35.

Ahora bien, ¿de qué manera podemos conciliar la idea de que el consenso forma parte de la lógica de la deliberación, como admite el propio WALDRON, con un correcto tratamiento del valor de la existencia de desacuerdos profundos en la sociedad? Lo que WALDRON demanda es que «se desarrolle una teoría de la democracia que convierta el voto en la culminación natural de la deliberación, y no un signo de que la deliberación ha sido en algún sentido defectuosa»¹²⁰. De modo que «el mejor modelo de democracia será aquel que integre o ensamble su reconstrucción del elemento de la deliberación con la reconstrucción del elemento del voto y la regla de la mayoría»¹²¹. Pero el defensor de la de la democracia deliberativa podría acusar a WALDRON de ignorar que muchos otros autores dentro de esta corriente han hecho precisamente eso: han incorporado el voto y la regla de la mayoría en el propio modelo ideal, en detrimento del consenso¹²². Así que, a lo sumo, la tesis de WALDRON implica tomar posición por una de las versiones del modelo de la democracia deliberativa, pero nunca en contra de él.

Volviendo ahora a la cuestión central, ¿qué significa que el ideal de consenso forme parte de la lógica de la deliberación, si no que los participantes en un proceso deliberativo asumen que el fin último de la discusión reside en la posibilidad de convencer racionalmente a los demás, incluso cuando sepan perfectamente que eso va a ser poco menos que imposible en circunstancias reales? Y, si esto es así, ¿no tienen razón los teóricos deliberativos que recurren al consenso para caracterizar el modelo ideal, pero afirman al mismo tiempo que «incluso en condiciones ideales no existe ninguna garantía de que alcancemos razones de consenso. Cuando ello ocurre, entonces la deliberación concluye con una votación, sujeta a algún tipo de regla de la mayoría»?¹²³

El defensor de la democracia deliberativa sin duda protestará ante la caracterización que WALDRON hace del modelo¹²⁴. Incluso no está del todo claro, atendiendo a sus propias afirmaciones, si su posición se acerca a la de una versión de la democracia deliberativa que proscribe totalmente el consenso del modelo ideal o de una que lo incorpora. En cualquier caso, lo relevante aquí es que WALDRON, lejos de

¹²⁰ WALDRON, 1999c: 212.

¹²¹ *Ibid.*: 224 y 225.

¹²² El autor paradigmático de este «giro» es Bernard MANIN; véase MANIN, 1987: 341-344 y 355-361. Pero véase también, entre otros, MILLER, 1992; KNIGHT y JOHNSON, 1994: 286 y 287; GUTMANN y THOMPSON, 1996: 52-94; BOHMAN, 1998: 413; GOODIN, 2003: 1; y BESSON, 2003.

¹²³ Ésta es la frase de Joshua COHEN que sigue a la que utiliza WALDRON como cita para criticar al modelo deliberativo basado en el consenso. Véase COHEN, 1989: 23.

¹²⁴ Probablemente no reconocerá las tesis principales que éste le asigna. De hecho, el propio WALDRON tiene problemas para aplicar sus críticas a NINO, por ejemplo, que es a quien supuestamente está criticando en WALDRON, 1999c: 212, 213 y 224.

convertirse en un enemigo de la democracia deliberativa, en realidad defiende una particular concepción de esta teoría de la democracia. Es más, la defensa de la deliberación democrática, que también realizaron ARISTÓTELES y John Stuart MILL en sus respectivas justificaciones del parlamentarismo representativo, juega un papel central en la teoría de la autoridad y de la legitimidad de la legislación, como ya hemos visto. De modo que, a pesar de las insatisfacciones que su presentación pueda provocar, no cabe duda de que WALDRON se apoya en una teoría deliberativa de la democracia para sostener los pilares fundamentales de este libro.

5. TEORÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA POLÍTICA: EL POSITIVISMO NORMATIVO

De lo que hemos presentado hasta el momento sobre las tesis principales de WALDRON en *Derecho y desacuerdos* queda claro que dichas tesis reflejan, en positivo, su posición respecto a la teoría de la autoridad y de la legitimidad de la legislación democrática que es producto de un procedimiento deliberativo desarrollado en un Parlamento representativo; y reflejan también, ahora en negativo, su posición en contra de ciertas teorías de la legitimidad que limitan constitucionalmente la autoridad de la legislación democrática y conceden el poder de control (y de veto) a un tribunal no representativo. De esto se infiere que WALDRON sostiene tesis de tipo normativo acerca de estas cuestiones. Es decir, que defiende un modelo de cómo *debería ser* nuestro diseño institucional para recoger fielmente los valores políticos que todos, incluidos los constitucionalistas, consideramos básicos¹²⁵. Ahora bien, esto no significa, al menos desde el punto de vista de su autor, que se trate (únicamente) de un trabajo de teoría política normativa. Según WALDRON, la filosofía del derecho, y más concretamente la teoría general del derecho, deben implicarse en análisis como el que presenta en este libro para no quedarse en una (falsa) neutralidad conceptual que dejaría incompletas sus perspectivas. Esta idea, pobremente explicada en el libro, sólo puede entenderse si acudimos a otros trabajos de WALDRON que despliegan su particular concepción del papel de la filosofía del derecho y de lo que él denomina «positivismo ético (o normativo)»¹²⁶. En este último apartado, trataremos de responder brevemente a la pregunta de qué tipo de análisis desarrolla WALDRON en este libro y en qué medida afecta a la teoría del derecho.

¹²⁵ Sin perjuicio de que su análisis se apoye en consideraciones conceptuales, como por ejemplo las relativas al propio concepto de «política», y especialmente a sus circunstancias, o al concepto de «legislador», o en algunos hechos de la realidad, como cuando opta por reconstruir el propio concepto de «legislador» como predominantemente plural, y no como unitario, en atención a cómo *son* nuestras sociedades modernas.

¹²⁶ Nos referimos básicamente a WALDRON, 2001.

WALDRON ES UNO DE LOS MÁXIMOS EXPONENTES DE UNA POSICIÓN MINORITARIA respecto a la filosofía del derecho positivista, el positivismo normativo, que entiende que el derecho moderno, primordialmente escrito y legislado institucionalmente, tiene valor (dignidad) en atención a determinados rasgos que acompañan la concepción jurídica de la modernidad, tal y como fue articulada por los precursores del positivismo, como BENTHAM y AUSTIN¹²⁷. Dichos rasgos son, entre otros, el hecho de que la legislación es el producto de un Parlamento democrático que goza de autoridad para tomar decisiones que ponen fin a determinados conflictos sociales, que dicha legislación se plasme en un texto escrito que establezca una regulación clara, sistemática, completa, etc. Todos estos rasgos dependen del fin último del derecho positivo, que en opinión de WALDRON es la supresión de la arbitrariedad¹²⁸. Es decir, el positivismo normativo defiende una concepción *normativa* del derecho, y en ese sentido se trata de una concepción político-moral. Según WALDRON, la única forma de mantenerse fieles al valor de la autoridad del legislador democrático (el Parlamento) y de preservar la dignidad de la legislación consiste en no sobrepasar los límites de las correctas funciones de los aplicadores del derecho, es decir, en no introducir nunca consideraciones morales o de otro tipo en la determinación del derecho, y ser fieles a lo único que dicho legislador ha producido, el texto de la ley¹²⁹.

Esto tiene importantes repercusiones para la teoría de la interpretación jurídica, excluyendo, por ejemplo, todas aquellas concepciones que pretenden dar relevancia a las intenciones de los legisladores¹³⁰, así como para el problema central de la teoría del derecho, el de la identificación del propio derecho. El positivismo normativo defiende en última instancia, en palabras de MORESO, que la «determinación de lo que es el derecho no *debe* depender de criterios o argumentos morales»¹³¹. Estas tesis deben verse, no obstante, como

¹²⁷ Véase, además de WALDRON, 2001; CAMPBELL, 1996, y GOLDSWORTHY, 1999. El precedente de todos ellos en las últimas décadas parece ser SCARPELLI, 1965. Agradecemos a José Juan MORESO por este dato.

¹²⁸ WALDRON, 1999a: cap. 5.

¹²⁹ WALDRON, 1999a: 95-105.

¹³⁰ Y que WALDRON identifica con la reciente obra de Andrei MARMOR, defendiendo en su lugar una especie de textualismo literalista, vinculado al que en alguna ocasión ha sido defendido por Antonin SCALIA. Véase WALDRON, 1999a: cap. 6. Para una revisión en profundidad de las tesis de WALDRON en este ámbito, véase ESKRIDGE, 2000.

¹³¹ MORESO, 2005: 235. La cursiva es nuestra. Siguiendo con la reconstrucción que hace MORESO, el positivismo normativo se caracteriza por suscribir las siguientes cuatro tesis: «(1) Hay una inmensa discrepancia acerca de qué comportamientos son moralmente correctos. (2) Para respetar la autonomía moral de las personas, debemos gobernar el comportamiento humano mediante reglas claras y precisas que nos permitan determinar con certeza cuándo determinados comportamientos están jurídicamente prohibidos. (3) Si para identificar los comportamientos que están jurídicamente prohibidos se debe acudir al razonamiento moral, entonces habrá mucha discrepancia y, por lo tanto, la certeza será sacrificada y la autonomía personal vulnerada. Por

implicaciones concretas de la tesis más general referida a la autoridad y dignidad de la legislación. Y es a dicha tesis más general a la que WALDRON dice contribuir con este libro, así como con *The Dignity of Legislation*. En opinión del autor, esta contribución debe entenderse como un trabajo de filosofía jurídica, además de política, lo cual depende, como ya dijimos, de su peculiar manera de entender ambas disciplinas. Tal y como advierte al inicio del primer capítulo del libro, «existe una conexión obvia entre la filosofía política y la filosofía del derecho. La filosofía del derecho no cubre todo el espectro de la filosofía política, puesto que no todo en la política es derecho, pero ambas se superponen significativamente. La filosofía del derecho puede considerarse como una amplia subárea de la filosofía política»¹³². Y en ese sentido sus análisis afectan a las que WALDRON mismo declara como las dos tareas básicas de la filosofía política: 1) teorizar acerca de la justicia y los derechos; y 2) teorizar sobre el modo en el que actúan las comunidades cuando existen desacuerdos entre sus miembros¹³³. Y, más concretamente, cuando la teoría general del derecho¹³⁴ reflexiona sobre «el derecho como tal, sobre la autoridad jurídica, sobre la obligación jurídica», como hace WALDRON en este libro, lo que hace es contribuir a la segunda de las tareas de la filosofía política.

En definitiva, y aunque WALDRON también efectúa determinadas consideraciones conceptuales respecto a la noción de «autoridad», la noción de «política» o la noción de «Parlamento», las aportaciones básicas de este libro tienen carácter normativo. Esto será visto por algunos como un motivo para no considerarlas tesis de teoría del derecho. Sin embargo, y como WALDRON insistentemente trata de mostrar a lo largo del trabajo, sus tesis tienen importantes conexiones e implicaciones para algunas de las más importantes discusiones conceptuales de la filosofía del derecho. Tal vez tenga razón al advertirnos del fracaso del positivismo contemporáneo al intentar mantener la «pureza» metodológica que los primeros positivistas no persiguieron, o tal vez no. Puede que esté en lo cierto por lo que respecta a su teoría de la autoridad o puede que no. Pero en todo caso vale la pena sumergirse en los vericuetos argumentativos que propone el libro para averiguarlo.

lo tanto, (4) el derecho debe ser identificado sin recurrir a la moralidad» (MORESO, 2005: 235 y 236).

¹³² WALDRON, 1999a: 4.

¹³³ *Ibid.*: 3 y 4. Dejamos ahora a un lado la distinción que hace el autor entre la teoría general del derecho y la teoría especial, ya que en ambos casos contribuyen a las dos tareas generales mencionadas.

¹³⁴ Debemos advertir que WALDRON no distingue en el texto entre filosofía del derecho y teoría del derecho. Cuando usa los términos «*jurisprudence*» y «*legal theory*» o «*legal philosophy*» lo hace a menudo de forma intercambiable, y en todo caso con matices distintos a los que adquiere la distinción en castellano. Por ello la traducción ha utilizado una expresión u otra según las circunstancias, pero sin referirse a la distinción estándar en este campo.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, 1998: *Política*. Traducción castellana de GARCÍA GUAL, C., y PÉREZ GIMÉNEZ, A., Madrid: Alianza.
- BARBER, B., 1984: *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, Berkeley (Calif.): University of California Press.
- BAYÓN, J. C., 1998: «Diritti, democrazia, costituzione», *Ragion Pratica*, vol. 10, 41-64.
- 2003: «Derechos, democracia y constitución», en LAPORTA, F. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 2004: «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en BETEGÓN, J. *et al.* (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 67-138.
- BENHABIB, S., 1994: «Deliberative Rationality and Models of Constitutional Legitimacy», *Constellations*, vol. 1, 1: 26-52.
- BESSON, S., 2003: «Disagreement and Democracy: From Vote to Deliberation and Back Again? The Move Toward Deliberative “Voting Ethics”», en FERRER, J., e IGLESIAS, M. (eds.), *Globalisation, Democracy, and Citizenship -Prospects for the European Union*, Berlin: Duncker und Humblot, pp. 101-135.
- BESSON, S., y MARTÍ, J. L., 2006 (eds): *Deliberative Democracy and Its Discontents*, Londres: Ashgate, en prensa.
- BICKEL, A., 1962: *The Least Dangerous Branch*, Indianápolis: Bob-Merrill Educational Publishing.
- BICKFORD, S., 1996: *The Dissonance of Democracy: Listening, Conflict and Citizenship*, Ithaca, New York: Cornell University Press.
- BOHMAN, J., 1995: «Public Reason and Cultural Pluralism», *Political Theory*, vol. 23, pp. 253-279.
- 1996: *Public Deliberation. Pluralism, Complexity and Democracy*, Cambridge (Mass.): MIT Press.
- 1998: «Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy», *The Journal of Political Philosophy*, vol. 6, 4: 400-425.
- BOHMAN, J., y REHG, W., 1997 (eds.): *Deliberative Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- CAMPBELL, T., 1996: *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot: Dartmouth.
- CHRISTIANO, T., 2000: «Waldron on Law and Disagreement», *Law and Philosophy*, vol. 19, pp. 513-543.
- COHEN, J., 1993: «Moral pluralism and political consensus», en COPP, D.; HAMPTON, J., y ROEMER, J. (eds.), *The Idea of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 270-291.
- 1996: «Procedure and substance in Deliberative Democracy», en BENHABIB, S. (ed.), *Democracy and Difference*, Princeton: Princeton University Press.
- DOWNS, D., 2000: «Review of Law and Disagreement», *The American Political Science Review*, vol. 94, 1: 182-183.
- DWORKIN, R., 1977: *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- 1986: *Law's Empire*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.

- 1996: *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- ELSTER, J., 1998 (ed.): *Deliberative Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press (*La democracia deliberativa*, traducción de LEBRÓN, J. M., Barcelona: Gedisa, 2001).
- EISGRUBER, Ch. L., 2002: «Democracy and Disagreement: A Comment on Jeremy Waldron's *Law and Disagreement*», *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, vol. 6, 1: 35-47.
- ESKRIDGE, W. N., 2000: «The Circumstances of Politics and the Application of Statutes», *Columbia Law Review*, vol. 100, pp. 558-581.
- ESTLUND, D., 1997: «Beyond Fairness and Deliberation: The Epistemic Dimension of Democratic Authority», en BOHMAN y REHG, pp. 173-204.
- 2000: «Jeremy Waldron on *Law and Disagreement*», *Philosophical Studies*, vol. 99, pp. 111-128.
- FABRE, C., 2000: *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford: Oxford University Press.
- FERRERES, V., 1997: *Justicia constitucional y democracia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2001: «Una defensa de la rigidez constitucional», *Doxa*, 23: 29-48.
- FISHKIN, J., y LASLETT, P., 2003 (eds.): *Debating Deliberative Democracy*, Oxford: Blackwell.
- GARGARELLA, R., 1996: *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona: Ariel.
- 1998: «Il ruolo dei giudici di fronte al "terreno proibito"», *Ragion Pratica*, 10: 65-73.
- 1999: *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona: Paidós.
- 2006: «Should Deliberative Democrats Defend the Enforcement of Social Rights?», en BESSON, S., y MARTÍ, J. L. (eds.), *Deliberative Democracy and Its Discontents*, Londres: Ahsgate, en prensa.
- GAUS, G., 1996: *Justificatory Liberalism: An Essay on Epistemology and Political Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- 1997: «Reason, Justification, and Consensus: Why Democracy Can't Have It All», en BOHMAN, J., y REHG, W. (eds.), *Deliberative Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 205-242.
- GOLDSWORTHY, J., 1999: *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.
- 2001: «Legislation, Interpretation and Judicial Review», *University of Toronto Law Journal*, vol. 51, 1: 75-86.
- GOODIN, R., 2003: *Reflective Democracy*, Oxford: Oxford University Press.
- GUTMANN, A., y THOMPSON, D., 1990: «Moral Conflict and Political Consensus», *Ethics*, vol. 101, 1: 64-88.
- 1993: «The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 22, 3: 171-206.
- 1994: «Moral Disagreement in a Democracy», *Social Philosophy and Policy*, vol. 12, 1: 87-110.
- 1996: *Democracy and Disagreement*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- 2004: *Why Deliberative Democracy?*, Princeton: Princeton University Press.
- HABERMAS, J., 1981: *Theorie des Kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag (*Teoría de la acción comunicativa*, traducción de

- JIMÉNEZ REDONDO, M. de la 4.^a ed. revisada de 1987, Madrid: Taurus, 1987, por la que se cita).
- 1992: *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag (*Fac-ticidad y validez*, traducción de JIMÉNEZ REDONDO, M., Madrid: Trotta, 1998, por la que se cita).
- 1995: «Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls Political Liberalism», *Journal of Philosophy*, vol. 92, 3: 109-131 (existe traducción castellana en HABERMAS y RAWLS, 1998).
- 2001: «Constitutional Democracy. A Paradoxical Union of Contradictory Principles?», *Political Theory*, vol. 29, 6: 766-781.
- 2003, «On Law and Disagreement. Some Comments on “Interpretative Pluralism”», *Ratio Juris*, vol. 16, 2: 187-94.
- HABERMAS, J., y RAWLS, J., 1998: *Debate sobre el liberalismo político*, traducción de VILAR ROCA, G., Barcelona: Paidós.
- HART, H. L. A., 1961: *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press (*El concepto de derecho*, traducción de CARRIÓ, G., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, por la que se cita).
- HOBBS, Th. [1651], 2003: *Leviatán*, traducción de ESCOHOTADO, A., Buenos Aires: Losada.
- HUME, J. [1739-1740], 1998: *Tratado de la naturaleza humana*, 3.^a ed., traducción de DUQUE, F., Madrid: Tecnos.
- KAVANAGH, A., 2003: «Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron», *Law and Philosophy*, vol. 22, pp. 451-486.
- KNIGHT, J., y JOHNSON, J., 1994: «Aggregation and Deliberation: On the Possibility of Democratic Legitimacy», *Political Theory*, vol. 22, 2: 277-296.
- KRAMER, L., 2004: *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford: Oxford University Press.
- LACLAU, E., y MOUFFE, Ch., 1985: *Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*, Londres: Verso.
- LEFORT, C., 1988: *Democracy and Political Theory*, Cambridge: Polity Press.
- MACKINNON, C., 1989: *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- MACINTYRE, A., 1981: *After Virtue*, Notre-Dame: The University of Notre-Dame Press.
- MANIN, B., 1987: «On Legitimacy and Political Deliberation», *Political Theory*, vol. 15, 3: 338-368.
- MANSBRIDGE, J., 1983: *Beyond Adversary Democracy*, 2.^a ed., Chicago: University of Chicago Press.
- 1990 (ed.), *Beyond Self-Interest*, Chicago: University of Chicago Press.
- MARTÍ, J. L., 2005: «The Sources of Legitimacy of Political Decisions: Between Procedure and Substance», en WINTGENS, L. (ed.), *The Theory and Practice of Legislation: Essays on Legisprudence*, Aldershot: Ashgate, pp. 259-281.
- 2006: «The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended», en BESSON y MARTÍ, 2006, en prensa.
- MILL, J. S. [1859], 1996: *Sobre la libertad*, traducción de DE AZCÁRATE, P., Madrid: Alianza.
- [1860], 1985: *Del gobierno representativo*, traducción de C. C. DE ITURBE, M., Madrid: Tecnos.
- MILLER, D., 1992: «Deliberative Democracy and Social Choice», *Political Studies*, vol. 40.

- MORESO, J. J., 1998a: «Diritti e giustizia procedurale imperfetta», *Ragion Pratica*, 10: 13-39.
- 1998b: «Sulla portata del vincolo preventivo», *Ragion Pratica*, 10: 75-83.
- 2005: «Positivism giuridico e applicazione del diritto», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. 25, 1: 225-244.
- MOUFFE, Ch., 1993: *The Return of the Political*, Londres: Verso (*El retorno de lo político*, traducción de GALMARINI, M. A., Barcelona: Paidós, 1999).
- 2000: *The Democratic Paradox*, Londres: Verso.
- PHILLIPS, A., 1995: *The Politics of Presence*, Oxford: Oxford University Press.
- POSNER, R., 2000: «Review of Jeremy Waldron, Law and Disagreement», *Columbia Law Review*, vol. 100.
- RAWLS, J., 1971: *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press.
- 1993: *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.
- 1995: «Reply to Habermas», *Journal of Philosophy*, 92: 132-180 (existe traducción castellana en HABERMAS y RAWLS, 1998).
- RAZ, J., 1979: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon Press.
- RIPSTEIN, A., 2001: «Review of Jeremy Waldron, Law and Disagreement», *The Philosophical Review*, vol. 110, 4: 611-614.
- ROUSSEAU, J.-J. [1762], 1992: *Du contrat social*, Paris: Flammarion.
- SAGER, L., 2002: «Constitutional Justice», *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, vol. 6, 1: 11-19.
- SANDEL, M., 1982: *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1996: *Democracy's Discontent*, Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- SCARPELLI, U., 1965: *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano: Edizione di Comunità.
- SUNSTEIN, C., 1988: «Beyond the Republican Revival», *Yale Law Journal*, vol. 97, pp. 1539-1590 («Más allá del resurgimiento republicano», traducción de LIFRIERI, V., en OVEJERO, MARTÍ y GARGARELLA (eds.), *Nuevas ideas republicanas. Autogobierno y libertad*, Barcelona: Paidós, 2004, pp. 137-190, por la que se cita).
- SUNSTEIN, C., 1993: *The Partial Constitution*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- TULLY, J., 1995: *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge: Cambridge University Press.
- UNGER, R. M., 1996: *What Should Legal Analysis Become?*, Londres: Verso.
- WALDRON, J., 1984 (ed.): *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- 1987: «Theoretical Foundations of Liberalism», *Philosophical Quarterly*, 37, también incluido en WALDRON, 1993a.
- 1988: *The Right to Private Property*, Oxford: Clarendon Press.
- 1990a: *The Law*, Londres: Routledge.
- 1990b: «Rights and Majorities: Rousseau Revisited», en CHAPMAN, J., y WERTHEIMER, A. (eds.), *Nomos XXXII: Majorities and Minorities*, incluido en WALDRON, 1993a.
- 1993a: *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1993b: «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1: 18-51.

- 1999a: *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press.
 - 1999b: *The Dignity of Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press.
 - 2001: «Normative (or Ethical) Positivism», en COLEMAN, J. (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 432-433.
 - 2002a: «Introduction: Disagreement on Justice and Rights», *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, vol. 6, 1: 5-10.
 - 2002b: *God, Locke and Equality*, Cambridge: Cambridge University Press.
 - 2002c: «Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?», *Law and Philosophy*, vol. 21, pp. 137-164.
 - 2003: «Legislating with Integrity», *Fordham Law Review*, vol. 72.
 - 2005: «The Core of the Case Against Judicial Review», manuscrito, University of Columbia.
- WALZER, M., 1989: *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, Oxford: Basil Blackwell.
- YOUNG, I. M., 1990: *Justice and the Politics of Difference*, Princeton (N. J.): Princeton University Press.
- 1997: «Difference as a Resource for Democratic Communication», en BOHMAN y REHG, pp. 383-406.

Quienes se piensan más sabios que todos los demás, claman y exigen como juez a la recta razón, pero no buscan sino conseguir que esas cosas sean determinadas por su razón exclusiva. Esto es tan intolerable en la sociedad de los hombres como en los juegos de naipes sería, tras determinarse el triunfo, utilizar como tal en toda ocasión el palo de la baraja del cual se tienen más cartas en la mano.

[Thomas HOBBS, *Leviatán* (1651), cap. V]

AGRADECIMIENTOS

Este libro nació como una compilación de mis ensayos recientes de filosofía del derecho. Pero al prepararlos para la publicación, me encontré reescribiendo más de lo esperado, en algunos casos dividiendo algunos artículos para mantener el hilo del argumento y en otros escribiendo partes completamente nuevas. Espero que el resultado global se parezca más a un libro que a una compilación de ensayos.

Puesto que *Derecho y desacuerdos* reproduce en parte trabajos previamente publicados, agradezco a las editoriales y a los editores que los publicaron por autorizarme a modificarlos y utilizarlos aquí. Los capítulos II, III y IV incorporan un material presentado originariamente en la Gerber Lecture de 1994 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Maryland y publicado como «The Dignity of Legislation» en la *Maryland Law Review*, 54 (1995). El capítulo V fue publicado en la *Georgetown Law Review*, 84 (1996). El capítulo VI apareció primero en hebreo en la *Tel Aviv University Law Review*, 18 (1994), y fue publicado posteriormente en una compilación titulada *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, editada por Andrei MARMOR (Oxford: Oxford University Press, 1995). El capítulo VII se publicó en 1995 en un número especial de la *Pacific Philosophical Quarterly* dedicado al libro de John RAWLS *El liberalismo político*. El capítulo VIII fue publicado en una compilación a cargo de Robert George titulada *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Oxford: Clarendon Press, 1992). El capítulo IX apareció primero en la revista *Legal Theory*, 3 (1997). El capítulo X reproduce la primera parte de un artículo llamado «A Right-Based Critique of Constitutional Rights» y aparecido originalmente en el *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993). Algunos fragmentos de la segunda parte de este artículo se reparten entre los capítulos XI, XII y XIII. Una versión previa del capítulo XI se publicó

en los *Aristotelian Society Proceedings* de 1998. Una versión anterior del capítulo XII apareció en un libro titulado *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, compilado por Larry ALEXANDER (New York: Cambridge University Press, 1998); el capítulo XII también incorpora fragmentos de un trabajo corto originalmente publicado como «Freeman's Defense of Judicial Review» en *Law and Philosophy*, 13 (1994). Y una versión más breve del capítulo XIII se publicó en el *Journal of Political Philosophy* (1998).

Este libro no incluye todos los trabajos que he realizado recientemente sobre los desacuerdos, la legislación y los derechos. En breve le seguirá otro libro titulado *The Dignity of Legislation*, que comprenderá las *Seeley Lectures* que ofrecí en la Universidad de Cambridge en 1996. Hay una cierta superposición entre ambos. Los dos libros siguen un mismo programa de trabajo que pretende enriquecer la teoría del derecho con los recursos de la teoría política. Ambos libros recuperan y destacan algunas formas de concebir la legislación que la presentan como un modo digno del ejercicio de gobierno y una fuente respetable de derecho. La división del trabajo entre los dos volúmenes es la siguiente: *The Dignity of Legislation* se ocupa principalmente de explorar las fuentes de que disponemos en nuestra tradición de pensamiento político para sostener y elaborar la concepción de la legislación a la que me he referido. Apunta, en particular, a los trabajos de ARISTÓTELES, John LOCKE e Immanuel KANT, para ver qué podemos aprender de ellos con respecto del valor de esta forma de creación de derecho no suficientemente teorizada a nivel filosófico. Este volumen, *Derecho y desacuerdos*, es más analítico en su enfoque. Se centra más en los argumentos que en determinados filósofos. Más que seguir detenidamente controversias sobre la mejor interpretación, por ejemplo, de LOCKE o KANT, se trata de explorar los argumentos y reflexiones sobre la legislación, los desacuerdos y los derechos, sazonados con referencias fortuitas a la tradición canónica de la filosofía del derecho y de la filosofía política.

He trabajado en este proyecto durante varios años. Su origen se remonta a una ponencia que presenté en el Seminario de Teoría del Derecho de la Universidad de Columbia en 1993 y, en el caso de mi incomodidad acerca del control judicial de constitucionalidad de las leyes, a un artículo que publiqué en *Nomos* (vol. 32) en 1990 sobre *Majorities and Minorities*. Con el paso de los años me he beneficiado enormemente de la hospitalidad de diversos seminarios y foros, así como de los comentarios, las críticas y las sugerencias de amigos y colegas. Entre ellos, Larry ALEXANDER, Charles BLACK, Tom CAMPBELL, Jean COHEN, Jules COLEMAN, Meir DAN-COHEN, Michael DORF, John DUNN, Ronald DWORKIN, David ESTLUND, George FLETCHER, Jim FLYNN, Jill FRANCK, Robert GEORGE, Les GREEN, Kent GREENAWALT, Amy GUTMANN, Bob HARGRAVE, David HEYD, David JOHNSTON, Sanford KADISH,

Victoria KAMSLER, George KATEB, David LIEBERMAN, Stephen MACEDO, John MANNING, Andrei MARMOR, Frank MICHELMAN, Michael MOORE, Sidney MORGENBESSER, Thomas NAGEL, Philippe NONET, Pasquale PASQUINO, Stephen PERRY, Thomas POGGE, Robert POST, Eric RAKOWSKI, Joseph RAZ, Ed RUBIN, Alan RYAN, Carol SANGER, Sam SCHEFFLER, Philip SELZNICK, Ian SHAPIRO, Scott SHAPIRO, Henry SHUE, Paul SIGMUND, Quentin SKINNER, Peter STRAUSS, Cass SUNSTEIN, Gwen TAYLOR, Richard TUCK, Maurizio VIROLI, Will WALUCHOW, Bernard WILLIAMS, Iris YOUNG y Ben ZIPURSKY. Estoy muy agradecido a todos ellos por su ayuda.

Me gustaría también agradecer a las instituciones que han hecho posible este trabajo. La Boalt Hall Fund de la Universidad de California, Berkeley, financió el proyecto con remuneraciones de verano en 1993 y 1995. El decano y la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia me proporcionaron en 1995 un ambiente académico en el que trabajar y en 1997 una remuneración de verano para completar los capítulos que faltaban. Agradezco también al Departamento de Política y al Center for Human Values de la Universidad de Princeton por concederme el tiempo y los recursos que necesitaba en el curso académico 1996-1997, a Andrew ROBERTS, mi ayudante de investigación en Princeton, y a Phil CHRISTIAN y Mary Sue DANIELS, mis asistentes administrativos en Columbia.

* * *

Este libro está dedicado, con mis saludos y agradecimientos, a George KATEB, cuyo trabajo ha sido una inspiración para tantos teóricos políticos en los Estados Unidos, y cuya cortesía, integridad y camaradería generaron una deliciosa atmósfera de trabajo en Princeton. He sacado provecho de muchas discusiones con él sobre estos temas, que sin duda han mejorado el libro. Habiendo dicho esto, debería añadir que creo que George está en desacuerdo con casi todo lo que sigue. Pero, como veremos, *ide eso se trata!*

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. DOS TAREAS PARA LA FILOSOFÍA POLÍTICA

Somos una multitud, y tenemos desacuerdos sobre la justicia. Esto es, no sólo tenemos desacuerdos acerca de la existencia de Dios y el sentido de la vida, sino también acerca de cuáles son los términos justos de cooperación entre las personas que tienen desacuerdos acerca de la existencia de Dios y el sentido de la vida. Tenemos desacuerdos sobre lo que nos debemos los unos a los otros en términos de tolerancia, indulgencia, respeto, cooperación y ayuda mutua. Los liberales están en desacuerdo con los conservadores; los socialistas con los economistas que defienden el mercado; los partidarios de la libertad están en desacuerdo con los partidarios de la comunidad, y ambos están en desacuerdo con los partidarios de la igualdad; las feministas están en desacuerdo con aquellos que quieren que el gobierno apoye los «valores familiares»; los defensores a ultranza del Estado de bienestar están en desacuerdo con los que se oponen jactanciosamente a los impuestos; y los pragmatistas y los utilitaristas están en desacuerdo con aquellos que piensan que la tarea del derecho es hacer honor a las pretensiones de orden, retribución y merecimiento.

Desde la publicación en 1971 del libro de John RAWLS *Una teoría de la justicia*¹, los filósofos políticos han concentrado todos sus esfuerzos en contribuir a tales desacuerdos acerca de la justicia, más que

¹ Véanse LASLETT y FISHKIN, 1979: 1-2, para la importancia del libro de RAWLS en la revitalización de la filosofía política anglófona.

en ponderar su importancia. Todos han ofrecido su ² propia concepción de la justicia, o de los derechos que tenemos, o de cuáles deberían ser los términos justos de la cooperación social, y del fundamento de todo lo anterior. Y aunque todos conocemos perfectamente a nuestros rivales y las alternativas que éstos proponen —nos encontramos a diario en los pasillos, en la sala de seminarios y en los congresos académicos— no es fácil encontrar un solo filósofo que incluya el elemento de los desacuerdos sobre la justicia en el esquema de su propia teoría política.

Tal vez está bien que sea así. Después de todo, el objetivo de una teoría de la justicia es ofrecer una visión coherente y convincente de una sociedad bien ordenada por principios de justicia y corrección. Pedimos a los filósofos que especifiquen cuáles son tales principios, cómo deben ser defendidos y cuáles son sus implicaciones. No esperamos que debiliten o transijan en sus concepciones para tomar en cuenta otras teorías rivales de la justicia, teorías que ellos mismos consideran equivocadas tras una reflexión cuidadosa a partir de los fundamentos que encuentran más sólidos. Si un teórico de la justicia toma en consideración una teoría rival pensamos que debe hacerlo principalmente para «diferenciar su producto» o para contrastar las posibles debilidades de su propia teoría, las posibles objeciones que su público podría encontrar. Pero una vez convencido de haber respondido a tales objeciones, debería ofrecernos su propia teoría como candidata a la hegemonía política y moral. Una sociedad bien ordenada, debería decir, es aquella que está estructurada según *sus* principios de justicia, y no otros. Y dicho teórico debería esperar que sus tesis acerca de la justicia sean analizadas y evaluadas sobre esta base.

Seguirán existiendo alternativas, por supuesto, y nuestro filósofo será plenamente consciente de que sus rivales presentan sus propias teorías exactamente con el mismo espíritu que él, excluyendo los principios que él defiende en sus concepciones de una sociedad bien ordenada, así como él excluye los principios de aquéllos en la suya. Si piensa

² (N. de los trads.: en el original, WALDRON escribe: «*Each has offered her (or, more usually, his) own view*», con una nota al pie que reproducimos a continuación. El juego entre *his* y *her* resulta intraducible al castellano.) Utilizaré el género masculino del pronombre, aquí y en adelante, pero no para indicar que sólo los hombres hacen o deberían hacer filosofía política, lo que ignoraría las importantes contribuciones de filósofas como Annette BAIER, Seyla BENHABIB, Jean ELSHTAIN, Martha FINEMAN, Carol GOULD, Amy GUTMANN, Jean HAMPTON, Virginia HELD, Bonnie HONIG, Frances KAMM, Christine KORSGAARD, Martha MINOW, Martha NUSSBAUM, Susan OKIN, Carol PATEMAN, Hannah PITKIN, Deborah RHODE, Nancy ROSENBLUM, Judith SHKLAR, Yael TAMIR, Judith THOMPSON, Patricia WILLIAMS, Iris YOUNG y muchas otras. Uso la forma masculina para evitar lo que Susan OKIN llama «falsa neutralidad de género», es decir, la engañosa impresión, a la que las formas neutras o femeninas pueden conducirnos, de que existe ahora un equilibrio satisfactorio entre el trabajo de los hombres y el de las mujeres en este (o cualquier otro) ámbito de la profesión. Véase OKIN, 1989: 10-13. El hecho lamentable es que la mayor parte de los trabajos de filosofía política, especialmente aquellos del tipo «espero que a todos os gustaría saber lo que yo haría si gobernara el mundo», están hechos todavía por hombres.

en estas versiones alternativas sin hacerlo para urdir una defensa de su propia concepción contra posibles objeciones, las considerará como una contribución útil (tanto como la suya) para definir un menú de opciones, un listado de perspectivas sociales alternativas, todas ellas bien construidas filosóficamente, cumpliendo todas ellas de una forma distinta con la función de la teoría de la justicia. La *elección* dentro de este menú le corresponde al público, y eventualmente (mediante los sinuosos procesos que estas cuestiones implican) a quienes tienen el poder y la voluntad de cambiar algo en nuestra sociedad.

Esta idea muestra, no obstante, que hay otro aspecto de la cuestión que nos incumbe en tanto filósofos. Deberíamos sopesar sin duda la relevancia filosófica no sólo de la justicia en sí misma, sino también de la naturaleza de las *decisiones* políticas sobre cuestiones de justicia y corrección, y de los principios que las fundamentan. En la sociedad, diversas personas sostienen teorías divergentes y opuestas de la justicia. Pese a todo, se toman decisiones sociales, se establecen instituciones y estructuras institucionales, que exigen lealtad aun ante tales desacuerdos, incluso cuando dicha lealtad puede parecer una traición moral a aquellos que mantienen una opinión contraria. Y esto, sin ninguna duda, merece atención filosófica; es un punto sobre el que el filósofo político debe tener algo que decir, algo que vaya más allá de la mera reiteración de su propia teoría de la justicia o de expresar su indignación cuando los legisladores o los votantes optan por otra alternativa.

La reflexión sobre la relevancia filosófica de nuestros desacuerdos políticos no es solamente una cuestión *metaética*. No se trata de dar argumentos en favor del relativismo o el escepticismo respecto de la justicia, por ejemplo, o de explicar y defender el realismo moral. Un teórico de la justicia convencido puede afirmar: «Bien, por supuesto que existen desacuerdos acerca de la justicia, pero, como han mostrado los realistas morales, la existencia de desacuerdos es compatible con que una de las concepciones en disputa sea verdadera y las otras falsas». Puede afirmar esto, aunque no sea suficiente si lo dice únicamente como preludeo para afirmar a continuación: «Y por supuesto la concepción correcta de la justicia es la *mía*, que ahora os paso a explicar...», ya que si es sensato sabrá perfectamente que a su afirmación le seguirán otras declaraciones similares de sus rivales ideológicos en un tono igualmente contundente. La vocación del filósofo *político* es examinar filosóficamente no sólo la metafísica, sino también la moral y la política del desacuerdo: las implicaciones que tiene para la vida social, la organización social y la acción social el hecho de que, incluso entre aquellos que aceptan la proposición de que algunas concepciones de la justicia son correctas y otras no, los desacuerdos siempre persistirán.

Así que la filosofía política tiene al menos dos tareas por cumplir: i) teorizar acerca de la justicia (y los derechos y el bien común, etc.),

y ii) teorizar acerca de la política. Mi objetivo general en este libro no es el de desacreditar ni el de poner obstáculos a la realización de la primera de estas tareas, pero sí quiero insistir en la importancia del segundo tipo de reflexión teórica como un programa de trabajo distinto para la filosofía política. Creo que los filósofos que se ocupan de las cuestiones públicas deberían pasar menos tiempo con los teóricos de la justicia y más tiempo en compañía de teóricos de la autoridad y teóricos de la democracia, reflexionando sobre los propósitos y los procesos por los cuales las comunidades establecen un conjunto único de instituciones, incluso ante los desacuerdos acerca de tantas cuestiones que nos parecen, con razón, tan importantes. Como dije, necesitamos reconocer que se trata de un programa de trabajo *distinto*, y no aquel en el que nos involucramos como resultado o consecuencia de, o como medio para, buscar las implicaciones procedimentales de una concepción sustantiva en particular. Esto es, no deberíamos plantearnos interrogantes del tipo de cuáles son las implicaciones de la teoría de la justicia de John RAWLS respecto de los procedimientos democráticos y constitucionales. En su lugar, deberíamos preguntarnos cómo debemos pensar los procedimientos democráticos y constitucionales, teniendo en cuenta que dichos procedimientos deben generar una política que se aplique también a aquellos que discrepan profundamente acerca de si es correcta una teoría como la de RAWLS. Es necesario que creamos que nuestra tarea es la de trabajar en este segundo programa, como lo fue en su momento para filósofos como Thomas HOBBS e Immanuel KANT³, filósofos que hicieron de la existencia de los desacuerdos acerca de los derechos y la justicia algo fundamental para los problemas que intentaban resolver sus teorías de la autoridad, el procedimiento y la obligación política.

2. TEORÍA ESPECIAL DEL DERECHO

Existe una conexión obvia entre la filosofía política y la filosofía del derecho. La filosofía del derecho no cubre todo el espectro de la filosofía política, puesto que no todo en la política es derecho, pero ambas se superponen significativamente. La filosofía del derecho puede considerarse como una amplia subárea de la filosofía política. Ahora bien, ya dije que existen dos tareas fundamentales para la filosofía política: i) teorizar acerca de la justicia, los derechos y el bien común, y ii) teorizar sobre el modo en el que actúan las comunidades cuando existen desacuerdos entre sus miembros. ¿Dónde encaja la filosofía del derecho por lo que respecta a estas dos tareas?

³ Dado que ésta puede resultar una tesis sorprendente por lo que respecta a KANT, el lector puede revisar los argumentos ofrecidos en WALDRON, 1996b. Debe ver también KANT, 1991: 124.

El derecho tiene que ver con la justicia, y con toda seguridad existe alguna conexión entre teorizar acerca de la justicia y determinar cuál es la forma correcta y el fundamento que deben tener nuestras leyes. Gran parte de lo que llamo una *teoría especial del derecho* —*i. e.*, la teoría del derecho que centra su atención sobre temas específicos del derecho tales como la responsabilidad extracontractual o la tentativa penal—⁴ pertenecería al ámbito de la primera tarea. Al discutir, por ejemplo, acerca de si las tentativas penales merecen ser castigadas tan severamente como las acciones penales consumadas o si la responsabilidad extracontractual debería ser reemplazada por un sistema al estilo neozelandés de compensación por accidente, nos estamos preguntando algo como «¿cuál sería la forma correcta o justa de regular nuestras relaciones jurídicas en este ámbito?». Las propuestas de un jurista particular vienen a ser en realidad una parte de una teoría de la justicia; o están inspiradas por una teoría de la justicia más abstracta y comprensiva, o, sumadas al resto de sus propuestas, pueden resultar en una teoría de este tipo, una de esas teorías con las que los filósofos políticos están familiarizados cuando realizan la primera de las tareas⁵.

Sin embargo, no estoy seguro de que esta teoría especial del derecho tenga tan sólo una participación parcial o fragmentaria en la función de construcción o de elaboración de los efectos de una teoría filosófica de la justicia. *Puede* que esto sea así cuando el jurista aborda el análisis de su problema (por ejemplo, la responsabilidad extracontractual o la justicia penal) como si partiera de cero, como si su análisis fuera a tener más éxito al no estar contaminado por la doctrina jurídica existente o por las decisiones judiciales pasadas. En algunas ocasiones procedemos de esta forma, especialmente si pensamos que algún ámbito del derecho requiere una revisión radical. No obstante, en la mayoría de las ocasiones los juristas identifican previamente un conjunto de tesis ya establecidas por la doctrina existente y a las que una buena concepción, incluso una buena concepción normativa o reformadora, debe «adecuarse». Actúan como si esta adecuación fuera tan importante para el éxito de su empresa como cualquier consideración de justicia abstracta o de moralidad de sus propuestas normativas. Para estos juristas, el hecho de que una concepción de justicia correctora no dé cuenta, por ejemplo, de la atribución de responsabilidad extra-

⁴ La distinción entre una teoría general del derecho y una especial —*i. e.*, la teoría del derecho como tal *versus* la teoría acerca de problemas jurídicos concretos como la responsabilidad extracontractual— es diferente a la distinción entre una teoría general (o universal) del derecho y una particular (o local) —*i. e.*, la teoría del derecho como tal *versus* la teoría sobre el derecho de una jurisdicción en particular, como el de Inglaterra o el de Estados Unidos—. Obviamente, gran parte de la teoría particular del derecho es a la vez teoría especial del derecho, pero no es necesario que sea así. Agradezco a Michael MOORE por este punto. Véase también AUSTIN, 1995: 16.

⁵ Véanse COLEMAN, 1992, y RAKOWSKI, 1991, para encontrar ejemplos de cómo pueden articularse este tipo de teorías.

contractual en casos como “*Rylands v. Fletcher*”, o que fracase en desenmarañar los problemas de necesidad y justificación en la decisión de “*Lake Erie Transportation*”, juega en su contra, aunque por lo demás resulte atractiva⁶.

Algunos pueden considerar el recurso a la doctrina existente como una especie de «equilibrio reflexivo». Se argumenta en favor de una nueva concepción mostrando que es a la vez atractiva en sí misma y congruente con algunos juicios que no nos resignamos a sacrificar. En la teoría del derecho, no obstante, la vigencia de una decisión previa a la que una doctrina jurídica debe adecuarse raramente tiene que ver con que el teórico individual se comprometa con ella como si se tratara de su propio «juicio considerado» que se resiste a sacrificar. A diferencia de esto, se la considera algo que el teórico no puede abandonar libremente, dado que lo que él ofrece es una concepción *del derecho* (si bien normativa y reformadora), y no simplemente una declaración pública de su propio punto de vista.

Pienso que esta forma de proceder nos indica que los argumentos jurídicos tienen que ser entendidos tanto dentro del marco de lo que he denominado la segunda tarea de la filosofía política como en el de la primera. Me explicaré.

Ronald DWORKIN, en su obra *Law's Empire*, es el autor que mejor ha dado cuenta de la tensión existente entre una propuesta jurídica que pretende ser justa y su adecuación con la doctrina vigente⁷. Un elemento central de la teoría de DWORKIN es que el requisito de «adecuación» es el tributo requerido por los principios políticos que un juez o un jurista debe pagar a las decisiones políticas que ya han sido tomadas en nuestras sociedades, incluso a aquellas fundamentadas de una forma que el juez o el jurista no encuentran moralmente conveniente. En una sociedad plural, «distintas personas sostienen puntos de vista distintos sobre cuestiones morales que ellos consideran de gran importancia»⁸. Probablemente, en momentos y lugares diversos, los procedimientos políticos equitativos concederán el poder a personas que defienden principios radicalmente diferentes. Así, si tomamos en cuenta todas las decisiones políticas actualmente en vigor en nuestra sociedad, veremos que algunas de ellas fueron tomadas por Parlamentos conservadores, otras por sus predecesores liberales, otras por jueces feministas, etc. Alguien, con el fervor propio de un cruzado, podría simplemente ignorar esto, dejando de lado cualquier decisión o autoridad jurídica que no concordara con sus convicciones más íntimas acerca de la justicia. Pero no está claro entonces que dicha persona

⁶ “*Rylands v. Fletcher*”, LR 3 HL 330 (1868), y “*Vincent v. Lake Erie Transportation Co.*”, 1910, 100 Minn. 456, NW 221.

⁷ Véase DWORKIN, 1986. Véase también el cap. IX de este libro.

⁸ DWORKIN, 1986: 178.

esté realizando un análisis *jurídico*, entendido como una actividad distinta a la simple expresión de su opinión acerca de cuál debe ser idealmente la regulación jurídica en este ámbito. En la empresa del derecho no se trata de que «cada persona intente izar la bandera de sus convicciones sobre un ámbito de poder y normas tan amplio como sea posible»⁹, sino, como afirma DWORKIN, de intentar obtener la mejor versión de los principios de justicia que ya están «implícitos en los arreglos políticos vigentes de la comunidad [a la que pertenecemos] [...] pensemos o no que estos principios son los mejores desde un punto de vista utópico»¹⁰. En el derecho, sobre todo con su respeto por la autoridad, su idea de la doctrina y la disciplina que impone en el espectro libre de nuestras ideas individuales, todos nos comportamos de principio a fin con el ánimo de compartir el mundo social con inteligencias, conciencias y fuentes de imaginación normativa distintas a la nuestra. El derecho, como dije, aspira a la justicia; pero representa la aspiración a la justicia de *una comunidad*, que, como advierte ARISTÓTELES, se compone no sólo de aquellos que piensan de forma similar, sino también de los que piensan de forma distinta acerca de las cuestiones de interés común¹¹.

3. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

He sostenido que, por lo que respecta a las dos tareas de la filosofía política, la teoría especial del derecho tiene un pie en cada una de ellas. Implica el respeto por la doctrina existente, incluso cuando dicha doctrina incorpora algunas ideas con las que el teórico particular discrepa, y en este sentido adopta objetivos relativos a la segunda de las tareas. Pero su objetivo general es, de todos modos, hallar un modo bueno o justo de organizar nuestros arreglos institucionales en alguno de los ámbitos del derecho, y en este sentido ocupa una parcela de **nuestra** teoría de la justicia.

Creo, no obstante, que cuando nos movemos de la teoría especial a la teoría *general* del derecho, es decir, cuando reflexionamos sobre

⁹ DWORKIN, 1986: 211.

¹⁰ DWORKIN, 1986: 213.

¹¹ ARISTÓTELES, 1998: Libro II, cap. II, 1261a, 74-76: «Es evidente que al avanzar en tal sentido y unificarse progresivamente, la ciudad dejará de serlo [unitaria]. Porque por su naturaleza la ciudad es una cierta pluralidad, y al unificarse más y más, quedará la familia en lugar de la ciudad, y el hombre en lugar de la familia. De modo que, aunque uno pudiera activar tal proceso, no debería hacerlo, porque destruiría la ciudad.

Y no sólo está compuesta la ciudad por gentes múltiples, sino por gentes que difieren además entre sí de modo específico. [...]

[...] Por lo tanto, de todo eso queda claro que la ciudad no es por naturaleza tan unitaria como afirman algunos, y que lo que postulan como el mayor bien en las ciudades las destruye». Véase también WALDRON, 1995b.

el derecho como tal, sobre la autoridad jurídica, sobre la obligación jurídica, sobre el Estado de derecho, etc.¹², nos trasladamos decisivamente y sin ambigüedades a lo que he denominado la segunda tarea de la filosofía política.

Las pretensiones del derecho —respecto de nuestra atención, respeto y obediencia— son las de un esquema existente (y en constante desarrollo) que ordena nuestras acciones e interacciones en circunstancias en las que discrepamos unos con otros acerca de cómo deberían estar ordenadas dichas acciones e interacciones. No me refiero solamente a desacuerdos que generan conflictos y que nos conducen a someter nuestras pretensiones a la jurisdicción de los tribunales, como los que surgen respecto de la pensión alimenticia en caso de divorcio, o la compensación por un accidente, o los frutos pendientes, etc. Quiero decir que, entre sus otras muchas funciones, el derecho pretende dar una respuesta judicial a tales conflictos, y dicha respuesta tiene a su vez pretensión de autoridad sobre la base de principios que resultan en sí mismos controvertidos en la sociedad; y todo ello con el franco reconocimiento de la existencia de tales controversias. Ésta es la razón por la que el tono categórico de su pretensión hacia nosotros no consiste en un «éste es el fundamento para la resolución de conflictos que deberíais aceptar siempre que estéis de acuerdo con él», sino más bien en un «éste es el fundamento para la resolución de conflictos que debéis aceptar, estéis de acuerdo con él o no».

El fundamento de esta pretensión autoritaria no reside en que el legislador sepa más que nosotros, ni tampoco en que algunos funcionarios tengan más poder que nosotros o dispongan de armas más potentes que las nuestras. La autoridad del derecho reside en el hecho de que los ciudadanos tenemos la reconocible necesidad de actuar en conjunto sobre diversas cuestiones o de coordinar nuestro comportamiento en determinados ámbitos con referencia a un esquema común, y que dicha necesidad no desaparece porque tengamos desacuerdos acerca de cómo debería ser nuestro curso de acción común o el esquema a partir del que lo definimos.

Aceptado *este* fundamento de la autoridad jurídica, nadie debería sorprenderse de tener la obligación jurídica de participar en un esquema que en algunas ocasiones él mismo considera indeseable por razones de justicia (por ejemplo, pagar impuestos para prestar servicios de asistencia de bienestar a personas que él considera que no se lo merecen). Este tipo de situaciones se producirán con toda seguridad, puesto que una función del derecho es construir esquemas comunes y orquestar la acción colectiva en circunstancias de desacuerdo. La

¹² Una excelente descripción de las funciones de la teoría general del derecho en la «Introducción» a DWORKIN, 1977: vii-ix.

filosofía del derecho contemporánea presta mucha atención a cuestiones relativas a la conciencia y la desobediencia civil. Pensamos que el derecho está en crisis cuando entra en conflicto con las convicciones morales firmes y meditadas del ciudadano individual. Pero la premisa central de este libro (esto es, que el rasgo característico del derecho consiste en permitirnos actuar *a la luz de los desacuerdos*) muestra que no deberíamos ver este tipo de casos como casos de crisis, excepciones o casos límite de la autoridad del derecho. Es *normal* que el derecho, en lo que más tarde llamaré las «circunstancias de la política», tenga pretensiones que choquen con el sentido de la justicia de algunos o de muchos de aquellos que se encuentran bajo su autoridad¹³.

No cabe duda de que es posible desarrollar una teoría general del derecho como parte o como consecuencia de una determinada teoría sustantiva de la justicia. Se diría: «Éste es el papel que el derecho debe jugar en una sociedad bien ordenada por los principios de justicia que he defendido». John RAWLS hace algo parecido en su teoría, explicando los conocidos preceptos del Estado de derecho como *desiderata* de la justicia procesal y el diseño institucional, y conectando la idea de legalidad con los principios liberales de publicidad, generalidad y transparencia¹⁴. Pero este tipo de enfoque en la teoría general del derecho es demasiado simple. Es obvio que no hay ningún problema con las obligaciones jurídicas y el Estado de derecho en una sociedad en la que los ciudadanos comparten la misma concepción fundamental de la justicia (especialmente si dicha concepción es la correcta). Y por supuesto surgirán menos problemas sobre el razonamiento judicial y la interpretación jurídica si todas las normas vigentes y las instituciones de la sociedad están basadas en esta concepción única y bien fundamentada. No obstante, los ordenamientos jurídicos que *nosotros* conocemos muestran su atractivo, formulan sus pretensiones y requieren ser entendidos e interpretados en circunstancias mucho más conflictivas que éstas.

4. EL «OSCURO SECRETO» DE ROBERTO UNGER

En un libro reciente, Roberto Mangabeira UNGER sugiere que uno de los «oscuros secretos de la teoría del derecho contemporánea» es «su incomodidad con la democracia». Esto se revela, afirma UNGER,

¹³ Cfr. la posición ligeramente distinta de GUTMANN, 1996: 263: «En [la] concepción deliberativa de la democracia, deberíamos esperar que la democracia genere continuamente descontento con los resultados políticos porque la comprensión moral de los seres humanos es inadecuada para la tarea de determinar lo que es justo de una vez por todas. Deberíamos por lo tanto esperar un amplio descontento incluso con respecto a decisiones democráticas legítimas o provisionalmente justificables».

¹⁴ RAWLS, 1971: 54-60 y 235-243.

en todos los ámbitos de la cultura jurídica contemporánea: no sólo «en la identificación incesante de límites a la regla de la mayoría, siendo responsabilidad prevaleciente de jueces y juristas; en la consecuente hipertrofia de las prácticas y arreglos contra-mayoritarios; [...] y en fijar de manera simplista el centro de atención en los altos tribunales, y en su forma de selección, viéndolos como el segmento más importante de la política democrática», sino también en el fracaso a la hora de desarrollar y generalizar una reflexión por parte de la filosofía jurídica que sea adecuada para el derecho entendido como creación y propiedad de un pueblo libre y democrático¹⁵.

Un síntoma destacado de este fracaso es lo que UNGER llama la «marginalización» de la legislación. En la teoría del derecho contemporánea, incluso en el *Legal Process* de HART y SACKS, que pretende orientarse hacia «la variedad de formas de creación de derecho que proliferaron como consecuencia del *New Deal*», raramente se da crédito a la legislación en sí misma como base para el desarrollo y el progreso jurídicos. Al contrario, se la considera «una fuente subsidiaria y como el último recurso de evolución jurídica, que sólo debe ser tolerada cuando no es aplicable ninguno de los modos más refinados de resolución jurídica»¹⁶.

Creo que UNGER tiene razón en este punto. Tal vez subestima el trabajo sobre la legislación realizado por aquellos que no se calificarían a sí mismos de filósofos, como, por ejemplo, el trabajo de William ESKRIDGE y otros sobre la «construcción dinámica de las leyes»¹⁷. Pero esto no afecta a su argumento sobre la teoría del derecho. Lo mejor que podríamos decir sobre lo que está sucediendo, por lo menos en lo que concierne a los estudios sobre la legislación, es que se realizan más aportaciones a la filosofía del derecho por parte de aquellos que se ocupan del derecho positivo que de los que se dedican a otros aspectos más generales. Si nos preguntamos qué ha aportado a cambio la teoría analítica del derecho a los jueces, legisladores o profesores de derecho interesados por la legislación, la respuesta nos haría sentir incómodos. Incluso cuando construyen teorías de la interpretación, los

¹⁵ UNGER, 1996: 72-73 y 115.

¹⁶ UNGER, 1996: 73. UNGER parece estar pensando en pasajes (de HART y SACKS, 1958: 164) como el siguiente: «Un parlamento tiene una responsabilidad primaria, o de primer nivel, de establecer las instituciones necesarias o adecuadas para la acción cotidiana de gobierno. Por ejemplo, debe crear tribunales [...]. Pero en relación al conjunto de arreglos imperativos generales que regulan la actividad privada en la sociedad, su responsabilidad es descrita con mayor precisión como secundaria en el sentido de estar a un segundo nivel. El parlamento funciona típicamente en esta relación como un agente que interviene intermitentemente mediando en los conflictos y sirviendo de muro de contención [...]. Los legisladores, los tribunales y las administraciones públicas son [...] las instituciones de desarrollo del sistema jurídico habitualmente disponibles con un funcionamiento continuado». Véase también WALDRON, 1998: 520.

¹⁷ Véase ESKRIDGE, 1994. Véase también la discusión en el apartado 1 del cap. II de este libro.

filósofos analíticos del derecho no tienen prácticamente nada que decir sobre las características estructurales de la legislación, las que hacen distinta la interpretación de una ley de la interpretación de un principio o de la interpretación de un poema. Las únicas estructuras que les interesan a los filósofos del derecho contemporáneos son las del razonamiento judicial. Están intoxicados de tribunales de justicia y cegados a casi todo lo demás por los encantos de la justicia constitucional. Y lo que más incomoda es que hay un riesgo considerable de que prolonguen esta intoxicación mucho tiempo después de que sus colegas no filósofos se hayan pasado ya a una explicación más realista de las fuentes del derecho.

¿Cómo podríamos imaginar una teoría del derecho que se sintiera cómoda con la democracia? Gran parte de lo que sigue en este libro puede verse como un intento de aceptar el desafío de UNGER, de vislumbrar una teoría del derecho genuinamente democrática: una filosofía del derecho que haga algo más que estar aparentemente de acuerdo con el ideal de autogobierno; una teoría del derecho que ponga realmente en práctica este ideal, rigurosa y detalladamente, en su explicación de la naturaleza del derecho, del fundamento de la legitimidad, de la tarea de la interpretación y de las responsabilidades respectivas de los Parlamentos, los ciudadanos y los tribunales de justicia.

Así, el tema de la primera parte de *Derecho y desacuerdos* es el de la *legislación*: de las leyes y de las instituciones que las aprueban. De algún modo, la legislación ha sido materia de estudio para algunos juristas que han mostrado sensibilidad hacia las cuestiones de los desacuerdos a los que me he referido. Nadie duda que los Parlamentos son instituciones adversariales que operan de hecho en un contexto de desacuerdo cacofónico. Los partidos políticos con puntos de vista opuestos sobre la justicia social compiten por controlar el Parlamento, y las leyes finalmente producidas representan la prevalencia a corto o medio plazo de un punto de vista sobre los demás.

De todos modos, cuando los filósofos del derecho se interesan por la autoridad de la legislación o por la interpretación de una ley concreta, el rasgo de pluralidad y diversidad de nuestros legisladores tiende a ser ignorado. Se considera que una ley, una vez aprobada, representa un punto de vista *particular*, un punto de vista que, en razón de su prevalencia en la política legislativa, podemos considerar ahora como singular y como investido de autoridad en su singularidad. Si tenemos alguna duda sobre su aplicación, podemos preguntarnos qué luz puede arrojar la «intención del legislador» sobre nuestro problema interpretativo, como si hablásemos de los propósitos o intenciones de una sola persona. Bajo esta concepción, la autoridad de una ley equivale a la autoridad de la persona o grupo parlamentario que presentó el proyecto de ley, que lo votó y que lo impulsó en las diferentes etapas

legislativas. En consecuencia, tenemos deferencia hacia la ley, o mejor dicho, hacia esa persona o ese grupo, en la medida en que podemos confiar en que este legislador dictará leyes buenas o justas, o al menos mejores que las que uno mismo podría dictar¹⁸.

En lo que sigue propondré una concepción diferente de la legislación. Ya he destacado que somos una multitud y que tenemos desacuerdos sobre la justicia. Creo que no es casual que en casi todas las sociedades del mundo las leyes sean aprobadas por una asamblea compuesta por muchas (por lo general cientos de) personas que pretenden representar, en su diversidad, los principales desacuerdos sobre la justicia existentes en su sociedad, y que dichas leyes pretenden tener autoridad en nombre de todos los ciudadanos, y no sólo en nombre del grupo o de la mayoría que votó en su favor. Casi todas las teorías de la legislación consideran que éstos son rasgos marginales o problemáticos. Por ejemplo, desarrollan una teoría de la autoridad de un legislador único a partir de una determinada concepción del mismo, y entonces hacen lo que esté a su alcance para adaptar dicho modelo a una realidad desacorde, en la que en la mayoría de los casos las leyes son aprobadas por, y en nombre de, un amplio conjunto de personas que no comparten ningún punto de vista excepto sobre los procedimientos que les están permitiendo deliberar conjuntamente en la asamblea en ese mismo momento. Considero que deberíamos dar un lugar central en nuestra filosofía de la legislación a la cuestión del alto número de parlamentarios y a los hechos de la diversidad y de los desacuerdos. Las leyes son *esencialmente*, y no sólo casualmente, el producto de asambleas amplias y polifónicas. Y este rasgo debería ser crucial para nuestra comprensión de cómo operar con las leyes, es decir, de cómo interpretarlas y de cómo integrarlas en el esquema más amplio del derecho.

5. DERECHOS Y CONSTITUCIONALISMO

He destacado hasta este momento el trabajo del Parlamento en relación con los desacuerdos sobre la justicia y la política. Pero quiero también plantear algunas cuestiones relativas a los tribunales y las Constituciones, y *su* relación con los desacuerdos acerca de los derechos, con los que guardan una conexión estrecha. Una cuestión, tal vez la más importante, acerca de la dignidad y la autoridad de la legislación tiene que ver con qué posición ocupa respecto a los términos de una Constitución escrita que incorpora una carta de derechos. La preocupación más común relativa a la legislación es que los procedimientos legislativos pueden servir de vehículo de expresión de la

¹⁸ Cfr. la concepción de la autoridad ofrecida por Raz, 1986: 53.

tiranía de la mayoría y que las mayorías legislativas están constantemente —y en el Reino Unido, por ejemplo, endémica y constitucionalmente— en peligro de traspasar los límites fijados por los derechos individuales o de las minorías. Tan extendido está este temor, y es tan habitual en nuestra cultura política, que la necesidad de límites constitucionales a las decisiones legislativas se ha convertido en poco menos que axiomática. Según Brian BARRY (en general, el más riguroso de los teóricos políticos, y el que más argumentos suele presentar),

[pienso que] no es muy necesario argumentar en favor de la tesis general de que nadie puede rechazar razonablemente *ex ante* la propuesta de que las normas que gobiernan los sistemas jurídicos y políticos deberían estar atrincheradas constitucionalmente¹⁹.

La laboriosa sintaxis de la frase de BARRY es tal vez una prueba de que los defensores del atrincheramiento constitucional reivindican demasiado vehementemente su posición. En todo caso, lo que me propongo hacer, especialmente en la Tercera Parte de este libro, es poner en cuestión dicha posición, especialmente a la vista del hecho de que los miembros de las sociedades liberales a quienes está destinado dicho atrincheramiento parecen discrepar tan terca y tenazmente acerca de los derechos como acerca de la justicia social y las políticas públicas.

El desacuerdo es evidente en diferentes niveles²⁰. En primer lugar, no hay acuerdo acerca de lo que significa decir que algo es un derecho. ¿El término «derecho» connota un absoluto moral, una verdad auto-evidente, un universal o una combinación de las anteriores? ¿Son los derechos pretensiones relativas al agente, pretensiones acerca del beneficio o el interés, pretensiones acerca de la libertad, pretensiones acerca de una obligación a la que se puede renunciar? Los filósofos discrepan sobre estas cuestiones formales, y en la medida en que sus argumentos esotéricos sean escuchados más allá de los confines de la Academia, dichos desacuerdos formales se reflejarán en la sociedad en general, mediante concepciones enfrentadas de los derechos. En segundo lugar, y ahora más sustantivamente, la gente (con conocimientos filosóficos o sin ellos) sigue discrepando radicalmente sobre qué derechos tenemos (*a qué* tenemos derecho) y cuál es su fundamento. Los desacuerdos de este segundo tipo se originan a su vez en desacuerdos más amplios acerca de la naturaleza de la justicia (algo que resulta particularmente evidente en el caso de los llamados derechos sociales y económicos). En tercer lugar, incluso si hubiera un consenso por superposición sobre un conjunto de derechos básicos o libertades civiles como los garantizados por las enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de América o los consagrados por la Convención Europea de Derechos

¹⁹ BARRY, 1995: 95.

²⁰ Véase también mi análisis posterior en el cap. X, apartado 6.

Humanos (CEDH), existe un feroz desacuerdo acerca de lo que implica dicho consenso por lo que respecta a su aplicación concreta y detallada. ¿La carta de derechos de los Estados Unidos incluye un derecho a la privacidad, que a su vez sirve de base para invalidar leyes que restrinjan la posibilidad de abortar? ¿Obliga la Segunda Enmienda al legislativo a permitir que los civiles lleven armas de asalto así como las llevan las bien reguladas milicias estatales? ¿Permite la CEDH el castigo corporal en la escuela? No me importa especialmente si estas disputas son «desacuerdos acerca de los derechos mismos» o «desacuerdos acerca de la interpretación de dichos derechos». Lo que me importa es que nos llevan a controversias furiosas y difíciles de manejar. Y, como casi todos los desacuerdos políticos, parece que atañen a cuestiones sobre las que todos reconocemos que necesitamos una perspectiva común en tanto que sociedad.

No hace falta añadir que los que discrepan sobre los derechos de cualquiera de estas tres formas lo hacen de buena fe. No es que algunos de nosotros estemos en posesión de *la verdad* acerca de los derechos, una verdad que nuestros oponentes, voluntaria o irracionalmente, no alcanzan a comprender porque están cegados por la ignorancia, el prejuicio o el interés. Los derechos implican cuestiones demasiado complicadas para permitir o para requerir este tipo de explicación. Se trata sencillamente de cuestiones difíciles, cuestiones sobre las que personas razonables difieren habitualmente. Son, con toda seguridad, cuestiones *importantes*, y la gente actúa propiamente con ferocidad e indignación en defensa de las respuestas que considera correctas. Pero es un error creer que cuanto más importante sea la cuestión, más directa y obvia será la respuesta.

En consecuencia, es un misterio que algunos filósofos y juristas traten a los derechos como si éstos estuvieran de algún modo más allá de toda disputa, como si pudieran ser abordados desde un plano distinto en el derecho, desde el plano solemne de los principios constitucionales, alejado del vocerío de los Parlamentos y la controversia política y de desacreditados procedimientos como el del voto. Un misterio que encontramos, por ejemplo, en la teoría de los derechos como «cartas de triunfo» de Ronald DWORKIN²¹. Si decimos que la función de los derechos es imponerse como un «triunfo» sobre las decisiones mayoritarias, deberíamos ser conscientes por nuestra parte de que las personas discrepan acerca de qué derechos tenemos, y deberíamos generar alguna base que permita superar dichos desacuerdos y que nos permita contar así con algo determinado que sea susceptible de imponerse como triunfo. No podemos jugar nuestras cartas de triunfo si estamos en desacuerdo sobre cuáles son los palos de la baraja. Y si lo hacemos, estaremos expuestos a lo que considero el incontestable

²¹ Véase DWORKIN, 1977.

cinismo de Thomas HOBBS expresado en la máxima que abre este libro: el que las personas exijan que su teoría de los derechos sea tratada como la que debe prevalecer frente a las demás es «tan intolerable en la sociedad de los hombres, como en los juegos de naipes sería, tras determinarse el triunfo, utilizar como tal en toda ocasión el palo del cual se tienen más cartas en la mano»²².

Lo mismo podría decirse de frases hechas como «la tiranía de la mayoría». El temor manifestado más habitualmente hacia la autoridad legislativa irrestricta es que las minorías o los individuos pueden estar oprimidos a manos de una mayoría. Éste es un peligro grave cuando los votos de aquellos que componen las diferentes facciones representan nada más que los intereses particulares o la satisfacción de los votantes. Sobre este supuesto, permitir que una mayoría se imponga equivale a permitir que se sacrifiquen los intereses de la minoría frente a los del grupo más grande. Pero no es necesario que ocurra algo así entre la mayoría y las minorías si suponemos que los miembros de la sociedad se comportan de buena fe en cuestiones controvertidas sobre derechos, puesto que bajo este supuesto un voto puede representar, no ya un interés individual, sino una opinión individual acerca de una cuestión de interés común. Lo que debemos recordar aquí es que no hay tiranía en ningún sentido por el mero hecho de que *mi opinión* no esté recogida en una ley de la comunidad a la que pertenezco. Si la opinión recogida en una ley toma debidamente en consideración mis intereses, junto con los de los demás, el hecho de que no sea *mi* opinión la que prevalece no supone en sí mismo una amenaza para mi libertad o mi bienestar.

Por supuesto, dado que hay un desacuerdo entre mi opinión y aquella respaldada por la mayoría, *yo* pensaré que no se han tenido en cuenta adecuadamente todos los intereses o que el bien general no ha sido correctamente percibido. Y *puedo* pensar consecuentemente que mis intereses se encuentran seriamente amenazados. Pero, de nuevo, debemos recordar que mis intereses no tienen por qué ser objeto de desacuerdo. Si todas las partes acuden a la decisión comprometidas con el bien público, las cuestiones sobre las que discrepen no necesariamente reflejarán diversos niveles de preocupación por sus propios y respectivos autointereses. Es cierto que A puede disentir con B y C acerca de cuál es la consideración adecuada que deben tener los intereses de A; pero A puede también disentir con B y C acerca de cuál es la consideración adecuada que deben tener los intereses de B. Puede considerar que B y C, la mayoría, infravaloran la importancia de algún interés que ellos comparten pero del que él carece²³.

²² HOBBS (1651), 2003: cap. V, 68.

²³ Puede ayudarnos un ejemplo. Es notorio que muchas mujeres disienten de la posición feminista sobre la igualdad y la independencia entre géneros, y que algunos hombres en cambio

Aunque el punto más importante es el siguiente. Incluso si la cuestión sobre la que A (la minoría) disiente con B y C es el nivel adecuado de debido respeto al interés de A, no hay ninguna razón para tomarse más en serio el punto de vista de A sobre la materia o pensar que éste será más probablemente correcto que la opinión compartida por B y C, actuando todos ellos de buena fe. Con toda seguridad, la mayoría no ha de tener la razón necesariamente, pero cuando se refiere a una cuestión que concierne a los derechos de las minorías tampoco tiene que estar necesariamente equivocada.

Presupongo que nadie sostiene que un individuo tiene un derecho sólo porque dicho individuo así lo piense. Aceptado esto, debemos ser muy cautelosos en nuestro análisis de las controversias morales y políticas a la hora de distinguir entre los derechos individuales o los derechos de las minorías que son objeto de desacuerdo y las opiniones de un individuo o de una minoría acerca de sus propios derechos o de los derechos de los demás. Si trazamos esta distinción, veremos que no existe ningún argumento basado en derechos que permita que las opiniones de la *minoría* prevalezcan sobre las de la mayoría, si bien las opiniones de la minoría (o las de la mayoría) bien pueden servir para que prevalezcan ciertos *intereses* de dicha minoría. En consecuencia, no hay conexión necesaria entre las decisiones de la mayoría en materia de derechos y la tiranía de la mayoría.

Todo esto parte del presupuesto de que la gente, cuando se pronuncia sobre cuestiones controvertidas de justicia y derechos, ocasionalmente o a menudo vota según sus opiniones reflexivas e imparciales. Presupone, como dije, que sus votos y opiniones no son siempre reflejo de sus propios intereses. Es verdad que la relación entre opiniones e intereses es compleja. Pero creo, no obstante, que es empíricamente cierto que los ciudadanos y los representantes votan a menudo de buena fe y sobre la base de opiniones relativamente imparciales sobre la justicia, los derechos y el bien común. También creo que a menudo nuestras razones para dudar de esto no gozan de buena prensa. Existe la tentación de decir: «estas personas discrepan conmigo y con mis amigos, así que *deben* estar votando de acuerdo a su autointerés», como si ésta fuera la única explicación posible. Sucumbir a dicha tentación,

están de acuerdo con ella. Supongamos que aquellos, del sexo que sean, que simpatizan con la posición feminista se encuentran en una posición minoritaria. Entonces, algunos miembros de la minoría (los hombres «feministas») pueden describir el desacuerdo diciendo que hay personas en el grupo mayoritario (mujeres no feministas) que no prestan la debida o suficiente consideración a su propio interés en la libertad y el bienestar.

De igual modo, la acción afirmativa en los Estados Unidos ha sido criticada por algunos de aquellos cuyos intereses trata de promover, y apoyada por muchos de aquellos cuyas ventajas no equitativas tratan de compensar o de remediar. Así, si una mayoría decide que los derechos de las minorías raciales no generan un derecho a la acción afirmativa, no estamos en situación de asumir que *ésta* es la propia mayoría cuyas acciones e intereses trataban de ser limitadas por los derechos de las minorías en cuestión.

en mi opinión, es algo particularmente vergonzoso en el caso del teórico de los derechos, puesto que la idea de derechos implica esencialmente el que las personas sean agentes morales a los que se les puede confiar la responsabilidad de dirigir sus propias vidas y de percibir los límites adecuados sobre su propia libertad de acción para respetar los esfuerzos similares de los demás. Como sostendré en los capítulos X y XI, no es posible que los teóricos de los derechos se refieran a nosotros como individuos autónomos, rectos y responsables cuando describen nuestra necesidad de protección contra las mayorías, a la vez que describen como predadores hobbesianos e irresponsables a los miembros de tales mayorías contra cuya tiranía necesitamos dicha protección. No pueden sostener ambas cosas a la vez.

En todo caso, procederé en este libro bajo la presuposición de que las personas votan, con mayor o menor regularidad, según sus opiniones reflexivas e imparciales. No se trata de una verdad invariable, pero una teoría normativa del derecho y de la política debe tener alguna aspiración, y ésta es la que yo asumo. Presupondré que, a fin de que el derecho reclame autoridad en aquellos puntos en los que en mi opinión puede y debe reclamarla, los que participen en su creación deben hacer todo lo posible para ocuparse de buena fe de las cuestiones sobre las que, como ellos saben, están en desacuerdo con los demás. Si lo hicieran de otro modo, deberíamos replantearnos la autoridad de la legislación y su relación con la existencia de los desacuerdos. Y si actúan con una motivación mixta, votando unas veces según sus propios intereses, otras veces de acuerdo a sus opiniones, y aun otras mezclando ambas motivaciones, entonces deberíamos reconocer el hecho de que nos encontramos ante una situación mixta e indeterminada por lo que respecta a la legitimidad y a la autoridad. Esto no debería sorprendernos, por supuesto. Lo que hacemos es construir modelos normativos, y su función es iluminar la complejidad, no esconderla²⁴.

Casi toda la Tercera Parte de este libro (los capítulos X a XIII) está dedicada al análisis de los derechos constitucionales y a prácticas como el control judicial de constitucionalidad de las leyes. Los lectores percibirán rápidamente mi oposición al modelo estadounidense del control de constitucionalidad. Cuando los ciudadanos o sus representantes discrepan acerca de qué derechos tenemos o qué se desprende de tales derechos, la afirmación de que dicha discrepancia no puede ser superada mediante procedimientos mayoritarios, sino que debe asignarse la determinación final de la misma a un pequeño grupo de jueces, parece casi un insulto. Resulta especialmente insultante cuando descubrimos que los jueces discrepan entre sí exactamente sobre los mismos puntos sobre los que lo hacen los ciudadanos y sus repre-

²⁴ Discutiré este punto en el apartado 6 del cap. XIII.

sentantes, y que los jueces en la sala del tribunal también toman sus decisiones mediante el voto de la mayoría. Los ciudadanos podrían pensar que si los desacuerdos sobre estas cuestiones van a ser zanjados mediante un recuento de votos, entonces son sus votos o los de sus representantes, que deben rendirles cuentas, los que deberían ser contados.

Los desacuerdos acerca de cuestiones de principio, como he señalado, son la regla general en la política, y no la excepción. Se sigue de ahí que aquellos que valoran la participación política popular no deberían dejar de hacerlo cuando traspasan el umbral de los desacuerdos sobre los derechos. Si lo hicieran, en mi opinión estarían traicionando el espíritu de las personas que lucharon por la democracia y el sufragio universal. Los trabajadores que desafiaron las cargas de la caballería en Peterloo en 1819, las mujeres que se encadenaron a las verjas de la Casa Blanca o se arrojaron bajo los cascos del caballo del rey en Epsom en las campañas por el sufragio en el cambio de siglo, los afroamericanos que enfrentaron las porras, los perros policía, las mangueras de incendio y cosas peores en el Movimiento por los Derechos Civiles durante las décadas de los cincuenta y sesenta hicieron todas estas cosas para tener voz en las cuestiones políticas de principio que dividían a su comunidad. No las hicieron simplemente para conseguir un voto sobre cuestiones intersticiales de la política que no tuvieran una dimensión moral apremiante. Lucharon por sus derechos políticos porque creían que las controversias sobre el orden fundamental de su sociedad —la regulación de la jornada laboral y del empleo en la fábrica, el derecho de propiedad, la libertad de expresión, las prerrogativas de la policía, la regulación del consumo de bebidas alcohólicas, la reforma de las campañas electorales— eran controversias en cuya solución ellos debían participar, respetuosamente y en pie de igualdad, porque *ellos* iban a ser los afectados por el resultado. Es más, no lucharon por el derecho de voto presuponiendo que iban a ponerse *de acuerdo* precisamente sobre las cuestiones por las que querían tal derecho. Todos los que participaron en estos movimientos eran plenamente conscientes de que algunos de los que les acompañaban en sus manifestaciones pensaban que sus opiniones políticas sobre cuestiones sustantivas eran erróneas. Pero de todos modos lucharon por su voto sobre la base de que la existencia de tales desacuerdos sobre principios era la esencia de la política, y no algo que debía ser considerado un motivo para desviar las importantes cuestiones sobre las que ellos discrepaban a otro foro, uno que privilegiara las opiniones y los objetivos de unos pocos.

Queda claro que albergo fuertes sentimientos sobre estas cuestiones, especialmente apremiantes con respecto al Reino Unido, donde la reforma constitucional se encuentra ahora sin ninguna duda en la agenda política y donde es muy posible que se instituya una carta de

derechos (tal vez por la incorporación del CEDH al derecho local), junto con algo parecido al modelo americano de control de constitucionalidad de las leyes. Estas cuestiones son mucho menos acuciantes en los Estados Unidos, donde, para bien o para mal, la práctica del control de constitucionalidad está fuertemente asentada. Aunque han surgido recelos sobre dicha práctica desde su comienzo²⁵, y aunque se desarrolla un debate continuo sobre cómo debe ser interpretada, resulta bastante claro que no va a ser abandonada por más argumentos filosóficos que generemos sobre la democracia, sobre el desacuerdo o sobre cualquier otra cosa. En la medida en que mis comentarios sobre los derechos y sobre el control de constitucionalidad poseen una dimensión política, mi intención es que sean escuchados, entonces, en el debate británico, sin ofender el orgullo o la sensibilidad constitucional estadounidense.

Pero la política práctica de los derechos importa mucho menos en un libro de este tipo que nuestra consideración filosófica de las cuestiones en juego²⁶. Si debe haber control judicial de constitucionalidad de las leyes en nombre de los derechos individuales, deberíamos comprender entonces los tres elementos que lo componen —los derechos, los tribunales y las leyes— de un modo que se respeten las condiciones del desacuerdo que se hallan en el corazón de nuestra política. Los derechos implican cuestiones urgentes sobre las que estamos en desacuerdo. Las leyes son el producto de un complejo proceso deliberativo que toma en serio el desacuerdo, y tienen pretensión de autoridad, sin intentar ocultar por ello la controversia y la división que envuelve su aprobación. Los tribunales son también un foro de toma de decisiones sociales en un contexto de desacuerdo, y aunque poseen algunas ventajas, no son necesariamente los más representativos o los más respetuosos de las voces en disputa de la comunidad. Creo que comprenderemos mejor el derecho y el constitucionalismo si somos conscientes de todo ello, que si levantamos una teoría de la justicia y una filosofía política sobre la presuposición de que, en último término, se espera que los miembros de una sociedad bien ordenada estén de acuerdo sobre todas las cuestiones importantes de principio.

²⁵ Véase, por ejemplo, LINCOLN, 1991b: 57-59. El fragmento está citado en la nota 27 del cap. XII de este libro. Véase también HAND, 1958 y 1952.

²⁶ En otras palabras, este libro no debe ser leído como una propuesta política o constitucional. En su lugar, es un intento de mejorar nuestra comprensión de las cuestiones en conflicto en diversas prácticas, instituciones y propuestas.

PRIMERA PARTE

**UNA TEORÍA JURÍDICA
DE LA LEGISLACIÓN**

CAPÍTULO II

LOS PARLAMENTOS EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

1. UN CONSEJO PARA LEGISLADORES

Al final del capítulo I dije que la concepción moderna del control judicial de constitucionalidad posee tres elementos: los derechos, los tribunales y los Parlamentos. De estos tres elementos, es el tercero, el Parlamento, el que ha recibido una menor atención por parte de los filósofos del derecho. Existen muchas teorías normativas de los derechos y se ha avanzado bastante en la discusión sobre la toma de decisiones judiciales, pero contamos con muy pocos trabajos filosóficos relativos a los Parlamentos.

Nótese que hablo de «Parlamentos» y no de «legislación». Hay una larga tradición de teoría normativa de la *legislación* en la filosofía política, una tradición de analizar lo que distingue las buenas de las malas leyes, de intentar determinar los límites de la legislación (de saber cuáles son los asuntos de los que deben ocuparse los Parlamentos y cuáles son las leyes que deben dejarse en manos de la moral positiva) y de describir el tipo de cosas que debemos tener en cuenta cuando nos aventuramos en el proceso de creación legislativa¹. Claude-Adrien HELVETIUS dijo en 1759 que «para que los filósofos sean de utilidad para el mundo, deberían examinar los objetos desde el mismo punto de vista que el legislador», agregando que «la moral, evidentemente,

¹ Para un ejemplo de este tipo de trabajos, véase WINSTON, 1983.

no es más que una ciencia frívola, a menos que se la combine con una legislación y unas políticas determinadas»². Jeremy BENTHAM en *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* es quizás el ejemplo más conocido de un filósofo que se ha tomado muy en serio este consejo. Y a finales del siglo xx aún resuena el desafío de HELVETIUS; de hecho captura el espíritu de lo que en algunas ocasiones ha sido llamado filosofía política «práctica» (la encarnada, por ejemplo, por el movimiento contemporáneo del «*Philosophy and Public Affairs*»)³. Es cierto que buena parte de lo que se ha escrito en la filosofía contemporánea acerca de la teoría de la justicia, en particular sobre la justicia social o sobre la justicia en relación con bienes sociales y económicos, versa de hecho sobre la legislación. En la teoría de John RAWLS, por ejemplo, aunque el primer principio de la justicia como equidad (igual libertad) se atribuye a la constitución de una sociedad bien ordenada y a sus tribunales de justicia, la aplicación del segundo principio (igualdad de oportunidades junto con el principio de la diferencia) es considerada una competencia típica del Parlamento⁴. Y dado que toda su concepción se orienta a la estructura básica de la sociedad más que a las acciones individuales, podría suponerse que los legisladores deben ser considerados los destinatarios primarios del trabajo de RAWLS, al menos por lo que respecta a la aplicación práctica de su pensamiento normativo sobre la justicia social.

La mayor parte de este trabajo puede entenderse como un consejo filosófico dirigido al Parlamento. De hecho, solemos escribir como si nos dirigiésemos a un miembro del Parlamento:

Dado que es usted quien legisla, debe tomar en consideración los valores morales y principios relevantes para los asuntos de los que se ocupa. Además debe hacerlo con una cierta sistematicidad, y no desordenadamente. Helos aquí, entonces, expuestos de una manera clara y científica, con definiciones lúcidas, argumentos válidos y prioridades ordenadas.

Trazamos para él un esquema de valores y principios, claramente establecido, rigurosamente ordenado y defendido mediante varios modelos teóricos. Por supuesto que lo que le ofrecemos es todo un desafío para los estándares políticos. El legislador está acostumbrado a pensar en términos de tarifas fiscales y de propuestas de mayores garantías laborales, y nosotros le damos a cambio el principio de la diferencia y la posición originaria y la idea de la conexión en cadena. Y además creemos que estamos realizando un servicio público al mostrarle al legislador cómo debe ser una teoría de la justicia filosóficamente rigurosa.

² Citado en POSTEMA, 1986: 263.

³ Véase WALDRON, 1995a: esp. 164-171.

⁴ Véase RAWLS, 1971: 198 ss.

Desde el punto de vista del legislador, sin embargo, lo más llamativo de este consejo no es el rigor analítico de lo que el filósofo sostiene, sino el hecho de que es probable que la recomendación de un filósofo cualquiera esté en conflicto con las facilitadas por los demás filósofos. Un filósofo puede afirmar, siguiendo a RAWLS, que la justicia consiste en la igualdad, entendida en términos del principio de la diferencia, pero otros dirán que la justicia nos exige prestar una atención minuciosa a los aspectos relativos al merecimiento moral. Algunos intentarán convencer al legislador de que la justicia no es tan importante como los valores asociados a la comunidad; otros desplegarán una recursiva teoría *lockeana* de los derechos históricos, y aun otros sostendrán que la idea misma de justicia social se basa en una profunda confusión acerca del papel adecuado que debe jugar el derecho en una sociedad libre. Y pronto le parecerá estar ante una controversia ya conocida. Aunque nuestro legislador se mostrará sin duda impresionado por el rigor esotérico con el que los filósofos exponen sus argumentos, tras escucharlos largamente acabará por reconocer en ellos las mismas concepciones que de hecho compiten ya en la política y con las que está perfectamente familiarizado: las concepciones liberales, las conservadoras, las neocomunitaristas, las de libre mercado y otras muchas. Así que responderá pacientemente a sus consejeros filosóficos diciéndoles que la política tiene mucho más que ver con cuál de estas concepciones es la que se impone finalmente a las demás que con los detalles abstractos y analíticos de una formulación precisa.

Es poco probable que el filósofo abandone aquí el asunto. Le dirá al legislador que él ya era consciente, desde luego, de la existencia de diversas concepciones filosóficas rivales de la justicia (y de que dichas concepciones son sólo variantes un poco más elaboradas de las perspectivas que compiten en el mercado político). Pero añadirá que está convencido de que él, el filósofo, puede aportar excelentes argumentos para rechazar las demás teorías filosóficas y, *a fortiori*, sus equivalentes políticas. Y es posible que pueda hacerlo. En cualquier caso, todos los filósofos que podemos imaginar clamando por la atención del legislador expondrán no sólo su propia visión de la justicia social, sino también una elaborada explicación de por qué las concepciones alternativas están equivocadas. HELVETIUS dijo que el filósofo debía orientar su trabajo hacia la legislación. Los filósofos que ahora estamos imaginando seguramente pensarán que la manera apropiada de hacerlo es identificando *en primer lugar* cuál de las teorías de la justicia en disputa es la correcta desde un punto de vista filosófico, para luego ofrecer *esa teoría* al legislador de modo que le pueda ser útil. Y aunque es poco probable que exista algún tipo de consenso incluso en este nivel, todo filósofo comprenderá lo que están haciendo los demás: cada uno intenta convencer al legislador de que confíe en *su* criterio de identificación de la correcta teoría filosófica de la justicia.

Ahora, si el legislador aún no ha perdido la paciencia por completo con este ejercicio, puede responder al filósofo:

Sus esfuerzos para facilitar una exposición rigurosa de su concepción de la justicia, y para defenderla de los ataques de otras concepciones, son sin duda loables. Pero quizás se halle en un error acerca de cómo funciona el poder legislativo. Nosotros no esperamos que los desacuerdos sobre la justicia social se resuelvan *fuera* del Parlamento antes de iniciar nuestro cometido. Por el contrario, cumplimos con nuestro trabajo *internalizando* estos desacuerdos, reflejándolos en la estructura institucional de nuestra asamblea (mediante arreglos tales como separar los escaños del gobierno y los escaños de la oposición, el sistema de partidos mayoritarios y minoritarios, los debates, las reglas de procedimiento, la disciplina de voto y los controles de asistencia), e incluso haciéndolos parte del propio proceso legislativo. El poder legislativo contemporáneo no va en busca de consejo filosófico individual, sino que consiste en una asamblea de los representantes de los principales puntos de vista en conflicto en la sociedad, y conduce sus deliberaciones y toma sus decisiones en el marco del conflicto y la controversia sobre los mismos.

Esta respuesta irritará sin duda al filósofo, pero de hecho es crucial para la filosofía del derecho y la filosofía política. En el mundo contemporáneo el poder legislativo casi siempre reside en grandes asambleas. Se estructuran de un modo tal que representan (o pretenden representar) los desacuerdos más serios y sustantivos que existen en la sociedad respecto de la manera en la que esta sociedad debe ser organizada. Y toman sus decisiones en el fragor de tales desacuerdos, sin alcanzar lo que se pretende que sea una conclusión definitiva sobre cuál de las posiciones rivales es la correcta, sino determinando únicamente qué posición gozará en ese momento de un mayor apoyo entre sus miembros.

Compárese un Parlamento con un tribunal. Un tribunal también está estructurado de tal manera que permite que las concepciones rivales estén representadas: se trata de una institución adversarial. La distinción radica en la diferenciación, presente en nuestros tribunales, entre las partes del proceso y aquel que toma la decisión (el juez). Las partes presentan sus alegatos de una manera adversarial. Cada una intenta demostrar que la otra está equivocada. El juez escucha dichos alegatos, luego se retira y reflexiona sobre ellos, regresando con un veredicto que se supone que representa una respuesta imparcial a las peticiones contradictorias que ha recibido. Ahora bien, en ocasiones también se celebran comparecencias públicas en los Parlamentos. La diferencia en ese caso es que, no importa cuán prudente sea su comportamiento, una comisión parlamentaria nunca intenta esconder el hecho de que sus miembros son parte implicada en el asunto, igual que lo son los individuos que comparecen ante ellos. Mientras

que las partes de un litigio tienen derecho a esperar que el juez sea imparcial, no puede haber ningún malentendido por parte de aquellos que comparecen ante una comisión parlamentaria acerca de los compromisos y los puntos de vista parciales de los miembros de dicha comisión. Y cuando tanto la comisión como el pleno de la asamblea legislativa toman sus decisiones, lo hacen sobre una base explícitamente partidista, esto es, sobre la base de perspectivas abiertamente opuestas y ante el desacuerdo de sus miembros respecto de los asuntos que se tratan. Los tribunales de justicia colegiados, como la Corte Suprema de los Estados Unidos, quizás se acerquen a esta imagen en el sentido de que a menudo es «bien sabido» de antemano cómo votarán algunos de los jueces en un asunto especialmente controvertido. Pero el que esto deba ser así no forma parte de la propia imagen que la corte tiene de sí misma, mientras que *sí* forma parte de la que el poder legislativo tiene de sí mismo.

Podemos decir entonces que los Parlamentos incorporan los desacuerdos en sus propios procedimientos, y toman sus decisiones en este marco. Crean derecho sobre la base de las convicciones y los votos explícitamente partidistas de sus miembros. ¿Es significativo este hecho institucional o estructural para la teoría del derecho? ¿Es significativo para la autoridad que la legislación pretende o debe pretender tener? ¿Debería afectar a la buena disposición del ciudadano para obedecer una ley aprobada con la que discrepa? ¿Es significativo para el estatus y la dignidad que una ley tiene o debe tener en relación con otras fuentes del derecho? ¿Influye en la manera en que la legislación debe ser interpretada? Son éstas las preguntas que en mi opinión han sido ignoradas por la filosofía del derecho contemporánea, y de las que me ocuparé en los capítulos II a VI de este libro.

2. TRES CUESTIONES

Las características estructurales que me interesan de los Parlamentos son su tamaño, su diversidad y los desacuerdos, junto con los arreglos institucionales que enmarcan el proceso de toma de decisiones en este contexto (la organización de partidos, la estructura deliberativa, el debate formal, las reglas de procedimiento y las votaciones). Quisiera indagar acerca de las implicaciones que tienen todas estas estructuras y arreglos sobre las cuestiones relacionadas con la naturaleza del derecho, el fundamento para su autoridad y las exigencias de la interpretación. Hay tres áreas especialmente problemáticas en las que la atención a las características estructurales distintivas del poder legislativo contemporáneo podrían ser importantes: la *textualidad*, la *intencionalidad* y el *voto*.

a) *Textualidad*. La teoría del derecho contemporánea siente fascinación por la cualidad textual del derecho⁵, debido a que las cuestiones jurídicas más complejas pueden a menudo ser descritas como problemas acerca del significado de las palabras. La legislación se presenta como derecho escrito, y con frecuencia los problemas sobre su significado parten de la idea del sentido literal de la ley. De hecho, dudo que ésta sea una idea asociada sólo con la legislación. Las costumbres tienen también su «sentido literal», como muestra su presencia en algunos muy trillados y casi mágicos refranes⁶. Pero la legislación es, según la teoría del derecho contemporánea, la forma legal en donde es más prominente el énfasis en las palabras mismas, la *ipsissima verba*. Una ley consiste en una determinada fórmula de palabras aprobada, y el problema de interpretarla y aplicarla no es más que el problema semántico de poner en relación una fórmula de palabras con personas, objetos y eventos del mundo.

P. S. ATIYAH y Robert SUMMERS han señalado que podemos imaginar un sistema jurídico sin arreglo a «ninguna consideración particular a la forma verbal en que los textos legislativos son expresados, tratando las leyes como el sistema de *common law* trata los casos»⁷. Sin embargo, ésta no es la forma en que de hecho tratamos las leyes, y debe haber alguna razón para ello⁸. No basta con decir que el Parlamento es una fuente de derecho dotada de autoridad, y que ésa es la razón por la que debe ser respetada su *ipsissima verba*, puesto que no nos comportamos con todas las autoridades de este modo, estando pendientes, por así decirlo, de cada una de sus palabras. Sospecho que la respuesta tiene que ver con el tipo de institución que es un Parlamento: un gran encuentro de individuos diversos que tienen el propósito de actuar colectivamente en nombre de toda la comunidad, pero que nunca pueden estar completamente seguros de qué es lo que finalmente han acordado en tanto que órgano colectivo, como no sea haciendo referencia a la formulación lingüística que tienen delante. Más tarde, en el capítulo IV, desarrollaré este argumento.

b) *Intención legislativa*. Una teoría de la estructura legislativa debe arrojar alguna luz sobre la compleja cuestión de la «intención legislativa», y en particular sobre la pregunta de si es apropiado acudir

⁵ «Un estado de Derecho debe predicarse de un conjunto de palabras; nunca puede ser predicado de un mero conjunto de ideas desnudas. Sólo de las palabras puede decirse que sean vinculantes; porque sólo las palabras pueden producirse con certeza cuando llega el momento de que todo individuo esté vinculado». Jeremy BENTHAM, citado por POSTEMA, 1986: 291.

⁶ Véase KELLEY, 1990: 11-12.

⁷ ATIYAH y SUMMERS, 1987: 97.

⁸ Y mi sospecha es que esta razón puede darnos algunas claves importantes sobre cómo aproximarnos a la tarea de la interpretación de las leyes. Después de todo, el problema de cómo interpretar un conjunto dado de palabras debe enmarcarse en una idea más general de por qué nos obsesionamos exactamente con *esa fórmula de palabras*.

a la historia legislativa a fin de determinar la intención del legislador. Sin duda alguna, el que sea posible o deseable recurrir a la intención legislativa en el proceso interpretativo de una ley depende también en gran medida del tipo de institución que es el Parlamento y de la manera en que actúa cuando desempeña su función de creación legislativa. Una teoría que tome seriamente en cuenta el tamaño y la diversidad de los órganos colectivos que en la práctica aprueban las leyes en el mundo contemporáneo debe tener ventajas considerables a este respecto frente a otra que presuponga, aunque sea con propósitos filosóficos, que un solo individuo también puede estar investido de autoridad legislativa.

No cabe duda de que las consideraciones empíricas también son relevantes a este respecto. ¿Qué evidencias acerca de las intenciones compartidas por los legisladores surgen de los diarios de sesiones y de otras fuentes similares? ¿Hasta qué punto los legisladores obran de acuerdo a intenciones compartidas cuando legislan? Siendo realistas, ¿las intenciones de quiénes son las privilegiadas cuando se recurre a la intención legislativa? ¿Las de qué legislador? ¿Las de qué subgrupos? ¿Las de expertos internos con mayor información? ¿Las de los principiantes? ¿Las de los legisladores marginados? ¿Las de los partidos minoritarios? Estas cuestiones empíricas son ciertamente importantes. Al mismo tiempo, necesitamos enmarcar la investigación empírica en una conceptualización más teórica del proceso de creación del derecho por parte de un órgano amplio y diverso, y de aquello en lo que consiste supuestamente su autoridad. Analizaré este punto en el capítulo VI, aunque se puede encontrar una discusión preliminar al final del apartado 4 de este capítulo⁹.

c) *Votaciones*. Las leyes se aprueban mediante votaciones, y éstas gozan de mala reputación en la filosofía del derecho¹⁰. Parece muy poco juicioso llevar a cabo un recuento de manos alzadas y permitir que un único voto de margen termine por decidir determinados asuntos, cuando lo que está en juego es una importante cuestión de principios o alguna cuestión compleja de políticas concretas. Ello contrasta con los elaborados procesos deliberativos que siguen los tribunales, donde los fundamentos y las razones para una decisión se incorporan en el argumento que aparece finalmente en una sentencia escrita. A menudo esta diferencia sirve para justificar el control de constitucionalidad en los Estados Unidos, así como para dar argumentos en favor de una reforma constitucional que convierta la legislación en objeto del control judicial de constitucionalidad en el Reino Unido y en otros lugares.

⁹ Véanse las notas 52 a 58 de este capítulo y el texto que las acompaña.

¹⁰ Véase el análisis en POSTEMA, 1986: 15-16. Véase también el cap. V de este libro, en particular el apartado 1.

También es cierto que, por lo general, este argumento se presenta sin prestar mucha atención al comportamiento real de los tribunales. Alguien preocupado por las votaciones también debería estarlo por el hecho de que el voto de cinco magistrados prevalezca sobre el de otros cuatro en la Corte Suprema de los Estados Unidos, con independencia de la calidad de los argumentos escritos que sus letrados hayan aportado. En efecto, parece plausible pensar que es necesario adoptar un procedimiento de votación en *toda* institución que comprenda a más de una persona y que intente zanjar los desacuerdos sobre cuáles deben ser las políticas concretas de la comunidad o sobre a qué principios debe adherirse dicha comunidad.

Y una teoría de la estructura legislativa tiene mucho que ofrecer a este respecto. Al poner el acento en la composición del Parlamento, teniendo en cuenta que los Parlamentos contemporáneos comprenden a un amplio número de personas que discrepan acerca de lo que es bueno para la comunidad, dicha teoría puede presentar el hecho de que las leyes se aprueban mediante una votación como una cuestión de equidad y no como un problema moral o filosófico. Una asamblea legislativa tiene la función de representar las principales facciones de la sociedad y la de elaborar leyes tomando en serio las diferencias entre ellas, en lugar de pretender minimizarlas o negar su existencia. El que un órgano de este tipo no pueda proceder normalmente sobre la base del consenso deliberativo no lo pone en apuros, sino que, al contrario, supone un tributo a este enfoque concreto de la creación legislativa: la idea es que podremos crear así nuestras leyes con pleno reconocimiento de nuestros desacuerdos, y no tratando de esquivarlos¹¹. Al mismo tiempo, al destacar que también los órganos deliberativos tienen que votar cuando sus miembros están en desacuerdo, puede rechazarse la presunción de que los órganos que toman sus decisiones mediante una votación no pueden ser deliberativos. Desarrollaré este argumento con mayor detalle en el capítulo V.

Hay otras cuestiones teóricas acerca de la legislación para las que no resultan tan relevantes las consideraciones estructurales que he señalado. Entre ellas se encuentran algunas cuestiones relativas a la obsolescencia de las leyes y otras sobre el modo en que las administraciones públicas se encargan de articular y desarrollar detalladamente los esquemas legislativos. Sobre estos asuntos existe una literatura bastante buena y floreciente¹², aunque creo que es justo advertir que virtualmente los filósofos del derecho no han contribuido en nada a la misma. Estas discusiones suelen ser etiquetadas como «teoría jurídica»

¹¹ Compárese con SUNSTEIN, 1996, para una concepción más favorable a esquivar los desacuerdos.

¹² Véanse, *i. e.*, CALABRESI, 1982, y ESKRIDGE, 1994.

cuando alcanzan un nivel suficientemente alto de abstracción, pero, como dije en el capítulo I¹³, lo que realmente sucede es que los anales de la filosofía del derecho se acaban enriqueciendo más por las contribuciones de los juristas que estudian el derecho positivo que a la inversa. Si vemos lo que la teoría jurídica positivista clásica puede ofrecer por sí misma al juez, al abogado o al jurista interesado por la legislación, el resultado es pavorosamente pobre. Es cierto que existe una literatura filosófica que trata el problema general de la interpretación de las leyes, y que de alguna manera abarca los dos primeros puntos que he mencionado (la textualidad y la intencionalidad)¹⁴, si bien, con una o dos excepciones, su análisis se ha desarrollado sin hacer ninguna referencia a las características estructurales de los Parlamentos. La excepción más destacada es el análisis de la interpretación de las leyes que Ronald DWORKIN presenta en *Law's Empire*¹⁵, pero para la gran mayoría de autores sigue siendo cierto que, durante los últimos cincuenta años, la filosofía del derecho ha *tomado* mucho más de los estudios del derecho positivo de lo que ha contribuido a los mismos.

Mi objetivo en esta parte del libro consiste, en consecuencia, en comenzar a saldar esta deuda y, centrándome específicamente en la estructura legislativa, en preguntarme de qué manera la filosofía del derecho —en alianza con la teoría política— puede ayudarnos a comprender teóricamente por qué una *ley aprobada por una asamblea* debe ser seriamente considerada como fuente de derecho. Sin embargo, quisiera dedicar el resto de este capítulo a intentar comprender las razones exactas por las que la filosofía del derecho contemporánea, en especial la positivista, ha sido tan deficiente a este respecto.

3. ESTRUCTURA Y ESCEPTICISMO

Cuando digo que hemos ignorado la importancia de la estructura del poder legislativo no me refiero a que haya sido ignorada desde todas las disciplinas. En la ciencia política empírica el estudio de la actividad legislativa se agota casi por completo en el estudio del comportamiento y la interacción *internos* del Parlamento. A los politólogos nunca se les ocurriría tratar al «Parlamento» como una entidad o un actor único, o como un autor de leyes unitario. Las leyes emergen del Parlamento, pero lo interesante para los politólogos son precisamente las estructuras y los patrones de interacción e influencia internos

¹³ Véase la nota 16 del cap. I y el texto que la acompaña.

¹⁴ Véase, por ejemplo, la muy valiosa contribución a la teoría del Estado de derecho que realiza RUBIN, 1989.

¹⁵ DWORKIN, 1986: 313-354. Véase también la discusión sobre los desacuerdos, como uno de los temas de la teoría del derecho de DWORKIN, más adelante, en el cap. IX.

y externos al Parlamento que determinan el producto final unitario. Así, su *foco de atención* es el correcto, al menos por lo que respecta al objeto de este libro (la pluralidad, los desacuerdos y la estructura de la acción colectiva), pero la disposición que adoptan al estudiarlo es diferente. Las teorías y modelos que generan los politólogos empíricos, aunque estén hábilmente construidas con propósitos comparativos, explicativos y predictivos, tienen algunas limitaciones respecto de la teoría del derecho normativa.

En primer lugar, dichas teorías y modelos no se han centrado específicamente en el proceso *de creación del derecho*. Los politólogos nos recuerdan, correctamente, que la creación del derecho es sólo una de las funciones de las instituciones que denominamos Parlamentos y que, desde el punto de vista del poder político, no es necesariamente la más importante¹⁶. Es probable que el análisis que realiza un politólogo de las acciones de creación del derecho en las asambleas legislativas prosiga con el análisis de otras funciones desarrolladas por tales órganos —funciones tales como el apoyo al ejecutivo (en el Reino Unido, la selección real del ejecutivo), la expresión pública de agravios o quejas, la discusión de las políticas nacionales, los procesos de negociación presupuestaria, la ratificación de cargos políticos, etc.—. Desde un punto de vista empírico, el comportamiento de un conjunto determinado de legisladores en las sesiones dedicadas específicamente a la aprobación de una ley puede ser imposible de predecir sin comprender a la vez qué es lo que ocurre entre ellos (y entre ellos y sus electores y otros grupos diversos de interés) en otros contextos «legislativos» que no tienen en realidad nada que ver con aquella labor. El legislador A puede prometer su apoyo a la propuesta de ley de B, pero sólo a cambio, por ejemplo, del apoyo de B para bloquear un determinado nombramiento judicial. Esto contrasta con el enfoque típico de la teoría del derecho, que considera la creación legislativa como una actividad con un carácter y un sentido *sui generis*.

En segundo lugar, los politólogos quieren destacar, de nuevo muy acertadamente desde un punto de vista descriptivo y explicativo, que la capacidad de creación del derecho, aunque nominalmente resida en el Parlamento, se encuentra en realidad en algún otro lugar del sistema político. Ciertamente, esto es lo que un observador agudo debería concluir sobre el Reino Unido, cuyo «legislativo» rara vez considera seriamente una propuesta de ley que no provenga del ejecutivo y rara vez deja de aprobar una ley que el ejecutivo haya propuesto¹⁷. Aunque

¹⁶ Véase, por ejemplo, WHEARE, 1968: 1-3.

¹⁷ Por ejemplo, Samuel BEER: «Si lo tomamos como modelo de lo que sucede realmente, la imagen del Parlamento como legislador supremo [...] está gravemente distorsionada —un destino común a todo modelo—. Citado en NORTON, 1990: 74. Véanse también ATYIAH y SUMMERS, 1987: 299-306.

esto mismo puede ser menos cierto en el caso de los Estados Unidos, en donde el ejecutivo no se define precisamente por su capacidad de control sobre el Parlamento; pero aun allí existe la creencia compartida de que el ejecutivo ha pasado a ser el «espíritu agresivo» del proceso legislativo y que el Congreso se ha convertido únicamente en el lugar en el que tienen lugar «las enmiendas y los retrasos»¹⁸. Sea cierta o no, dicha conclusión probablemente tendrá menos interés para el teórico del derecho que para su colega de las ciencias políticas. Puesto que lo que para algunos politólogos es una mera ornamentación honorífica, el hecho de que el ejecutivo se asegure la aprobación parlamentaria formal de sus medidas legislativas, al teórico del derecho probablemente le parecerá un aspecto indispensable de la legitimidad y autoridad de una medida legislativa en tanto que *derecho*¹⁹.

En tercer lugar, los modelos empíricos del comportamiento legislativo tienden a ser no normativos, llegando incluso al punto del cinismo²⁰. No quiero decir que la ciencia política se burle de los legisladores como lo hace P. J. O'ROURKE²¹. Y tampoco quiero decir únicamente que tales modelos ofrezcan al legislador una guía descriptiva pobre sobre la manera en que éste debe desempeñar sus tareas, aunque esto puede ser cierto (y comprensible). Lo que quiero decir es que los modelos empíricos no presentan el proceso legislativo de una manera que sirva para mejorar nuestra comprensión normativa del derecho, no presentan la legislación de un modo particularmente útil, al menos por lo que respecta a los aspectos normativos de la filosofía del derecho (como, por ejemplo, la construcción de teorías de la interpretación). Una vez más, esto se debe en parte a que en principio los politólogos no consideran necesario distinguir, en sus explicaciones del comportamiento de los legisladores, entre la producción de una ley (que puesto que va a ser interpretada judicialmente tiene mucha importancia en

¹⁸ Así lo corrobora (aunque no lo suscriba), como una perspectiva de consenso en la ciencia política de la segunda mitad del siglo, REDMAN, 1973: 16-17. Véase también POLSBY, 1976: 131.

¹⁹ Véase también LUHMANN, 1985: 159: «La toma de decisiones legislativa no puede ser considerada el origen explicativo de la validez del significado constituido de las normas. Visto desde un ángulo causal, siempre habrá orígenes y más orígenes que la preceden y que a menudo son más importantes que ella. La ley no se origina en la pluma del legislador. La decisión del legislador [...] encuentra una multitud de proyecciones normativas entre las que él elige con mayor o menor libertad de decisión». Pero el prisma de la explicación causal no puede ser el que adopte la teoría del derecho. Como continúa diciendo LUHMANN, 1985: 160: «La función de la legislación no se encuentra en la creación o producción de derecho, sino en la selección de las normas y en atribuirles dignidad simbólica en tanto que derecho vinculante». El positivismo jurídico, como él señala, se preocupa de la «atribución» y no de la «causalidad». Agradezco a Ed RUBIN por esta referencia.

²⁰ Quizás exagere al sugerir que los politólogos son más cínicos acerca del Parlamento que los observadores casuales. Puede verse una excelente e instructiva respuesta al cinismo de los periodistas respecto de los Parlamentos realizada por un distinguido politólogo en POLSBY, 1993: 1517-1519.

²¹ O'ROURKE, 1991: 49-65 (lectura obligada, en mi opinión).

tanto que objeto de dicha interpretación, algo sobre lo que los tribunales van a reflexionar cuidadosamente a fin de cumplir con su *deber*) y la producción de un acuerdo político sobre el presupuesto, las políticas públicas o la designación de cargos (que pueden no requerir una interpretación elaborada y, por lo tanto, tampoco ninguna teoría normativa de la interpretación).

De hecho, la situación podría ser todavía peor. No se trata sólo de que los estudios del comportamiento legislativo no generen los modelos normativos (o los modelos relevantes normativamente) de la creación de derecho necesarios para la teoría jurídica (¿por qué deberían hacerlo?), sino que los modelos que sí generan por lo general son agua para el molino de la teorías filosófico-jurídicas que menosprecian y desacreditan la ley como una fuente de derecho. Volveré sobre este punto a lo largo del libro, pero quería ponerlo sobre la mesa desde un principio. Las teorías del gobierno implícitas en la filosofía del derecho estadounidense a menudo presentan una imagen muy poco atractiva de la función legislativa ordinaria, mostrándola como una mera consecución de acuerdos, intercambio de favores, satisfacción de intereses, apropiación de una parte del presupuesto para la financiación de partidos, concesiones estratégicas mutuas y ciclos de ARROW; la presentan, de hecho, como cualquier cosa que no sea una toma de decisiones políticas basada en principios. Los juristas se inspiran en el trabajo de los teóricos de los grupos de interés en la ciencia política, teóricos que consideran los resultados legislativos simplemente como una consecución de acuerdos negociados entre los representantes de intereses privados más o menos poderosos, así que una norma jurídica posee más bien poca dignidad y autoridad inherentes. Sostienen, por ejemplo, que al interpretar las leyes «los tribunales no hacen valer la ley moral ni imponen los ideales de neutralidad, justicia o equidad; sino que hacen valer los acuerdos alcanzados entre grupos de interés efectivos y legisladores anteriores»²². Otros, desde la teoría de la elección pública, convencidos por los teoremas de CONDORCET y de ARROW acerca de la posible incoherencia de las decisiones colectivas, van más allá. Un órgano amplio de decisión como es un Parlamento, que toma sus decisiones mediante el voto, puede no tener suficiente racionalidad colectiva para alcanzar un acuerdo estable, y no digamos ya para articular el interés público. Lo que surge del proceso legislativo puede depender de quién controla la agenda o, más arbitrariamente aún, de dónde aparezca de pronto una «decisión» en un ciclo de votación²³.

No me embarcaré ahora en un análisis extenso de la literatura contemporánea sobre la elección pública. Vale la pena observar, no

²² LANDES y POSNER, 1975: 894.

²³ Véase, por ejemplo, RIKER y WEINGAST, 1988: 373.

obstante, que los enfoques cínicos a los que me acabo de referir se encuentran con réplicas cada vez más sólidas, en la medida en que los juristas que se autocalifican de «republicanos cívicos» ponen un acento normativo en el papel de la virtud y la deliberación en la vida pública, mientras que algunos observadores escrupulosos hacen balance del fracaso de los Parlamentos al exhibir realmente la arbitrariedad e inestabilidad que predicen los resultados de ARROW y CONDORCET²⁴. Ambos desarrollos se acercan al enfoque que quiero adoptar. Aun así, es importante tener presente, primero, que muchos republicanos se mantienen escépticos respecto de las perspectivas de la deliberación cívica virtuosa *en los Parlamentos* (en oposición a la que se desarrolla en las cafeterías, los tribunales o las revistas de derecho)²⁵ y, segundo, que un enfoque renovado sobre el modo en que los legisladores deliberan acerca del interés público (distinto a los intereses especiales o a los suyos propios en la reelección) no ha hecho mucho por acabar con el entusiasmo estratégico, compartido ahora por juristas y filósofos, hacia el control de constitucionalidad de leyes que consideran moral o políticamente desagradables²⁶. Incluso aunque nos guste pensar que algunos de nuestros legisladores están comprometidos con lo público, no hemos desarrollado una teoría de los productos legislativos que les confiera el tipo de dignidad y vigencia en la comunidad política que asociamos en cambio al producto final de un proceso judicial.

Algunos han sugerido incluso que el modelo de legislación utilizado por la filosofía del derecho constitucional es valorado por los juristas no tanto por su verosimilitud descriptiva como por la credibilidad que otorga a la práctica del control judicial de constitucionalidad de las leyes al silenciar los problemas asociados a la «objeción contra-mayoritaria» que a veces se dirige contra el control judicial de constitucionalidad²⁷. Si, de todas maneras, el proceso legislativo es un desorden que no merece ningún tipo de crédito público, nadie debería entonces preocuparse de que los juristas menosprecien los productos de tal desorden y de que los tribunales los revisen y acaben por tumbarlos. Los politólogos lo saben mejor que nadie, por supuesto. A diferencia de los profesores de derecho, tienen la gentileza de hacer compatible un modelo cínico de legislación con un modelo igualmente cínico de las decisiones judiciales de la Corte Suprema y de las apelaciones y recursos ante ella. Si los legisladores persiguen sus propios intereses sin importarles cuál es su deber, ¿qué es lo que persiguen

²⁴ FARBER y FRICKEY, 1991, proporcionan una revisión general útil y actualizada de este punto.

²⁵ Por ejemplo, véase MICHELMAN, 1988.

²⁶ Cfr. GUTMANN y THOMPSON, 1996.

²⁷ Véase, por ejemplo, UNGER, 1996, y la discusión en el apartado 4 del cap. I. Véase también WALDRON, 1998. La expresión «objeción contra-mayoritaria» está tomada de BICKEL, 1986: 16.

los jueces?²⁸ Si el voto puede producir ciclos de ARROW entre los legisladores, ¿no podría producirlos también entre los miembros de una corte de apelaciones?²⁹ Aun cuando respalden el control judicial de constitucionalidad, la mayoría de los politólogos no basan su apoyo en una asimetría en las motivaciones que adscriben, respectivamente, a jueces y legisladores³⁰.

Lo que quiero hacer es aplicar el criterio de la simetría justo en la dirección contraria. Pregunto: ¿qué pasaría si trazáramos una imagen color de rosa de los Parlamentos y de sus estructuras y procesos que coincidiera, en su carácter normativo y quizás en su ingenuidad, con la imagen que atribuimos a los tribunales (el «foro de los principios», etc.)³¹ en los momentos álgidos de nuestra teoría constitucional?

Permítanme extenderme un poco más sobre este punto, puesto que me ayudará a explicar lo que tengo en mente cuando me refiero a una «teoría *normativa* del derecho». Muchos libros y artículos de ciencia política y de derecho constitucional ofrecen una imagen negativa de la legislación, denigrando el proceso y menospreciando la legitimidad de sus resultados. Lo hacen a partir de teorías implícitamente normativas, pero su valor normativo apunta en una dirección opuesta a la fuerza prescriptiva de las leyes a las que se refieren. Mientras que el derecho legislado se presenta como prescriptivo, obligatorio y dotado de autoridad, las concepciones de la legislación provenientes del *common law* y de la teoría de la elección pública hacen todo lo posible para frustrar tales pretensiones. Por el contrario, me gustaría comenzar a desarrollar en esta parte del libro una concepción de los Parlamentos y de sus procesos que articule valores democráticos, pluralistas y procedimentales, valores que apunten, de una manera más útil para la teoría del derecho, *en la misma dirección* que la fuerza prescriptiva y las pretensiones de autoridad del propio derecho legislado.

Para muchos experimentados estudiosos de los Parlamentos, especialmente en los Estados Unidos, un objetivo de este tipo es una muestra de ingenuidad³². Las condiciones en las que son aprobadas efectivamente las leyes, dicen estos autores, apuntan no en la dirección

²⁸ Un honroso intento de enfrentar esta pregunta por parte de un jurista, en POSNER, 1995: 109 ss.

²⁹ Como señalaron FARBER y FRICKEY, 1991: 6, si creemos, siguiendo a ARROW, que «el caos y la incoherencia son los resultados inevitables del voto de la mayoría, entonces los tribunales de apelación son igualmente insolventes [...]. Si aceptamos la tesis referida a los parlamentos, no nos queda ningún otro lugar al que ir». Véase también el apartado 1 del cap. V de este libro.

³⁰ Para un análisis útil y equilibrado de este punto, véase DAHL, 1989: 187-191.

³¹ Véase DWORKIN, 1985: 33.

³² Véanse, por ejemplo, RIKER, 1982, y MACEY, 1986.

prescrita por aquello que ha sido aprobado, sino en la dirección opuesta, en la de ser cautos respecto de sus disposiciones. Pero aun cuando dicha cautela sea comprensible, una teoría que se limite a expresar cautela no es adecuada para la teoría del derecho. La legislación existe no sólo como un evento político que podemos menospreciar o sobre el que podemos hacer burla, sino como algo que tiene pretensión de autoridad. A menos que propongamos considerar la pretendida autoridad de la legislación como una pura superstición, dicha pretensión requerirá eventualmente de una explicación filosófica. O incluso si *estamos* convencidos de que las condiciones de su aprobación desacreditan seriamente la legislación como una fuente de derecho dotada de autoridad, deberemos entonces preguntarnos: ¿sucede así con toda la legislación, con independencia de las condiciones de su aprobación, o sólo ocurre con respecto a la legislación cuyas condiciones de aprobación se alejan mucho del ideal? Si optamos por este último enfoque, deberíamos entonces poder articular un ideal razonable, que nos muestre de qué manera la autoridad de la legislación *podría* estar vinculada de manera práctica con determinadas condiciones de la legislación en las circunstancias de la vida moderna, ya que sólo si poseemos dicho ideal podemos saber en qué medida los Parlamentos existentes se alejan del mismo y lo que implica exactamente tal alejamiento.

4. POSITIVISMO JURÍDICO

Al ponernos a elaborar este ideal, recurrimos de forma natural a una teoría del derecho de orientación positivista. Los teóricos positivistas se preocupan por el derecho positivo (*positive*) —esto es, el derecho establecido (*posited*) deliberadamente— en tanto que fundamento del orden social. En la medida en que sus teorías incorporan una dimensión normativa, tradicionalmente prefieren los sistemas jurídicos dominados por un legislativo a aquellos que se articulan en torno a la tradición del *common law*. Históricamente el positivismo ha sido una corriente especialmente poderosa en la filosofía del derecho inglesa, que se origina con Thomas HOBBS y cuya versión más feroz y sólida se encuentra en la obra de Jeremy BENTHAM. Estos positivistas tempranos consideraban la legislación como el paradigma del derecho, el paradigma de lo que es y ciertamente de lo que debe ser el derecho. Por el contrario, veían el *common law* como algo confuso, no sistemático e impredecible, precisamente por no prestar la atención adecuada a la autoría del derecho, que en cambio consideraban el punto más fuerte de la legislación. Esta historia resulta en extremo conocida, o mejor dicho, está tan bien contada en el excelente libro de Gerald POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, que no es necesario repetirla aquí³³.

³³ Véase POSTEMA, 1986: esp. 328-336, para una discusión del positivismo normativo.

Y uno pensaría que esta predilección por los sistemas de derecho legislado ha persistido todavía a lo largo del siglo xx, un siglo dominado por las teorías del derecho positivistas. Buena parte de los trabajos más destacados de la filosofía del derecho angloamericana reciente siguen presentándose como positivistas. Y, como sus antepasados filosóficos, sostienen que, en teoría, algunas proposiciones deben ser consideradas derecho en función de su pedigrí institucional, y en virtud de que hayan tenido lugar ciertos hechos contingentes de creación de derecho. Las instituciones en cuestión ya no pueden ser del tipo del soberano hobbesiano, y los hechos de creación no pueden ya ser únicamente órdenes políticas. Pero la intuición básica es la misma: una determinada norma es derecho, no en virtud de su contenido, sino en virtud de su fuente. La validez jurídica depende entonces del origen institucional de las normas. Las dos ideas principales del positivismo jurídico contemporáneo, la «tesis de las fuentes sociales» y la «regla de reconocimiento»³⁴, parecen centrar su atención filosófica justamente en las decisiones de órganos como los Parlamentos en tanto que fuentes institucionales de derecho.

Sin embargo, las apariencias engañan. Los positivistas jurídicos contemporáneos de hecho tienden, como lo hacen los teóricos de otras escuelas de la filosofía del derecho, a interesarse mucho más por la aplicación judicial del derecho que por las estructuras y los procedimientos legislativos. En efecto, la sensación que me queda de la lectura de los principales autores positivistas, como Joseph RAZ y H. L. A. HART, es sencillamente que tomar en consideración con detalle los aspectos estructurales de los Parlamentos (el tamaño, la diversidad, los desacuerdos, los procedimientos de decisión), como yo he propuesto aquí, no es un requisito para llevar a cabo ninguna de las tareas importantes planteadas por la teoría del derecho contemporánea.

En algunas teorías positivistas la legislación está muy poco presente. Joseph RAZ sostiene, por ejemplo, que es un error pensar que el Parlamento es un elemento clave para la sistematicidad de un cuerpo legal³⁵. Lo que hace que un sistema jurídico sea un *sistema*, según RAZ, no es la posición dominante del Parlamento, sino el hecho de que existe un conjunto organizado de instituciones aplicadoras de normas que reconocen validez a dichas normas en virtud de criterios basados en sus fuentes. Y en la concepción positivista tradicional, una expresión como «criterios de validez basados en las fuentes» nos lleva automáticamente a hacer referencia a un legislador. Pero en principio, dice RAZ, no hay ninguna razón en absoluto por la que los tribunales deban orientarse hacia un Parlamento. Los criterios de validez compartidos

³⁴ Para la «tesis de las fuentes», véase RAZ, 1979: 47. Sobre la «regla de reconocimiento», véase HART, 1961: 116-117.

³⁵ RAZ, 1990: 129-131.

por un conjunto de tribunales pueden referirse únicamente a un legado de decisiones pasadas que fueron tomadas por otras instituciones aplicadoras de normas similares. Supongamos que son ciertas las dos tesis siguientes respecto de un sistema jurídico: 1) la función de los tribunales es aplicar normas preexistentes, y 2) cualquier identificación de cuáles son estas normas preexistentes por parte de un tribunal es vinculante. Un conjunto de tribunales guiado por estos principios podría desarrollar un cuerpo legal complejo y en constante evolución, en el que cada norma que lo constituye sería válida en virtud de su fuente (cuando los tribunales identifiquen las normas preexistentes), sin necesidad de que ninguna institución se perciba a sí misma, o sea percibida externamente, como un órgano legislativo, esto es, como el órgano que detenta la función de modificar el derecho o de aprobar deliberadamente nuevo derecho. En un sistema como éste también cambiaría el derecho y se crearía nuevo derecho, por supuesto, pero se crearía a partir de los errores cometidos por los tribunales en el desarrollo de la función descrita en 1), errores que en cualquier caso adquirirían el estatus de normas jurídicas existentes en virtud de la doctrina de la autoridad sostenida en 2)³⁶. Dicho sistema satisfaría la propia «tesis de las fuentes» de RAZ³⁷ e implicaría la existencia de una regla (o reglas) de reconocimiento³⁸. Pero no se orientaría, como a menudo se cree, hacia el Parlamento soberano como fuente del derecho y hacia los criterios de aprobación válida que sirven como fundamento para distinguir el derecho de lo que no lo es. En consecuencia, RAZ concluye que «la existencia de instituciones creadoras de normas, si bien característica de los sistemas jurídicos contemporáneos, no es una propiedad necesaria de todos los sistemas jurídicos [...]»³⁹.

Es difícil saber qué podemos extraer de este argumento. Ocurre algo parecido con la insistencia de RAZ en que la idea de *sanción* no está vinculada lógicamente con la idea de derecho, y que es posible imaginar un sistema jurídico sin coerción o castigo⁴⁰. De hecho, en nuestra práctica, la asociación entre el derecho y la sanción es poco menos que universal y, como RAZ rápidamente concede⁴¹, lo mismo sucede con la asociación entre el derecho, al menos el contemporáneo, y la actividad deliberada del Parlamento. Pero RAZ piensa que la universalidad en nuestras prácticas no es todavía suficiente para requerir la atención del filósofo del derecho, en especial si esa práctica se limita

³⁶ RAZ, 1990: 132-148. Véase también RAZ, 1979: 105-111.

³⁷ RAZ, 1979: 47.

³⁸ Para el análisis de RAZ sobre las reglas de reconocimiento, véase RAZ, 1990: 146-148.

³⁹ RAZ, 1979: 105, y también 87-88.

⁴⁰ Véase RAZ, 1990: 157 ss.

⁴¹ RAZ, 1979: 87: «Las instituciones creadoras de derecho son de la mayor importancia en las sociedades contemporáneas [...]».

a unas condiciones sociales particulares. «Dado que la teoría del derecho debe poder aplicarse a todos los sistemas jurídicos, los rasgos de identidad con los que ésta caracteriza a tales sistemas jurídicos deben ser necesariamente muy generales y abstractos [...]. Debe fijarse únicamente en los rasgos de los sistemas jurídicos que deben poseer con independencia de las circunstancias especiales de las sociedades en las que están vigentes. Ésta es la diferencia entre la filosofía del derecho y la sociología del derecho»⁴².

¿Qué ocurre entonces con la concepción positivista contemporánea dominante, la de H. L. A. HART? La legislación *parece* ocupar indudablemente un lugar central en la teoría de este autor. HART sostiene que el rasgo distintivo de un sistema jurídico es la capacidad de una comunidad para articular y cambiar deliberadamente sus reglas y prácticas. Y afirma que «es característico de un sistema jurídico el hecho de que pueden introducirse en él nuevas reglas, y modificarse o derogarse reglas anteriores, mediante sanción deliberada»⁴³. La capacidad de modificar deliberadamente las normas es un rasgo llamativo de la distinción de HART entre las sociedades «pre-jurídicas» y los sistemas jurídicos contemporáneos. Una sociedad «pre-jurídica» es aquella gobernada por un conjunto de costumbres convencionales o prácticas morales. Todos conocen las normas, ya que las normas sólo existen en tanto prácticas cuya normatividad es «interna» a las vidas de quienes están gobernados por ellas. Las normas son las normas *de esas personas*, no sólo en el sentido de que son sus conductas las que están reguladas, sino también por el hecho de que es en su interacción y en su conciencia en lo que consisten propiamente dichas normas. El cambio jurídico no es impensable en una sociedad como ésta, pero implica un «lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de conducta

⁴² RAZ, 1979: 104. Hay razones para pensar que RAZ ha abandonado esta posición. En ponencias recientes, así como en conversaciones, ha insistido en que no se puede sostener que el concepto de derecho o la teoría del derecho tengan un contenido o un conjunto de intereses completamente independientes de los tiempos y las circunstancias.

⁴³ HART, 1961: 217. Interpreto esto como una diferencia entre las reglas jurídicas, que pueden cambiarse deliberadamente, y las reglas de la moral *positiva*, que no pueden serlo. Lo considero como una diferencia entre dos tipos de fenómenos sociales, y no como una diferencia entre el carácter positivo del derecho y la realidad trascendente de la moral. Esta interpretación es consistente con el hecho de que, de acuerdo con HART, las tradiciones son también inmunes al cambio deliberado de la misma manera en que se dice que lo es la moral (*ibid.*, 218). Sin embargo, otros pasajes respaldan la interpretación de que la distinción tiene efecto entre el derecho positivo y la existencia trascendente de la realidad moral. En *ibid.*, 218, HART escribe: «buena parte de la ética está dedicada a explicar esta característica de la moral, y a elucidar la idea de que esta última es algo que “está allí” para ser reconocido, no algo creado por deliberada elección humana». Véase también la discusión en *ibid.*, 290-292. Por supuesto que estas dos interpretaciones no son inconsistentes. Una explicación de la inmutabilidad de la moral positiva podría ser que para que exista en forma positiva es esencial que los que la practican piensen que sus principios son trascendentes y que se encuentran más allá del alcance de su capacidad de cambio. Y, por supuesto, *esto* podría ser cierto aun cuando el realismo moral fuera falso.

concebidos una vez como optativos se transforman primero en habituales o usuales y luego en obligatorios; y el proceso inverso de declinación, cuando las desviaciones, tratadas al principio con severidad, son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas. En tal sociedad no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas»⁴⁴. La transición hacia un gobierno claramente *jurídico* implica la institución gradual de prácticas de cambio jurídico más deliberado. Implica el establecimiento de reglas secundarias que especifiquen el modo en que se aprobarán las nuevas normas y el criterio que permitirá identificar tales normas debidamente aprobadas. Por último, también implica inevitablemente el surgimiento de un cuerpo de especialistas en identificar el derecho, es decir, profesionales que conozcan las particularidades del derecho y que sepan identificar a qué normas (putativas) se les debe dar autoridad social y a cuáles no.

Esta diferencia entre lo jurídico y lo pre-jurídico contribuye a explicar las dudas de HART respecto de considerar el Estado de derecho moderno como «un bien humano absoluto»⁴⁵. Para HART, la tesis de que el derecho no es necesariamente ni moral ni justo (una tesis que durante mucho tiempo se consideró la esencia del positivismo jurídico) es algo más que una tesis conceptual⁴⁶. Implica, como señala HART, una verdad solemne: «el paso desde las formas simples de sociedad, donde las reglas primarias de obligación son el único medio de control social, al mundo jurídico, con su legislatura centralmente organizada, sus tribunales, funcionarios y sanciones, trae consigo ventajas considerables, pero a un cierto precio»⁴⁷. Dado que «un elevado porcentaje de los ciudadanos ordinarios —quizás la mayoría— no tiene una concepción general de la estructura jurídica o de sus criterios de validez»⁴⁸, el predominio del derecho *deliberadamente* aprobado en la vida social significa que aquellos que participan en su creación y que pueden reconocer dicho derecho pueden utilizar esta capacidad y este conocimiento experto en su propio beneficio y en detrimento de los demás. El resto de personas se encontrarán con que saben cada vez menos acerca del fundamento preciso sobre el que se organiza su sociedad, ciertamente menos de lo que sabían ellos mismos o sus predecesores cuando la sociedad se organizaba únicamente sobre la base de reglas primarias, y estarán por lo tanto en peor situación para cuestionar o participar en los procesos de gobierno. Así, las perspectivas de injusticia vienen de la mano de la división del trabajo que se deriva del crecimiento

⁴⁴ HART, 1961: 115.

⁴⁵ Adaptación de una frase de THOMPSON, 1977: 266.

⁴⁶ Pace COLEMAN, 1988b: 11.

⁴⁷ HART, 1961: 249.

⁴⁸ HART, 1961: 142.

del aspecto técnico del derecho⁴⁹. HART concluye que «en un caso extremo [...], sólo los funcionarios podrían aceptar y usar los criterios de validez jurídica del sistema. La sociedad en que ocurriera esto podría asemejarse deplorablemente a una nación de borregos y terminar, como éstos, en el matadero. Pero hay pocas razones para pensar que ella no podría existir o para negarle el título de sistema jurídico»⁵⁰.

Así, la posibilidad de contar con una legislación, o con algo parecido, parece ser una pieza clave para la mayoría de las aportaciones interesantes y características de la teoría del derecho de HART y de su sociología jurídica especulativa.

Debe admitirse que este argumento, si fuera necesario, podría desarrollarse en buena medida sin hacer referencia específica a los Parlamentos como tales. En la concepción de HART, la transformación de lo pre-jurídico en lo jurídico implica tanto la institución de los tribunales como de las reglas de aprobación de leyes. Y el tipo de sistema jurídico que Joseph RAZ pide que imaginemos (un sistema de instituciones primarias *aplicadoras de normas*) implicaría casi los mismos fenómenos —la especialización profesional, un poder diferencial y la alienación de un amplio conjunto de los miembros de la comunidad con respecto a la cultura jurídica— que preocupaban a HART en relación con el surgimiento del derecho escrito. De hecho podemos atribuir a RAZ una tesis social más amplia: la tecnicidad en el derecho surge con el desarrollo institucional de cualquier sistema de autoridad jurídica. De acuerdo con RAZ, la autoridad no puede existir, y la autoridad jurídica (del tipo o forma que sea) no puede cumplir con sus funciones, a menos que exista un criterio para reconocer tal autoridad en sus pronunciamientos, y que dicho criterio sea independiente del contenido y de las características de las cuestiones abordadas por dicha autoridad⁵¹. La sistematización de este criterio nos parecerá siempre técnica y un tanto esotérica, y existirá siempre la tendencia a que se convierta en un ámbito exclusivo del conocimiento experto, especialmente si lo comparamos con la necesidad propia de su comunidad pre-jurídica de un compromiso sustantivo del pueblo con las normas primarias y las prácticas. Y esta tendencia a la especialización estará presente tanto si surge un sistema de autoridad judicial como un sistema de autoridad legislativa, o ambos a la vez.

Incluso así, si nos centramos en la institución del Parlamento moderno, podríamos esperar de H. L. A. HART alguna ayuda e inspiración, puesto que la teoría de HART es bien conocida por su capacidad para explicar y caracterizar la constitución normativa interna de

⁴⁹ Por supuesto que ésta no es la única fuente de injusticia. La sociedad pre-jurídica puede contar con sus propias formas de opresión, así como con sus rasgos ineficientes.

⁵⁰ HART, 1961: 146. Véanse también GREEN, 1996, y WALDRON, 1999b.

⁵¹ RAZ, 1994: 203. Véase también el apartado 4 del cap. V de este libro.

los Parlamentos. HART sostiene que una sociedad tiene capacidad legislativa no en virtud de que exista políticamente un hábito de obediencia a las órdenes de un soberano, como pensaban BENTHAM y AUSTIN, sino de la aceptación por parte de un cuerpo de funcionarios de ciertas reglas sobre la articulación, elaboración y cambio de reglas. Estas reglas secundarias explican por qué un Parlamento puede constituirse jurídicamente y cómo puede estar regulado y estructurado mediante normas. Contribuyen a explicar también características tales como el bicameralismo, por ejemplo, y los límites jurídicos sobre la legislación, como los impuestos por la Constitución de los Estados Unidos. HART utiliza principalmente estas ideas en los primeros capítulos de *El concepto de derecho* como base para su crítica de las nociones de soberanía defendidas por el positivismo temprano. Las utiliza, lo cual es ciertamente prometedor para nuestros propósitos, pero después no hace nada más con ellas.

¿Por qué razón? ¿Y qué es lo que podría haber hecho? En lo que resta de esta sección me gustaría desarrollar un argumento sobre lo que *podría* haberse construido con los fundamentos que HART nos brinda, y que no se hizo. Es un argumento sobre la relación existente entre las reglas de reconocimiento, la estructura interna del Parlamento y la intención legislativa, y que se toma muy en serio la cuestión de la estructura del Parlamento como una preocupación integral de la teoría del derecho.

Consideremos por un momento el papel de las reglas de reconocimiento en un sistema jurídico contemporáneo. De acuerdo con HART, una regla de reconocimiento es una práctica compleja que se da entre jueces y otros funcionarios y por medio de la cual podemos identificar ciertas reglas como derecho utilizando un cierto criterio⁵². ¿Pero estas reglas se identifican como derecho en oposición a qué? Cuando se clasifican diversas normas o reglas putativas según los criterios de validez incorporados en una regla de reconocimiento, ¿con qué se contrastan las reglas válidas? Una respuesta obvia, por trivial, consiste en decir que con las reglas *no*-jurídicas o las reglas *no*-válidas-jurídicamente. ¿Pero qué tipo de reglas son éstas? ¿Son las reglas morales (esto es, las reglas *meramente*-morales) las que típicamente se oponen al derecho válido, según la concepción positivista? Como cuestión de hecho, no me parece que sea ésta la distinción que se supone que aborda la regla de reconocimiento. Tal y como HART delineó el problema del reconocimiento, se trata fundamentalmente de una cuestión de indeterminación en las formulaciones: en una sociedad sin reglas secundarias, «si surgen dudas sobre cuáles son las reglas, o sobre el alcance preciso de una regla determinada, no habrá pro-

⁵² HART, 1961: 140.

cedimiento alguno para solucionar esas dudas»⁵³. Por supuesto que es poco probable que este problema aparezca en el paradigma de HART de la comunidad pre-jurídica, dado que en dicho contexto las reglas primarias existen simplemente en la conducta y en la conciencia normativa de los miembros de la comunidad, y en este modo de existencia ni siquiera está claro que haya *algo* sobre lo que predicar indeterminación⁵⁴. Se trata de un problema que aflorará probablemente cuando la sociedad se torne más compleja y comience a formular y tal vez cambiar deliberadamente sus leyes. Ciertamente, cualquier comunidad que experimente con reglas secundarias de cambio rápidamente tendrá que resolver problemas de indeterminación y reconocimiento. Ya que las leyes existen ahora por medio de su promulgación, y no sólo sobre la base de patrones normativos de conducta, el contenido preciso de las leyes particulares se vuelve un objeto inteligible de conocimiento⁵⁵, que puede estar parcialmente indeterminado y generar controversia.

Otra manera de formular esto es decir que la regla de reconocimiento desempeña importantes funciones en relación con los *desacuerdos* en la sociedad. Son relevantes dos tipos de desacuerdos. En primer lugar, una sociedad que promulga su propio derecho se encontrará con una variedad de propuestas de legislación presentadas por individuos y facciones diversas, y puesto que tales propuestas pueden entrar en conflicto entre sí, es inevitable que algunas de ellas no sean aceptadas. Por lo tanto, debemos encontrar algún medio que nos permita distinguir entre las propuestas de legislación que tienen éxito y las fallidas. Como señala Joseph RAZ, una de las funciones esenciales del reconocimiento jurídico es «establecer el punto a partir del cual una opinión de los miembros de la sociedad, o de sectores influyentes o de grupos poderosos de la misma, deja de ser una opinión privada para convertirse en (lo que pretende implícitamente ser) una opinión vinculante para todos los miembros de la sociedad, con independencia de que estén de acuerdo con ella o no»⁵⁶. En segundo lugar, además de los grandes desacuerdos generales de principio, puede haber desacuerdos de detalle entre los promotores rivales de una propuesta legislativa más o menos parecida. Si el derecho promulgado debe resolver al menos algunos conflictos en el nivel de concreción y detalle en el que éstos se presentan, la regla de reconocimiento deberá pro-

⁵³ HART, 1961: 114.

⁵⁴ Hay algunos temas wittgensteinianos sobre el seguimiento implícito de reglas de los que deberíamos ocuparnos. Mi tesis es que en la mayoría de los casos claros de seguimiento wittgensteiniano de reglas no hay lugar para que se articule la indeterminación (o para que ésta importe) sobre la formulación precisa de la regla que se está siguiendo. La conexión de HART con estos temas wittgensteinianos se produce en parte por vía de WINCH, 1958. Véanse también MACCORMICK, 1981: 29-30, y HACKER, 1977.

⁵⁵ Conocimiento, ahora, en el sentido de saber-qué, y no sólo de saber-cómo.

⁵⁶ RAZ, 1979: 51.

porcionar un criterio para determinar no sólo qué propuesta debe ser aprobada, sino en *cuál de sus versiones*.

Es instructivo comprobar que la filosofía jurídica de Thomas HOBBS ya destacaba el primero de estos dos puntos. En la concepción de HOBBS, el derecho aborda el problema del conflicto y la competencia entre puntos de vista e intereses rivales. Por ejemplo, diversas personas están dispuestas a luchar para defender definiciones de justicia contrarias, bien sea porque una de estas definiciones promueve mejor sus intereses materiales o simplemente porque se sienten, de alguna u otra forma, apegadas a ella. Éste es el contexto que hace necesaria la legislación, pero también, para HOBBS, es el contexto que hace necesarias reglas secundarias como la regla de reconocimiento. Necesitamos una regla de reconocimiento, en la perspectiva de HOBBS, no sólo porque haya incertidumbre acerca de qué es el derecho, sino también porque existen desacuerdos en la comunidad acerca de qué debe ser considerado derecho:

Y tampoco es suficiente que la ley esté escrita y publicada; debe haber también signos manifiestos de que procede de la voluntad del soberano. Porque los hombres privados, cuando tienen o piensan tener fuerza bastante para asegurar sus designios injustos y lograr sin peligro el cumplimiento de sus metas ambiciosas, pueden publicar como leyes lo que gusten, sin o contra la autoridad legislativa. Es por eso preciso que no sólo haya una declaración de la ley, sino signos bastantes del autor y de su autoridad⁵⁷.

Tales signos, dice HOBBS, dependerán de unos criterios de validez accesibles como los «de los registros, consejos, ministros y sellos públicos»⁵⁸. En esta concepción, la regla y el instrumental de reconocimiento jurídicos se orientan a un fin político apremiante y sustantivo: el de garantizar que cuando alguien se enfrenta a lo que pretende ser una demanda jurídica, sepa que dicha demanda *está* realmente desempeñando el papel que el derecho y la validez jurídica hobbesianos aspiran a desempeñar, al menos por lo que respecta al fomento de la paz y la atenuación del conflicto. Y puede saber esto sólo si dispone de alguna garantía de que la demanda puede ser atribuida a una autoridad soberana, la única que puede proporcionar un fundamento para la paz y el orden social. Los criterios de validez basados en las fuentes y las reglas que los reconocen intentan suministrar esta garantía.

Solemos imaginar en el retrato hobbesiano una variedad de propuestas legislativas presentadas por diferentes personas, siendo adoptada una de ellas de forma autoritativa por el legislador soberano, y luego promulgada con la pátina de derecho válido. Pero, como señalé

⁵⁷ HOBBS (1651), 2003: cap. XXVI, 239-240. Véase también HOBBS (1642), 1983: 174-177.

⁵⁸ HOBBS (1651), 2003: cap. XXVI, 240.

al comienzo de este capítulo, la política legislativa contemporánea no funciona de esta manera. Los Parlamentos contemporáneos no sólo responden a los desacuerdos, sino que los internalizan. Esto significa que la legislación debería emerger de un proceso *deliberativo*, un proceso que se distingue no sólo por su carácter de toma de decisiones hobbesiano, sino también por el compromiso mutuo en el debate parlamentario entre todos los puntos de vista que puedan razonablemente considerarse relevantes sobre la propuesta legislativa que está en consideración. La estructura de los Parlamentos contemporáneos pretende asegurar esto mediante reglas de representación (tanto de partidos como de intereses y territorios), reglas sobre las comparecencias y audiencias (*hearings*), reglas sobre los debates, reglas sobre las enmiendas y, sobre todo, reglas de votación.

Estas reglas secundarias son extremadamente importantes para generar el proceso de aprobación de leyes que queremos, pero plantean de nuevo el mismo problema que, como acabamos de ver, tiene por función resolver la regla de reconocimiento. En el tipo de Parlamentos que tenemos es importante mantener la distinción entre la *deliberación* (que valoramos por su diversidad y su carácter adversarial) y la *aprobación de la ley* (que valoramos por su determinación y univocidad). Se entiende que la deliberación conlleva una serie de contribuciones que entran en dialéctica con la que se ha aprobado eventualmente. Algunas de las intervenciones en el debate se opondrán claramente a la ley, otras serán expresiones de tibio apoyo o de rechazo de objeciones particulares, y aun otras pueden respaldar la medida con un entusiasmo que trascienda sus propios términos. La regla que adoptamos al respecto es que sólo poseen autoridad legislativa aquellas intervenciones que acaban siendo reflejadas *en el texto* por el que se ha votado a favor. En nuestra teoría del derecho, la validez jurídica remite al hecho y al momento de la aprobación más que al proceso parlamentario en su conjunto, precisamente porque muchos de los elementos que forman parte de la deliberación que precede a la aprobación no pueden ser considerados como parte integrante de una ley aprobada⁵⁹.

Por supuesto que padecemos, no menos que HOBBS, la enfermedad social de la existencia de agentes privados que intentan dejar su propia huella particular en la legislación aprobada. En nuestro tipo de Parlamento, no obstante, alguien puede intentarlo no sólo por el método más tosco, condenado por HOBBS, de tergiversar directamente lo que ha sido aprobado, sino también apelando a algunas de las intervenciones realizadas durante la deliberación como si formaran parte de la legislación aprobada misma o como si fueran un fundamento válido

⁵⁹ Agradezco por este punto a Jules COLEMAN y a los miembros del *New York Jurisprudence Discussion Group*.

y dotado de autoridad para interpretar, glosar o dejar nuestra huella particular en el significado del texto aprobado.

Me refiero, por supuesto, al recurso a la *intención del legislador*. Como dije en el apartado 2 de este capítulo, una de las cuestiones perennes de la interpretación legislativa tiene que ver con el estatus de la evidencia empírica disponible sobre aquello que tenían en mente los legisladores, y que trasciende al texto legislativo aprobado. Consideremos, por ejemplo, la tesis de que una determinada intervención deliberativa, tal vez más detallada que el propio texto legislativo, forme parte en efecto de la legislación, por el hecho de que los que realizaron esta contribución eran quienes proponían la ley. Ya he señalado que puede haber razones para ser cautelosos con tales apelaciones a la «intención del legislador» basadas en la evidencia empírica⁶⁰. Y podemos comenzar a ver ahora cuáles son estas razones. La existencia de los desacuerdos y su internalización (a través de la deliberación) en la política legislativa, plantea un problema de reconocimiento, esto es, exactamente el mismo tipo de problema que HART, y antes que él HOBBS, consideraba que la regla de reconocimiento debía resolver. Otorgamos valor a la deliberación en nuestros procesos de cambio jurídico, pero es una implicación obvia y necesaria de tal ideal el que *no todo lo que se dice en el debate legislativo puede poseer autoridad legislativa*. De la misma manera, otorgamos valor a la integridad del proceso deliberativo que culmina en la *votación*, de manera que contamos con un criterio imparcial para determinar finalmente cuáles de las intervenciones realizadas en el debate cuentan como derecho y cuáles no. Si la deliberación legislativa no se derrumba en el caos y la indeterminación, las modernas reglas de aprobación y de reconocimiento deben trabajar juntas para mantener la integridad y asegurar la distinción entre las intervenciones deliberativas y el texto aprobado. El problema entonces con las doctrinas interpretativas que otorgan autoridad a otras partes del proceso deliberativo que no sean el texto aprobado es que hacen mucho más difícil asegurar tal distinción.

Me he embarcado en esta larga digresión porque quería mostrarles algo de la oportunidad *perdida* que encontramos en *El concepto de derecho*, de H. L. A. HART, por no llegar a considerar la profunda importancia que tiene la estructura legislativa y su relación con las reglas de reconocimiento para la teoría del derecho. El contexto del que he partido, como recordarán los lectores pacientes, es el de la discusión más general sobre la falta de interés hacia los Parlamentos y los legisladores que han mostrado los positivistas jurídicos contemporáneos.

El argumento que acabo de dar se centra especialmente en el hecho de que un Parlamento es un lugar en el que se dicen muchas cosas

⁶⁰ Desarrollo en detalle este argumento en el cap. VI.

pero sólo algunas de ellas son finalmente aprobadas, y pone el acento en que una de las funciones de la regla de reconocimiento es precisamente decirnos cuáles son. Pero el triste hecho es que HART no parece estar interesado en el papel del Parlamento moderno. No parece estar interesado en la relación existente entre sus rasgos estructurales y las cuestiones sustantivas del reconocimiento y de la interpretación que podrían aflorar cuando los jueces o los ciudadanos se enfrentan a una ley. Sólo por motivos filosóficos, aunque HART utilice la expresión «La Reina en Parlamento» como su paradigma legislativo, sus argumentos de la segunda mitad de *El concepto de Derecho* pueden fácilmente aplicarse, y de hecho en buena medida se aplican, a la actividad de un legislador unitario llamado «Rex».

5. EL MODELO UNITARIO

Por lo general, la impresión que nos deja la filosofía jurídica contemporánea es que le importa muy poco si los Parlamentos son concebidos como un único individuo o como un órgano estructurado compuesto por cientos de personas que tienen profundos desacuerdos entre sí acerca de las cuestiones sobre las que están legislando. Pienso que los filósofos se encuentran más cómodos tratando al Parlamento bajo el modelo de un único individuo. El modelo unitario es algo así como la posición por defecto⁶¹. Según dicho modelo, el Parlamento no sólo *actúa*, sino que se le suponen *voluntad e intenciones*, entendidas (como en el caso de las personas) como estados mentales no necesariamente revelados por aquello que hace.

⁶¹ Lytton STRACHEY (1918: 192-193) relata la siguiente historia sobre la influencia del modelo por defecto en la prueba de Florence NIGHTINGALE sobre la existencia de Dios. Cuando la Srta. NIGHTINGALE escribió un libro de filosofía:

«Una copia se envió al Sr. [John Stuart] Mill, que le agradeció en una carta extremadamente amable. Se sentía obligado, sin embargo, a confesarle que no estaba del todo convencido por la prueba sobre la existencia de Dios de la Srta. Nightingale. La Srta. Nightingale se sorprendió y se mortificó por ello; tenía una mejor opinión del Sr. Mill; pero estaba segura que su prueba sobre la existencia de Dios difícilmente podía ser mejorada. “Una ley”, puntualizó, “implica un dador de leyes (*law giver*)”. El mundo está lleno de leyes —la ley de gravedad, la ley del tercero excluido, y muchas otras; entonces de aquí se sigue que el Universo tiene un dador de leyes (*law giver*)— ¿y qué es lo que podría satisfacer al Sr. Mill, si esto no había sido suficiente?

Quizá el Sr. Mill se haya preguntado por qué no se había llevado el argumento hasta su última conclusión lógica. Claramente, si tenemos que creer en la analogía de las instituciones humanas, debemos recordar que las leyes, como cuestión de hecho, no son dispensadas por dadores de leyes (*law givers*), sino aprobadas por un Acto del Parlamento. Sin embargo, la Srta. Nightingale, con toda su experiencia en la vida pública, nunca se detuvo a pensar la cuestión de si Dios podía o no parecerse a una Monarquía Limitada». (N. de los trads.: es imposible conservar la ambigüedad, en este caso consciente, del término *Act* en el original, que hace referencia tanto a la nomenclatura de la ley como al hecho de que la ley es el resultado de una acción voluntaria del legislador).

Ciertamente, es bien conocido que este discurso se tambalea por el hecho de que un Parlamento comprende a muchas personas y no sólo a una, personas con estados mentales radicalmente diferentes entre sí⁶². Pero los juristas persisten en el error, intentando una y otra vez que la legislación se adecue al modelo de Procusto de la intencionalidad individual, sea tratando de reducir (preferiblemente a *uno*) el número de personas que se consideran «realmente» involucradas en una determinada iniciativa legislativa⁶³, o bien construyendo fórmulas cada vez más arcanas para privilegiar a algún subconjunto de representantes con opiniones semejantes cuyas intenciones comparadas puedan ser elevadas a las intenciones del Congreso.

No hay nada nuevo en realidad en esta posición por defecto. Ha permeado el positivismo jurídico desde su fundación. Ciertamente, tanto en la obra de Jeremy BENTHAM como en la de John AUSTIN encontramos una inclinación hacia la idea, que por supuesto coincidía con la realidad política de la Inglaterra de su tiempo, de que el Parlamento podía ser un órgano amplio y numeroso. En todo caso, la forma de presentar la idea de la soberanía legislativa en dichas teorías siguió siendo firmemente individualista. Así, BENTHAM comienza afirmando de forma neutra que identificamos un soberano en el momento en que advertimos que «se supone que la voluntad de alguna persona o *assemblage de personas* está en disposición de ser obedecida por toda una comunidad política, sin importar la razón, con preferencia a la voluntad de cualquier otra persona»⁶⁴. Pero esta expresión, «*assemblage de personas*», fue casi su única concesión a la cuestión. En el resto de su teoría del derecho y en gran parte de su filosofía política, cuando habla de soberano se refiere en casi todos los casos a «él» (y por una sola vez, y es un alivio, lo que nos preocupa es el número y no el género del pronombre)⁶⁵. Y eso a pesar de que BENTHAM insiste

⁶² Véase DWORKIN, 1986: 313-354.

⁶³ Para un ejemplo temprano, véase HOBBS (1650), 1994: cap. XXI, 120: «En todas las democracias, aunque el derecho de soberanía se encuentra en la asamblea, [...] el uso de la misma es siempre de uno, o de unos pocos hombres en particular. Por eso en tales grandes asambleas [...] no existen otras maneras de hablar y dar consejo que mediante largos y meditados discursos [...]. En una multitud de oradores, por lo tanto, donde siempre uno u otro resulta eminente por sí solo, o unos pocos que siendo iguales entre ellos, son notables por encima de los demás, ese uno o esos pocos deben regir al todo, puesto que una democracia, en efecto, no es más que una aristocracia de oradores, interrumpida en ocasiones por la monarquía temporal de un orador».

⁶⁴ BENTHAM, 1970a: 18, la cursiva es mía. El discurso de AUSTIN es similar: «Toda ley positiva, o toda ley simple y estrictamente denominada como tal, es impuesta por una persona soberana o por un órgano soberano compuesto de personas, a un miembro o miembros de la sociedad política independiente en la que dicha persona u órgano es soberana o suprema» (AUSTIN, 1885: Conferencia VI).

⁶⁵ En BENTHAM, 1970a, el receptor implícito de los consejos del filósofo aparece casi siempre en el texto como «el legislador», como en «la felicidad de los individuos, de quienes se compone la comunidad [...], es el único fin que el legislador debe tener en mente» (*ibid.*, 34), con muy

en que está hablando de aquellos que de hecho redactan las leyes, y no sólo de los monarcas que las firman: «Hablo aquí de aquellos que forjan las leyes, no de aquellos que las tocan con su cetro»⁶⁶. No estoy diciendo que BENTHAM no estuviera interesado en las asambleas legislativas. Por el contrario, puede reivindicarse como el fundador de esa peculiar obsesión inglesa por la forma y el ritual de las cámaras legislativas, una obsesión que surge nuevamente en los escritos y discursos de Winston CHURCHILL⁶⁷. Pero no vio las consecuencias que tenía para la teoría del derecho el hecho de que la legislación fuese el producto de una asamblea.

Una manera de interpretar esto es tomándolo como un indicador oculto de un sesgo definitivo en la filosofía política en favor de la monarquía, sea en la fórmula del rey filósofo, del soberano unitario o del déspota ilustrado. Ciertamente es esto lo que puede concluirse al asociar el positivismo de BENTHAM y AUSTIN con el de HOBBS, puesto que cuando HOBBS dice: «el Legislador es él [...]»⁶⁸, el lenguaje no es del todo neutral, sino que refleja su convicción personal de que la monarquía es por mucho la mejor forma de gobierno, entre otras razones porque «un monarca no puede estar en desacuerdo consigo mismo, debido a envidia o interés, pero una asamblea sí puede, y en medida bastante para producir una guerra civil»⁶⁹. A pesar de todo, dado que HOBBS no tenía otra opción que reconocer que «en todo el libro confieso una sola cosa que no va a ser demostrada sino solamente afirmada»⁷⁰, la estricta lógica de su posición le forzaba a repetir, de tanto en tanto, que por lo menos en teoría la soberanía debía ser conferida «tanto a un solo hombre, o a una asamblea de hombres»⁷¹.

Pero no creo que los positivistas jurídicos contemporáneos sean monárquicos encubiertos. Su persistencia en la imagen de la legislación como análoga al acto de voluntad de un solo hombre proviene de una creencia implícita de que la estructura y el perfil de un Parlamento no tienen ningún interés genuino desde el punto de vista de la filosofía del derecho. Se los considera cuestiones *pre-jurídicas*⁷², y ciertamente

pocas referencias a la posibilidad pluralista. Lo mismo ocurre en el caso del estudio más analítico de BENTHAM del lenguaje jurídico. Por ejemplo: «Poder y derecho subjetivo, y toda la familia de entidades ficticias de este tipo, son todas ellas en el sentido que les adjudique un libro de teoría del derecho, el resultado de una manifestación u otra de la voluntad del legislador con respecto de un acto determinado» (*ibid.*, 206). Pero véase también BENTHAM, 1977: 122, mostrándose impaciente con las interpretaciones monárquicas de la legislación parlamentaria británica.

⁶⁶ En BENTHAM, 1970a: nota 238.

⁶⁷ Véase WHEARE, 1968: 7-13.

⁶⁸ HOBBS (1651), 2003: cap. XXVI, 234.

⁶⁹ HOBBS (1651), 2003: cap. XIX, 178-179. Véase también la discusión HOBBS (1651), 2003: cap. X, apartados X-XV, 136-138.

⁷⁰ HOBBS (1651), 2003: prefacio, 37.

⁷¹ Véase, por ejemplo, HOBBS (1651), 2003: cap. XVII, 166; cap. XIX, 176, y cap. XXIV, 233.

⁷² La expresión es de Joseph RAZ, en conversación privada.

no cuestiones que deban tener interés para la teoría del derecho. Aunque, como señalé antes, la teoría positivista define el derecho en términos de sus fuentes, la propiedad de *ser una fuente de derecho* es para los positivistas lo más interesante que se puede decir sobre una persona o institución. Lo importante es que es de *ahí* (del Parlamento) de donde vienen las leyes, es *ésta* la institución que las establece. Esto es lo destacable; y cualquier *otra* propiedad que este órgano pueda poseer, incluyendo las que de hecho le dotan de la capacidad para generar de leyes, parece filosóficamente insignificante en comparación.

Desde este punto de vista, lo importante es que de tanto en tanto surgen leyes determinadas razonablemente como resultado de un acto del Parlamento. Esta determinación puede ser producto de una sola mente, o puede ser producto de un grupo de personas que encontraron una manera de combinar sus distintos puntos de vista en algo singular: *e pluribus unum*. Pero a la filosofía del derecho le interesa el *unum* y qué es lo que debemos hacer con él, y no si viene de *e pluribus* o no. ¿A quién le importa si un Parlamento tiene una cámara o dos, 435 escaños o un centenar? La filosofía del derecho puede permitirse tratar al Parlamento como una caja negra y dejar que sean los científicos políticos quienes la abran. En otras palabras, representarse el Parlamento, al menos como cuestión de estilo, como si tuviera el carácter de un autor único de los textos que denominamos leyes es una representación lógica de la singularidad de la fuente del derecho *qua* fuente. Creo que no se trata de una representación con carga política o de una expresión de deseos respecto al carácter ideal de la propia institución-fuente.

Este punto guarda relación con lo que los positivistas *hacen* en la teoría del derecho analítica contemporánea. Se pasan la mayor parte del tiempo defendiendo la tesis general de las fuentes en contra de diversos tipos de iusnaturalismo a los que se oponen. Lo que importa en ese debate es la posibilidad de que una comunidad pueda conferir el estatus y la autoridad de derecho a ciertas normas en virtud de su origen institucional. No importa tener una concepción u otra de las propiedades concretas de las instituciones, sino más bien la idea abstracta del origen institucional como fundamento de la autoridad del derecho, en lugar de serlo los criterios sustantivos de moralidad o justicia. Una vez que esta idea abstracta ya está establecida, la atención sobre las instituciones se desplaza rápidamente a los tribunales. Y ello porque los adversarios contemporáneos del positivismo jurídico se interesan mucho menos hoy en día por defender la proposición *lex iniusta non est lex* en contra de la tesis de las fuentes⁷³, que en

⁷³ Cfr. FINNIS, 1980: 23-49.

argumentar que la tesis de las fuentes no puede dar cuenta correctamente de lo que sucede en la sala de un tribunal⁷⁴.

6. LAS PRETENSIONES DE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Debemos agregar a lo anterior que existen importantes problemas filosóficos pendientes al nivel de la teoría *general* del derecho⁷⁵, esto es, de la teoría del derecho que se ocupa de las nociones mismas de *derecho* y de *sistema jurídico*, más allá de las peculiaridades institucionales de jurisdicciones particulares. Desde el punto de vista de la teoría general del derecho, la posibilidad de que un Parlamento pueda estar compuesto de una sola o de muchas personas simplemente no es digna de atención⁷⁶. Dado que quienes adoptan este enfoque no quieren que la teoría general del derecho se limite al estudio de las democracias, por ejemplo, sostienen que no deberíamos basar nuestro concepto de legislación en la premisa de que ésta sea necesariamente el producto de la acción de muchas personas en una asamblea representativa. Quieren que la filosofía del derecho muestre aquello que tienen en común la legislación aprobada por un príncipe en un emirato del Golfo Pérsico y la del Congreso estadounidense o la del *Bundestag* alemán.

Sospecho que este intento de ser neutral respecto de las instituciones por parte de la filosofía del derecho está completamente desencaminado. Si estipulamos un nivel suficientemente alto de abstracción, por supuesto, no tendremos más opción que ignorar los rasgos que distinguen unas fuentes del derecho de otras. Podríamos, por ejemplo, intentar encontrar una definición de derecho positivo que desdibujara la distinción entre ley y costumbre, o una definición de «fuente de derecho» que no permitiera distinguir entre la legislación que surge de un Parlamento y el derecho creado por un juez en un caso difícil. Pero muy pronto estas ventajas comenzarían a evaporarse en los sensatos reinos de tal abstracción, y nos abrumarían las distorsiones provocadas por una teoría que insiste en que todo encaja en una sola medida.

De hecho, es evidente que la noción de fuente de derecho que maneja el positivismo contemporáneo no es neutral respecto de las

⁷⁴ Véase DWORKIN, 1977: 48-80.

⁷⁵ General, aquí, en el sentido de teoría del derecho «universal» (en oposición a «local»), véase POSTEMA, 1986: 306. Esto no incluye la distinción que utilicé en el cap. I entre teoría general y especial del derecho, donde «especial» hace referencia a ámbitos particulares del derecho, como el derecho de daños o el derecho penal.

⁷⁶ Véase el comentario de RAZ sobre la diferencia entre la teoría jurídica y la sociología jurídica en la nota 42 de este capítulo y el texto que la acompaña.

instituciones. Una forma de demostrarlo es analizar qué es lo que cambió en la teoría jurídica cuando el paradigma del derecho creado por los hombres pasó de la costumbre a la legislación. Las costumbres pueden ser consideradas inmemoriales, robustas, locales y convencionales, ocupando un espacio intermedio entre el hábito, la prescripción y el consentimiento, que sólo puede ser parcialmente capturado por nociones modernas como la del aspecto interno de las reglas⁷⁷. No son necesariamente artefactos inconscientes del comportamiento común. Por el contrario, los juristas siempre se han referido a la costumbre como algo sostenido, recordado, y en ese sentido *establecido deliberadamente (posited)* en una comunidad. «Según los antiguos, una costumbre local es algo que se establece sostenidamente y se preserva en un país mediante un acuerdo de los viejos hombres sabios, y que se mantiene de acuerdo a la condición del lugar en la medida en que sea aceptada y sea suficiente»⁷⁸. Es más, las costumbres pueden haberse producido en un sistema articulado, capaz de tener coherencia intelectual y de un crecimiento relativamente consciente. Eso lo sabemos todos como parte de la ideología histórica del *common law*, se corresponda o no con la realidad. Para varias generaciones de juristas, especialmente en la Europa occidental, la costumbre ha sido el alma del derecho hecho por los hombres.

Ahora bien, existen miles de diferencias, marcadas por un siglo o dos de desacuerdos salvajes entre los juristas, entre esta teoría de la costumbre y la filosofía jurídica que identifica la ley hecha por los hombres como la expresión típica de la voluntad soberana del legislador. De una forma en que es difícil comprender para nosotros, los partidarios de la costumbre en los siglos XVIII y XIX consideraron que la legislación, establecida por ejemplo por un déspota ilustrado, tenía mucho más en común con el «Derecho Natural» científico de los filósofos y los teólogos que con la humilde realidad terrenal de las normas de las que varias generaciones de un pueblo ordinario se habían dotado en diferentes países. Se tendía a asociar la legislación con la razón y el pensamiento racional, es decir, con la capacidad de una mente ilustrada para abrirse camino a través de las sucesivas capas de los hábitos locales. Allí donde no se había articulado una costumbre, la legislación se presentaba en forma de relucientes fórmulas de principios. Allí donde la costumbre se mostraba irremediabilmente parroquial y provinciana, la legislación podía ser la misma en cualquier parte, podía dar una solución común basada en la razón para los problemas humanos comunes. Y donde la costumbre era consensuada, la legislación iba a ser el producto coercitivo de la soberanía, no un producto

⁷⁷ Véase HART, 1961: 70-73 y 112-116.

⁷⁸ Jean BOUTELLIER, *Somme Rurale*, 1603, citado en KELLEY, 1990: 104.

inherentemente opresivo, por supuesto, pero sí algo que quizá debía ser impuesto a un pueblo ignorante por parte de alguien más ilustrado.

No puedo ahora analizar con mayor detalle esta distinción⁷⁹, pero nadie puede albergar ninguna duda acerca de cuál de las dos concepciones triunfó en la teoría del derecho contemporánea, especialmente en el positivismo jurídico que se ha desarrollado desde la escuela inglesa de BENTHAM y AUSTIN. Lo que quiero resaltar es que existe obviamente una diferencia colosal, en contenido, *ethos* y retórica, entre una teoría positivista del derecho dominada por la imagen del derecho consuetudinario y una dominada por la imagen del derecho legislado.

Es cierto que la hegemonía de esta última ha retrocedido un poco en la filosofía del derecho anglosajona en los últimos treinta años. Todos conocemos los intentos que se han hecho en nombre del modelo del legislador para subsumir también a la costumbre —por ejemplo, en la definición de BENTHAM de derecho consuetudinario como «una forma mixta de derecho positivo mal expresado y mal definido»⁸⁰. Y creemos saber (desde la obra de HART, entre otros)⁸¹ cómo resistirnos a dicha asimilación. No nos dejamos engatusar ahora por la supuesta neutralidad del modelo del legislador para inferir del hecho de que tanto la costumbre como la legislación cuentan como derecho positivo el que ambos deban ser el resultado de la voluntad de alguien.

De la misma manera, pienso que deberíamos abrirnos a la posibilidad de que exista una discrepancia similar, igualmente relevante para la teoría del derecho pero representada engañosamente con el mismo término «legislación», entre el establecimiento (*positing*) de leyes por parte de un legislador ilustrado y la actividad de creación legislativa de una asamblea representativa a gran escala. Debemos estar alerta respecto de las consecuencias que se derivan de continuar usando la retórica y el *ethos* del modelo del legislador único para describir una práctica que es esencial y estructuralmente diferente a éste. Diferente, por ejemplo, porque involucra a más de una persona, y entonces necesariamente implica relaciones entre personas de un modo que los modelos del legislador único no pueden hacer. Deberíamos estar particularmente alerta frente a este peligro, dado que sabemos que este modelo del legislador único, que algunos utilizan como su modelo «neutral» de legislación, ya ha intentado presentar como una sola, de forma reduccionista, diversas (significativamente diversas) fuentes de derecho positivo, y ha fracasado al hacerlo.

⁷⁹ Véase KELLEY, 1990: esp. 89-108 y 165-208, para un relato detallado del papel de la costumbre en la teoría del derecho europea desde el siglo XII al XVII.

⁸⁰ BENTHAM, 1970b: 235.

⁸¹ HART, 1961: 56-61 y 99-123.

CAPÍTULO III

LA LEGISLACIÓN DE LA ASAMBLEA

1. NÚMEROS

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos está compuesto por nueve personas; el poder ejecutivo está encabezado por un solo hombre (el presidente), que trabaja con un vicepresidente y un gabinete de unas veinte personas; y las dos cámaras del Congreso de los Estados Unidos suman un total de quinientos treinta y cinco miembros. ¿Por qué el poder legislativo federal tiene casi veinte veces más integrantes que el resto de los poderes del Estado juntos? En el Reino Unido, cuando la Cámara de los Lores se constituye en tribunal, atiende casos con un panel de cinco jueces; el poder ejecutivo reúne a la reina, su primer ministro y cerca de veinte ministros en el gabinete; mientras que el Parlamento británico tiene casi dos mil miembros¹. La Cámara de los Comunes sola tiene veinte veces más miembros que el más alto tribunal y el gabinete del gobierno juntos. ¿Por qué esta disparidad de escala entre las diferentes ramas del gobierno?

Existe una diferencia parecida en casi todos los países del mundo. En casi todas partes, el poder legislativo reside no en personas individuales, sino en asambleas, que van desde los cincuenta hasta casi los tres mil miembros², y que no tienen por lo tanto el tamaño de

¹ Siempre que contemos no sólo la Cámara de los Comunes (659 miembros), sino también a la reina y la Cámara de los Lores (26 obispos y arzobispos, más de 800 pares de Inglaterra hereditarios, una cantidad menor de pares escoceses, 200 o más pares vitalicios y más de una docena de lores de apelación, en activo o retirados).

² El Congreso del Pueblo Chino, oficialmente el Parlamento de ese país, tiene 2.977 miembros.

un gabinete. Sin duda debemos matizar esta observación reconociendo que a menudo la legislación de rango inferior al legal es elaborada por individuos sólo o por agencias muy pequeñas con capacidad legislativa. Pero esto no debería empañar el argumento, ya que estos individuos y agencias siempre derivan su autoridad de un Parlamento soberano constituido por cientos de personas. Para decirlo con mayor precisión, en casi todo el mundo el poder legislativo *soberano* está en manos de asambleas y no de individuos; en casi todos los sistemas jurídicos, la legislación basa su autoridad *última* como derecho en que es el producto de, o en que su creación ha sido autorizada por, una amplia asamblea popular.

Como he dicho, este rasgo contrasta marcadamente con las otras grandes instituciones de gobierno. En todos los sistemas, el más alto tribunal suele estar formado por un número muy reducido de jueces (como los nueve magistrados del Tribunal Supremo de los Estados Unidos). El poder ejecutivo suele estar integrado por una sola persona y un pequeño gabinete de unas veinte más. De nuevo, no debe confundirnos el hecho de que haya muchas otras instancias jerárquicamente inferiores a éstas: tribunales inferiores y su personal, funcionarios y agencias subordinadas al poder ejecutivo, etc. Lo destacable de los Parlamentos es que la propia cima, o, si se prefiere, el rango más alto de su jerarquía, está ocupado por cientos de personas, siendo todas ellas iguales al menos por lo que respecta a su autoridad última en la creación de derecho. En las demás ramas del gobierno el rango más alto lo ocupa un único individuo o unos pocos. Parece que consideramos importante que la autoridad en la actividad legislativa, y en particular en la legislación de nivel más alto, sea plural, y que el pueblo esté gobernado a fin de cuentas por el *pueblo*, o al menos por una gran cantidad de individuos, y no por una persona sola.

Como vimos en el capítulo II, es probable que los científicos políticos respondan recordando los esfuerzos que se hacen en todos los Parlamentos para limitar el número de miembros que participan activamente en la elaboración de proyectos de ley y en la discusión de una medida determinada. Las propuestas legislativas pueden estar redactadas por el ejecutivo, como en Gran Bretaña; y la discusión de un proyecto de ley puede dejarse en manos de una comisión parlamentaria, mucho más ágil, como en los Estados Unidos. Los científicos políticos pueden decir que tal vez *parezca* que preferimos que sea la asamblea la que legisle, pero que nuestros legisladores *reales* son finalmente los secretarios generales de los grupos parlamentarios y los presidentes de las comisiones.

Sin embargo, esta respuesta es poco convincente si la consideramos desde de la teoría política. En efecto, los miembros de las asambleas legislativas participan en mayor o menor medida en la creación de

leyes, y parte del trabajo de los científicos políticos consiste precisamente en dar cuenta de este hecho. Es cierto que determinadas estructuras dentro de los partidos políticos y de las asambleas legislativas distorsionan la igualdad formal entre sus miembros. Pero aunque estos hechos son importantes, no llegan a socavar la continua asociación que existe entre la autoridad de una ley en tanto que derecho y su procedencia de una institución compuesta por cientos de representantes. Más allá de todas las estructuras y jerarquías, más allá de las comisiones, las intrigas y los pasillos, el requisito constitucional de que un proyecto de ley sea deliberado en, y aprobado por, el Congreso o el Parlamento como un todo sigue vigente no sólo como una puesta en escena «dignificada»³ (como el Consentimiento Real en el Reino Unido), sino como algo que se considera una cuestión de derecho por parte de los propios representantes y que resulta crucial para la reputación y la autoridad de la legislación en la comunidad. Como he dicho, es posible que algunos científicos políticos obstinados sigan situando la *acción real* en el ejecutivo, en los pasillos del Congreso o en el sistema de comisiones. Pero no tengo ninguna duda de que si estuvieran asesorando a los ponentes constitucionales de un país de Europa del Este sobre cuál es el órgano apropiado para elaborar leyes, promoverían la institución de algo parecido a una amplia asamblea parlamentaria. Y ello no sería visto como una extraña concesión al anacronismo, como si estuvieran restituyendo a un Hohenzollern en el trono de Rumanía, sino que parecería un asunto de verdadera importancia. En alguna parte de nuestra teoría tácita de la autoridad de la legislación se encuentra la idea, una suerte de instinto constitucional, de que la discusión y la aprobación por parte de una asamblea *amplia* de representantes es indispensable para que reconozcamos como derecho una medida general, establezca principios o políticas públicas, que ha sido propuesta previamente por los poderosos.

El objetivo de este capítulo es, por así decirlo, llegar a los cimientos de este instinto para desenterrar sus raíces, y para ver cómo se articula la imagen característica del derecho cuando la legislación es aprobada por una asamblea.

2. «UNA MULTITUD CIEGA»

La intuición en favor de las *asambleas* legislativas grandes sobrevive notablemente aun cuando existe un claro consenso entre los teóricos políticos de la era moderna de que el tamaño del órgano legislativo es un obstáculo más que una ventaja para el proceso racional de la

³ Para la distinción entre elementos «dignificados» y «efectivos» en una Constitución, véase BAGEHOT, 1928: 4.

elaboración de leyes. Quizá John LOCKE sea la única excepción, cuando insiste en el *Segundo Tratado* en que las personas «nunca estarían a salvo ni tranquilos, y que tampoco podrían considerarse como miembros de una sociedad civil, hasta que el poder legislativo recayera sobre un cuerpo colectivo formado por hombres, a los que se llamara senadores, parlamentarios, o lo que sea»⁴.

Parte de este consenso se explica por la idea, originada sin duda en antiguos prejuicios pero también avalada por la Ilustración, de que cuanto más multitudinaria sea la asamblea legislativa más bajo será el promedio de sabiduría y conocimiento entre los legisladores. Las opiniones del marqués de CONDORCET son paradigmáticas a este respecto. Demostró aritméticamente que la regla de decisión por mayoría hace que un grupo tenga más probabilidades de encontrar la respuesta correcta a una pregunta determinada que un hombre medio de ese mismo grupo (siempre que la competencia individual promedio sea mayor que 0,5), y que cuanto más numeroso sea el grupo mayor será la probabilidad de que la respuesta mayoritaria sea la correcta⁵. Sin embargo, también sostuvo que la competencia individual promedio tiende a *declinar* de forma independiente en la medida en que aumenta el tamaño del grupo, y entonces, por supuesto, la aritmética de la decisión de la mayoría nos lleva en la dirección opuesta, hacia la probabilidad de error:

Una asamblea muy numerosa no puede estar compuesta por hombres muy esclarecidos. Es también probable que aquellos que compongan dicha asamblea en muchos asuntos combinen una gran ignorancia con muchos prejuicios. De este modo habrá un gran número de cuestiones en las que la probabilidad de corrección de la opinión de cada votante se encuentre por debajo de 1/2. Esto significa que cuanto más numerosa sea la asamblea, mayor será el riesgo de que esté expuesta a tomar decisiones equivocadas⁶.

Aun cuando la ignorancia y la estupidez de un amplio grupo de legisladores no fueran un problema, subsistiría todavía una preocupación, expresada por ejemplo por James MADISON en *El Federalista*, acerca de lo proclives que son las masas a la pasión y a la influencia perniciosa:

⁴ LOCKE (1690a), 1997, II, par. 94: 271. Creo que Jean-Jaques ROUSSEAU también podría ser considerado una excepción en este punto. No obstante, para ROUSSEAU la cuestión importante era la de la democracia directa *versus* la representativa, mientras que el fenómeno que me interesa ahora es la preferencia por asambleas de representantes más grandes con respecto a las pequeñas. Véase también la nota 11 de este capítulo y el texto que la acompaña.

⁵ Volveré sobre el «Teorema del Jurado» de CONDORCET más adelante, en el apartado 4 del cap. VI.

⁶ Véase CONDORCET, 1976: 49. Véase también la discusión en ESTLUND *et al.*, 1989.

Cuanto más se acerca una asamblea pública a una multitud, en mayor grado participará de todos los defectos propios de las reuniones colectivas del pueblo. La ignorancia será incauta víctima de la astucia y las pasiones serán esclavizadas por la retórica y los sofismas. El pueblo no se equivoca nunca tanto como cuando supone que al multiplicar sus representantes más allá de ciertos límites, refuerza la barrera contra el gobierno de una minoría. La experiencia le enseñará siempre que, por el contrario, después de establecer el número suficiente para los fines de seguridad, información local y amplio contacto con toda la sociedad, frustrará su propósito cada vez que aumente el número de sus representantes. Quizá el gobierno adquiriera una apariencia más democrática, pero el espíritu que lo animará será más oligárquico⁷.

Sin duda, algo de esto se debe a «la gran mayoría [...] de miembros con información limitada y pobres capacidades», que estarán influidos por la elocuencia de unos pocos retóricos. Pero MADISON también parece sugerir que es probable que el «pensamiento de grupo» infecte una asamblea numerosa, independientemente de la calidad de los individuos que la compongan. Una gran multitud siempre está sujeta a diversas formas de «confusión e intemperancia»:

En todas las asambleas muy numerosas, cualquiera que sea la índole de su composición, la pasión siempre arrebató el cetro a la razón. Aunque cada ciudadano ateniense hubiera sido un Sócrates, sus asambleas habrían seguido siendo tumultuosas⁸.

Por encima de cualquier otra cosa, a los teóricos políticos les preocupa en qué medida un número elevado de representantes puede llegar a coordinarse suficientemente para generar un cuerpo legal coherente. En parte, la respuesta tiene que ver con la tendencia de las asambleas hacia el faccionalismo, la preocupación hobbesiana que he citado en el capítulo II: «Un Monarca no puede estar en desacuerdo consigo mismo [...] pero una Asamblea sí puede; y en medida bastante para producir una guerra civil»⁹. Pero incluso dejando a un lado el problema de la existencia de facciones, el tamaño excesivo de la asamblea se ha considerado siempre un obstáculo en sí mismo. William BLACKSTONE describió como «hércúlea» la tarea de extraer «un sistema de las opiniones discordantes de más de 500 consejeros» en una asamblea de representantes¹⁰. Jean-Jacques ROUSSEAU se preguntaba, en el *Contrato Social*, «¿cómo una voluntad ciega, que con frecuencia no sabe lo que quiere [...] acometería por sí misma una empresa tan grande, tan difícil,

⁷ MADISON, HAMILTON y JAY, 1994: número LVIII, 249-250. Agradezco a Marshall SANGER por esta referencia. Vale la pena leer la discusión completa de *El Federalista*, LV-LVIII.

⁸ MADISON, HAMILTON y JAY, 1994: LV, 235.

⁹ HOBBS (1651), 2003: cap. XIX, 178-179.

¹⁰ BLACKSTONE, 1864, citado en LIEBERMAN, 1989: 62.

como un sistema de legislación?»¹¹. En gran medida era esta dificultad de coordinación la que abordaba mediante su imagen del «dador de leyes» (*law giver*), una figura mítica que se distinguía tanto por su singularidad como por su «inteligencia superior». Un centenar de años más tarde, John Stuart MILL se preocupaba por la posibilidad de que las leyes fueran coherentes cuando eran «votadas cláusula por cláusula en una Asamblea compuesta de diversos elementos»¹². Sostenía de modo general que «ninguna colectividad, a menos que posea una organización y una jerarquía, es propia para la acción»¹³; y puesto que las funciones legislativas implican algún tipo de acción igual que las ejecutivas, MILL concluía que «las Asambleas numerosas son tan ineptas para la redacción directa de las leyes como para el ejercicio de las funciones administrativas»¹⁴. Walter BAGEHOT escribió más o menos al mismo tiempo y de modo similar acerca de la Cámara de los Comunes: «He aquí 658 personas, provenientes de todas partes de Inglaterra (*sic*), diferentes en naturaleza, diferentes en el aspecto y en el lenguaje»¹⁵. ¿Cómo puede suponerse que algo coherente surgirá de esta babel de propuestas y contrapropuestas transversales? BAGEHOT agrega que hay un refrán en Inglaterra que dice: «una reunión multitudinaria nunca sirve para nada»; y estamos gobernados por la Cámara de los Comunes, por una “reunión multitudinaria”»¹⁶.

Así que nuestra pregunta continúa en pie: ¿cómo es posible que algo que parece tan obviamente una mala idea —en palabras de BAGEHOT, el que sea una «reunión multitudinaria» la que crea el derecho— puede haberse atrincherado tanto como un principio de diseño constitucional?

3. DEMOCRACIA

El valor político que se asocia de forma más natural con el Parlamento moderno y con la autoridad de su producto (la legislación en tanto que derecho positivo) es el de la *legitimidad democrática*. Pero no todos los juristas aceptan dicha asociación. Algunos menosprecian las credenciales democráticas de las leyes porque dudan de la representatividad democrática del Parlamento o del Congreso, o porque se quedan fascinados por las dificultades formales de la teoría de la

¹¹ ROUSSEAU (1762), 1993: Libro Segundo, cap. VI, 38.

¹² MILL (1860), 1985: cap. V, 61. MILL continúa: «La impropiedad de ese modo de legislar llamaría la atención de todos los espíritus si nuestras leyes no fuesen ya, en cuanto a la forma e interpretación, un caos tan grande cuya confusión y contradicción no parece posible que aumente poder alguno».

¹³ MILL (1860), 1985: cap. V, 57.

¹⁴ MILL (1860), 1985: cap. V, 61.

¹⁵ BAGEHOT, 1928: 122.

¹⁶ BAGEHOT, 1928: 123.

elección pública, o simplemente porque no otorgan a la democracia otro valor que no sea instrumental o derivativo. A pesar de ello, la mayoría de los estudiosos de la legislación consideran que la exigencia de legitimidad democrática, siempre que podamos justificarla, es el mejor argumento que se puede dar en favor de la autoridad de una ley. Puesto que las credenciales democráticas y representativas del Parlamento ofrecen por sí mismas la mejor razón que un tribunal o un ciudadano puedan tener para someterse a sus decisiones.

Sin embargo, hay credenciales democráticas para todos los gustos. Un único gobernante electo, por ejemplo un presidente estadounidense, podría atesorar credenciales democráticas en virtud de haber tenido más apoyo popular que cualquier otro candidato al cargo. Pero no es éste el tipo de credenciales democráticas que asociamos a la legislación. Por el contrario, casi instintivamente asociamos la función legislativa a la autoridad de una amplia *asamblea*. El ideal democrático no explica por sí mismo esta preferencia, esto es, no explica por qué el respeto por la voluntad del pueblo implica, en el caso de un presidente, la elección de un solo individuo, mientras que en el caso de la legislación implica la elección de una asamblea de varios cientos de hombres y mujeres.

Lo mismo puede decirse de nuestra concepción de la representación. En teoría, una gran población puede ser representada por una sola persona. La teoría de la representación de Thomas HOBBS es el ejemplo más conocido de ello: «Una multitud de hombres se hace una persona cuando son representados por un hombre, por una persona»¹⁷. Sin embargo, en la práctica de la actividad legislativa preferimos un tipo de representación que permita que la pluralidad de los representados concuerde con una pluralidad de representantes. Aunque la idea de representación, en sí misma, no puede explicar esta preferencia.

La preferencia tampoco puede explicarse por el compromiso con la participación popular. De hecho, participa más gente en las elecciones presidenciales en Estados Unidos que en las elecciones de representantes para el Parlamento. Y nadie puede considerar seriamente que el tamaño del Parlamento sea un sucedáneo de la participación popular. Podría decirse que al insistir en la conveniencia de contar con Parlamentos grandes lo que intentamos es maximizar el número de ciudadanos directamente involucrados en el proceso legislativo. Aceptamos que por razones prácticas no todo el mundo puede participar directamente. Doscientos cincuenta millones de personas no pueden reunirse en una plaza de Washington para elaborar sus leyes, y aun cuando lo hicieran, serían incapaces de deliberar. Por lo tanto,

¹⁷ HOBBS (1651), 2003: cap. XVI, 158.

podría proseguir el argumento, debemos limitar la cifra de legisladores, pero intentando mantenerla lo más elevada posible. Ésta es la razón por la que tenemos centenares de legisladores, en lugar de una docena. Pero este argumento no es muy sólido. Aunque ya dije que debía resultarnos sorprendente la diferencia de escala entre el tamaño del Parlamento y el de las demás ramas del gobierno, el hecho es que esta diferencia es trivial cuando la comparamos con la que sería necesaria para la democracia directa. Los números no importan en realidad, pero a grandes rasgos son los siguientes: si el Parlamento estuviera formado por veinte miembros, el 99,99999 por 100 de la población de los Estados Unidos en edad de votar no participaría (en el sentido requerido por la democracia directa); de hecho, al tener quinientos miembros, sólo el 99,9998 por 100 se queda sin participar (siempre en el sentido requerido por la democracia directa). Nuestra teoría de la democracia directa sería extremadamente sensible si pensáramos que una pequeña diferencia como ésta importa en realidad.

Da la casualidad que la preferencia por las grandes asambleas legislativas es mucho más antigua que la propia democracia, por lo menos mucho más antigua que las formas de democracia que nos resultan más familiares. Como veremos en los apartados 4 a 6, dicha preferencia tiene mucho más que ver con una particular concepción del *derecho* y con lo que significa que un conjunto de normas constituya *el derecho del territorio* (*law of the land*) o el *derecho de un pueblo* (*law of a people*). Aunque en el mundo actual asociamos el carácter de *asamblea* del Parlamento a la idea de la representación democrática, en una concepción más antigua, que podría *enriquecer* la teoría democrática del derecho y no ser simplemente producto de ella, se asociaba la creación legislativa a un proceso que ponía en relación una propuesta legislativa con la complejidad y la multiplicidad de personas, regiones, relaciones y circunstancias a las que la ley propuesta debía ser aplicada.

4. LEGISLACIÓN Y COSTUMBRE

En el final del capítulo II me referí a la diferencia entre los modelos de derecho de raíz consuetudinaria y los modelos de derecho basados en la idea de un legislador soberano. Dije que del hecho de que tanto la costumbre como la legislación formen parte del derecho positivo no debíamos apresurarnos a inferir que ambas deban por lo tanto ser producto de la voluntad de alguna persona. Y sugerí que quizás debiéramos dejar abierta la posibilidad de que exista una diferencia parecida, relevante del mismo modo para la teoría del derecho pero oculta tras el término común de «legislación», entre la aprobación de leyes por parte de un legislador ilustrado y la actividad generadora de leyes desarrollada por una amplia asamblea representativa.

De hecho, existen importantes vínculos, y no sólo analogías, entre las dos distinciones, esto es, entre: 1) el legislador soberano *versus* la costumbre, y 2) el legislador monárquico *versus* la asamblea legislativa. La similitud importante se encuentra en el segundo término de cada antítesis: el derecho consuetudinario y la legislación de una asamblea. Aparentemente se trata de dos fuentes de derecho muy distintas, pero en los próximos apartados de este capítulo analizaré algunas conexiones importantes entre ellas, como, por ejemplo, las que encontramos en la historia de la teoría del derecho, y en particular en la teoría del derecho medieval. El denominador común es *el pueblo*. Puede decirse en ambos casos que «el pueblo se gobierna a sí mismo», y que entrañan lo que el historiador del derecho Walter ULLMANN denomina un modelo de autoridad jurídica «ascendente», más que uno «descendente»¹⁸. Tanto en la costumbre como en la legislación de una asamblea popular, el derecho emana de aquellos que están sujetos a la misma, sin que les venga impuesto desde arriba.

Como todos los análisis históricos, la discusión siguiente es más tentativa que categórica. Y sin embargo resulta estimulante porque creo que nos proporciona mejores indicios que los que podríamos obtener de la teoría del derecho convencional para explicar nuestro instinto constitucional en favor de las amplias asambleas legislativas.

5. *LEX TERRAE*: LA LEY DEL TERRITORIO

Comenzaré con una pregunta bastante obvia. ¿Por qué cuando los reyes ingleses Enrique III o Eduardo I legislaban en el siglo XIII pensaban que era importante reunir a cientos de sus súbditos en un Parlamento para ratificar su legislación, en lugar de crear derecho simplemente en virtud de su autoridad regia? No cabe duda de que parte de la respuesta tiene que ver con sórdidos asuntos fiscales. Entonces, como ahora, el consentimiento de los órganos parlamentarios era necesario (en la práctica, si no como una cuestión de principio) para la imposición fiscal. Pero ¿por qué asociar también la actividad legislativa con esta asamblea de súbditos? Después de todo, la única noción bien construida de autoridad legislativa en la filosofía del derecho de aquella época quedaba sintetizada por el adagio jurídico latino «*quod principi placuit, vigorem legis habet*»¹⁹. En dicha concepción, la ley venía dada por la *voluntas principis*, la voluntad del príncipe. Y dicha voluntad se concebía (en palabras de Walter ULLMANN) como «autónoma, inde-

¹⁸ Para la idea de modelos de gobierno «ascendentes» y «descendentes», véase ULLMANN, 1961: 19 ss.

¹⁹ «Lo que complace al príncipe tiene fuerza de ley».

pendiente y, para utilizar un término moderno cuyo uso en este contexto parece absolutamente legítimo, [...] soberana»²⁰.

La respuesta es que, mientras que «*quod principi placuit...*» puede haber sido la concepción dominante en la teoría del derecho académica de París o de Bolonia, no era la única concepción del derecho que el pueblo conocía. El derecho no ha sido concebido siempre bajo los términos del paradigma de la soberanía, la voluntad y el poder. Bajo una perspectiva más antigua y quizás históricamente más importante se lo concebía como la ley de un pueblo (*law of a people*) o la ley del territorio (*law of the land*), y no como la ley de un rey o la voluntad de un príncipe. Según esta antigua concepción, el derecho es originalmente algo que tenemos todos en común, algo esencialmente *nuestro*; de hecho es algo que existe únicamente en la medida en que se imbrica y forma parte de una forma de vida común. Esta manera de entender el derecho no hace imposible necesariamente el cambio jurídico, aunque recurra más habitualmente a metáforas del crecimiento orgánico que a metáforas de la innovación artificial. Ni siquiera hace imposible el cambio jurídico deliberado. Pero en la medida en que este cambio jurídico deliberado se interprete como una alteración en la forma de vida (y no simplemente como un cambio en la forma de operar de un aparato legislativo), a aquellos que se embarcan en dicho cambio les puede parecer apropiado intuitivamente, si no como fruto de una reflexión teórica, actuar de una forma que respete el estatus del derecho como algo esencialmente común, algo esencialmente compartido²¹.

No se trata de generalidades sentimentales. La concepción que entiende el derecho como algo sociológicamente «más denso» que los meros edictos de un príncipe, como algo imbuido en arreglos sociales existentes, el derecho, por decirlo así, de los fundamentos, era tomada seriamente en consideración en la sociedad medieval. Dado que encarnaba o simbolizaba las realidades del poder social, militar y económico, esta concepción del derecho era defendida celosamente por aquellos cuya posición política podía resultar socavada por un modelo más autoritario de legislación.

En ningún lugar se hace esto tan evidente como en el caso del derecho feudal y en la resistencia a las pretensiones teocráticas de la monarquía del rey Juan, surgida en Inglaterra a comienzos del siglo XIII. Un rey como Juan podía complacerse de poseer autoridad soberana *Dei gratia* y de tener el derecho conferido por Dios de gober-

²⁰ ULLMANN, 1961: 123.

²¹ Para una interesante especulación etimológica acerca de la diferencia entre «*legis-datio*» (el acto de un superior hacia sus subordinados) y «*legis-latio*» (más cerca de *producir* una ley —*ferre, latum*— que de *otorgar* una ley), véase ULLMANN, 1961: 125-126.

nar a su pueblo, utilizando leyes «tal y como él mismo las creaba»²². Ciertamente, sin esto no se podía comprender la *teoría* de la monarquía medieval. Pero la realidad de la posición del rey era mucho más complicada de lo que señalaba la teoría de la monarquía. Su posición venía acompañada de un conjunto de ideas feudales que, de hecho, contradecían severamente la teoría teocrática, y que situaban al rey dentro de una red de relaciones estables con otros miembros de la comunidad:

Lejos de permanecer fuera y por encima de la comunidad que le había sido encomendada, lejos de conformar por sí mismo un estado, lejos de que su *voluntas* constituyera la fuerza material del derecho, el aspecto feudal de su corona implicaba que en virtud del carácter contractual de los nexos feudales, tenía derechos y obligaciones, como los tenían sus señores feudales, que para los fines del gobierno y la elaboración de leyes debía proceder mediante consultas y acuerdos²³.

La noción clave en todo esto, una noción que ya he mencionado, era la de *lex terrae*, la ley del territorio, en el sentido en que esta expresión era utilizada en la Carta Magna (y no en la propia formulación de Juan, «*lex regni nostri*»):

Ningún hombre libre puede ser capturado y encarcelado, o desposeído, o proscrito, o exiliado, o embargado por cualquier medio, ni tampoco procederemos en su contra [...] excepto tras un juicio ante un tribunal formado por sus iguales de acuerdo a la ley del territorio (*per legem terrae*)²⁴.

Lex terrae significaba, en primer lugar, la ley que constituía el sistema feudal. Significaba la ley del territorio, y el conjunto de derechos de posesión y arreglos contractuales que vinculaban a señor y vasallo, desde las relaciones entre el rey y sus barones hasta las del más modesto siervo de la gleba y su feudo. Walter ULLMANN sostiene que la *lex terrae* no era un derecho consuetudinario en sentido estricto. Pero ciertamente era, de la forma más concreta posible, un derecho implícito en las relaciones sociales reales del país. Era un sistema

de desarrollo de los nativos, surgido de las exigencias de tiempo y lugar, hecho por el hombre y adaptado a las necesidades contemporáneas [...]. Por estas razones contrastaba grandemente con la teocracia puramente especulativa del rey. Era un arreglo de un marcado carácter práctico

²² La frase pertenece a *The Governance of England*, de Sir John FORTESCUE, citado por ULLMANN, 1961: 191. Véase también la discusión sobre la «*Dei gratia*» y sobre los juramentos medievales de coronación en ULLMANN, 1961: 117-137.

²³ ULLMANN, 1980: 58.

²⁴ Magna Carta, capítulo 39; he traducido «*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*», de acuerdo a las sugerencias de ULLMANN, 1961: 163-164. Para un punto de vista diferente, véase HOLT, 1992: 328.

que operaba sin estar muy cargado por el íncubo de los primeros principios, de los dogmas y de la Autoridad²⁵.

Dije que la ley del territorio comprendía en *primera instancia* los principios estructurales del feudalismo. Ésta era su estasis. Pero también poseía un aspecto dinámico, que conllevaba una concepción determinada del fundamento de la flexibilidad del sistema y una cierta actitud ante el cambio jurídico en general. Si el punto clave del feudalismo era el vínculo contractual entre señor y vasallo, la clave del cambio jurídico bajo la perspectiva feudal era el consejo y la consulta. Puesto que la ley debía crearse o modificarse, el hecho de que debiera hacerse sobre la base de la cooperación entre el rey y sus barones constituía, en todo caso, su esencia. Los barones eran una suerte de «consejeros naturales» del rey, y no consejeros *elegidos* por el rey. Bajo esta concepción, el nuevo derecho emergía de una pluralidad de personas consultadas, no de la voluntad única del príncipe. No estoy diciendo que bajo la perspectiva feudal el rey no tuviera autoridad por sí mismo. Pero el ámbito en el que podía actuar por iniciativa propia, en su trato con otros monarcas, por ejemplo, o al dirigir la casa real, no era considerado por sus súbditos un ámbito en el que la *lex terrae* pudiera ser modificada por una palabra suya. La *lex terrae* sólo podía modificarse en y por la *communitas regni*, la comunidad política del reino, un órgano esencialmente plural que estaba inicialmente compuesto por el rey y aquellos cuyas relaciones feudales con él constituían el entramado del reino. Y cuando, mucho tiempo después, la autoridad legislativa se vinculó a la rama democrática del gobierno, no es que el pueblo se hubiera apropiado de la autoridad legislativa soberana que hasta ese momento detentaba el monarca, sino que sus representantes electos comenzaron a ser tenidos como miembros indispensables de la *communitas regni* plural a la que siempre se le había atribuido este poder²⁶.

En su trabajo sobre este tema, Walter ULLMANN se empeña en subrayar que no debemos considerar la *lex terrae* como una costumbre popular, y que su marco legislativo no debe ser entendido como una creación populista del derecho. Es indudable que la *communitas regni* tiene muy poco que ver con el republicanismo cívico²⁷: ¡Simon de MONTFORT no era Hannah ARENDT! Ni los arreglos feudales ni los reclamos de los barones se entendían en términos remotamente parecidos a la

²⁵ ULLMANN, 1961: 152. ULLMANN también señala que, en efecto, *lex terrae* era el término del siglo XIII para lo que posteriormente fue denominado el *common law* de Inglaterra. Véase ULLMANN, 1961: 170, y también ULLMANN, 1965: 150.

²⁶ Para un análisis de la influencia de la máxima «*quod omnes tangit ab omnibus decidentur*» («lo que afecta a todos debería ser decidido por todos») en el derecho y la política inglesa, véase POST, 1964: 163-238.

²⁷ Véase también ULLMANN, 1980: 59.

igualdad política o la democracia participativa. ULLMANN insiste, no obstante, en que la idea más amplia de gobierno representativo se hizo posible de hecho gracias a las concepciones feudales que hemos señalado aquí. No se ha resaltado lo suficiente que el feudalismo era *esencialmente* pluralista: los arreglos feudales relacionaban estrechamente la autoridad abstracta del gobierno con un conjunto de señores poderosos, cada uno con derechos, estatus, territorio y jurisdicción propios. En teoría, podía haber una separación considerable entre la idea de la legislación hecha por el rey y sus barones y la idea de que *cualquier* elemento o lugar o corporación distintos en el *territorio* tenía derecho a estar representado en la creación del derecho. Pero los arreglos feudales eran prácticos y no teóricos. Y en términos prácticos, las dos ideas tienen una cierta resonancia: ningún *locus* significativo de poder en el territorio debía ser excluido del proceso por el cual se modificaba la ley del territorio. De manera similar, la autoridad legislativa de la *communitas regni* encarnaba la idea de que los únicos que podían determinar qué es lo que estaba en interés del reino eran los que resultaban sustancialmente afectados, y lo hacían únicamente mediante *su propio* discernimiento de *sus propias* necesidades y deseos. En la concepción teocrática, en cambio, lo importante era el discernimiento del rey acerca de los intereses de la comunidad; era dominante y a la vez suficiente un único discernimiento individual acerca de los intereses de todos. Bajo la concepción feudal, en cambio, se pensaba que en el proceso legislativo todos los sujetos principales del reino, y eran muchos, tenían derecho a defender sus propias opiniones. Una vez aceptado esto, las ideas más generales de la representación en la creación legislativa encontraron, como señala ULLMANN, una «entrada [...] fácil y sin estorbos»²⁸, y el desarrollo estable de la tradición inglesa que eventualmente incluyó a los comunes en la legislación parlamentaria comenzó a hacerse inteligible.

Mi objetivo es entender ahora lo que he denominado instinto constitucional en favor de la *creación de derecho por parte de una asamblea*, aun a la vista de que existe consenso generalizado entre los teóricos políticos contemporáneos de que las «reuniones multitudinarias» deberían ser el último recurso utilizado para legislar. Con esta breve y esquemática descripción de la actividad legislativa en la Inglaterra medieval creo que podemos hacernos una idea de por qué la noción teóricamente prolija de proyectar la determinación del derecho hacia la univocidad de un legislador único realmente nunca tuvo asidero en la realidad política o constitucional. Es posible que no siempre se haya compartido *nuestra* idea de la pluralidad de la comunidad. Nuestra concepción no es la feudal, y afortunadamente los últimos vestigios de ésta desaparecerán con los planes del nuevo gobierno británico para reformar

²⁸ Véase ULLMANN, 1980: 190.

la Cámara de los Lores. Pero de todos modos, la idea de que la comunidad para la que se elabora la ley es esencialmente plural, y que por su naturaleza es incapaz de estar representada por una sola voz, fue una segunda piel para nuestros predecesores feudales, como lo es, creo, para nosotros.

6. BARTOLO Y «PARIS POTENTIAE»²⁹

Existe una segunda conexión entre la legislación de una asamblea y el derecho consuetudinario que me parece digna de ser explorada. Esta conexión no se encuentra en los márgenes de la teoría del derecho medieval, en un húmedo reino feudal de la costa de Francia, sino cerca de su soleado centro, en las ciudades del norte de Italia. Como en el caso que acabamos de ver, dicha conexión ilustra la disonancia entre una teoría de la legislación organizada sobre la idea de «*quod principi placuit...*» y la realidad social del proceso legislativo ordinario por parte de los líderes (en *plural*) de la comunidad.

Desde el siglo XIII en adelante, ciudades como Pisa, Milán, Bolonia, Ferrara y Florencia desarrollaron paulatinamente sus propias instituciones de gobierno. Se enorgullecían de la independencia de sus instituciones republicanas, y las utilizaban de forma habitual para elaborar leyes que regularan las políticas y el comercio dentro de sus murallas. Desde todos los puntos de vista sus decisiones legislativas eran de muy alta calidad. Sin embargo, existía una dificultad teórica. La filosofía jurídica de aquel momento no reconocía la soberanía legislativa de las ciudades. Técnicamente, se encontraban sujetas al Sacro Imperio Romano, y el derecho romano no reconocía ninguna autoridad legislativa general salvo la del *merum imperium* del emperador. Con respecto a los reinos del sur de Italia y del norte de Europa, los juristas desarrollaron eventualmente concepciones teocráticas de la monarquía que les permitían afirmar «*rex in regno suo est imperator*»³⁰. Cuán útiles fueran estas concepciones es otra cuestión, como ya vimos en el apartado 5. Pero no quedaba claro de qué manera dichas doctrinas podían aplicarse a las ciudades autogobernadas. Aun en las ciudades gobernadas por un único individuo no se cuestionaba que el tirano local se considerara como los *princeps* de «*quod principi placuit, vigorem legis habet*», e indudablemente las doctrinas desarrolladas para la monarquía teocrática eran de poca o ninguna aplicación en las ciudades que con-

²⁹ Tengo una deuda con mi colega de Princeton Maurizio VIROLI por darme a conocer la contribución de BARTOLO DE SASSEFERRATO a la teoría del derecho.

³⁰ Aproximadamente: «El rey es Emperador en su propio reino».

servaban formas de gobierno republicanas³¹. ¿Cómo debemos entender entonces en términos jurídicos las capacidades legislativas, evidentemente exitosas, de tales ciudades?

El problema no es tan sólo filosófico. Los emperadores germánicos periódicamente luchaban por medios político-militares para satisfacer sus demandas históricas sobre el *Regnum Italicum*. Y las ciudades italianas, por su parte, medían su *libertas* en función de su habilidad para resistir ante tales agresiones, aunque no tenían forma de revestir de legalidad jurídica tales esfuerzos. Como muestra Quentin SKINNER:

Desde que se reanudara el estudio del derecho romano en las universidades de Ravena y de Bolonia a finales del siglo XI, [...] el principio cardinal de la interpretación jurídica —y la característica definitoria de la llamada escuela de glosadores— había sido el de apearse con absoluta fidelidad a las palabras del Código Justiniano, aplicando los resultados tan literalmente como fuera posible a las circunstancias pre-valetes. Ahora no podía quedar duda de que los antiguos libros de leyes declaraban en palabras precisas que el *princeps*, a quien los juristas convenían en equiparar con el Sacro Romano Emperador, había de ser considerado como *dominus mundi*, único soberano del mundo. Eso significaba que mientras los métodos literales de los glosadores siguieran siendo utilizados en la interpretación del derecho romano, las ciudades no tenían ninguna posibilidad de vindicar nada de su independencia *de iure* ante el Imperio, mientras que los emperadores contaban con el más enérgico apoyo jurídico posible en sus campañas por subyugar las ciudades³².

Esta dimensión política es importante, ya que excluye una de las posibles soluciones al problema teórico. En teoría, una ciudad podía tener el derecho de aprobar sus propias leyes como concesión o delegación del emperador; pero esto difícilmente podía ser considerado como base de una independencia soberana que el emperador se empeñaba en suprimir.

Otras posibles soluciones eran limitadas en su alcance. Nadie negaba que una corporación o un órgano colegiado como una universidad estaba capacitado para legislar sobre sus propios asuntos internos. Pero dicha legislación estaba limitada en su aplicación a aquellos que fuesen miembros del órgano en cuestión, mientras que era innegable que las ciudades ejercían algo más cercano a la soberanía territorial, al derecho de aprobar leyes que vinculaban a cualquiera que se encontrara dentro del perímetro de sus murallas o comerciara en sus mercados.

³¹ El fundamento originario de «*quod principi placuit...*» en el derecho romano era que el pueblo romano había transferido su poder legislativo originario. Véase TIERNEY, 1982: 56. La transferencia, sin embargo, no se entendía como reversible, y mucho menos como reversible al pueblo de otra ciudad que no fuera Roma.

³² Véase SKINNER, 1978, vol. 1: 27-28. Véase también CANNING, 1987: 18-19.

El problema, repito, era de filosofía del *derecho*. Incluso el problema político al que se refiere SKINNER consiste en asegurar un elemento de respetabilidad *de jure* para la independencia *de facto* de las ciudades. En la medida en que pudiéramos distinguir en aquel período entre juristas y teóricos de la política (lo que no es mucho decir), deberíamos afirmar que estos últimos tenían menos dificultades al respecto. El resurgimiento de la teoría aristotélica a través de filósofos como TOMÁS DE AQUINO y MARSILIO DE PADUA puso a la ciudad (en el sentido de *polis*) en el centro de la escena, y aun cuando tales filósofos argumentaron en favor de las monarquías, no consideraron que la legislación cívica fuera algo inherentemente anómalo³³. Sin embargo, debemos recordar que la autoridad de ARISTÓTELES en el pensamiento del siglo XIII no estaba fuera de toda duda: sus obras sobre filosofía natural habían sido censuradas en París en 1210, su *Política* no estuvo disponible en latín hasta 1250, y existían serias dudas acerca de su respetabilidad. Es cierto que TOMÁS DE AQUINO asumió la misión de emprender una «Gran Síntesis» del pensamiento cristiano y aristotélico. Pero el *eventual* éxito de su empresa y la prominencia de ARISTÓTELES y TOMÁS DE AQUINO en *nuestro* canon de pensamiento jurídico y político no deben confundirnos y llevarnos a pensar que en ese período todo el mundo consideraba a ARISTÓTELES como «el Filósofo», o que la filosofía ya se había convertido en lo que HOBBS posteriormente ridiculizó como «aristotelidad»³⁴. Los juristas albergaban tantas dudas sobre ARISTÓTELES como los obispos, aunque ARISTÓTELES tenía menos que decir en los asuntos que éstos consideraban importantes. Es cierto que en ese momento no resultaba nada claro de qué manera se podían combinar los argumentos de la *Política* con la adhesión literal de los glosadores al Código de Justiniano: ARISTÓTELES no era una autoridad en tanto que jurista y su filosofía del derecho encajaba mal con los principios del derecho romano. Incluso BARTOLO DE SASSEFERRATO³⁵, que hizo más que cualquier otro jurista por abrir la filosofía del derecho al espíritu de la nueva ciencia política, siempre citaba a ARISTÓTELES de tal modo que evidenciaba que no podía esperarse que su público de juristas estuviera familiarizado con su autoridad³⁶.

BARTOLO, «quizás el jurista más original de la Edad Media», en opinión de SKINNER³⁷, fue quien encontró una solución para el pro-

³³ Esto es particularmente cierto en el caso de MARSILIO DE PADUA, 1980: 27-80. Véase también MARONGIU, 1975: 406. Para el pasaje de AQUINO más afín a la legislación cívica, véase AQUINO, 1959b: 2-5. Sobre la prevalencia en la vida y el pensamiento medievales de las cuestiones basadas en el consentimiento, véase de forma general TIERNEY, 1982: 40-42.

³⁴ HOBBS (1651), 2003: cap. XLVI, 534.

³⁵ BARTOLO DE SASSEFERRATO vivió entre 1314 y 1357. No existe traducción inglesa de sus obras, así que las cito de fuentes secundarias (principalmente Sidney WOOLF y Walter ULLMANN).

³⁶ Véase WOOLF, 1913: 175 y 386. SKINNER tiene un punto de vista diferente sobre la confianza de BARTOLO hacia ARISTÓTELES; SKINNER, 1978, vol. 1: 72-73. Véase también VIROLI, 1992: 58.

³⁷ SKINNER, 1978, vol. 1: 29. Sobre la reputación de BARTOLO como «*princeps juristorum*» véase también ULLMANN, 1980: 266.

blema de la legislación. La clave de la contribución de BARTOLO, que le convierte en un posglosador, se encuentra en que reconocía que cuando la doctrina jurídica parecía contradecir hechos firmes y bien establecidos, en ocasiones era ésta y no los hechos la que debía ser modificada. Las ciudades legislaban de manera competente, actuaban como si fuesen soberanas, y su legislación parecía ser aceptada por aquellos sobre los que pretendía tener autoridad. Si la teoría del derecho negaba la posibilidad de esta capacidad legislativa sólo por la idea de que el único soberano era el emperador, entonces la teoría jurídica debía adaptarse a la realidad.

La adaptación se producía por medio de una analogía entre la ley y el derecho consuetudinario. Ningún jurista había negado nunca que la costumbre era una fuente legítima de derecho o que el derecho consuetudinario debía aplicarse a todos los habitantes de la localidad donde la costumbre estaba vigente, con o sin el imprimátur de un superior: «Ningún Emperador, Rey o Papa tenía nada que decir sobre los usos y costumbres propios del pueblo»³⁸. En la perspectiva tradicional, el derecho consuetudinario se basaba en usos antiguos. Sin embargo, BARTOLO sostuvo que el uso en sí mismo, como mera forma de conducta, no era lo importante para esta cuestión. La fuerza vinculante de la costumbre en tanto que derecho se basaba en el *consentimiento tácito* de aquellos cuyas vidas estructuraba y sin cuya aquiescencia nunca podría haber sido establecida. Como señala ULLMANN:

El uso es, en su opinión (de BARTOLO), “*causa remota*”, y el consentimiento tácito de la gente es “*causa proxima*” del derecho consuetudinario. “*Usus et mores sunt causa consuetudinis, dico causa remota, nam causa proxima est tacitus consensus, qui colligitur ex usu et moribus*”³⁹. La fuerza vinculante de las costumbres se adscribía, por lo tanto, al consentimiento tácito, que puede ser considerado como la voluntad del pueblo para imponer obligaciones y conferir derechos. Ciertos modos de conducta por sí mismos no generaban fuerza de ley⁴⁰.

Es cierto que la inferencia del consentimiento a partir de un patrón de conducta determinado siempre es problemática. Pero el problema se superó poniendo el énfasis en la frecuencia de los actos y transacciones en cuestión durante un largo período de tiempo. Cuando un pueblo orienta regularmente sus actividades de acuerdo con una norma que nadie le ha impuesto, durante un período de (supongamos) diez años, podemos afirmar con seguridad que se muestra de acuerdo a estar vinculado por dicha norma.

³⁸ ULLMANN, 1961: 283.

³⁹ Aproximadamente: «usos y costumbres (*mores*) son las causas de la costumbre (*custom*) —i. e., la causa remota—, pero la causa próxima es el consentimiento tácito, que se infiere de los usos y costumbres (*mores*)».

⁴⁰ ULLMANN, 1980: 269.

Una vez aceptada esta perspectiva consensualista del derecho consuetudinario, el próximo paso es bastante obvio. «Si los ciudadanos [...] pueden crear leyes no escritas mediante el consenso tácito, ¿que [razón] existe para no adscribirles la misma capacidad para crear leyes en forma de derecho escrito?»⁴¹. La única diferencia era simplemente la forma de expresión de la voluntad popular: el consentimiento tácito creaba el derecho consuetudinario, mientras que el derecho escrito se creaba mediante el consentimiento expresado explícitamente por una asamblea popular. Como señaló BARTOLO, «*tacitus et expressus consensus aequiparantur et sunt parís potentiae*»: el consentimiento tácito y expreso son equivalentes y de igual fuerza, al menos por lo que respecta a la generación del derecho.

Se trata de una conclusión destacable y muy sorprendente filosóficamente desde nuestra perspectiva actual, porque no sólo establece una equivalencia entre la costumbre y la legislación cívica, sino que lo hace mediante una analogía entre el consentimiento tácito y el expreso que, desde nuestra perspectiva en la filosofía liberal moderna, parecería manejar la cuestión precisamente en el sentido equivocado. *Nosotros* privilegiamos el consentimiento expreso, y consideramos el consentimiento tácito como el pariente pobre del primero, al que un teórico recurre cuando no existe ninguna otra base para la legitimidad. La conclusión bartoliana desafía no sólo esa prioridad, sino el razonamiento oculto tras la misma, dado que apela a una noción de consentimiento que es más sustantiva que lingüística. El bartoliano sostiene que una expresión explícitamente performativa del consentimiento que tiene lugar en un momento determinado puede no tener la fuerza legitimadora de un patrón duradero y establecido de conducta. La *afirmación* «estoy de acuerdo» puede ser el producto de un juicio caprichoso o desinformado. De hecho, su única ventaja parece ser su falta de ambigüedad lingüística, y ésta puede alcanzarse por parte del consentimiento tácito por otros medios (por su frecuencia y antigüedad, por ejemplo)⁴². El bartoliano sostiene incluso que en ciertas circunstancias podemos estar convencidos de tomar el momento lingüístico formal como el equivalente de una práctica duradera y establecida, y es así como podemos atribuir algún parecido a la legislación cívica con la dignidad y legitimidad de la costumbre.

En cualquier caso, ¿por qué era tan importante según BARTOLO un consentimiento de este tipo? Creo que la premisa oculta de su enfoque debe haber sido que el derecho requiere autorización desde

⁴¹ ULLMANN, 1961: 283. He modificado la primera oración de este pasaje para corregir una leve impropiedad. En el original de ULLMANN se lee: «Si los ciudadanos [...] pueden crear leyes no escritas mediante el consenso tácito, ¿qué *obstáculo* existe para no adscribirles la misma capacidad para crear leyes en forma escrita?».

⁴² Véase CANNING, 1987: 100.

arriba sólo en su aspecto *coercitivo* o *imperativo*, de acuerdo con la doctrina tradicional del derecho romano. Podemos hacer lo que nos plazca de manera consensuada (como dos personas pueden vincularse entre sí mediante un contrato sin autorización de un tercero) o podemos hacerlo de manera colegiada (igual que los que crean algún vínculo mutuo en una corporación de algún tipo), pero impartir órdenes que vinculen a los demás sin su consentimiento es una prerrogativa exclusiva del emperador. Por lo tanto, si el consentimiento tácito significa que las costumbres no requieren la autorización de un superior, entonces, por el mismo razonamiento, el consentimiento expreso significa que la aprobación de las leyes no requiere la aprobación de un superior. Podemos admitir que el argumento está un poco forzado, ya que dijimos que se suponía que este paso debía dar legitimidad a las leyes que se aplicaban a *cualquier persona* que entrara en la ciudad y no sólo a las que votaron en la asamblea en donde fueron aprobadas, por eso el modelo corporativista no brinda ninguna solución. Pero ésta es una característica del movimiento de los posglosadores: los términos del Código y la Glosa están forzados para permitir que la doctrina pueda cambiar efectivamente.

El resultado es que aquellos en los que BARTOLO había influido estaban en condiciones de ver su camino despejado hacia una respetable interpretación jurídica de la legislación cívica. Las ciudades podían legislar con la misma autoridad con la que desarrollaban y adaptaban sus costumbres. Dado que de este modo podían gobernar sus asuntos con el imprimátur propio de un superior, se transformaban en efecto en entidades soberanas o autogobernadas, una proposición que BARTOLO expresó con una frase sorprendente: «*civitas sibi princeps*»⁴³. Para los propósitos de la doctrina tradicional de la legislación, lo que ocurre es que la ciudad se transforma en su propio príncipe y puede aprobar leyes como le plazca (*prout sibi placet*) sobre cualquier cuestión que afecte al bien común⁴⁴.

Es claro que este argumento presupone un grado mínimo de organización republicana por parte de las ciudades a las que se aplica. Si el consentimiento del pueblo va a ser determinante para la legislación como lo es el consentimiento tácito en relación con la costumbre, debe ser un consentimiento arraigado en las mentes y vidas de aquellos que deberán vivir bajo las leyes que éste ratifica. En última instancia, la razón de que la ciudad posea autoridad legislativa es que un pueblo libre desea desarrollar su propia forma de vida, más que sujetarla a

⁴³ CANNING, 1987: 96, lo denomina «el golpe maestro de un jurista» de la propuesta bartoliana, y señala que viene a ser, finalmente, la versión cívica de «*rex in regno suo est imperator regni sui*». De este modo, como indica CANNING, «las actividades legislativas del pueblo, sean cuales fueren las demandas *de jure* del emperador, se abren paso hacia la soberanía».

⁴⁴ ULLMANN, 1961: 284. Para algunas discusiones acerca de los límites implícitos, véase WOOLF, 1913: 147 ss.

la autoridad de otro. Ésta es la característica del derecho consuetudinario, y como señala BARTOLO, también es lo característico de la aprobación de leyes por parte de asambleas cívicas. Evidentemente, la voluntad de un tirano a cargo de una ciudad no sale muy beneficiada del argumento de BARTOLO⁴⁵, ya que posee precisamente el tipo de imperio *de haut en bas* que se supone prerrogativa del emperador.

Podemos hacer además algunas observaciones sobre el *proceso* por medio del cual se verifica la voluntad del pueblo. En el caso de la costumbre, la voluntad del pueblo se manifiesta mediante su observación frecuente durante un período de tiempo relativamente largo. El paso del tiempo brinda una oportunidad para que las personas experimenten la norma o práctica en cuestión, a fin de darse cuenta de sus ventajas y desventajas, y mediante su conducta, o, mejor dicho, mediante el surgimiento de un patrón de conducta, manifiesten su aceptación, rechazo o modificación de sus términos. BARTOLO no caía en la trampa de pensar que el derecho consuetudinario requiriese un consenso unánime. Personas distintas en distintas situaciones tendrían experiencias diferentes de, y actitudes diferentes hacia, una determinada práctica. Pero aun así, con el paso del tiempo, acabarían buscando un punto de vista estable, el punto de vista de la mayoría. Es decir, tratarían de asegurarse de que no haya trabas ni objeciones a la práctica lo suficientemente extendidas como para hacerla no viable. Para que la legislación posea la misma legitimidad debe darse algún equivalente aproximado en el proceso de otorgar explícitamente el consentimiento. Presumiblemente el equivalente en el caso de una ley es alguna forma de deliberación, con *consensus majoris partis* (ahora definido de manera menos vaga que en el derecho consuetudinario) que emerge de la discusión de los pros y los contras de la propuesta legislativa. La deliberación es el equivalente de la experiencia, y el voto es el equivalente de la manifestación del consentimiento sobre la viabilidad de la práctica. Sin un procedimiento político de este tipo en el proceso de aprobación de una ley, la paridad entre costumbre y ley no sería convincente en absoluto.

⁴⁵ Véase WOOLF, 1913: 162-169. WOOLF advierte (p. 162) la ironía del logro de BARTOLO a este respecto: «Hemos señalado repetidamente que el pensamiento político de BARTOLO es eminentemente práctico, que sus teorías reflejan e interpretan al mismo tiempo las condiciones de la Italia de su tiempo. Pero deberíamos mejor preguntar si su pensamiento, aunque loable, no estaría fuera de contacto con aquellas condiciones. Podría decirse que, mientras que la tendencia general de su pensamiento había sido hasta el momento el liberar las *Civitates* de un Imperio que se erigía como una sombra, en realidad estaban cayendo rápidamente bajo el poder de los tiranos, de hecho la mayor parte de ellas ya habían caído». Pero responde (pp. 171-173) que, en primer lugar, BARTOLO creía que la tiranía sería un episodio pasajero en la historia de las ciudades italianas y no su destino permanente, y en segundo lugar que BARTOLO usaba su teoría populista de la autoridad legislativa como una premisa para la tarea compleja e indiscutiblemente práctica de valorar la autoridad de las leyes aprobadas por los tiranos de diversos tipos, *tyrannus manifestus*, *tyrannis velatus*, *tyrannus ex parte exercitii*, etc. Sobre esta concepción, véase WOOLF, 1913: 164-169.

Y ahora regresemos a nuestro tema de la legislación de la asamblea. Tanto en el caso de la ley como en el de la costumbre, el fundamento de su autoridad jurídica tiene que ver con un proceso, formal o informal, que reconcilia las experiencias y las opiniones plurales y dispares de aquellas personas que deberán vivir bajo la norma en cuestión. Por lo que respecta a las leyes, el proceso puede implicar una asamblea de personas, en el sentido literal, o, más comúnmente, alguna forma de consejo electo. La cuestión es que posiblemente, desde este punto de vista, la legislación no pueda ser concebida bajo el modelo de la conducta de un único hombre. Aun si estuviera implicado casi todo el pueblo, aun si en interés de la puesta en práctica aceptáramos la máxima bartoliana «*concilium representat mentem populi*»⁴⁶, todavía la flexibilidad práctica del consejo representativo sería una concesión del pueblo, en toda la diversidad de opiniones y experiencias, y no una aproximación a la univocidad de un monarca. Como señala ULLMANN:

Ya no se trataba de un superior discernimiento del legislador que determinaba lo que estaba en el interés del pueblo, sino que el pueblo mismo se reconocía perfectamente capaz de formarse su propio juicio sobre lo que estaba en su interés, puesto que en todo momento el pueblo retuvo el control sobre el consejo⁴⁷.

Si el pueblo creía que alguna experiencia significativa o alguna opinión importante estaba siendo descuidada o pasada por alto en el proceso de legislación, entonces, según este modelo, lo correcto era quejarse y hacer algo al respecto para garantizar que las leyes que se elaboraran en esta asamblea eran *sus* leyes y para que el fundamento de la legitimidad de dichas leyes representara supuestamente *su* opinión y *su* aceptación del lugar que las leyes debían ocupar en *su* forma de vida.

7. LA LEGISLACIÓN, ANTIGUA Y MODERNA

Todo esto me parece fascinante. Aunque estoy seguro que algunos lectores más analíticos han visto su paciencia puesta penosamente a prueba por «la mezcla [...] de feudalismo y erudición de anticuario sobre la filosofía del derecho inglesa» y que están tentados de preguntarse: «¿Necesita el derecho realmente toda esta antigua ornamentación gótica? ¿Posee la filosofía del derecho unos fines tan ociosos y banales para la humanidad que puede sentirse en deuda con objetos de interés del tipo que podría ofrecer una sociedad de anticuarios?»⁴⁸.

⁴⁶ Aproximadamente: «El consejo representa la mente del pueblo».

⁴⁷ ULLMANN, 1961: 216-217.

⁴⁸ SMITH, 1840: 8-9, citado con entusiasta aprobación por MILL, 1984b: 84.

¿A quién le importa, podrían decirme, lo que pensara BARTOLO o qué arreglos le parecieran satisfactorios al rey Juan y a sus barones? ¿Qué tiene todo esto que ver con nuestra comprensión contemporánea del Parlamento o del Congreso de los Estados Unidos?

No soy un ferviente admirador de la escuela histórica del pensamiento político de Cambridge⁴⁹, por lo que no haré una apología de la exploración histórica que hemos acometido. Pero estoy convencido, como sostuve en el capítulo II, de que nuestra comprensión de la legislación en la filosofía analítica del derecho contemporánea es pobre, y que necesita, para su mejora y reconstrucción, de toda la ayuda que le podamos brindar. Actualmente los filósofos del derecho hablamos de «Rex, el legislador», desarrollamos modelos de autoridad que se preguntan cosas como «¿bajo qué circunstancias *un hombre* tiene autoridad sobre otro?». Y lo mejor que podemos hacer desde el punto de vista filosófico con respecto al proceso interpretativo de una ley es presentarlo como si consistiera en una indagación sobre las intenciones de un único legislador. Decimos que esto es todo lo que puede hacer la filosofía analítica del derecho (de hecho, lo único que necesita hacer) para entender instituciones que *durante siglos* han comprendido a cientos de individuos que actuaban conjuntamente. El hecho es que los filósofos del derecho contemporáneos en Gran Bretaña y Estados Unidos no están realmente interesados en los Parlamentos y en la estructura legislativa. Tendemos a considerarlos ámbitos de la ciencia política o de la teoría de la elección pública, y no de la filosofía. Hablen con un filósofo del derecho sobre la estructura legislativa y les responderá, impaciente: «pero ¿cuándo hablaremos de la Corte Suprema y de la manera en que los jueces deben decidir casos?». Y nos quedamos así, perezosamente satisfechos, con la imagen de la legislación, la ley de Rex, que ya había sido cuestionada seiscientos años atrás por juristas que se tomaban su vocación más en serio de lo que hacemos nosotros.

Por supuesto que, tras esta descarga de bilis, es posible que nos pongamos de acuerdo en que existen algunos límites para el grado de confianza que podemos tener en alguno de los modelos discutidos a lo largo de este capítulo. Lo acepto. Una vez que la empresa legislativa se pone en marcha, toma vida propia, y puede perder fácilmente su íntima conexión con la comunidad y la pluralidad. No estoy sugiriendo que actualmente la práctica más o menos universal de congregar amplios órganos de representantes en asambleas para aprobar la legislación indique una sensibilidad hacia el cambio de la *lex terrae* que podría haber sido apropiada en el reino de Enrique III, ni tampoco sugiero que implique la recepción en el siglo XX de la equivalencia entre costumbre y ley expuesta por BARTOLO DE SASSEFERRATO en 1340

⁴⁹ Véase WALDRON, 1988: 132-136.

y 1350. El tema del que me he ocupado nos *es* tan poco familiar y tan extraño como parece.

Sobre lo que quiero insistir, sin embargo, es sobre el punto de que la comprensión del sistema feudal y del pensamiento de BARTOLO pone de relieve la antigüedad, artificialidad, infertilidad y ciertamente el carácter filosóficamente prescindible de los modelos de legislación con los que estamos familiarizados. Puesto que, aunque la *communitas regni* y la *paris potentiae* sean ideas de anticuario, la tesis de que entendemos mejor en qué consiste la legislación a partir del modelo de la acción intencional de un solo hombre es, ésta sí y en mayor medida, una cuestión de ornamentación gótica. Incluso aquellos a quien he citado en latín pensaban que las concepciones connotadas por «*quod principi placuit...*» estaban irremediablemente pasadas de moda. En otras palabras, en ocasiones una explicación histórica puede ayudarnos a ver cuán poco útiles son nuestros modelos *actuales*. Y si tenemos suerte, esta exploración podrá mostrarnos algunas alternativas. Finalmente, también podrá abrir un *espacio* en la filosofía del derecho para nuevas formas de reflexión sobre los Parlamentos y la legislación, nuevos caminos que prometan hacer de la pluralidad, el procedimiento, la estructura y los desacuerdos, rasgos centrales de nuestra filosofía del derecho, y no protuberancias marginales que deben eliminarse o ser relegadas a otras disciplinas con el fin de encajar en una filosofía del derecho procustea que está tanto política como teóricamente obsoleta.

CAPÍTULO IV

TEXTO Y POLIFONÍA

1. «TERTULIAS»

En el mundo contemporáneo, el acto de legislar no consiste únicamente en reunirse y votar. En el Parlamento se delibera, esto es, sus miembros *hablan* entre sí sobre las medidas que están considerando. Es por esta razón que en algunas ocasiones las deliberaciones son degradadas a la categoría de simples «tertulias», una crítica muy cercana al espíritu de la preocupación de BAGEHOT sobre las «reuniones multitudinarias»¹. Pero como señaló John Stuart MILL, debemos tener en gran estima las capacidades deliberativas de nuestros Parlamentos:

Los enemigos de las Asambleas representativas les reprochan frecuentemente ser el asiento triunfante de la charlatanería. No sé que una Asamblea representativa pueda emplear su tiempo más útilmente que hablando, cuando los asuntos de sus discursos son los grandes intereses públicos, y cada uno de ellos representa la opinión de una clase importante del país o de un individuo en quien una de esas clases ha depositado su confianza. Un Congreso en que cada interés, cada matiz de la opinión puede ver sostenida su causa, y sostenida con pasión, en frente del Gobierno y de los demás intereses y opiniones, puede hacer que éstos escuchen su voz y digan “sí” a sus exigencias, o demuestren claramente por qué dicen “no”. Es una de las instituciones políticas más importantes del Gobierno libre².

¹ BAGEHOT, 1928: 123.

² MILL (1860), 1985: cap. V, 65-66.

En este capítulo me ocuparé del estilo y de las condiciones de la discusión en el Parlamento, y de su relación con el carácter textual de la ley que se aprueba como resultado de la misma. El tema de la discusión, o más solemnemente, de la «*deliberación*», es ahora muy común en los debates sobre las instituciones democráticas. Hay un interés renovado en la *expresión*, el *discurso* y la *discusión* en la teoría política y la teoría del derecho recientes, en particular en la teoría influida por el trabajo de Jürgen HABERMAS³. Algunos juristas influidos por HABERMAS han sugerido, por ejemplo, que el compromiso con la Constitución de Estados Unidos «no es tanto la formulación de un conjunto de proposiciones como un compromiso de tomarse en serio la discusión política. [...] La Constitución se entiende mejor como base de apoyo para tales discusiones y como exigencia de un gobierno comprometido con mantenerlas»⁴. Sugieren también que la autoridad de las decisiones judiciales se «sustenta no tanto en la corrección percibida del resultado como en la coherencia del mismo, puesto que la coherencia permite la discusión, y en última instancia es la fe en nuestra habilidad para discutir moralmente lo que nos mantiene juntos»⁵.

Este punto nos conduce en buena medida a temas muy alejados de los que no puedo ocuparme ahora, como su esteticismo, por ejemplo, o su concepción del discurso como un fin en sí mismo⁶. Pero hay un punto que es particularmente importante para nuestros propósitos. En la teoría jurídica contemporánea del discurso existe la tentación constante de tomar como ideal de procedimiento implícito el modelo de una charla informal e íntima entre amigos. En alguna ocasión TOCQUEVILLE remarcó que los estadounidenses no podían conversar entre ellos sin acudir al estilo de la formalidad política: «Nos habla siempre como en una asamblea; y, si se le ocurre por azar irritarse, dirá: “señor”, dirigiéndose a su interlocutor»⁷. Nosotros corremos el riesgo de caer en el error opuesto. Estamos tan inmersos en los modelos derivados de la conversación ordinaria que tendemos a olvidar las formalidades necesarias para la discusión política en una sociedad populosa y diversa. Es cierto que una conversación informal entre amigos posee rasgos atractivos de igualdad, franqueza y respeto mutuo. Pero también suele basarse en la idea de que los participantes comparten opiniones implícitas y que su interacción se orienta hacia la prevención del desacuerdo adversarial y la consecución del consenso. Y éstos son, creo, objetivos engañosos, por lo menos en lo que hace a nuestros modelos de deliberación política.

³ Véase especialmente HABERMAS, 1990, y HABERMAS, 1996.

⁴ LEVINSON, 1988: 193.

⁵ CARTER, 1985: 143.

⁶ Para una crítica de las teorías del proceso político que toman el discurso como un fin en sí mismo, véase ELSTER, 1983. Véase también más adelante el análisis del cap. XI.

⁷ TOCQUEVILLE (1815-1820), 1996: vol. 1, cap. XVI, 251.

En cambio, quiero referirme a algunas características relativamente formales del debate legislativo. Me concentraré en aquellas que hacen que lo que sucede en el Parlamento sea un *procedimiento institucional*, y no una conversación, y que los resultados de los procedimientos legislativos aparezcan como un canon, y no como un consenso. Creo que estas características formales están inherentemente relacionadas con el hecho de que la función de los Parlamentos contemporáneos es la de reunir a una gran cantidad de personas —no precisamente para que tengan una charla informal—, que participan en las deliberaciones legislativas no a título individual, sino como representantes. En otras palabras, quiero explorar cómo debe ser el debate legislativo en el contexto de la relación entre el número de miembros, la estructura y la diversidad del Parlamento, por una parte, y la recepción y autoridad de la legislación como una fuente del derecho, por otra.

Podemos iniciar este viaje regresando por un momento a John Stuart MILL. MILL pensaba que las virtudes que hacían a un Parlamento apropiado para la discusión lo convertían también en un marco pobre para lo que denominaba «la redacción directa de las leyes»⁸. Compartía la opinión de los teóricos a los que hice referencia en el apartado 2 del capítulo III: una reunión multitudinaria no es una buena base para la acción pública. El obstáculo que él señaló consistía en parte en un problema de coordinación: «Ninguna colectividad», afirmó, «a menos que posea una organización y una jerarquía, es propia para la acción»; y en parte en una cuestión de pericia: «Hacer leyes es una de las cosas que exigen no sólo espíritus expertos y ejercitados, sino también formados en esta tarea por medio de estudios prolijos y numerosos»⁹.


Sin embargo, la solución que propone MILL no elimina la conexión entre el debate a gran escala y la *autoridad* legislativa, que, como vimos en el capítulo III, es uno de nuestros instintos constitucionales. Aunque necesitamos una «comisión legislativa» de expertos para elaborar los borradores y, si fuera necesario, codifique nuestras leyes, en ningún lugar de la propuesta de MILL se dice que esta comisión deba gozar de autoridad legislativa. Como señaló ROUSSEAU respecto de su dador de la ley (*law-giver*), «quien redacta las leyes no tiene, pues, o no debe tener ningún derecho legislativo»¹⁰. O, como afirmó MILL, «[la Comisión] representaría simplemente el elemento de la inteligencia, mientras al Parlamento le quedaba reservado el de la voluntad»¹¹. En realidad, tampoco esto mejora mucho las cosas. Si el Parlamento se involucra en la discusión del proceso de aprobar o rechazar una de las propuestas de la comisión, no representa entonces meramente a

⁸ MILL (1860), 1985: cap. V, 61.

⁹ MILL (1860), 1985: cap. V, 57-61.

¹⁰ ROUSSEAU (1762), 1993: Libro Segundo, cap. VII, 41.

¹¹ MILL (1860), 1985: cap. V, 63.



la voluntad como algo opuesto a la inteligencia; representa a la inteligencia, la inteligencia colectiva que emerge de la discusión, al servicio de la voluntad. O, por decirlo de otro modo, la inteligencia del Parlamento es una inteligencia práctica, mientras que la de la comisión es teórica, si bien una inteligencia teórica con una perspectiva de la implementación práctica.

Sin embargo, este punto no merma la necesidad de una noción de deliberación orientada específicamente hacia la función y las circunstancias de la legislación. Una asamblea que debate sobre conferir autoridad a una medida que se ha sometido a su consideración (sea una medida cuyo proyecto ha sido redactado por un subconjunto de sus miembros o por algún consejo parlamentario de expertos) hace algo distinto de promover una conversación abierta. Debe, por ejemplo, prestar atención a los plazos, tanto si se trata de una formalidad del procedimiento como de una exigencia de los retos ante los que se enfrentan. Debe respetar su responsabilidad, la de toda la asamblea respecto de su acción y de sus consecuencias, y la de los miembros que la componen respecto de sus electores. Debe deliberar en todas las etapas y aspectos de sus procedimientos, de tal manera que posibilite un proceso articulado en cada una de sus fases; para que un procedimiento que implica la elaboración de proyectos, consultas, comparecencias ante las comisiones, bicameralismo, comparecencias ante las comisiones (*hearings*), primera, segunda y terceras vueltas, y demás, pueda resultar en un proceso legislativo estructurado y unificado.

Por encima de todo, nuestra concepción de la deliberación legislativa debe respetar el hecho de que una asamblea representativa es típicamente un lugar en el que las personas que se reúnen son diferentes entre sí en sus *backgrounds*, experiencias y creencias, y a menudo opuestas en sus puntos de vista sobre las políticas, la justicia social y los derechos. Es más, no se trata solamente de características a las que debe ajustarse toda concepción adecuada de la legislación deliberativa, sino de los rasgos que resaltarán especialmente una buena concepción, dado que, como podemos ver, el derecho surge de un proceso legislativo con la pretensión de dar respuesta a las preocupaciones de los ciudadanos sobre el partidismo político, la ignorancia y los desacuerdos.

ARISTÓTELES, en el Libro III de la *Política*, sugería que «los muchos, cada uno de los cuales es en sí un hombre mediocre, pueden sin embargo, al reunirse, ser mejores que aquéllos (la minoría selecta): no individualmente, sino en conjunto»¹². En otro lugar he sostenido que tras esto se esconde la idea de que un gran número de individuos puede

¹² ARISTÓTELES, 1998: Libro III, cap. XI, 1281b, 136. Véase la cita más adelante en la nota 48 del cap. VI y el texto que la acompaña.



adoptar una diversidad de perspectivas sobre las cuestiones en consideración, y de que somos capaces de poner en conjunto tales perspectivas con el fin de alcanzar decisiones mejores que las que podríamos haber alcanzado por nosotros mismos¹³. Así como en la *Ética* ARISTÓTELES sintetiza una opinión sobre la virtud fuera de la *endoxa*¹⁴ (fragmentos de sabiduría popular y concepciones filosóficas diversas y opuestas) también imagina la política como un proceso al que cada miembro de una multitud contribuye mediante la argumentación y la confrontación a una inteligencia práctica que sobrepasa la inteligencia de la que cada uno es capaz por sí mismo.

Por supuesto que el hecho de que ARISTÓTELES (o, a estos efectos, John Stuart MILL) abrigara esta concepción no la convierte en correcta. Podemos suscribir o no la especulación de que, en un contexto legislativo, la mayoría puede alcanzar mejores resultados que una minoría al poner en común sus juicios y experiencias. Pero garantice o no mejores leyes, la existencia de perspectivas diversas en la comunidad y la necesidad de aplicarlas a las leyes propuestas son con toda seguridad rasgos centrales para cualquier explicación de por qué confiamos la función de legislar a una asamblea. Creo que estas características pueden ayudar a encuadrar la manera en la que debemos reflexionar acerca del propio proceso deliberativo. En este capítulo sostendré que nos ayudan en particular a entender el nivel relativamente alto de formalismo que se suele asociar al debate, la aprobación de una ley y el producto de una asamblea legislativa¹⁵.

2. DIVERSIDAD

Dije, algunas páginas atrás, que el problema con la ética del discurso es que tiene la tendencia a asimilar la deliberación política con las características más cordiales e informales de la conversación. Pero demos un paso en la dirección contraria. Supongamos que, en lugar de una conversación entre amigos, tomamos el siguiente caso como paradigma de la deliberación legislativa.

¹³ WALDRON, 1995b.

¹⁴ ARISTÓTELES, 1984: vol. 2, Libro VII, cap. I, 1145b1, 38.

¹⁵ En su discusión sobre «el formalismo inherente de una ley», ATIYAH y SUMMERS niegan este aspecto. Véase ATIYAH y SUMMERS, 1987: 96 ss. Distinguen entre: i) el «formalismo del rango» (*i. e.*, la prioridad sobre otras formas de derecho); ii) el «formalismo del contenido» (*i. e.*, la tendencia a incorporar elementos arbitrarios o convencionales); iii) el «formalismo imperativo» (*i. e.*, la aplicación de principios incorporados en una ley es no-opcional; no puede partir de «distinciones» como puede hacerlo el derecho casuístico), y iv) el «formalismo interpretativo o textual» (*i. e.*, la identificación del derecho encarnado en el texto de una ley con una fórmula lingüística canónica). El aspecto en el que más me centro aquí puede ser considerado como una quinta dimensión: v) el «formalismo del procedimiento». Argumentaré posteriormente en este capítulo que v) contribuye considerablemente a nuestra comprensión de iv).

Un gran número de personas se reúne en asamblea en una sala de sesiones, como representantes de los distintos sectores de una sociedad diversa. Supongamos que se trata de una sociedad radicalmente diversa, por lo que los miembros de la asamblea no sólo representan diferentes intereses y regiones, sino que provienen de contextos étnicos y culturales completamente distintos, y que ellos mismos representan todas esas diferencias políticas que los separan. Imaginemos, por ejemplo, que estamos ante el Parlamento nacional de la India o de cualquier otro Estado actual ampliamente diverso. Los representantes pueden pertenecer a diversas tradiciones religiosas, pueden estar familiarizados con formas sociales muy distintas, pueden tener opiniones muy desiguales de lo que da sentido a la vida. Incluso pueden no hablar la misma lengua. Quizás exista una lengua oficial estipulada para los procedimientos en el Parlamento; y si éste es el caso, pensemos que se trata de una segunda lengua para la mayoría de ellos, una lengua que usan con titubeos y de manera vacilante¹⁶. Es cierto que la presencia de todos ellos en la cámara atestigua el hecho de que comparten un cierto sentido de un propósito común, aunque quizás dicho propósito no consista en otra cosa que en la sensación de que cualquier intento para desenmarañar sus diversos intereses en Estados-«nación» más homogéneos, con un Parlamento cuyos miembros realmente se *comprendan* entre sí, estaría amenazado por los peligros y dificultades más espantosos¹⁷.

En la medida en que un órgano como éste intenta legislar sobre problemas comunes, es necesario que sus miembros sean capaces de hablar unos con otros, a fin de que cada uno pueda contribuir con sus juicios y perspectivas, incluyendo aquellos que de otra manera se encontrarían demasiado alejados de la experiencia de los demás legisladores a los que se dirige. Sin embargo, las mismas razones que hacen deseable y necesaria esta interacción son las que hacen poco probable que dichos miembros puedan proceder en sus deliberaciones como si estuvieran participando de una conversación abierta entre amigos. Sencillamente, no son tan transparentes entre sí como lo son los amigos, y no tienen tanto terreno común en el que las confianzas puedan ser compartidas, las premisas asumidas y los matices dados por sentado.

¹⁶ Para una discusión sobre el papel de las lenguas en la legislación, véase LAUNDY, 1989: 63-65.

¹⁷ Cfr. RUSHDIE, 1991: 404. «El secularismo, en India, no es sólo un punto de vista, es una cuestión de supervivencia. Si se permitiera que lo que los indios llaman comunalismo (políticas religiosas sectarias) tomara el control de las políticas, el resultado sería más horrible de lo que podamos imaginar. Muchos indios temen que ese momento pueda estar muy cerca. He luchado en contra de la política comunal a lo largo de toda mi vida adulta. El partido laborista en Gran Bretaña haría mejor en mirar las consecuencias de la voluntad de los políticos indios de jugar la carta comunalista, y considerar si, por la misma razón (los votos), es verdaderamente prudente la voluntad aparente de algunos políticos laboristas de hacer lo mismo en Gran Bretaña». He discutido esto en WALDRON, 1992: 792-793.

De hecho, las posibilidades de que se produzcan *malentendidos* mutuos y de que se hallen en conversaciones cruzadas (sobre cuestiones diferentes) aumentan considerablemente por las propias características de su situación que hacen importante, en los términos aristotélicos que se mencionan al final del último apartado de este capítulo, el que hablen entre sí. Los representantes no pueden tratarse mutuamente como miembros de una *gemeinschaft* estrechamente entretejida o como una «red de ex alumnos». Comparten poco más que un sentido superpuesto de los problemas comunes y un lenguaje bastante rígido y formal que utilizan en sus debates sobre tales problemas. Si alguien dijera, en la forma más bien cordial que utiliza la gente que comparte entendimientos tácitos: «vamos, tú ya sabes lo que quiero decir», es posible que la respuesta sería: «no, no sé lo que quieres decir. Será mejor que me lo expliques con detalle».

Por supuesto que éste es un ejemplo extremo. La Cámara de los Comunes en Gran Bretaña es mucho más homogénea, y el Congreso de los Estados Unidos lo es mucho más aún. Sin embargo, hay buenas razones para detenernos a examinar el modelo más extremo.

En primer lugar, como hemos visto, cuanto menos diverso sea el cuerpo de representantes, más débil será la tesis (al menos la tesis aristotélica) en favor de la legislación de una *asamblea*, como algo distinto a la legislación producida por un único representante individual.

En segundo lugar, y de forma más general, la exageración tiene ventajas en el análisis de tipos ideales. Al resaltar la diversidad asociada con la rotunda pluralidad de los Parlamentos contemporáneos, el modelo que he presentado ayuda a entender los desafíos y técnicas que implica la diversidad, al menos por lo que respecta a la deliberación y la toma de decisiones. Quizás en un Parlamento más homogéneo estas preocupaciones podrían descontarse *pro tanto*. A pesar de todo, existe cierta ventaja teórica en utilizar un modelo exagerado para centrar nuestra atención sobre ellas, en particular cuando, como sostendré, ofrecen un fundamento plausible para interpretar determinadas características de la legislación contemporánea que, de otra manera, quedarían difuminadas: por ejemplo, el alto grado de formalidad asociado tanto con la deliberación como con los resultados legislativos.

En tercer lugar, existen también razones filosóficas para adoptar este enfoque. Nos enorgullecemos no sólo de tener una sociedad diversa, sino también de tener una filosofía política, en particular una filosofía política liberal, orientada específicamente hacia los desafíos y dificultades de tal diversidad. La teoría del derecho debería participar de esta orientación. En sus presupuestos filosóficos sobre las fuentes del derecho no debería caer en el bando equivocado de la homogeneidad social. Es cierto, por supuesto, que la actual diversidad puede

ser algo menos extrema que lo que nuestros modelos jurídicos o políticos pueden manejar. Aun así, el instinto liberal nos dice que no deberíamos confiar en ello. De hecho, una crítica importante a las recientes teorías *comunitaristas* es que presuponen homogeneidad cultural y ética hasta un punto realmente temerario, dadas las circunstancias del mundo contemporáneo¹⁸.

En otras palabras, lo que estoy diciendo es que deberíamos ser cuidadosos y evitar erigir cualquier premisa de homogeneidad étnica y cultural como prerrequisito de nuestros modelos de política y legislación. Los limitados impulsos del comunitarismo, del tribalismo y del nacionalismo están haciendo suficientes estragos en el mundo por sí mismos sin el aliento de la teoría del derecho analítica. Si hay una concepción del derecho que no implique dicho supuesto, o que celebre la diversidad, o que en todo caso llegue a un acuerdo con ella, deberíamos intentar establecerla, y si fuese posible, dejarle un lugar en nuestra teoría del derecho.

3. REGLAS DE PROCEDIMIENTO

Hemos dejado a nuestros legisladores plurales en su cámara, un poco cohibidos y con una cierta desconfianza mutua. Podríamos imaginarnos que de vez en cuando alguno de ellos se pone en pie y formula una propuesta a sus colegas. Mi experiencia en reuniones universitarias indica que es probable que a continuación se genere una serie de respuestas, algunas opuestas a la idea del orador original, otras que parecerán no haberle entendido, otras realizarán una propuesta diferente o una contrapropuesta, que a su vez generará también respuestas confusas, etc. Algunos de los miembros podrán ponerse en pie y tejerán sus discursos sobre materias bastante diversas; otros harán referencia a sus electores, una referencia de poca o indeterminada relevancia; aun otros interrumpirán lanzando eslóganes políticos, cantando himnos, haciendo bromas o profiriendo amenazas. Se entrecruzarán cuestiones que varios miembros considerarán de gran urgencia. Las respuestas a una idea serán tomadas como respuestas a otra idea diferente, y nadie será capaz de seguir el hilo de los acuerdos alcanzados en ningún frente.

En este tipo de circunstancias comprobamos la importancia no sólo del tipo de comisiones legislativas de las que hablaba MILL, sino también, cuando su trabajo llega a ser tenido en cuenta, de cosas tales como el formalismo de la deliberación, los procedimientos parlamen-

¹⁸ Véase RUSHDIE, 1991: 404.

tarios y las reglas de procedimiento de ROBERT*. Es claro, considerando un escenario como el esbozado, que una asamblea como la nuestra necesita *estructurar* y *ordenar* sus deliberaciones, si queremos alcanzar alguna de las ventajas que según la teoría aristotélica pueden resultar de la legislación proveniente de la mayoría. Los miembros de nuestra asamblea necesitan reglas y procedimientos que ordenen cuestiones como las siguientes: ¿cómo deben iniciarse los debates y cómo deben concluir? ¿Quién tiene derecho a hablar, cuándo, con cuánta frecuencia y por cuánto tiempo? ¿Quién puede interrumpir, quién puede exigir la respuesta a una pregunta, quién tiene derecho a réplica? ¿Cómo se mantiene un criterio común de relevancia, o en otras palabras, cómo se asegura que no se produzcan conversaciones cruzadas? ¿Qué cuestiones, asuntos o detalles deben ser tenidos en cuenta en cada momento del procedimiento? ¿Cómo se seleccionan los temas de discusión, cómo se establecen las prioridades de los contenidos sustantivos y cómo se determina la agenda? ¿Cómo se relacionan el manejo y la conclusión de una sesión deliberativa con los poderes de resolución y acción de la asamblea?

Dicho suavemente, estas cuestiones pueden parecer obvias e indignas de la atención de la filosofía del derecho. Es tentador considerar las reglas de procedimiento como convenciones arbitrarias, sin significación filosófica propia. Pero creo que esto es un error. Muchos politólogos han observado la destacable similitud existente entre los procedimientos parlamentarios en todo el mundo. Sin duda hay razones históricas para ello: la influencia global de la tradición de Westminster, por ejemplo, como un legado prolongado del imperialismo británico. Pero la similitud también puede entenderse como una respuesta humana común a un conjunto similar de problemas: las circunstancias del procedimiento, por así decirlo¹⁹. Allí donde se perciba la necesidad de una acción común como resultado de la deliberación en circunstancias de diversidad y desacuerdos, pronto se percibirán también necesidades como las descritas en el párrafo anterior.

En nuestro modelo, los representantes sienten la necesidad de lo que Hannah ARENDT ha descrito como el «entresijo» de la política: un conjunto de reglas y procedimientos duraderos de un espacio público, una «estructura secular estable que dará albergue, por así decirlo, a su poder colectivo de acción»²⁰. ARENDT ha desarrollado una de las mejores teorías contemporáneas de las inclinaciones humanas a la polí-

* N. de los trads.: Las reglas de procedimiento para asambleas deliberativas elaboradas por Henry Martin ROBERT (1837-1923) se han convertido *de facto* en las reglas vigentes en gran parte de las asambleas de los Estados Unidos.

¹⁹ Cfr. RAWLS, 1971: 126-130, sobre la escasez moderada, el altruismo limitado y la diversidad ética y religiosa como «las circunstancias de la justicia». Véase también la discusión en el inicio del cap. IX.

²⁰ Véase ARENDT, 1973: 86, 175 y 249.

tica y a «los juegos del discurso, de la legislación y de los negocios transaccionales» en el ámbito público —en particular en su imagen del pueblo de los Estados Unidos de la época de la revolución que acude «a las asambleas de las ciudades, como sus representantes más tarde acudirán a las célebres convenciones, no sólo por un sentido del deber, y mucho menos para proteger sus propios intereses, sino que en la mayoría de los casos lo hacen para disfrutar de las discusiones, las deliberaciones y la toma de decisiones»—²¹. Sus intérpretes más románticos le atribuyen una concepción de la acción política indócil, agonista y virtuosa, que podría cuestionar la necesidad de algo tan mundano como las reglas de procedimiento de ROBERT²². Pero si afirmamos que a ARENDT no le preocupaban las formalidades del orden político estaremos perdiendo el sentido de su preocupación por los fundamentos, la construcción de la Constitución, la necesidad de paciencia y disciplina en la política, y la ardua tarea de construir y sostener un lugar donde la libertad humana pueda ser poderosa y no consumirse en la futilidad asociada (en su obra) con lo inmediato y lo natural²³. La imagería que ARENDT utiliza es la del «espacio físico», y con seguridad ningún accidente que tenga que ver con el procedimiento legislativo en el sentido más amplio se asocia con un interés en la forma y en el mobiliario de la propia cámara legislativa²⁴.

Ciertamente, ARENDT también destaca la espontaneidad con la que florecen las asambleas cívicas cuando se les da la oportunidad. Pero, en parte, lo fascinante de esto es que en tales ocasiones todos parecen saber que si constituyes una reunión pública, no importa cuán local sea, no importa cuán espontáneo sea el impulso, existen ciertos procedimientos que deben seguirse, que se debe elegir un moderador, que se deben presentar mociones, preguntas formuladas, enmiendas alegadas, discursos a favor y en contra, cuestiones de orden, sometimientos a votación, registro de las actas, etc. Si prestamos atención a todo ello, resulta sorprendente el grado en que se aproxima a una «segunda naturaleza» de nuestra cultura política, una parte importante

²¹ ARENDT, 1973: 119 y 131.

²² Véase HONIG, 1993.

²³ Cuando ARENDT utiliza la imagería agonista, se trata de la imagen del actor con una máscara en el drama formal griego, no la imagen de alguna representación abiertamente emotiva en el sentido californiano. Precisamente necesitamos formalidad porque no somos abiertos ni transparentes unos con otros, y por supuesto es un argumento central en la primera parte de *On Revolution* de ARENDT que el intento de desenmascararse los unos a los otros y de revelar el «verdadero yo» de cada uno conduce, en última instancia, a la locura y al terror. Véase ARENDT, 1973: 88-109.

²⁴ WHEARE, 1968: 3-9. Véase también ARENDT, 1958: 194-195: «Antes de que los hombres comenzaran a actuar, debía garantizarse un espacio definido y construirse una estructura donde pudieran tener lugar todas las acciones subsiguientes, siendo dicho espacio el ámbito público de la polis, y el derecho su estructura. Legislador y arquitecto pertenecían a una misma categoría».

de nuestro ser político, en el sentido aristotélico, como la facultad del discurso en sí misma²⁵.

4. EL TEXTO RESULTANTE

Me he centrado hasta el momento en la cuestión de qué tipo ideal de Parlamento plural contribuye mejor a nuestra comprensión del formalismo procedimental. Quiero pasar ahora a la formalidad de la legislación, de las leyes escritas consideradas como *producto* de procesos de este tipo.

Lo que debe ser caracterizado y explicado aquí es el modo en el que tomamos la legislación como un texto, el modo en el que nos sentimos vinculados por (y asociamos autoridad a) *las propias palabras* que el Parlamento produce, mucho más de lo que hacemos con respecto a otras fuentes del derecho (u otras fuentes de autoridad). A diferencia de los principios del *common law*, por ejemplo, los estándares incorporados en las leyes poseen formulaciones canónicas. Una ley genera «normas en una forma verbal establecida»²⁶: la norma que ha sido promulgada por el Parlamento es la norma expresada por las propias palabras que fueron utilizadas en el texto legal que el Parlamento aprobó. *Creo* que esto es lo que Hans KELSEN quería decir cuando escribió en la *Teoría pura del derecho* que

cuando se afirma que mediante uno de los actos arriba mencionados, o a través de los actos del procedimiento legislativo, se “produce” o “promulga” una norma, se trata solamente de una expresión figurada para decir que el sentido o el significado del acto, o de los actos que constituyen el procedimiento legislativo, es una norma. Con todo, corresponde diferenciar el sentido subjetivo del objetivo. “Debido” es el sentido subjetivo de todo acto de voluntad de un hombre orientado intencionalmente hacia el comportamiento de otro. Sólo que no todo acto posee también objetivamente ese sentido. Sólo cuando también cuenta, objetivamente, con el sentido de un deber, se caracteriza a lo debido como “norma” [...]. Que el acto legislativo, que subjetivamente tiene el sentido de lo debido, posea también objetivamente ese sentido, es decir: el sentido de una norma válida proviene de que la Constitución otorga al acto de legislar ese sentido objetivo²⁷.

En este contexto, KELSEN intenta distinguir entre el «deber» implícito en las prescripciones subjetivas de un ladrón y de un inspector de hacienda: «Pero sólo la orden del funcionario fiscal [...] tiene el

²⁵ Sobre la noción de «segunda naturaleza», véase KELLEY, 1990: ix ss.

²⁶ TWINING y MIERS, 1976: 58-59, citado en MACCORMICK, 1978: 56.

²⁷ KELSEN (1960), 1995: 21-22.

sentido de ser una norma válida que obliga al receptor»²⁸. Aunque podemos también interpretar que lo que hace KELSEN es advertir el hecho de que, en el caso de un Parlamento, los criterios de validez hacen que el contenido de la norma subjetiva y el contenido de la norma objetiva resultante sean lo *mismo*. Cuando el Parlamento *afirma*: «Toda persona en las circunstancias C debe abstenerse de actos del tipo A», se convierte en ley el que cualquier persona en las circunstancias C debe abstenerse de la acción A. Esto contrasta con la actividad generadora de derecho de los tribunales. Un juez puede decir: «el individuo P₁ debe abstenerse de la acción particular A₁ en un conjunto de circunstancias particular C₁», y los jueces y comentaristas jurídicos *posteriores* determinarán cuál es la norma general que según ellos ha sido establecida por este texto particular.

El contraste entre la legislación y las otras fuentes de derecho debe ser considerado cuidadosamente. Es cierto que hay textualidad en todo el derecho. Según BENTHAM, «el principio de legalidad debe predicarse de un conjunto de palabras; nunca puede ser predicado de un simple conjunto de ideas desnudas»²⁹. Incluso en un sistema puro de *common law* existen interpretaciones dotadas de autoridad de los textos en los que se expresan los juicios emitidos por un tribunal, incluyendo los fundamentos del razonamiento ofrecidos por todo juez —los registros judiciales y los repertorios de jurisprudencia— que efectivamente zanján cualquier disputa sobre lo que se dijo en un juicio determinado. En la tradición del *common law*, *lo que el juez dijo (las palabras exactas que fueron utilizadas)* no se entiende como algo esencial para la identidad del estándar subyacente. Un juez diferente puede creer que está siguiendo el mismo principio aun cuando utilice distintas palabras; y cuando lo hace no tiene la sensación de que la redacción original sea la canónica y la suya sólo una revisión o una reinterpretación de la misma. Simplemente, el principio carece de expresión canónica³⁰. Así, en el *common law* la interpretación no se orienta hacia una fórmula determinada de palabras como sí ocurre en el caso de las leyes³¹. Decir esto no supone negar que las leyes deben ser interpretadas o que las

²⁸ KELSEN (1960), 1995: 22.

²⁹ El pasaje continúa: «Sólo las palabras pueden ser vinculantes, porque sólo las palabras pueden generar certeza cuando llega el momento de que un individuo esté sometido al derecho». Jeremy BENTHAM, *A Comment on the Commentaries*, citado en POSTEMA, 1986: 291. Véase también BENTHAM, 1970b: 184 ss., sobre la «incompletitud» de las leyes no verbalizadas.

³⁰ Véase, no obstante, GREENAWALT, 1992: 66, para una discusión de la idea de formulaciones «superpuestas».

³¹ No debemos entender por ello que la distinción entre estándares redactados y no redactados canónicamente corresponden a la distinción entre «reglas» y «principios» de la temprana teoría del derecho de Ronald DWORKIN, véase DWORKIN, 1977: 22-31. La distinción de DWORKIN gira en torno al tipo de fuerza normativa que se supone que tienen diferentes estándares. Es más, DWORKIN insiste en que es un error suponer que incluso las reglas expresadas en las leyes poseen formulación canónica: «es un lugar común el que los juristas a menudo tergiversan las reglas establecidas en una ley cuando simplemente repiten la misma formulación lingüística

palabras de un texto promulgado (y su «sentido literal») a menudo resultan insuficientes para determinar la aplicación de la ley. Más bien el punto es que, en el caso de las leyes, el problema de la interpretación comienza con la idea de que existe «una única y definitiva formulación lingüística»³² de los estándares en consideración, que *hay palabras ahí* que de hecho pueden (o no) *tener* un sentido literal, mientras que en el caso de otras fuentes del derecho las dificultades hermenéuticas surgen de una base distinta.

Existen además diferencias importantes entre los sistemas jurídicos a este respecto. ATIYAH y SUMMERS señalan que los jueces ingleses «tienden a adoptar un enfoque más textual, más literal, mientras que los tribunales estadounidenses se aproximan [a las leyes] con sus propias propuestas y, por lo tanto, de forma más sustantiva»³³. Pero es posible que exageremos tales diferencias³⁴, y en todo caso, el punto no es que se le brinde el mismo respeto al lenguaje jurídico en todo el mundo, sino que en cualquier sistema jurídico se le brinda un respeto mucho más acusado que el que se le da al lenguaje utilizado por otras fuentes de derecho del mismo sistema jurídico, incluyendo las que también son textuales³⁵.

Mi corazonada es que esta canonicidad textual y el formalismo procedimental discutido en el apartado previo están conectados entre sí. A primera vista, no existe una razón obvia para que la formalidad del procedimiento deba necesariamente derivar en una formalidad del resultado o en una formalidad en la interpretación. Podemos imaginar una proclama de un monarca, con todo tipo de pompa y ceremonia formales, y teniendo tal formalidad el propósito de imprimir en sus

que la ley utiliza. Dos juristas pueden sintetizar el efecto de una ley determinada utilizando palabras diferentes [...]; ambos pueden estar diciendo la misma cosa» (DWORKIN, 1977: 76). Por supuesto que aun cuando esto sea cierto (sobre el modo en que los estándares se construyen a través de la interpretación), sigue siendo verdad que la formulación lingüística utilizada por la ley es canónica de una forma en que no lo son las formulaciones lingüísticas utilizadas por otras fuentes del derecho. Dudo que DWORKIN negara esto. Su caracterización reciente de la tarea del juez en relación con la legislación es la que sigue: «Él (*i. e.*, Hércules, el juez ideal) intenta mostrarnos un fragmento de la historia social (la historia de un Parlamento democráticamente elegido que aprueba *un texto determinado* en determinadas circunstancias), en su mejor lectura posible [...]». DWORKIN, 1986: 338 (la cursiva es mía).

³² Véase SUMMERS, 1991: 74.

³³ ATIYAH y SUMMERS, 1987: 100-101.

³⁴ ATIYAH y SUMMERS citan una observación de POSNER, 1983: 807-808, sobre que un juez «rara vez comienza su indagación con las palabras de la ley, y a menudo, para ser sinceros, no mira esas palabras en absoluto». POSNER reconoce que ésta es una descripción más fiel de la interpretación constitucional, y que sólo se aplica a la legislación en relación con las leyes que ya han estado bastante rodadas, que ya han generado un cuerpo abundante de *case law* y que incluso en su formulación original invocan conceptos y tradiciones propios del *common law*. Y pone el ejemplo de la *Sherman Act*.

³⁵ Véase, por ejemplo, la comparación entre leyes y contratos en el derecho americano, en SUMMERS, 1991.

súbditos su autoridad personal como legislador, y no mostrar su compromiso con las concretas expresiones lingüísticas utilizadas. En estas circunstancias, podríamos querer afirmar, con HOBBS, que «la naturaleza de la ley no es la letra, sino la intención o el significado, esto es, su interpretación auténtica (que es el sentido del legislador)»³⁶. Sin embargo, en otros casos, la existencia de un vínculo entre la formalidad del procedimiento y la formalidad del resultado podría ser más significativa.

Pensemos de nuevo en la difícil situación del Parlamento radicalmente plural que imaginamos en los apartados 2 y 3. Sus miembros encontraban necesario ordenar sus deliberaciones con reglas formales que regularan la fijación de la agenda, el inicio y la conclusión de la discusión, el derecho de intervención, la estructura del debate y las bases para la votación y toma de decisiones. Quienes estén familiarizados con el procedimiento parlamentario, sea en Parlamentos nacionales o en reuniones públicas a pequeña escala, sabrán que las reglas del debate se orientan y se ordenan por la idea de que en todo momento debe haber una *propuesta específica en discusión*. Aun en los foros más básicos, una vez que una moción es propuesta y secundada, el órgano deliberativo discute a partir de alguna fórmula lingüística específica, y el principio organizativo del debate viene a ser, a grandes rasgos, que todas las contribuciones a la consideración de *dicha propuesta*, deben ser escuchadas hasta que se agote el tiempo establecido para el debate o hasta que la cuestión definida por la propuesta se resuelva. La insistencia en que se formule una moción y la regla concomitante de que los oradores observen ciertas normas de relevancia en relación con tal moción son el fundamento básico por el que el procedimiento parlamentario pretende evitar la pesadilla de un grupo de personas discutiendo interminablemente sobre propuestas cruzadas y no consiguiendo alcanzar el tipo de contacto (sintético o dialéctico) entre todas las contribuciones que requiere la deliberación práctica.

De vez en cuando, en el transcurso de la discusión, alguien puede pensar que sería más inteligente que la asamblea discutiera una propuesta algo distinta de la especificada, quizás expresada de una manera sutil o sustancialmente diferente. Si quisiera insistir sobre este punto, las reglas parlamentarias establecen la posibilidad de proponer una enmienda que modifique la redacción de la moción en discusión. Los procedimientos se consagran entonces a la discusión de las virtudes de la enmienda, *qua* enmienda, y se vota este punto antes de reanudar la discusión sustantiva. Y una vez más encontramos una virtud en esta manera de hacer las cosas en una asamblea plural. En una conversación entre amigos, el tema de discusión puede cambiar de forma abierta,

³⁶ HOBBS (1651), 2003: cap. XXVI, 241.

y las personas habituadas a discutir entre sí poseen tanto la voluntad como la capacidad de no perder el hilo. Pero en una asamblea de personas extrañas entre sí, la deliberación se haría imposible si tuvieran la sensación de que el tema de discusión puede cambiar ligeramente después de cada una de las contribuciones. Así, aunque exista un procedimiento de enmienda, el hecho de que dicha enmienda deba también estar formulada y la existencia de las reglas de propuesta y adopción proporcionan un medio para seguir el hilo de la discusión, un medio que no depende de entendimientos implícitos que algunos miembros pueden no compartir.

Una vez que la discusión se ha agotado, puede llamarse a votación, y, entonces, nuevamente, si es que mi experiencia en reuniones universitarias sirve de algo, alguien se levantará y dirá: «estoy confundido. ¿Qué es exactamente lo que vamos a votar?». En una asamblea bien conducida, el secretario será capaz, llegado este momento, de leer la propuesta, tal como ha sido enmendada, que es ahora el objeto de la votación final. Una vez más, la determinación de esta propuesta formulada y enmendada es importante para establecer la idea de que todos orientamos nuestra acción de votar hacia un mismo objeto. Por ejemplo, para mí es importante saber que aquello que creo estar votando en contra es exactamente aquello que mi opositor cree estar votando a favor. De otra manera, la idea de que nuestros votos, en un momento determinado, van a ser agregados y comparados entre sí se convertiría en un sinsentido.

Por supuesto que lo que acabo de describir es rudimentario en comparación con los procedimientos que se emplean en las asambleas legislativas actuales, como la Cámara de los Comunes o el Congreso de los Estados Unidos. Los textos legislativos son más largos y complejos que el tipo de mociones que escuchamos en las reuniones públicas. Por lo general han sido redactados previamente en un borrador, de manera más o menos competente, y hay varias fases de deliberación, incluyendo la etapa de las comisiones, cuyos procedimientos son mucho menos formales, por las que deben pasar antes de ser adoptados, por no hablar de las vicisitudes de la bicameralidad, de las comisiones conjuntas entre el Congreso y el Senado para ponerse de acuerdo sobre las enmiendas que cada uno ha introducido, y demás. Sin embargo, estas complicaciones fortalecen en buena medida la necesidad de centrarse en un texto determinado y de coordinar las distintas fases del proceso legislativo. Sin un texto que considerar, corregir, enmendar, discutir y votar, el proceso de elaboración de leyes en una asamblea grande y difícil de manejar tendría un aire aún mayor de futilidad babeliana que el que normalmente se asocia al Congreso o a la Cámara de los Comunes.

Entonces, tanto si nos referimos a una reunión pequeña como a un proceso legislativo a gran escala, la postulación de un texto for-

mulado con el estatus de *resolución en discusión* proporciona un punto focal para ordenar la deliberación en cada estadio. La existencia de un texto, moción o resolución verbalizada es clave para las normas de relevancia, así como para la idea (que supuestamente las reglas de procedimiento proporcionan) de que las contribuciones de los participantes son relevantes para la propuesta y entre sí, y de que no están discutiendo sobre propuestas cruzadas. Quizás un órgano deliberativo unipersonal podría hacerlo ahorrándose toda esta parafernalia, aun cuando muchos de nosotros conocemos las virtudes mnemotécnicas de contar con una proposición formulada en nuestra propia y solitaria toma de decisiones. Y quizás también pueda lograrse en la toma de decisiones en un grupo pequeño o en una junta, si es que pueden avanzar hacia el consenso sobre la base de una conversación informal. Pero la idea de un punto focal para la discusión, algo cuya existencia sea distinta de la voluntad o de los entendimientos tácitos de los miembros concretos³⁷, o algo parecido, es indispensable en una asamblea amplia y plural de personas cuyo conocimiento y confianza mutuos son limitados.

5. PALABRAS Y SIGNIFICADOS

Dudo que este argumento convenza a aquellos cuyas contribuciones principales a la filosofía del derecho consisten en acentuar la indeterminación de los significados de las palabras que se encuentran en los textos jurídicos. Si finalmente las palabras pueden significar cualquier cosa, si todo juez y todo legislador es su propio Humpty-Dumpty, entonces parecería que la determinación textual como punto focal del procedimiento deliberativo no contribuye absolutamente en nada a mitigar la babel de voces y opiniones diversas con las que comenzó mi modelo. Si antes los miembros de la asamblea discutían sobre propuestas cruzadas porque no había una propuesta formulada sobre la mesa, ahora lo hacen porque le atribuyen significados muy distintos a las formulaciones en cuestión.

No existe una réplica contundente contra una objeción de este tipo³⁸, y es cierto que no tengo aquí espacio suficiente para brindarle la atención que se merece. Pero creo que el rumbo apropiado es el siguiente.

³⁷ Compárese con la caracterización de las ventajas de una Constitución escrita que encontramos en ARENDT, 1973: 157: «[...] la Constitución, un documento escrito, algo objetivo y perdurable a lo que, con toda seguridad, podemos aproximarnos desde ángulos muy diversos y a lo que podemos atribuir muchas interpretaciones distintas, que puede ser modificado y enmendado de acuerdo a las circunstancias, pero que en todo caso no se correspondió nunca con un estado mental subjetivo como el de la voluntad».

³⁸ Aunque véase GREENAWALT, 1992: 34-89. Cfr. WALDRON, 1993c: 553.

En la medida en que el derecho utiliza formulaciones verbales específicas, pretende, en tanto que institución social, conectarse y asociarse con otra institución, la institución del lenguaje natural. En particular, pretende asociarse con *cualquier determinación interpersonal que pueda haber en la comunicación por medio de lenguaje natural*. Y no lo hace gratuitamente, al margen de todo fetichismo por las palabras, o por la literalidad como tal. Lo hace por diversas y excelentes razones, algunas de las cuales las he intentado delinear en este capítulo. Dudo mucho que un derecho (o una teoría del derecho) así se comprometa con alguna teoría particular de cómo o por qué los lenguajes naturales poseen la determinación interpersonal del significado que poseen, o incluso de qué es lo que implica que posean tal indeterminación. Se trata de cuestiones fascinantes para lingüistas o filósofos, pero en la mayoría de los casos los filósofos del derecho no cuentan con la formación o el buen instinto filosófico necesarios para diferenciar una descripción plausible de una espuria. En cualquier caso, desde el punto de vista de la teoría del derecho lo que importa es que el lenguaje natural todavía parece ofrecernos alguna ayuda (aunque se trate, como sabemos, de una ayuda *limitada*)³⁹ con respecto de la determinación deliberativa. Tal vez no estemos en condiciones de decir por qué la especificación de un conjunto de signos dado, considerado significativo en el lenguaje natural, responde a ciertos propósitos asociados idealmente con el hecho de compartir ciertos significados. Tal vez no seamos capaces de decir mucho sobre qué es compartir un significado, pero es indiscutible que el derecho hace una apuesta exactamente de este tipo en favor de los recursos de determinación del lenguaje natural (sean como sean y tengan la explicación que tengan). Lo que he tratado de mostrar es la naturaleza y la importancia de tal inversión en el contexto de la creación del derecho por parte de amplias asambleas colectivas.

6. TEXTO Y AUTORIDAD

La que mencioné en el apartado 4 no es la única explicación posible de la textualidad de una ley escrita. A menudo los juristas destacan que la gente necesita saber cuál es su posición con respecto al derecho, y puede pensarse que la textualidad desempeña una función importante en términos de su *difusión*. Cuando Rex, el desafortunado legislador de Lon FULLER, anunció que los contenidos de sus códigos se mantendrían como un secreto de Estado, sus sorprendidos súbditos se sintieron profundamente ofendidos: «Declararon que era muy molesto

³⁹ Véase WALDRON, 1994a.

que un caso se decidiera por reglas, cuando no había modo de conocer cuáles eran dichas reglas»⁴⁰.

Puede ser incorrecto, sin embargo, asociar esta necesidad de predecibilidad con las características específicas de la textualidad legislativa. En primer lugar, en la medida en que esta textualidad legislativa asegura la predecibilidad, sólo puede hacerlo si el texto es de un cierto tipo, específico y no general, unívoco y no ambiguo, determinado y no vago, y libre de términos que pudieran poner al ciudadano a merced del juicio o discreción de un intérprete. La textualidad como tal no garantiza nada de esto⁴¹. En segundo lugar, la existencia de un texto canónico no es útil a los fines de la predecibilidad a menos que el texto sea relativamente estable, inteligible y pueda aprenderse. Los críticos a menudo acusan a la gran extensión de la legislación contemporánea, al número de propuestas de textos legislativos promulgados, y a su tamaño y complejidad, de militar en contra de la predecibilidad. Y esto no ayuda a entender todavía por qué F. A. HAYEK, quien en toda su obra ha destacado la importancia de la predecibilidad del derecho⁴², se opone en general a cualquier imagen del derecho centrada en la actividad legislativa⁴³. HAYEK sugiere que es más probable que las personas posean una idea de cuál es su posición, y de la base sobre la cual poder hacer planes, si se conciben a sí mismos como gobernados por amplios principios implícitos en un conjunto estable de prácticas sociales (interpretadas, sostenidas y ocasionalmente modificadas por jueces), que si se conciben como gobernados por el producto constante de reglas como formulaciones que surgen de un Parlamento. Para HAYEK, la base de la predecibilidad jurídica es la estabilidad de las instituciones de la propiedad y los contratos y no la textualidad de las leyes. Es cierto que si las personas deben ser gobernadas por medio de la legislación es mejor, desde el punto de vista de HAYEK, que sean gobernadas por un texto abiertamente legible que por órdenes secretas. Pero esto no significa que la textualidad canónica de la legislación contribuya de forma particular a la predecibilidad, en comparación con otras fuentes del derecho.

Lo que estoy sugiriendo es que la necesidad de predecibilidad por parte de los ciudadanos no explica todo lo que encontramos importante en la textualidad de la ley. Si rescatamos parte de la explicación ofrecida en el apartado 4, podremos iniciar la reflexión acerca de la relación entre la autoridad jurídica y la canonicidad textual de la legislación de una manera levemente distinta. Dejaremos para los capítulos V

⁴⁰ FULLER, 1964: 35.

⁴¹ Pensemos, por ejemplo, en la textualidad de la Octava y Decimocuarta Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos.

⁴² Véase HAYEK, 1960: esp. 142-161.

⁴³ Véase HAYEK, 1973: esp. caps. 4 y 6.

y VI buena parte de los argumentos sobre la autoridad jurídica, y me limitaré a ofrecer aquí unos breves comentarios.

La concepción de la autoridad aceptada en este momento de manera estándar entre los filósofos del derecho es la de Joseph RAZ. De acuerdo con RAZ, lo que permite reconocer a una persona o a una institución como autoridad en relación con una determinada materia práctica es que hacemos mejor en intentar seguir las directivas impartidas por tal autoridad, respecto de las razones que se aplican a nuestras acciones en dicha materia, que intentando descubrir por nosotros mismos qué debe hacerse en la materia en cuestión⁴⁴. Reconozco que el estado de New Jersey es una autoridad en materia de velocidad del tráfico si estimo que conduciré de manera más segura y eficiente en el Princeton Turnpike si sigo las instrucciones del estado y los límites de velocidad, que si intento encontrar la mezcla óptima de seguridad y eficiencia en cada localidad por mí mismo. ¿Cómo se relaciona esta concepción de la autoridad con lo que he sostenido acerca de los textos legales?

Una razón para pensar que los Parlamentos contemporáneos satisfacen la fórmula de la autoridad de RAZ es, como ya hemos visto, el argumento aristotélico acerca de poner en común perspectivas y experiencias diversas⁴⁵. Es más probable que una asamblea legislativa encuentre mejores respuestas de lo que pueda hacer yo solo porque sus miembros disponen de un abanico más amplio de experiencias y pareceres que el que yo podría acumular por mí mismo. Sin embargo, también hemos visto que la existencia de una discusión ordenada es necesaria a fin de asegurar que las ventajas aristotélicas resulten también de la deliberación de un grupo grande y plural. A menos que las experiencias y los conocimientos diversos de los distintos legisladores puedan conectarse y ser sintetizados, es poco probable que su interacción produzca estándares que sean superiores a los que cualquier ciudadano individual podría alcanzar por sí solo, y por lo tanto sería improbable que su resultado tuviera autoridad en el sentido raziiano. Una discusión ordenada requiere, entre otras cosas, centrarse en un texto determinado como moción a discutir. Sin ello, los participantes en la discusión no pueden estar seguros de que no están discutiendo sobre propuestas cruzadas. La textualidad de una medida legislativa entonces está conectada con las condiciones bajo las cuales puede ser plausiblemente considerada como autoritativa: la autoridad requiere

⁴⁴ Véase RAZ, 1979: caps. 1-2, y RAZ, 1986: caps. 2-4, esp. 53, para lo que RAZ denomina «la tesis de la justificación normal»: «La forma normal de establecer que una persona posee autoridad sobre otra implica mostrar que esta segunda probablemente cumplirá mejor con las razones subyacentes a las directivas supuestamente investidas de autoridad, si acepta las directivas como autoritativamente vinculantes e intenta seguirlas en lugar de intentar seguir directamente aquellas razones subyacentes».

⁴⁵ ARISTÓTELES, 1998: Libro III, cap. XI. Véase también WALDRON, 1995b.

una pericia superior, y ésta proviene de la deliberación entre personas diferentes entre sí. La deliberación entre personas diferentes sólo es posible sobre la base de reglas formales de procedimiento. Un texto acordado que centre la discusión resulta clave entonces para las reglas formales de procedimiento.

En el capítulo V sostendré que la concepción de la autoridad de RAZ no es la única relevante en circunstancias de desacuerdo⁴⁶. Los que discrepan acerca de qué razones son aplicables en algún ámbito de la vida poseen a menudo un interés común en someterse a una única determinación revestida de autoridad de cuáles son dichas razones. Bajo esta concepción, el respeto a la autoridad legislativa es en parte un reconocimiento de la necesidad de una solución común y una muestra de respeto hacia las condiciones de imparcialidad en las que se ha alcanzado tal solución común por parte de personas que discrepaban acerca de cuál debía ser.

Es tentador asociar esta concepción de la autoridad legislativa con los principios democráticos. Dije en el capítulo III que uno de los valores que en el mundo contemporáneo se asocia más habitualmente a la legislación *qua* derecho positivo es el de la legitimidad democrática. La idea es que debemos tener deferencia hacia las leyes aun cuando estemos en desacuerdo con ellas, y aun cuando pensemos que no pasan el *test* de la autoridad de RAZ, por el hecho de que han sido promulgadas por una entidad responsable (*accountable*) democráticamente. Pero ya vimos también en el capítulo III que el principio democrático, así establecido, es insuficiente para explicar por qué preferimos una *asamblea* legislativa a un único legislador electo⁴⁷. Creo que esto es también insuficiente para explicar la forma concreta en la que otorgamos autoridad a la legislación, tomándonos en serio las palabras exactas que se utilizan en la formulación que ha surgido de la cámara legislativa. La moraleja es que si queremos dar alguna respuesta al desafío de desarrollar una teoría del derecho genuinamente democrática debemos descender al nivel del detalle, y no quedarnos simplemente en los grandes rasgos. Debemos poner en relación los principios democráticos con la compleja textura del derecho. El argumento que presenté en el apartado 4 ofrece una explicación de la importancia de la textualidad, la autoridad de la *ipsissima verba*, que se orienta básicamente hacia las relaciones entre los mismos legisladores, más que directamente a la cuestión de su autoridad colectiva frente al pueblo. Se orienta a la noción de la legislación por parte de la mayoría, y sugiere que dicha noción puede producir ciertos efectos en la forma de considerar el producto legislativo de la mayoría por parte de sus intérpretes.

⁴⁶ Véase el apartado 6 del cap. V de este libro.

⁴⁷ Véase el apartado 3 del cap. III.

Permítanme regresar a la dimensión de equidad del respeto hacia la autoridad legislativa. El respeto hacia una ley se debe en parte a la importancia que damos al carácter representativo del Parlamento. En el capítulo V sostendré que en las circunstancias de la política es importante que las comunidades tomen sus decisiones en determinados foros, utilizando procedimientos que se muestren respetuosos con los desacuerdos y que permitan que las voces en contienda sean escuchadas en un debate sobre cuál debe ser la solución a un problema común. El respeto requiere una representación equitativa de la diversidad, pero ésta requiere a su vez que se preste atención a las condiciones bajo las cuales estos representantes diversos pueden deliberar conjuntamente de manera coherente. Y una vez más esto nos lleva a la importancia del texto legislativo como punto focal de una discusión ordenada. Entonces, el respeto hacia el Parlamento como un órgano basado en la equidad puede determinar no sólo que respetemos los estándares que éste establece, sino también los aspectos más formales del modo en que se han podido establecer dichos estándares, y por lo tanto que los respetemos bajo los auspicios de dicha formalidad (basada en el texto)⁴⁸.

Esta estrategia argumentativa ayuda a entender la posición dentro de los estudios legislativos que en ocasiones se describe como «textualismo». En manos de juristas como Antonin SCALIA⁴⁹, el textualismo frecuentemente parece ingenuo: la interpretación legislativa tiene que ver con la construcción de un texto, dado que obviamente el texto es lo único de lo que ésta puede partir. Los enfoques alternativos están desacreditados y la importancia del texto se defiende ferozmente, pero la *razón* de tanta importancia queda sin explicación. Dudo que la conceptualización que he ofrecido sea una explicación completa, pero sirve al menos como punto de partida. Y el punto más general consiste en señalar que es necesario prestar atención a explicaciones de este tipo si es que vamos a considerar al textualismo como algo más que una forma de censurar las aproximaciones más «creativas» o «dinámicas» a la creación legislativa.

⁴⁸ He desarrollado este punto aquí y en el cap. V como una cuestión de obligación cívica general hacia el poder legislativo. Una conceptualización más completa debería discutir de qué manera esto afecta el respeto específico debido al Parlamento por parte de los tribunales en el contexto de la legitimidad democrática y de la separación de poderes.

⁴⁹ SCALIA, 1997.

CAPÍTULO V

LEGISLACIÓN, AUTORIDAD Y VOTO

1. ¿ES ARBITRARIA LA VOTACIÓN?

Nos referimos en el capítulo IV a la importancia que tiene el hecho de que estén formuladas las propuestas de decisión (las mociones en discusión) a la hora de estructurar las deliberaciones en el Parlamento. En este capítulo quisiera concentrarme en la etapa siguiente, la de la aprobación. Me propongo observar el proceso por el que una propuesta deja de ser un simple ancla de la discusión y pasa a tener autoridad como fuente de derecho¹.

Es famosa la observación de Bismarck de que ni las personas a las que les gusta el derecho ni a las que les gusta las salchichas deberían prestar mucha atención a sus respectivos procesos de elaboración².

¹ A lo largo de este capítulo usaré la expresión «fuente de derecho» en el sentido que le da John Chipman GRAY. Véase GRAY, 1927: 84-85, 123-125 y 152. No es *exactamente* el mismo uso que le da Joseph RAZ en la «tesis de las fuentes»: «Un derecho tiene una fuente si su contenido y existencia pueden ser determinados sin utilizar argumentos morales [...]. Las fuentes de un derecho son aquellos hechos en virtud de los cuales éste es válido e identifican su contenido». RAZ, 1979: 47-48. Véase también RAZ, 1980: 210 ss.

² En “Community Nutrition Institute v. Vlock”, 749 F 2d 50, 1984, el magistrado (en aquel momento juez) Scalia atribuye este aforismo a Otto von Bismarck. El juez SCALIA dice en su razonamiento: «Este caso, que involucra requerimientos jurídicos sobre el contenido y el etiquetado de productos cárnicos como los frankfurts, ofrece una rara oportunidad para explorar simultáneamente ambas partes del aforismo de Bismarck que dice “ningún hombre debería ver cómo se hacen las leyes o las salchichas”» (p. 4). Otra atribución a Bismarck más temprana es la del magistrado presidente Terrell en “In Petition of Edward Graham”, 104 So. 2d 16, 1958: 18. Sin embargo, la misma cita es atribuida a Benjamin Disraeli por el magistrado Macfarlan en “Shields v. Shields”, 224 Kan. 604, 584 P 2d 139, 1978, y a Winston Churchill en SCHWARTZ,

Probablemente tenía en mente la caótica y desinformada representación del debate legislativo. Sin embargo, debe decirse que el proceso de aprobación y promulgación que le sigue no es mucho más apetitoso. Las mociones presentadas ante el Parlamento adquieren la autoridad jurídica propia de las leyes al ser *promulgadas*, es decir, al ser aprobadas por las distintas cámaras de la legislatura y sancionadas oficialmente por el jefe del Estado. Todo esto suena muy solemne y digno, hasta que recordamos que el método particular de aprobación en una cámara legislativa es el voto y la decisión mayoritaria; es decir, la determinación puramente estadística de si hay más miembros a favor del proyecto de ley que en contra. Los proyectos de ley no adquieren por sí mismos autoridad jurídica, se les atribuye dicha autoridad únicamente por los números con los que cuentan a su favor.

En muchos ámbitos resolvemos cuestiones lanzando una moneda al aire, como cuando queremos decidir qué portería defenderá cada equipo al comenzar un partido de fútbol. Nadie pensaría que *éste* es un fundamento adecuado para determinar las propuestas a las que debería otorgarse la autoridad de fuente de derecho. Pero contar votos se parece mucho más a lanzar una moneda al aire que al ejercicio de la razón y el intelecto que caracteriza la consagración de otras fuentes de derecho como, por ejemplo, el desarrollo de una nueva doctrina, un principio o una excepción en las deliberaciones de un tribunal. ¿Cómo podemos esperar entonces que la legislación sea tomada en serio, cuando para determinarla recurrimos a este método aparentemente arbitrario?

Podemos hacer que el proceso de creación de derecho mediante el voto parezca aún más arbitrario. Los estudios de la «elección pública» suelen considerar que Kenneth ARROW ha demostrado que ninguna decisión mayoritaria ni ningún otro método de agregación pueden garantizar la construcción racional y coherente de una preferencia de grupo a partir de un conjunto plural de preferencias individuales coherentes. Bajo ciertas condiciones, el método de agregación puede conducir al resultado de que el grupo «prefiera» la opción X a la opción

«Curiouser and Curiouser», 600. Existen muchas versiones diferentes del aforismo: «la elaboración de las leyes, como la de las salchichas, no es agradable de ver», «las leyes son como las salchichas. Nunca deberías ver cómo las hacen», «el derecho y las salchichas son dos cosas que nunca querrás ver cómo se hacen», «para conservar el respeto por las salchichas y por las leyes, nunca debes mirar mientras las hacen», «si te gustan las leyes y las salchichas, nunca deberías ver cómo se producen», y mi favorito: «cuanto menos sepa la gente sobre cómo se hacen las salchichas y las leyes, mejor dormirán por la noche». Nadie parece saber en qué ocasión hizo Bismarck esta observación, si es que fue él quien lo hizo. Hace algunos años corría el rumor en Internet de que se había rastreado la cita hasta su origen; desde entonces, sin embargo, el rastro parece haberse perdido. Agradezco (¿?) a mi colega de Columbia Peter STRAUSS por haberme metido en este asunto.

Y, Y a Z, y Z a X, siendo completamente arbitrario en este ciclo dónde hagamos descansar «el punto de vista de la mayoría»³.

Aunque se trata de un problema fascinante, no me ocuparé de él aquí por dos razones. La primera es que, como señalé en el capítulo II, el escepticismo de la elección pública debe afrontar ciertas objeciones, que ganan solidez progresivamente a medida que los observadores empíricos meticulosos valoran el hecho de que las asambleas legislativas no sirven de confirmación práctica de la arbitrariedad e inestabilidad que predice el teorema de ARROW⁴. Este teorema no garantiza de ninguna manera que los Parlamentos vayan a tener este tipo de problemas. Las condiciones en las que no se produce el ciclo de ARROW en el contexto del voto mayoritario son bien conocidas, y coinciden con las condiciones de buena parte de la política ordinaria y constitucional. Es más, los dispositivos procedimentales, como la fijación de la agenda, que pueden producir un determinado resultado aun cuando no se dieran aquellas condiciones, no pueden suponerse *a priori* como arbitrarios o injustos. En segundo lugar, es importante que no nos distraigamos de nuestro presente análisis sobre el voto y las mayorías. Si la decisión mayoritaria es un fundamento arbitrario para el derecho, incluso en los casos bien ordenados que *no* resultan afectados por el teorema de ARROW, como los casos en los que las preferencias de los legisladores son uniformes, o donde existe un método justo e independiente de fijación de la agenda, entonces se trata de un problema mucho más serio para la teoría de la legislación. Un problema que, en todo caso, necesita ser afrontado en sus propios términos, dado que podemos dar por hecho que los Parlamentos de todo el mundo continuarán utilizando las votaciones y la decisión mayoritaria como elementos centrales de sus procesos de toma de decisiones, con independencia de lo que digan los teóricos de la elección pública.

Considerándola ahora de una forma más amplia, la acusación de arbitrariedad tiene diferentes aspectos, al menos por lo que respecta a la legislación que deben ser abordados. El más importante de ellos es propiamente la distinción entre procesos arbitrarios y procesos razonados en un contexto en el que la razón es necesaria, teniendo en cuenta los altos intereses de política, moralidad y justicia que están en juego⁵. Las cuestiones de las que se ocupa la legislación afectan

³ Véase HARDIN, 1993, para una útil y reciente síntesis de este teorema.

⁴ Véanse FARBER y FRICKEY, 1991: esp. 47-62. Véanse también las notas 23-25 del cap. II de este libro y el texto que las acompaña.

⁵ Cfr. con POSTEMA, 1986: 15-16: «Desde el punto de vista de la teoría del *common law*, inevitablemente la legislación es el producto de una agregación provisional de voluntades arbitrarias. Dado que se ha considerado que la legislación es el producto de la voluntad, y no de la reflexión racional sobre un orden existente independiente de la voluntad, y dado que su validez depende únicamente de constreñimientos formales o procedimentales, no hay ninguna garantía de que las leyes sean razonables o justas».

a intereses individuales importantes que deben ser ponderados y, si no procedemos con mucho cuidado, existe el peligro de que algunas voluntades sean oprimidas o tratadas de manera injusta. Incluso el *voto* (el acto de contar manos alzadas) parece ser lo contrario al tipo de cuidado que la justicia requiere. Otros aspectos de la arbitrariedad tienen que ver con la inestabilidad de la ley resultante, fruto de que diversas facciones parlamentarias compiten aquí y allá por la superioridad numérica⁶, y por supuesto con la posibilidad de incoherencia que esto genera⁷.

Mi intención en esta parte del libro es presentar la legislación de una manera más caritativa que la que es habitual en la teoría del derecho. Como dije en el capítulo II, vale la pena preguntarse cómo sería desarrollar una imagen favorable de los Parlamentos y de sus procesos que coincidiera, en su idealismo, su normatividad y quizá también en su ingenuidad, con la imagen de los tribunales que solemos ofrecer en nuestra teoría constitucional. Digo esto en parte porque, en cuestiones de diseño constitucional, es importante comparar manzanas con manzanas. En el derecho constitucional contemporáneo a menudo se cita la arbitrariedad de la decisión mayoritaria en el Parlamento como una forma de fortalecer la legitimidad del control judicial de constitucionalidad. En el fondo se trata de una estrategia sin posibilidad de éxito. Los tribunales de apelación son invariablemente órganos colectivos, cuyos miembros discrepan a menudo, incluso después de haber deliberado. Cuando los jueces de un tribunal discrepan, también ellos toman sus decisiones mediante una votación y por decisión mayoritaria. La diferencia entre el Parlamento y el tribunal consiste en quién ha elegido a sus miembros, y no en el método de decisión que haya utilizado. De esta manera, si el voto produce decisiones arbitrarias, casi todo el derecho constitucional es arbitrario. Del mismo modo, como señalan FARBER y FRICKEY, si creemos, por las razones de ARROW, que «el caos y la incoherencia son los resultados inevitables del voto mayoritario, entonces los tribunales de apelación [...] fracasan igual-

⁶ Una aguda descripción de este problema se encuentra en HOBBS (1642), 1983: cap. X, 137-138. En muchos casos «los votos no son tan dispares, sino que los que han perdido tienen esperanzas de que algunos pocos de su misma opinión accedan de otra forma a hacer que su partido sea el más fuerte». Intentan, por lo tanto, ver «que el mismo asunto puede llevar de nuevo a la agitación, que lo que había sido confirmado antes por el número de los que entonces eran sus adversarios, puede ahora lo mismo en alguna medida quedar sin efecto [...]». Y HOBBS prosigue: «Se sigue entonces que cuando el poder legislativo reside en lugares como éstos, las Leyes deben ser inconstantes y cambiar, no de acuerdo a alteraciones en los estados de cosas, ni a la permutabilidad de las opiniones de los hombres, sino como le *convenga* a la mayor parte, ahora ocupada por ésta, después por aquella *facción*, puesto que las Leyes flotan por así decirlo, aquí y allí, sobre las aguas».

⁷ Cfr. POSTEMA, 1986: 16: «Dado que el cuerpo legal es un agregado provisional y en constante cambio de voluntades dispares, no limitadas por ninguna consideración sistemática, no hay razón para esperar que el producto legislativo resulte en un sistema internamente coherente y razonable».

mente [...]. Si aceptamos esta tesis en relación con los Parlamentos, no nos queda nada a lo que recurrir»⁸.

Sin embargo, como vimos en el capítulo II, la cuestión del control judicial de constitucionalidad no es el único motivo por el que necesitamos una teoría filosófica de la legislación. Y tanto si los tribunales recurren a la decisión mayoritaria como si no, es necesario afrontar con firmeza esta cuestión en relación con los Parlamentos. ¿Qué debemos hacer en un modelo ideal con la conexión real entre la creación legislativa y el voto? ¿Cómo podemos presentar la legislación como una fuente de derecho digna y respetable, cuando recordamos que una ley particular puede no tener valor jurídico en absoluto en el caso de que algún individuo estuviera ausente del Parlamento en el momento en que se contó un voto en particular, o si un capricho le llevó a votar en otro sentido? Siendo conscientes de esto, ¿cómo afecta a la forma en que interpretamos la disposición legislativa y al ánimo con que la recibimos y la integramos al cuerpo legal del derecho?

2. «DEMOCRACIA DELIBERATIVA»

Intento presentar la legislación bajo su mejor luz, pero trataré de evitar un enfoque que considero ingenuo de la misma.

Los defensores contemporáneos de la «democracia deliberativa» ponen el acento en la conversación y el consenso como valores centrales. Sostienen que idealmente «la deliberación tiene por objetivo alcanzar un *consenso*, encontrar razones que resulten persuasivas para todos los que se han comprometido a actuar sobre la base de los resultados de una evaluación libre y razonada de las alternativas por parte de iguales»⁹. Dicho ideal es importante en términos de la lógica de la deliberación: argumentar de buena fe significa presentar razones que (uno piensa que) el otro debería aceptar, y el que dos o más personas persistan en sus argumentos les hace advertir y perseguir la posibilidad de que al final las mismas consideraciones serán capaces de convencer a todos.

Sin embargo, aceptar el consenso como la lógica interna de la deliberación no es lo mismo que estipularlo como el resultado político correcto. Es aquí donde a menudo se equivocan los teóricos deliberativos. Suponen que el disenso o los desacuerdos son signos de la incompletitud o del carácter políticamente insatisfactorio de la deliberación. Su enfoque implica que algo debe estar mal en la política de la deliberación si la razón fracasa, si el consenso se nos escapa

⁸ FARBER y FRICKEY, 1991: 55.

⁹ COHEN, 1989: 23.

y si no nos queda otra cosa que contar manos alzadas. De hecho, algunos autores han sugerido incluso que sólo podemos estar seguros de que un proceso político *es* deliberativo cuando ha producido como resultado la unanimidad. Una política deliberativa, se nos dice,

busca una respuesta con la que todos podamos estar de acuerdo, por haber sido alcanzada tras un debate en el que todos han sido capaces, libre y completamente, de ofrecer su juicio razonado siguiendo reglas que no privilegian a ninguna persona y que no favorecen presuntamente ninguna respuesta [...]. Dado que todos pueden presentar su juicio razonado, todos están en posición de asegurar que la ventaja mutua obtenida en la respuesta abarca su propio bien. Dado que nadie ha sido privilegiado, todos están en posición de asegurarlo sólo abarcando igualmente el bien de sus conciudadanos, y demostrando así su igual respeto hacia ellos y hacia sus esfuerzos. Un intercambio razonado, en el que todos buscan una respuesta sobre la que todos deben estar de acuerdo, resulta en unanimidad. El procedimiento de la política deliberativa está entonces guiado por los estándares que su producto debe satisfacer¹⁰.

Bajo una concepción como ésta, los casos en los que es necesario realizar una votación deben parecer el reconocimiento de un fracaso.

Por lo tanto, al teórico de la democracia deliberativa le resulta tentador poner en tela de juicio, y marginar de su concepción de la deliberación, las votaciones y los procesos de toma de decisiones (como la decisión mayoritaria) implicados por dichas votaciones. Esto puede hacerse de modos diversos. Podría limitarse la aplicación del ideal deliberativo únicamente a quienes compartan presupuestos comunes, es decir, a aquellos que es poco probable que entren en desacuerdo, y a quienes conciben la política como una forma de descubrir cuáles son dichos presupuestos compartidos¹¹. O podría limitarse a ciertos ámbitos de la política, como la política constitucional, en los que el teórico en cuestión entienda que el consenso es más frecuente¹². O bien podría inferir que, si es necesario votar, es que hay algo incorrecto en las motivaciones de los participantes. Esta tercera estrategia es la más común y la más inquietante. Igual que ROUSSEAU, los teóricos de la democracia deliberativa tienden siempre a sospechar que la división entre facciones mayoritarias y minoritarias es un síntoma de que algunas personas, o todas ellas, están votando sobre la base estricta de su autointerés, y no de las cuestiones que conciernen al bien común, con el espíritu que presuponen los modelos deliberativos¹³. Admiten que existe un problema de teoría del segundo mejor a la hora de cam-

¹⁰ GAUTHIER, 1993: 320.

¹¹ Véase WALZER, 1983. Para una crítica, véase DWORKIN, 1985: 216 ss.

¹² Ésta parece ser la estrategia de GAUTHIER, 1993: 322.

¹³ ROUSSEAU (1762), 1993: Libro Cuarto, caps. I y II, 103-108. El mismo temor en YOUNG, 1996: 125-126.

biar las motivaciones de la gente e inculcarles las virtudes cívicas y el compromiso por el bien común que presupone la política deliberativa. Pero aun así piensan que una vez que *alcancemos* una genuina democracia deliberativa, la sórdida tarea del recuento de votos será absolutamente innecesaria, por lo menos en lo que se refiere a las cuestiones más importantes de principio. La autoridad de la legislación consistirá en su origen deliberativo, y no en sus credenciales mayoritarias.

No adoptaré este enfoque. Una buena teoría puede partir de presupuestos idealistas sobre las motivaciones de la gente¹⁴, pero si lo hace debe ser consciente de que en el mundo real, incluso después de la deliberación, la gente seguirá discrepando de buena fe sobre el bien común y sobre cuestiones de políticas concretas, de principios, de justicia y corrección, cuestiones sobre las que esperamos que un Parlamento delibere¹⁵. Las mejores teorías de la democracia deliberativa se caracterizan por su voluntad de aceptar este punto e incorporarlo en su concepción de la deliberación¹⁶. Y, ciertamente, creo que la filosofía del derecho debe situar esta perspectiva del desacuerdo en el centro de su teoría de la legislación y no en su periferia. Ignorarlo o querer mantenerlo lejos es como desear que la escasez se mantenga bien lejos de los fundamentos de una teoría de la justicia¹⁷.

3. POSITIVISMO JURÍDICO

Podemos entender que la preocupación por el voto forma parte de una preocupación más general por el derecho positivo. La idea del derecho positivo es la idea de una disposición que ha llegado a ser derecho de manera arbitraria, que es considerada como fuente de derecho en virtud de algún hecho o acción que no tiene ninguna conexión intrínseca con el contenido, sustancia o cualidad de la disposición misma. Ha sido establecida, y esto es lo importante; por lo tanto *aquí está*, y nuestra obligación como jueces o académicos es hacer algo jurídico de *esto*, y no de cualquier otra cosa que pudo haber sido establecida en su lugar.

La idea de que algo sea derecho por un *fiat* es problemática para la ética y la teología. Se trata del conocido problema del *Eutifrón* de PLATÓN: ¿puede una acción ser pía y buena sólo porque los dioses

¹⁴ Véase el texto que acompaña a la nota 24 del cap. 1 de este libro.

¹⁵ Véanse también KNIGHT y JOHNSON, 1994: 286-287.

¹⁶ Véase GUTMANN y THOMPSON, 1996: esp. cap. 2. El subtítulo del libro de GUTMANN y THOMPSON es: «¿Por qué no pueden evitarse en política los conflictos morales, y qué debemos hacer al respecto?».

¹⁷ Véase la discusión sobre las circunstancias de la justicia y, análogamente, sobre las circunstancias de la política en el apartado 7 de este capítulo.

la han ordenado? Y si el derecho por mandato se convierte en un problema en el cielo, ciertamente también lo es para la autoridad jurídica en la tierra. Recordemos la definición de derecho de Thomas HOBBS:

La Ley Civil es para todo súbdito el conjunto de reglas que la república le ha ordenado mediante palabra, escritura u otro signo bastante de la voluntad utilizar para la distinción de lo justo y lo injusto¹⁸.

Y la definición de mandato que la acompaña:

Mandato es cuando un hombre dice *haz esto* o *no hagas esto* sin esperar razón distinta de la voluntad de quien lo dice¹⁹.

¿Por qué el mero hecho de que alguien diga «¡haz esto!» debería proporcionar alguna razón para considerar que «esto» es un estándar de corrección? Podría haber algo en el «esto» que pudiera ser atractivo como criterio para la acción. Pero ¿por qué el hecho de que las palabras «¡haz esto!» hayan sido pronunciadas por un soberano²⁰ debería hacer que se impusieran a nuestra propia deliberación sobre una cuestión tan importante como ésta? Después de todo, el tono y las palabras del mandato podrían estar vinculados a *cualquier cosa*. Una neurona se activa en el cerebro del soberano y X se transforma en el estándar de corrección; otra neurona distinta se activa en su lugar y ahora lo correcto se define en base a no-X. Lo mismo ocurre con el voto. Un miembro de la asamblea titubea en el *lobby* del «voto afirmativo», y todos nos hallamos sujetos a X; el mismo miembro se tambalea en otra dirección cuando la votación es muy ajustada, y pasamos a estar gobernados por lo contrario.

Quizá hay otras cuestiones vinculadas con el hecho del mandato que vale la pena considerar. HOBBS afirma que si A le ha dicho a B «¡haz esto!», B puede suponer que su acción promoverá los intereses de A: «porque la razón de su mandato es únicamente su propia voluntad, y el objeto apropiado de la voluntad de todo hombre es algún bien para sí»²¹. El hecho de que el «esto» sea bueno para A puede ser finalmente una razón para hacerlo. De manera similar, el voto mayoritario puede significar que hacer X promueve los intereses de más legisladores de los que frustra, y si somos un poco cándidos respecto de nuestros representantes, esto también puede ser una razón para hacerlo. Pero todas éstas son razones débiles y poco convincentes,

¹⁸ HOBBS (1651), 2003: cap. XXVI, 233-234.

¹⁹ HOBBS (1651), 2003: cap. XXV, 226 (cursiva en el original).

²⁰ HOBBS (1651), 2003: cap. XXVI, 234. «La república es el legislador. Pero la república no es ninguna persona, ni tiene capacidad para hacer nada si no es mediante el representante (esto es, el soberano), y por eso mismo el soberano es el único legislador».

²¹ HOBBS (1651), 2003: cap. XXV, 226.

y lo que subyace a ellas no parece ser, en ninguna medida, suficiente para justificar la autoridad del derecho.

De todos modos, la mayoría pensamos que existe una razón mayor para respetar una disposición como fuente de derecho cuando quien la propone expresa una opinión acerca de qué es lo que nos conduce al bien común y no sólo a su propio autointerés. Pero entonces la preocupación respecto al derecho positivo puede ser expresada de forma muy clara. El bien común es algo sobre lo que cada uno de nosotros puede tener una opinión propia, y si alguien expresa su opinión, probablemente también tendremos una opinión acerca de la misma. Así que se producirán una argumentación y una crítica continuas. Pero ¿por qué en el transcurso de este proceso de opinión alguno de nosotros debería sentirse impresionado adicionalmente (no digamos ya impresionado concluyentemente) por el hecho de que una de estas opiniones consiga que su expresión o promulgación, de una forma determinada y en ciertas circunstancias sociales, logre establecerse (*positing*) como derecho? Después de todo, uno de los rasgos definitorios del positivismo jurídico es considerar que los hechos relativos a la expresión o la promulgación, a las instituciones, al poder, etc., que constituyen la *positivación* (*positing*) no sean ellos mismos, por la misma razón, consideraciones relevantes para el debate sobre los méritos sustantivos de la opinión en cuestión. En la concepción positivista, sea porque *han sido ordenados por una persona que es habitualmente obedecida*, o porque *forman parte de una práctica común de ese lugar*, o bien porque *cuentan con un mayor número de partidarios que cualquier otra opinión alternativa sobre esa cuestión*, los hechos sociales que transforman una disposición en fuente de derecho no la convierten, por sí mismos, en más razonable, respetable o atractiva. Sería como si en un debate importante se nos pidiera guardar respeto o tener deferencia hacia una opinión sólo porque fue expresada por la persona que hablaba más alto.

Éste es un motivo de preocupación general sobre el derecho positivo, y la cuestión de la que me estoy ocupando ahora acerca de las credenciales mayoritarias de la legislación es sólo un caso especial de la misma. De los positivistas jurídicos contemporáneos, H. L. A. HART es sin duda el mejor pertrechado para coger este toro por los cuernos. HART afrontó dicha preocupación general, negando que el hecho de que algo fuese considerado derecho a partir de un criterio positivo ofreciera alguna razón para respetarlo o tenerle deferencia. Señaló que la preocupación general sobre el positivismo jurídico se basaba en «una enorme sobrevaloración de la importancia que tiene el mero hecho de que podamos decir que una norma es una fuente válida de derecho»²². Lo que la teoría del derecho positivista sostiene, según

²² HART, 1983b: 75.

HART, no es que las disposiciones deben ser *respetadas* como derecho en virtud de algunos hechos sociales relativos a su origen, sino que deben ser *identificadas* como derecho sobre dicha base, dejando aparte una cuestión ulterior, una cuestión *moral* independiente, sobre qué respeto se les debe por esta u otra razón, si es que se les debe alguno²³.

4. EL ARGUMENTO DE RAZ

Joseph RAZ ofrece una respuesta más complicada a este problema, una que convierte en virtud (o al menos en necesidad) la arbitrariedad sustantiva de los criterios positivos por los que las disposiciones son identificadas como fuentes de derecho. Pero aun así, llega a una posición muy similar a la de HART: el derecho al respeto es algo que una norma debe ganarse y que no forma parte de lo que afirmamos cuando la identificamos como *jurídicamente válida*. El intrincado camino por el que RAZ alcanza esta conclusión es importante para nosotros, y quiero explorarlo aunque sea brevemente. RAZ sostiene que el derecho tiene pretensión de autoridad, y aunque de hecho puede no *tener* tal autoridad, no hay ninguna duda de que, por su forma, es *capaz* de tenerla. Entonces, según RAZ, lo que permite reconocer a una persona o a una institución A como autoridad en relación con una determinada materia práctica M es que hacemos mejor en intentar seguir las directivas impartidas por A, respecto de las razones pertinentes relativas a M, que intentando descubrir por nosotros mismos qué debe hacerse en la materia sobre M²⁴. Este criterio sería derrotado si tuviéramos que descubrir por nosotros mismos qué es lo que debe hacerse sobre M a fin de reconocer algo como la directiva de A en esa materia, y esto es lo que un criterio sustantivo de validez jurídica requiere. Es importante así, para la pretensión de autoridad del derecho, que reconocer y seguir algo como derecho sea considerado *una alternativa a* intentar descubrir por uno mismo lo que debe hacerse sobre la materia de la que se ocupa el derecho. Por lo tanto, es importante también que los criterios para reconocer algo como derecho no estén relacionados con los méritos de la cuestión que el derecho se propone resolver. En este sentido, está bien que los criterios de validez jurídica parezcan arbitrarios con respecto de la cuestión sustantiva²⁵.

Llamaré a esto el argumento de RAZ y regresaré al mismo más adelante en este capítulo²⁶, puesto que una versión del mismo tendrá un papel relevante en la tesis que quiero sostener sobre el respeto,

²³ Véase también HART, 1961: 256-261.

²⁴ RAZ, 1986: 53.

²⁵ Me baso aquí en RAZ, 1994: 202-204 y 214-215.

²⁶ Véase el apartado 10 de este capítulo.

no ya sobre la *autoridad*, en el sentido raziano, que debe concederse a los resultados del voto mayoritario.

Por ahora, nótese que este argumento atenúa (o pretende atenuar) muy poco el temor hacia la arbitrariedad. RAZ no muestra que para que el derecho esté dotado de autoridad los criterios para identificarlo deban ser arbitrarios *tout court*, si es que debe haber algún tipo de arbitrariedad. Lo que muestra, *negativamente*, es que si el derecho debe estar dotado de autoridad, los criterios que utilizamos para identificar una directiva como derecho no deben incluir nuestro propio descubrimiento de lo que debe hacerse sobre la cuestión sustantiva de la que se ocupa la directiva. Los criterios no deben ser *no-arbitrarios en este sentido*. Tanto los mandatos de un soberano unitario como los resultados de un proceso de voto mayoritario pasan este *test* negativo. Y también lo hace el dictamen de un augurio, un chimpancé con una máquina de escribir, y el resultado de lanzar una moneda al aire.

En su aspecto afirmativo no podemos considerar que una directiva D esté investida de autoridad (en la concepción de RAZ) a menos que haya alguna forma de identificar D como aquello que es mejor que hagamos en lugar de confiar en nuestro propio juicio. Aunque como muestra el argumento de RAZ, esta forma de identificación no puede ser sustantiva; sólo puede ser procedimental o institucional, o estar relacionada con el origen de la directiva. Debe haber algo en el origen de D o en el procedimiento por el que se alcanzó que nos proporcione una mayor confianza en intentar seguir D que en intentar descubrir por nosotros mismos lo que debe hacerse sobre la materia de la que D se ocupa.

5. EL MODELO DE LA ASAMBLEA *VERSUS* EL MODELO DE LEGISLADOR ÚNICO

El requisito afirmativo de RAZ puede suponer una dificultad mayor para la legislación producida por una asamblea que para otras fuentes del derecho. Los positivistas clásicos (Thomas HOBBS, Jeremy BENTHAM, John AUSTIN) caracterizaban la legislación en términos de la actividad de una sola persona, *el soberano*, que reflexionaba sobre los problemas jurídicos y presentaba respuestas claras y unívocas²⁷. Parte de lo que tales autores tenían en mente era la diferenciación entre la autoridad de lo promulgado por un legislador y la autoridad del *common law* o del derecho consuetudinario. Como dije en el capítulo II, en la teoría del derecho de finales del siglo XVIII y del siglo XIX, la legislación tendía a asociarse con la razón y el pensamiento racional,

²⁷ Véase el apartado 5 del cap. II.

con la capacidad de una mente ilustrada de deshacer «la telaraña de la antigua barbarie»²⁸, para rescatar las soluciones racionales de entre los estratos del uso local, para reemplazar «el montón inmenso y desordenado» de reglas del *common law*²⁹ por principios coherentes y racionales. De hecho, el logro intelectual de un legislador único parecía tener más en común con el derecho natural o divino que con la insignificante realidad terrenal de las normas que generaciones de gente común habían establecido por sí mismas³⁰.

En una diferenciación de este tipo, sin embargo, la legislación hecha por una *asamblea* en lugar de por un único individuo presagiaba poner las cosas peor y no mejor de lo que ya estaban con el *common law*. De hecho, los primeros positivistas albergaban dudas acerca de si una asamblea podría actuar conjuntamente para producir una disposición legislativa inequívoca. HOBBS decía que «un monarca no puede estar en desacuerdo consigo mismo debido a envidia o interés, pero una asamblea sí puede, y en medida bastante para producir una guerra civil»³¹. Es más, a menudo la actividad de un legislador unitario era concebida no sólo como legislativa, sino también como codificadora. Cualquier explicación de la autoridad de un órgano creador de derecho debe prestar alguna atención al efecto que produce una ley particular en la coherencia general del derecho. Se han expresado grandes dudas sobre la capacidad de las asambleas a este respecto, siendo las de John Stuart MILL paradigmáticas:

Cada cláusula de la ley exige ser redactada con la percepción más exacta y previsoras de su relación con las demás cláusulas, y que la ley, una vez completa, ha de fundirse y encuadrarse en el conjunto de las preexistentes. Es imposible llenar estas condiciones en un grado cualquiera cuando las leyes son votadas cláusula por cláusula en una asamblea compuesta de diversos elementos³².

Distintos miembros de la asamblea defenderán con entusiasmo diferentes partes del proyecto de ley que está en consideración, y otros se mostrarán también inquietos ante el impacto que pueda tener la medida sobre diversos aspectos del derecho existente. A menos que el Parlamento esté formado por un solo individuo que pueda tener una visión de conjunto de *toda la cuestión*, nadie se preocupará de cuál es la imagen global resultante, de considerar el efecto de este proyecto de ley sobre el cuerpo del derecho en su conjunto. Sin embargo, MILL dudaba de si realmente un Parlamento representativo empeo-

²⁸ Una frase deliciosa extraída de una carta de BENTHAM a la *Gazeteer* (1770), citada por POSTEMA, 1986: 266.

²⁹ Nuevamente BENTHAM, citado por POSTEMA, 1986: 266.

³⁰ Véase KELLEY, 1990: esp. 89-108 y 165-208.

³¹ HOBBS (1651), 2003: cap. XIX, 178-179.

³² MILL (1860), 1985: cap. V, 61.

raría mucho las cosas: «la impropiedad de este modo de legislar llamaría la atención de todos los espíritus si nuestras leyes no fuesen ya, en cuanto a la forma e interpretación, un caos tan grande, cuya confusión y contradicción no parece posible que aumente poder alguno»³³. Pero esto difícilmente resulta tranquilizador si suponemos que el fundamento de la autoridad de la legislación consiste en que mejora el *corpus juris*.

En las discusiones contemporáneas sobre la autoridad jurídica es menos frecuente distinguir entre las disposiciones aprobadas por un único legislador y el potaje de autores múltiples que supone el *common law*. Se distingue, en cambio, entre la aprobación del legislador y el punto de vista individual de cada ciudadano sobre lo que debería hacerse respecto de la cuestión de la que se ocupa la legislación. En esta comparación, el modelo del legislador único ya no nos proporciona un patrón obvio, dado que ahora se compara una manzana con otra manzana, el intelecto individual del legislador ilustrado con el intelecto individual del ciudadano tal vez igualmente ilustrado. Pero el modelo de la asamblea queda en peor situación. En el caso ideal, una asamblea legislativa comprende a los representantes ilustrados de una ciudadanía ilustrada. El problema de la autoridad de una ley consiste entonces en ¿por qué un ciudadano ilustrado debería preferir el punto de vista del Parlamento sobre una determinada materia al suyo propio (o, por lo menos, ¿por qué debería actuar de acuerdo con el punto de vista del Parlamento y no de acuerdo al suyo propio?) cuando ha reflexionado sobre ese tema tan cuidadosamente como lo pueden haber hecho sus representantes? En una situación como ésta, el ciudadano sostiene una opinión idéntica a la de los miembros de una de las facciones en el Parlamento. Si al votar la opinión que él apoya pierde, ¿por qué debería concederle alguna autoridad a la que ha prevalecido?

En el capítulo IV vimos el argumento de ARISTÓTELES sobre los miembros de una asamblea que ponen en común sus conocimientos para obtener una mejor respuesta a la cuestión a la que se enfrentan de la que podrían haber obtenido por sí solos. Pero en una sociedad ilustrada, en la que las deliberaciones legislativas sean generalmente transparentes a la razón pública y estén en continuidad con el ejercicio de la misma, cualquiera de las ventajas que resultan del proceso aristotélico redundará también en beneficio de los ciudadanos interesados y políticamente activos. Entonces, una vez más, si emergen dos opiniones rivales, una la que él suscribe y otra que goza de mayor éxito entre los miembros de la asamblea legislativa, ¿por qué el ciudadano no debería actuar de acuerdo con su propia opinión?

De todas maneras, no es claro que el modelo de asamblea sea ni siquiera un candidato plausible a la autoridad en el sentido de RAZ.

³³ MILL (1860), 1985: cap. V, 61.

RAZ afirma que «una directiva puede ser autoritativamente vinculante sólo si es, o al menos es presentada como, la opinión de alguien sobre cómo deben comportarse los sujetos»³⁴, una afirmación glosada por Andrei MARMOR como la idea de que «sólo un agente capaz de entrar en comunión con los demás puede tener autoridad sobre ellos»³⁵. Las directivas de un legislador único que es también una persona natural encajan fácilmente en este esquema, pero es mucho más difícil, como señala MARMOR, presentar una asamblea como «un agente capaz de entrar en comunión con los demás» o presentar las disposiciones que aprueba como «el punto de vista de alguien sobre cómo deben comportarse los sujetos». O bien caracterizamos la asamblea como una persona ficticia o artificial con su propio punto de vista, o afirmamos que lo que *realmente* está investido de autoridad es la perspectiva de aquél que patrocinó el proyecto de ley o de un miembro representativo de la mayoría legislativa³⁶.

Como señalé en el apartado 2 de este capítulo, parece un error, aunque sólo sea con fines conceptuales o filosóficos, no contemplar la pluralidad y los desacuerdos como propiedades de los procesos de creación del derecho. Aun cuando articulemos nuestras concepciones filosóficas del respeto que se le debe al derecho en el lenguaje de la monarquía (*¿cómo puede una persona poseer autoridad sobre otras?, ¿cómo Hércules debería tomar sus decisiones?*), muy pocos estamos realmente preparados para adoptar la idea de un *monarca* legislativo o de un *monarca* judicial. Quizá debamos entonces darle algunas vueltas más a este asunto, y explorar la posibilidad de que la decisión mayoritaria exija nuestro respeto precisamente por tratarse de un proceso de toma de decisiones que no intenta, mediante ningún subterfugio filosófico, dejar de lado la pluralidad y los desacuerdos.

6. AUTORIDAD Y RESPETO

Estamos considerando la autoridad que posee (o debe poseer) una ley en virtud de su aprobación y promulgación. Sin embargo, en lo que sigue quiero desarrollar una concepción de la *autoridad* del derecho que difiere en parte de la definición estándar de Joseph RAZ³⁷. Se diferencian en lo que se entiende por autoridad y cómo se justifica.

³⁴ RAZ, 1985: 303.

³⁵ MARMOR, 1992: 115.

³⁶ En el cap. VI consideraré cuán lejos puede llegar esta dificultad. Sostendré que, con algunas ligeras modificaciones en el esquema de RAZ, es posible, en efecto, defender la tesis de que los resultados mayoritarios poseen autoridad en este sentido. Podemos mostrar incluso, paradójicamente, que el producto de la legislación mayoritaria posee mayor derecho a reclamar autoridad en el sentido de RAZ que las intenciones de cualquier miembro de la mayoría.

³⁷ Véase RAZ, 1979: caps. 1-2, y RAZ, 1986: caps. 2-4, y esp. p. 53, para lo que RAZ denomina

Lo más importante que nos demanda el derecho en tanto que sujetos del mismo es que cumplamos con él, y la «tesis de la justificación normal» de RAZ tiene que ver principalmente con esta demanda. Pero las Constituciones, las leyes y las decisiones y opiniones judiciales también nos exigen cosas adicionales en tanto que abogados, juristas, políticos y ciudadanos activos y con opinión. Cuando algo se aprueba como ley o como fuente de derecho, creo que nos demanda que no lo desacreditemos inmediatamente, ni que pensemos formas de anularlo o de evitar su cumplimiento, ni que activemos tampoco el sistema inmunológico del *corpus juris* para resistir a su incorporación. Esto debe ser afirmado cautelosamente, puesto que sistemas como los nuestros disponen también de generosas estructuras como la apelación, la enmienda constitucional, la derogación legislativa, el control de constitucionalidad, las elecciones periódicas, y muchos más; entonces, en cierto sentido, a nadie se le pide nunca que acepte una derrota jurídica o política como definitiva o irreversible. No obstante, la exigencia que me interesa ahora opera en el espacio lógico que hay entre desafiar o ignorar una ley u otra decisión jurídica y trabajar con responsabilidad para su revocación o derogación. Se trata de una demanda en favor de cierto tipo de reconocimiento y, como dije, de respeto, ya que *esto*, por el momento, es todo lo que la comunidad ha llegado a acordar, y no debe ser ignorado o desacreditado simplemente porque algunos se proponen, cuando pueden hacerlo, revocarlo³⁸.

Un ejemplo concerniente a la administración de la política municipal de vivienda en el Reino Unido nos ayudará a ilustrar la idea en la que estoy pensando³⁹.

En 1972, el gobierno conservador de Gran Bretaña aprobó una ley, la Ley de (Financiación) de la Vivienda, que obligaba a las autoridades locales a elevar los alquileres de las viviendas públicas hasta su precio de mercado. Cuando una autoridad socialista en Derbyshire

«la tesis de la justificación normal»: «La forma normal de establecer que una persona posee autoridad sobre otra implica mostrar que esta segunda probablemente cumplirá mejor con las razones subyacentes a las directivas supuestamente investidas de autoridad, si acepta las directivas como autoritativamente vinculantes e intenta seguirlas en lugar de intentar seguir directamente aquellas razones subyacentes». Véase también la discusión al comienzo del apartado 4 de este capítulo.

³⁸ Esta es una implicación clara del argumento de DWORKIN acerca de la integridad en DWORKIN, 1986: 164-224, esp. el argumento de la p. 213: «Todo ciudadano respeta los principios [...] de los que los arreglos políticos vigentes de su comunidad particular están imbuidos, [...] piense o no que son los mejores desde un punto de vista utópico [...]. [El derecho como integridad] ordena que nadie queda fuera, que todos estamos juntos en la política para bien o para mal, que nadie puede ser sacrificado, como los heridos en el campo de batalla, ante la cruzada en favor de la justicia general». Exploraré las implicaciones de esta tesis en el cap. IX.

³⁹ Lo que sigue es un resumen de lo expuesto en WALDRON, 1990a: 8-18. En aquella discusión me basé profusamente en SKINNER y LANGDON, 1974; Austin MITCHELL, 1974, y CROSLAND, 1982, así como en *Hansard* y en noticias periodísticas de la época.

(el ayuntamiento de Clay Cross) se negó a hacerlo, se aplicó un recargo a los bienes de los propios concejales (de acuerdo con los principios relevantes de la financiación del gobierno local) y varios concejales entraron en quiebra, quedando inhabilitados así para ostentar un cargo público. En 1973, el Partido Laborista, en la oposición, prometió no sólo revocar la medida, sino también suprimir todas las sanciones o penalizaciones aplicadas, e indemnizar a los inhabilitados, los concejales de Clay Cross «que valerosamente se negaron a implementar la Ley de [Financiación] de la Vivienda». Esta promesa fue ampliamente condenada por la comunidad jurídica y política como un ataque al Estado de derecho, y cuando el laborismo ganó las elecciones en 1974, el ministro (Anthony Crosland) que tuvo que promover la legislación que indemnizaba a los concejales, lo hizo con gran incomodidad, describiéndola como «esa promesa miserable», y afirmando que «en toda mi vida política no he tenido que enfrentarme a un problema tan difícil como éste».

Tales sentimientos de disgusto y deshonor personifican el sentido de respeto por el derecho en el que estoy pensando. Es cierto, por supuesto, que, como remarcó uno de los partidarios de la indemnización, «la soberanía del Parlamento significaba con seguridad que el Parlamento podía cambiar de opinión sobre cualquier ley». Es cierto, también, que el cambio de opinión en una materia como ésta implica que ahora se considera que las sanciones y penalizaciones impuestas previamente eran inapropiadas. Pero esto es distinto que prometer erradicar todos los rastros de la ley anterior en la comunidad política, incluyendo los efectos de su puesta en práctica cuando estaba en vigor. Lo que defendían los opositores del Partido Laborista, y Crosland claramente lo compartía, era que una disposición legislativa debía ser tratada no sólo como algo aprobado por la mayoría, sino como algo que tiene vigencia en nombre de toda la comunidad. Una vez votada por el Parlamento, se merece todo el respeto que el estatus de la comunidad le confiere, sin perjuicio (de hecho, poniendo entre paréntesis) de los méritos sustantivos de su contenido.

En cualquier caso, esto nos lleva al tipo de concepción de la autoridad en la que estoy pensando que, como ya he dicho, es distinta de la concepción de RAZ, ciertamente más confusa y peor definida. La tesis de justificación también tiene que ser diferente, dado que esta concepción de la autoridad presenta su demanda *ex hypothesi* ante alguien que piensa tener buenas razones para creer que el Parlamento está equivocado. El problema, entonces, es cómo las leyes y otras fuentes de derecho pueden poseer autoridad y exigir respeto entre personas que discrepan acerca de cómo satisfacer la tesis de la justificación *normal* de RAZ. En los siguientes apartados exploraré de qué manera el voto y la decisión mayoritaria pueden contribuir a la solución de este problema.

7. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA POLÍTICA

Quisiera explorar aquí la idea de que la dignidad de la legislación —el fundamento de su autoridad y su pretensión de respeto— tiene que ver con el tipo de *logro* que ésta supone. Nuestro respeto por la legislación es en parte el tributo que debemos pagar por el logro de la acción colectiva, concertada, cooperativa o coordinada en las circunstancias de la vida moderna.

De diversas formas y por diversas razones, muchos de nosotros creemos que debemos actuar u organizar cosas conjuntamente. Hay miles de ellas que sólo pueden ser alcanzadas cuando todos nosotros cumplimos masivamente nuestro papel dentro de un marco común de acción. Empresas tales como proteger el medio ambiente, poner en funcionamiento un sistema de salud, asegurar las condiciones que permiten operar a una economía de mercado o proporcionar una base para la resolución de conflictos zozobrarán a menos que las personas actúen concertadamente, siguiendo reglas, participando en prácticas compartidas y estableciendo instituciones. La acción en conjunto no es fácil, en particular cuando las personas adquieren un sentido de sí mismas como individuos y de las muchas formas en las que actúan con los demás puede entrar en conflicto con sus propios proyectos a una escala más reducida. De hecho, cuando realmente ocurre, la acción en conjunto es como un logro en la vida humana⁴⁰. Los teóricos de la elección social nos recuerdan que una empresa común fracasará con frecuencia, aun cuando los potenciales participantes estén de acuerdo sobre el proyecto y compartan las mismas preferencias sobre su éxito. Cuánto más supone un logro, entonces, cuando una gran población actúa conjuntamente sobre alguna cuestión común, existiendo desacuerdos sobre lo que exactamente debe hacerse.

Consideremos la idea de «las circunstancias de la política», que adapta la de John RAWLS respecto de «las circunstancias de la justicia». Las circunstancias de la justicia son aquellos aspectos de la condición humana, como la escasez moderada y el altruismo limitado de los individuos, que hacen que la justicia como virtud y como práctica sea posible a la vez que necesaria⁴¹. Podemos afirmar, siguiendo este camino, que la necesidad percibida por los miembros de un determinado grupo de contar con un marco, decisión o curso de acción comunes sobre cierta cuestión, aun a pesar de los desacuerdos sobre cuál debería ser dicho marco, decisión o acción, son las *circunstancias de la política*.

⁴⁰ El énfasis en la acción en conjunto y la fragilidad de su logro domina la filosofía política de Hannah ARENDT. Véase ARENDT, 1958: 199 ss.

⁴¹ RAWLS, 1971: 126-130.

Éstas merecen una mayor atención de la que han recibido por parte de la filosofía política o de la filosofía del derecho⁴². Creo que resultan cruciales para entender muchas de las virtudes característicamente políticas, como la civilidad, la tolerancia del disenso, la práctica de una oposición leal y, no menos importante, el Estado de derecho. Son también indispensables para comprender las reglas procedimentales de decisión, como la decisión mayoritaria y las ideas concomitantes de autoridad, obligación y respeto⁴³.

Al igual que la escasez y el altruismo limitado en el caso de la justicia, las circunstancias de la política también forman una pareja. Los desacuerdos no importarían si no necesitáramos un curso de acción concertado, y la necesidad de este curso común de acción no daría lugar a la política tal y como la conocemos si no existieran, al menos potencialmente, desacuerdos sobre cuál debe ser el curso de acción. Y ambos necesitan de un mayor análisis antes de poder continuar con el argumento.

8. CONFLICTO Y COORDINACIÓN

Comenzaré con algunos comentarios sobre la estructura de la teoría de los juegos respecto de la dificultad para *actuar en conjunto*.

Por lo general, solemos contraponer dos tipos de problemas de acción colectiva: el Dilema del Prisionero (DP) y los Problemas de Pura Coordinación (PC). Asumiré que los lectores conocen bien tales problemas. Los casos simples de dos personas (con las jugadas del «Jugador de la Fila» y del «Jugador de la Columna», cada uno de ellos escogiendo entre dos opciones) se representan como se muestra en la figura 1:

⁴² Encontramos, sin embargo, una discusión que ilustra una idea similar (referida a «las condiciones de la política») en BARBER, 1984: 120-138. BARBER describe las condiciones de la política como «condiciones que imponen una necesidad de acción pública, y, por lo tanto, de una decisión pública razonable, en presencia del conflicto y en ausencia de un fundamento privado o independiente para el juicio» (p. 120, la cursiva en el original). La última cláusula difiere marcadamente de la interpretación que daremos aquí. Yo no presupongo, como hace BARBER, que «la política tenga lugar únicamente en aquellos ámbitos en los que no se conoce la verdad, o no se la conoce todavía» (p. 129).

⁴³ Discutiré con más detalle las circunstancias de la política en el cap. IX, relacionándolas con las nociones de justicia e integridad de DWORKIN, 1986.

		DP	
		Coop.	No Coop.
Coop.	Q, Q	S, P	
No Coop.	P, S	R, R	

		PC	
		Hacer X	Hacer Y
Hacer X	P, P	Q, Q	
Hacer Y	Q, Q	P, P	

Figura 1

En cada celda, la recompensa del Jugador de la Fila está en primer lugar, y la del Jugador de la Columna, en segundo. Las recompensas se evalúan ordinalmente en cada caso y para cada jugador de la siguiente manera: $P > Q > R > S$.

El derecho puede contribuir de varias formas a la solución de estos problemas. En el caso del DP, dando incentivos (sanciones) para compensar la tentadora diferencia entre P y Q, y en el caso del PC marcando tanto la acción X como la acción Y como dominantes para las partes⁴⁴.

Lo que he denominado «acción en conjunto» requiere coordinación. No obstante, el PC no captura el tipo de problema que tengo en mente cuando me refiero a las circunstancias de la política, sino que queda mejor reflejado por un problema de coordinación con conflicto parcial (PCP), como el de la figura 2. Cada jugador prefiere el resultado de la coordinación al de la no coordinación, pero difieren en el resultado coordinativo concreto que prefieren. El PCP suele conocerse como «la batalla de los sexos»: él prefiere ir al boxeo, y ella al ballet; pero los dos prefieren ir juntos que ir cada uno por su lado a ver su espectáculo favorito. Creo que el PCP muestra buena parte de lo que es importante para el derecho en las circunstancias de la política⁴⁵.

⁴⁴ Aunque para el argumento contrario, de que el derecho es incapaz de contribuir de forma *particular* a la solución de un problema de pura coordinación, véase GREEN, 1983.

⁴⁵ Nada de esto es original. Lo aprendí de HAMPTON, 1986: cap. 6. HAMPTON muestra de qué manera la solución de un DP puede implicar un juego de PCP. En la teoría de HOBBS, por ejemplo, encontramos en el estado de naturaleza una versión del DP para muchos jugadores, y para resolverlo debemos nombrar a un soberano; debemos aceptar este hecho; pero si más de una persona quiere ser soberano, entonces nos encontramos con un PCP.

		PCP	
		Hacer X	Hacer Y
Hacer X	P, P	Q, Q	
Hacer Y	Q, Q	P, P	

Figura 2

El que se resuelva un PCP depende de las circunstancias de cada caso, incluyendo cuánto prefiera cada jugador su resultado favorito respecto del otro, lo que piensa cada jugador de su probabilidad de alcanzar el objetivo si se mantiene firme, etc. Todo esto es razonablemente comprensible⁴⁶. No quiero sostener que el derecho *resuelva* los PCP y que ésta sea la razón por la que debemos respetarlo⁴⁷. Un sistema jurídico puede ayudar, si asocia sanciones sólo a una de las opciones coordinativas y por lo tanto disminuye la diferencia entre P y Q para uno de los jugadores. Aunque antes de poder hacerlo, la sociedad debe decidir cuál de los resultados de coordinación será alentado al aplicar las sanciones. Pero esto no puede ser visto en ningún sentido como un logro en sí mismo, y como he dicho antes, el derecho nos exige respeto porque representa un logro.

Joseph RAZ ha sostenido que los juegos PC puros dicen muy poco sobre la cuestión de la autoridad jurídica. Y tiene razón. Sugiere también que los problemas de acción colectiva en general no pueden proporcionar los fundamentos para una teoría adecuada de la autoridad jurídica, ya que existen muchas reglas jurídicas que no se explican del todo de esta manera: «Las leyes que prohíben la violación y el asesinato son diferentes a aquellas que coordinan los esfuerzos de grandes grupos de personas»⁴⁸. Efectivamente, sería un error intentar meter por la fuerza leyes de todos los tipos en el mismo lecho de Procusto. Sin embargo, podría ser útil, para mostrar lo que quiero decir, centrarnos en uno de los ejemplos de RAZ.

Consideremos la regulación jurídica de la violación. RAZ tiene razón al horrorizarse ante cualquier sugerencia de que la razón que tiene un hombre para abstenerse de violar tenga que ver con el respeto por el derecho⁴⁹, ya que debería tener que ver más bien con el respeto por las mujeres. Y esto no guarda ninguna relación con la acción colec-

⁴⁶ Véase HAMPTON, 1986: 155, para la formulación.

⁴⁷ Una vez más, véase GREEN, 1983. Nótese, sin embargo, que por razones relacionadas con la forma de la teoría particular que él estaba atacando (la de FINNIS, 1980), GREEN no se extiende sobre los PCP.

⁴⁸ RAZ, 1994: 333.

⁴⁹ RAZ, 1994: 327.

tiva: la violación está mal aun en aquellas sociedades en las que se trate de una práctica común. Por lo tanto, un análisis de la regulación jurídica de la violación en términos de problemas de coordinación parece poco prometedor. Sin embargo, la cuestión es más complicada cuando consideramos aspectos complejos y controvertidos de la regulación de la violación, por ejemplo, el estupro, la violación conyugal, la violación homosexual, el fundamento (si es que hay alguno) sobre el que debe inferirse el consentimiento, los errores en el consentimiento, etc. Las personas razonables suelen discrepar sobre estas cuestiones. E incluso cada uno puede tener un interés, del tipo de los representados en un juego de PCP, en compartir un mismo esquema sobre la regulación de la violación que regule de forma inequívoca estas cuestiones, un esquema que establezca una edad específica para el consentimiento, que establezca si los errores deben ser razonables para poder ser considerados exculpatorios, etc. Cada uno puede preferir que estas cuestiones queden zanjadas incluso de una forma a la que él se opone, si la alternativa es que no haya ninguna regulación sobre la violación (mientras aquellos que tienen una opinión formada sobre el tema insisten en ella tanto como pueden), o que haya una regulación de mínimos que se limite sólo a aquellos casos en los que no resulta controvertido en la comunidad que se ha cometido algo incorrecto. Es cierto que dicha preferencia se debe en parte al hecho de que no podemos crear una ley para los casos no controvertidos a menos que zanjemos algunas de las cuestiones controvertidas. Pero esto sólo refuerza mi argumento. Tan pronto como pasemos de una prohibición simple del tipo «no debe tenerse sexo con una mujer sin su consentimiento» al complejo esquema de reglas, procedimientos y suposiciones en las que una prohibición de este tipo está alojada, veremos que muchas de las cuestiones de las que se ocupa la ley pueden asociarse con el formato de un juego PCP, y por lo tanto con las circunstancias de la política, tal y como yo las entiendo, más de lo que pueda parecer a simple vista.

9. DESACUERDOS

Respecto de la segunda circunstancia de la política, la existencia de desacuerdos, me basaré principalmente en lo que he dicho en el apartado 2 de este capítulo. Sea lo que sea lo que queremos evitar al elaborar nuestros modelos ideales de republicanismo cívico y democracia deliberativa, no deberíamos dejar fuera el hecho de que convivimos y actuamos junto con otras personas que no comparten nuestra visión de la justicia, los derechos o la moralidad política.

Los liberales reparan correctamente en este hecho, por lo menos en lo que respecta a las doctrinas comprensivas de la religión, la ética y filosofía. Así, John RAWLS remarca que «una diversidad de doc-

trinas comprensivas irreconciliables y en conflicto» no es «una mera condición histórica que pueda superarse pronto, sino un rasgo permanente de la cultura pública de la democracia»⁵⁰. Y señala que es, por consiguiente, una suerte que no necesitemos compartir una concepción común en la sociedad sobre religión, ética y filosofía. Pero los liberales no se han dado tanta cuenta de que los desacuerdos también son ineludibles sobre cuestiones en las que según ellos *necesitamos* compartir una concepción común, aun cuando tales desacuerdos son el rasgo más prominente de la política en las democracias contemporáneas⁵¹.

RAWLS y sus partidarios podrían responder que su trabajo es el de explorar la idea de una «sociedad bien ordenada», definida como una sociedad en la que sus miembros comparten un punto de vista sobre la justicia⁵². Piensan que se trata de una idea importante en parte porque creen, muy acertadamente, que una cuestión de justicia es una cuestión sobre la cual necesitamos actuar conjuntamente sobre la base de un punto de vista común. Pero la *necesidad* de un punto de vista común no hace que el hecho de los desacuerdos se evapore⁵³. Significa, en cambio, que nuestra base común para la acción en cuestiones de justicia debe ser forjada al calor de nuestros desacuerdos, y no basada en la suposición de un frío consenso que sólo existe como ideal.

Éstas no son sólo consideraciones abstractas. En Estados Unidos, en Europa occidental y en todas las demás democracias cada paso que dan los Parlamentos hacia una sociedad más segura, más civilizada y más justa se ha producido en un contexto de desacuerdo, aunque, no obstante, los pasos se han dado de una forma que lograba mantener la lealtad y la subordinación, si bien a veces de mala gana, de aquellos que de buena fe se oponían a las medidas en cuestión. La prohibición del trabajo infantil, la reforma del proceso penal, la limitación de las horas de trabajo, el desmantelamiento de la segregación racial, la institución de las regulaciones de la salud y la seguridad en las fábricas, la liberación de la mujer, cada uno de estos logros se alcanzó en lo que he denominado las circunstancias de la política, y no en un contexto ni remotamente parecido al del consenso sobre la justicia que los rawlsianos consideran esencial para la sociedad bien ordenada. Es más, cada uno de estos logros legislativos pretende autoridad y respeto en

⁵⁰ RAWLS, 1993b: 246.

⁵¹ Son el rasgo más prominente no sólo de la política, sino de nuestras propias interacciones con colegas cuando debatimos sobre cuestiones centrales de la justicia en las que se supone que somos expertos.

⁵² RAWLS, 1993a: 65-66. Denominar bien ordenada a una sociedad, señala RAWLS, implica entre otras cosas aceptar que «se trata de una sociedad en la que cada uno acepta, y sabe que todo el mundo acepta, exactamente los mismos principios de justicia [...]».

⁵³ Desarrollaré este argumento en el cap. VII.

tanto que derecho *en* las circunstancias de la política, incluyendo la circunstancia del desacuerdo también sobre si éste es un paso en la dirección correcta. Tal legislación no pretende autoridad y respeto simplemente por representar una propuesta de cómo debería ser una sociedad ideal. Si así fuera, quienes mantienen una visión o un ideal social distintos simplemente la rechazarían.

10. ¿UN MERO TECNICISMO?

En las circunstancias de la política, lanzar una moneda al aire podría ser una manera de decidir sobre un curso de acción común. Si el plazo límite para la acción estuviera a punto de finalizar y la necesidad de la acción concertada fuese suficientemente apremiante, podríamos adoptar cualquier método arbitrario que permitiera elegir un determinado curso de acción. Si el asunto fuese particularmente grave, podríamos incluso *admirar* tales métodos, en una especie de espíritu nietzscheano o existencialista. Recuerdo el reconfortante sentimiento que viví cuando, en una ocasión, en una reunión de profesores, se optó por lanzar una moneda al aire para decidir cuál de dos candidatos iba a ser contratado, tras varias horas de empate paralizante.

¿Debe respetarse la decisión mayoritaria sobre la base de este tipo de consideraciones? ¿Se trata simplemente de un mecanismo técnico que nos permite elegir un curso de acción, cualquier curso de acción, en circunstancias en las que queremos actuar en conjunto pero existe una parálisis sobre qué hacer?

Ciertamente, cualquier procedimiento de toma de decisiones que contemple las circunstancias de la política debe *parecer* técnico. En el apartado 4 examinamos el argumento de Joseph RAZ al efecto de que el derecho sólo puede estar dotado de autoridad (en el sentido de RAZ) cuando reconocer algo como derecho sea *una alternativa* adecuada a intentar descubrir por uno mismo qué es lo que se debe hacer en el asunto del que el derecho se ocupa; por lo tanto sólo puede estar dotado de autoridad si el método para reconocer que algo es derecho parece arbitrario en relación con los méritos sustantivos de este algo. Esto se aplica también a la decisión en las circunstancias de la política. Supongamos que mis amigos y yo nos enfrentamos a un problema de decisión del tipo «PCP» de la figura 2 del apartado 8: queremos actuar en conjunto con respecto a la materia M, pero uno de nosotros piensa que es importante seguir la política X mientras que los demás creen que es importante seguir la política Y, y ninguno tiene razones para creer que alguno de los otros sea mejor juez de los méritos de M que él mismo. Supongamos también que todos sabemos que M requiere una política común en la que cada uno de nosotros tendrá que jugar un papel independiente, pero necesario. Por otro

lado, el papel que quisiéramos desempeñar en X es contrario al que desearíamos desempeñar en Y (en el sentido que el hecho de que cada uno desempeñe su papel asignado en una de las políticas hace imposible el éxito de la otra).

En estas circunstancias, el que cada uno haga lo que crea que es importante hacer respecto de *M* no es obviamente una forma de decidir una política común. Debemos encontrar una forma de elegir una única política en la que podamos participar los tres *a pesar* de nuestros desacuerdos sobre su conveniencia. Y, dado que cada uno actuará de forma independiente al seguir este método de elección, deberíamos contar con una forma de identificar una sola de las políticas propuestas como la «nuestra», esto es, como la que «nosotros» seguimos. Esta capacidad no debe implicar el uso de un criterio del tipo C: «lo que es importante hacer respecto de *M*», ya que son precisamente los desacuerdos acerca de C los que dan origen al problema de toma de decisiones en el primer momento. El modo en el que cualquiera de nosotros identifica una política como la «nuestra» debe por lo tanto parecer arbitrario en relación con C, aunque por supuesto no lo será en relación con el problema de decisión. El voto mayoritario satisface este requisito, puesto que cualquier miembro del grupo puede identificar, por ejemplo, Y como «la política favorecida por la mayoría», piense o no que Y satisface C.

¿Lo único que podemos decir en favor de la decisión mayoritaria es que se trata de un útil mecanismo técnico? Ésta parece ser la opinión de Hannah ARENDT cuando llama a la decisión mayoritaria «un mecanismo técnico», aunque añade inmediatamente que es «inherente al mismo proceso de toma de decisiones» y que es «muy probable que se adopte casi automáticamente en todo tipo de concejos y asambleas deliberativas»⁵⁴. De hecho existen muchos desacuerdos entre los teóricos políticos sobre si la decisión mayoritaria es natural o convencional⁵⁵. Se trata, probablemente, de una pregunta banal. Bernard BOSANQUET se refiere a la decisión mayoritaria como una *invención*:

El instrumento mismo de toda acción política fue inventado, por lo que sabemos, por los griegos. El simple mecanismo por el cual se

⁵⁴ ARENDT, 1973: 164. Nótese también la distinción de ARENDT entre «decisión mayoritaria» y «regla de la mayoría»: «Sólo cuando la mayoría, tras tomar una decisión, procede a liquidar políticamente, y en el caso extremo incluso físicamente, a la minoría que se opone, el mecanismo técnico de la decisión mayoritaria degenera en la regla de la mayoría» (*id.*).

⁵⁵ John LOCKE sostenía que era natural: «El acto de la mayoría pasa por ser el acto de la totalidad y, por supuesto, sus resoluciones son definitivas, pues se entiende, por ley natural y racional, que cuenta con el poder de dicha totalidad». Véase LOCKE (1690a). 1997, II, par. 96: 274. La opinión contraria era sostenida por ROUSSEAU (1762), 1993: Libro Primero, cap. V, 14: «La propia ley de la pluralidad de los sufragios (voto mayoritario) ha sido establecida por convenio», y no tiene autoridad entre un pueblo que no la ha elegido como su procedimiento de toma de decisiones.

realiza una votación ordenada, y la minoría consiente en la voluntad de la mayoría como si hubiese sido la suya propia, un invento no menos definido que el de la palanca o el de la rueda, lo encontramos por primera vez como método de decisión cotidiano en la vida política griega⁵⁶.

Pero el hecho de que la palanca sea un invento no significa que funcione bajo principios naturales, o que podamos modificarla como nos plazca, como podríamos hacer con una «mera» convención, y lograr de todos modos el mismo efecto. Algo similar puede suceder con la decisión mayoritaria. Puede ser un procedimiento técnico que hemos inventado, pero puede ser *también* un método respetable moralmente, de una forma que otras técnicas y convenciones no lo son.

11. RESPETAR A MILLONES DE PERSONAS

Una ley merece respeto por el logro que representa haberla producido en las circunstancias de la política: es una acción en conjunto frente a los desacuerdos. Esto es lo que intenté mostrar al final del apartado 9. Podría merecer también nuestro respeto por ser en sí misma *respetuosa*, por haberse alcanzado respetando las personas cuya acción en conjunto representa.

A menudo pensamos en la decisión mayoritaria como en un principio impersonal, puramente agregativo y que, como el utilitarismo, no se toma a los individuos suficientemente en serio⁵⁷. Pero quiero resaltar algunos aspectos en que la decisión mayoritaria respeta a los individuos cuyo voto es agregado. Lo hace de dos maneras. En primer lugar, respeta sus diferencias de opinión sobre la justicia y el bien común: no requiere que se reste importancia o se acallen los puntos de vista que cada uno sostiene sinceramente por la importancia imaginaria del consenso. En segundo lugar, incorpora un principio de respeto hacia toda persona en el proceso por el cual se decide sobre una concepción que debe ser adoptada como la *nuestra*, incluso a la luz de los desacuerdos.

Ambos puntos necesitan de mayor elaboración, pero comenzaré con algún comentario previo. Aunque nuestro objeto de interés es la legislación, será más sencillo explicar las puntualizaciones que quiero hacer sobre el respeto en términos de la decisión mayoritaria en una democracia directa, que de la decisión mayoritaria en un Parlamento representativo. Presupondré que en este último caso la pretensión de respeto al representante es en gran medida una función de la pretensión

⁵⁶ BOSANQUET, 1910: 4-5.

⁵⁷ Cfr. RAWLS, 1971: 27.

de respeto a sus electores. Ignorar al primero, o menospreciar o desestimar sus puntos de vista, es una forma de ignorar, menospreciar o desestimar los puntos de vista *de los electores*. Así que me ocuparé del caso de la democracia directa.

Sin embargo, hablar de democracia directa nos lleva nuevamente al problema de las magnitudes. En una asamblea de unos pocos cientos de personas, cada representante puede sentir que su voto es significativo. Pero la democracia directa puede parecer impersonal y alienante porque comprende millones de votos. Un ciudadano individual que haya meditado sobre estos asuntos puede sentir que su contribución simplemente se pierde entre millones de otras, hundida en las apabullantes estadísticas que determinarán cuál será eventualmente el punto de vista adoptado por la comunidad. Aun cuando sepa que sólo votos individuales como el suyo, millones de votos, determinan la decisión, difícilmente podrá pensar que él contribuye a la decisión, puesto que su voto parece perderse entre la multitud. Y ciertamente le parecerá que en términos estadísticos no hay diferencia entre votar habiendo reflexionado sobre la cuestión, como lo ha hecho, o votar según el resultado de lanzar una moneda al aire. En este sentido, podría pensar que la decisión mayoritaria no le respeta como a un individuo dotado de razón, dado que su funcionamiento sobrepasa el de la escala humana⁵⁸.

Es importante no ver en esto un problema sobre el *voto*. Se trata más bien de un problema sobre la naturaleza y la escala de las cuestiones para cuya resolución el voto es relevante. Cuando dije en el apartado 7 que ciertos objetivos sólo pueden ser alcanzados si actuamos en conjunto me refería a «actuar en conjunto *en muy gran escala*». Dos o tres personas no pueden emprender ningún curso de acción que las incluya sólo a ellas y que sirva para solucionar, por ejemplo, problemas ambientales o proporcionar salud pública a una gran sociedad urbana. Dado que vivimos en la muy cercana compañía de cientos de miles de extraños (y de conocidos), estas dos o tres personas tampoco pueden resolver el tipo de problemas que en el apartado 8 asociamos con la regulación de la violación. Precisamente porque convivimos con millones de personas debemos afrontar nuestros problemas comunes en esta escala. Si creemos que todas las personas afectadas por un problema tienen derecho a opinar sobre su solución, entonces no podemos hacer otra cosa que establecer un procedimiento para contar, y de algún modo evaluar, los millones de opiniones individuales. Nuestra inquietud al respecto y nuestra incapacidad para ponerlo en relación con un recto sentido de nuestra propia importancia en tanto que agentes individuales («¿qué estás haciendo *tú* por el medio ambien-

⁵⁸ Cfr. CONSTANT (1819), 1989: 314 y 316. Véase también la discusión en el apartado 3 del cap. XI.

te?») no tienen nada que ver con el mayoritarismo, sino con nuestra perseverancia, en filosofía moral, sobre nociones más bien primitivas e individualistas de agencia, responsabilidad, daño, etc., en circunstancias donde tales nociones son evidentemente poco útiles y conducen a confusión⁵⁹.

En ocasiones, nuestros modelos simplifican los grandes números con un propósito expositivo: por ejemplo, las matrices de la teoría de juegos del apartado 8 suponen (absurdamente) que las circunstancias de la política implican sólo a dos individuos. Pero al pensar acerca del respeto debido a la legislación es importante no perder de vista la escala en la que se plantea realmente el problema. Una manera de ver que la decisión colectiva entre un gran número de personas no es incompatible con el respeto a las mismas es imaginar un problema que afecte a un número muy grande de personas (a millones, por ejemplo), *cada una* de las cuales ha reflexionado ardua y concienzudamente sobre el tema durante mucho tiempo. Supongamos que el problema requiere una solución común, pero que existen desacuerdos entre las personas afectadas sobre cuál debería ser dicha solución. Claramente sería un error decir de cualquiera de estos ciudadanos que su opinión debería ser *excluida* de consideración a fin, simplemente, de reducir «el carácter impersonal» del procedimiento de toma de decisiones. Y si es un error predicarlo de un ciudadano en particular, obviamente también lo es hacerlo de casi todos, que es lo que implicaría reducir el procedimiento de toma de decisiones a una escala humana, una en la que cada uno pudiera rastrear el impacto de su propia opinión y de su propio voto. No hay otra alternativa. Si el problema afecta a millones de personas, un procedimiento de toma de decisiones respetuoso requiere que dichos millones de personas se escuchen los unos a los otros y acuerden una política común de forma que se tomen en cuenta las opiniones de todos⁶⁰.

12. RESPETAR LOS DESACUERDOS

He dicho que la decisión mayoritaria respeta a los individuos de dos maneras. La primera es que respeta el hecho de sus diferencias de opinión sobre la justicia y el bien común. La decisión mayoritaria no requiere restar importancia o acallar el punto de vista de nadie en nombre de la importancia imaginaria del consenso. Al exigir nuestro

⁵⁹ Véase PARFIT, 1984: 67 ss. Véanse también HARDIN, 1988, y WALDRON, 1999d.

⁶⁰ Una vez más quiero destacar que esto es distinto de la cuestión de la representación. La representación reduce la deliberación y el voto a una escala (políticamente) manejable, pero se supone, como dije antes, que se trata de una *manera* de respetar a la ciudadanía en su gran magnitud, no una alternativa a ello. (Nota para los críticos: uno de los defectos flagrantes de este libro es que no incluye una discusión adecuada sobre la representación).

apoyo y respeto como método de toma de decisiones, la decisión mayoritaria nos pide que renunciemos a nuestra pretensión de consenso, sólo porque pensemos que debe haberlo, sea porque cualquier consenso es mejor que ninguno, o porque el punto de vista que *algunos* asumimos como correcto parezca tan autoevidente **que** no podamos imaginar que alguien sostenga lo contrario.

La tentación más peligrosa no es la de negar la existencia de un punto de vista opuesto, sino la de considerarlo indigno de ser advertido en una deliberación respetable, al presuponer que es ignorante, prejuicioso, autointeresado o que está basado en una observación insuficiente de la realidad moral. Una actitud de este tipo encarna la idea de que dado que la verdad en cuestiones de justicia, corrección o políticas concretas, es singular y el consenso es su encarnación natural, necesitamos alguna explicación *especial*, algún factor de patología deliberativa como la persistente mácula del autointerés, para dar cuenta de los desacuerdos, que pueda ser citada como una razón para descartar el punto de vista que se desvía de la misma.

El tipo de respeto en el que estoy pensando implica el rechazo de esta inferencia, y no el rechazo de la premisa acerca de la singularidad de la verdad⁶¹, esto es, no implica necesariamente algo así como el relativismo. El respeto tiene que ver con la manera en que tratamos las *creencias* de los demás sobre la justicia en circunstancias en las que ninguna de ellas es autojustificatoria, y no con cómo consideramos la verdad sobre la justicia misma, que, después de todo, nunca aparece en política *in propria persona*, sino sólo, si es que lo hace, en forma de la creencia controvertible de alguien⁶². Tampoco se trata tan sólo de un argumento sobre la falibilidad, aunque por supuesto cualquiera que sostenga una concepción de la justicia debe contemplar la posibilidad de estar equivocado, y no debe actuar como si esta posibilidad pudiera ignorarse. Se trata más bien de que, cualquiera que sea la confianza que siento acerca de la corrección de mi propia concepción, debo entender que la política existe, en palabras

⁶¹ Así, como observé en la nota 42, no estoy de acuerdo con Benjamin BARBER en que las circunstancias de la política presupongan un ámbito no susceptible de verdad o corrección. No estoy de acuerdo con su tesis de que existe una distinción entre los desacuerdos resueltos a través de la política y los desacuerdos que pueden en principio «ser resueltos haciendo referencia a la unidad de la verdad» (BARBER, 1984: 129).

⁶² Doy forma a este argumento en el cap. VIII. Aunque la idea de valores objetivos implica que un punto de vista es correcto y los demás equivocados en una disputa sobre la justicia, es una idea que tiene muy poca utilidad en política. En la medida en que los valores objetivos no se nos revelan por sí mismos, en nuestra conciencia o descendiendo del cielo, de una forma que no deje ningún espacio para el desacuerdo, lo único que nos queda en la tierra son *opiniones* o *creencias* sobre valores objetivos. Los amigos de la verdad insistirán obstinadamente en que existe realmente, aún, una cuestión fáctica ahí fuera. Realmente. Y quizás tengan razón. Pero es sorprendente lo poco útil que es esta confianza puramente existencial para afrontar nuestros problemas de toma de decisiones en política.

de ARENDT, porque «la tierra no está habitada por un solo hombre sino por muchos, que conforman un mundo entre ellos»⁶³; no una sola persona, sino un pueblo; que la mía no es la única mente trabajando en el problema al que nos enfrentamos; que son muchas las inteligencias diversas; y que pensar que la gente razonable discrepará no es algo imprevisto, innatural ni irracional.

Quiero volver sobre otra idea rawlsiana, la que RAWLS denominó «las cargas del juicio, [...] los varios elementos aleatorios implicados en el ejercicio adecuado (y consciente) de nuestras facultades de razón y juicio en el curso ordinario de la vida política», que encontramos en el camino de cualquier expectativa de acuerdo entre personas razonables⁶⁴. Muchos de nuestros juicios más importantes, dice RAWLS, versan sobre cuestiones y se formulan en condiciones «de las que no es de esperar que permitan que personas conscientes, en pleno uso de sus facultades de razón, ni siquiera después de una discusión libre, lleguen unánimemente a la misma conclusión»⁶⁵. En cualquier concepción plausible, la vida humana compromete múltiples valores y es natural que la gente discrepe sobre la manera de ponderarlos o darles prioridad. Y también, en cualquier concepción plausible, las respectivas posiciones, perspectivas y experiencias sobre la vida le proporcionarán a cada persona una base diferente desde la que realizar estos delicados juicios. Estas diferencias en las experiencias y en las posiciones, junto con la complejidad evidente de las cuestiones tratadas, significan que personas razonables pueden discrepar no sólo acerca de cómo es el mundo, sino también sobre la relevancia y el peso que debemos atribuir a las diversas perspectivas disponibles. Este tipo de factores en conjunto hacen que los desacuerdos de buena fe no sólo sean posibles, sino también predecibles:

Distintas concepciones del mundo pueden estar razonablemente elaboradas desde perspectivas distintas, y la diversidad surge en parte de la variedad de nuestras perspectivas. Es irrealista [...] el supuesto de que todas nuestras diferencias están arraigadas en la ignorancia y en la perversión, si no en rivalidades de poder, estatus o ventaja económica⁶⁶.

RAWLS utiliza las cargas del juicio para explicar los desacuerdos filosóficos comprensivos. Pero la misma idea puede utilizarse para caracterizar nuestras deliberaciones políticas, incluyendo nuestras deliberaciones sobre los derechos y la justicia, tanto como sobre la ética, la religión, etc. Las circunstancias bajo las que las personas emiten

⁶³ ARENDT, 1973: 175.

⁶⁴ RAWLS, 1993a: 86.

⁶⁵ RAWLS, 1993a: 89.

⁶⁶ RAWLS, 1993a: 89.

sus juicios sobre cuestiones tales como las acciones afirmativas, la legalización del aborto, los límites de la libertad de expresión, los límites del mercado, el grado adecuado de provisión del bienestar y el papel del mérito personal en la justicia económica son exactamente aquellas circunstancias en las que esperaríamos, dadas las cargas del juicio a las que RAWLS se refiere, que las personas razonables tengan discrepancias. Como en el caso de los desacuerdos más comprensivos, no necesitamos invocar la mala fe, la ignorancia o el autointerés como explicación. La dificultad de estas cuestiones y la multiplicidad de inteligencias y diversidad de perspectivas que versan sobre ellas son suficientes para explicar por qué las personas razonables discrepan.

13. UN CÁMPUTO EQUITATIVO

Respetar el hecho de los desacuerdos nos lleva a enfrentarnos a un problema de decisión en el que un individuo, a pesar de tener confianza en su propio punto de vista, no pasa a la acción partiendo del mismo. El segundo argumento sobre el respeto tiene que ver con la manera en que tratamos a los demás cuando abordamos dicho problema de decisión.

Una vez que he advertido que los otros siguen en desacuerdo conmigo aun tras haber deliberado en una cuestión sobre la que deseamos actuar en conjunto, podríamos (como dije al inicio del apartado 10) escoger una política común lanzando una moneda al aire. O el grupo podría elegir a una persona para liderar y anunciar, al estilo hobbesiano, que seguir su opinión es la única manera en la que el grupo podrá hacer algo. O podríamos realizar una votación y actuar de acuerdo con la opinión mayoritaria. Aunque de ninguna manera es una lista exhaustiva, los dos primeros métodos, la selección al azar, por una parte, y el liderazgo hobbesiano, por la otra, ponen de relieve distintos aspectos de la forma en la que el tercer método, la decisión mayoritaria, valora y respeta a los individuos.

En primer lugar, la decisión mayoritaria difiere del método de lanzar una moneda al aire en que da un peso positivo al hecho de que un determinado miembro del grupo sostenga una cierta opinión. El método de lanzar una moneda al aire puede dar algún peso a este hecho a la hora de definir las opciones, puesto que nadie estaría dispuesto a lanzar la moneda al aire para decidir entre opciones que nadie respalda. Y en ciertas circunstancias, este método dará también un peso decisivo a una opción por el hecho de que alguien la respalda. Eso sucederá cuando nadie sostenga una opinión opuesta. Sin embargo, una vez que se establece un conjunto de opciones (más de una), el principio de la decisión mayoritaria va más allá y afirma que respecto de cada individuo, el hecho de que dicho individuo respalde la opción X

es una razón para que el grupo adopte la opción X, aun cuando existan desacuerdos. Precisamente porque *existen* tales desacuerdos, no se trata de una razón concluyente, pero aun así cuenta en favor de que el grupo adopte X⁶⁷.

El contraste con el método hobbesiano arroja mayor luz sobre la manera en que la decisión mayoritaria respeta a los individuos. El enfoque hobbesiano da un gran peso al hecho de que, de entre todos los ciudadanos, un individuo en particular, el que desearía ser soberano, respalda una opción particular, mientras que concede poco o ningún peso al punto de vista de los demás. El argumento no es que el enfoque hobbesiano ignore los desacuerdos; no pierde el respeto a los individuos en este primer sentido. Por el contrario, es precisamente *porque* reconocemos que nos encontramos bloqueados ante los desacuerdos, que recurrimos a él. Por lo tanto, el método hobbesiano se distingue de cualquier enfoque sobre la toma de decisiones políticas que presuma, como por ejemplo en el caso de RAWLS, que las personas que tienen desacuerdos acerca de la justicia no pueden formular correctamente las cuestiones de diseño constitucional.

El método hobbesiano concede un peso decisivo a sólo una de las opiniones en conflicto, sin importarle particularmente a cuál de ellas, y dejando poco o ningún peso al resto. El método de la decisión mayoritaria, por el contrario, implica el compromiso de dar *igual* peso al punto de vista de cada persona en el proceso por el cual se seleccionará uno de estos puntos de vista como el propio del grupo. De hecho, intenta dar al punto de vista de cada individuo el máximo peso posible en el proceso compatible con un peso igual para el punto de vista de los demás⁶⁸. No sólo el punto de vista de cada persona puede ser mínimamente decisivo, sino que el método atribuye un poder de decisión máximo a cada uno, sujeta sólo a la restricción de la igualdad. En este sentido, la decisión mayoritaria se presenta a sí misma como un método *equitativo* de toma de decisiones.

Ciertamente, la restricción de la igualdad que se encuentra en la base de dicha pretensión de equidad es muy exigente, en particular cuando está involucrado un gran número de personas. Los grandes

⁶⁷ ACKERMAN, 1980: 321, describe este contraste en términos de desempate: «Si hay 99 personas en la Asamblea, la regla de la mayoría me da un voto decisivo cuando el resto está dividido en 49-49, y lo mismo pasa respecto de usted. Cuando nos enfrentamos a la perspectiva de un empate, el mayoritarista no recurre a un procedimiento de decisión no receptivo, sino que reconoce el derecho de todos los ciudadanos a que su juicio ponderado determine las consecuencias sociales. ACKERMAN denomina este rasgo de la decisión mayoritaria «el poder de decisión mínimo», y dice que lanzar una moneda al aire para resolver entre opciones respaldadas por distintos ciudadanos no atribuye al punto de vista de cada individuo un poder de decisión mínimo en este sentido (p. 287).

⁶⁸ Para una argumentación de que igual peso implica igualdad en el más alto nivel posible, véase VLASTOS, 1984: 62-68.

números pueden hacer que a los individuos les parezca que cada voto posee un peso mínimo en el proceso, y podría decirse incluso que un voto que no se suma a la mayoría no posee ningún peso en absoluto; sería, como dicen, «un voto perdido». Pero como advertí en el apartado 11, la implicación de los grandes números es una consecuencia de la estructura de los problemas junto con el principio absolutamente categórico de que «lo que afecta a todos debe decirse entre todos». Si un problema social de esta naturaleza afecta a millones de personas, entonces cualquier intento de mantener la ilusión de conceder un gran peso, o al menos un peso considerable, al voto de una única persona, sin preocuparnos de su ansiedad por el hecho de que su punto de vista se pierda entre la multitud, podría tener éxito sólo al coste de reducir aún más el peso atribuido a los puntos de vista de los demás que resultan igualmente afectados.

14. ¿UNA PRUEBA?

Dije que atribuir un igual peso o un igual potencial de ser decisivo a los votos individuales es una manera de respetar a las personas. En este sentido, la decisión mayoritaria es un procedimiento respetuoso, no sólo un admirable mecanismo técnico que asegura la acción en conjunto en las circunstancias de la política. Lo que BOSANQUET denominó la invención griega, el mecanismo por medio del cual se realiza una votación ordenada, y la minoría actúa de acuerdo con la opinión de la mayoría como si hubiese sido la suya propia, revela una cierta concepción de respeto, una cierta concepción de equidad.

Lo que *no* estoy diciendo, sin embargo, es que tanto la equidad como el igual respeto hacia las personas *requieran* una decisión mayoritaria⁶⁹. La posición de John Stuart MILL en *Consideraciones sobre el gobierno representativo* representa la posibilidad de que no la requieran. MILL sostiene que

es una injusticia personal rehusar a alguien [...] el privilegio elemental de dar su voto (y un voto que debe ser tenido en algo) en la decisión de asuntos en que está tan interesado como los demás. Si se le obliga a pagar, si puede ser llevado a batirse, si se le exige que obedezca implícitamente, debería tener el derecho de saber por qué, de dar o rehusar su consentimiento, de ver computada su opinión por lo que vale, aunque no más⁷⁰.

⁶⁹ Sobre el teorema, en la teoría de la elección social, de que la decisión mayoritaria por sí sola satisface condiciones elementales de equidad y racionalidad, véase MAY, 1952. Véase también SEN, 1970: 71-73. Existe una útil discusión en ACKERMAN, 1980: 315-332, y BEITZ, 1989: 58-67.

⁷⁰ MILL (1860), 1985: cap. VIII, 102.

Pero «no más de su valor», agrega. La equidad no requiere que la opinión de una persona sabia e inteligente tenga el mismo peso, el mismo potencial de ser decisiva, que la de una persona ignorante e irrazonable. De hecho puede sostenerse que la equidad requiere lo contrario, al menos si equidad significa algo como «aquello que nadie puede razonablemente objetar». Como señala MILL:

Un individuo tiene derecho a creerse injuriado al no ser tenido en nada y ser mirado como careciendo absolutamente de valor. Ninguno, si no es un necio, [...] puede sentirse ofendido porque se reconozca que hay otros cuya opinión, y aun cuyo deseo, deben ser más atendidos que su deseo y su opinión⁷¹.

Así, una concepción del igual respeto que sea sensible a las probadas o reconocidas diferencias de razonamiento, sabiduría y experiencia puede justificar algún tipo de voto plural, y no el igual peso implícito en la simple decisión mayoritaria⁷².

El que sea posible en las circunstancias de la política *justificar* (o alcanzar un acuerdo sobre) criterios de sabiduría, etc., con el objetivo de realizar aquellas diferenciaciones es otra cuestión. Si el criterio para reconocer la sabiduría deviene de las decisiones justas del pasado, y las personas tienen desacuerdos sobre lo que debe considerarse una decisión justa, entonces no resulta claro cómo podemos determinar quién es sabio y quién no lo es sin faltar al respeto hacia las personas en el primero de los sentidos establecidos anteriormente en el apartado 12.

Algo parecido puede afirmarse respecto del argumento de Charles BEITZ de que inferir el método de la decisión mayoritaria a partir del igual respeto necesariamente «refleja una concepción implausiblemente estrecha del principio más básico (*i. e.*, el igual respeto), de la que algunas preocupaciones sustantivas relacionadas con el contenido de los resultados políticos [...] han sido excluidas»⁷³. Seguramente BEITZ tiene razón al decir que el concepto de igual respeto para las personas se utiliza normalmente de una manera que transmite no sólo el punto de vista del hablante sobre la forma en que se alcanzan las decisiones políticas, sino también su opinión sobre el impacto sustantivo del resultado mismo sobre los individuos. Tal hablante no estará convencido, entonces, de que el igual respeto implique la decisión mayoritaria, puesto que será consciente de que dicha decisión mayoritaria puede llevarnos a resultados que (él cree, y puede que acertadamente) no otorgan a los individuos el respeto sustantivo al que tienen derecho⁷⁴.

⁷¹ MILL (1860), 1985: cap. VIII, 107.

⁷² Véase también RAWLS, 1971: 232-234.

⁷³ BEITZ, 1989: 64.

⁷⁴ Cfr. DWORKIN, 1985: 59-69.

Una vez más, sin embargo, podemos ver que esta noción amplia de respeto no puede utilizarse en nombre de la sociedad en las circunstancias de la política. Precisamente porque tenemos desacuerdos sobre qué es lo que cuenta como un resultado respetuoso sustantivamente, necesitamos un proceso de toma de decisiones. En este contexto, revertir el contenido sustantivo al procedimiento necesariamente privilegiará un punto de vista polémico sobre lo que implica el respeto y por consiguiente no respetará a los demás. Así, en las circunstancias de la política, lo único con lo que *podemos* manejarnos es con la «concepción implausiblemente estrecha» de igual respeto; y sospecho (aunque, una vez más, dudo de que pueda probarse) que la decisión mayoritaria es el único procedimiento de toma de decisiones consistente con el igual respeto en este sentido necesariamente empobrecido⁷⁵.

15. LA RAZONABILIDAD DE LA LEGISLACIÓN

Comenzamos explorando una fuente común de inquietud sobre las leyes, un sentimiento de que la legislación es insatisfactoria como fuente de derecho, dado que se crea mediante procedimientos que parecen arbitrarios, por ejemplo, un único voto oscilante entre cientos, que por lo que sabemos podría haberse determinado por cualquier razón, o por ninguna. Este tipo de procedencia parece bastante contradictorio con los elementos de la deliberación y la razón que apreciamos y valoramos en el derecho. Espero haber mostrado que este sentido de arbitrariedad no tiene fundamento. Todo rasgo del método de decisión mayoritaria que parezca arbitrario puede ser defendido como *razonable en las circunstancias de la política*, y de hecho como expresivo de la que tal vez sea la concepción de respeto por las personas más robusta de las que tenemos derecho a esperar en estas circunstancias.

En algunas ocasiones se describe la decisión mayoritaria como mecánica e impersonal⁷⁶, «una cruda visión estadística de la democracia»⁷⁷. Pero lo que parece ser su naturaleza mecánica es el tributo

⁷⁵ BEITZ podría responder diciendo que si *tenemos* que manejarnos con una estrecha noción procedimental de respeto a las personas, el único método de toma de decisiones que podemos inferir de ahí es el requisito de unanimidad encarnado en algo como el al contractualismo rawlsiano. Cfr. BEITZ, 1989: 63. Pero por supuesto que la unanimidad es precisamente lo que no está disponible en las circunstancias de la política, las únicas circunstancias en las que realmente necesitamos un procedimiento de toma de decisiones. De todas maneras, como el mismo BEITZ advierte, el requisito contractualista de unanimidad es considerado a menudo en estos días como una heurística sustantiva, y no la base de un modelo procedimental, que es la razón por la que pasa por alto, como hacen todos los enfoques sustantivos, el hecho del desacuerdo sustantivo.

⁷⁶ Véase SELZNICK, 1995: 106.

⁷⁷ DWORKIN, 1990: 36.

que paga a la necesidad percibida de acción en conjunto en presencia de desacuerdos acerca de las únicas cosas que la calificarían, en la opinión de algunos críticos, como no mecánica. Se trata de un procedimiento mecánico precisamente porque recurrir a un procedimiento sustantivo reproduciría ante nuestros ojos el problema no resuelto de la decisión. Lo que parece la obsesión mayoritaria con la estadística es, como vimos en el apartado 11, el tributo que la política paga a la realidad de que los problemas y las oportunidades sociales nos sitúan frente a millones de personas, y no frente a los dos o tres individuos con los que se sienten cómodos los filósofos morales. Y lo que parece impersonal es un compromiso con la igualdad, la determinación de que cuando nosotros, que necesitamos establecer un curso único de acción, discrepamos sobre lo que hay que hacer, no existe una base razonable⁷⁸ para *nuestro* diseño del procedimiento de toma de decisiones que atribuya más peso a uno que a otro en el desacuerdo.

Al final del apartado 6 dije que nuestro problema era explicar cómo las leyes y otras fuentes de derecho pueden tener autoridad sobre la gente que discrepa sobre los méritos sustantivos de sus disposiciones. Los lectores pueden pensar que esta cuestión de la autoridad ha quedado un poco marginada. Después de todo, decir que un proceso de toma de decisiones no es mecánico, ni impersonal, ni estadístico no es lo mismo que mostrar que posee o que se le debería atribuir *autoridad*. Y decir que demuestra respeto por las personas tampoco lo es, especialmente dado que, como dije en el apartado 14, no está claro que pueda *probarse* que el mayoritarismo sea el único método de toma de decisiones consistente con el igual respeto, y mucho menos que sea un requisito del igual respeto. Parece que aún hace falta el sentido de imponer límites asociado con la autoridad.

Esto me parece apropiado; una descripción de la decisión mayoritaria no puede explicar por sí misma la autoridad de la legislación en este sentido de imposición de límites. Tal explicación debe provenir primariamente de nuestro sentido de la urgencia moral y de la importancia de los problemas que necesitamos resolver, el tipo de cosas que (moralmente) *necesitamos* que se hagan, y que deberemos hacer nosotros conjuntamente, los varios millones de personas, si es que alguien tiene que hacerlas. Es de aquí de donde debe partir el sentido impe-

⁷⁸ La idea de razonabilidad que estoy utilizando aquí está adaptada de RAWLS, 1993a: 92: «Quienes insisten, a la hora de enfrentarse a cuestiones políticas fundamentales, en lo que ellos consideran verdadero y los demás no, aparecen a los ojos de los demás como si insistieran en afirmar sus propias creencias cuando disponen del poder político para hacerlo. Ni que decir tiene que quienes insisten en sus creencias insisten también en que sólo ellas son verdaderas: imponen sus creencias porque, dicen, sus creencias son verdaderas, no porque sean suyas. Pero se trata de una pretensión que todos podrían tener; es, además, una pretensión que nadie está en condiciones de justificar ante el común de los ciudadanos. Así pues, cuando exponemos tales pretensiones, los demás, que son razonables, tienen que considerarnos como irrazonables».

rativo del límite, y obviamente éste variará dependiendo de la propia estimación de cuán importantes sean realmente los problemas. Pero una vez que esto ya se ha establecido, entonces lo que he dicho sobre la respetabilidad de la decisión mayoritaria viene dado por sí solo, puesto que los problemas a los que nos enfrentamos nos sitúan por sí mismos y de manera apremiante en las *circunstancias de la política*, y en particular en la circunstancia de los desacuerdos sobre cuál sería una solución justa, moral, o en todo caso apropiada. El atractivo de la decisión mayoritaria es que no sólo resuelve la dificultad que esta circunstancia genera, sino que lo hace de una forma respetuosa, mientras que su autoridad para imponer límites consiste en el hecho de que los problemas que podemos resolver de esta manera y en estas circunstancias son problemas importantes y apremiantes desde cualquier punto de vista. Las dos cosas, entonces, el límite y la respetabilidad, se combinan para formular una exigencia particular a todo ciudadano (que es, me parece, una exigencia característica del derecho y del Estado de derecho): que no debería insistir de manera irrazonable en lo que a él le parece la solución *correcta* a los problemas urgentes a los que nos enfrentamos, si es probable que el resultado de tal insistencia sea que dichos problemas acaben por no tener ningún tipo de solución.

CAPÍTULO VI

LAS INTENCIONES DE LOS LEGISLADORES Y LA LEGISLACIÓN SIN INTENCIONES

I. LA INTENCIÓN LEGISLATIVA

Supongamos que se debate un proyecto legislativo y se aprueba como ley. ¿Cómo debemos ahora interpretarla? Una respuesta inicial, que resulta atractiva, es que debe interpretarse de acuerdo con la intención del legislador, es decir, debemos resolver toda vaguedad o ambigüedad intentando descubrir qué es lo que el legislador tenía en mente al aprobarla. En este capítulo voy a analizar el intento más reciente en la teoría analítica del derecho de recuperar la concepción que otorga un rol fundamental a las intenciones del legislador en la interpretación de las leyes. Uso el término «recuperar» deliberadamente. Es cierto que en los Estados Unidos es bastante común, entre jueces y juristas, hacer referencia a la intención legislativa¹, y apelar a «la intención original» es también una práctica común en la política del derecho constitucional estadounidense². Sin embargo, desde un punto de vista filosófico, la idea de recurrir, más allá del texto de la ley, a evidencia independiente sobre lo que los legisladores pensaban ha sido objeto de críticas tan poderosas, siendo la más notable la de Ronald DWORKIN³, que resulta sorprendente encontrarla de nuevo en una versión

¹ Es menos común en Inglaterra, aunque para un cambio reciente de enfoque véase la decisión de la Cámara de los Lores en "Pepper v. Hart" All ER, 1993.

² Véase MEESE, 1990.

³ DWORKIN, 1986: 312-337.

no trivial en el espacio de la respetable teoría del derecho académica⁴.

Sin embargo, en un libro reciente titulado *Interpretation and Legal Theory*, Andrei MARMOR presenta un alegato a favor de la tesis intencionalista que no sólo es respetable, sino también novedoso y casi convincente⁵. Su originalidad consiste en que evita cualquier argumento basado en consideraciones democráticas. La tesis de MARMOR no sostiene que los jueces deban reconocer autoridad a la intención del legislador por el hecho de que los legisladores hayan sido elegidos democráticamente y sean responsables (*accountable*) ante sus electores, y ellos no⁶. En lugar de eso, se basa en una consideración de la teoría de la autoridad del derecho de Joseph RAZ. RAZ dice que la justificación normal de que X tenga autoridad sobre Y consiste en que Y cumple mejor con las razones relevantes para sus decisiones cuando obedece las directivas de X que cuando trata de determinar por sí mismo qué es lo que estas razones exigen⁷. MARMOR supone que si esto es cierto respecto de las directivas de X entonces es probable que también lo sea en relación con las intenciones que hay tras estas directivas, aun cuando dichas intenciones no estén explícitamente expresadas en las propias directivas y debamos recurrir entonces a otros medios para averiguarlas.

La aplicación de este argumento general a la legislación es suficientemente obvia. La ley es la obra de un legislador, X, y se dice que tiene autoridad sólo en el caso de que X tenga algún tipo de conocimiento experto técnico o moral en el campo del que se ocupa la ley. X es el experto y por lo tanto los ciudadanos comunes hacen mejor en obedecer sus directivas que en confiar en su propio juicio sobre esta materia. Este conocimiento experto se revela en primer lugar en las palabras explícitas de la ley que X ha escrito, pero es poco probable que pueda agotarse allí. Si el texto resulta ser vago o desacertado, quienes están sujetos a la ley pueden descubrir este conocimiento experto por otros medios, reuniendo indicios sobre los

⁴ Para una versión trivial del intencionalismo, véase Stanley Fish, 1992: 300-301: «El intencionalismo correctamente entendido no implica ninguna metodología o dirección prescriptiva [...]. No se puede distinguir entre aquellos intérpretes que tratan de descubrir la intención y los que no lo hacen, sino únicamente entre concepciones diversas de la intención defendidas por los intérpretes en disputa [...]. Todo intérprete se refiere a la intención, y no hay ningún valor metodológico efectivo en declararse (o siquiera pensarse) como no intencionalista, ya que no se puede ser otra cosa».

⁵ MARMOR, 1992: esp. cap. 8.

⁶ Ciertamente, la mayoría de los jueces de apelación no son electos, *i. e.*, la mayoría de los jueces cuyas interpretaciones son muy influyentes en el sistema jurídico. Por otra parte, aquellos jueces que sí son electos rara vez son considerados por los votantes (y raramente se consideran a sí mismos) como *representantes* populares en el mismo sentido en el que lo son los legisladores.

⁷ Véase RAZ, 1986: 53. Véase también en el cap. V la nota 37 y el texto que la acompaña.

pensamientos y los propósitos que X tenía en mente en el momento en que se aprobó la ley original. Después de todo, la autoridad del derecho se reduce a la cuestión de la autoridad de X, y dicha autoridad se define, disposicionalmente, como la probabilidad de que los demás actúen mejor al concedérsela. Así, un argumento en favor de la autoridad del derecho basado en el hecho de que el legislador es más ilustrado que el resto de la ciudadanía puede ser también un motivo para apelar a la intención legislativa como un fundamento ulterior para determinar de forma ilustrada lo que un ciudadano o un funcionario deben hacer.

Un argumento de este tipo basa su atractivo, al menos inicialmente, en una imagen más bien primitiva de la legislación. Su mayor credibilidad consiste en destacar los rasgos que las leyes comparten con las órdenes comunes. Si entendemos la legislación en términos hobbesianos, «cuando un hombre dice *haz esto o no hagas esto* sin esperar razón distinta de la voluntad de quien lo dice»⁸, podemos sentirnos inclinados a adoptar las intenciones del legislador como punto de partida para interpretar las leyes que él ha aprobado. Si hay algo en su voluntad que dota de autoridad a su orden original, parece entonces natural recurrir a dicha voluntad, en la medida en que podamos conocerla, cuando necesitamos una mayor guía a la hora de hacer efectiva dicha orden.

Le ahorraré al lector cualquier reiteración de las dificultades que debe enfrentar este tipo de teoría del derecho. El punto más importante es que MARMOR no da adecuada cuenta del hecho de que las leyes actuales no son el producto de un único autor experto. Son producidas por las deliberaciones de grandes asambleas de múltiples miembros cuya pretensión de autoridad en el sentido de RAZ (si es que pueden tener alguna pretensión de este tipo) consiste en su capacidad para integrar una diversidad de propósitos, intereses y objetivos entre sus miembros en el texto de un único resultado legislativo. En otras palabras, la situación actual no es la de una *persona* con autoridad, sino, a lo sumo, la de un *grupo* con autoridad, y que posee dicha autoridad sólo en virtud de la manera en que combina los intereses y los conocimientos de sus miembros en el acto de legislar. En esta situación sería imprudente inferir de la autoridad de la legislación la autoridad de cualquier cosa que se diga o de cualquier propósito expresado por parte de miembros particulares del Parlamento que no suponga en sí mismo un acto legislativo. Éste es, en síntesis, el argumento que desarrollaré a continuación.

Alguien podría preguntar: ¿qué pasa si las condiciones bajo las que se aprueba una ley hicieran más apropiada una teoría jurídica

⁸ HOBBS (1651), 2003: cap. XXV, 226.

del autor único? Una ley en particular puede ser concebida por un solo legislador y sus asesores, y ser aprobada por los demás miembros simplemente «asintiendo con la cabeza», en deferencia hacia su conocimiento experto en ese tema. Seguramente en un caso como éste no sería inapropiado considerar al legislador particular como el autor de la ley, y apelar a sus intenciones cuando se quisiera aclarar qué es lo que se ha hecho⁹. Pero para que esta línea argumental funcione deberíamos poder atribuir plausiblemente *autoridad*, y no sólo eficacia legislativa, al legislador único en cuestión.

Debemos recordar que las teorías de la autoridad jurídica, y cualquier teoría concomitante de la interpretación, por lo general venden su producto al por mayor, sin entrar en muchos detalles. La pregunta para la teoría del derecho rara vez concierne a la autoridad o la interpretación de esta o aquella ley particular, sino a la relación entre la autoridad y la interpretación en general. Debemos preguntarnos, entonces, si hay algo en general en el modo en que se elaboran las leyes que convierta la apelación a las intenciones de los legisladores en una estrategia interpretativa adecuada. La respuesta que demos a esta cuestión dependerá de qué modelo general del proceso legislativo consideremos mejor, por lo menos en lo que respecta a las teorías de la autoridad. Mi propuesta es que, en este nivel, será mejor evitar cualquier modelo que considere que la legislación es típicamente el producto intencional de un único autor. Será mejor, como he sostenido a lo largo de esta Primera Parte del libro, centrarnos en las estructuras y los procedimientos de las *asambleas* legislativas.

El argumento que sigue se desarrollará en tres pasos. Tras algunas consideraciones preliminares, abordaré la cuestión general de la intencionalidad de las leyes. Sostendré en el apartado 3 que, en las condiciones de la legislación contemporánea, a menudo los actos legislativos no pueden describirse como actos intencionales, aun cuando tengan lugar en un contexto organizado intencionalmente. En el apartado 4 mostraré que la tesis de RAZ sobre la autoridad, o una versión plausible de dicha tesis, podría aplicarse en todo caso a los actos legislativos, a pesar de que éstos no se conciben como actos intencionales. Luego, en el apartado 5, señalaré que los mejores argumentos en favor de la autoridad de las leyes producidas en estas condiciones impiden realmente cualquier apelación a las intenciones de legisladores particulares como estrategia interpretativa general. Finalizaré, en el apartado 6, con algunos comentarios más generales sobre la importancia de las consideraciones sobre la legislación en las que se basan mis argumentos.

⁹ Agradezco a Chaim GANS por este punto.

2. LEGISLADORES ORDINARIOS Y NO CONSTITUYENTES

En primer lugar, quiero abordar algunas cuestiones preliminares. Al igual que MARMOR, tomaré como objeto de discusión la interpretación de la legislación ordinaria, y no la constitucional¹⁰. El caso más complejo al que debe dar respuesta alguien que se oponga a la estrategia intencionalista, es decir, mi caso, es el de una ley recientemente aprobada en una sesión deliberativa de la que existe un registro público no controvertido, en la que participan legisladores que conocen bien las condiciones de la sociedad en la que se aplicará la ley. Si surgen dudas en la interpretación de una ley aprobada bajo estas condiciones, no parece desacertado sugerir que las respondamos consultando los registros públicos de los debates, de las deliberaciones de las comisiones, etc., para comprobar en qué estaban pensando exactamente los legisladores cuando la aprobaron. Por supuesto que tales ejercicios no siempre tienen éxito. Tanto si los jueces se equivocan al determinar la intención de los legisladores como si, por alguna otra razón, éstos no se sienten satisfechos con la respuesta de los jueces, los legisladores siempre pueden aprobar otra ley que imponga la interpretación o propósito que prefieran¹¹.

Nada de esto se aplica a la jurisdicción constitucional. A pesar de su popularidad entre los políticos conservadores, apelar a las intenciones del legislador constituyente de la Constitución de los Estados Unidos es ridículamente implausible, ya que los que defienden esta apelación discrepan sobre quién debe ser considerado legislador constituyente. ¿Son quienes redactaron el borrador del texto, o los miembros de la Convención de Filadelfia, o los que la ratificaron, o el pueblo que eligió a los que la ratificaron? Y no sólo eso. Sean quienes fueren los legisladores constituyentes, lo máximo que podemos hacer son conjeturas sobre sus intenciones reales, y éstas resultan por lo menos tan controvertidas como cualquier forma menos histórica de «interpretación». No sabemos «prácticamente nada», por ejemplo, sobre lo que sucedió en los Parlamentos estatales durante los debates de ratificación¹². Además, aunque conociéramos las intenciones de los legisladores constituyentes, sería muy imprudente confiar en ellas, dado que estamos hablando de personas que vivieron doscientos años atrás, y a pesar de su virtud revolucionaria, desconocían por completo las condiciones de la política y la sociedad estadounidense contemporánea. Vivían en unos Estados poscoloniales, más o menos federados, de esca-

¹⁰ MARMOR, 1992: 172-173.

¹¹ MARMOR, 1992: 173.

¹² SCHWARTZ, 1971, vol. 2: 1171; he sacado esta referencia de Post, 1991: 22.

sa población y con supremacía blanca, cuyas economías se basaban en la explotación de los esclavos africanos en la agricultura, y cuya política estaba restringida a quienes poseían esclavos, mujeres o propiedades. Para los propósitos del argumento RAZ/MARMOR, estos hombres no habrían entendido, y no digamos ya haber tenido una mejor comprensión que nosotros, las condiciones para la subsistencia de una superpotencia de alcance continental en tanto que república libre y constitucional, en condiciones de diversidad étnica, igualdad democrática y crisis posindustrial. Podría ser un motivo para considerar el texto de la Constitución como un marco estable e indispensable para contener la volatilidad y las vicisitudes de la política moderna¹³. Pero esta función estabilizadora tiene más en común con la autoridad coordinativa, que como MARMOR reconoce no puede generar ninguna justificación para una apelación a la intención original¹⁴, que con la autoridad de conocimiento experto moral sobre la que suele basarse la deferencia a la intención del legislador constituyente.

Entiendo entonces que lo que debemos discutir es el papel de la intención legislativa en la interpretación de las leyes ordinarias en las condiciones actuales. Supondré, además, que cuando nos referimos a la legislación, nos estamos refiriendo al trabajo realizado por un Congreso, un Parlamento o una asamblea estatal, es decir, un órgano formado por un cierto número de miembros (habitualmente cientos de personas) de diversos colores políticos, elegidos como representantes por el pueblo del Estado al que se aplica dicha legislación. Supondré también, como lo hice en el capítulo IV, que los legisladores forman un cuerpo diverso de personas provenientes de grupos diferentes en una sociedad multicultural y heterogénea. En otras palabras, presupongo que existen pocos entendimientos culturales y sociales compartidos entre ellos, más allá del lenguaje bastante rígido y formal con que se dirigen unos a otros en los debates legislativos. Por último, supondré que el Parlamento posee procedimientos artificiosamente definidos para determinar cómo se acepta a trámite, se debate y se aprueba una disposición legislativa, qué es lo que comprende, es decir, cuál es su texto autoritativo final, y cuándo entra en vigor. Estos procedimientos representan la constitución del Parlamento, y la referencia a ellos forma parte de la regla de reconocimiento del sistema jurídico.

Aunque estos presupuestos son suficientemente obvios en el mundo contemporáneo (¡y sin duda resultarán tediosos para mis lectores llegados a este punto!), resultan ser cruciales para mi argumentación en contra de la apelación a las intenciones del legislador. Por consiguiente, invertiré algún tiempo en examinar sus fundamentos en el apartado 6.

¹³ ARENDT, 1973: esp. cap. IV.

¹⁴ MARMOR, 1992: 179-180.

3. LEGISLACIÓN SIN INTENCIÓN

En ocasiones se dice, como si se tratara de un truismo, que cualquier cosa que interpretemos debe ser concebida necesariamente como el producto de la intención de alguien¹⁵. Se supone que éste es un punto elemental sobre lo que debe ser considerado una construcción lingüística. La acción de las olas sobre la arena o el murmullo del viento pueden producir marcas o ruidos que se parezcan a textos, pero se dice que no es posible considerarlos como tales y discernir su significado a menos que se atribuya su aparición a la intención de algún autor dotado de inteligencia. Stanley FISH sostiene esta tesis de la siguiente manera:

A fin de encontrar un sentido a sonidos o marcas producidos de manera arbitraria, debemos presuponer que dichos sonidos y marcas han sido producidas por algún agente con algún propósito determinado, esto es, tenemos que considerarlas como si no hubieran sido producidas de forma arbitraria, aun si para ello hemos de atribuir propósito e intención a las olas, o al viento o al gran espíritu que hace girar todas las cosas¹⁶.

En esta interpretación, la atribución de intención viene primero y la de significado después¹⁷.

Exactamente del mismo modo, a muchos teóricos del derecho les parece obvio que una ley debe ser concebida como algo que ha sido producido intencionalmente, e infieren de esto que el único objeto posible de interpretación en el derecho es el significado contemplado por aquellos cuyos propósitos constituyen la intencionalidad de la disposición que se está considerando¹⁸. Pero imaginen que aparece frente a un juez un trozo de papel debidamente certificado de acuerdo con el procedimiento parlamentario apropiado con algunos signos como los siguientes:

Ley de vehículos en el parque de 1993. Art. 1: Con la excepción de bicicletas y ambulancias, no se permitirá el ingreso de ningún vehículo a los parques municipales o estatales. Art. 2: Se impondrá una multa inferior a 100 dólares a toda persona que conduzca un vehículo dentro de un parque estatal o municipal.

De acuerdo con Stanley FISH y otros autores que adoptan la concepción que estoy discutiendo en este apartado, si el juez considera

¹⁵ Véanse KNAPP y MICHAELS, 1982: 723, para el argumento reciente más famoso a estos efectos.

¹⁶ FISH, 1992: 299.

¹⁷ FISH, 1989: 296.

¹⁸ Véase KNAPP y MICHAELS, 1992: 187.

este papel como una ley y comienza el laborioso proceso de decidir, por ejemplo, si sus disposiciones deben aplicarse al caso del famoso *jeep* emplazado en un pedestal¹⁹, debe considerar los signos del papel como el resultado de la intención de alguien.

FISH concede que una pregunta aún más amplia es la de si deberíamos buscar el registro legislativo a fin de encontrar indicios de la intención para solucionar el problema del *jeep* sobre el pedestal. Señala que reconocer la intención legislativa no es lo mismo que tener deferencia hacia la intención del legislador, especialmente cuando esta última no es la intención que se revela inmediatamente en el texto de la propia ley. Podemos terminar respondiendo a la cuestión del *jeep* haciendo una interpretación de la ley que habría sorprendido a sus propios autores²⁰.

Aun así, el punto crucial, de acuerdo con FISH,

es que no puede interpretarse o reinterpretarse independientemente de la intención, es decir, independientemente del supuesto de que estamos tratando con signos o sonidos producidos por un ser intencional, un ser que emprende algo con algún propósito o punto de vista²¹.

Según FISH, el hecho de que «intención» y «significado» sean términos con mucha carga teórica no socava la tesis de que interpretar un texto significa determinar qué quiso decir el ser intencional que lo produjo. Afirma que se trata siempre de descubrir cuál era el significado que se pretendía expresar en el texto jurídico²².

Aunque esta posición puede parecer menos controvertida con respecto a las novelas y las poesías, resulta (significativamente) confusa en relación con la legislación contemporánea. He supuesto que la legislación es el producto de una asamblea formada por múltiples miembros, que comprende a un amplio número de personas con objetivos, intereses y *backgrounds* radicalmente diferentes. En tales condiciones, las disposiciones específicas de una ley particular son a menudo el resultado del compromiso o de una votación artículo por artículo. Por ejemplo, es perfectamente posible que nuestra imaginaria *Ley de vehículos en el parque*, considerada como un todo, no refleje los propósitos e

¹⁹ El ejemplo es de FULLER, 1958: 633: «¿Qué diría el profesor HART si un grupo de patriotas locales quisiera montar en un pedestal en el parque un camión utilizado en la Segunda Guerra Mundial, mientras que otros ciudadanos, considerando el monumento propuesto como algo ofensivo a la vista, respaldaran su posición por la regla de "ningún vehículo"? ¿Este camión, que funciona perfectamente, es un caso paradigmático o cae dentro de la zona de penumbra?». El ejemplo es discutido por MARMOR, 1992: 130.

²⁰ De ahí la trivialidad prescriptiva del intencionalismo de FISH. Véase la nota 4 de este capítulo.

²¹ FISH, 1989: 99-100.

²² FISH, 1992: 302.

intenciones de alguno de los legisladores que en conjunto la aprobaron. Permítanme desarrollar esta posibilidad. Con respecto del art. 1 de la ley, los legisladores podrían haber estado divididos sobre la excepción para las bicicletas (a la que llamaré B), sobre la excepción para las ambulancias (A) y sobre la inclusión de los parques estatales además de como los municipales (E). Supongamos que los legisladores estaban divididos en tres bloques iguales sobre estas tres cuestiones, como en la figura 3.

Bloque 1	Bloque 2	Bloque 3
B	B	$\sim B$
A	$\sim A$	A
$\sim E$	E	E

Figura 3

Sucesivas votaciones mayoritarias sobre estas cuestiones producirían la ley que ya conocemos ($B \wedge A \wedge E$), aun cuando esta combinación no se corresponda con la preferencia de nadie.

Alguien podría responder que, seguramente, tras las enmiendas, los legisladores votarán el proyecto de ley en su conjunto, en su forma final ($B \wedge A \wedge E$). Por lo tanto, aunque inicialmente tuvieran desacuerdos, la ley aprobada reflejará finalmente las intenciones de una mayoría en este último paso, tomando en consideración lo que era políticamente posible. Pero esto es un artificio de nuestros particulares procedimientos parlamentarios, como, por ejemplo, que tengamos un debate de «tercera lectura» y división tras la fase de enmiendas. Podría imaginarse una legislatura que procediera de una manera totalmente diferente. Podría haber una discusión preliminar durante la cual se identificaran todas las cuestiones susceptibles de provocar división. Seguiría un debate general, al final del cual los miembros de la asamblea introducirían sus votos sobre las distintas cuestiones en una máquina que produciría la ley en su forma final sobre la base de los votos emitidos, y que la promulgaría automáticamente para los jueces, los funcionarios y la población en general. La posibilidad de una máquina como ésta ha sido imaginada por Richard WOLLHEIM en su famoso artículo «A Paradox in the Theory of Democracy»:

Quiero ahora [...] imaginar la democracia en términos de una determinada máquina que operaría según [el siguiente] método o regla. La máquina, que podríamos llamar la máquina democrática, opera de una forma discontinua. A intervalos fijos se le introducen las elecciones de los ciudadanos individuales. La máquina entonces las agrega de acuerdo

a una regla o método preestablecidos, y produce lo que podría denominarse su “elección” propia. Podemos afirmar que se cumple con la regla democrática si durante el período en que la máquina no funciona se actúa según la elección más reciente de la máquina²³.

Los teóricos de la elección pública están familiarizados con los distintos laberintos cíclicos que podría generar tal máquina. Presuponemos, no obstante, como lo hacía WOLLHEIM, que esto no suponga un problema para los casos que estamos considerando²⁴. El atractivo de este experimento imaginario (que es distinto al uso que WOLLHEIM hace de él)²⁵ consiste en que nos permite imaginar una ley que no puede ser considerada, en palabras de FISH, como algo producido «por un ser intencional, [...] un ser que emprende algo con algún propósito o punto de vista».

Por supuesto, se trata sólo de un modelo. En el mundo real, las leyes nunca se producen exactamente de esta manera. Pero aun así, tampoco en el mundo real las leyes son exactamente el producto de la intención coherente de una persona. La cuestión interesante es cuál de las imágenes es más útil para nuestra reflexión sobre la intencionalidad de las leyes en las condiciones legislativas contemporáneas. Dado el espacio que ocupan en la actividad legislativa contemporánea las soluciones de compromiso, las mutuas concesiones y las enmiendas de último momento, yo apostaría por la imagen de la máquina.

FISH puede dar otra respuesta: aunque fuera el producto de una máquina de WOLLHEIM, el texto de una ley es muy diferente de los casos mencionados anteriormente, los de las marcas que dejan las olas en la arena o los ruidos del viento.

Y tiene razón. Existen tres diferencias importantes: 1) La máquina hace lo que hace sobre la base de los *inputs* de los legisladores, y

²³ WOLLHEIM, 1969: 75-76.

²⁴ WOLLHEIM, 1969: 75. Quiero también evitar la queja que podría hacer Ronald DWORKIN con respecto de que la máquina de WOLLHEIM es capaz de producir algo así como una «ley tablero» (*checkerboard statute*), esto es, una ley que carezca de coherencia interna (DWORKIN, 1986: 178-184). Aunque DWORKIN tuviera razón en que existe algo objetable en una ley tan comprometida que no refleje ningún conjunto coherente de principios o políticas, difícilmente podría negar que se trata de un texto y que un juez debe realizar un esfuerzo de buena fe para interpretarlo. Recordemos también que la «integridad», el valor que según DWORKIN está en juego aquí, es sólo un valor jurídico entre muchos otros, y a menudo debe ser tomado en consideración junto a la justicia y la equidad. Véase también la discusión en el cap. IX. En cualquier caso, no es *necesario* que la máquina de WOLLHEIM produzca leyes carentes de integridad. A lo sumo, un requisito de integridad implicaría solamente que el resultado de la máquina *puede* ser interpretado como el producto de la intención de alguien, no que *debe* ser interpretado así.

²⁵ Brevemente, WOLLHEIM estaba interesado en la pregunta de por qué una persona que ha votado firme y plenamente convencido en contra de la política A debería considerar que el producto final de la máquina le proporciona una razón para actuar en favor de A. Volveré sobre este aspecto de su ejemplo en el apartado 5 del cap. XI.

dichos *inputs* son completamente intencionales. 2) La máquina está programada para producir los signos particulares (palabras) que produce (bajo ciertas condiciones particulares de *input*) porque se supone que tales signos poseen significado para quienes la programaron. Por ejemplo, la intención de los programadores es que la máquina produzca las palabras «a excepción de las bicicletas» en el caso de que la mayoría de los legisladores presionen el botón «B». Ésta es su expectativa acerca de cómo deben entender el resultado de la máquina, sea cual fuere, aquellos a quienes se les dirige: lo leerán como un conjunto de oraciones expresadas en idioma castellano. Y ésta es la expectativa que comparten los legisladores cuando introducen sus votos. 3) Todo el sistema (la propia máquina y las convenciones que rodean su uso) ha sido dispuesto de manera intencional, de acuerdo con ciertas aspiraciones de procedimiento democrático. El ejercicio entero, entonces, es intencional, y esto es suficiente para distinguirlo de las olas en la arena²⁶.

Pero nada de esto es suficiente para establecer la conclusión de FISH al respecto de que el texto debe encarnar *una intención particular*, por ejemplo, la intención de asegurar que ningún otro vehículo, salvo las bicicletas y las ambulancias, entrará en los parques estatales o municipales. Ya que ni esta intención ni ninguna similar se encuentra entre los elementos intencionales 1), 2) y 3) que acabamos de identificar. De la misma manera, cuando un funcionario o un ciudadano (o un legislador interesado en saber qué es lo que él y sus colegas han «decidido») leen por primera vez la ley, FISH no está legitimado para decir que el objetivo de esta lectura deba ser el de determinar lo que alguien quiso decir.

Max RADIN escribió una vez que la tarea de un Parlamento consistía en hacer leyes y no en formar intenciones²⁷. Un Parlamento es un actor artificial, y su acción es la aprobación de una ley. De hecho nos referimos a las leyes como *actos** del Congreso, del Parlamento o de lo que sea. Pero aunque utilicemos el término de agencia de

²⁶ El punto 2 es suficiente para dar cuenta del argumento de KNAPP y MICHAELS, 1992: 190-192. que señalan que la atribución de significado a signos producidos por el azar implica una elección arbitraria entre todos los idiomas actuales y posibles que podrían dar valor semántico a dichos signos. KNAPP y MICHAELS afirman que «la única razón plausible para restringir los significados del texto al lenguaje en que el autor lo escribió es que a uno le interese la intención del autor; de otra manera, la elección de esta regla entre infinitas otras sería arbitraria» (p. 192). Este argumento es inválido, por lo menos si se aplica a nuestro ejemplo legislativo. Quienes establecieron la máquina de WOLLHEIM determinaron intencionalmente que los signos que produjera debían ser entendidos como palabras y oraciones en castellano. Pero no se sigue de ahí que se deba considerar que los signos particulares que surgen de la máquina expresan intenciones particulares de algún hablante del idioma castellano.

²⁷ RADIN, 1930: 863. Debo esta referencia a MOORE, 1985: 355.

* N. de los trads.: En el original se usa el sustantivo *acts* con la intención de aprovechar su ambigüedad semántica entre «actos» o «acciones» y «leyes».

esta manera, no debemos dejarnos confundir por una analogía obsesiva con las acciones de las personas naturales que nos lleve a buscar un equivalente legislativo para cada evento o estado asociado con la acción en la psicología de los agentes individuales. Pocos dirían, por ejemplo, que los Parlamentos (como algo distinto a un legislador particular) tienen motivos e intenciones asociados con actos particulares; pocos estarían dispuestos a poner el acento en la distinción entre motivo e intención que aplicamos al caso individual²⁸. Entonces ¿por qué insistir en un correlato para la intención? ¿Por qué no decir simplemente que el acto de un Parlamento es el resultado artificial de los actos de legisladores individuales, estructurados y puestos en relación entre sí a través de ciertos procedimientos, funciones de decisión y quizá máquinas? ¿Por qué no decir que mientras cada una de estas últimas acciones (las acciones individuales) es por supuesto el resultado de una intención, la acción resultante (el acto del propio Parlamento) no lo es necesariamente?²⁹

Parte de la confusión que nos tienta a adscribir intenciones a los Parlamentos tiene que ver con el concepto de significado. Puede pensarse que el propio hecho de que la legislación sea un acto *de habla*, la producción de un enunciado o texto dotado de significado, implica que no puede ser considerado como no intencional³⁰. Después de todo, ¿qué es afirmar «no se permite la entrada de ningún vehículo a ningún parque estatal o municipal» sino pronunciar una cadena de sonidos con la intención de producir un cierto efecto o respuesta en la audiencia en virtud del reconocimiento de tal intención?³¹ Aun cuando evitáramos la idea de un emisor único para casos como éste y nos concentráramos sólo en el significado de la oración, nuestras interpretaciones más plausibles del significado seguirían considerándola una función de la intención individual, aunque sea una función compleja.

No creo que consideraciones como éstas nos conduzcan hacia una noción de intencionalidad legislativa. Ya he mencionado, en el apar-

²⁸ Cfr. la discusión en MARMOR, 1992: 167.

²⁹ ¿En qué se convierten entonces las investigaciones sobre la intención legislativa que ocasionalmente se emprenden en el derecho constitucional, por ejemplo, para indagar si una ley intentó gravar indebidamente una determinada práctica religiosa? ¿Qué pasa entonces con la conocida distinción entre: *a*) impactos neutrales y no neutrales, y *b*) intenciones neutrales y no neutrales? No tengo aquí espacio para abordar de lleno el problema. Sin embargo, siempre me ha parecido que la distinción más útil es entre: *a*) la investigación de las consecuencias sobre la neutralidad de los impactos, y *b*) la investigación justificativa con respecto de si existen *razones* neutrales en favor de la legislación, emerjan o no dichas razones de las intenciones de alguien en aquel momento. Si un tribunal puede descubrir una buena razón neutral para una ley determinada, el hecho de que haya sido aprobada para un propósito no neutral con toda seguridad no justifica que sea derogada. Al derogarla, nos estaríamos privando de algo útil sólo para vengarnos de las malas intenciones de los legisladores.

³⁰ Agradezco a Joseph RAZ por este punto.

³¹ Véase GRICE, 1989: 92.

tado 2, que incluso una máquina de WOLLHEIM debería estar programada y ser operada sobre la base de ciertos supuestos sobre los significados de diversos signos y sonidos. Un legislador que votara a favor (o en contra) de una disposición como «no se permite la entrada de ningún vehículo a ningún parque estatal o municipal» lo hace presuponiendo, para decirlo crudamente, que las palabras significan lo mismo para él que para las personas a las que van dirigidas, en el caso de que la disposición sea aprobada. Puede adoptar esta presunción sólo bajo la condición de que las palabras sean elementos significativos en un lenguaje, es decir, de que exista una comunidad en la que se sepa que sus miembros utilizan comúnmente tales palabras para producir un cierto efecto o respuesta en sus destinatarios en virtud del reconocimiento que tales destinatarios hacen de la propia intención³². Que tales supuestos invadan el proceso legislativo muestra cuánto depende el derecho del lenguaje, de las convenciones compartidas que constituyen un lenguaje y de la reciprocidad de las intenciones que comprenden las convenciones³³. Pero aunque en toda interpretación comprensiva de lo que está sucediendo tales convenciones proporcionen una oportunidad para referirse a las intenciones (las intenciones de los usuarios del lenguaje como tales), no constituyen ninguna garantía para el punto de vista de que sólo porque una ley particular tenga significado lingüístico debe incorporar una intención particular atribuible al usuario del lenguaje.

4. AUTORIDAD

Una cosa es jugar con la posibilidad de una legislación sin intención, como en mi experimento imaginario con la máquina de WOLLHEIM. Pero ¿qué sucede con la autoridad de un Parlamento si sus leyes no son concebidas como actos intencionales? ¿Cómo podemos atribuir autoridad a una disposición jurídica si el Parlamento utiliza una máquina de WOLLHEIM para generar sus leyes? Para responder a esta pregunta debemos volver sobre la noción de autoridad.

En lo que sigue, me centraré en la teoría de la autoridad de Joseph RAZ³⁴, no sólo porque se trata de la concepción dominante hoy en día, sino también porque en ella se basa el argumento de MARMOR. No obstante, puede ser que dicha concepción no capture por completo la exigencia de respeto que la legislación nos reclama. He intentado

³² Véase GRICE, 1989: 117-137. Véase también el apartado 5 del cap. IV.

³³ La legislación podría también depender de convenciones cuasi lingüísticas comunes a los diseñadores legislativos y a la comunidad jurídica/judicial. Agradezco a Joseph RAZ por este punto.

³⁴ Véase RAZ, 1986: 21-195.

describir esta demanda más profunda y extensa en el capítulo V³⁵, y no existe ninguna dificultad particular a este respecto en la legislación producida por una máquina de WOLLHEIM. La dificultad radica únicamente en la concepción raziana de autoridad, por lo tanto, por el bien del argumento, este capítulo se centrará casi exclusivamente en la concepción de RAZ.

La tesis sobre la autoridad que invoca MARMOR a partir de Joseph RAZ habla de «la manera normal para establecer que una *persona* posee autoridad sobre otra»³⁶. Desde este punto de vista, son las personas las que poseen autoridad, no las organizaciones o las leyes. En un capítulo posterior del libro, RAZ se pregunta si cambia algo cuando pasamos de una situación de uno-a-uno a una que implique la autoridad del Estado. Sin embargo, el cambio que parece interesarle allí es el hecho de que «las autoridades políticas gobiernan a grupos de personas» y no a individuos particulares³⁷. No parece estar interesado por las consecuencias que tiene para su tesis el hecho de que las autoridades políticas como los Parlamentos también *son* grupos de personas. Lo más cerca que está RAZ de considerar este punto es en el siguiente pasaje que MARMOR cita de un artículo publicado antes que *The Morality of Freedom*: «Una directiva puede ser autoritativamente vinculante sólo si es, o por lo menos si se la presenta como, el punto de vista de alguien sobre la manera en que deben comportarse los que están sujetos a ella»³⁸. A MARMOR le parece que esto entraña «la idea de que sólo un agente capaz de comunión con otros puede tener autoridad sobre ellos»³⁹, y lo utiliza en contra de la concepción de Ronald DWORKIN diciendo que las normas que los jueces deben considerar investidas de autoridad son las que ellos mismos producen mediante un proceso de construcción interpretativa.

La falacia en la tesis de RAZ sobre la justificación normal de la autoridad (o por lo menos en la presentación que hace MARMOR de esta tesis) reside en fundar una conexión demasiado estrecha entre *autoridad* y *autoría*. En la concepción de RAZ y MARMOR, la autoridad no puede ser sistémica, sino que debe atribuirse a un autor. Su tesis parece ser que las razones de los ciudadanos comunes pueden resultar afectadas del modo en que la autoridad afecta a las razones sólo si existe una persona identificable (natural o artificial) que *posea* la autoridad en cuestión. Por lo tanto, MARMOR supone que una ley L puede tener autoridad sólo si es cierto lo siguiente acerca de la persona X que la emitió: que cualquier persona Y, destinataria de la ley, hace

³⁵ Véase el cap. V, esp. el apartado 6.

³⁶ RAZ, 1986: 53, la cursiva es mía.

³⁷ RAZ, 1986: 71.

³⁸ RAZ, 1985: 303, citado por MARMOR, 1992: 114.

³⁹ MARMOR, 1992: 115.

mejor en seguir el punto de vista de X sobre las razones que se aplican a la conducta de Y, que intentando descubrir tales razones por sí misma. Puesto que, bajo esta concepción, el que una ley posea autoridad significa que su autor tiene (o ha tenido) una opinión que es superior en algún punto a cualquier otra opinión que probablemente se pudiera formar el destinatario de la ley⁴⁰.

Quiero sugerir, sin embargo, que la situación en la que puede remontarse la autoridad de una ley (en el sentido de RAZ) a la autoridad personal es un caso especial. En otro tipo de casos es posible hablar de la autoridad de la ley *tout court* y desarrollar una versión de la tesis de la justificación normal que haga referencia sólo a la probabilidad de que la persona sujeta a ella haga mejor en seguir sus disposiciones. Estoy pensando en algo como lo siguiente (que llamaré «tesis [J]» y sobre la que volveré más adelante):

[J]: Una ley (o cualquier texto) L posee autoridad sobre una persona Y sólo si es mejor con mayor probabilidad que la persona Y cumpla con las razones que se le aplican al seguir las disposiciones de L que al intentar obedecer aquellas razones directamente.

Ahora, [J] *puede* ser verdadera como descripción de las opiniones o de las intenciones de la persona X que es el autor de L o el que votó por ella. Pero ésta no es la razón necesariamente para que sea verdadera: L puede satisfacer [J] incluso aunque no tenga autor, o bien satisfacerlo en virtud de ciertas propiedades que no hagan referencia al conocimiento experto de ninguna persona.

⁴⁰ MARMOR defiende esta tesis en respuesta a una versión anterior de este capítulo. En MARMOR, 1995, sostiene que la conexión entre autoridad y autoría personal es indispensable para lo que RAZ denomina la «independencia del contenido» de las razones que se suponen que las directivas investidas de autoridad proporcionan. MARMOR sostiene que un texto no puede poseer autoridad por sí mismo, porque la única razón para aceptar tal autoridad debe ser una creencia sobre la verosimilitud o la fiabilidad de sus contenidos, y esta creencia no es independiente del contenido en sentido relevante.

Quiero responder que seguramente un demócrata puede tener una razón independiente del contenido para aceptar la autoridad del resultado de la máquina de WOLHEIM. MARMOR reconoce este punto, pero mantiene que la razón *real* del demócrata para hacerlo es la aceptación de la autoridad de las opiniones del ser humano que diseñó la máquina. Y se pregunta: «¿En qué sentido el resultado de la máquina está investido de autoridad, más allá de la autoridad del método acordado que es necesariamente (como WALDRON rápidamente concede) producto de la autoría de alguien? La respuesta es simple: en ninguno» (MARMOR, 1995: 347). Pero aunque aceptemos que la máquina debe haber sido diseñada por un ser humano, llamémosle «Madison», el hecho es que aceptamos la autoridad del resultado de la máquina *por el tipo de máquina de la que se trata*, y no porque fuera diseñada por Madison. Si Madison hubiese diseñado una máquina autocrática, calculada invariablemente para designar las preferencias *del propio Madison* como la elección social, no prestaríamos ninguna atención a los resultados de la máquina. Y no porque tengamos razones dependientes del contenido para rechazar este tipo de resultados, sino porque tenemos razones independientes del contenido para rechazar *este tipo de máquina*.

Por supuesto, MARMOR no tiene en cuenta [J], ya que esta tesis me la acabo de inventar. Sin embargo, en su discusión de los argumentos de DWORKIN parece sugerir que cuando algo como [J] es verdadero, debemos encontrar un individuo X cuya opinión sobre la cuestión sea considerada superior a la de Y o debemos *pretender* que existe tal individuo. Esta insistencia en producir o imaginar un X singular nunca es defendida, excepto en referencia a las formulaciones de RAZ. Sospecho, sin embargo, que se debe a una incapacidad para concebir de qué manera podría ser que Y obedeciera las disposiciones de L que a su propia razón, a menos que L sea la expresión de la opinión de otra persona (de alguien más inteligente o mejor informado que Y). Permítanme por lo tanto explicar cómo podría ser esto posible.

En primer lugar, veamos un ejemplo trivial. Soy muy malo para llevar el control de las transacciones que realizo con mi tarjeta de crédito. Utilizo mi tarjeta varias veces por semana, pero no conservo los comprobantes ni anoto las cantidades que gasto, así que nunca estoy seguro de cuánto se ha cargado en mi cuenta. Cualquier intento de calcularlo por mí mismo sería probablemente impreciso. Pero, afortunadamente, el Chase Manhattan Bank dispone de un número gratuito al que puedo llamar. Marco mi número de tarjeta de crédito y los últimos cuatro dígitos de mi número de la Seguridad Social para identificarme, y la «voz» incorporada de una máquina dice algo como:

Su saldo actual es CUATROcientos *treinta* y CINCO dólares con sesenta céntimos. Su crédito disponible es CINCO mil QUINIENTOS dólares con cuarenta céntimos.

Pero no me engaño pensando que hay alguien en el banco que ha estado trabajando sobre mis cuentas y que está esperando para comunicármelo, ni tampoco pienso que la «voz» que escucho sea la de una persona que está en la central del Chase, sentada pacientemente al lado del teléfono, esperando que llame gente como yo. La frase que acabo de citar no es sino el producto de una máquina que responde en el acto al *input* que he marcado en las teclas del teléfono, a los distintos *inputs* de los vendedores y a su registro de mi límite de crédito. Nadie ha calculado mi saldo, sólo hay sonidos previamente registrados. De hecho puede que la máquina no esté almacenando un registro histórico de mis cuentas, y aparte de enviarme mi saldo mensual, puede estar programada sólo para responder a mi llamada. De todos modos, el resultado de la máquina tiene autoridad para mí en los términos de la tesis [J]. Es mejor que confíe en este texto para saber el saldo pendiente de mi tarjeta de crédito que hacerlo en mis propios cálculos descuidados.

Por supuesto, sé que alguien ha programado intencionalmente la máquina para producir resultados como éstos en respuesta a ciertos

inputs, de modo que la gente que interpreta sus sonidos como oraciones en castellano tenga una razón para confiar en la información que tales oraciones transmiten convencionalmente. Esto es, como las condiciones 1), 2) y 3) para la máquina de WOLLHEIM que mencioné en el apartado anterior. Pero puedo conceder todo esto sin decir (o pretender) que alguien me está transmitiendo de manera intencional el mensaje de que mi saldo pendiente es de 435,60 dólares. El que mi confianza en el resultado de la máquina haga referencia a las intenciones de alguien (al programar la máquina) no convierte a la máquina en un sistema intencional⁴¹.

En el caso del ordenador del banco hay buenas razones para respetar el resultado de la máquina más que el de mis propios cálculos. El banco, por lo que sé, tiene interés en mantener unos registros precisos y no en ocultarme el verdadero estado de mi cuenta. Pero los Parlamentos no son bancos. ¿Qué razones podría haber para respetar los dictámenes de una máquina de WOLLHEIM?

Consideraré tres líneas de argumentación: *a)* el argumento utilitarista, según el cual una máquina de WOLLHEIM podría agregar preferencias individuales de la forma requerida por la función aplicable de bienestar social; *b)* el teorema del jurado de CONDORCET, que sostiene que el punto de vista determinado por la máquina de WOLLHEIM, al ser el de la mayoría, tiene una mayor probabilidad de ser correcto que la que tienen cualquiera de los otros puntos de vista, y *c)* la tesis aristotélica (que ya consideramos brevemente en el capítulo IV) que indica que una multitud de personas, mediante un proceso de síntesis deliberativa, puede forjar una mejor concepción incluso que la que podría haber alcanzado por sí mismo el más sabio de ellos.

Ninguno de estos argumentos es hermético. Pero al igual que MARMOR y RAZ, no pretendo hacer una defensa hermética de la autoridad de la legislación. La tesis de MARMOR que estamos considerando sostiene únicamente que *si* (y *en la medida en que*) hay razones para otorgar autoridad a una ley, puede también haber razones para otorgársela a las intenciones de algunos o de todos los miembros del Parlamento que aprobaron dicha ley, aun cuando el texto mismo no revele tales intenciones. En el apartado 5 defenderé la tesis de que incluso esta inferencia de MARMOR es incorrecta, por lo menos en la medida en que la autoridad de una ley como ésta se base en los argumentos *a)*, *b)* o *c)*.

⁴¹ El filósofo Daniel DENNETT es famoso, entre otras cosas, por la tesis de que en ocasiones es adecuado considerar las máquinas como sistemas intencionales. Véase DENNETT, 1971. Pero mi tesis difiere un tanto de ésta, aun suponiendo que el argumento de DENNETT se aceptara. Me parece que un resultado L de una máquina podría estar en ocasiones investido de autoridad para una persona en términos de la tesis [J], sea o no la máquina un sistema intencional, sea o no considerada de este modo.

Antes de llegar a ese punto, permítanme dibujar las tres líneas argumentales con mayor detalle.

A) *El argumento utilitarista*. Históricamente, la defensa utilitarista de la democracia ha consistido en que un procedimiento de toma de decisiones mayoritario en el nivel de la elección pública puede en ocasiones modelar una función de bienestar social agregado en el nivel de la moral utilitarista. En ambos casos, esto es, tanto en un procedimiento mayoritario de toma de decisiones como en una función de bienestar social benthamiana, el hecho de que un curso de acción promueva la satisfacción de algunas preferencias cuenta en su favor, y cuando se hace patente que no pueden ser satisfechas las preferencias de todos, se adopta el curso de acción que satisface tantas preferencias como sea posible. Entonces, como demócratas, obedecemos la voluntad de la mayoría, y como utilitaristas, intentamos promover la mayor felicidad agregada. Las dos cosas pueden significar lo mismo, siempre que los votos individuales sirvan de guía confiable a las condiciones de la felicidad individual⁴².

Pero por supuesto que tenemos muchas dificultades en esta ecuación. Presupone que los individuos votan según su propia felicidad, supone que son jueces confiables de ésta, e impide totalmente preguntarse sobre la intensidad de sus preferencias. Es más, en el caso de un Parlamento representativo (opuesto a uno directamente democrático) deben agregarse un número de epiciclos para asegurar que los votos emitidos por cada legislador representan de manera precisa la proporción entre las distintas preferencias de sus electores. De todos modos, aun cuando estas dificultades puedan no superarse por completo, es fácil imaginar que una máquina de WOLLHEIM, que registre y agregue las preferencias expresadas por un gran número de personas, podría producir un resultado cuyas credenciales utilitaristas fueran mucho mejores que cualquier cómputo aproximado que pudiera realizar un ciudadano individual. Si un individuo sabe que sus propios cálculos de la utilidad social son menos precisos que los de la máquina, y quizás estén también sesgados en su favor por un pensamiento desiderativo, podría ser más inteligente por su parte renunciar a la seguridad en sí mismo y fiarse en cambio de los resultados menos falibles de la máquina, como guía sobre lo que requiere la felicidad general. En tales circunstancias, cualquiera que crea que lo que verdaderamente debe hacerse responde a un cálculo utilitarista tendrá razones para considerar que los resultados de la máquina están investidos de autoridad en el sentido de la tesis [J].

B) *El teorema del jurado de CONDORCET*. En el párrafo anterior se asumía que los legisladores individuales se formulaban preguntas

⁴² Este párrafo y el siguiente están adaptados de WALDRON, 1990b.

distintas al votar. Cada uno se preguntaba: «¿qué quiero?», de manera tal que el legislador W pregunta: «¿qué quiere W?», y el legislador X pregunta: «¿qué quiere X?». Sucedería lo mismo si cada legislador se preguntara: «¿cuáles son las preferencias de mis electores?». Hemos imaginado que la máquina de WOLLHEIM podría tomar las preferencias de cada persona y agregarlas utilizando una función de bienestar social, para producir, por primera vez en este proceso, una conclusión sobre el bien general. Sin embargo, a menudo los legisladores creen que se están preguntando la *misma* cuestión: «¿qué es lo mejor para *todos*, para la sociedad en general, o qué es lo que es más justo?». *Cada uno de ellos* cree estar expresando una opinión sobre el bienestar *general*. Cuando ésta es la base del voto de los legisladores individuales, ¿existe alguna razón para creer que una máquina de WOLLHEIM producirá un resultado investido de autoridad en el sentido de la tesis [J]?

Sí que la hay, y el argumento es una cuestión de simple aritmética. Supongamos que algunos votantes dirimen una única cuestión con dos respuestas, una correcta y otra incorrecta. Por ejemplo, son miembros de un jurado que debe decidir si una persona cometió o no un robo. Supongamos que la probabilidad de que cada votante escoja la respuesta correcta es mayor que 0,5, esto es, que es más probable que elija la respuesta correcta reflexionando sobre la cuestión y luego votando según su mejor juicio que si lo hace simplemente lanzando una moneda al aire. Luego, siempre y cuando los votos se emitan de manera independiente entre sí, la probabilidad de que la respuesta alcanzada por mayoría simple sea la correcta es algo mayor que 0,5, y se incrementa hacia la certeza a medida que el tamaño del grupo de votantes crece⁴³.

Este teorema, que debemos al marqués de CONDORCET, tiene sus limitaciones⁴⁴. El mismo razonamiento nos lleva a la conclusión de que si la competencia media de los votantes individuales cae por debajo

⁴³ Supongamos que tenemos tres votantes (V, W y X) que votan de manera independiente, cada uno de ellos con una probabilidad de acertar de 0,6. Cuando V emite su voto tiene una probabilidad de 0,6 de acertar y una probabilidad de 0,4 de equivocarse. Cuando W emite su voto, la probabilidad de que una mayoría, que incluyera al menos a V y W, acertara sería de 0,36 ($0,6 \times 0,6$); la probabilidad de que V acertara y W se equivocara sería de 0,24 ($0,6 \times 0,4$), y la probabilidad de que V se equivocara y W acertara sería de 0,24 ($0,4 \times 0,6$). Ahora vota X. Si V acierta y W se equivoca, existe una probabilidad de 0,144 ($0,24 \times 0,6$) de que una mayoría compuesta sólo por V y X acierte. Y si V se equivoca y W acierta, existe la misma probabilidad (0,144) de que una mayoría compuesta sólo por W y X acertara. Entonces, la probabilidad total de que una mayoría acierte es: 0,36 (VWX o VW) + 0,144 (VX) + 0,144 (WX) = 0,648, que es algo mayor que la competencia individual de 0,6 con la que comenzamos. Para hacerse una idea de la diferencia que puede resultar del crecimiento del tamaño del grupo, consideremos que si se agregan al grupo dos votantes adicionales de la misma competencia individual (0,6), obtendremos una competencia de grupo 0,68256 para los cinco miembros decidiendo en mayoría. Para obtener una competencia de grupo mayor que 0,9 sólo es necesario agregar 36 miembros con competencias individuales de 0,6. Véanse GROFMAN y FELD, 1988: 571.

⁴⁴ CONDORCET, 1976: 33-70.

de 0,5, la competencia de la mayoría tiende a cero a medida que aumenta el tamaño del grupo. En otras palabras, el teorema proporciona un fundamento para la autoridad del resultado siempre que sea más probable que los votantes individuales, en promedio, acierten en la elección a que no lo hagan, pero proporciona una razón para dudar de la autoridad del resultado en caso contrario. Como vimos en el capítulo III, el propio CONDORCET creía que, históricamente, la competencia media individual tendía a declinar a medida que se incrementaba el tamaño del grupo (por ejemplo, en un Parlamento). Pero, por supuesto, no hay razones para pensar que esta verdad de la sociología política, si es que es una verdad, compense exactamente el efecto aritmético que hemos analizado⁴⁵.

En cualquier caso, el teorema de CONDORCET señala una razón para otorgar autoridad al resultado de una máquina de WOLLHEIM, por lo menos en algunas circunstancias. Si un gran número de legisladores se ocupa escrupulosamente de alguna cuestión objetiva y si cada uno de ellos tiene una probabilidad mayor que 0,5 de acertar, entonces el ciudadano común haría bien en confiar en la decisión generada por una máquina mayoritarista a partir de sus votos individuales. De hecho, en el razonamiento de CONDORCET, *cada legislador individual* haría mejor aceptando la autoridad de la legislación producida por la máquina que confiando en el razonamiento que le condujo a emitir su propio voto individual. Esto, como veremos, es fatal para la tesis de MARMOR. Pero antes de considerarlo, analicemos el tercero de los argumentos en favor de la autoridad legislativa.

C) *La síntesis aristotélica*. El resultado de CONDORCET es mecánico hasta la exasperación. Olvidemos la verdad, la objetividad y la justicia: el razonamiento aritmético nos dice lo mismo acerca de la expectativa de que una mayoría de bolas extraídas al azar de una urna sean negras, dado que más de la mitad de las bolas introducidas en la urna son negras. Además, los resultados de CONDORCET no toman en cuenta la discusión, la deliberación y la persuasión, los mismos procesos que producirán probablemente un registro legislativo al que puede apelar el juez de MARMOR que trata de descubrir la intención⁴⁶.

La tercera línea del argumento que quiero considerar se concentra menos en la máquina de WOLLHEIM y en la aritmética ciega de sus

⁴⁵ Sobre el hecho de que CONDORCET fuera consciente de los límites del teorema del jurado, véase la discusión en ESTLUND *et al.*, 1989: 1317-1340.

⁴⁶ Véase ESTLUND *et al.*, 1989, para la consideración de la posición de que la aplicabilidad del teorema de CONDORCET en realidad imposibilita la deliberación entre los ciudadanos. Esta posición es incorrecta. No importa cómo se hayan alcanzado las competencias individuales, si por discusión o por talento innato. Lo que importa para el resultado de CONDORCET es que las competencias individuales estén determinadas en el momento de la votación, y que los votos sean lógicamente independientes los unos de los otros.

operaciones, y más en la expectativa del mundo real de que un Parlamento compuesto de múltiples miembros pueda alcanzar algún resultado que satisfaga la condición [J]. Como en el argumento anterior, y a diferencia de la teoría utilitarista, supone también que los legisladores se ocupan de buena fe, en la deliberación y la votación, de una única pregunta con una respuesta objetiva.

Esta vez, el argumento se lo debemos a ARISTÓTELES, y es al que hicimos referencia en el capítulo IV⁴⁷. Cuando ARISTÓTELES se pregunta en el Libro III de la *Política* si el poder político debería estar en manos de la mayoría o en manos de unos pocos hombres (o incluso de un solo hombre) de extraordinaria sabiduría y virtud, deja entrever la posibilidad de que hay mucho más que decir en favor de la multitud que lo que puede parecer a simple vista:

Pues los muchos, cada uno de los cuales es en sí un hombre mediocre, pueden sin embargo, al reunirse, ser mejores que aquéllos; no individualmente, sino en conjunto; igual que, por ejemplo, los banquetes colectivos son mejores que los costeados a expensas de uno solo; pues, al ser muchos, cada uno aporta una parte de virtud y de prudencia y, al juntarse, la masa se convierte en un solo hombre de muchos pies, de muchas manos y con muchos sentidos; y lo mismo ocurre con los caracteres y la inteligencia. Ésa es la razón por la que la masa juzga mejor las obras musicales y las de los poetas; pues unos aprecian una parte, otros otra, y el conjunto, todos⁴⁸.

Subyace aquí la idea de que un número de individuos puede brindar una diversidad de perspectivas que se refieren a los asuntos complejos en consideración, y que son capaces de reunir estas perspectivas para obtener decisiones mejores que las que podría alcanzar cada uno de ellos por separado.

Supongamos, por ejemplo, que la *ecclesia* ateniense estuviera considerando la idea de preparar una invasión a Sicilia. Un hombre podía conocer la geografía de la costa siciliana, otro podía conocer las características de los habitantes de la isla, un tercero podía tener experiencia en expediciones por mar y tierra, un cuarto podía estar familiarizado con el estado actual de la flota ateniense, un quinto podía ser un curtido veterano de pasadas catástrofes militares, un sexto podía saber qué esperar de la expedición, etc. Ninguna persona podía tener toda esta experiencia e información por sí solo. La manera más racional de tomar la decisión, por lo tanto, era reunir el conocimiento de los diversos individuos⁴⁹.

⁴⁷ Véase también WALDRON, 1995b: 563.

⁴⁸ ARISTÓTELES, 1998: Libro III, cap. II, 1281b, 136.

⁴⁹ Este párrafo y los siguientes están adaptados de WALDRON, 1993b. Véase también WALDRON, 1995b.

Ésta es la razón por la que ARISTÓTELES considera la facultad de la *palabra* como prueba de la naturaleza política del hombre⁵⁰. Todos pueden comunicar a los demás experiencias y opiniones propias que complementen o modifiquen aquellas que éstos ya poseen, y cuando eso sucede en densa interacción en toda una comunidad se hace posible que el grupo como un todo alcance un grado de sabiduría y conocimiento práctico que sobrepase incluso al del individuo más excelente.

Ahora bien, existen dos maneras por las que podemos modelar lo que sucede en esta puesta en común de conocimientos y experiencia: i) *síntesis individual*, y ii) *síntesis de grupo*.

i) *Síntesis individual*. Cada legislador escucha cuidadosamente los puntos de vista de los demás, y forma con ellos una síntesis que se refleja en su voto. Si posee una pizca de racionalidad y entendimiento, el punto de vista que finalmente sostenga deberá estar investido de autoridad, por lo menos en comparación con los puntos de vista de cualquier persona que no haya estado expuesta a una diversidad de perspectivas de esta forma. Además, el punto de vista de la mayoría de dichos legisladores posee la autoridad que provenga del hecho de que parece representar la síntesis más convincente de todas las alcanzadas de este modo.

ii) *Síntesis de grupo*. De manera alternativa, si la cuestión es compleja y sutil, puede emerger una síntesis investida de autoridad en el nivel de la acción de grupo, sin que necesariamente emerja en el entendimiento individual. Éste es el modelo de la deliberación pública presentado por John Stuart MILL, al que a veces se han referido como «el mercado de las ideas»:

La verdad, en los grandes intereses prácticos de la vida, es tanto una cuestión de conciliar y combinar contrarios, que muy pocos tienen la inteligencia suficientemente capaz e imparcial para hacer un ajuste aproximadamente correcto, y tiene que ser conseguido por el duro procedimiento de una lucha entre combatientes peleando bajo banderas hostiles⁵¹.

Lo que aquí se sugiere es que las personas simplemente ponen sus experiencias y opiniones en el foro público y, las entiendan los demás o no con exactitud, algún efecto producirán, y la verdad emergerá por medio de una especie de proceso de «mano invisible» análogo al que Adam SMITH predicó respecto de la eficiencia que emergería del funcionamiento del mercado. La diferencia entre este modelo y el modelo de la síntesis individual es que MILL no presupone que cada persona tome en cuenta cuidadosamente la contribución de los demás

⁵⁰ ARISTÓTELES, 1998: Libro I, cap. II, 1253a, 136.

⁵¹ MILL (1859), 1970: cap. 2, 113.

y las sintetice con su propio punto de vista antes de lanzar una opinión así modificada. De acuerdo con el modelo de MILL, incluso ideas inconmensurables pueden producir algún efecto dialéctico las unas sobre las otras, de manera que resulte algo mejor de la discusión, aun cuando el «ajuste» entre los diversos puntos de vista no se haya producido mediante una actividad sintética deliberada de alguna «única mente».

Si ocurre algo así, entonces una vez más tenemos una razón para atribuir al resultado de dicho proceso el tipo de autoridad sugerida por la tesis [J], aunque no la tengamos para atribuir autoridad a los puntos de vista particulares de cualquier participante individual.

5. LA AUTORIDAD DEL GRUPO

Espero que ahora haya quedado más claro mi argumento contra la tesis de MARMOR. No se trata simplemente de que sea concebible que la legislación útil emerja de forma no intencional, mediante los procesos mecánicos o impersonales que hemos estado viendo. Sostengo también que en el caso de cada uno de estos procesos, cualquier razón que tengamos para atribuir autoridad en el sentido de RAZ a la legislación resultante cuenta también como una razón para menoscabar la autoridad de los puntos de vista o las intenciones de los legisladores particulares consideradas por sí mismas.

Hay algo interesante para señalar aquí acerca del Estado de derecho. El modelo de autoridad utilizado por RAZ y MARMOR presupone que existe una persona X cuyo conocimiento o situación es tal que cualquier ciudadano común Y debería confiar más en las directivas de X que en su propio razonamiento (el de Y). Pero es importante ver que nuestro concepto normativo de autoridad jurídica establece que los propios legisladores deben estar sometidos a las leyes que ellos aprueban⁵². Bajo el enfoque de RAZ y MARMOR es imposible que una ley pueda poseer *autoridad vis-à-vis* un legislador, ya que no tiene sentido afirmar que X tiene mejores razones para confiar en las directivas

⁵² Véase HAYEK, 1960: 155: «La principal garantía es que las reglas deben aplicarse también a aquellos que las establecieron, así como a aquellos que las aplican, esto es, al gobierno tanto como a los gobernados [...]». Encontramos una tesis parecida en la discusión de LOCKE sobre la conveniencia de ceder la autoridad legislativa a una asamblea representativa. LOCKE sostiene que los legisladores deben estar vinculados por las normas que aprueban en la misma medida en que lo están las personas comunes. Tras una amarga experiencia, dichas personas que integran el pueblo consideran que «nunca estarían a salvo ni tranquilos, y que tampoco podrían considerarse como miembros de una sociedad civil, hasta que el poder legislativo recayera sobre un cuerpo colectivo formado por hombres a los que se llamara senadores, parlamentarios, lo que sea. De este modo, cada una de las personas se convirtió en súbdito, todos y cada uno por igual, y se sometieron a las leyes que ellos mismos, en tanto que partes del legislativo, habían establecido». Véase LOCKE (1690), 1997, II, par. 94: 271-272. Véase también AUSTIN, 1995, VI: 212-221.

de X que en su propio razonamiento sobre la cuestión de la que X se ocupa. En cambio, los tres argumentos que he presentado tienen la atractiva capacidad no sólo de satisfacer la tesis [J] en relación con la justificación normal de la autoridad, sino también de aclarar por qué las leyes deberían tener autoridad sobre los legisladores que las aprueban.

Permítanme ahora regresar a tales argumentos; para analizar sus implicaciones sobre el respeto que debemos otorgar a los puntos de vista, esperanzas, intenciones y otras opiniones no canónicas de los legisladores individuales.

A) *El argumento utilitarista*. En esta concepción, cada legislador vota en su propio interés o en el de sus respectivos electores. Pero la autoridad de la legislación resultante se basa en su pretensión de representar el interés *general*. Las razones que llevaron al legislador a votar de la manera que lo hizo, entonces, no son las mismas que existen para respetar el resultado: dicho resultado debe ser respetado porque encarna una conclusión sobre la utilidad *social*, mientras que el voto pretende ser tenido en cuenta porque representa la utilidad individual o la de un grupo. El fundamento de la autoridad de la ley, en consecuencia, no reside en los puntos de vista o propósitos de ningún legislador en particular.

Quizá en casos muy simples podamos decir que el interés general es solamente el interés compartido de la mayoría de votantes. En un caso claro de utilización de recursos públicos para recompensar a los votantes por su apoyo electoral, por ejemplo, la cuestión podría ser la de si se debe beneficiar a los habitantes de la costa este con una nueva autopista o se debe en cambio beneficiar a los de la costa oeste con una nueva presa (cuando no sea posible hacer ambas cosas a la vez). Si la prevalencia de las preferencias individuales favorece esta segunda opción, podría pensarse que podemos tomar los propósitos egoístas de los votantes de la costa oeste como la mejor guía para la implementación de políticas populares. La decisión social consiste en saber a quién debemos beneficiar. Y, una vez que se ha decidido esto, podríamos también tomar los intereses de los vencedores como la mejor guía de lo que requiere la utilidad general.

Pero un caso debería ser asombrosamente simple para tener estas características. Si la elección legislativa es compleja, si los beneficios y los costes son indirectos, así como inmediatos, o si el interés general impone alguna forma de compromiso, entonces la autoridad basada en el clientelismo de los votantes individuales que componen la mayoría (como es el caso) sencillamente se evapora.

B) *Teorema de CONDORCET*. El teorema de CONDORCET defiende precisamente la tesis de que una persona hará mejor obedeciendo la

decisión mayoritaria que el juicio de un legislador determinado. Es más, *ceteris paribus* cuanto más sabios sean los legisladores en promedio, más razones habrá para obedecer la decisión mayoritaria que para seguir el punto de vista de cualquier legislador escogido al azar.

Supongamos, sin embargo, que no se escoge un legislador al azar, sino que se selecciona un miembro de la mayoría. Después de todo, ésta es la sugerencia de MARMOR con respecto de *qué legisladores* son aquellos ante cuyas intenciones debemos tener deferencia⁵³. Seguramente MARMOR podría sostener que el hecho de que un determinado legislador R sea miembro de una mayoría ganadora muestra (por el teorema de CONDORCET) que obedecer el punto de vista de R es equivalente a obedecer el punto de vista que surge del voto mayoritario.

Pero este argumento sería defectuoso por dos razones. Primero, el teorema de CONDORCET se aplica a las probabilidades *ex ante* y versa sobre los múltiples caminos por los que puede construirse una mayoría. Una vez que se ha alcanzado un resultado mediante el voto mayoritario, el hecho de que R fuera miembro de la *mayoría concreta* que dio apoyo al resultado no le confiere una autoridad adicional a su juicio más allá de su competencia individual inicial.

Segundo, la única manera de determinar si R es un miembro de la mayoría, para los propósitos de este argumento, es contrastar si su opinión coincide con los términos exactos de la decisión que se alcanzó mediante el voto. Las competencias individuales y de la mayoría sólo pueden establecerse en relación con este punto. En la medida en que su opinión se aleje de la aprobada, no podremos inferir nada en términos de su confiabilidad. Incluso si es ligeramente distinta, los números pueden variar, y la gracia del resultado de CONDORCET reside en que, por así decirlo, pequeñas diferencias pueden tener grandes consecuencias. Además, no podemos evitar esta dificultad diciendo que consultaremos las intenciones de R sólo cuando éstas correspondan exactamente a la cuestión que se votó, ya que la razón última para apelar a la intención legislativa se basa en la idea de que la indagación sobre las intenciones de R puede arrojar una luz *extra* sobre las dificultades interpretativas que los tribunales enfrentan sólo en la medida en que las intenciones de R difieran en algún punto de aquellas representadas convencionalmente por la *ipsissima verba* de la ley.

Expresemos este último argumento al margen de la mecánica de CONDORCET. Cualquier referencia a las intenciones de los legisladores debe referirse a consultar opiniones, propósitos e ideas que no apa-

⁵³ Para una discusión interesante y sutil sobre este punto, véase MARMOR, 1992: 159-165. Aunque este autor reconoce ciertas dificultades, su concepción parece ser que vale la pena consultar la intención de un legislador cuando éste es miembro de la mayoría que votó a favor de la ley, y cuando dicha intención es la misma que la de la mayoría (¿la de todos?) de los otros miembros de esa mayoría.

recen directamente revelados en el propio texto de la ley. ¿Cómo podría ser de otro modo? Pero lo único que se ha votado es el texto, y por lo tanto sólo podemos hablar de una opinión mayoritaria relativa al texto. Identificar una opinión respaldada por la mayoría relativa a cualquier otra posición será siempre tendencioso, y es poco probable que una identificación de este tipo resulte menos controvertida que la cuestión sobre la que su supuesta autoridad debía arrojar alguna luz.

C) *Síntesis aristotélica*. Una vez más, el argumento inmediato es obvio. La doctrina de ARISTÓTELES sobre la sabiduría de la multitud expresa precisamente la concepción de que la decisión de un grupo es a veces más confiable que el juicio de su miembro más informado y distinguido. Por lo tanto, este último debería someterse, como buen ciudadano, a la decisión en la que ha participado; y si él debe hacerlo, todo miembro del grupo debe someterse también. Las opiniones e intenciones que subordina al texto, entonces, difícilmente pueden servirnos como un complemento del mismo.

De manera sustantiva, el punto aquí es que las intenciones de un legislador particular pueden sólo revelar un punto de vista parcial de la síntesis incorporada en la legislación. Interpretar la legislación a la luz de tales intenciones sería distorsionar un todo integrado, sesgándolo hacia una de sus partes.

Debemos admitir que esto no da cuenta de la situación *ex post*, puesto que tras la deliberación y la puesta en común de conocimientos y experiencias puede suceder que algún legislador (o tal vez incluso todos ellos) acabe estando mejor informado sobre la cuestión de lo que habría estado si se hubiera aproximado con la única ayuda de su propio juicio. Esto es lo que implica el modelo i) de síntesis *individual* que consideramos al final del apartado 4. Además, podríamos pensar que esta síntesis *individual* debe surgir en *alguna* fase del proceso, ya que de otra manera el voto de los miembros individuales no revelaría nunca la sabiduría de la multitud. El modelo ii) de John Stuart MILL podría funcionar como descripción del surgimiento informal de creencias verídicas en una cultura. Pero uno de nuestros supuestos básicos sobre los Parlamentos es que las decisiones se toman mediante procesos *explícitos* de votación. No hay manos invisibles ahí, sino manos reales que pulsan un botón u otro en la votación.

Del mismo modo, ser conscientes del segundo modelo nos ayuda a darnos cuenta de cómo el primero debe circunscribirse estrechamente a los propósitos de la interpretación legislativa. Si un juez va más allá del texto y apela a las intenciones de determinados legisladores particulares, deberá recurrir a lo que se dijo o se hizo *durante* el proceso de aprobación de la ley. En aquella etapa, la síntesis decisiva podría no haber surgido o cristalizado todavía en la mente de los legisladores,

y podríamos estar tratando con lo que sólo puede ser descrito *pro tem* como «una cuestión de conciliar y combinar contrarios, [...] por el duro procedimiento de una lucha entre combatientes peleando bajo banderas hostiles»⁵⁴. En esta etapa, tomar lo que está escrito en cualquier pancarta como indicativo de la síntesis última que subyace a la ley puede ser muy poco confiable. Si, por otra parte, esperamos que surja la síntesis final, lo que estamos haciendo en efecto es esperar al texto definitivo de la ley. Así, incluso si el modelo i) nos da una imagen correcta de la síntesis aristotélica, proporciona muy poco consuelo a los que quieran otorgar autoridad a las intenciones de los legisladores que no figuren ya en la letra del texto legislativo, que es lo único que los legisladores finalmente decidieron.

6. PARLAMENTOS

Quisiera concluir con algunas observaciones sobre los supuestos que he ido adoptando acerca del carácter de la legislación moderna. Presupongo, como lo he hecho a lo largo de este libro, que un Parlamento es una gran asamblea formada por múltiples miembros, que comprende a cientos de personas con opiniones, afiliaciones y alianzas diversas. Presupongo también que un órgano como éste necesita procedimientos especificados formalmente que determinen la forma en la que se van a tomar las decisiones. Y he supuesto implícitamente que cualquier proyecto de ley sometido a consideración y cualquier ley aprobada serán complejos en sus contenidos y por consiguiente complejo también su proceso de aprobación. Estos presupuestos tienden a socavar todo discurso sobre «las intenciones del autor» de una ley. Si existe tal autor, éste es el Parlamento, considerado como un órgano, y distinto de los miembros (o de cualquier grupo de ellos) que lo componen. En lo que respecta a este «autor», lo único que debemos seguir son sus acciones formalmente especificadas, y no tiene sentido saber si somos capaces de discernir o atribuirle algún pensamiento, intención, motivo o creencia más allá de esto. Ya sostuve en el apartado 3 que es mejor abandonar cualquier discurso sobre dicha intencionalidad cuando tomamos en consideración órganos de este tipo. Una forma ligeramente más conciliadora de expresar la misma idea es abandonar cualquier discurso sobre las intenciones legislativas, excepto las que forman parte del significado lingüístico (*i. e.*, el convencional o, en términos de GRICE, el «significado de la oración»)⁵⁵ del propio texto legislativo. Más allá del significado incorporado convencionalmente en el texto de la ley, no hay ningún estado o condición que corresponda a «la intención del Parlamento» para

⁵⁴ MILL (1859), 1970: cap. 2, 113.

⁵⁵ GRICE, 1989: 86 ss.

el que pueda servir de indicio algún otro tipo de hecho, como lo que dijeron, escribieron o hicieron algunos legisladores particulares o un grupo de ellos.

En otras palabras, la cuestión es que sencillamente no hay otro hecho relevante para determinar las intenciones del Parlamento que no sea la especificación formal del acto que ha sido realizado. Es cierto que la especificación realizada mediante el procedimiento de decisión (esto es, por la constitución del Parlamento) será la de una acción bajo una cierta descripción intencional, puesto que la legislación es un acto de habla, como dije ya anteriormente. La descripción intencional consistirá en que tales palabras fueron usadas en su sentido convencional en el idioma en que se han proferido. Pero esto es, no obstante, *todo lo que podemos decir* sobre las intenciones de la institución. En el caso de una persona natural, en cambio, podemos ir más allá. Siempre nos podremos preguntar: «bien, ¿qué era lo que usted tenía en mente, en qué estaba pensando cuando hizo (o dijo) X?», si el significado de X no está claro. La respuesta de la persona, aunque no defina necesariamente los contenidos de su intención en ese momento, al menos nos proporcionará un indicio, ya que en el caso de una persona natural existe *algún* vínculo, aunque no sea directo, entre la intención y el pensamiento incidental. En el caso de un Parlamento o una corporación no encontramos tal indicio, por lo que no hay nada que cuente como *el pensamiento incidental de la institución*.

¿Qué debemos decir, entonces, sobre los pensamientos y esperanzas particulares de los legisladores individuales? ¿No guardan ninguna relación con la acción o intencionalidad del Parlamento? La respuesta es complicada. Los actos de habla intencionales del Parlamento son funciones constitutivas de los actos de votación intencionales de los miembros individuales; pero lo que importa aquí es simplemente la intencionalidad del «sí» o el «no» en relación con un texto determinado, y no las esperanzas, aspiraciones u opiniones que pudieron haber acompañado al voto. Un Parlamento es impotente, está incapacitado para la acción, si no cuenta con una regla de agregación o combinación de los votos de sus miembros, como por ejemplo el principio de la mayoría. Pero no necesita ninguna regla adicional de combinación de sus pensamientos, esperanzas y opiniones que produzca algo así como los pensamientos o propósitos de la institución⁵⁶. Su intencionalidad se encuentra más allá de esto. Una vez más podemos afirmar lo mismo de una forma mucho más conciliadora. Por supuesto que los legisladores individuales poseen opiniones e intenciones y por supuesto que éstas pueden estar más o menos asociadas con la autoría humana de la ley. El punto es que no hay modo de ir más allá de la mera

⁵⁶ Cfr. con el intento profundamente irónico de desarrollar fórmulas para las «mayorías intencionales» en BREST, 1980: 213. Véase también la nota 53 de este capítulo.

trivialidad sociológica para zanjar cualquier disputa interpretativa. Las personas sólo apelan a las intenciones de los legisladores cuando hay un desacuerdo, por ejemplo, en un tribunal, sobre qué propósito (o cualquier otra cosa) se debe atribuir a la ley. Si las dos perspectivas en conflicto están representadas entre las intenciones no canónicas de los legisladores, entonces no hay forma de elegir *alguna* de estas perspectivas como aquella investida de autoridad para zanjar la disputa.

El defensor de la intención legislativa podría intentar una última réplica⁵⁷: seguro que nos importa, podría decir, si la interpretación que tenemos en mente se corresponde con la intención de la mayoría o la de la minoría del Parlamento. Seguramente, la opinión de la mayoría es la más canónica, en virtud de las reglas que le permiten prevalecer sobre las demás.

Pienso que esto se basa en un equívoco profundo acerca de la autoridad política de un Parlamento y del principio de decisión de la mayoría. Una ley aprobada por el Parlamento es una *Ley (Act) del Parlamento*, y no un acto (*act*) del partido mayoritario*. Reclama su autoridad en la comunidad sobre la base de esta caracterización no partidista (y me refiero ahora al sentido más profundo de autoridad que expliqué antes, en el apartado 6 del capítulo V). Si pensamos, por ejemplo, que los ciudadanos comunes que apoyan a un partido minoritario tienen el deber de respetar la legislación que ha sido promovida por la mayoría es porque deben tal respeto al *Parlamento* y a los procedimientos y formas institucionales que lo constituyen, y no porque se lo deban a la mayoría como tal⁵⁸. Aun si los procedimientos legislativos y electorales son mayoritarios, la lealtad de los ciudadanos es hacia el principio de decisión mayoritaria y no hacia (los miembros de) la mayoría.

En parte tiene que ver con la complejidad de la legislación contemporánea, de la multiplicidad de puntos de vista y consideraciones que deben tenerse en cuenta en las diferentes etapas de debate y comisión legislativa, y de la contribución a un proyecto de ley que pueden realizar los miembros de los partidos minoritarios a través de la retórica, la obtención de acuerdos o las enmiendas. El análisis de la síntesis

⁵⁷ Aunque no es la que daría MARMOR. Véase MARMOR, 1995.

* N. de los trads.: De nuevo se hace un juego intraducible con la ambigüedad del término *act*, que significa ley a la vez que acto.

⁵⁸ Cfr. HOBBS (1651), 2003: cap. XVIII, 167-168: «Se dice que una república es instituida cuando una multitud de hombres se ponen efectivamente de acuerdo, y pactan cada uno con cada uno, que a un cierto hombre o asamblea de hombres se le concederá por mayoría el derecho a representar la persona de todos ellos (es decir, el derecho de ser su representante). Todo ellos, tanto quienes votaron a favor como quienes votaron en contra, autorizarán en lo sucesivo todas las acciones y juicios de ese hombre o asamblea de hombres como si fueran los suyos propios hasta el final, a fin de vivir pacíficamente entre ellos y estar protegidos frente a otros hombres».

aristotélica desarrollado aquí y en el capítulo IV captura en mi opinión cuán importante puede ser ésta, y de qué manera socava cualquier apelación simple a las opiniones de unos pocos miembros privilegiados como si éstas nos proporcionaran una intención legislativa canónica.

Pero sobre todo es un reconocimiento, una vez más, de que la circunstancia elemental de la política moderna es la *pluralidad*⁵⁹ y que la forma de la legislación, como la de todo proceso colectivo de toma de decisiones, es *e pluribus unum*. La autoridad de una ley reside en su nacimiento, bajo procedimientos específicos, como un «*unum*» que surge de una pluralidad de ideas, preocupaciones y propuestas, en circunstancias en las que reconocemos la necesidad de una decisión tomada conjuntamente, y no muchas decisiones tomadas por cada uno de nosotros en solitario. El «*unum*» no suprime la pluralidad, ni tampoco es insensible a ella. Es una *decisión* lo que necesitamos, y no necesariamente una personalidad, y por lo tanto no es sólo por una cuestión lógica que debemos abstenernos de atribuir estados mentales al Parlamento. Por el mismo motivo, no obstante, no existe ninguna justificación para privilegiar los estados mentales de ninguna facción en el Parlamento como canónicos con respecto de la decisión que ha sido tomada por el todo. La decisión se toma en nombre y por mor de toda la comunidad, y se espera que haya sido tomada de un modo que aiente en lugar de que impida la realización de una pluralidad de contribuciones desde distintas perspectivas. La decisión, lo que *nosotros* hemos hecho, es el texto de la ley determinada por los procedimientos de la institución⁶⁰. Tales procedimientos hacen de nosotros *uno* para la acción, y al identificar algo como el texto de una ley hace de nosotros *uno* en tanto que autores de una obra. Antes y después de este punto, no obstante, somos una multitud, y ya no puede atribuirse el estatus de ser parte del *unum* a nada más de lo que diga o piense ninguno de nosotros.

La otra cara de esta moneda es que no deberíamos subestimar las dificultades que entraña la forma en que se produce el entendimiento entre los legisladores a lo largo de las etapas de creación legislativa. Dije en el apartado 2, y también en el capítulo IV, que debemos presuponer que no nos encontramos ante personas que actúan de forma transparente entre sí, o que compartan un conjunto comprensivo de entendimientos comunes. Los legisladores llegan a la Cámara desde diferentes comunidades, con ideologías diferentes y con diferentes perspectivas sobre lo que cuenta como buena razón o consideración válida en la argumentación política. La única cosa que tienen en común, en su diversidad y en la confusión de la retórica y la incompreensión

⁵⁹ Cfr. ARENDT, 1958: 234: «Ningún hombre puede ser soberano, porque la tierra está habitada por los hombres, y no por un solo hombre».

⁶⁰ Véase el cap. IV.

mutua en las que consiste el debate político moderno, es el texto dado de la medida que está siendo considerada en ese momento. Este texto está constituido por las convenciones de una lengua oficial compartida como el único hito, el único punto de referencia o coordinación en un mar de posibles malentendidos, e incluso éste es demasiado débil y siempre susceptible de desaparecer dada la fragilidad de los significados compartidos. El punto es que el texto de la ley, cuidadosamente redactado, propuesto como proyecto y enmendado de acuerdo con los procedimientos más formalistas, posee un estatus canónico en la legislación de un tipo distinto a cualquier otra opinión común o idea compartida del propósito que uno pueda encontrar en las salas de las comisiones o en los pasillos del Parlamento. Estas últimas son siempre tendenciosas, siempre con probabilidad de ser exclusivas de unos pocos legisladores con ideas similares cuyas íntimas opiniones contribuyen a anular el propósito de una reunión solemne de *todos* los representantes de la nación. Al apelar a estas concepciones, los tribunales toman parte por lo que estaba «implícito» o «sobrentendido», y esto puede ser bastante inofensivo en un Parlamento pequeño y homogéneo. Pero me parece evidente que en una sociedad multicultural los legisladores tienen el derecho de insistir en la condición de autoridad del texto, y nada más que el texto, como lo único que ha estado con toda seguridad al frente de los empeños legislativos de cada miembro del Parlamento.

Un punto final. Sugerí al comienzo de este capítulo que algunos jueces estadounidenses participan de la práctica de apelar a ciertas entradas del registro legislativo (a un informe formal de una comisión, por ejemplo, o a las declaraciones no discutidas del que presenta un proyecto de ley) que no forman parte tradicionalmente del texto de la ley que están considerando. Me parece que Ronald DWORKIN tiene toda la razón cuando dice que los jueces desarrollan la práctica de reconocer dichas declaraciones como *actos del Parlamento* y que los legisladores responden a este reconocimiento a su vez haciendo declaraciones⁶¹ que intentan ser tomadas de esta manera. Nada de lo que he dicho es incompatible con tales prácticas, que representan, en efecto, una modificación gradual de la regla de reconocimiento del sistema jurídico⁶² por parte de los jueces, y, por lo que respecta al Parlamento, representan una modificación gradual de sus procedimientos constitutivos.

En la medida en que tales prácticas estén bien establecidas, pueden obligarnos a modificar (quizás muy sutilmente) nuestra concepción de lo que cuenta como *el texto* de una ley⁶³. Pero no nos obligan a negar

⁶¹ DWORKIN, 1986: 342 ss.

⁶² Pero dudo que DWORKIN acepte *esta* parte de mi análisis. Para su opinión de la «regla de reconocimiento» de HART, véase DWORKIN, 1986: 34-35.

⁶³ No obstante, para una crítica poderosa y mordaz de tales prácticas, véase SCALIA, 1997: 29-37.

que nuestra mejor guía para saber qué cuenta como dicho texto son las razones (relacionadas con las consideraciones *e pluribus unum* que mencioné hace un momento) para identificar ciertas cosas y no otras como *actos* de los legisladores en su dimensión *colectiva*. O lo que es más importante aún para el fin de este capítulo, dichas prácticas no abonan en absoluto la tesis de MARMOR de que las intenciones de un legislador podrían tener autoridad, más allá de la que ya poseen en tanto que estén reveladas por el propio texto legislativo investido de autoridad.

Lo que deseo haber demostrado, entonces, es que la fuerza de la tesis de MARMOR se limita estrictamente a aquellos casos muy extraños en los que la legislación ha sido producida por un autor individual cuyo conocimiento y pericia proporcionan las mismas razones para respetar sus intenciones que para respetar el texto que ha producido. De forma más positiva, espero que se siga de esto un mayor reconocimiento por parte de la teoría del derecho de las condiciones relacionadas con la pluralidad, que son la propia esencia y circunstancia de nuestra política.

SEGUNDA PARTE

LOS DESACUERDOS SOBRE PRINCIPIOS

CAPÍTULO VII

EL LIBERALISMO POLÍTICO DE RAWLS

1. TIPOS DE DESACUERDO

Existen desacuerdos de todo tipo, aunque en este libro me ocupo de los desacuerdos sobre cuestiones como la política social, la justicia social y los derechos individuales. En la Primera Parte he considerado el uso de las asambleas legislativas como medio para alcanzar decisiones que rijan en nombre de toda la sociedad, aun cuando los miembros de la sociedad discrepen acerca de cuáles deberían ser tales decisiones. En la Tercera Parte tomaré en consideración la posición que sostiene que debe reservarse un método especial de toma de decisiones para los desacuerdos sobre derechos. Pero antes de llegar a esta cuestión quisiera considerar algunas preguntas más abstractas sobre la naturaleza de los desacuerdos sobre principios y su relación con nuestra forma de entender la verdad, la política, el derecho y la obligación cívica.

¿Cuál es la relación existente entre los desacuerdos sobre principios políticos y lo que podríamos denominar desacuerdos filosóficos comprensivos acerca del bien en una sociedad pluralista? Quiero formular esta pregunta con especial referencia a la obra reciente de John RAWLS. Utilizaré entonces la expresión «desacuerdos filosóficos comprensivos acerca del bien» como lo hace RAWLS, para referirme a las diferencias entre diversas concepciones del bien construidas sobre el valor último o diferentes concepciones de la naturaleza y el significado de la vida. Entre los más destacados encontramos los desacuerdos religiosos, pero incluye también desacuerdos entre diversas concepciones

seculares del bien, como el hedonismo, el esteticismo, el intelectualismo y otras éticas del desarrollo y realización personales. ¿Cuál es la relación entre las diferencias de este tipo y los desacuerdos que encontramos en la política (y en la filosofía política) respecto de los principios fundamentales de la justicia y el derecho?

A continuación presento dos modelos, dos formas de pensar acerca de la relación entre los dos tipos de desacuerdos:

1) En el primer modelo, cada concepción del bien se asocia a, o genera una visión particular de, la sociedad justa. Los católicos, por ejemplo, tienen una concepción particular del bien y, para muchos, esta concepción resulta en una visión particular del derecho y de la justicia, detallada (según dicen) en la teoría del derecho de TOMÁS DE AQUINO. Los musulmanes proclaman una visión religiosa comprehensiva, que les proporciona una visión particular de la sociedad bien ordenada, una concepción del derecho y la justicia que ellos denominan *Sharia*. También, bajo este modelo, quien sostenga una visión secular de las necesidades humanas debe desarrollar una concepción de la justicia que se corresponda con dicha visión; y podemos esperar que sus convicciones acerca de la justicia difieran en parte de las convicciones que otras personas basan en diferentes perspectivas de la realización humana. Por lo tanto en este primer modelo los desacuerdos sobre la justicia son sólo otro aspecto de los desacuerdos acerca del bien. Esto es lo que implican los desacuerdos acerca del bien en la esfera política y social.

2) El segundo modelo no considera que las teorías particulares de la justicia estén unidas o generadas por concepciones particulares del bien, sino que sostienen que se mantienen separadas de concepciones religiosas y filosóficas en conflicto, presentándose como una solución a los diferentes problemas que generan los desacuerdos acerca del bien en la sociedad. Este segundo modelo considera las concepciones de la justicia como intentos rivales de especificar un conjunto relativamente independiente de principios para la estructura básica de una sociedad cuyos miembros discrepan acerca del bien. La rivalidad entre las concepciones de la justicia en conflicto se entrecruza, pero es independiente de la rivalidad entre concepciones del bien. Así que entre los católicos hay socialistas y libertarios que, aunque están de acuerdo sobre valores últimos, discrepan fundamentalmente sobre los principios que deben regir en la estructura económica de una sociedad plural contemporánea. En el debate sobre la justicia, un católico socialista puede tener más en común con un marxista leninista, y por lo tanto ateo, que con un colega católico políticamente conservador. El desacuerdo entre católicos socialistas y católicos políticamente conservadores, o entre socialistas y conservadores en general, se produce de forma bastante independiente en este segundo modelo de los desacuerdos acerca del bien.

¿Cuál de estos modelos está implícito o presupuesto en los argumentos de *El liberalismo político* de John RAWLS? La respuesta parece obvia: el segundo.

Esta respuesta *parece* obvia, en parte porque RAWLS rechaza de manera explícita el primer modelo, como una forma de caracterizar su propia teoría, la justicia como equidad (*justice as fairness, JAF*). La *JAF* no es el resultado de ninguna concepción particular del bien, sino que se presenta como una concepción «independiente» (*freestanding*) (42)¹, que intenta representar los términos de un «consenso por superposición» entre las diversas concepciones éticas y religiosas que compiten en la sociedad. Y esto se trata, en RAWLS, no sólo de una reivindicación de la *JAF*, sino que supone que *cualquier* otra posición del tipo de la que él defiende debe rechazar también el primer modelo como una forma de especificar la agenda para las discusiones sobre la justicia:

El problema con el liberalismo político es: ¿Cómo es posible que pueda existir a lo largo del tiempo una sociedad estable y justa de ciudadanos libres e iguales profundamente dividida por doctrinas religiosas, filosóficas y morales razonables pero incompatibles? Éste es un problema de justicia política, y no un problema sobre el bien más alto.

El enfoque de RAWLS sobre la justicia parece encajar con el segundo modelo en tanto que define una forma y una agenda de trabajo que enfrenta a las personas de una manera que, como dije, se entrecruza con sus desacuerdos acerca del bien.

2. ¿PUEDEN EXISTIR DESACUERDOS RAZONABLES SOBRE LA JUSTICIA?

Por otra parte, hacer encajar la concepción de RAWLS en el segundo modelo presupondría que él realmente contempla la posibilidad de los desacuerdos sobre la justicia en una sociedad bien ordenada. Y, de hecho, no está del todo claro que lo haga, aunque ésta es una afirmación tan tentativa como parece. Por supuesto que RAWLS no niega que las personas discrepan acerca del contenido de la justicia. Pero en su trabajo no dice casi nada sobre estos desacuerdos. Comparado con su consideración de los desacuerdos éticos, religiosos y filosóficos, el tratamiento que hace RAWLS de los desacuerdos sobre la justicia es realmente insignificante.

Para darnos cuenta de ello, imaginemos esta manera de defender el segundo de nuestros modelos. Podría ofrecerse una *explicación* de

¹ En este capítulo, los números entre paréntesis que aparecen en el texto son las referencias de página de RAWLS, 1993a.

los desacuerdos sobre la justicia que difiera de la explicación ofrecida de sus desacuerdos acerca del bien. La disonancia entre una y otra nos permitiría predecir que ambos tipos de desacuerdo se entrecruzan.

Ahora bien, como vimos en el capítulo V, RAWLS presta mucha atención a la etiología del desacuerdo en la sociedad², y se pregunta: «¿Por qué el intento consciente de razonar unos con otros no habría de conducir a un acuerdo razonable? Eso es lo que ocurre en las ciencias naturales, al menos a largo plazo» (85). RAWLS utiliza la expresión «las cargas del juicio» como una manera de articular su respuesta a esta pregunta. Las cargas del juicio son «los varios elementos aleatorios implicados en el ejercicio adecuado (y consciente) de nuestras facultades de razón y juicio en el curso ordinario de la vida política» (86). La vida humana implica múltiples valores y es algo natural que las personas discrepen sobre cómo ponderarlos o priorizarlos. Es más, sus diferentes posiciones, perspectivas y experiencias vitales les darán puntos de partida diversos desde los cuales emitir estos juicios finos. Estos factores, conjuntamente, hacen que el desacuerdo de buena fe sea no sólo posible, sino también predecible:

Distintas concepciones del mundo pueden estar razonablemente elaboradas desde perspectivas distintas, y la diversidad surge en parte de la variedad de nuestras perspectivas. Es irrealista [...] el supuesto de que todas nuestras diferencias están arraigadas en la ignorancia y en la perversión, si no en rivalidades de poder, estatus o ventaja económica (89).

Así, RAWLS concluye: «muchos de nuestros juicios más relevantes se hacen bajo condiciones de las que no es de esperar que permitan que personas conscientes, en pleno uso de sus facultades de razón, ni siquiera después de una discusión libre, lleguen unánimemente a la misma conclusión» (89).

Esta concepción, tal como es presentada, puede servir para caracterizar los desacuerdos políticos, así como los éticos y religiosos; las diferencias sobre la justicia, así como sobre el bien. Sin embargo, RAWLS orienta rápidamente el argumento de las cargas del juicio sólo en la dirección de los desacuerdos sobre el bien. «La consecuencia evidente de las cargas del juicio es que las personas razonables no abrazan todas la misma doctrina comprensiva» (91). No podemos esperar que en una sociedad bien ordenada se alcance el consenso religioso o filosófico. En ningún lugar, por lo que yo sé, RAWLS llega a la conclusión igualmente evidente de que no podemos esperar que personas razonables se pongan de acuerdo sobre la ponderación adecuada que debe hacerse en la vida social de sus respectivas concepciones compren-

² Véanse los apartados 9 y 12 del cap. V.

sivas. En ningún lugar infiere que, por las mismas razones, en una sociedad bien ordenada podamos esperar que la gente razonable discrepe profundamente acerca de los términos y principios básicos de su asociación³.

Una de las conclusiones que RAWLS extrae del argumento de las cargas del juicio es que «en la cultura política de una sociedad democrática falta una base pública y compartida de justificación que pueda aplicarse a las doctrinas comprensivas» (91). Esta afirmación nos da buena prueba de la creencia de RAWLS de que estas cuestiones de justicia *no* están sujetas a las cargas del juicio. El argumento a tal efecto es el siguiente.

Según RAWLS, las cuestiones de justicia deben ser abordadas sobre la base de la razón pública: «Hasta donde sea posible, los conocimientos y los modos de razonar en que se funda nuestra afirmación de los principios de justicia [...] tienen que descansar en verdades llanas que, en el momento presente, sean ampliamente aceptadas por el común de los ciudadanos o sean accesibles a él» (260). Aplicar la idea de las cargas del juicio en este ámbito sugeriría que algunas de las razones a las que la gente apela al articular sus puntos de vista sobre la justicia no son, ni pueden ser, ampliamente compartidas en este sentido. Así que para poder sostener que la idea de la razón pública sirve de base para la argumentación sobre la justicia, RAWLS debe negar que las cargas del juicio afecten dicha argumentación. Si las cargas del juicio excluyen el uso de la razón pública en un ámbito determinado, parecería seguirse que las cargas del juicio no aparecen en los ámbitos en los que la idea de la razón pública impera⁴.

Esto nos deja con la conclusión más bien desagradable de que en política no existe tal cosa como los desacuerdos razonables. Las cargas del juicio explican cuán razonable puede ser un desacuerdo, pero el ideal de la razón pública parece presuponer que esta explicación no alcanza a las cuestiones públicas de justicia y corrección que están en discusión en la política.

³ Una excepción oponible es un pasaje hacia el final del capítulo IV de *El liberalismo político* («La idea de un consenso por superposición»), donde RAWLS aventura la sugerencia de que «puede suponerse que diferentes intereses sociales y económicos respalden diferentes concepciones liberales» y «darían lugar a principios e ideales marcadamente diferentes de los de la justicia como equidad» (1993a: 200). No obstante, RAWLS no se extiende sobre esta posibilidad.

⁴ Esto es, RAWLS parece estar comprometido con la siguiente afirmación:

Para todos los ámbitos de disputa *x*, la existencia de las cargas del juicio en *x* → la falta de razón pública en *x*.

De lo que se sigue:

Para todos los ámbitos de disputa *x*, la existencia de la razón pública en *x* → la ausencia de las cargas del juicio en *x*.

3. RAZÓN PÚBLICA

Soy reacio a atribuir a RAWLS esta conclusión. Ciertamente, no habría necesidad de la razón pública si *no* hubiera desacuerdos sobre la justicia. ¿Sobre qué razonaríamos o argumentaríamos (o votaríamos) en una sociedad democrática si no discrepáramos acerca de la justicia? Si, sin embargo, *existen* desacuerdos sobre la justicia, y las personas hacen un uso adecuado de la razón pública para articularlos y resolverlos, parecería grosero negar que este desacuerdo sea razonable, por lo menos en principio.

Por lo que sé, RAWLS afirma a lo sumo que la idea de razón pública es incompatible con la existencia de desacuerdos razonables sobre *los principios básicos* de la justicia. Esto no es incompatible con desacuerdos razonables acerca de cómo resolvemos las cuestiones de detalle:

Aceptar enfáticamente la idea de razón pública y su principio de legitimación no significa aceptar una particular concepción liberal de la justicia hasta los últimos detalles que definen su contenido. Podemos diferir respecto de esos principios y, sin embargo, estar de acuerdo en la aceptación de los rasgos más generales de una concepción (226).

Pero mientras niega que el contenido específico de la *JAF* sea definitorio de la razón pública, RAWLS se muestra resuelto a la hora de ofrecer los principios generales de la *JAF* [«los valores expresados por los principios y orientaciones, sobre los que se produciría un acuerdo en la posición originaria» (262)] como un criterio para saber cuándo los argumentos políticos se dirigen de acuerdo a la idea de la razón pública.

Deberíamos detenernos un momento para considerar lo destacable de esta posición. En el mundo que conocemos, las personas definitivamente discrepan acerca de la justicia, y lo hacen de forma radical. Además, sus desacuerdos no versan sólo sobre los detalles, sino también sobre lo fundamental. Y en algunos pasajes RAWLS reconoce esta diversidad. Hacia el comienzo de *El liberalismo político* afirma que «nos volvemos hacia la filosofía política cuando nuestros comunes acuerdos políticos [...] se quiebran» (75). Sin embargo, en los otros pasajes que hemos citado su opinión parece ser que tales diferencias deben ser aireadas y debatidas sólo por medio de «los principios y orientaciones, sobre los que se produciría un acuerdo en la posición originaria» (262). ¿Realmente quiere decir esto? Si bien la concepción de RAWLS ha sido muy importante, sabemos que apenas unos pocos filósofos políticos aceptan la idea de la posición originaria tal y como RAWLS la desarrolla o su opinión de los principios y las orientaciones que serían

acordados allí. Parece extraño elegir esta concepción extremadamente controvertida como fundamento de nuestra posición acerca de la razón pública, esto es, como fundamento de nuestra concepción normativa de los términos en los que los ciudadanos pueden comportarse adecuadamente e intentar resolver sus desacuerdos sobre la justicia. De manera más abstracta, es sin duda un error identificar las normas que enmarcan el debate público sobre la justicia con los valores y principios que son constitutivos de una posición particular en este debate (incluso cuando sólo sean constitutivos en *sentido amplio*, y ya no digamos si lo son detalladamente).

En el pasaje que he analizado, RAWLS reconoce la naturaleza controvertida de su propuesta acerca del criterio que determina cuándo una argumentación se adecua al ideal de razón pública:

Muchos preferirán otro criterio. [...] Es inevitable y a menudo deseable que los ciudadanos tengan opiniones diferentes acerca de cuál sea la concepción política más apropiada; pues la cultura política pública está obligada a contener ideas fundamentales diferentes que pueden desarrollarse de modos diferentes (262).

De acuerdo. ¿Por qué entonces, a la luz de esta controversia, íbamos a seleccionar el criterio de uno de los participantes para establecer los términos en los que va a desarrollarse dicha controversia?

La respuesta de RAWLS es: «Una manera fiable de hallar cuál de ellas, si alguna, es la más razonable consiste en que compitan ordenadamente entre sí durante un buen período de tiempo» (262). Tal como yo lo entiendo, la idea es la siguiente. *Ex ante* puede haber muchos enfoques aparentemente razonables de la justicia, siendo el de RAWLS uno de ellos. Por lo tanto, la filosofía política debe emprender un proceso argumentativo para averiguar cuál de dichos enfoques es aceptable como concepción fundamental de una sociedad bien ordenada. En parte, lo que esta argumentación pretende descubrir es cuál de los enfoques alternativos de la justicia proporciona un fundamento consensuado aceptable para la razón pública. Si alcanzamos una respuesta, entonces podemos decir *ex post* que las otras posiciones son irrazonables, porque han fracasado en proporcionar un criterio para la razón pública. *Ex ante*, podemos hablar de desacuerdos razonables sobre cuestiones políticas básicas, pero una vez hemos adoptado una posición determinada acerca de dichas cuestiones ya no podemos seguir hablando en estos términos. *Ex post*, los únicos desacuerdos razonables que persisten son aquellos que se refieren a la manera de resolver los detalles de la concepción con la que nos hemos quedado en la primera fase de la argumentación.

Creo que ésta es la posición de RAWLS, aunque esperarí que no lo fuera, ya que parece estar expuesta a una seria objeción.

4. RAWLS Y EL DISEÑO CONSTITUCIONAL

Antes de que esboce la objeción⁵, permítanme volver un momento atrás. La posición que he estado dilucidando no es muy diferente de la que tomó RAWLS en el capítulo 5 de *Una teoría de la justicia*. Allí advertía, muy apropiadamente, que «la cuestión de si la legislación es justa o injusta, especialmente en relación con las políticas económicas y sociales, está sujeta habitualmente a razonables diferencias de opinión»⁶. La existencia de dichos desacuerdos hace necesarios procedimientos constitucionales (como el voto) que permitan tomar decisiones aun cuando los miembros de la sociedad estén divididos acerca de cuáles deberían ser tales decisiones. Pero, por supuesto, la gente también discrepa sobre la conveniencia de estos procedimientos. Así, afirma RAWLS, el ciudadano comprometido con lo público que se interesa por la justicia en la estructura de su sociedad se enfrenta a dos tipos de cuestiones:

En primer lugar, debe valorar la justicia de la legislación y de las políticas sociales. Pero debe también saber que sus opiniones no siempre coincidirán con las de los demás, puesto que los juicios y las creencias de los hombres tienden a diferir especialmente cuando están en juego sus intereses. En segundo lugar, por lo tanto, un ciudadano debe decidir qué arreglos constitucionales son justos para reconciliar opiniones sobre la justicia en conflicto. Podemos pensar que el proceso político es una máquina que fabrica decisiones sociales cuando se le introducen las perspectivas de los representantes y de sus electores. Un ciudadano creerá que unos diseños de dicha máquina son más justos que otros. Así que una concepción completa de la justicia no sólo es capaz de valorar leyes y políticas concretas, sino también de establecer una ordenación de los procedimientos posibles para elegir la opinión política que debe ser sancionada como ley⁷.

¿Cómo y mediante qué criterios debemos evaluar las propuestas sobre un procedimiento político determinado? Lo que RAWLS responde en *Una teoría de la justicia* es que la gente «debe elegir la constitución justa más efectiva, la constitución que [...] esté mejor diseñada para conducir a una legislación justa y efectiva»⁸. Por supuesto que no podemos garantizar que los resultados de un procedimiento sean justos:

⁵ Lo que haré en el apartado 5.

⁶ RAWLS, 1971: 198-199.

⁷ RAWLS, 1971: 196.

⁸ RAWLS, 1971: 197. La elipsis señala la presencia de un criterio adicional de decisión constitucional: la Constitución elegida no debe sólo ser efectiva en producir decisiones justas, sino que en sí misma debe hacer justicia a aquellos derechos procedimentales, como el de igual participación política, incorporados en el primero de los dos principios sustantivos de la JAF.

«Claramente cualquier procedimiento político factible puede producir un resultado injusto»⁹. En el mejor de los casos, se trata de una situación de justicia procedimental imperfecta, y la cuestión será encontrar una Constitución que maximice la expectativa de alcanzar buenas decisiones legislativas.

En realidad, el hecho de que no tengamos manera de diseñar un sistema político que garantice resultados correctos no es la única razón por la que se trata de una situación de justicia procedimental imperfecta. No es sólo una cuestión de factibilidad técnica. RAWLS piensa que existen también razones *morales* (de hecho, razones de justicia) que requieren que adoptemos un sistema político determinado aunque nos ofrezca una menor probabilidad de alcanzar respuestas sustantivamente correctas sobre la justicia que otro que pudiéramos diseñar en ausencia de tales razones. Según RAWLS, la justicia en sí misma reduce el rango de procedimientos políticos aceptables. Considera al poder político como uno de los bienes primarios regulados por el primer principio de la *JAF*, y cree que el primer principio genera «un principio de (igual) participación», por lo que respecta a la Constitución política. Dicho principio establece que *todos* los individuos (adultos y cuerdos) tienen derecho a participar, sea directamente o a través de representantes electos y responsables (*accountable*), en la elaboración de leyes y en otras decisiones sobre la estructura de su sociedad¹⁰.

Además, en el esquema de RAWLS, la participación política no es sólo una libertad básica entre otras. Insiste correctamente en que existe una íntima conexión entre el principio de participación y el espíritu contractualista de la hipótesis de la posición originaria:

La justicia como equidad comienza con la idea de que allí donde son necesarios unos principios comunes que favorezcan los intereses de todos, tales principios deben surgir del punto de vista de una situación inicial adecuadamente definida en la que toda persona está representada equitativamente. El principio de participación transfiere esta noción de la posición originaria a la constitución como sistema de más alto rango de reglas sociales de adopción de otras reglas. Si el Estado debe ejercer la autoridad última y coercitiva sobre un determinado territorio, y si en este sentido debe afectar permanentemente las expectativas de vida de todo hombre, el proceso constitucional debería preservar la igual representación de la posición originaria en la medida en que sea posible¹¹.

⁹ RAWLS, 1971: 198.

¹⁰ RAWLS, 1971: 221 ss.

¹¹ RAWLS, 1971: 221-222. Agradezco a Frank MICHELMAN por la discusión sobre este punto.

En la teoría de RAWLS, el derecho de participación es en algún sentido «el derecho de los derechos»¹² por descender directamente, en la práctica política, del principio de la soberanía popular que subyace a todo el enfoque contractualista en la filosofía política¹³.

Pero aunque RAWLS piensa que existe un fundamento moral para un elemento procedimental en nuestro diseño de las instituciones políticas, mi opinión es que no defiende definitivamente una concepción de la justicia meramente procedimental. Debemos elegir o diseñar una Constitución de modo que respete la demanda de participación, pero debemos diseñarla también con un ojo puesto en la justicia sustantiva de los resultados que serán producidos probablemente por un determinado sistema. De los distintos esquemas participativos disponibles, debemos elegir aquel que con mayor probabilidad produzca conclusiones sustantivamente justas.

Sin embargo, ¿cómo pueden los ciudadanos ponerse de acuerdo sobre cuestiones de decisión constitucional si discrepan acerca del *telos* de tal decisión? Un libertario preferirá procedimientos participativos que maximicen la expectativa de una legislación justa desde sus propios estándares de libre mercado, mientras que un socialdemócrata preferirá aquellos que maximicen la expectativa de una legislación que incorpore una preocupación colectiva e igualitaria. Para RAWLS esto muestra que debemos alcanzar primero un acuerdo sobre los desacuerdos acerca de la justicia, incluso antes de ocuparnos de las cuestiones de diseño constitucional. Así, lo que afirma sobre la elección constitucional, esto es, sobre la elección del proceso legislativo, se basa en el supuesto de que *ya* conocemos y de que *ya* hemos acordado los principios básicos de justicia:

¹² La expresión es de William COBBETT (1829), citado en MACFARLANE, 1985: 142. Para una discusión más amplia de esta idea véase el cap. XI.

¹³ La participación es, entonces, en cierto sentido *especial* en la teoría contractualista. Sin embargo RAWLS no infiere de esto que se le deba atribuir a la participación política un peso mayor que a otras libertades básicas cubiertas por el primer principio. Por el contrario, juega con la idea, ya sugerida en modos diversos por Benjamin CONSTANT e Isaiah BERLIN, de que en el liberalismo contemporáneo debería atribuirse una menor importancia a las libertades políticas, y debería darse en cambio un mayor peso a las demás libertades básicas y a la protección que brindan contra la opresión y la interferencia. Véase CONSTANT (1819), 1989: esp. 316-317, y BERLIN, 1969: 129-131, citados por RAWLS, 1971: 229-230. En *El liberalismo político*, RAWLS muestra mayor simpatía por la posición de CONSTANT y BERLIN que sitúa las libertades políticas en un lugar inferior de la escala con respecto de las demás libertades básicas y que les atribuye un valor principalmente instrumental. Véase RAWLS, 1993a: 336. En una obra anterior, en cambio, se muestra más agnóstico: «Opiniones diferentes acerca del valor de las libertades (*liberties*) determinarán, por supuesto, la forma en que diversas personas pensarán que el esquema completo de la libertad (*freedom*) debe ser articulado. Por ejemplo, aquellos que atribuyen un mayor valor a la libertad de participación estarán dispuestos a asumir mayores riesgos con respecto de la libertad (*freedom*) de la persona, a fin de dejar un espacio más amplio a la libertad (*liberty*) política». RAWLS, 1971: 230.

Al diseñar una constitución justa presupongo que los dos principios de la justicia ya escogidos definen un estándar independiente del resultado deseado. Si no existiera dicho estándar, el problema del diseño constitucional no estaría bien planteado, ya que la decisión en favor de un diseño u otro se toma seleccionando aquella constitución, de todas las que son justas y posibles en términos prácticos (según nos diga la teoría social), que en las circunstancias actuales produzca con mayor probabilidad unos arreglos sociales efectivos y justos¹⁴.

RAWLS concede que la gente tiene «diferencias de opinión razonables» sobre la justicia de la legislación, pero las interpreta como desacuerdos acerca de la manera en que deben aplicarse los principios rawlsianos en un mundo complejo, y no sobre qué principios aplicar.

El enfoque de *Una teoría de la justicia* es casi idéntico al de *El liberalismo político*, donde RAWLS sugiere que las diferencias políticas deben dirimirse por medio de la razón pública que sirve no sólo para acomodar, sino que ella misma está definida en términos de, «los principios y orientaciones, sobre los que se produciría un acuerdo en la posición originaria» (262). En ambos trabajos se entiende que llegará un punto en el cual los políticos razonables podrán presuponer que se ha alcanzado un acuerdo entre los participantes, por lo menos en un nivel general, sobre los principios de justicia que deben aplicarse.

5. EN EL MUNDO REAL

Supongamos por un momento que aceptamos todo esto. Obviamente, sería un error que de allí infiriéramos algo con respecto de los problemas de la política, los procedimientos y la elección constitucional a los que *nosotros* nos enfrentamos en el mundo real, donde la gente no está de acuerdo por completo sobre las cuestiones básicas de la justicia. Pensar en la política, como *nosotros* debemos hacer, de una sociedad cuyos miembros discrepan radicalmente y sobre cuestiones de principio sobre qué implica la justicia equivale, en los términos de RAWLS, a pasar de la teoría ideal (o de estricto cumplimiento) a la teoría no ideal (de cumplimiento parcial). Sus dos libros tratan de «una sociedad bien ordenada», «una sociedad en la que cada uno acepta, y sabe que todo el mundo acepta, exactamente los mismos principios de justicia» (65-66). Se sigue que la aplicación de sus argumentos en una sociedad como la nuestra, en la que la gente no acepta ni cree que los demás acepten los mismos principios de justicia, es muy problemática. La nuestra es una sociedad cuya política está destinada abiertamente a abordar los desacuerdos fundamentales sobre

¹⁴ RAWLS, 1971: 198.

la justicia. Por esta razón no se trata de una sociedad bien ordenada en el sentido de RAWLS¹⁵.

Me pregunto si, tras esta reflexión, RAWLS se sentiría cómodo con esta amplia brecha entre la política en una sociedad bien ordenada y la política en una sociedad como la nuestra. Hay dos indicios que indican que no.

En primer lugar, él mismo se muestra muy proclive a extraer conclusiones sobre el derecho constitucional estadounidense de sus argumentos sobre la razón pública, etc. Aunque una inferencia de este tipo debería ser considerada totalmente precipitada, dada la divergencia entre la política de una sociedad bien ordenada y la política de la que se ocupa en realidad la Corte Suprema de los Estados Unidos, RAWLS parece muy resuelto a realizarla.

En segundo lugar, RAWLS se siente mucho menos cómodo en su trabajo posterior con la caracterización de una sociedad bien ordenada que ofreció en *Una teoría de la justicia*. Ahora niega lo que entonces sostenía, que en una sociedad bien ordenada la gente comparte la misma concepción de justicia sobre unos mismos fundamentos morales y filosóficos. La tesis de *El liberalismo político* sostiene que en una sociedad bien ordenada la gente puede (y probablemente debe) compartir una misma concepción de la justicia basada en diferentes fundamentos morales y políticos. Me pregunto si RAWLS estaría dispuesto a hacer una concesión mayor. Quizás lo que define la filosofía política, la filosofía de *la política* después de todo, es que se pregunta de qué manera una sociedad puede estar bien ordenada en sus procedimientos para el debate y la toma de decisiones cuando los ciudadanos discrepan no sólo respecto de lo bueno sino también respecto de la justicia. La primera concesión, según RAWLS, venía motivada por la necesidad de llegar a un acuerdo en las circunstancias del pluralismo de «[una] sociedad democrática contemporánea» (10). Pero el «pluralismo de doctrinas religiosas, filosóficas y morales comprensivas» (10) no es el único pluralismo con el que nos enfrentamos en una sociedad democrática contemporánea, también debemos hacerlo con los desacuerdos sobre la justicia y sobre los derechos. Quizás la filosofía política debería también ser compatible con esta circunstancia.

¹⁵ El magistrado Holmes se hizo famoso por su observación en "Lochner v. New York" (1905), 198 US 45, de que «la Cuarta Enmienda no establece la *Social Statics* del señor Herbert Spencer». Sin embargo, es más importante la generalización que extrae ahí, que la Constitución «está hecha para personas de opiniones fundamentalmente discrepantes» (pp. 75-76).

6. TEORÍA Y POLÍTICA

En contra de todo esto, y en defensa de *El liberalismo político*, podría sostenerse que RAWLS simplemente no puede enfrentar los desacuerdos sobre la justicia como un espectador más, observando con atención la diversidad de puntos de vista, el alcance de los desacuerdos, etc. RAWLS es un teórico de la justicia. Se involucra en tales desacuerdos *como un participante*, y como un inflexible adversario de las demás concepciones. Sin duda, no se le puede exigir que deje un espacio en su propia concepción normativa de la sociedad bien ordenada a las opiniones sobre la justicia que son incompatibles con la suya, y que en su opinión han entendido mal las cosas. Si la JAF se presenta como una teoría de la justicia, sus principios deben cumplir con *toda la función que atribuimos a los principios de justicia*. Como concepción de la justicia no exigimos que la JAF sea equitativa con, o dé cabida a, sus rivales. Si una sociedad bien ordenada es una sociedad justa, y si RAWLS tiene razón en sus ideas sobre la justicia, entonces una sociedad bien ordenada *será* aquella en la que predominen los principios que él defiende, y no otros. Después de todo, no hay nada más importante que la justicia en la estructura básica de la sociedad. Tener la creencia de que la *justicia* exige X y no Y es tener la creencia de que no se hará otra cosa que X y que comprometerse o dar cabida a Y sería pernicioso. Por supuesto que una determinada creencia sobre qué es lo que exige la justicia puede ser errónea, pero aquello sobre lo que podríamos equivocarnos es precisamente lo que debe hacerse categórica e inflexiblemente, por lo menos en lo que respecta a la estructura básica de la sociedad.

Esto es lo que podría decirse en defensa del enfoque de RAWLS, un enfoque que caracteriza la sociedad bien ordenada sólo en términos de los principios de la justicia que considera correctos, sin prestar atención al conflicto que se da entre ellos y los que considera sus rivales profundamente equivocados. RAWLS simplemente reivindica la verdad de su teoría y la falsedad de cualquier teoría que la contradiga¹⁶.

No tengo ninguna objeción si se trata de una reflexión sobre la justicia, pero albergo algunas dudas si la tomamos como una reflexión acerca de la política, y más aún si se trata de una reflexión acerca de la política de la justicia. Normalmente entendemos que la política es un espacio en el que los miembros de un mismo grupo debaten y encuentran algún medio para alcanzar decisiones sobre cuestiones diversas, a pesar del hecho de que discrepan sobre los valores y principios involucrados en tales cuestiones. Como dije en el capítulo V, la existencia de estos desacuerdos y la necesidad percibida de una deci-

¹⁶ Véase también el apartado 8 del cap. IX de este libro.

sión común a pesar de los desacuerdos son las «circunstancias de la política» elementales, de la misma manera que la escasez moderada, el pluralismo razonable y el altruismo limitado se encuentran entre lo que RAWLS denomina «las circunstancias de la justicia»¹⁷. La ciencia empírica de la política es el estudio de las formas en que realmente ocurre esta deliberación y toma de decisiones. La reflexión normativa sobre la política consiste en una reflexión sobre los valores y principios implicados por tales procesos de deliberación y toma de decisiones. Imaginar que la política deliberativa (o cualquier otra forma de política pacífica) es posible es imaginar que la gente puede alcanzar acuerdos sobre algunas de estas cuestiones procedimentales, aunque discrepen sobre las cuestiones sustantivas que los procedimientos, por así decirlo, deben alojar. En otras palabras, es imaginar que las cuestiones procedimentales y las cuestiones sustantivas son en cierto sentido separables.

Ciertamente, puedo pensar sobre la política sin dejar de ser partidario de una concepción de la justicia en particular que compita de modo inflexible con sus rivales en la arena política. Pero no puedo hacerlo si mi reflexión sobre el procedimiento político y constitucional transita completamente a la sombra de mis convicciones sustantivas. Para que pueda reflexionar sobre la política deben existir límites al «espacio lógico» que ocupan mis opiniones sustantivas, y debo estar dispuesto, al menos parte del tiempo, a considerar mis propias convicciones inflexibles sobre la justicia sólo como un conjunto entre otros de convicciones. Debo estar dispuesto a resolver, de una manera relativamente imparcial, la cuestión de qué debe hacerse respecto del hecho de que las personas como yo en la sociedad discrepan con las demás acerca de la justicia. Esta concesión puede ser muy exigente. No se trata tan sólo de trazar unas reglas neutrales para un club de debate. El debate político debe terminar en una decisión. Implicarse en política es suscribir principios procedimentales (por ejemplo, la decisión mayoritaria) que puedan producir resultados que contradigan mis propias convicciones sustantivas, resultados que mis convicciones sustantivas condenarían.

Pero podría preguntarse cómo alguien podría ver en esto *una cuestión de justicia*. Si la justicia es la *primera* virtud de las instituciones sociales, ¿cómo puede haber alguna virtud o principio políticos que nos exijan respaldar la injusticia sólo porque, por ejemplo, la otra parte venció en una votación en el Parlamento, el Congreso o en un tribunal? Si la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, entonces seguramente nada, incluyendo los procedimientos políticos, incluyendo las votaciones, es más importante.

¹⁷ Véase RAWLS, 1993a: 97. Véase también RAWLS, 1971: 126-130. Véase también la descripción que hace BARBER de «las condiciones de la política» en BARBER, 1984: 120-138.

Esta respuesta, que he escuchado de otros pero que no estoy atribuyendo a RAWLS, descansa en una concepción empobrecida de las dimensiones de relevancia política. Decir que el punto de vista Y, que creemos injusto, prevalecerá porque tiene mayor apoyo político no es priorizar las consideraciones políticas o procedimentales por encima de la justicia en una única dimensión de relevancia moral, sino que llegamos a esta idea desde una dirección distinta. Cuando afirmamos que un punto de vista que creemos incorrecto debe prevalecer por motivos políticos, no lo estamos considerando en términos de su importancia o prioridad intrínsecas, sino a la luz de las circunstancias básicas de la política, que hacen que incluso en aquellas cuestiones que juzgamos *más* importantes necesitemos alcanzar una decisión común a pesar de la existencia de desacuerdos sobre cuál debería ser. El problema definido por dichas circunstancias es el de seleccionar un principio de justicia sustantivo para actuar (conjuntamente) de acuerdo con él cuando discrepamos sobre cuáles son los principios verdaderos o razonables. Decir en tal caso que la *justicia* se subordina a los valores procedimentales en la toma de decisiones políticas sería señalar cuál de las posiciones que compiten por el apoyo político debe ser considerada justa mediante una petición de principio¹⁸.

7. CONSENSO POR SUPERPOSICIÓN

Comencé este capítulo examinando la relación entre desacuerdos sobre la justicia y desacuerdos sobre el bien, y sugerí dos modelos para comprenderlos: según el primero, los desacuerdos sobre la justicia son el resultado de los desacuerdos sobre el bien; según el segundo modelo, ambos tipos de desacuerdos son independientes entre sí. Hemos visto que probablemente después de todo RAWLS no se compromete con este segundo modelo, por lo menos no como modelo de una sociedad bien ordenada. Puesto que en su teoría una sociedad bien ordenada puede albergar desacuerdos sobre el bien pero no desacuerdos sobre las cuestiones básicas de la justicia.

¿Pero qué sucede con el tipo de sociedad que conocemos, en la que ambos tipos de desacuerdo están presentes? ¿Cuál de los dos modelos iniciales se aproxima más a una sociedad como la nuestra, no-tan-bien-ordenada? No creo que RAWLS quisiera descartar el primer modelo, o por lo menos alguna versión del mismo. Si una tradición religiosa o filosófica ha nutrido una concepción del bien rica e ingeniosa, sería extraño esperar que sus sacerdotes, ideólogos o filósofos no hayan desarrollado esta concepción también en una dirección social

¹⁸ Para una mayor elaboración de este argumento, véanse el apartado 4 del cap. IX y el apartado 5 del cap. XI.

o política. Los asuntos sociales y políticos se encuentran, después de todo, entre nuestras preocupaciones más apremiantes, y sería extraño que una cierta tradición tuviera una concepción acerca de qué es lo que hace valioso vivir la vida pero no tuviera ninguna sobre la base en la que debemos vivir nuestras vidas conjuntamente. Así parece mostrarlo, también, el uso que hace RAWLS del término «compreensivo» para describir las concepciones religiosas y sobre valores que compiten en la sociedad. El carácter de «compreensivas» parece implicar que dichas concepciones tienen la ambición de responder a todas las grandes preguntas, de las que difícilmente pueden excluirse las cuestiones acerca de la justicia. Es significativo que uno de los ejemplos más prominentes que pone RAWLS de una teoría del bien es el utilitarismo (43); y el utilitarismo ciertamente implica (algunos dirían que únicamente *es*) una concepción de la justicia.

Pero si el primer modelo explica, al menos en parte, los desacuerdos que tiene la gente sobre la justicia, entonces hay una consecuencia interesante para el análisis de interpretación de RAWLS de la transición, por decirlo de este modo, desde una sociedad no-tan-bien-ordenada, en la que la gente discrepa acerca de las cuestiones básicas de la justicia, hacia una sociedad bien ordenada en la que una concepción particular de justicia, por ejemplo la *JAF*, es venerada como el marco para la razón pública. La consecuencia tiene que ver con la distinción que hace RAWLS en *El liberalismo político* entre un consenso por superposición y un *modus vivendi*. Tanto el uno como el otro son modelos del tránsito que se produce entre los muchos a lo uno, como en el caso de las diversas concepciones del bien con respecto de una única concepción preferida de la justicia. Aunque RAWLS se muestra inflexible al insistir en que son modelos «muy diferentes» (179), su conjetura es que «una aquiescencia inicial a una concepción liberal de la justicia como mero *modus vivendi* podría evolucionar paulatinamente hasta desembocar [...] en un [consenso por superposición]» (201).

Una manera de entender este cambio es la siguiente. En tanto que toda concepción del bien genera su propia concepción de la justicia, esto es, en tanto que toda concepción del bien es verdaderamente «compreensiva» en el sentido que he descrito en el segundo párrafo de este apartado, es imposible que concepciones del bien rivales se relacionen con una única concepción de la justicia (como la *JAF*) del modo fuertemente moral como el que RAWLS denomina «consenso por superposición». La razón de ello es que toda concepción del bien genera un competidor directo de la concepción de la justicia que es en principio objeto de adhesión por el consenso por superposición.

Entonces, para un abanico de concepciones rivales del bien, B_1, B_2, \dots, B_n , probablemente encontremos que $B_1 \rightarrow J_1, B_2 \rightarrow J_2$, y así sucesivamente (donde J_1, J_2, \dots, J_n son concepciones rivales de la justicia).

Cada uno de estos pares — B_1/J_1 , B_2/J_2 , etc.— define una concepción filosófica *comprehensiva* C_1 , C_2 , ... C_n . Supongamos ahora que existe una concepción liberal de la justicia, *JAF*, que podría en principio representar un consenso genuino por superposición entre B_1 , B_2 , etc. Desde el punto de vista de J_1 , J_2 , etc., la adhesión a *JAF* será, en el mejor de los casos, un mero *modus vivendi*. Porque J_1 y J_2 contradicen a *JAF*, son rivales de *JAF* como lo son entre sí, y no pueden ofrecer a *JAF* el apoyo moral sincero que presupone el consenso por superposición sin comprometer sus propias tesis sobre la justicia. Además, en la medida en que J_1 es una parte integral de C_1 , J_2 una parte integral de C_2 , etc., las concepciones *comprehensivas* C_1 , C_2 , ... C_n no serán capaces tampoco de dar apoyo a *JAF* en un consenso por superposición.

No obstante, si *JAF* puede asegurarse durante un período de tiempo como un *modus vivendi* entre C_1 , C_2 , ... C_n , puede hacer que cada componente de justicia de estas concepciones *comprehensivas* pierda gradualmente terreno, incluso internamente en la concepción que los ha generado. Por ejemplo, J_1 puede gradualmente comenzar a parecer redundante incluso para los que suscriben C_1 , ya que su función *qua* concepción de justicia está siendo realizada, aunque sea como *modus vivendi*, por la concepción liberal de justicia *JAF*. Esto abre la posibilidad de que a lo largo del tiempo C_1 se descomponga en sus partes constituyentes — B_1 y J_1 —, abandonándose silenciosamente J_1 , y haciendo que la concepción del bien B_1 pueda forjar una genuina alianza moral con *JAF*. Y lo mismo puede ocurrir con gran parte de las demás concepciones *comprehensivas*.

Si este proceso captura aquello en lo que RAWLS está pensando, puede también proporcionar una base adicional para caracterizar ciertas concepciones *comprehensivas* del bien como irrazonables desde el punto de vista de *JAF*. «Irrazonable» tiene dos sentidos en *El liberalismo político*. Por una parte, como hemos visto, se refiere a una concepción cuya divergencia de otras concepciones no es entendible ni siquiera a la luz de las cargas del juicio. Por la otra, se refiere a una concepción cuyas demandas sólo le atañen a sí misma y a sus partidarios, sin entrar a considerar un equilibrio equitativo entre sus demandas y las que provienen de otras concepciones. En otro lugar he sostenido que estas definiciones de «irrazonable» pueden separarse por completo¹⁹. Aquí, sin embargo, sugiero que una manera de definir «irrazonable» en el segundo sentido se aplica a cualquier concepción *comprehensiva*, C_i , que ha convivido con otras concepciones en un *modus vivendi* por algún tiempo, *sin* estar dispuesta a abandonar, o a permitir que se debilite, su propia y tendenciosa teoría de la justicia, J_i .

¹⁹ Véase WALDRON, 1993c.

8. POLÍTICA Y DISENSO

Acabo de desarrollar algunas ideas sobre cómo pensar la relación entre desacuerdos acerca del bien y desacuerdos acerca de la justicia hacia el final de una era o una fase en la que los desacuerdos sobre la justicia continúan siendo una posibilidad razonable.

Sin embargo, estas especulaciones sobre el deterioro progresivo de los desacuerdos razonables sobre la justicia en una sociedad bien ordenada no deberían ocultarnos el hecho de que los desacuerdos sobre la justicia verdaderamente genuinos siguen siendo la condición más patente de nuestra propia política. En estas circunstancias deberíamos ser muy cuidadosos a la hora de trasladar alguna conclusión a nuestra política, incluyendo nuestra teoría constitucional, extraída de la posibilidad puramente teórica de una sociedad bien ordenada como la entiende RAWLS. Precisamente porque los argumentos de *El liberalismo político* pueden alentar o permitir este tipo de pasos, deberíamos rodearlos de serias reservas y calificaciones. Los estudiosos de la filosofía política deben ser conscientes de la gran distancia que separa el tipo de teoría de la justicia que se elabora en obras como *El liberalismo político* y el tipo de teoría que sería necesaria si realmente intentáramos encontrar sentido al lugar que ocupan la política, los procedimientos y la Constitución en una sociedad como la nuestra.

CAPÍTULO VIII

LA IRRELEVANCIA DE LA OBJETIVIDAD MORAL

1. OBJETIVIDAD Y REALISMO

Tenemos desacuerdos sobre cuestiones de principio, pero esto no significa por supuesto que no existan respuestas correctas para tales cuestiones. De las diversas concepciones de la justicia y los derechos existentes en nuestra sociedad, no hay duda de que algunas son más aceptables que otras. De hecho, con toda seguridad, algunas son verdaderas y otras falsas. En todo caso, esto es filosóficamente posible, y algunos sostendrán que se trata de una posibilidad que necesariamente tiene consecuencias importantes para la política.

Creo que esta última afirmación es equivocada, y ésta es la razón por la que este capítulo se titula «La *irrelevancia* de la objetividad moral». Espero que nadie infiera de este título un menosprecio por la objetividad entendida como equidad, imparcialidad o justicia. El sentido de «objetividad» al que me refiero es el que invocan aquellos que consideran que algunos juicios morales son objetivamente verdaderos y otros objetivamente falsos. Los que piensan así sobre la verdad o falsedad objetivas son denominados realistas morales, al menos en el contexto filosófico. La mayoría de los que no son filósofos, en cambio, encuentran que este término conduce a confusión. Supongo que la expresión «realista moral» tiene resonancias maquiavélicas para muchas personas. Quienes enseñan filosofía moral a los estudiantes de derecho deben siempre dedicar algún tiempo a explicar que el realismo moral tiene muy poco en común con el realismo *jurídico*, y que

de hecho entra en contradicción con éste en diversos aspectos. La versión jurídica se aproxima mucho más a lo que significa el realismo para una persona normal, es decir, el sentido habitual en el que la exhortación «seamos realistas» significa «seamos cínicos». En cualquier caso, «realismo moral» es la manera en que los filósofos llaman a la tesis de que existen cosas tales como la verdad moral objetiva y la falsedad moral objetiva; y «antirrealismo» es el término usado para el rechazo filosófico de dicha tesis. Dado que el realismo moral considera que esta tesis tiene importantes ramificaciones en la forma de pensar acerca del desacuerdo político, vale la pena que dediquemos algún tiempo a examinar sus implicaciones para el derecho, la legalidad y la función judicial.

La posición realista puede ser formulada de diferentes maneras, pero es conveniente caracterizar técnicamente la creencia realista en la objetividad moral de la siguiente forma:

Hay hechos que hacen que algunos juicios morales (esto es, algunos enunciados de valor o de principios) sean verdaderos o falsos, hechos que son independientes de nuestras creencias o de nuestros sentimientos acerca de los asuntos en cuestión¹.

Los antirrealistas niegan esto, niegan que existan hechos morales que determinen la verdad o falsedad de los juicios que formulamos, y afirman que *sólo existen los juicios morales y las personas que los formulan*. Algunos juicios nos gustan y otros no, repudiamos algunos y apreciamos otros, ignoramos algunos y aceptamos otros únicamente para poderlos rebatir. Pero no hay cuestiones de hecho objetivas que justifiquen dichas actitudes o que conviertan en correctos o incorrectos estos juicios.

A partir de aquí, los antirrealistas difieren en su posición acerca de la idea de verdad moral. Para algunos es tan poco sensato hablar de la verdad o falsedad de un juicio moral como de la de una exclamación como «¡viva la libertad!» o «¡abajo el presidente Clinton!». Para otros antirrealistas no se trata de que los predicados «verdadero» o «falso» sean no significativos, sino de que son redundantes. Decir que «es verdad que el aborto es incorrecto» es sólo una forma especialmente enfática o repetitiva de adherirse al reclamo de que «el aborto es incorrecto». No agrega nada sustantivo a la simple repetición de tal juicio. En cualquier caso, tanto si rechazamos la idea de la verdad

¹ Algunos realistas insisten en que los hechos a los que se refiere esta formulación deben ser «externos» o «independientes-de-la-mente»; pero este matiz sería demasiado exigente, puesto que muchos realistas no quieren negar que no habría hechos morales si no existieran agentes conscientes como nosotros, ni necesitan negar que entre las condiciones de verdad de las proposiciones morales se incluyen referencias a creencias o sentimientos. La formulación que utilizo en el texto ha sido sugerida por WALKER, 1989: 3.

en los juicios morales como si la interpretamos como un caso de desentremillado, la idea de una cuestión de hecho objetiva que hace verdaderos o falsos a los juicios morales, y que un juicio moral trata de representar de algún modo o con la que pretende corresponderse, es rechazada por el antirrealismo.

2. EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LOS JUICIOS MORALES

¿Qué implicaciones tiene el antirrealismo para la filosofía del derecho? Una respuesta atractiva para muchos es que el antirrealismo ayuda a reforzar las tesis del positivismo jurídico. El positivismo rechaza cualquier conexión necesaria entre el derecho y la moral, y se puede pensar que este rechazo está motivado por un deseo de aislar la objetividad del derecho (tal y como éste es) de la falta de objetividad que los antirrealistas atribuyen a los juicios morales acerca de la justicia, la corrección y los valores.

Algunos positivistas jurídicos entienden la conexión de esta forma². La mayoría de ellos, no obstante, considera que estas cuestiones no son tan sencillas. Tal vez porque piensan que hay razones conceptuales o filosóficas para mantener la separación entre derecho y moral que no tienen nada que ver con la disputa entre el realismo moral y el antirrealismo. O tal vez porque piensan que, en realidad, hay razones morales para mantener la separación entre derecho y moral, en cuyo caso difícilmente pueden estar por la labor de menospreciar la moral. Ambas versiones merecen ser exploradas.

El positivismo jurídico puede interpretarse como una concepción de qué es lo que implican las decisiones jurídicas o como una concepción de qué es lo que deben implicar. Denominaré «positivismo descriptivo» a la primera de estas concepciones, y «positivismo normativo» a la segunda. Las dos comparten una perspectiva positivista del derecho según la cual el derecho debe ser entendido en términos de reglas o principios cuyo estatus *jurídico* deriva de su origen en alguna fuente humana definida sociológicamente. Así, los enunciados acerca de qué es el derecho, sean enunciados utilizados al describir un sistema jurídico o al ofrecer asesoramiento legal o al decidir sobre casos particulares, pueden utilizarse sin emitir juicios morales o juicios evaluativos de otro tipo. Los juicios versarán únicamente sobre hechos sociales. Lo mismo no puede decirse, por supuesto, con respecto de los enunciados utilizados en la *creación* de derecho, ya que el acto de legislar requiere siempre realizar juicios morales o políticos. Pero los enunciados acerca del procedimiento legislativo y acerca de qué hechos producidos por el poder legislativo son calificados como aprobación

² HANS KELSEN es un ejemplo de ello. Véase KELSEN (1960), 1995: 71-82.

de una ley sí se ajustan a la descripción que he dado. Y una vez que una norma jurídica ha sido aprobada por el poder legislativo, ya no se requiere el uso de ningún juicio moral para su identificación, interpretación o aplicación. Esto es lo que, de manera general, sostiene la concepción positivista del derecho.

El positivismo *descriptivo* afirma que esto es lo que *es* el derecho, el derecho como tal (tal vez por definición), o el derecho de, por ejemplo, los Estados Unidos o Inglaterra. Respecto de estos sistemas jurídicos en particular, el positivismo descriptivo es, casi con toda certeza, falso. En parte porque muchas de las reglas y principios identificados por los mejores procedimientos disponibles del derecho positivo de hecho requieren que aquellos que los utilicen realicen juicios morales. Y en parte porque inevitablemente existen lagunas en el derecho positivo y una indeterminación en los significados de las reglas jurídicas que hacen imposible en la práctica su manejo sin la realización de juicios morales. No perderé el tiempo defendiendo estas tesis puesto que todos estamos familiarizados con ellas. Algunos juristas intentan evitar estos problemas mediante una maniobra definicional, diciendo que la existencia de una norma jurídica que requiere de la aplicación de juicios morales sólo es incompatible con el positivismo «positivo», y no con el positivismo «negativo» (o podría ser al revés)³; y afirmando que la existencia de lagunas e indeterminaciones semánticas en un conjunto dado de normas positivas sólo muestra que en algunos sistemas puede ser que no exista derecho que regule algunos aspectos, y que debemos recurrir entonces a una decisión política, pero no que la propia decisión jurídica adquiera por ello un carácter político o moral. Hasta donde puedo explicar, el motivo que se oculta tras estas estrategias es el de asegurarse la victoria en el debate descriptivo en favor de una posición *denominada* «positivismo jurídico», sin importar en qué se convierta dicha posición.

Como tesis descriptiva o definicional, el positivismo jurídico es neutral en metaética. No toma ninguna posición sobre la naturaleza de los juicios morales. Es compatible tanto con el realismo moral como con el antirrealismo. Lo único que sostiene es que una cosa es la toma de decisiones jurídicas y otra los juicios morales. El positivismo *normativo* es cuestión aparte. Sostiene la tesis de que el derecho *debe* ser tal que las decisiones jurídicas puedan ser tomadas sin la intervención de juicios morales. O, por no decirlo en términos de deber, la tesis de que sería *deseable* para el derecho ser lo que los positivistas descriptivos creen que es. El positivismo normativo es, en sí mismo, una pretensión moral. De hecho, es una pretensión moral acerca de la formulación de otras pretensiones morales en el ámbito específico de la vida social que llamamos *derecho*, y cree que la contaminación

³ Véase COLEMAN, 1988b.

de las decisiones jurídicas por los juicios morales es un perjuicio moral, que perdemos algo valioso con ello. Se trata claramente de la versión más interesante del positivismo jurídico, y de hecho es difícil imaginar cómo una definición positivista del concepto de derecho podría ser defendida sin apelar eventualmente a alguna tesis normativa como ésta. Gerald POSTEMA ha defendido convincentemente la idea de que el positivismo normativo fue la filosofía del derecho de Thomas HOBBS, David HUME y Jeremy BENTHAM⁴.

Lo llamativo del positivismo normativo es la forma en que concibe los casos que podrían implicar una decisión moral en el derecho. Para el positivista descriptivo, dichos casos son amenazas o contraejemplos, que deben ser reconceptualizados o a los que debemos dar alguna explicación si queremos mantener la tesis descriptiva. El normativista, no obstante, los ve de forma distinta. Son elementos insatisfactorios del derecho que deben ser censurados y minimizados. El sistema jurídico debería ser reformado para que dichas decisiones morales, tomadas por jueces o funcionarios, sean erradicadas en la medida de lo posible.

¿Por qué esto es así? Las razones en la teoría del derecho de HOBBS, HUME y BENTHAM tenían que ver con el valor de la certeza, la seguridad jurídica y el conocimiento de lo que probablemente era exigido a los funcionarios jurídicamente competentes. Si las decisiones de un funcionario cambian según la aplicación de su propio juicio moral, no hay posibilidad de explicar cómo se puede alcanzar dicha decisión. Desde el punto de vista del ciudadano que intenta organizar su vida, las decisiones del funcionario serían *arbitrarias*.

Me gustaría dedicar algún tiempo a esta noción de arbitrariedad. Me parece crucial para el positivismo normativo, pero también creo que muchos de los que perciben su importancia no han comprendido correctamente su conexión con la cuestión del realismo moral y el antirrealismo por la que hemos comenzado.

En la filosofía del derecho contemporánea, la palabra «arbitrario» posee al menos tres sentidos, todos ellos negativos. A veces significa «impredecible», y éste era, como ya dije, el problema que preocupaba a Jeremy BENTHAM y otros filósofos de la corriente principal del positivismo británico. Otras veces significa «no razonado», como cuando una decisión refleja un prejuicio o es tomada por capricho, más que sobre la base de un argumento. Este segundo sentido difiere del primero, ya que una decisión judicial puede no estar razonada sin ser

⁴ Véase POSTEMA, 1986. Jules COLEMAN ha objetado que el positivismo normativo moraliza el concepto de derecho, y comete así «el mismo error que el positivismo trataba de atender y rectificar». Véase COLEMAN, 1988b: 11. Pero Gerald POSTEMA explica claramente la confusión que rodea a esta objeción: véase POSTEMA, 1986: 328-336.

por ello «impredecible». Por ejemplo, podemos saber por anticipado que un juez es un conservador nato en algunas materias y ser capaces en consecuencia de predecir su respuesta. Por otra parte, una decisión jurídica puede ser impredecible aun estando razonada. Podemos saber que un juez razonará moralmente, siguiendo sus propias convicciones, pero sin conocer cuál es el marco moral del que partirá. O incluso aunque sepamos que el juez es, por ejemplo, utilitarista, podemos no ser capaces de predecir su decisión porque no sabemos lo suficiente acerca de sus capacidades de razonamiento o acerca de la información de la que dispone. Un tercer sentido de «arbitrariedad» es especialmente importante para el derecho constitucional estadounidense. Algunos opinan que, incluso cuando los jueces toman decisiones morales de la forma más razonada y predecible posible, dichas decisiones carecen de *legitimidad política*. Son el pueblo o los legisladores que éste ha elegido los que deben tomar este tipo de decisiones. No son los jueces los que deben determinar los principios y valores sociales. En este sentido democrático, «arbitrario» significa algo parecido a «carente de autoridad o legitimidad».

Por razones como éstas, los positivistas normativos se oponen a que los jueces y otros funcionarios (no electos) en el sistema jurídico tomen decisiones morales, y tratan de reducir las ocasiones en que esto sucede. Afirman que los juicios morales realizados por funcionarios añaden una dimensión arbitraria a los ámbitos de la vida social a los que éstos se refieren, cuando la misión del derecho es disminuir la arbitrariedad.

Aquellos que discrepan con los positivistas normativos a este respecto a veces se definen a sí mismos como defensores de la idea del *derecho natural*. En la filosofía del derecho contemporánea angloamericana, el término «derecho natural» se usa muy a menudo en oposición al positivismo descriptivo o definicional. Los iusnaturalistas niegan que el derecho consista solamente en normas positivas; afirman que tanto el concepto de derecho en su conjunto como la aplicación de leyes particulares implican inevitablemente principios y valores morales. Pero si añaden además «... y es bueno que así sea», entonces se convierten en rivales no sólo del positivismo descriptivo, sino también del normativo. Estos iusnaturalistas niegan que haya algo arbitrario o indeseable en la toma de decisiones morales por parte de los jueces; de hecho, les parece positiva la introducción de principios y valores morales en la vida pública. Ven esto como una de las contribuciones positivas del derecho.

Muchos de los que se oponen al positivismo normativo, aunque no todos, son también realistas morales. Una significativa excepción es la de Ronald DWORKIN. DWORKIN niega insistentemente que exista algo incorrecto o arbitrario en el hecho de que los jueces incorporen

puntos de vista morales o políticos en sus juicios. Considera que esto es inevitable y cree que es en realidad parte esencial de lo que requiere una buena función judicial⁵. E insiste en que tales juicios deben ser razonados, rechazando tanto la crítica de ilegitimidad de los demócratas como la preocupación benthamiana sobre la impredecibilidad. No obstante, DWORKIN ha declarado en más de una ocasión que no es un realista moral en el sentido en que lo hemos definido al inicio de este capítulo o, al menos, que no le parece importante tomar parte en el debate sobre el realismo moral⁶. Otros críticos del positivismo normativo, en cambio, *son* realistas morales, y de hecho a veces se reserva el término «derecho natural» para la posición que aúna el realismo moral con la oposición al positivismo en alguna de sus dos versiones⁷. Este uso es explicable porque, fuera del ámbito de la filosofía analítica del derecho, el término «derecho natural» se suele utilizar para referirse simplemente a los hechos que, según un realista moral, hacen verdaderos o falsos a los juicios de valor.

Dejando de lado ahora a DWORKIN, ¿hay algo natural o comprensible en la conexión entre el realismo moral y el rechazo del positivismo normativo? ¿Hay razones para esperar que un positivista normativo sea antirrealista? O a la inversa, ¿deberíamos esperar que alguien que cree en la objetividad moral piense que la toma de decisiones morales por parte de los jueces y otros operadores jurídicos es algo positivo? Voy a dar argumentos en favor de una respuesta negativa a todas estas preguntas.

Los atractivos de una respuesta afirmativa son bastante obvios. Según los realistas, los escépticos de la objetividad moral entienden los juicios morales simplemente como una expresión arbitraria de emociones. Desvinculados de cualquier criterio independiente de verdad u objetividad, los juicios acerca de lo correcto o incorrecto se convierten puramente en una cuestión de gustos, y son tan caprichosos y contingentes como los sentimientos de los que los formulan. Tu juicio es tan bueno como el mío, porque no hay verdad o falsedad en estas cuestiones. Ahora, esto suena exactamente como las acusaciones que llevan a los juristas al positivismo normativo. Si el juicio moral de un individuo es sólo la expresión idiosincrásica de su actitud, entonces es impredecible, no razonado y carente de autoridad; en una palabra, es *arbitrario*. Parecería, por lo tanto, que aquellos que quieren eliminar la arbitrariedad en el derecho tienen buenas razones para ser positivistas normativos si es que el antirrealismo tiene razón. Por otra parte, si el antirrealismo es falso, entonces los juicios morales recobran su condición de pretensión de verdad, y adquieren toda la autoridad, razo-

⁵ DWORKIN, 1986: 256.

⁶ DWORKIN, 1986: 82-83. Para un punto de vista algo distinto, véase DWORKIN, 1996.

⁷ Véase MOORE, 1982.

nabilidad y predecibilidad que ésta implica. Con dicha condición de pretensión de verdad se les puede permitir reingresar al derecho. De este modo, según la perspectiva más generalizada, los realistas morales probablemente se sentirán mucho más cómodos que los antirrealistas al permitir que los jueces tomen decisiones morales.

Ésta es justamente la concepción que yo quiero atacar. Ésta es la supuesta relevancia que tiene el realismo moral en la filosofía del derecho, y que, como trataré de mostrar, no debería tener. En los tres apartados que siguen presentaré algunas ideas generales acerca del realismo y el antirrealismo en la filosofía moral, antes de resumir mi argumento en el apartado 6, que sostiene que la toma de decisiones morales en el derecho es probablemente tan arbitraria (en los tres sentidos mencionados) para un realista moral como lo es para alguien que rechaza la objetividad moral.

3. CUASIRREALISMO Y LA TESIS DE LA NO-DIFERENCIA

Algunos filósofos sostienen que la cuestión de la objetividad moral es irrelevante en general, y no simplemente con respecto al derecho. Ronald DWORKIN le da vueltas a esta concepción en su respuesta a los que él denomina escépticos externos. «Utilizamos el lenguaje de la objetividad», afirma en *Law's Empire*, «no para dotar a nuestras [...] pretensiones morales cotidianas de una extraña base metafísica, sino para reiterarlas, tal vez de una forma más precisa, para enfatizar o cualificar su contenido»⁸. Puede ser que lo utilicemos para mostrar seriedad, o para indicar que creemos que nuestra pretensión tiene implicaciones para las vidas de todos, y no sólo para la nuestra. Pero, prosigue DWORKIN:

El enunciado de que la esclavitud es incorrecta y el enunciado de que existe una respuesta correcta para la cuestión de la esclavitud, esto es, que es incorrecta, no pertenecen a categorías filosóficas distintas ni son significativamente distintas entre ellas. No puedo sostener inteligiblemente la primera opinión como una opinión moral sin sostener simultáneamente la segunda. Dado que el escepticismo externo no ofrece ninguna razón para retractarse de, o modificar, la primera de las opiniones, tampoco ofrece ninguna razón para retractarse de, o modificar, la segunda. Ambas son afirmaciones que pertenecen al ámbito de la moral, más que referirse a dicho ámbito [...]. Me apresuro a añadir que reconocer este punto crucial que he señalado —que las creencias “objetivas” que la mayoría de nosotros tenemos son creencias morales y no metafísicas, y que sólo reiteran o cualifican otras creencias mora-

⁸ DWORKIN, 1986: 81.

les— no debilita en ningún sentido dichas creencias ni rebaja sus pretensiones o las hace incluso distintas de lo que se había pensado que fueran. Puesto que, siendo fieles al papel que juegan de hecho en nuestras vidas, no podemos entenderlas sino como pretensiones morales. Si alguien pierde por este motivo es el escepticismo externo, no nuestras convicciones⁹.

Nótese que se trata de una concepción de la verdad distinta a la del desentremillado a la que nos referíamos antes¹⁰. Se podría sostener una teoría del desentremillado acerca de la «verdad» en el ámbito moral, y aun así pensar que la cuestión de la objetividad moral es una cuestión filosófica importante y sólida. DWORKIN, no obstante, parece sugerir en este pasaje que no es una cuestión relevante en ningún sentido (aunque en otros pasajes afirma que podría ser un tema interesante para ser discutido «en un momento de calma filosófica, lejos de las guerras morales o interpretativas»)¹¹.

Es difícil sostener la tesis de que no existe ninguna diferencia relevante entre el realismo y el antirrealismo (acerca de la moral o de cualquier otra cosa) sin cuestionar en general nuestra metafísica y toda nuestra discusión sobre los significados de las palabras y el tipo de cosas a las que se refieren. Los realistas afirman que existen propiedades reales que se corresponden con los predicados «bueno» y «correcto», términos cuyo significado no podríamos entender a menos que así fuera. Los antirrealistas afirman en cambio que el uso de predicados valorativos puede ser entendido sin necesidad de invocar ideas de este tipo. Si esto no es un desacuerdo moral, nada lo es.

Una versión más modesta de la posición de la no-diferencia es la tesis del «cuasirrealismo» de Simon BLACKBURN¹². Aunque BLACKBURN insiste en que hay un problema filosófico latente entre los realistas y sus críticos, rechaza que el antirrealismo violente en algún sentido la forma en que ordinariamente pensamos en la ética y la moral. El cuasirrealismo, afirma, consiste en «un intento de ganarnos nuestro derecho a hablar de la verdad moral, a la vez que reconocemos completamente el origen subjetivo de nuestros juicios, en nuestras propias actitudes, necesidades, deseos y temperamentos»¹³. Desarrollando esta propuesta, BLACKBURN ha contribuido considerablemente al debate

⁹ DWORKIN, 1986: 82-83.

¹⁰ Véase el último párrafo de el apartado 1 de este capítulo.

¹¹ DWORKIN, 1986: 82. Véase también p. 80: «Existe un antiguo pero floreciente debate filosófico acerca de si el escepticismo externo, en especial el escepticismo externo dirigido a la moral, es una teoría significativa y, en tal caso, si es correcta». En DWORKIN, 1996, en cambio, el argumento parece ser que el escepticismo moral no puede ser defendido coherentemente.

¹² La formulación más general del cuasirrealismo se encuentra en BLACKBURN, 1984. Su aplicación a la ética se muestra claramente en sus ensayos BLACKBURN, 1981: esp. 174 y ss., y BLACKBURN, 1985.

¹³ BLACKBURN, 1985: 197.

sobre la objetividad moral dando respuesta a algunas de las críticas más duras y desarmando algunas de las caricaturas más simplistas del emotivismo y otras posiciones antirrealistas. No obstante, pienso que la promesa de poder encontrar un correlato antirrealista para *todo aquello* que queremos decir de ordinario en el ámbito moral es un error. Incluso si el discurso moral ordinario no está sistemáticamente contaminado por una metafísica falsa, ha estado tan influenciado por la creencia en la objetividad moral, especialmente la objetividad del Mandato Divino, que es poco probable que se haya mantenido completamente libre de distorsiones metafísicas. Puede ser más inteligente para un antirrealista, me parece, permanecer agnóstico sobre la cuestión de si tiene sentido el discurso moral ordinario. Una desventaja del término «cuasirrealismo» de BLACKBURN, por otra parte, es que muestra una predisposición a dejar que los realistas dicten los términos del debate, con los antirrealistas abriéndose paso con dificultad para mostrar que pueden arreglárselas más o menos bien incluso con el idioma realista¹⁴.

Dos nuevas consideraciones refuerzan este punto. Primero, sencillamente ya no es verdad que el discurso moral ordinario esté caracterizado unívocamente por un lenguaje de resonancia realista de la verdad o falsedad, de la lógica y el argumento y de posiciones razonables e irrazonables. Algunos lo están y otros no. Por cada predicador severo que habla sobre la realidad de las obligaciones encontramos un estudiante de secundaria que, mientras mastica su chicle, sostiene que la moral es sólo una cuestión de opinión. El lenguaje ordinario que escuchamos está tan infectado por el lenguaje relativista como por la pretensión de verdad. Los realistas morales a menudo *reivindican* que su metaética da mejor cuenta de lo que la gente piensa ordinariamente acerca de la moral. Pero esto es porque no escuchan lo que de hecho se está diciendo en nuestra cultura, o están filtrando o rebajando parte de estos discursos sobre la base de la propia teoría que les lleva a defender dichas evidencias. Su teoría puede dar mejor cuenta de su propio discurso moralizante y del de sus colegas. Pero el discurso moral ordinario, al menos por lo que yo escucho, es una Babel metaética. El trabajo del filósofo moral es poner a prueba y ordenar dicho discurso, y no prometer por anticipado que se ajustará a él tanto como pueda.

En segundo lugar, deberíamos recordar que «realismo» y «antirrealismo» son términos que recogen *tipos* de concepciones metaéticas y no teorías concretas. Existen diferentes teorías antirrealistas (el proyectivismo humeano, el emotivismo, el prescriptivismo, el convencionalismo, el existencialismo, etc.). Aunque un antirrealista determinado pueda pensar que tiene alguna causa en común con todas estas con-

¹⁴ Estoy agradecido a Bob HARGRAVE por esta idea.

cepciones («se trata de nosotros frente a los realistas»), de hecho rechaza todas menos una. De igual modo, existen versiones muy diferentes del realismo moral (desde el naturalismo, pasando por el racionalismo moral, hasta llegar a alguna versión de Dios-y-las-llamas-del-infierno); y, de nuevo, se presume que un realista determinado las rechazará todas menos una. Muchos realistas contemporáneos no quieren vincularse, por ejemplo, con ninguna concepción que defina «correcto» o «incorrecto» en términos de la voluntad de Dios. Pero parece que si alguna versión del realismo moral ha conformado la manera en que hablamos de la moral en el discurso ordinario ha sido ésta. Puesto que la mayoría de sus críticos rechazan esto, parece una locura que los antirrealistas prometan que sus teorías pueden explicar y convivir con el legado de las concepciones del Mandato Divino en nuestros sentimientos morales y en nuestro vocabulario moral.

4. PÁNICO AL EMOTIVISMO

Es importante reiterar las contribuciones que BLACKBURN y otros han realizado en respuesta a algunas críticas comunes al antirrealismo, en especial en las versiones del emotivismo y el proyectivismo. Sus contribuciones no pueden cumplir del todo la promesa cuasirrealista de que el emotivismo puede dar cabida a toda la jerga realista en el discurso ordinario. Pero son un eficaz antídoto contra el pánico que los realistas dicen sentir hacia las consecuencias de adoptar un enfoque emotivista. Dado que el emotivismo sigue siendo la concepción escéptica más interesante, es importante enfrentarse a dicho pánico antes de observar las implicaciones que el realismo y el antirrealismo moral tienen para el derecho.

El emotivismo es la teoría según la cual los términos morales se usan para expresar y evocar emociones, más que para transmitir primordialmente información. A menudo sus detractores acusan a los emotivistas de no tomarse en serio la moral, de convertirla en una cuestión meramente de impulsos, de sugerir que nuestros juicios morales son tan caprichosos y arbitrarios como nuestros sentimientos hacia las personas, las situaciones y las acciones que tomamos en consideración. Como consecuencia, los realistas serían capaces de tomar sus compromisos morales más en serio que los emotivistas, porque ellos (los realistas) conciben los compromisos morales como una respuesta perceptiva a alguna cuestión de hecho objetiva, más que como producto de un sentimiento contingente. Pero la idea de tomarse en serio los propios juicios morales merece un poco de atención: tomarse en serio los propios juicios morales podría significar: *a)* estar dispuesto a actuar de acuerdo a ellos, estando motivado por ellos, y jugando éstos un importante papel en la vida y la acción prácticas, y haciendo de hecho

lo que uno considera correcto (incluso cuando se encuentra tentado de no hacerlo). O podría significar: *b*) no desear someter a debate y a argumentación las afirmaciones morales que uno hace, perseverando en sus juicios, negándose a aceptar la posibilidad de cambiar la propia concepción, etc.

Creo que lo que están pensando los realistas cuando hablan acerca de tomarse en serio los propios juicios morales es algo como *b*), y no algo como *a*). Si un juicio moral es una descripción precisa de una cuestión de hecho, entonces aquel que se considere a sí mismo un observador confiable debería perseverar en su descripción —con severidad, de forma estricta y notoria, o lo que sea— y rechazar la tentación de adoptar una posición más seductora pero fácticamente menos precisa. Pero, de hecho, nadie está especialmente interesado en esta forma de perseverancia moral, o al menos no tomada de manera aislada. El atractivo de la idea de tomarse la moral en serio no reside en que alguien persevere en una *concepción* particular (una descripción o una caracterización moral) ante una tentación todavía lejana, sino en que alguien esté dispuesto a *actuar* sobre la base de un juicio moral. Nos sentimos atraídos por una persona que tiene constancia práctica, y no sólo teórica. La persona moral que admiramos tiene la capacidad de estar *motivado* por el bien, y no sólo la capacidad de detectarlo y describir con precisión su presencia.

Ahora, una característica bien conocida de los juicios morales es que adoptarlos con sinceridad implica un compromiso para la acción. Los emotivistas disponen de una explicación para esto: puesto que los juicios morales son expresiones de emociones, y puesto que (por definición) las emociones motivan nuestro comportamiento (aunque sea de forma compleja), entonces es obvio que alguien que emite el juicio moral de que *x* es bueno está motivado a actuar en favor de *x*, ya que su disposición es precisamente la que su juicio revela. Por otra parte, los realistas encuentran una notoria dificultad con este rasgo del lenguaje moral. Dado que, bajo su punto de vista, las propiedades morales son sólo propiedades fácticas, es difícil ver por qué el reconocimiento de dichas propiedades debería indicar alguna voluntad de actuar de una forma determinada. Esta dificultad se utiliza a menudo como base de un argumento independiente contra el realismo, un aspecto del así llamado «argumento de la extrañeza» de J. L. MACKIE¹⁵. No quiero utilizar este argumento en este capítulo, porque considero que el realismo tiene ya respuesta. El realista simplemente niega la presuposición de que el conocimiento de lo bueno sea necesariamente motivador¹⁶. Pero sigue siendo importante ver cómo afecta esto a la

¹⁵ MACKIE, 1977: 40.

¹⁶ Véase, por ejemplo, MOORE, 1982: 1122-1123. Véase también BRINK, 1989: 37-50. BRINK denomina esta posición «externalismo» —i. e., que la conexión entre los juicios morales y la

cuestión actual, la de si los realistas se toman más en serio sus concepciones morales que los emotivistas.

Hemos visto que el realista puede encontrarse en apuros si caracterizamos su jactanciosa seriedad moral en los términos de *b*) en lugar de *a*), como se han definido anteriormente. Ahora, cuanto más intenta escapar a estos escollos, más de lleno cae en la dificultad impuesta por el argumento de la extrañeza. Para dar el paso de *b*) a *a*) tiene que ocurrir que la percepción precisa de los hechos morales le disponga a uno a actuar moralmente. Pero para que éste sea el caso, los hechos morales *tienen* que ser presentados como algo extraño, y no «extraño» en el sentido de inusual o extraordinario (como las jirafas o los neutrinos), sino «extraño» en el sentido de que parece que la concepción metafísica que da cuenta de ellos hubiera sido moldeada *ad hoc* únicamente para resolver esta dificultad. Parece entonces que deberíamos volver al emotivismo si queremos tener una metaética que muestre cómo la gente se toma en serio su moral, al menos en el sentido de «en serio» que tiene alguna relevancia práctica.

Una insinuación de los realistas, implícita en el ataque al emotivismo, es la de que las emociones de la gente son volátiles y contingentes, están demasiado bajo su control y demasiado sujetas a manipulación autointeresada para ser un fundamento apropiado para la moral¹⁷. Pero incluso un realista debe admitir que hay *algo* en nuestra práctica moral que es tan voluble y manipulable como nuestras emociones. Si no son nuestros juicios morales, entonces son nuestras motivaciones para la acción sobre la base de dichos juicios. Dado que lo que nos preocupa en definitiva es cómo se comporta la gente, el realista no puede pretender tener ninguna ventaja en este punto.

También deberíamos decir algo acerca de la idea de emociones implicada en esta discusión. Los realistas anhelan encontrar un fundamento para nuestros compromisos morales que sea más estable que lo que Thomas NAGEL ha denominado «las inclinaciones fortuitas o evitables»¹⁸. Pero de hecho ésta no es una forma sensata de caracterizar buena parte de nuestras emociones profundas, que son fuertes, firmes y notablemente resistentes tanto al cambio deliberado como a las vicisitudes de las circunstancias. Pensemos, por ejemplo, en el amor y la preocupación paternas. ¿Por qué los sentimientos que se expresan en juicios morales no deberían parecerse más a éstos que al gusto caprichoso por las galletas, al hurra a favor de un equipo de fútbol

acción depende de alguna motivación independiente, externa al juicio moral—. Para una respuesta «internalista» por parte del realismo, véase PLATTS, 1988: 295: «¿Por qué simplemente no debería ser un hecho bruto sobre hechos morales [...] cuya percepción clara proveyera de un fundamento suficiente para la acción?».

¹⁷ Véase la interesante discusión en LOVIBOND, 1983: 1-9.

¹⁸ NAGEL, 1970: 6. Tomo esta referencia de LOVIBOND, 1983: 4.

o a la predisposición a la siesta? Los realistas se muestran demasiado predispuestos a la caricatura cada vez que oyen el término «emociones» empleado por una teoría metaética. Afirman cosas sobre los sentimientos humanos, su supuesta tosquedad, simplicidad, volubilidad y su falta de articulación («¡buu!» y «¡hurra!»), a fin de satirizar a sus oponentes, de un modo en que (yo esperaría al menos) los realistas ni siquiera soñarían en repetir en cualquier otro contexto en el que los sentimientos entraran en juego. ¿Alguien piensa que el apego emocional que siente un padre por sus hijos queda sintetizado por una expresión como «¡hurra por Sam!»? ¿Utiliza alguien estos términos tan toscos para caracterizar la forma en que puede sentirse conmovido por el *Rey Lear*? Si la respuesta es no, ¿por qué deberíamos pensar que la mejor lectura que un emotivista puede hacer de lo que significa un compromiso moral es una caracterización tan tosca como ésta?

Deberíamos recordar también qué es lo que estamos comparando. El realista se siente tentado de afirmar que lo que comparamos es la volubilidad de los sentimientos de un individuo, por un lado, con la solidez de los hechos morales puros, por el otro. Pero esto es un error. Lo que se compara con la supuesta volubilidad de las emociones no es la solidez de los hechos morales mismos, presuponiendo que existan tales hechos, sino la solidez o la volubilidad (sea lo que fuere) de las *creencias* de la gente acerca de los hechos morales. Incluso en el caso de que existan tales hechos objetivos, no tenemos ninguna forma privilegiada, sencilla y no controvertida de acceder a los mismos. Ciertamente no hay ninguna creencia que refleje directa o indudablemente la solidez de los hechos. Sabemos que existen fenómenos psicológicos respecto de otras cuestiones de hecho como el autoengaño, la ceguera intencional, la invención, el malentendido contingente e impredecible o la ilusión. La gente puede equivocarse o conducir a equívoco a los demás, y cambiar de opinión, deliberada o arbitrariamente, una y otra vez, con la misma facilidad cuando examina el mundo de objetos reales y tangibles que cuando adquiere o sostiene un compromiso emocional. El realista no puede presuponer que nuestras creencias sobre hechos morales sean más sólidas con respecto de estas cuestiones que nuestras creencias fácticas en general. Pero una vez admitido esto, la comparación con la volubilidad y la falta de fiabilidad de las «meras» emociones se evapora.

Tal vez, a fin de cuentas, lo que preocupa al realista sea la contingencia de juicios y sentimientos de la concepción emotivista. No una contingencia ahora en el sentido de volubilidad, una caricatura a la que ya me he referido, sino en el sentido de que el emotivismo hace depender los juicios morales de algo equivocado. El emotivista piensa que cada persona debe estar en condiciones de afirmar lo siguiente acerca de su propia sensibilidad moral:

Sólo formulo los juicios morales que formulo (a cualquier nivel) en función de cómo me siento. Si me sintiera de forma diferente, formularía juicios morales distintos.

Pero esta caracterización puede estar equivocada, puesto que el «en función de» y el contrafáctico que utiliza son ambiguos. Si suponemos que el «en función de» tiene la connotación de simple causalidad (*i. e.*, «entre los antecedentes causales de algún juicio moral que yo formulo se encuentran algunos de mis sentimientos»), entonces sí que el emotivista se compromete con ello. Esto es exactamente lo que significa que un juicio exprese un sentimiento. El realista, por cierto, puede aceptarlo también, ya que en su concepción la génesis emotiva de un juicio no necesariamente afecta su estatus como portador descriptivo de valor de verdad. Pero el «en función de» como causalidad no es como el «en función de» como justificación o como dar razones en su favor. Categóricamente, el emotivista no se compromete de ninguna manera con la afirmación de que sus propios sentimientos *justifiquen* los juicios que formula. Cuando condeno una acción, generalmente lo hago en virtud de alguna propiedad P que posee dicha acción (P puede ser la crueldad de la acción, por ejemplo, o su cualidad de dañosa), y puedo expresar esta relación en el contrafáctico: «Si la acción no fuera P, no habría sido incorrecta». Los críticos suelen acusar al emotivista de pensar que el valor paradigmático de P consiste en provocar una emoción negativa en el hablante. Pero, como sostiene Simon BLACKBURN, los emotivistas no se comprometen en absoluto con esta idea:

El contrafáctico “si tuviéramos actitudes diferentes no sería incorrecto pegar patadas a los perros” expresa la concepción moral de que la propiedad que hace incorrecto pegar patadas a los perros es nuestra reacción. Pero ésta es una concepción moral absurda, hacia la que [un emotivista] tiene la menor inclinación posible. Como cualquier otro, el emotivista piensa que lo que convierte en incorrecta la acción de pegar patadas a los perros es que les provoca dolor. En otras palabras, aprueba una disposición moral que dada esta creencia [sobre el dolor de los perros] como un *input*, produce la reacción de desaprobación como resultado; pero no aprueba el que uno necesite una creencia sobre sus actitudes como un *input* a fin de producir el mismo resultado, y esto es todo lo expresado por el contrafáctico¹⁹.

5. DESACUERDOS MORALES

La tendencia al antirrealismo en ética tiene diversos orígenes. Para algunos filósofos, se trata sencillamente de que el emotivismo o el

¹⁹ BLACKBURN, 1981: 179.

prescriptivismo proporcionan, al parecer, las mejores explicaciones disponibles de lo que ocurre cuando se formulan, se piensan o se siguen juicios morales. Estos filósofos no entran a la discusión metaética con ninguna obsesión propia en particular. Simplemente parten de la posición (que cualquier persona aceptaría) de que los juicios morales tienen *algo* que ver con las actitudes, los sentimientos, y la determinación y la guía para la acción, y construyen su concepción a partir de ahí. Una vez desarrollado su análisis, descubren que no hay espacio para ninguna noción realista de la verdad y la objetividad morales, y entonces dejan a un lado estas ideas sin más²⁰.

Otros autores han llegado al antirrealismo más directamente, desde su reflexión sobre lo difícil que es manejar el hecho de los desacuerdos morales. En ética parecen existir desacuerdos respecto de casi todo —acerca de los valores, de los principios, de las virtudes, de los premios y castigos, de Dios, del contenido de la vida buena, de la manera apropiada de enfrentarse al conflicto, de la política, de la democracia, de los derechos, del debido respeto hacia la humanidad en todas sus manifestaciones, de nuestras relaciones para con los animales, etc.— y no hay ningún tipo de consenso acerca de cómo podemos resolver tales desacuerdos. Por supuesto, la existencia de estos desacuerdos no implica la verdad del antirrealismo. Pero no es completamente disparatado explorar la opción antirrealista a la luz de desacuerdos aparentemente tan difíciles de manejar como éstos.

Tal vez vale la pena extenderse sobre este último punto. J. L. MACKIE pensaba que las diferencias existentes en las concepciones morales, éticas y políticas de las personas servían como fundamento para uno de los dos principales argumentos en favor del escepticismo moral: «Las diferencias radicales entre los juicios morales de primer orden hacen muy difícil considerarlos como percepciones de verdades morales»²¹. Hacen imposible considerar *todas* estas concepciones diferentes como percepciones de verdades objetivas, pero creo que el argumento de MACKIE sostiene que lo que se hace difícil es considerar *alguna* concepción moral de este modo. Dado lo que es y para lo que sirve la moral (dado el tipo de hecho que debe ser, si es que se trata de una cuestión de hecho), ¿cómo podrían existir verdad o falsedad objetivas respaldadas por la forma en como es el mundo, y a la vez existir tantos desacuerdos?

Las reacciones realistas a este argumento son diferentes. Según escribe Nicholas STURGEON, se trata de «un argumento en favor del

²⁰ Sospecho que así es como R. M. HARE llegó a alcanzar una posición antirrealista. Véase HARE, 1952. Véase también la discusión en HARE, 1981: 65-86.

²¹ MACKIE, 1977: 36. El segundo argumento es «el argumento de la extrañeza», que ya he mencionado en el apartado anterior.

escepticismo moral que yo respeto aunque sigue sin convencerme»²², mientras que Michael MOORE insiste en que está

sujeto a la réplica aplastante de que el mero hecho del desacuerdo entre los juicios de la gente difícilmente muestra que no haya ningún hecho de este tipo sobre el que estar de acuerdo. Personas de una misma cultura, así como personas de culturas distintas, pueden discrepar acerca de todo tipo de cuestiones, tales como si la rotación de la tierra ejerce alguna influencia sobre los vientos, o si la luna está hecha de roca. El simple hecho del desacuerdo en algunos tipos de creencia no puede mostrar por sí mismo que no haya ningún hecho en ese ámbito del que se está discutiendo. Pensar de otra forma es confundir el acuerdo intersubjetivo con la objetividad²³.

MOORE tiene razón en que hay un salto lógico entre constatar el hecho de los desacuerdos y afirmar que no hay hechos objetivos en dicho ámbito. Pero habla como si *esto fuera todo lo que hay que decir* acerca del desacuerdo moral a fin de sacar de apuros al realista, y no es así: el desacuerdo moral sigue siendo un problema persistente para el realismo, aun cuando no implique su falsedad, en la medida en que el realista no consigue establecer una conexión entre la idea de verdad objetiva y la existencia de procedimientos para resolver los desacuerdos.

Si discrepamos acerca de si la luna está hecha de queso, diremos que la cuestión podrá zanjarse si alguien va hasta allí y la prueba. Si discrepamos (para usar el ejemplo, menos trivial, de MOORE) acerca del impacto de la rotación de la tierra sobre el viento, acudiremos a la meteorología y a la física para encontrar un método complejo para aclarar la cuestión. Pero los realistas morales han señalado, con bastante razón, que el método científico es enormemente complejo y sutil: la imagen positivista simple de los enunciados observacionales indubitables que refutan o confirman una hipótesis controvertida es ingenua y poco interesante, y el hecho de que no tengamos disponible nada similar en el ámbito de la ética no cuenta como un argumento en contra del realismo moral. Es más, nuestra concepción de la realidad en la ciencia se asocia con todo el aparato complejo formado por el método, la heurística, la observación y la experimentación. Sabemos en este caso cómo proceder frente a los desacuerdos. Sin embargo, no hay nada equivalente en la moral, nada que ni siquiera remotamente abone la tesis de que existe un hecho en ese ámbito, a fin de contar con algún tipo de procedimiento para hacer frente a los desacuerdos entre la gente.

²² STURGEON, 1988: 229.

²³ MOORE, 1982: 1089-1090.

Este punto debe ser enunciado cuidadosamente. No estoy diciendo que no haya ningún procedimiento o método en el ámbito de la ética que imponga una aprobación universal, ya que tampoco existe un procedimiento de este tipo en el ámbito de la ciencia. Los astrónomos afirman una cosa y los astrólogos otra²⁴. Pero al menos la ciencia estándar cuenta con una concepción metodológica general aceptada por un amplio abanico de científicos, y todos los que caen dentro de este abanico ven su aceptación como algo independiente de los desacuerdos científicos que ellos mismos pueden tener entre sí. No hay duda de que dicha concepción metodológica está definida vagamente y puede resultar controvertida en algunos ámbitos. No hay duda tampoco de que algunos que intentan hacer ciencia son excluidos por el grupo. Pero se entiende, en todo caso, por buena parte de sus miembros y por un consenso sustantivo en la cultura general, que incluye a los protagonistas de un gran número de importantes desacuerdos. En otras palabras, un conjunto significativo de personas que se consideran inmersas en serios desacuerdos internos comparten una concepción metodológica única (aunque esté definida vagamente) para zanjar dichos desacuerdos. Y, lo que es más importante, los desacuerdos se zanján realmente mediante este método y, cuando eso no suceda, se podrá recurrir a los propios términos del procedimiento para explicar la razón de ello.

Entre los que se ocupan de la moral no hay nada remotamente comparable. Cada concepción viene, en cambio, acompañada de su propia teoría de la justificación: los utilitaristas tienen su punto de vista, los kantianos el suyo, los fundamentalistas cristianos otro, etc. Los aristotélicos, los nietzscheanos, los marxistas, los conservadores tradicionales como BURKE, los liberales como RAWLS, las feministas como GILLIGAN, todos asumen que los desacuerdos que les enfrentan son importantes. Pero a diferencia de sus colegas científicos, no cuentan virtualmente con ningún presupuesto epistemológico o método compartido que permitiera en principio abordar tales desacuerdos. Si dos utilitaristas discrepan acerca de una política social, pueden abordar su desacuerdo desde el complejo instrumental del consecuencialismo contemporáneo: niveles distintos de pensamiento moral, modelos distintos de comparabilidad interpersonal, modelos estratégicos y de teoría de juegos, sofisticados argumentos sobre matemática moral, etc. Pero nada de esto sirve cuando el desacuerdo moral se da entre un utilitarista y un deontológico, o entre BENTHAM y NIETZSCHE. Tal vez un utilitarista que sea al mismo tiempo realista moral sostendrá que las proposiciones básicas de su teoría son verdaderas mientras que las de su oponente deontológico son falsas. Afirmará que el desarrollo de la ética utilitarista que se inicia a finales del siglo XVIII es un progreso

²⁴ Véase GEWIRTH, 1960: 311.

hacia la verdad, y que representa una mejora para nuestro discernimiento moral. Dirá también que el nietzscheano está cometiendo algún tipo de error garrafal. *Pero no hay nada que pueda decir en defensa de su tesis.* De hecho, no puede decir nada acerca de cómo se podría conocer la verdad de un enunciado de este tipo, de cómo las personas podrían estar equivocadamente convencidas de su falsedad, etc.

Los realistas morales contemporáneos son bastante menos ingenuos sobre este punto. Mark PLATTS escribe que, en la concepción realista que él adopta, «los juicios morales se conciben como juicios cognitivos sobre los hechos, como juicios que realizan afirmaciones acerca del mundo que, como cualquier otra creencia fáctica, pueden ser evaluadas como verdaderas o falsas, y cuya verdad o falsedad son a su vez posible objeto del conocimiento humano, igual que cualquier otra afirmación fáctica acerca del mundo»²⁵. Pero ¿cómo evaluamos exactamente la verdad o falsedad de un juicio moral? ¿Qué implica esta evaluación? ¿Qué procedimientos tenemos para llevarla a cabo? ¿Qué metodología? Nunca se han podido establecer estas cosas. Para que una proposición sea un posible objeto de conocimiento no es suficiente con que sea susceptible de ser verdadera, o con la creencia de que lo es, debe darse también algún paso en dirección a la justificación de la creencia verdadera en cuestión, y en especial de un sentido no trivial de justificación que guarde alguna conexión con, y tenga sensibilidad hacia, la distinción entre la génesis de creencias verdaderas y la génesis de creencias falsas.

PLATTS sostiene que «percibimos los aspectos morales del mundo de la misma forma en que percibimos (casi todos) los demás aspectos: mirando y observando»²⁶. Pero en los casos sin relevancia moral en los que dos personas discrepan sobre algo (por ejemplo, sobre el color o el tamaño de un objeto), y los dos afirman haber basado su creencia en la percepción visual, podemos complementar esta epistemología simple del mirar-y-observar con un instrumental más completo sobre el que estamos de acuerdo y que puede explicar el error, la ilusión óptica y la perspectiva, un instrumental que relaciona la epistemología con complejos procedimientos para distinguir la verdad de la falsedad, la exactitud del error, y que se fundamenta eventualmente en una concepción fisiológica de la percepción²⁷. Y no contamos con nada comparable a esto en el ámbito de la ética.

PLATTS también señala: «Mediante el proceso de prestar una atención cuidadosa sobre el mundo, podemos mejorar nuestras creencias

²⁵ PLATTS, 1988: 282.

²⁶ PLATTS, 1988: 285.

²⁷ Lo que esto significa en parte es que podemos dar cuenta de la subjetividad de la percepción que es «objetiva» en el sentido analizado por NAGEL, 1986: 5.

morales acerca de éste, hacerlas más aproximadamente verdaderas»²⁸, y añade que este proceso de mejora no tiene punto final, nada que cuente como una certeza definitiva. Pero no llega a decirnos qué significa o qué implica el adjetivo «cuidadosa» en este contexto. Una vez más, podemos dar cuenta de ello en los casos más simples de mirar-y-observar: «observa un objeto desde diversos ángulos antes de pronunciarte sobre su forma, porque el ángulo de visión puede afectar la percepción de la forma». Damos una explicación de lo que significa ser cuidadoso que posee un fundamento consensuado e independiente en nuestra teoría de la percepción. Nada parecido es consensuado en ética, y PLATTS no tiene nada que ofrecernos para este ámbito.

Los realistas morales deberían estar muy preocupados por este hecho, por no poder ofrecer nada que nos sirva para afrontar las disputas morales. Veamos lo que Michael MOORE ha escrito acerca de lo que considera la triste situación del escéptico moral:

Un escéptico verá sus propios valores con incomodidad, puesto que conllevan una promesa de la que según él no se puede librar. Esto es, sus juicios de valor intentan ser descriptivos en la forma. Por ejemplo, puede decir cosas tales como “matar es incorrecto”, un enunciado que parece susceptible de ser verdadero o falso. Por otra parte, los demás esperan que cuando él dice estas cosas tenga razones que permitan demostrar la verdad de tales afirmaciones, razones que los demás puedan encontrar persuasivas. Pero su escepticismo le dice que nada de esto es cierto. Cuando formula sus juicios morales, únicamente está jugando a un tipo peculiar de juego lingüístico. Cuando el escéptico desee entrar en un debate honesto y no limitarse a hacer propaganda de una determinada opción, deberá añadir a sus juicios morales un “yo pienso que” o un “por supuesto, ésta es sólo mi opinión”. Intentará anular el rasgo de promesa implícito desde el mismo momento en que formule el juicio, ya que cree que no hay forma de cumplirla²⁹.

Como cuestión de hecho, muchos antirrealistas niegan que sus juicios morales (o los de cualquier otro) conlleven dicha promesa. «Los teóricos del error», como MACKIE, creen que lo hacen, pero los no cognoscitivistas, como R. M. HARE, no³⁰. Sea como fuere, los *realistas* morales sí creen esto de *sus propios* juicios. Pero puesto que son en buena medida incapaces de demostrar la verdad de sus juicios o mostrar de qué manera se corresponden con la realidad moral, deberían ser *ellos* los que con toda honestidad añadieran a sus afirmaciones un «por supuesto, ésta es sólo mi opinión», ya que aunque ellos siguen insistiendo en que existen hechos en este ámbito, no ofrecen ningún dato

²⁸ PLATTS, 1988: 285.

²⁹ MOORE, 1982: 1063.

³⁰ Compárese MACKIE, 1977: 35, con HARE, 1981: 80.

que ayude a distinguir una mera opinión arbitraria de una creencia bien fundamentada.

6. DESACUERDOS MORALES Y JURISDICCIÓN

Volvamos finalmente al ámbito del derecho, y a si es deseable que los jueces y otros funcionarios tomen decisiones morales en contextos jurídicos.

Sabemos que existen desacuerdos morales en la sociedad y que incluso aquellos que creen en la existencia de respuestas correctas a tales controversias son incapaces de alcanzar un acuerdo acerca de cómo podemos conocerlas. Frente a todos estos desacuerdos, ¿cómo deberían actuar los jueces y demás funcionarios? ¿Cómo deberían responder al hecho de que muchas de las personas cuyas vidas resultan afectadas por sus decisiones, y muchos de los demás funcionarios en cuya compañía deben tomarlas, sostienen posiciones sobre cuestiones de moralidad política y social que están radicalmente en conflicto con la suya propia?

En especial, teniendo en cuenta todo lo que hemos dicho hasta el momento, ¿qué cambiaría en este dilema si el realismo moral tuviera razón? Recordemos que nuestro principal temor se refiere a la *arbitrariedad* en la toma de decisiones morales por parte de los jueces, arbitrariedad en el triple sentido de impredecibilidad, irracionalidad e ilegitimidad democrática. Esto es lo que preocupa a los positivistas normativos de la moralización judicial. ¿Hay alguna probabilidad de que dichos temores puedan ser apaciguados por completo mediante la creencia en la objetividad moral? ¿Se trata de una aprensión que surge sólo de la concepción de la teoría ética emotivista?

En mi opinión, Michael MOORE cree que la respuesta a estas dos últimas preguntas es afirmativa. Los jueces deben creer en la objetividad, afirma, a fin de disipar la sospecha de arbitrariedad en sus juicios morales. No pueden permitirse ser escépticos:

Los jueces están tan sujetos a [las] desgastantes consecuencias psicológicas del escepticismo como el resto de nosotros. El rol institucional puede incluso intensificar estos efectos, puesto que los jueces no sólo pueden formular juicios de valor, sino también imponerlos a otras personas. Si la tarea diaria de alguien consiste en imponer valores a los demás, pensar que esos valores son solamente sus propios valores personales hace más difícil su trabajo. Extender subrepticamente sus valores a los desafortunados litigantes no es un papel satisfactorio para muchas personas³¹.

³¹ MOORE, 1982: 1064.

A la vista de lo que hemos dicho, esta conclusión parece ahora absolutamente obstinada. Incluso si rechazamos el escepticismo, incluso si *existen* hechos morales que hacen verdaderos a los juicios verdaderos, y falsos a los juicios falsos, de todos modos lo único que puede hacer el juez es imponer su *opinión* sobre tales hechos a los «desafortunados litigantes» que se presentan ante el tribunal. Dichos litigantes tendrán creencias y opiniones propias sobre la cuestión, y aunque se convirtieran también en declarados partidarios del realismo moral, no por eso dejarían de preguntarse por qué la opinión del juez sobre los hechos morales debería prevalecer sobre la suya propia. La verdad de las tesis del realismo moral, si fuesen verdaderas, no valida las creencias de ninguna persona o de ningún juez en particular. Como máximo influirá en nuestra comprensión del carácter del desacuerdo moral, pero sin darnos ninguna pista sobre cómo podemos saber quién tiene razón y quién está equivocado.

Vimos anteriormente que, según MOORE, un antirrealista, si es honesto, debería añadir siempre a sus juicios de valor un «yo pienso que» o un «por supuesto, ésta es sólo mi opinión»; y MOORE parecía sostener que este hecho incomodaría al juez porque, al mismo tiempo, estaría imponiendo el juicio al que añade tales expresiones a otras personas que discrepan con él. De hecho, no queda muy claro cuál es la razón por la que MOORE piensa que esta posición más tímida es la adecuada o la característica de la posición antirrealista. Si un antirrealista quiere ser modesto sobre sus juicios de valor de un modo metaéticamente transparente, lo que debe decir es «yo siento que» y no «yo pienso que». Debe caracterizar su juicio como un tipo de emoción compleja, y no como una opinión personal (¿una opinión acerca de qué?). Podemos hablar de opinión cuando hay alguna *cuestión de hecho* sobre la que la gente discrepa, pero no en los casos de contraposición de emociones.

Pero entonces el siguiente argumento resulta obvio. Dado que, en mi interpretación, *existen* los desacuerdos morales, y puesto que discrepamos hasta de los principios sobre los que poder basar algún método que sirva para zanjar tales desacuerdos, un juez a quien se le atribuye la función de realizar juicios morales debería decir «yo pienso que» o «por supuesto, ésta es sólo mi opinión», *incluso si el realismo tiene razón*. Si el juez piensa en el hecho de que él no es la única persona en la sociedad con una opinión sobre la cuestión de la que se ocupa (y que supuestamente remite a hechos morales), será consciente de que hay alguna arbitrariedad en el hecho de que sus opiniones prevalezcan sobre las de los demás, sea realista o no.

Consideremos ahora los tres aspectos de la arbitrariedad que mencionamos en el apartado 2 de este capítulo: las preocupaciones acerca de la impredecibilidad, la irracionalidad y la ilegitimidad democrática del moralismo judicial.

1) *Impredecibilidad*. ¿Influye el realismo moral en la predecibilidad de aquellas decisiones judiciales que contienen un elemento moral? Si el emotivismo es correcto en alguna de sus versiones, seguramente tendremos algún grado de predecibilidad empírica. Sabemos, por ejemplo, que el magistrado presidente Rehnquist es conservador, y que el magistrado Stevens es bastante liberal, y los científicos políticos utilizan observaciones como éstas para formular predicciones bastante fiables acerca de las actitudes que expresarán y de las posiciones que tomarán los jueces, sin presuponer nada respecto de la objetividad moral. ¿Qué añadiría la objetividad moral a esto?

Sin una epistemología clara, la respuesta creo que debe ser: «nada». La única forma de predecir hoy cuáles van a ser las creencias de un juez acerca de los hechos morales es recurrir al registro de sus creencias acerca de esos mismos hechos morales en el pasado y, como ya hemos visto, esta forma de predecibilidad ya está a nuestro alcance aun cuando el realismo moral sea falso. Tal vez si los realistas tuvieran una teoría psicológica de la percepción moral podríamos incrementar la predecibilidad. Sabemos que, ante un trozo de tela rojo, la mayoría de los observadores que no estén privados de la visión serán capaces de detectar el color rojo (y podemos explicar por qué). Y sabemos que si un elefante se pasea por la sala de un juzgado, el juez, como cualquier otra persona, probablemente dirá «ahí va un elefante». Si las respuestas ante la presencia de valores morales fueran tan predecibles como éstas, entonces tal vez el realismo tendría algo que aportar en la tarea de disipar la arbitrariedad. Pero ningún realista contemporáneo está dispuesto a vincularse con una epistemología de este tipo. Muy pocos consideran que las percepciones del valor son semejantes a la distinción de los colores o a la discriminación de grandes objetos visibles. Y cualquiera que lo hiciera tendría que reducir, de forma tan general, a sus oponentes morales (todos los que se opongan a su metaética) a estar ciegos a los colores, que privaría a la analogía de cualquier utilidad para manejar disputas interpersonales³².

2) *Irracionalidad*. Podría parecer que el realismo se impone claramente sobre el antirrealismo con respecto al problema de la irracionalidad. Al fin y al cabo, los realistas afirman que los juicios morales son descripciones razonadas de la presencia de propiedades morales, mientras que los antirrealistas niegan esto explícitamente.

Pero la preocupación por la irracionalidad de la moralización judicial no viene por lo que los jueces dicen, sino por lo que hacen. Lo que nos preocupa es si tienen la capacidad de argumentar o reunir razones en favor de sus puntos de vista, o si sencillamente se limitan

³² Ésta es, por cierto, la forma apropiada de entender la analogía de McDowell entre los predicados morales y los términos de las propiedades secundarias. Véase McDowell, 1985: 110.

a enunciarlos de forma categórica, afirmando que aunque no puedan dar argumentos acerca de la virtud o el vicio, pueden reconocerlos cuando los ven. Y aquí parece que el antirrealismo y el realismo están simplemente empatados. Algunos realistas toman el enfoque categórico del «lo reconozco cuando lo veo» para detectar el valor moral. *Dirán* que se trata de una percepción (en principio corregible), pero que no tiene ningún impacto sobre sus argumentos. En el otro extremo de esta posición se encuentra el emotivista que *simplemente* expresa o da rienda suelta a lo que él considera su actitud sobre alguna cuestión. También prestará atención a la mutabilidad de su disposición, y puede incluso expresar una actitud favorable hacia ello. Pero, de nuevo, esto tampoco influye necesariamente en la forma en la que argumenta. Lo más habitual es que, y supongo que esto es un indicio a favor del cuasirrealismo, en un tribunal resulte imposible distinguir un juez realista de un juez antirrealista como los que acabo de describir.

Por otra parte, un emotivista puede articular su juicio moral en torno a una cuestión particular como una consecuencia de sus actitudes más generales. Puede indicar, por ejemplo, que se preocupa por el hambre que atenaza a la humanidad en todas sus manifestaciones y que, por lo tanto, en este caso particular, actuará para proteger al demandante de la posibilidad de padecer hambre. En este caso, el juez dispone de algo que se parece bastante a lo que un realista llamaría *una razón* para fundamentar su veredicto. El veredicto no está simplemente *allí* contemplándonos con severidad, como un reflejo moral arbitrario. Una vez más, si la cuestión acerca de la arbitrariedad consiste en responder la pregunta «¿los juicios morales son simplemente postulados (*posited*) o derivan en cambio de consideraciones más generales?», entonces un emotivista de este tipo no está peor situado que un realista con respecto a cómo concibe sus disposiciones morales.

3) *Ilegitimidad democrática*. En ocasiones un juez tiene que hacer valer su concepción de lo que es correcto sobre la del Parlamento o la del electorado, especialmente en la jurisdicción constitucional estadounidense. En la Tercera Parte de este libro sostendré que existen, cuanto menos, considerables dificultades para explicar la legitimidad democrática de este hecho. Pero no quiero aprovecharme de los *malos* argumentos contra el control judicial de constitucionalidad de las leyes, al menos en lo que esté en mis manos.

La teoría de que las concepciones morales y políticas son cuestión meramente de actitudes se vincula a menudo, pienso que con bastante desacierto, con el problema de permitir a los jueces la derogación de algunas leyes, a pesar de las credenciales democráticas de éstas. Los que están convencidos de alguna posición antirrealista, como el emotivismo, a menudo presentan la institución del control de constitucionalidad como si lo que se estuviera permitiendo es que prevalezcan

las simples preferencias de nueve jueces sobre las de la masa de ciudadanos que votan o las de sus representantes electos. Si se trata simplemente de una cuestión de preferencias contra preferencias, o de actitudes contra actitudes, si no hay nada objetivo en ninguna de ellas, entonces seguramente lo único que podemos hacer, prosigue el argumento, es dejar que los números cuenten. Así que se considera a menudo que el emotivismo ofrece una razón en favor de la regla de la mayoría y en contra del control judicial de constitucionalidad.

Como sostendré en los capítulos X a XIII, *existen* buenas razones para rechazar el control judicial de constitucionalidad de las leyes, pero no son éstas. Para darnos cuenta de ello, consideremos una vez más la poca diferencia que significaría el reconstruir los puntos de vista morales de los jueces, los legisladores o los votantes en términos *realistas*. Si el realismo moral tiene razón, lo que el juez impone a sus conciudadanos no es meramente una de sus preferencias subjetivas, sino una de sus creencias acerca de los hechos morales. Esto parece tranquilizador hasta que recordamos que su punto de vista no se opone a las preferencias subjetivas de legisladores y votantes, sino a *sus* creencias acerca de los hechos morales. Igual que antes, como no sabemos de qué manera podríamos afirmar que una de las dos creencias en conflicto acerca de los hechos morales es más precisa que la otra, la imposición de las creencias de una persona o de unos pocos por encima de las de la mayor parte de la población parece todavía arbitraria y antidemocrática.

El argumento cae por su propio peso si comparamos manzanas con manzanas. Si el realismo moral tiene razón, entonces las creencias de los jueces entran en conflicto con las creencias de los legisladores sobre cuestiones morales. Si el realismo se equivoca, son las actitudes de los jueces las que entran en conflicto con las actitudes de los legisladores. Lo que no podemos permitirle decir al realista que defiende el control de constitucionalidad es que son las creencias de los jueces las que entran en conflicto con las actitudes de los legisladores. No se puede permitir que quien defiende el control de constitucionalidad reserve los beneficios de su metaética a aquellos que él promueve como decisores.

La impresión que uno tiene a menudo de los análisis que intentan legitimar el control de constitucionalidad es que el juez es un sujeto moral elevado que delibera sosteniendo concepciones de principios, mientras que el *demos* y sus representantes se quedan embobados en la fase de articular sus intereses sórdidos y sus miserables prejuicios. Podrían decirse algunas cosas acerca del grado en el que las decisiones políticas de diferentes agentes están influidas por su propio y estricto autointerés; tal vez los jueces trabajan en un marco institucional que los hace menos dependientes de su autointerés en la toma de decisiones

de lo que lo son los políticos directamente elegidos³³. Pero incluso si esto es así, nada tiene que ver con la disputa entre el realismo y el antirrealismo en la moral. Si el marco institucional es tal que la posición moral del legislador acaba siendo tentada por su mero auto-interés, entonces estas mismas limitaciones probablemente influirán sobre sus *creencias* con respecto a cuestiones de hecho (morales o de otro tipo). Una vez más, debemos recordar que las actitudes no son lo único que puede resultar alterado por el interés. Estamos habituados a encontrarnos con casos de ceguera intencional y de autoengaño en ámbitos fácticos no controvertidos, y no hay ninguna razón para esperar que esto ocurra en menor grado en la arena de los hechos morales; de hecho, dependiendo de cómo veamos la relación entre juicios morales y motivaciones, tendremos muchas razones para pensar que este efecto se reforzará. Los defensores del control judicial de constitucionalidad pueden argüir que los jueces son más expertos en cuestiones morales que los ciudadanos ordinarios, así que sus creencias y sus razonamientos son más confiables. Pero ya hemos advertido que los realistas morales no pueden generar una epistemología que encaje con sus propios compromisos ontológicos. Sin una epistemología como ésta, una que hasta cierto punto no genere tanta controversia (o que en cualquier caso genere una controversia de un tipo distinto) como el objeto de conocimiento al que pretende aplicarse, no puede existir una teoría de lo que significa ser experto en este ámbito. Así, la inadecuación epistémica del realismo moral tiene bastas consecuencias: impide afirmar a los realistas, por ejemplo, casi todo lo que podrían querer aportar en favor de la objetividad en cuestiones prácticas.

Lo que sostengo es que el realista moral no está mejor situado que el emotivista a la hora de legitimar el control judicial de constitucionalidad. Y lo contrario también es válido: el emotivista no está peor situado que el realista a este respecto. Esta disputa se debe ganar o perder sobre la base de los méritos morales o políticos, sobre la base de argumentos morales de equidad, justicia y democracia. Y éste es probablemente un ámbito en el que el desacuerdo no es menor (de nuevo, un desacuerdo que puede surgir en cualquiera de estos tres aspectos) que respecto a la propia decisión sustantiva.

En resumen, si el realismo moral es falso, entonces lo que entra en conflicto tanto en la sala del tribunal como en el foro político son las actitudes y sentimientos divergentes de las personas, y parecerá arbitrario que cualquiera de ellos prevalezca sobre los demás, especialmente cuando ninguno puede ser certificado, por así decirlo,

³³ De nuevo, albergo dudas sobre este punto. Y, si esto es cierto en los Estados Unidos, sospecho que es porque se trata de una cuestión de una profecía autocumplida con respecto del poder legislativo («no nos preocupemos acerca de las cuestiones de principios. Dejemos que decidan los jueces sobre ellas»).

mediante otra credencial que no sea el hecho de que algunas personas lo han encontrado atractivo. Si el realismo es verdadero, entonces lo que entra en conflicto tanto en la sala del tribunal como en el foro político son las creencias divergentes de las personas (corazonadas, hipótesis, especulaciones, prejuicios) sobre las cuestiones de hecho morales. Pero el que se trate de creencias *acerca de cuestiones de hecho* no hace de ningún modo menos arbitrario el que una de ellas prevalezca sobre todas las demás. Como la mayoría de los realistas morales repudian el tipo de epistemología fundacionalista que podría convertir algunas de estas creencias en autoevidentes, y dado que son incapaces de garantizar el respaldo a cualquier otra epistemología que pudiera servir como base para una teoría del error o una teoría de lo que significa ser experto, lo único que nos queda es un conjunto de personas diferentes con creencias contrapuestas. Exactamente como en el caso de las actitudes, ninguna de éstas puede ser considerada superior o naturalmente prevalente a partir de ningún criterio que no sea el hecho de que algunas personas la han encontrado más atractiva. O es arbitraria la selección de una actitud sobre otras igualmente elegibles o lo es la selección de una creencia sobre otras igualmente elegibles. Pero la arbitrariedad está ahí, para cualquier concepción metaética.

7. CONCLUSIÓN

¿Por qué los iusnaturalistas creyeron siempre lo contrario? La única explicación que se me ocurre es que fueran seducidos por la idea de que los hechos mismos podían operar como límites a la arbitrariedad de la decisión judicial. Tanto a los liberales como a los conservadores les preocupa el que los jueces se conciban a sí mismos como agentes libres cuando toman decisiones, en libertad para determinar el destino de los litigantes y de sus conciudadanos tal y como a ellos les plazca. Los jueces deberían creer que se les imponen ciertos límites a la hora de tomar decisiones. Pero si la decisión de un juez contiene un elemento moral esencial, y si el realismo moral es falso, entonces el sentido de esta limitación desaparece. Los resultados estarán determinados por las preferencias subjetivas del juez, y en la medida en que sus actitudes se encuentren bajo su control, podrá tomar la decisión que quiera. Lo cual nos lleva naturalmente a la cuestión de por qué debería ser el juez, y no cualquier otra persona, el que haga lo que quiera en este ámbito. Si, por otra parte, el realismo moral es verdadero, entonces hay una respuesta correcta para todas las cuestiones de principio que el juez se plantea. Podríamos ver esto como un consuelo: la respuesta correcta existe, así que el juez está limitado después de todo.

Pero la existencia de una respuesta correcta, si es que la hay, no es más que una mera cuestión ontológica. Existe algún hecho en este

ámbito que hace verdadera o falsa una respuesta que el juez pueda dar. Pero el hacer verdadera o falsa una respuesta no es algo que los hechos hagan a los jueces. Los hechos no se extienden como pequeños dioses que apresan al que toma una decisión, impidiéndole decidir caprichosamente o dictándole ellos mismos la decisión por alguna vía ineludible. Hacer verdadero o hacer falso algo es una relación semántica, y por todo lo que los realistas siempre nos han contado, no tiene nada que ver con los determinantes sociales, psicológicos, políticos o institucionales de la toma de decisiones judiciales. Los hechos morales no nos limitan en el sentido que nos interesa en política. Que haya una respuesta correcta «ahí fuera» significa efectivamente que un juez no se está volviendo loco cuando sale arduamente en su busca. Pero su mera existencia no conduce al juez a perseguirla, y ya no digamos a determinar que será capaz de alcanzarla. Diferentes jueces alcanzarán resultados distintos aunque todos ellos consideren que están buscando la respuesta correcta, y no hay nada en la ontología de las respuestas correctas que les proporcione una razón para pensar que su propio punto de vista es más correcto que el de los demás.

Al fin y al cabo son los desacuerdos morales, y no la subjetividad moral, los que ocasionan nuestros temores sobre la moralización judicial. Y puesto que los realistas no tienen casi nada interesante que decir sobre cómo se resuelven los desacuerdos morales, tampoco tienen nada que ofrecernos para aliviar estas preocupaciones.

CAPÍTULO IX

LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA INTEGRIDAD

1. DECISORES DIVERSOS

Debido a que las personas tienen desacuerdos sobre la justicia, las sociedades necesitan lo que Ronald DWORKIN denomina principios de equidad (164-165)¹. Aun si la autoridad política no fuera valorada intrínsecamente como un bien a ser distribuido, necesitamos métodos equitativos para tomar decisiones cuando existen discrepancias sobre cuáles deberían ser dichas decisiones. La decisión mayoritaria es un buen ejemplo de aplicación del principio de equidad; como vimos en el capítulo V, proporciona un fundamento a partir del cual un grupo dividido puede comprometerse con un único curso de acción, un fundamento que toma en consideración las opiniones de todos sus miembros, y le da a cada una tanto peso como sea posible con la condición de no darle un peso mayor a ninguna de ellas. Una dictadura electa muestra un principio de equidad de otro tipo. En lugar de prescribir un procedimiento para tomar decisiones en casos particulares, prescribe un procedimiento para nombrar a una persona que tendrá el poder para tomar decisiones durante un período determinado sobre la base de su propio juicio en nombre del conjunto de la sociedad. Y por supuesto, existen también los principios de equidad mucho más complejos encarnados en las instituciones de la democracia representativa.

¹ En este capítulo, los números entre paréntesis en el texto son referencias de páginas de DWORKIN, 1986.

Necesitamos principios de equidad porque, como dije, la gente discrepa sobre la justicia. Es poco probable que los principios de equidad que nos resultan atractivos otorguen autoridad de decisión a los partidarios de sólo una de las concepciones de la justicia en conflicto. Podemos esperar que en una sociedad democrática, con el transcurso del tiempo, los principales contendientes (por ejemplo, los conservadores y los socialdemócratas) detenten alternativamente el poder político. E incluso en un período determinado, los arreglos constitucionales garantizarán que ningún partido o facción monopolice todo el sistema actual de toma de decisiones.

Una decisión política tomada en el pasado está vigente en una sociedad si dicha decisión estableció una institución, regla, política o principio aún existente, que sigue regulando algún aspecto de la vida social. Lo que acabo de decir sobre los principios de equidad aumenta la probabilidad de que algunas de las decisiones políticas actualmente vigentes estén basadas en concepciones de la justicia incompatibles con aquellas que subyacen a otras decisiones políticas también vigentes. Cuando los partidos conservadores reemplazan a los socialdemócratas en el poder, pocas veces intentan hacer borrón y cuenta nueva². Muchas decisiones y prácticas inspiradas en valores socialdemócratas seguirán teniendo efecto, coexistiendo no sin dificultad con las decisiones recientes del nuevo régimen. Además, aunque la orientación de la sociedad pueda ser conservadora, todavía habrá jueces y funcionarios que detenten el poder sobre una base independiente de tal orientación y que podrán seguir recurriendo a ideales socialdemócratas en sus decisiones. Los frenos y contrapesos, la separación de poderes y una cierta historia de la competencia política generarán así probablemente una mezcla articulada (*patchwork*) de estándares e instituciones que ningún partido político o concepción de la justicia pueden reconocer como peculiarmente propia.

2. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA INTEGRIDAD

John RAWLS se refiere a la escasez moderada y el altruismo limitado como *las circunstancias de la justicia*, situándolas entre aquellas condiciones que explican la necesidad, a la vez que la posibilidad, de los principios que rigen la distribución de bienes primarios³. De igual forma, el hecho de los desacuerdos políticos junto con la necesidad intensamente percibida de decisiones sociales sobre ciertas cuestiones conforman «las circunstancias de la equidad», o como las he denominado en el capítulo V «las circunstancias de la política»⁴, que definen el

² Cfr. RAZ, 1992: 307-308.

³ Para la idea de «circunstancias de la justicia», véase RAWLS, 1971: 126-130.

⁴ Véanse los apartados 7 a 9 del cap. V. Véase también la descripción de Benjamin BARBER de «las condiciones de la política» en BARBER, 1984: 120-138.

rol de los principios procedimentales que determinan a qué decisiones (a las de quién o a las de qué partido) se les debe atribuir autoridad política. Así también, la posibilidad de una mezcla articulada (*patch-work*) de principios e instituciones políticas puede ser considerada como «la circunstancia» de lo que Ronald DWORKIN establece como un tercer ideal: *la integridad* (166).

En la teoría de DWORKIN la integridad es la respuesta que se da al hecho de que no contamos con garantías suficientes de coherencia entre las diversas decisiones políticas, con orígenes diversos, actualmente en vigor en una sociedad determinada. La función de la integridad es afrontar lo que ocurre cuando los principios de equidad política legitiman en un mismo sistema político la toma de decisiones y su promulgación por parte de defensores de diversas concepciones rivales de la justicia. La razón de especificar las «circunstancias de la integridad» es la de ofrecernos una idea general de la problemática que concierne a la integridad: define el conjunto de dificultades y preocupaciones que hacen que nuestro discurso sobre la integridad parezca sensato. Es la respuesta que daría un jurista a alguien que le dijera «pero ¿de qué estás hablando?» cuando éste le escuchara referirse todo el tiempo a la integridad.

Las circunstancias de la integridad, por lo tanto, no equivalen a la teoría de la integridad particular de DWORKIN, sino que se trata más bien de los presupuestos de su teoría. La teoría de DWORKIN es una prescripción para abordar la posibilidad de una mezcla articulada de principios e instituciones políticos, una prescripción basada en su particular concepción de los valores e ideales en juego en dicha problemática. DWORKIN cree que hay una virtud política indudable en el hecho de preservar y promover la coherencia en los principios e instituciones existentes⁵. Cualquier funcionario (un legislador o un juez, por ejemplo) será consciente de que la gente con opiniones parecidas a la suya no son los únicos que contribuyen a definir la forma y el modo de los arreglos existentes. De todas maneras, dice DWORKIN, todo funcionario debería intentar presentar el conjunto completo de las leyes de la sociedad como si expresara una única perspectiva de la justicia que tenga sentido en sí misma. Así que el principio legislativo de integridad «pide al legislador que intente que el conjunto total de leyes sea coherente moralmente», y el principio de aplicación judicial «establece que el derecho sea considerado coherente de este modo» por los jueces cuando lo utilizan como fundamento de sus decisiones actuales (176). Aunque, de hecho, como participantes políticos hablamos con voces distintas sobre las cuestiones de justicia, el ideal de la integridad de DWORKIN nos ordena hablar con una sola voz en nombre

⁵ No me convence la sugerencia de RAZ, que me parece maliciosa, acerca de que DWORKIN no cree en absoluto en la coherencia como un ideal político para los jueces. Véase RAZ, 1992: 317.

de la comunidad. DWORKIN afirma que «la integridad pasa a ser un ideal político cuando insistimos en que el Estado actúa de acuerdo a un único y coherente conjunto de principios, aun cuando sus ciudadanos estén divididos acerca de cuáles son realmente los principios correctos de justicia y equidad» (166).

Ya he dicho que éste es el punto de vista particular de DWORKIN sobre cómo y por qué deberíamos dar una respuesta a la posibilidad de decisiones desiguales, aunque son imaginables otras respuestas. Algunos podrían negar que la incoherencia entre estándares vigentes suponga un problema. Podríamos ser indiferentes a esta posibilidad, considerando que es sencillamente inevitable en las condiciones de la política contemporánea. Podríamos pensar que es más honesto (una muestra más clara de integridad *real*) que una comunidad se presente a sí misma como internamente dividida por diferentes concepciones en conflicto sobre lo que sus miembros se deben los unos a los otros, igual que los individuos, bajo cualquier concepción sensata de la ética personal, se muestran divididos y padecen un conflicto interior sobre los principios que informan su vida cotidiana. O de hecho podríamos alegrarnos de tal incoherencia. Podríamos pensar, por ejemplo, que la expectativa de libertad aumenta cuando el individuo ya no se enfrenta a un Estado monolítico que habla con una sola voz⁶. Pero incluso los que están preocupados por la posibilidad de la incoherencia pueden no estar de acuerdo con la prescripción de DWORKIN, y puede que su interés se cierna sobre los principios de equidad que generan dicha incoherencia. Podrían estar a favor de una estructura más unitaria del Estado, que eliminara los frenos y contrapesos, por ejemplo, y limitara la diversidad de las fuentes de decisión en la sociedad. O podrían proponer un cambio en la cultura política que hiciera necesario un nuevo régimen para mostrar el mismo respeto por las decisiones todavía vigentes de sus predecesores (hasta que éstas fueran formalmente modificadas) que el que muestran por las suyas propias⁷. Finalmente, aquellos que están de acuerdo tanto en el diagnóstico de DWORKIN como con su prescripción pueden todavía discrepar con él respecto de los valores que subyacen a la integridad. Aunque su argumento principal en favor de la integridad está basado en las condiciones de la legitimidad política (190-216), DWORKIN reconoce que son posibles otros argumentos en su favor (188-190). Cabe presuponer que DWORKIN concedería que todo argumento puede generar una concepción ligeramente distinta de la integridad (una perspectiva ligeramente distinta, por ejemplo, sobre qué es lo que exige la «coherencia»).

Menciono estas alternativas no para desacreditar la concepción particular de DWORKIN, sino para reforzar nuestra idea de la articulación

⁶ Cfr. FRIEDMAN, 1962: cap. 1.

⁷ Véase la discusión de un ejemplo referido a la política municipal de vivienda en el Reino Unido en el apartado 6 del cap. V.

en este ámbito del argumento político. Los capítulos centrales de *Law's Empire* no se limitan a presentar una teoría del derecho como integridad al estilo de «lo tomas o lo dejas», sino que subrayan una característica importante de la vida política en una sociedad pluralista: no sólo tenemos desacuerdos sobre la justicia, sino que los principios procedimentales equitativos permiten que concepciones divergentes de la justicia estén vigentes en una sociedad en un momento determinado. Estos capítulos del libro dan fundamento a la preocupación acerca de la incoherencia que puede resultar de ahí, y proponen una heurística particular para tratar con esa posibilidad, a saber, que cuando basamos nuestras decisiones actuales en decisiones del pasado, deberemos hacerlo de manera que reconstruyamos el pasado como un conjunto coherente de principios. La adopción de dicha heurística se identifica audazmente con los propios fundamentos del derecho, la legalidad y los derechos jurídicos, ya que, según DWORKIN, tal adopción está motivada por cuáles son las condiciones que consideramos necesarias para que el derecho pueda tener una legítima pretensión de lealtad y obediencia con respecto a aquellos a quienes se les aplica.

La propuesta completa de DWORKIN, tal y como se presenta en *Law's Empire*, es tremendamente ambiciosa. Pero también vale la pena considerar cada una de sus partes por separado. Todas sus aportaciones son importantes, y ninguna había sido identificada anteriormente de manera tan clara. Por ello me refiero a «las circunstancias de la integridad» y no sólo al «Derecho como Integridad: la Teoría», porque aun cuando no nos convenza la solución de DWORKIN y la teoría del derecho que construye sobre ella, el hecho de que aísle un problema potencial en este sentido ya supone una contribución sustantiva a la filosofía del derecho y a la filosofía política.

3. OBJETIVO Y PRACTICABILIDAD

DWORKIN no usa la expresión «las circunstancias de la integridad», ni tampoco traza la analogía con lo que RAWLS denomina «las circunstancias de la justicia», tal y como yo he propuesto, pero en cualquier caso su análisis de la integridad sugiere fuertemente dicha analogía.

Cuando RAWLS, y antes que él David HUME, describieron la escasez relativa y el altruismo limitado como «las circunstancias de la justicia», querían resaltar el contraste existente entre el mundo real, en el que la justicia es tanto necesaria como practicable, con dos mundos imaginarios. Por una parte, podría haber un mundo en el que la justicia fuese redundante o superflua:

Si cada hombre tuviera una amable consideración para con los demás, o si la naturaleza supliera todas nuestras necesidades o deseos,

no podrían originarse ya los conflictos de intereses que supone la justicia ni serían ya necesarias todas esas limitaciones de propiedad y posesión que al presente usan los hombres. Elevad hasta un grado suficiente la benevolencia de los hombres o la bondad de la naturaleza y haréis que la justicia se convierta en algo inútil, supliendo su lugar mediante virtudes mucho más nobles y bienes más valiosos⁸.

Las circunstancias de la justicia son entonces las que distinguen el mundo real de esta utopía imaginaria o «Edad de Oro». De manera alternativa, podría haber un mundo tan horrible que hiciera insoponible las cargas normativas que requiere la justicia:

Supongamos que una sociedad cae en una carencia tal de todas las cosas necesarias para la vida cotidiana que la frugalidad y la laboriosidad más grandes no pueden evitar ni que perezcan la mayor parte de sus habitantes ni la extremada miseria del conjunto. Creo que se admitirá fácilmente que, ante una emergencia tan apremiante, las estrictas leyes de la justicia quedan en suspenso y dan paso a los motivos más fuertes de la necesidad y autoconservación⁹.

Las circunstancias de la justicia, entonces, incluyen las condiciones que hacen que sea plausible presuponer que las demandas de justicia pudieran ser atendidas y sus prescripciones llevadas a cabo por seres como nosotros¹⁰.

De manera análoga, para hablar de las circunstancias de la integridad debemos identificar los rasgos del mundo real que lo distinguen, por un lado, de una utopía en la que la integridad sería redundante y, por el otro, del mundo de pesadilla en el que la integridad sería impracticable. Y de hecho, la concepción de integridad de DWORKIN se estructura exactamente por estas distinciones.

El primer contraste, entre el mundo real y una utopía en la que la integridad sería redundante, es el más obvio. Como señala DWORKIN, «la integridad no sería necesaria como una virtud política indudable en un Estado utópico. La coherencia quedaría garantizada porque los funcionarios siempre harían lo que es perfectamente justo y equitativo» (176). En esta utopía no habría necesidad del requisito particular de que la comunidad hable con una sola voz, porque necesariamente hablaría de manera unánime al decir la verdad sobre la justicia. Sin embargo, el mundo que *nosotros* conocemos no es así. DWORKIN dice: «defiendo una interpretación de nuestra propia cultura política, y no una moralidad política abstracta e intemporal» (216).

⁸ HUME (1739-1740), 1988: Libro III, Parte II, sección II, pars. 494-495, 665.

⁹ HUME (1751), 1991, Parte I, sección III: 50.

¹⁰ Véase también la discusión sobre la «limitada fuerza de la voluntad» en la definición de HART de «el contenido mínimo del derecho natural», en HART, 1961: 244.

El contraste aquí no se da entre la justicia perfecta de la utopía y la imperfección moral del mundo real. Si dominase sólo una perspectiva imperfecta en la sociedad (y todos creyéramos en ella) tampoco habría lugar para la integridad. La integridad es una respuesta a la variedad y a la disonancia, y no a la imperfección como tal¹¹. Que la integridad no deba ser una preocupación indudable en una sociedad en la que todos sus miembros están de acuerdo sobre una concepción de la justicia (aunque sea falsa) parece suponer que cualquier concepción de la justicia es en sí misma coherente. Pero esto podría ser cuestionado: seguramente la expresión «una teoría incoherente de la justicia» no es un oxímoron, aunque esto tampoco debe perturbarnos. El concepto de coherencia alberga muchas concepciones distintas. Aunque puede haber *tests* de coherencia que algunas teorías de la justicia no pasarían, DWORKIN no tiene una razón independiente para interesarse por las concepciones de la coherencia presupuestas por dichos *tests*. Su tesis prescriptiva es que la sociedad como un todo debería mostrar preocupación por la justicia, una preocupación que sea *tan coherente como pueda serlo cualquier teoría individual de la justicia*. Para alcanzar la noción relevante de coherencia, debemos preguntarnos: «¿de qué manera debe ser coherente un conjunto de proposiciones sobre la justicia a fin de ser considerado una *teoría* o *concepción* única de la justicia?» Y, según DWORKIN, la respuesta nos proporcionará el *test* de coherencia que aplicaremos luego a los principios que subyacen a los arreglos sociales generales¹².

Una concepción única, entonces, garantizaría *eo ipso* la coherencia en el sentido relevante. Existe la posibilidad de incoherencia, y entonces

¹¹ Estoy suponiendo que una concepción de la justicia podría ser a la vez coherente y falsa. Algunos filósofos han defendido teorías coherentistas de la verdad, de acuerdo con las cuales la verdad en algún dominio es identificada simplemente por la pertenencia a un conjunto coherente de proposiciones en dicho dominio. Véase WALKER, 1989. Es tentador decir que la teoría del derecho de DWORKIN es una teoría coherentista de la verdad en el dominio de las proposiciones jurídicas. Pero deberíamos resistirnos a esta tentación. Además de otras cosas, la coherencia requerida por la integridad es sólo una dimensión de la verdad (o solidez o asertabilidad) jurídica en la teoría de DWORKIN. Tampoco creo que él sostenga una teoría coherentista de la verdad acerca de la justicia. Como casi todo el mundo, considera que la coherencia es necesaria para la verdad en este ámbito, de ahí la importancia de la utopía. Pero no hay ninguna prueba de que suscriba el punto de vista de que la incoherencia es una compañera inevitable de la falsedad.

¹² Es posible hacer el *test* aún más severo. En lugar de preguntar cuán coherente debe ser un conjunto de proposiciones a fin de ser considerado como una concepción única de la justicia, podríamos sencillamente centrar nuestra atención en la cuestión de los desacuerdos y el conflicto. ¿Es este conjunto de proposiciones capaz de generar prescripciones dispares sobre lo que debe hacerse, por ejemplo, prescripciones que entren directamente en contradicción mutua «todas-las-cosas-consideradas»? Si lo es, hará emerger entonces todos los problemas que despiertan nuestro interés por la integridad. Por otra parte, si una teoría *parece* incoherente desde algún estándar formal pero no genera, ni es capaz de generar, tales conflictos prescriptivos agudos en el mundo real, entonces no nos importa tanto su incoherencia putativa. Esta incoherencia putativa sería más una cuestión de estética filosófica que de la legitimidad que invoca DWORKIN en su análisis de la integridad. Agradezco a Stephen PERRY por este punto.

la integridad puede ser un principio indudable e importante, sólo porque están en juego múltiples concepciones de la justicia. Los que DWORKIN denomina «presupuestos del *background*» de su interés por la integridad son que «personas diversas sostienen concepciones diferentes sobre aquellas cuestiones morales que en opinión de todos son de gran importancia», y que, a pesar de tales diferencias, la equidad política exige que «toda persona o grupo en la comunidad deba tener una participación aproximadamente igual en el control de las decisiones tomadas por el Parlamento, el Congreso, o la asamblea legislativa del Estado» (178).

El otro contraste, entre un mundo real en el que puede cumplirse con las exigencias de integridad y un mundo distópico en el que esto es imposible, también está implícito en la concepción de DWORKIN, aunque su descripción de las condiciones que distinguen el mundo real de esta distopía está algo menos desarrollada. La posibilidad distópica se presenta en lo que DWORKIN denomina «escepticismo interno» (78). Los escépticos internos sostienen que las instituciones y los estándares vigentes en las sociedades pluralistas modernas son demasiado caóticos en su origen y demasiado inconsistentes en su ideología como para dejar lugar al tipo de «ordenación» o de imposición constructiva de la coherencia que la integridad recomienda. La versión contemporánea más conocida de este punto de vista es, según DWORKIN, la del movimiento de los Critical Legal Studies (CLS). Los académicos CLS sostienen que hay al menos «dos ideologías profundamente antagónicas en liza en el derecho», y que «nuestra cultura jurídica, lejos de ser susceptible de una justificación uniforme y coherente de principio, sólo puede asirse mediante la infértil métrica de la contradicción» (272).

DWORKIN afirma tomarse en serio esta posibilidad. Es útil, dice, para recordar al jurista liberal que «ningún aspecto de la forma en que se produjo el derecho garantiza el éxito a la hora de encontrar una concepción coherente del mismo» (273). Desafortunadamente, sin embargo, DWORKIN dice muy poco sobre las condiciones del mundo real que el pluralismo moral y la competencia política deben satisfacer a fin de evitar esta posibilidad.

El argumento principal en *Law's Empire* contra el escepticismo de los CLS es que éste rechaza la distinción entre principios *en conflicto*, como la autonomía y la consideración mutua, que podrían aparecer en una concepción única de la justicia, y principios *contradictorios*, como la igualdad y la desigualdad, que posiblemente no pueden combinarse en una sola concepción coherente (269-275). Esto podría llevarnos al siguiente punto como una de las circunstancias de la integridad: si la integridad debe poder ponerse en práctica, las concepciones rivales de la justicia que se han asegurado un emplazamiento firme en los estándares vigentes de la sociedad no deben ser directamente con-

tradictorias, sino que deben ser capaces de coexistir (aunque sea en tensión), convenientemente ponderadas, en alguna concepción única aunque compleja¹³.

Dicha condición, sin embargo, sería demasiado exigente. Por un lado, se acerca peligrosamente a la negación de la *otra* circunstancia de la integridad, la que distingue nuestro mundo de uno moralmente homogéneo. Recordemos que esto presupone que la gente discrepa realmente sobre la justicia, y que concepciones que genuinamente (y no sólo en apariencia) entran en conflicto entre sí pueden ser representadas simultáneamente por los estándares actualmente vigentes. Por otro lado, ignora el hecho de que cada una de las concepciones rivales de la justicia en la sociedad implica también una concepción de cómo los principios en conflicto —por ejemplo, la autonomía y la consideración mutua— deberían ser puestos en relación, ponderados y ordenados desde una única concepción. No se trata de una ley que ha sido aprobada por aquellos que defienden la autonomía frente a otra ley aprobada por los que defienden la consideración mutua, sin que nadie haya tenido la ocasión de articular ambos principios en una posición adecuadamente compleja, hasta que el juez se enfrenta a las dos leyes conjuntamente en un caso. Los socialdemócratas y los conservadores se contradicen abiertamente respecto al peso que atribuyen a principios como éstos y en su interpretación de la relación que se da entre dichos principios, así que todavía queda por ver qué idea coherente puede extraer el jurista constructivo de estas ponderaciones aparentemente contradictorias.

4. ¿INTEGRIDAD *VERSUS* JUSTICIA?

Una ventaja de describir los desacuerdos sobre la justicia como una de las circunstancias de la integridad es que nos permite tener una visión más clara de lo que sucede cuando dos valores, justicia e integridad, parecen entrar en conflicto.

La perspectiva de DWORKIN es que los dos valores entran a menudo en conflicto (188) y que cuando lo hacen «la justicia debe a veces ser sacrificada en aras de la integridad» (178). Tales conflictos entre ideales, señala, son muy comunes en política. Aun cuando rechacemos la idea de integridad, todavía tendremos que abordar los conflictos entre la justicia y la equidad política (177).

¹³ Anteriormente en *Law's Empire*, DWORKIN afirma que se vulnera la integridad «cada vez que una comunidad aprueba y promulga leyes diversas, que a pesar de ser internamente coherentes, no pueden expresar conjuntamente una ordenación coherente de distintos principios de justicia [...]» (184). No queda claro, no obstante, si lo que pretende sugerir es que la función reconstructiva del juez se vuelve imposible cada vez que se vulnera la integridad de este modo.

No estoy seguro de que «conflicto» sea la palabra correcta para describir lo que sucede cuando los principios de equidad o integridad prescriben a una persona hacer algo que se opone a sus propias convicciones sobre la justicia. Por lo general hablamos de un conflicto entre los principios A y B (en una situación X) cuando un único agente suscribe ambos principios, y queda claro qué es lo que A y B obligan a hacer a tal agente en X, siendo dichas acciones incompatibles¹⁴. Esto rara vez sucede entre la justicia y la equidad o entre la justicia y la integridad. Podemos saber y estar de acuerdo en lo que la equidad o la integridad exigen en una determinada situación, pero la condición que debe darse para que hablemos de equidad o de integridad es la existencia de desacuerdos sobre lo que exige la justicia. Los principios de equidad política, por ejemplo, son usados para guiar la toma de decisiones sociales en circunstancias en las que unos integrantes de la sociedad piensan que la justicia exige hacer una cosa, y otros, otra. Cuando los procedimientos políticos equitativos indican que uno de estos grupos prevalecerá en la decisión social, el resultado les parecerá a los miembros de ese grupo congruente con la justicia, mientras que los miembros del otro pensarán que entra en conflicto con ella. Esta disparidad sobre si existe o no conflicto con la justicia debería alertarnos sobre la posibilidad de que haya algo así como un «error categorial» en considerar la justicia y la equidad como principios coordinados, que compiten entre sí en un mismo nivel.

Es significativo que la perspectiva de DWORKIN de los conflictos potenciales entre la justicia y la equidad vaya en contra de su caracterización de los mismos como valores que «son hasta cierto punto independientes el uno del otro» (177). Los casos más claros de conflicto moral implican tal independencia. Por ejemplo, tenemos interés en un valor estético pero también en que disminuya la pobreza; entonces una propuesta política para financiar un nuevo museo compromete valores independientes y conflictivos, dado que creemos que con los mismos recursos podríamos alcanzar otros objetivos, como un nuevo sistema de ayuda social. No obstante, la justicia y la equidad *no* son independientes del mismo modo, sino que una está funcionalmente relacionada con la otra. La función de la equidad política es manejar la situación que surge cuando la gente en una sociedad no puede alcanzar un acuerdo sobre la justicia, y por lo tanto tampoco puede actuar de forma unívoca, *como una sociedad*, únicamente sobre la base de una apelación a la justicia. La invocación a la equidad no supone la introducción de algún valor nuevo e independiente que elimine las diferencias en este empate, sino que tiene que ver más con la elaboración de procedimientos respetuosos del desacuerdo para establecer una acción social *a pesar* del empate.

¹⁴ En estos términos, conflicto no es lo mismo que desacuerdo.

Otra manera de entender la relación entre justicia y equidad recurre a la noción de Joseph RAZ de razones para la acción de segundo orden¹⁵. Una razón de segundo orden es una razón para actuar o para abstenerse de hacerlo de acuerdo a una razón de primer orden. Las concepciones de la justicia de una persona son generalmente conclusiones sobre las razones de primer orden (sobre los méritos sustantivos) que tiene la sociedad para distribuir los derechos y los recursos de una determinada manera. Una vez que esta persona se da cuenta de que tales concepciones no son compartidas por todos en la sociedad, recurre a una razón de segundo orden para no actuar de manera perentoria, al menos para no hacerlo en nombre de la sociedad en su conjunto, sobre la base de su propia estimación de tales razones de primer orden. La justicia, y ciertamente la justicia *social*, es algo que debemos garantizar entre todos; nadie puede hacerlo por sí solo. Nuestra acción conjunta en tanto que sociedad nos exige adoptar un punto de vista sobre lo que debe hacerse (sobre la justicia) a la luz de nuestros desacuerdos sobre las razones de primer orden que se aplican a la cuestión en discusión. Si decidimos zanjar la cuestión mediante el voto mayoritario, estamos decidiendo actuar a la luz de razones que son de segundo orden en relación con las razones que sigue adecuadamente la gente al formar sus concepciones sustantivas (y al decidir cómo votar).

Un ejemplo podría ayudarnos aquí. Supongamos que alguien insta a la supresión del subsidio de desempleo para los hombres solteros en paro. Existen muchas razones a favor y en contra de esta propuesta. Dado que probablemente discreparemos acerca de cuáles son estas razones y cómo deben ponderarse, debemos recurrir en tanto que sociedad a principios equitativos de decisión política que nos permitan determinar la cuestión de una u otra manera. Por lo tanto votamos, y encontramos que la supresión cuenta con el apoyo de la mayoría de los miembros del grupo. Ahora bien, este hecho político no es en sí mismo una razón para estar a favor de la supresión. Si la decisión mayoritaria pudiera predecirse con gran fiabilidad *antes* de votar, sería muy inapropiado que dicha predicción inclinara la balanza de razones para un votante que estuviera genuinamente indeciso sobre los méritos de la propuesta¹⁶. La expectativa de un apoyo mayoritario no agrega nada a las razones en favor de la supresión (razones como la de dar incentivos para trabajar, reducir el gasto público, liberar recursos para los museos, etc.), ni tampoco se suma directamente a las razones que

¹⁵ Véase RAZ, 1990: 39.

¹⁶ La posibilidad del voto estratégico no afecta a este punto. El votante estratégico no altera su razonamiento sobre la cuestión de primer orden cuando descubre cómo van a votar probablemente los demás. Simplemente altera su voto. De hecho, si está dispuesto a votar de forma estratégica, resulta de lo más importante que su razonamiento sustantivo permanezca intacto, de modo que pueda mantenerse firme en una idea clara de sus prioridades generales.

podrían existir para continuar con la prestación social (como la de evitar que haya más personas sin techo, disminuir los incentivos para el crimen, satisfacer necesidades, etc.) El apoyo mayoritario ofrece una razón de tipo diferente, que opera en un nivel distinto: es una razón *para que la sociedad y aquellos que actúan en su nombre se decidan por la supresión como una decisión social determinada, debido a que es necesario tomar alguna y dado que la gente tiene desacuerdos sobre las razones de primer orden en la materia. La diferencia de nivel, entonces, hace que sea un error hablar de conflictos entre justicia y equidad*¹⁷.

Hablar de tales conflictos no es sólo un error teórico, sino que puede generar también confusión política. Al referirnos a ellos, parecemos presuponer que en algunas ocasiones la equidad podría pesar más, y en otras podría ser la justicia la que prevaleciera. Pero el problema no consiste en pesos y equilibrios, sino en que discrepamos sobre lo que exige la justicia, y por lo tanto discrepamos sobre lo que debe ir a un lado de la balanza. Si, en un caso determinado, *fuéramos* a decidir que la justicia importa más que la equidad, ¿qué deberíamos hacer entonces? En el ejemplo anterior, ¿deberíamos suprimir la prestación social o mantenerla? ¿De acuerdo a qué concepción de justicia deberíamos actuar, si hemos decidido que la justicia importa más que la equidad? ¿Deberíamos actuar de acuerdo a nuestra propia concepción de justicia? Pero estos problemas sólo surgen en el contexto de la decisión *social*.

Recordar que los desacuerdos sobre la justicia son una circunstancia de la equidad tiene una consecuencia adicional. Nos previene sobre adoptar principios de equidad cuyo funcionamiento se vuelva en contra de las consideraciones de justicia. Tales principios no nos ayudan a resolver decisiones sociales a la luz de los desacuerdos. Muy al contrario, amenazan con reproducir el mismo conflicto sobre la justicia con el que habíamos comenzado. Veamos un ejemplo de tal principio, que denominaré Mayoritarismo Modificado: «dejemos que prevalezca la mayoría excepto en los casos en los que la decisión mayoritaria amenace los derechos individuales». Si las personas discrepan (como sabemos que lo hacen) sobre qué derechos tenemos o sobre qué puede suponer una amenaza para ellos, este principio acabará

¹⁷ Este análisis se alinea con las sugerencias realizadas al final del agudo ensayo de WOLLHEIM, 1969: 71. La paradoja de la democracia consiste en lo siguiente: una persona que ha votado en favor de la política A, creyendo que esta política A (y no la B) es la que debía ser implementada, está obligado por los principios democráticos a creer que finalmente debe implementarse la política B, en el caso de que B obtenga el apoyo mayoritario. La solución de WOLLHEIM consiste en distinguir entre principios «directos» como «esta prestación debería limitarse a necesidades extremas» y principios «oblicuos» como la decisión mayoritaria. Pero la base de esta distinción no se explica de manera satisfactoria y WOLLHEIM ofrece sólo un bosquejo del argumento necesario para mostrar que las prescripciones «debería hacerse A» y «no debería hacerse A» no son incompatibles cuando la primera se sigue de un principio directo y la segunda de un principio oblicuo.

siendo desesperanzador. Supongamos, en el ejemplo que he dado anteriormente, que muchos integrantes de la minoría piensan que los hombres solteros en paro poseen un derecho moral a recibir una prestación social, y que la mayoría que está a favor de la supresión lo niegue. *Ambos* bandos se declararán vencedores bajo el principio del Mayoritarismo Modificado, y no habremos avanzado nada en la toma de decisiones. Necesitaremos establecer otro principio de procedimiento político equitativo (por ejemplo, el Mayoritarismo *Puro*) si queremos tomar alguna decisión social.

En estas páginas me he centrado en criticar el punto de vista bastante extendido de que puede haber conflictos y *trade-offs* entre la justicia y la equidad política. Y no he dicho nada aún sobre la integridad. Sin embargo, creo que se le podrían aplicar las mismas consideraciones. Las circunstancias de la integridad (como las de la equidad) incluyen desacuerdos sobre lo que es justo. En consecuencia, cualquier *trade-off* posible entre la justicia y la integridad da por sentado injustificadamente cuál es la concepción de la justicia controvertida que resulta privilegiada por nuestra interpretación de dicho *trade-off*. Parece mejor afirmar, no que la justicia y la integridad entran en conflicto, sino que la integridad y la equidad son valores políticos que se aproximan a las cuestiones de la justicia desde un ángulo oblicuo, un ángulo definido funcionalmente por la necesidad de afrontar el hecho de que distintas decisiones con las que nuestra comunidad ya se ha comprometido se han tomado sobre la base de concepciones de justicia dispares y potencialmente conflictivas.

Por lo tanto, el discurso de DWORKIN sobre el conflicto entre la justicia y la integridad es engañoso. La integridad no es un valor que *entre en conflicto* con la justicia, sino más bien un valor cuya función es la de entrar en juego cuando el lugar asignado a la justicia en la vida de la comunidad, el de determinar una distribución adecuada de derechos y obligaciones, de cargas y beneficios, etc., resulta que ya está ocupado por concepciones de la justicia dispares y potencialmente conflictivas.

5. EL PUNTO DE VISTA DEL PARTICIPANTE

El análisis realizado hasta aquí puede parecer insatisfactorio. Seguramente DWORKIN tiene razón cuando afirma que la integridad (o la equidad, o ambas) puede a veces ordenar un resultado que la justicia condena. Podemos pensar en esa posibilidad de la siguiente manera.

Aunque la gente discrepa sobre la justicia, toda persona puede sostener una opinión firme. Así que es posible decir, *al menos desde el punto de vista de una persona en particular*, que la justicia tal y como

él la ve esté siendo sacrificada en favor de la integridad (o de la equidad). Además, aunque la gente discrepa sobre la justicia, algunas tesis sobre lo que la justicia exige son verdaderas y otras son falsas. Así que, podríamos decir, es objetivamente cierto o falso que en una situación determinada la integridad (o la equidad) entra en conflicto con lo que exige la justicia realmente. Ya vimos en el capítulo anterior que debemos ser muy cautelosos con esta última formulación. No importa con cuánta frecuencia o énfasis utilicemos palabras como «objetivo», en la política nunca aparecen tesis sobre lo que exige la justicia *objetivamente* salvo desde el punto de vista de alguien que, por supuesto, en el tipo de situación que estamos considerando, entra en abierta contradicción con el punto de vista de otro. Aunque pueda *existir* una verdad objetiva sobre la justicia, dicha verdad no se nos manifiesta nunca de una manera autoevidente, sino que inevitablemente se verá como una opinión en conflicto con otras¹⁸.

Centrémonos entonces en el caso de una persona particular que defiende apasionadamente una concepción de la justicia particular y que está completamente convencida de su verdad, a pesar de que conoce a otras personas en la sociedad, igualmente sinceras y apasionadas, que están en desacuerdo con él. Cuando quede en minoría *le* parecerá que la justicia está siendo sacrificada en favor de los principios democráticos de equidad política. Y puede que tenga razón. De igual modo, en una situación en la que la sociedad ya se ha comprometido con principios de justicia que él considera equivocados, la demanda de la integridad de que el derecho siga siendo coherente puede parecerle todavía peor en términos de lo que exige verdaderamente la justicia. Y también puede tener razón en esto.

El punto de vista desde el que se formulan estos juicios, esto es, el punto de vista según el cual parecen darse realmente conflictos y *trade-offs* entre la justicia, la equidad y la integridad, es el punto de vista de un solo participante en una sociedad cuya política se define por la controversia. Para un participante con cultura política, cada uno de estos juicios conlleva ser consciente de que algunos de sus conciudadanos creen (según él, erróneamente) que la justicia *no* está en conflicto con la equidad o la integridad en estos casos, personas que discrepan con él acerca de lo que es justo y lo que no. Conlleva también ser consciente del punto que he enfatizado en el último apartado: que la razón por la que necesitamos principios de equidad o de integridad es precisamente que discrepamos sobre la justicia.

Parece entonces que la creencia en la existencia de conflictos y *trade-offs* entre la justicia y la integridad es una cuestión de política puramente personal, una creencia tendenciosa que debe ser trascen-

¹⁸ Véase el análisis desarrollado en el cap. VIII.

didada cuando se adopta la perspectiva de la sociedad en su conjunto (la perspectiva que debemos adoptar en tanto que juristas o filósofos políticos). Desde esta perspectiva, no debemos decir que «la sociedad se enfrenta a un *trade-off* entre la justicia y la integridad», aunque podemos afirmar que lo que haga la sociedad en nombre de la integridad inevitablemente (y más o menos *ex hypothesi*) entrará en conflicto con lo que *algunos* individuos creen sobre la justicia (y entrará entonces en conflicto, según dichos individuos, con lo que la justicia exige realmente).

6. ESCEPTICISMO Y DUDAS

A lo largo de *Law's Empire*, DWORKIN teme insistir en que aunque los desacuerdos sobre la justicia son una de las circunstancias de la integridad, no deberían afectar o socavar la confianza con la que exponemos afirmaciones particulares sobre la justicia. Por ejemplo, descarta como «singularmente inepta» la siguiente objeción a su teoría del derecho constitucional:

Alguien pensará que una interpretación del debido proceso o de la cláusula de igual protección será mejor que otra sólo porque cree que una teoría de la justicia o de la igualdad es mejor que otra. Pero las teorías de la justicia y de la igualdad son únicamente subjetivas, y no hay una respuesta correcta a la pregunta de cuál es mejor, sino sólo respuestas distintas (373)¹⁹.

DWORKIN dice que esta objeción se basa en lo que denomina «escepticismo externo» (78), una sospecha filosófica general acerca de las credenciales de cualquier reclamo de justicia, de hecho de los reclamos morales en general. Insiste en que incluso si el escepticismo externo plantea cuestiones importantes en metafísica y en filosofía del lenguaje, es un error inferir cualquier cosa de ahí, por lo menos en lo que respecta a la validez de nuestra práctica de formular juicios morales o juicios sobre la justicia (78-83). La falta de consenso moral, el reconocimiento de que diferentes personas darán respuestas diferentes a preguntas sobre la justicia, incluso la imputación de «subjetividad», nada de esto debería utilizarse para disuadirnos de participar en los propios desacuerdos que se supone que origina la dificultad escéptica. Después de todo, como vimos en el capítulo VIII, aun si los escépticos tienen razón y los juicios sobre la justicia no son sino expresiones de actitudes subjetivas, esto no es razón para tener reservas en expresar las propias actitudes.

¹⁹ DWORKIN atribuye esta objeción a BORK, 1971: 10. Véase DWORKIN, 1986: 451, nota 12.

Pero ¿existe algún problema en especial en exponer en el ámbito *político* tesis tendenciosas sobre la justicia? Desde el propio punto de vista, obviamente no. Si nadie expusiera tesis controvertidas sobre la justicia, no habría nada de lo que pudieran ocuparse la equidad y la integridad. No podemos, por lo tanto, invertir el hilo argumental y sostener a partir de las circunstancias de la integridad y la equidad que resulta inapropiado que las personas expongan sus opiniones particulares *qua* ciudadanos, *qua* votantes y *qua* partidarios de una opción política.

Todavía podemos reflexionar un poco más sobre este punto. Mencioné anteriormente que debemos garantizar la estructura social justa conjuntamente, que no es algo que una sola persona pueda hacer por sí misma. Pero a menudo la filosofía política procede como si la mejor manera de pensar sobre la justicia fuera la formulación cuidadosa de una concepción o teoría *por parte de cada individuo*, una concepción o teoría que idealmente contribuirá a una visión social comprensiva. Por supuesto que esperamos que todos estén abiertos a sugerencias y críticas provenientes de otros individuos que construyen sus propias concepciones. Pero el *telos* del pensamiento-sobre-la-justicia es una concepción que se ha formado a fin de cuentas en la mente de un agente, y que será obedecido conscientemente por dicho agente, sin importar lo que los demás piensen o digan. Y si alguien nos recuerda que la justicia es una tarea social, le responderemos simplemente con la esperanza de que la unidad de la verdad garantice una convergencia en el pensamiento de los individuos. Que esta suposición sea plausible es otra cuestión. Pero, de cualquier manera, la reflexión sobre el hecho de que cada uno delibera sobre algo *social* no nos advierte, como tal vez debería hacer, de que haya algún tipo de problema filosófico en la posibilidad de que una persona tenga razón y que todos los demás a su alrededor estén equivocados, al menos respecto de la justicia.

Actuamos, como he dicho, como si en filosofía política fuese crucial que cada uno de nosotros otorgara un apoyo sincero a la teoría que considera verdaderamente justa. Ciertamente que este tipo de resolución a lo THOREAU tiene sentido si suponemos que la cuestión fundamental sobre la justicia es siempre, al fin, una pregunta dirigida al agente individual: «¿qué debo (*yo*) hacer?»²⁰. Es sorprendente, sin embargo, que cuando un filósofo formula hoy una concepción de la justicia y habla de «qué haría yo» (sobre la inmigración, por ejemplo, o el rezo en las escuelas, o las políticas sociales) generalmente no se

²⁰ Véase THOREAU, 1937b: esp. 644: «Si la injusticia tiene un resorte, o una polca, o una cuerda, o una manivela, exclusivamente para ella, entonces quizás deberíamos considerar si el remedio no será peor que la enfermedad, pero si está en su naturaleza el requerir que tú seas el agente de la injusticia sobre otro hombre, entonces, yo te diría: rompe la ley [...]. Lo que tengo que hacer es ver, en cualquier caso, de no prestarme a hacer el mal que yo condeno».

refiere a lo que él haría como agente individual, sino a lo que haría en el caso poco probable de que estuviera a cargo de toda la sociedad y su conciencia pudiera movilizarlos a todos. Y decimos lo mismo sobre los filósofos políticos: qué haría PLATÓN respecto de la igualdad de género, qué haría HOBBS con la religión, qué haría MILL respecto de la prostitución, etc. ¿Es ésta una manera valiosa de proceder en la teoría política? No estoy seguro²¹. Quizás deberíamos albergar algunas dudas antes de sustituir a la sociedad por el pensador individual en estas manifestaciones académicas; el «nosotros», que es finalmente el único agente posible de cambio social, por el «yo». Al hacer esto, ¿estamos desestimando de hecho la acción colectiva e imaginando en su lugar que cada uno de nosotros puede cambiar algo por sí solo, y esta vez cambiarlo en la dirección *correcta*? ¿Pensamos que nosotros o los filósofos que leemos somos profetas o legisladores? ¿O aceptamos que somos ciudadanos, cada uno de nosotros uno entre millones de otros ciudadanos? Quizás debiéramos hacer una pausa y reflexionar, por ejemplo, en la tensión existente entre los pronombres personales en estos versos de William BLAKE, del poema *Milton*²²:

No cejará en *mi* espíritu la lucha
ni ha de dormirse en *mi* mano *mi* espada
hasta que *nosotros* levantemos Jerusalén
en la tierra verde y dulce de Inglaterra.

Las primeras dos líneas de la estrofa corresponden a la retórica de John BROWN, las dos últimas a la retórica de la reconstrucción legislativa; y lo que me parece preocupante en estos párrafos es un cierto desajuste entre el pensamiento y la conciencia que anima lo primero y la idea de empresa colectiva que se desprende de lo último.

No estoy seguro de lo lejos que podemos llegar con estas preocupaciones²³, pero estoy convencido de que debemos aferrarnos aquí, filosóficamente, a la idea de desasosiego y duda.

7. FUNCIONARIOS

Quizá no haya nada inapropiado en el hecho de que las personas expongan sus concepciones particulares de la justicia *qua* ciudadanos, *qua* votantes, *qua* partidarios de una opción política, puesto que al hacerlo ofrecemos nuestra concepción como una contribución más al

²¹ Véase WALDRON, 1995a.

²² La cursiva en el poema es mía.

²³ Agradezco a Bob HARGRAVE, Sidney MORGENBESSER y Thomas POGGE por las conversaciones que hemos mantenido en este sentido. Aunque sin duda serían necesarias muchas más.

proceso de decisión social: entendemos que no somos dictadores, y que cada uno de nosotros no es el único candidato a representar la *conciencia de la sociedad*. Sin embargo, cuando esto sucede con los funcionarios (los capacitados para actuar en nombre de la sociedad en su conjunto: legisladores, miembros del poder ejecutivo y jueces) debemos ser un poco más cautelosos. Actuar en nombre de la sociedad en su conjunto en las circunstancias de la equidad es actuar en una situación en la que todas las concepciones de la justicia (incluyendo la propia) resultan controvertidas. En esas circunstancias, los funcionarios están compelidos a proceder de manera que muestren respeto por las otras personas que quedarán vinculadas por su decisión pero que pueden no estar necesariamente de acuerdo con sus fundamentos.

Hay una famosa frase de la discusión entre Thomas HOBBS y el obispo BRAMHALL: «Precisamente porque ni mi razón ni la del Obispo son la adecuada y recta razón para convertirse en norma de nuestras acciones morales, es por lo que hemos erigido un gobernador soberano sobre nosotros»²⁴. La tesis de HOBBS aquí no es que la razón de una persona en particular sea del tipo equivocado para gobernar la acción colectiva; después de todo el soberano puede también ser sólo una persona natural²⁵. Su tesis más bien es que, tal como están las cosas, la opinión de una persona en particular (incluso la de un obispo o la de un filósofo) es sólo una opinión, rechazada y controvertida por otros, en una disputa sustantiva que constituye el problema de la política. La solución de este problema sólo empieza cuando existe una forma de identificar una de las opiniones en disputa como «la nuestra», esto es, como «la recta razón» *para nosotros*, como una opinión sobre cuya base *nosotros* podemos actuar y coordinarnos aun cuando muchos discrepen sobre sus méritos. Cuando la cuestión es presentada de esta manera, está claro que nadie puede creer que su concepción de la justicia es *la recta razón* (y por lo tanto, propiamente *la nuestra*) simplemente porque esté convencido de que su concepción es realmente la correcta, aun cuando tenga razón en pensarlo²⁶.

Aun así, no resulta siempre inapropiado que un funcionario en su actividad pública actúe sobre la base de sus propias concepciones tendenciosas sobre la justicia. El caso más claro se da cuando la socie-

²⁴ Citado en POSTEMA, 1986: 54.

²⁵ Cfr. POSTEMA, 1986: 55. «El soberano no posee ninguna pretensión especial de sabiduría, discernimiento, o verdad. [...] El [contrato social] sencillamente erige la razón de naturaleza común del soberano como el estándar de la recta razón [...]».

²⁶ Véase también la máxima hobbesiana de este libro: «Quienes se piensan más sabios que todos los demás, claman y exigen como juez a la recta razón, pero no buscan sino conseguir que esas cosas sean determinadas por su razón exclusiva. Esto es tan intolerable en la sociedad de los hombres como en los juegos de naipes sería, tras determinarse el triunfo, utilizar como tal en toda ocasión el palo de la baraja del cual se tienen más cartas en la mano». HOBBS (1651), 2003: cap. V, 68.

dad adopta principios de equidad que le otorgan la capacidad para hacer precisamente esto. Una dictadura electiva, como dije al principio, es una posible solución al problema de la acción social en las circunstancias de los desacuerdos y, bajo ciertas condiciones, es una solución justa y atractiva. De hecho, todos los sistemas democráticos incorporan en cierto grado el principio de que determinados funcionarios son competentes para tomar decisiones en nombre de la sociedad en su conjunto sobre la base de sus propias concepciones de la justicia. Así es como en la mayoría de los sistemas políticos resuelven en la práctica el problema de cómo alcanzar decisiones sociales a la luz de los desacuerdos sobre la justicia: designamos una de las concepciones en disputa como aquella que debe regir provisionalmente.

Además de estas designaciones específicas basadas en la equidad, a lo largo de *Law's Empire* encontramos también la idea de que formular juicios sobre la justicia por uno mismo, aun cuando se sea consciente de que dichos juicios son discutibles y controvertidos, es la manera habitual en la que desarrollamos nuestra acción política²⁷.

DWORKIN afirma que la integridad y la equidad no tienen sentido a menos que se planteen entre personas comprometidas con la justicia (263), esto es, entre personas que formulan e implementan juicios acerca de lo que exige la justicia. Presuponiendo que las demandas de integridad, por ejemplo, dejen a veces a los jueces ante la elección entre dos esquemas coherentes de principios, siendo cada uno de ellos compatible con la mayoría de los precedentes judiciales y el derecho existente, DWORKIN piensa que es *obvio* que el juez debe elegir uno sobre la base de consideraciones de justicia:

Debe escoger entre las interpretaciones posibles preguntándose cuál de ellas muestra la estructura de instituciones y decisiones de la comunidad (el conjunto de sus estándares públicos) en su mejor luz desde la perspectiva de la moralidad política. Y esto involucra ahora directamente a sus propias convicciones morales y políticas (256).

El hecho de que el juez sea consciente del disenso en la comunidad no debería cohibirle a la hora de involucrar sus propias convicciones. Puesto que si *ya* ha pagado el tributo apropiado a la necesidad de coherencia y a cualquier principio de equidad que rija su posición oficial, el juez no puede hacer otra cosa que formular su juicio sobre la base de la justicia. La tarea de gobernar *consiste en* adoptar una de las concepciones de la justicia e implementarla. Si el disenso entre concepciones y la diversidad de los estándares actuales son, respectivamente, las circunstancias de la equidad y la integridad, entonces

²⁷ Esta idea aparece más claramente expresada al final del libro, donde DWORKIN habla de la especial prominencia de la justicia en la constelación de las virtudes políticas. Véase DWORKIN, 1986: 406.

la práctica de formular y aplicar una concepción de la justicia es la circunstancia primaria o elemental de dichas circunstancias.

8. LAS DEMANDAS DE LA INTEGRIDAD

Tanto los funcionarios como los ciudadanos pueden emitir juicios sobre la justicia con voz propia, a pesar de ser conscientes de que otras personas en la sociedad no comparten sus puntos de vista. Y aun así, existe una diferencia relevante entre ambos.

Si un teórico elabora y manifiesta una concepción particular de la justicia, o si un votante o un militante de un partido propone dicha concepción en el debate público, podemos esperar que lo haga de un modo no sólo tendencioso, sino también inflexible. Dirá: «esto es lo que realmente exige la justicia»; y «las teorías que sostienen los demás ciudadanos y que rivalizan con la mía en el debate público están sencillamente equivocadas». Podría ser él el que estuviera equivocado, por supuesto; su concepción podría ser falsa y las otras estar más cercanas a la verdad. Pero siempre que esté sujeto a los requisitos habituales de sinceridad, falibilidad y apertura a la crítica, esto es todo lo que podemos esperar del que defiende una concepción determinada.

En este contexto, la indicación de que toda teoría debe poder acomodarse o debe buscar algún tipo de compromiso con sus rivales parecerá bastante inapropiada. ¿Cómo podría alcanzarse un compromiso sobre la justicia? Ceder un centímetro a mis rivales sería como admitir que la sociedad no está siendo todo lo justa que debería ser. Esta cuestión no es trivial. Formarse la creencia de que la *justicia* exige X y no Y implica creer que debe hacerse X, y nada menos que X, y que cualquier compromiso o cesión a Y sería pernicioso. Por supuesto, como ya he dicho, una creencia determinada sobre la justicia puede estar equivocada. Pero aquello sobre lo que podemos estar equivocados es lo que debe hacerse categóricamente e inflexiblemente, por lo menos en lo que respecta a la estructura básica de la sociedad.

No podemos explicar este punto de «ningún compromiso, ninguna cesión», mejor de lo que lo ha hecho el propio Ronald DWORKIN en su argumento (varios años anterior a *Law's Empire*) de por qué un cálculo utilitarista decente debería excluir algunas de las preferencias «externas» que sostienen algunas personas como resultado de convicciones políticas que son incompatibles con el fundamento del mismo utilitarismo. DWORKIN decía:

El utilitarismo debe tener la pretensión, igual [...] que cualquier otra teoría política, de ser verdadero, y por lo tanto debe afirmar la falsedad de cualquier teoría que lo contradiga. Esto es, debe ocupar él mismo todo el espacio lógico que requiere su contenido. [...]. Supon-

gamos que uno de los miembros de la comunidad es, por ejemplo, un nazi cuyo conjunto de preferencias incluye la de que se satisfagan más preferencias de los arios que de los judíos, por ser unos y otros quienes son. Un utilitarista neutral no puede negar que existe alguna razón de moralidad política para rechazar y desacreditar dicha preferencia, para menospreciarla como sencillamente equivocada, para que los funcionarios no se esfuercen en satisfacerla con toda la dedicación que destinan a la satisfacción de cualquier otra preferencia. Por el contrario, el propio utilitarismo proporciona dicha razón: su principio fundamental es que las preferencias de la gente deben ser sopesadas sobre una misma base y aplicando las mismas escalas, que la teoría de la justicia nazi es profundamente errónea, y que los funcionarios deberían oponerse a dicha teoría e intentar derrotarla en lugar de satisfacerla. Un utilitarista neutral está en efecto impedido, por razones de consistencia, de adoptar la misma actitud políticamente neutral con respecto de la preferencia política del nazi que la que adopta con respecto de las demás preferencias²⁸.

Cuando se trata de exponer y defender el utilitarismo como teoría de la justicia, esto parece absolutamente correcto. Como señala DWORKIN, no podemos asumir el compromiso de derrotar la teoría de que las preferencias de algunas personas deberían contar más que las de otras y al mismo tiempo considerar esa teoría, tal como la sostienen sus defensores, como una preferencia más entre otras a la que debemos atribuir el mismo peso y consideración en un cálculo social, para determinar qué es lo que es justo realmente²⁹.

Sin embargo, lo que en apariencia es una objeción basada en principios al hecho de alcanzar a compromisos a la hora de tomar partido por una opción, cuando se está actuando en nombre de la sociedad en su conjunto puede parecer egoísta, obtuso y corto de miras. Cuando se trata de tomar partido, una teoría de la justicia debe «pretender ser verdadera» y ocupar «todo el espacio lógico que requiere su contenido»³⁰. Pero cuando se trata de tomar una decisión social, ya no estamos ante un juego «en el que cada persona intenta izar la bandera de sus convicciones sobre un ámbito de poder y normas tan amplio como sea posible» (211). El ejercicio del poder social debe pretender legitimidad en relación con la comunidad en su conjunto, y debe pretender también lealtad y sentimiento de obligación por parte de todo miembro de la comunidad³¹. Pero será difícil si su legitimidad se basa únicamente en concepciones de la justicia que algunos de los miembros de la sociedad rechazan. Así, dadas las circunstancias de la equidad y de la integridad, la idea apropiada de comunidad para que el poder

²⁸ DWORKIN, 1984: 155-156.

²⁹ DWORKIN, 1984: 157.

³⁰ DWORKIN, 1984: 155.

³¹ Véase también COPP, 1993.

y la coerción sean legítimos y para reclamar lealtad y una idea de obligación por parte de todos los ciudadanos debe ir más allá de las concepciones particulares de la justicia, sin importar cuán sincera y apasionadamente sean sostenidas. El punto de vista de DWORKIN es que la comunidad, en este sentido, «ordena que nadie queda fuera, que todos estamos juntos en la política para bien o para mal, que nadie puede ser sacrificado, como los heridos en el campo de batalla, ante la cruzada en favor de la justicia general» (213).

Éste es un pasaje importante. Interpretada de manera superficial, la prescripción suena anodina. Por supuesto, en una verdadera comunidad nadie debería ser dejado fuera, sacrificado o abandonado. Una comunidad se ocupa de sus víctimas. ¿Pero hay *víctimas en una cruzada por la justicia*?

Queda claro en este contexto que DWORKIN no entiende por «víctimas» aquellos que han dado sus vidas o sacrificado sus intereses para que la sociedad sea más justa. Se refiere a aquellos cuyas concepciones creemos equivocadas o defectuosas en cuestiones de justicia, aquellos que han intentado defender lo que nosotros (que podríamos haberles dejado atrás en el campo de batalla) consideramos principios injustos o arreglos no equitativos. Y cuando dice que los sacrificamos o los dejamos atrás en el campo de batalla, DWORKIN no se refiere a la posibilidad de que podamos suprimir o liquidar a quienes discrepan con nosotros sobre la justicia. A lo que se refiere, y además condena, es a la posibilidad de que, tras la victoria que hemos alcanzado en favor de nuestros principios (los que en nuestra opinión son los verdaderos principios de justicia), podamos intentar evitar que los principios injustos que defendían nuestros oponentes formen parte o continúen teniendo influencia en los arreglos sociales. Ésta es la posibilidad que queda prohibida, a sugerencia de DWORKIN, por un modelo de comunidad basado en principios.

Interpretada de esta manera, y alimentada con ejemplos obvios, la propuesta de DWORKIN puede resultar muy sorprendente. La guerra civil ha terminado, las fuerzas que defendían la esclavitud y el racismo se han rendido, y ahora la reconstrucción de la nación —finalmente, gracias a Dios, sobre principios verdaderos de justicia— puede comenzar. Pero no vayamos tan rápido, dice la integridad. Las concepciones de la justicia que defendían los vencidos no deben ser sencillamente abandonadas en el campo de batalla en Antietam o Gettysburg. Si las concepciones que han sido derrotadas están incorporadas en estándares o instituciones todavía vigentes en la sociedad, entonces las decisiones que tomemos, aun en la euforia de nuestro triunfo moral, estarán restringidas por la necesidad de encontrar un fundamento común y basado en principios con aquello que consideramos el epítome de la injusticia. Por supuesto que tal búsqueda de un fundamento común

resultará desagradable. Pero precisamente lo que pretende la integridad es que, en una sociedad pluralista, todo el mundo respete los principios de justicia «de los que los arreglos políticos vigentes de su comunidad particular están imbuidos, [...] piense o no que son los mejores desde un punto de vista utópico» (213).

¿Es un error llevar el argumento de DWORKIN tan lejos? ¿Se trata de un error particularmente debido al tipo de ejemplo, en el que la injusticia a la que la integridad recomienda dar cabida, la de la esclavitud, parece tan particularmente atroz? DWORKIN concede que «una asociación en términos de principios no se transforma automáticamente en una comunidad justa» (213). Pero ¿podría *ésta* ser injusta?

Hay razones para sostener que el ejemplo es inapropiado, y las analizaré dentro de un momento. Desde el punto de vista de la teoría del derecho y de la filosofía política, no obstante, estas razones no pueden basarse en la naturaleza atroz de la injusticia en cuestión, o en lo apasionados que sean nuestros sentimientos hacia ella. Puesto que, de nuevo, esto es algo sobre lo que la gente discrepa. No es tarea del jurista ni del filósofo político estipular umbrales de injusticia que señalen la frontera de la integridad. Tampoco es nuestra tarea exhibir nuestras propias opiniones sobre lo justo y lo injusto, sino señalar que una de las circunstancias de la integridad es el hecho de que la gente difiere en lo relativo a sus sentimientos morales apasionados y que es muy probable que discrepe también sobre qué injusticias alcanzan un determinado umbral de gravedad.

Habiendo dicho esto, debería destacar que algunas personas pueden encontrarse con que sus sentimientos morales sobre alguna injusticia potencial son tan intensos que pesan más que cualquier compromiso estable con un sistema político que les exija alcanzar un curso común de acción con sus oponentes. Si éste es el caso, las circunstancias de la equidad y de la integridad ya no se les aplicarán (*y por tanto* ya no se aplicarán tampoco a la sociedad *en su conjunto*), puesto que las circunstancias de la equidad no son sólo la existencia de desacuerdos, sino también la necesidad percibida por las partes en disputa de que es necesaria una acción común a pesar de tales desacuerdos. Dicha necesidad percibida puede tener sus límites. Si los tiene, las personas en cuestión pueden no seguir sintiéndose parte de la comunidad en la que el poder ha sido compartido o alternado con sus oponentes, y entonces pueden no sentirse obligados a resolver los problemas relativos a la coherencia o a la integridad que conciernen a la mezcla articulada de estándares vigentes en la actualidad.

Esto podría ocurrir también al nivel de la sociedad en su conjunto si en una cuestión de justicia los principios usuales de decisión equitativa y de compartir o alternarse en el poder dejan de resultar políticamente aceptables. Cada una de las partes, o las dos, podría preferir

disolver la comunidad política antes que buscar un acomodo continuo con la otra perspectiva o sujetar la cuestión permanentemente a las vicisitudes de la política electoral. Nos lleve esto a una secesión pacífica o a una guerra civil, es poco probable que se produzca un resultado en el que se den las circunstancias normales de la integridad. Una facción secesionista o la facción vencedora intentarán, inmediatamente después del conflicto, borrar todos los rastros de aquello que repudian como principios radicalmente injustos en los arreglos políticos vigentes. Si tienen éxito, no quedará nada a lo que acomodarse, nada con lo que llegar a un acuerdo basado en principios, como exige la integridad.

Algo así, o una variante compleja y quizás imperfecta de esto, parece darse en el caso de la esclavitud en los Estados Unidos de la posguerra. En todo caso, la mera posibilidad indica una ventaja final para nuestro discurso de las «circunstancias de» la integridad. Aunque la escasez moderada y el altruismo limitado se encuentran entre las circunstancias de la justicia, la lógica de las «circunstancias»³² nos dice que comprometerse con la justicia no es *comprometerse* con la escasez y el altruismo limitado. Un partidario de la justicia no se desanimaría (o no debería hacerlo) si llegamos a tener recursos superabundantes o si la indiferencia y la sospecha mutua entre los hombres disminuyen gradualmente, igual que un partidario de la caridad no se desanimaría por la supresión de la pobreza o un partidario del coraje por la disminución de los peligros en el mundo³³. Del mismo modo, los partidarios de la equidad no se desanimarán cuando surja la unanimidad sobre alguna cuestión. Y no sólo esto, sino que *qua* partidarios de la equidad no tendrán nada que decir sobre si es deseable que una comunidad política se fracture por alguna cuestión de justicia. Por lo que respecta a la equidad, podría ser mejor que los hombres no perciban la necesidad de actuar en comunidad con aquellos cuyos puntos de vista desprecian. O será necesario dar algún argumento adicional, si *no* mejor, como el argumento de HOBBS sobre los horrores del estado de naturaleza, para demostrar por qué. El que la necesidad percibida de una acción común sea una de las circunstancias de la equidad no demuestra que dicha necesidad deba ser aplaudida ni que siempre esté justificada.

De la misma manera, delinear las circunstancias de la integridad nos permite comprender las condiciones de *su* aplicación, y darle un sentido teórico a la propia visión intuitiva (y en sí misma insatisfactoria) de DWORKIN de que el peso relativo de la integridad será menor en aquellos casos en los que la cuestión de justicia sea particularmente grave (381-397). La gravedad de la cuestión no es en sí misma una

³² En términos formales, la lógica de las «circunstancias» es a grandes rasgos la lógica de la presuposición.

³³ Cfr. SANDEL, 1982: 28-46.

razón para disminuir el peso asignado a la integridad. Puede ser un indicio, no obstante, de que no seguirán dándose algunas de las circunstancias de la integridad. No podemos garantizar que las personas estén siempre dispuestas a perseverar en una comunidad y a compartir el poder con aquellos cuyos puntos de vista sobre la justicia rechazan. La idea común de la política es que a menudo lo hacemos, y DWORKIN tiene razón al darle a este hecho un lugar central en su teoría del derecho y en su teoría política. Los límites de esta disposición, sin embargo, dan mejor cuenta (mejor que cualquier intenso sentimiento de un filósofo) de las condiciones bajo las que la integridad y la equidad deben dejarse llevar por rectos juicios individuales de la justicia.

TERCERA PARTE

**DERECHOS Y CONTROL JUDICIAL
DE CONSTITUCIONALIDAD**

CAPÍTULO X

ENTRE LOS DERECHOS Y LAS CARTAS DE DERECHOS

1. REFORMA CONSTITUCIONAL

«Los individuos poseen derechos, y hay ciertas cosas que ninguna persona o grupo pueden hacerles (sin violar sus derechos)»¹. «Toda persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad en su conjunto no puede sobrepasar»². «No tiene sentido vanagloriarnos de que respetamos los derechos individuales a menos que eso implique algún sacrificio, y el sacrificio en cuestión debe ser el de renunciar a cualquier beneficio marginal que nuestro país pudiera recibir de vulnerar tales derechos, aun cuando se pruebe su inconveniencia»³.

Este tipo de propuestas son habituales y resultan bastante persuasivas en filosofía política. Pero ¿qué implican para las instituciones? ¿Deberíamos incorporar nuestros derechos en fórmulas legalistas y proclamarlos en una carta formal de derechos? ¿O deberíamos dejar que se desarrollen informalmente mediante el diálogo entre los ciudadanos, sus representantes y los funcionarios? ¿Cómo podemos detener la violación de derechos? ¿Deberíamos confiar en un espíritu general de cuidado en la comunidad, intentando erigir lo que John Stuart MILL denominó «una fuerte barrera de convicción moral» para proteger

¹ NOZICK, 1984: ix.

² RAWLS, 1971: 3.

³ DWORKIN, 1977: 193.

nuestra libertad?⁴ ¿O deberíamos también depositar nuestra confianza en alguna rama específica del gobierno, por ejemplo la judicial, asignándole la función de detectar las violaciones de los derechos y con la autoridad de anular la decisión de cualquier otra rama del gobierno, incluyendo el poder legislativo, que los ponga en compromiso?

Las ventajas de este último enfoque continúan atrayendo a los impulsores de la reforma constitucional en el Reino Unido. Ronald DWORKIN, por ejemplo, ha sostenido que un sistema de control judicial de constitucionalidad de las leyes construiría un vínculo decisivo entre los derechos y la legalidad, dándole a los primeros una mayor prominencia en la vida pública británica. Al situar la autoridad de los tribunales detrás de la idea de los derechos, el sistema jurídico podría comenzar a jugar «un papel diferente y más valioso en la sociedad». Los abogados y los jueces podrían ocupar unos roles más parecidos a los de sus homólogos en los Estados Unidos:

Los tribunales, con la responsabilidad de crear [...] un esquema característicamente británico de derechos humanos y libertades, podrían pensar más en términos de principios y menos en términos estrictos de precedentes. [...] Hombres y mujeres diferentes podrían entonces sentirse atraídos por el derecho como carrera, y de sus filas surgiría una generación de jueces más comprometida e idealista, alimentando un ciclo creciente en el renacimiento de la libertad⁵.

Si estos jueces utilizaran bien su nuevo poder, concluye DWORKIN, los gobiernos dejarían de ser libres, como lo son ahora, para tratar la libertad como una mercancía de conveniencia o de «ignorar los derechos que la nación tiene la solemne obligación de respetar»⁶. ¿Qué podemos decir acerca de estas propuestas?⁷ En las discusiones sobre la reforma constitucional observo que la gente da por hecho que el entusiasmo por la propuesta de DWORKIN es compartido por cualquier filósofo cuya teoría moral o teoría normativa de la justicia se organice en torno a la idea de los derechos. Con toda seguridad, se dice, cualquiera que crea en los derechos recibirá con agrado la propuesta de institucionalizar una carta de derechos y de conferir a los tribunales la competencia de invalidar toda aquella legislación que traspase los límites de las libertades básicas⁸.

⁴ MILL (1859), 1970: cap. 1, 71.

⁵ DWORKIN, 1990: 23.

⁶ DWORKIN, 1990: 12 y 21.

⁷ En el momento en que aparece este libro pueden ser algo más que «propuestas». La Carta de Derechos Humanos, siguiendo su curso en el Parlamento, apunta a la incorporación del Convenio Europeo de Derechos Humanos al derecho británico, aunque no está claro todavía cuál será el sistema de control judicial de constitucionalidad de las leyes en el Reino Unido.

⁸ Por ejemplo, Bruce ACKERMAN asume en su libro *We the People: Foundations* que los académicos comprometidos filosóficamente con los derechos fundamentales —«los fundamen-

En esta parte del libro trataré de cuestionar esta presuposición. Pretendo desarrollar cinco líneas argumentales principales. La primera es una tesis negativa: mostraré en este capítulo que de una posición basada en derechos en filosofía moral o política no se infiere necesariamente un compromiso con una carta de derechos, entendida como una institución política en la línea de la práctica estadounidense del control judicial de constitucionalidad.

En segundo lugar, sostendré también en este capítulo que los filósofos deberían ser más conscientes que los demás impulsores de la reforma constitucional de la dificultad, la complejidad y la controversia que emanan de la idea de derechos básicos. Sostendré que tienen una razón, fundada en la humildad profesional, para tener más dudas de las habituales acerca de la aprobación de cualquier elenco canónico de derechos, especialmente si nuestro objetivo es situar este canon fuera del alcance del debate y la revisión políticos ordinarios.

En tercer lugar, trataré de prestar una mayor atención, y de persuadir a aquellos que hablan de derechos de que también lo hagan, a los procesos mediante los cuales se toman las decisiones en una comunidad en condiciones de desacuerdo. Éste fue uno de los temas de la Primera Parte, especialmente del capítulo V, donde nos centramos en la toma de decisiones legislativa en lo que he denominado «las circunstancias de la política». A lo largo de esta Tercera Parte sostendré que dichas circunstancias —la existencia del desacuerdo y la necesidad, a pesar de dicho desacuerdo, de establecer un marco común de acción— son de aplicación a las cuestiones de derechos en la misma medida en que lo son a lo que habitualmente consideramos la agenda más modesta de la política legislativa. Se sigue que las teorías de los derechos en tanto que teorías de las políticas públicas necesitan ser complementadas por teorías de la *autoridad*, cuya función es determinar cómo deben ser tomadas las decisiones cuando los miembros de una comunidad discrepan acerca de qué decisión es la correcta. Puesto que debemos presuponer un contexto de desacuerdos, un principio como «tomemos la decisión correcta» no puede formar parte de un principio adecuado de la autoridad, ya que reproduce más que resuelve los desacuerdos a los que nos enfrentamos. A esto le sigue que, si la gente discrepa acerca de los derechos básicos (y realmente lo hace) a la vez que, en cualquier caso, necesita un marco común (y lo necesita), una teoría adecuada de la autoridad no puede en este ámbito, ni incluir, ni estar cualificada por una concepción simple de los derechos como «cartas de triunfo» sobre las formas mayoritarias de toma de decisiones⁹. Al contrario, cualquier teoría de los derechos

talistas de los derechos», como él los llama— consideran que «el único objetivo de tener derechos es que venzan sobre las decisiones que emanan de las instituciones democráticas que, de otra forma, pueden legislar en favor del bienestar colectivo». ACKERMAN, 1991: 11-12.

⁹ Véase también la discusión en el apartado 5 del cap. I.

como cartas de triunfo institucionales necesariamente tendrá que depender de la previa invocación de algún método de toma de decisiones colectivas que resuelva cuál de las teorías rivales de los derechos en la sociedad debe ser considerada como la teoría de los derechos de esa sociedad.

Es sobre esta base, en cuarto lugar, que plantearé algunas dudas sobre el control judicial de constitucionalidad como práctica. Parece probable que en un régimen constitucional como el planteado por DWORKIN, los tribunales se convertirían inevitablemente en un importante foro, sino el principal, para la revisión y adaptación de los derechos básicos a la luz de las circunstancias cambiantes y las controversias sociales. Esta es una extrapolación de la experiencia de la política constitucional en los Estados Unidos. Propondré que una teoría de los derechos debería albergar serias dudas sobre esta perspectiva, puesto que, con toda seguridad, la gente posee el derecho a participar en todos los aspectos del gobierno democrático de su comunidad, un derecho que está profundamente conectado con los valores de autonomía y responsabilidad que tanto celebramos cuando nos comprometemos con otras libertades básicas. Este derecho a la participación democrática es un derecho a participar en condiciones de igualdad en las decisiones sociales sobre las cuestiones más importantes de principio, y no sólo en las cuestiones intersticiales de la política social y económica. Más aún, en la medida en que haya alguna diferencia entre las cuestiones políticas sustantivas y las procedimentales, el derecho de participación seguramente debería pertenecer también a estas segundas. Sostendré que nuestro respeto por tales derechos democráticos se pone seriamente en peligro cuando se realizan propuestas de trasladar las decisiones acerca de la concepción y la revisión de los principios básicos del poder legislativo al judicial, del pueblo y de sus instituciones representativas, que reconocemos imperfectas, a un puñado de hombres y mujeres, supuestamente sabios, instruidos, virtuosos y de altos principios, los únicos en quienes sólo se puede confiar, así se piensa, para tomarse en serio las grandes cuestiones que estas decisiones plantean.

En quinto lugar, intentaré dar respuesta a algunas defensas del control judicial de constitucionalidad, que lo presentan como un corolario de la democracia y no como algo inherentemente contrario al principio de participación democrática. Esta respuesta será la labor de los capítulos XII y XIII.

2. TEORÍAS BASADAS EN DERECHOS

Mi propósito inmediato en este capítulo es mostrar que de la idea de derechos o de las premisas de una teoría moral basada en derechos

no se infiere necesariamente que los derechos constitucionales defendidos judicialmente sean un mecanismo político concreto deseable.

¿A qué me refiero con «una teoría *basada en derechos*»? La terminología está adaptada de *Taking rights seriously*, de Ronald DWORKIN, donde propone «una clasificación inicial tentativa de las teorías políticas» en teorías basadas en derechos, teorías basadas en deberes y teorías basadas en objetivos¹⁰. La idea es que en toda teoría, salvo en las intuicionistas más extremas, se puede distinguir entre juicios más o menos *básicos*, en el sentido de que los menos básicos son derivados de, o están respaldados por, los más básicos¹¹. En una teoría política en ocasiones podemos alcanzar un nivel de «ser básico» del que ya no podemos descender más, a un conjunto de juicios que respaldan otros juicios en la teoría pero que no son ellos mismos respaldados del mismo modo por ningún otro. Éstas serán las proposiciones *fundamentales* de la teoría o, como DWORKIN las ha denominado en otro lugar, sus posiciones «constitutivas»¹². Los utilitaristas se enorgullecen del hecho de que su teoría moral esté organizada explícitamente de esta forma, y la tipología de DWORKIN presupone que una estructura de este tipo puede ser también identificada en muchas teorías no utilitaristas¹³.

No necesito, para mis propósitos aquí, utilizar ninguna idea que dependa demasiado de la *distinción* precisa entre teorías basadas en derechos, en deberes y en objetivos, así que no entraré en los detalles de la clasificación de DWORKIN¹⁴. En cambio, quisiera ocuparme de

¹⁰ Véase DWORKIN, 1977: 90-96. Para una mayor discusión de esta tipología, véase MACKIE, 1984.

¹¹ Joseph RAZ señala que se trata de una relación de respaldo, y no de una implicación lógica. Si pensamos por razones distintas que debería haber: i) un derecho a la libertad de expresión política, y ii) un derecho a la libertad de expresión comercial, podemos resumir esto diciendo que debería haber: iii) un derecho a la libertad de expresión en general. Pero aunque iii) implica lógicamente i), no la respalda en esta interpretación de nuestro razonamiento. Véase RAZ, 1986: 169.

¹² Véase DWORKIN, 1985: 186 ss.

¹³ ¿Esto compromete a los que utilizan la tipología de DWORKIN con el «fundacionalismo» en la teoría política y moral? Este término tiene un sentido amplio y uno estricto. En su sentido amplio (y más débil), el «fundacionalismo» se refiere al modo lineal de organización que he mencionado: que una teoría tiene una estructura no-circular o unidireccional de respaldo y justificación. La alternativa al fundacionalismo en este sentido es el «holismo», en el que se considera que los teoremas están respaldados tanto por lo que ellos implican como por el hecho de que otros principios más generales les impliquen a ellos. No hay duda de que una clasificación en tipos de teorías basadas en derechos, basadas en deberes y basadas en objetivos presupone que las teorías que están siendo clasificadas son fundacionalistas en este sentido. Cuando se critica el fundacionalismo, no obstante, habitualmente se está pensando en una posición más fuerte que ésta. Se trata de que la verdad o la asertabilidad de las «proposiciones básicas» o los «axiomas» de dicha teoría puede ser percibida o intuitiva, y que la estructura lineal transmite esta justificabilidad fundamental a través de la teoría. La clasificación en este capítulo no está comprometida con esta epistemología, y no presupone ningún compromiso de este tipo por parte de las teorías clasificadas.

¹⁴ Para una discusión innecesariamente dilatada, véase WALDRON, 1988: 64-105.

la idea de que una teoría puede estar comprometida con los derechos individuales en sus fundamentos y dejar todavía abierta la cuestión de qué implicaciones tienen dichos fundamentos sobre la construcción política o constitucional.

Existen opiniones divergentes acerca de si las preocupaciones en la base de una teoría de los derechos son exclusivamente preocupaciones acerca de la libertad, o acerca de la independencia, o acerca de la igualdad, o si se les puede atribuir una relevancia básica intrínseca respecto de otros intereses y necesidades materiales. Espero también eludir esta cuestión aquí, si bien es una de las controversias cuya importancia discutiré un poco más adelante en este capítulo¹⁵. Teorías diversas otorgan valor fundamental y consideran dignos de respeto a diferentes derechos individuales —la libertad, la independencia, la dignidad, etc.—, y consideran también que un sentido de este valor básico forma parte del fundamento general de la normatividad dentro de cada teoría.

Podemos confiar en que estas preocupaciones, en tanto que premisas, tendrán un carácter bastante abstracto. No esperaríamos encontrar proposiciones como la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos en los *fundamentos* de una teoría de los derechos. Un derecho de protección del domicilio contra los registros injustificados probablemente se basa en el valor que otorgamos a un interés individual más profundo que es el de la intimidad (*privacy*)*. Un derecho a la intimidad (*privacy*), a su vez, puede estar basado en premisas incluso más profundas sobre el valor de la autonomía y de vivir la vida según los propios planes de vida. Se generarán entonces otras conclusiones cuando descubramos qué es lo que exige el respeto a estos intereses más profundos en las circunstancias de la sociedad contemporánea. Así es como funciona el argumento normativo en una filosofía política basada en derechos.

A veces en el desarrollo de dicho argumento podemos alcanzar conclusiones intermedias que nos permiten decir que algún interés relativamente concreto debe ser considerado como valioso para que algún interés más profundo sea respetado adecuadamente. Aquí es donde se encontrarán las propuestas *habituales* sobre derechos en una teoría bien desarrollada. Como vamos de premisas profundas abstractas a recomendaciones particulares concretas, podemos hacer afirmaciones como «la gente tiene un derecho a la libertad de expresión» o «todos tenemos un derecho a la educación elemental» o «los sospechosos bajo tutela policial tienen el derecho a no ser torturados». Aunque estas propuestas indican intereses individuales valiosos, el valor de dichos

¹⁵ Véase el apartado 6 de este capítulo.

* N. de los trads.: Debemos advertir que el derecho a la *privacy* en Estados Unidos se entiende como algo mucho más amplio que el derecho a la intimidad en nuestros ordenamientos.

intereses se explica por su conexión más profunda con otros intereses más abstractos que poseen un valor último en esta teoría¹⁶.

En cualquier caso, las teorías basadas en derechos no se articulan siempre en una estructura lineal de este tipo, que desde los derechos abstractos transita por un conjunto de derechos derivados, siendo cada uno de éstos más concreto y estando respaldado por uno de los anteriores. En ocasiones las implicaciones de las premisas abstractas quedan desfiguradas en una estructura diferente. La discusión de John RAWLS en *Teoría de la justicia* sirve como ejemplo. Parece plausible decir, como Ronald DWORKIN ha sostenido, que la teoría de RAWLS tiene como premisa un presupuesto muy profundo de «que los individuos tienen derecho a una igual consideración y respeto en el diseño y administración de las instituciones que los gobierna»¹⁷. Pero al intentar descubrir las implicaciones de esta premisa, RAWLS desarrolla el instrumento teórico modelizado de la «posición originaria», que nos conduce a la elección de dos principios ordenados lexicográficamente que deben regir en la estructura básica de una sociedad. Al menos uno de ellos (el «Principio de la Diferencia») no está formulado en absoluto en términos de derechos¹⁸. Tal vez el paso subsiguiente a inferir recomendaciones políticas del Principio de la Diferencia implicará alguna reintroducción del lenguaje de los derechos¹⁹. Pero no hay nada inevitable en el hecho de que todo dependa de cómo se articulen mejor las preocupaciones profundas de la teoría en las circunstancias concretas en las que se aplican. El hecho de que haya derechos en los fundamentos no quiere decir que deba haberlos por todas partes.

Esta tesis es general y puede aplicarse también a otras teorías. El utilitarismo contiene, en sus fundamentos o cerca de ellos, la idea de que el objetivo básico de la moral es la maximización de la utilidad. Siempre que debamos elegir entre acciones es mejor, desde el punto de vista de esta teoría, que se elija aquella acción que garantiza la mayor cantidad de utilidad, todas las cosas consideradas. Pero aunque encontramos esta fórmula del «utilitarismo del acto» en los fundamentos de la teoría, de ahí no se sigue que la recomendación práctica de la teoría para hombres y mujeres en el mundo real sea la de adoptar un procedimiento de decisión utilitarista del acto. El utilitarismo «indirecto» sugiere que cumpliríamos mejor con el objetivo básico si los individuos siguieran ciertas reglas que ellos consideren más o menos

¹⁶ Véase un excelente análisis en RAZ, 1986: 168-170.

¹⁷ DWORKIN, 1977: 180.

¹⁸ De hecho, es importante para RAWLS que el principio que regula las desigualdades económicas *no* sea considerado un principio que adjudica derechos particulares. Véase RAWLS, 1971: 64 y 88. He discutido la relación entre la justicia y los derechos en la teoría de RAWLS y en otras teorías, en WALDRON, 1993: 26-34.

¹⁹ Estoy pensando en los argumentos utilizados en RAWLS, 1971: cap. 5. Véanse también MARTIN, 1985, y POGGE, 1989.

absolutas en la mayoría de las circunstancias con las que se encuentran²⁰. De hecho, si articulamos de forma realista un utilitarismo basado en objetivos, puede implicar un compromiso con los derechos en la superficie aun cuando los derechos no encuentren ningún acomodo en sus premisas más profundas²¹. Este ejemplo muestra que del carácter de las premisas fundamentales de una teoría normativa no se puede inferir demasiado acerca de las recomendaciones prácticas de dicha teoría.

3. DE LOS DERECHOS MORALES A LOS DERECHOS JURÍDICOS

Hasta ahora sólo hemos considerado la relación entre posiciones básicas y posiciones derivadas *dentro* de una teoría normativa. El hecho de que, en una teoría determinada, las premisas básicas (incluso los teoremas intermedios) estén mejor formuladas en forma de derechos no muestra que las recomendaciones derivadas de la teoría estén también mejor formuladas de esta forma. Pero supongamos, por *mor* del argumento, que las recomendaciones normativas de una teoría basada en derechos *estén* formuladas así. ¿Podemos decir algo sobre la relación entre dichas recomendaciones y las acciones a las que ellas se refieren en el mundo real? Si alguien cree en los derechos *morales*, ¿quiere esto decir que está reclamando derechos *jurídicos*?

Jeremy BENTHAM pensaba que la respuesta era afirmativa. O, mejor dicho, pensaba que era lo mejor que podíamos hacer con lo que en realidad no era más que un oxímoron —la idea de una moral, esto es, de un derecho no jurídico²². Tal vez, pensaba BENTHAM, podamos reinterpretar las demandas de derechos naturales como pretensiones normativas acerca de derechos jurídicos que deberían ser establecidos: «En proporción al deseo de felicidad que resulta de la voluntad de tener derechos, existe una razón para desear que existan tales cosas como los derechos»²³. No obstante, incluso los más afines comentaristas de BENTHAM se quedan perplejos ante su insistencia en que el nombre «derecho» (*right*) deba necesariamente referirse (sea descrip-

²⁰ Véase, por ejemplo, HARE, 1981: caps. 2, 3 y 9.

²¹ Véanse las variadas discusiones en FREY, 1984. No obstante, para una opinión escéptica acerca de la defensa utilitarista de los derechos, véase LYONS, 1984.

²² BENTHAM, 1987b: 73: «Un derecho (*right*) y el derecho (*law*) son términos correlativos: como lo son los de hijo y padre. Un derecho (*right*) es para mí el hijo del derecho (*law*): de distintas operaciones con el derecho (*law*) surgen diferentes tipos de derechos (*rights*). Un derecho (*right*) natural es un hijo que nunca tuvo padre». Véase también WALDRON, 1997.

²³ BENTHAM, 1987a: 53. Y continúa el pasaje: «Pero las razones para desear que existieran tales cosas como los derechos, no son en sí mismas derechos; una razón para desear que se estableciera un cierto derecho, no es tal derecho —querer no es ofrecer—, el hambre no es el pan».

tiva o normativamente) a derechos *jurídicos*. BENTHAM no adoptó este punto de vista con respecto a los conceptos de «deber», «obligación» o «correcto», cada uno de los cuales (se dispone a afirmar) tiene un significado normativo establecido por el principio de utilidad e independiente de la idea de derecho positivo²⁴.

Una objeción al análisis de BENTHAM es que a veces hablamos de derechos morales cuando no tenemos la intención de afirmar nada acerca de cómo debería ser el derecho. Cuando mi madre me pregunta si pienso volver a casarme y añade: «tengo el derecho a saber la verdad», no está diciendo nada acerca del derecho. Lo que dice es que yo debería decirle la verdad, y me está dando alguna indicación de que yo tengo este deber *hacia ella* en virtud de algún interés relevante que ella tiene en juego.

De cualquier forma, dejemos a un lado estos ejemplos. Aceptemos la propuesta de H. L. A. HART de que, habitualmente, cuando hablamos de derechos, está en el aire la sugerencia implícita de que el uso de la fuerza (y, por lo tanto, de los mecanismos del derecho) no sería apropiado para garantizar lo que es requerido²⁵. Incluso así, no se sigue que la pretensión normativa

- 1) P tiene un derecho (moral) a X

implique

- 2) P debería (moralmente) tener un derecho jurídico a X.

Si 1) implica algo sobre el derecho, presumiblemente se trata de

- 3) El derecho debería ser de tal forma que P obtenga X.

Puede haber todo tipo de mecanismos para garantizar que P obtenga X, sin necesidad de reconocerle a P un derecho *jurídico* a X²⁶.

Aquí, por supuesto, casi todo depende de cómo definamos «derecho jurídico». Puede ser que, bajo una definición muy amplia, *cualquier* procedimiento jurídico mediante el cual se garantice X para P signifique la existencia de un derecho jurídico de P a X. No quiero descartar dicha definición amplia, pero sí indicar que no sirve para avanzar en el argumento de esta parte del libro en un sentido o en otro. La mayoría de los juristas, de todas maneras, piensan que la expresión «derecho jurídico» tiene un significado bastante más preciso.

²⁴ Una excelente discusión de este punto en HART, 1982: 85 ss.

²⁵ HART, 1984: 79-80.

²⁶ Un argumento parecido en SHUE, 1980: 16: «Un derecho no se ha satisfecho hasta que no se han llevado a cabo todos los arreglos necesarios para que de hecho la gente disfrute de aquello a lo que tiene derecho. Habitualmente, a lo mejor, dichos arreglos tendrán forma de derecho, haciendo de éstos derechos jurídicos, a la vez que morales. Pero en otros casos, costumbres bien asentadas respaldadas por tabúes pueden ser más útiles que las leyes —y ciertamente, más útiles que las leyes que no se cumplen».

Decir que P posee un derecho jurídico equivale a predicar la existencia de una norma jurídica o de un principio articulados que confieren un título a P para X. Indica que P está dispuesto a exigir X y a iniciar un juicio por ello ante un tribunal. Y, para la mayoría de los juristas, indica que los funcionarios gozan de una discrecionalidad muy limitada a la hora de establecer quién obtiene X y quién no. En otras palabras, distinguimos entre: *a*) situaciones jurídicas en las que X es de P por derecho, y en las que P puede exigirlo perentoriamente y el derecho debe satisfacer dicha pretensión a menos que concurren circunstancias excepcionales, y *b*) situaciones jurídicas en las que a algunos funcionarios se les ha concedido una cierta discrecionalidad para determinar, en un caso, y sobre la base de sus características particulares, cómo distribuir mejor un *stock* limitado de recursos como X entre solicitantes como P. Los especialistas en la administración pública discuten una y otra vez sobre si es mejor tener sistemas de derechos en el derecho del bienestar, por ejemplo, y si éstos presuponen que la existencia de un derecho jurídico es un tipo altamente específico de arreglo institucional en consonancia con la situación *a*)²⁷.

Hasta donde alcanzo a ver, una tesis como 1), reproducida más arriba, no implica nada tan institucionalmente específico. Puedo imaginarme al abogado de una persona sin techo diciendo «las personas sin techo tienen un derecho (moral) a un lugar donde refugiarse», y estar queriendo decir que se debería hacer *algo* jurídico al respecto, pero dejando abierta la cuestión de si este objetivo sería mejor alcanzado con un arreglo jurídico del tipo *a*) o con uno del tipo *b*). Supongamos que se conozcan los siguientes hechos. Hay muchas personas sin techo y, tal como están las cosas, cada noche sólo se pueden repartir un número limitado de plazas públicas de acogida, habitaciones de hotel y refugios. Las circunstancias de cada persona sin techo son diversas: algunos están junto a su familia, otros solos; algunos están enfermos, otros sanos; algunos se encuentran en esa situación desde hace meses, otros acaban de llegar; algunos tienen la fuerza y el ánimo para solicitar una plaza, otros vagan desesperanzados por las calles. Supongo que es posible que un abogado que crea que todos tienen un derecho moral a un lugar donde refugiarse querrá que se establezca una norma por la cual el funcionario responsable asigne inmediatamente, sin más discusión, una plaza a todo aquel que se encuentra en tal situación (hasta que las plazas disponibles se agoten). Esto podría describirse claramente como un derecho jurídico a un lugar donde refugiarse. Pero es igualmente posible que el abogado de las personas sin techo inste a algún arreglo más flexible —un arreglo que permita a los funcionarios determinar el alojamiento según las necesidades, juzgar rápidamente quién está enfermo y desesperado y quién no lo

²⁷ Véase la discusión en SIMON, 1983.

está, reservar algunas plazas para los desafortunados que encontremos vagando bajo la lluvia en las primeras horas de la mañana, etc.—. Y podemos imaginar que esta decisión se toma *según un fundamento basado en derechos*: el fundamento de que, en estas circunstancias, tal arreglo satisfará mejor el principio moral de que las personas sin techo tienen un derecho a un lugar donde refugiarse.

Para decirlo más contundentemente: el reclamo moral de que las personas tienen el derecho a un lugar donde refugiarse es un reclamo sobre la importancia de que dispongan de dicho lugar, y no sobre de la importancia de que se les asigne un lugar de refugio de acuerdo a un tipo específico de procedimiento jurídico o burocrático.

4. DE LOS DERECHOS JURÍDICOS A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Supongamos ahora que todo lo que he dicho hasta este momento es equivocado. Supongamos que la afirmación de un derecho moral es siempre una exigencia moral en favor de un derecho jurídico. ¿Deberíamos dar el siguiente paso y afirmar que todo aquel que apruebe la tesis 2), mencionada más arriba, debería estar también comprometido con

4) P debería (moralmente) tener un derecho constitucional a X si su apoyo a 2) es sincero? ¿Una persona que está a favor de un derecho jurídico tiene siempre una razón para exigir esta protección de mayor nivel?

No necesariamente. Hay razones prácticas y razones de principio para hacernos dudar de esto. Para garantizar una protección constitucional, el que proponga el derecho tendrá, o bien que hacer campaña por la reforma constitucional, o bien, si ya existe una carta de derechos, convencer a aquellos a los que se les ha confiado la labor de interpretarlos que reconozcan este nuevo derecho bajo el enunciado de alguno de los ya previstos explícitamente. En cualquiera de los dos casos, las dificultades políticas son considerables. El que propone el derecho puede pensar que el proceso de garantizar la protección constitucional llevaría demasiado tiempo o sería demasiado difícil, y que puede distraer a la gente de la función más importante que consiste en introducir realmente la disposición jurídica que se pretende²⁸.

²⁸ La historia de la Enmienda sobre la Igualdad de Derechos en los Estados Unidos habría sido más penosa si todas las iniciativas legislativas contra la discriminación por razones de sexo hubieran descansado en el éxito de esta campaña constitucional en particular. Véase MANSBRIDGE, 1986. (N. de los trads.: La Enmienda sobre la Igualdad de Derechos a la Constitución estadounidense fue presentada en 1972 con la intención de impedir las discriminaciones jurídicas,

Éstas son razones estratégicas para rechazar la inferencia de 2) a 4). Pero supongamos que ha surgido efectivamente la oportunidad política de constitucionalización (como ha ocurrido ahora en el Reino Unido). ¿Existe entonces alguna razón de principio para dudar ante tal oportunidad?

Un argumento *bastante* menos pragmático que los ya mencionados tiene que ver con ciertos temores hacia la rigidez verbal. Un derecho jurídico protegido en una carta de derechos encuentra tal protección bajo el auspicio de alguna forma lingüística canónica mediante la cual se enuncian las disposiciones de dicha carta. Una lección que podemos extraer de la experiencia constitucional de los Estados Unidos es que las palabras utilizadas en cada disposición de la carta de derechos tienden a cobrar vida por sí mismas, convirtiéndose en un obsesivo eslogan que sirve para expresar cualquier cosa que uno quiera decir sobre el derecho en cuestión. Por ejemplo, la doctrina de la Primera Enmienda en Estados Unidos está obsesionada, hasta el punto del escolasticismo, con la cuestión de si algunas formas problemáticas de comportamiento que al Estado le interesa regular deben ser consideradas una «forma de expresión» o no («¿es la pornografía una forma de expresión?», «¿es quemar una bandera una forma de expresión?», «¿es el baile en *topless* una forma de expresión?», «¿es mendigar una forma de expresión?», «¿es el abuso racial una forma de expresión?», etc.). Con seguridad, ésta no es la forma adecuada de argumentar sobre los derechos. Los derechos son principios de interés profundo y persistente. Podemos utilizar la fórmula «libertad de expresión» para designar el tipo de cosas en las que pensamos cuando invocamos un derecho particular; pero esto no es lo mismo que decir que la palabra «expresión» (como algo distinto al «habla» o a la «comunicación» en general, etc.) es la clave para nuestras preocupaciones en este ámbito. Y lo mismo puede aplicarse a otras fórmulas de la doctrina constitucional estadounidense: «castigo cruel e inusual», «ejercicio libre de la religión», «debido proceso», etc.²⁹

Por supuesto, como vimos en el capítulo IV, la legislación también está expresada en una determinada fraseología: cada ley tiene su texto. La diferencia es que el texto legislativo puede ser fácilmente enmendado para adaptarse a nuestra idea cambiante de cómo dar mejor cuenta de las cuestiones importantes en juego. Si pensamos que uno de los *tests* cruciales para valorar los castigos es su condición de «inusual», podemos ponerlo así por escrito en una ley. Si, más tarde, encontramos alguna ventaja en fomentar la innovación en las sentencias, podemos

entre ellas las legislativas, por razones de sexo. La enmienda no fue ratificada, y aún hoy se discute si puede considerarse incorporada en algún sentido al derecho constitucional de los Estados Unidos).

²⁹ Me he ocupado un poco más de esto en WALDRON, 1990: 83-84, y 1987b: 177-181.

expresar los límites adecuados de alguna otra forma, y enmendar nuestra legislación penal en correspondencia con esto. Y, por supuesto, este proceso de la fraseología cambiante es incluso más sencillo si hablamos del reconocimiento legal en forma de principios y precedentes del *common law*, y más sencillo aún si los derechos adoptan la forma de asunciones «convencionales» suscritas por la comunidad política en general, como ha sucedido en Gran Bretaña durante mucho tiempo. Con esta herencia menos articulada, menos dependiente de fórmulas determinadas, de las preocupaciones basadas en derechos, la gente puede discutir sobre cuestiones de derechos y límites al gobierno, cuestiones sobre el aborto, la discriminación, el castigo y la tolerancia, en los términos que les parezcan apropiados, libres del verbalismo obsesivo de una determinada carta de derechos escrita.

Por estas razones, en consecuencia, el que propone un determinado derecho debe dudar a la hora de incorporarlo a una carta de derechos constitucionalmente atrincherada. Puede considerar que el beneficio, en términos de inmunidad contra la abrogación legislativa errónea, queda más que compensado por la pérdida de nuestra capacidad para desarrollar o cambiar libre y flexiblemente el discurso de la política.

5. RESPETO Y DESCONFIANZA

Pero todavía no nos hemos ocupado de las razones más profundas basadas en principios liberales para sentirse insatisfecho con una carta de derechos. Cuando una disposición queda atrincherada en un documento constitucional, el derecho-pretensión (a la libertad o a lo que especifica la disposición) que se establece se combina con una inmunidad frente al cambio legislativo. Los que poseen el derecho tienen ahora la ventaja adicional de que se hace difícil o imposible alterar su situación jurídica. Esto puede parecer atractivo, pero como W. N. HOHFELD puso de relieve, deberíamos observar siempre las dos caras de toda ventaja jurídica³⁰. El término correlativo a derecho-pretensión es, por supuesto, la obligación por parte de los funcionarios y de todos los demás de respetar y defender el derecho. Y el término correlativo a la inmunidad constitucional es lo que HOHFELD llamaría *una incapacidad*: en efecto, una incapacitación al poder legislativo de sus funciones normales de revisión, reforma e innovación del derecho. Pensar que una inmunidad constitucional es necesaria es considerar justificado incapacitar a los legisladores a este respecto (y así, indirectamente, incapacitar también a los ciudadanos a quienes dichos legisladores representan). Creo que vale la pena ponderar cuidadosamente las actitudes que están detrás del entusiasmo por imponer dichas incapacitaciones.

³⁰ HOHFELD, 1923.

Incorporar un derecho en un documento constitucional atrincherado supone adoptar una cierta actitud hacia nuestros conciudadanos. Dicha actitud se resume mejor como una combinación de seguridad en uno mismo y desconfianza. Seguridad en la convicción propia de que lo que se está proponiendo *es* realmente una cuestión de derechos fundamentales y de que la formulación concreta que se propone la recoge adecuadamente; y desconfianza implícita en su idea de que cualquier otra concepción alternativa que pudiera ser elaborada por los legisladores electos al año siguiente o dentro de diez años será probablemente tan errónea y estará tan mal motivada, que más vale que sitúe inmediatamente *su propia* formulación más allá del alcance de la revisión legislativa ordinaria.

Esta actitud de desconfianza hacia los propios conciudadanos no encaja demasiado bien con el aura de respeto por la autonomía y responsabilidad que transmite el contenido sustantivo de los derechos atrincherados de este modo. La relevancia sustantiva de un derecho determinado puede estar basada en una concepción de la persona individual como un agente pensante, capacitado para deliberar moralmente y trascender la preocupación sobre sus propios intereses particulares o segmentarios. Por ejemplo, un argumento en favor de la libertad de expresión puede depender de una concepción de las personas como «animales políticos» en el sentido de ARISTÓTELES, capaces de desarrollar en sus conversaciones un sentido compartido y fiable de lo correcto e incorrecto, de la justicia y la injusticia. Si *ésta* es la razón por la que pensamos que la libertad de expresión es importante, no podemos cambiar simplemente de opinión y anunciar que debemos desconfiar de los resultados de todo proceso deliberativo.

Si, por otra parte, el deseo de atrincherar los derechos está motivado por una concepción predatoria de la naturaleza humana y de lo que las personas se harían entre sí al abandonarlas en la arena de la política democrática a su suerte, será difícil explicar cómo o por qué debemos ver a esas mismas personas esencialmente como portadoras de derechos (*rights-bearers*). A fin de desarrollar una teoría de los derechos, necesitamos alguna base para distinguir aquellos intereses que son característicos de la dignidad humana de aquellos que son relativamente poco importantes en la actividad y los deseos personales. Si nuestra única imagen del hombre es la de un animal egoísta en el que no podemos confiar para que se preocupe por los intereses de los demás, carecemos entonces de una concepción de la autonomía moral dignificada, sobre la que deben basarse tales distinciones entre los intereses.

En general, la atribución de derechos a los individuos es un acto de fe en su agencia y capacidad de reflexión moral. Los derechos implican elecciones, y su ejercicio requiere que el agente seleccione una

de varias opciones posibles que él desearía realizar en su vida y en su trato con los demás. Por supuesto, se puede abusar de los derechos, y un derecho puede ser incorrectamente ejercido en la práctica³¹. Pero si el resultado típico del ejercicio de un derecho por parte de un agente protegido por la ley fuera la devastación moral o un asalto precipitado o malicioso a los intereses de los demás, deberíamos rápidamente repensar el fundamento de la atribución original de esos derechos.

Además, confiamos en los agentes no sólo en el ejercicio responsable de los derechos que se les han atribuido, sino también en reconocerles algún grado de responsabilidad a la hora de determinar exactamente cuáles son los límites apropiados para sus derechos, *vis-à-vis* los derechos de los demás. En una sociedad buena, tal vez esto se haga a través del sistema jurídico. Pero los sistemas jurídicos no surgen de la nada. En las teorías políticas basadas en derechos, los sistemas jurídicos se fundan típicamente en la soberanía popular (aunque sea de forma indirecta), así que hay un compromiso teórico con la propuesta de que aquellos que poseen los derechos en cuestión sean también en principio capaces de pensar cómo utilizarlos adecuadamente. Así pensamos, en cualquier caso, en la teoría liberal, en la medida en que nos referimos a los derechos *naturales*: aunque no tenemos ninguna garantía de que el granjero lockeano no tome más parcela de la que le corresponde o de que un individuo que castiga una ofensa al derecho natural no se exceda en la retribución movido por la pasión o el sentimiento de venganza, la teoría liberal de los derechos naturales todavía se predica sobre la asunción de que es tan seguro confiar dichas decisiones a individuos comunes como confiarlas a cualquier otro, y que es mucho más seguro en su conjunto confiarlas a personas comunes que a aquellas cuya virtud natural ha sido corrompida por «esta ignorancia artificiosa, y esta jerga docta» del escolasticismo jurídico³². La teoría de los derechos naturales incorpora así una determinada concepción de la naturaleza humana. No se trata únicamente de una noción de ciertas vulnerabilidades, ciertas situaciones en las que podemos ser víctimas los unos de los otros. También hay una imagen positiva de confianza responsable en uno mismo: el portador de derechos es alguien que se conoce a sí mismo y es vigorosamente consciente tanto del alcance como de los límites de lo que se le está permitido pedir de los demás³³. Los teóricos de los derechos, entonces, están comprometidos con el presupuesto de que aquellos a los que se les atribuyen derechos son *normalmente* aquellos a quienes se les pueden confiar las decisiones acerca del alcance de sus derechos. O al menos presuponemos que esto no puede quedar sencillamente al margen de

³¹ Véase WALDRON, 1981: 21.

³² Véase LOCKE (1690b), 1992: Libro III, cap. X, par. 9, 489. Véase también el apartado 6 del cap. XI de este libro.

³³ Véase también WALDRON, 1996a.

toda cuestión —como quedaría si se aceptaran algunas de las imágenes más espeluznantes de la irracionalidad popular y de la tiranía de la mayoría—.

No pretendo que estos argumentos en contra de la constitucionalización de los derechos sean completamente contundentes. Lo que he intentado mostrar hasta el momento es que no hay nada obvio en combinar el respeto por los derechos con una profunda desconfianza en las capacidades democráticas y representativas de las personas. En consonancia, no hay nada perverso en afirmar: «Las razones que me hacen pensar en el ser humano como portador de derechos son las mismas razones que me permiten confiar en él como portador de responsabilidades políticas. Precisamente porque yo veo a toda persona como un potencial agente moral, dotado de dignidad y autonomía, desearía confiar al pueblo *en masse* la obligación del autogobierno». Una vez hemos visto *esto* como un conjunto inteligible de actitudes, podemos albergar más dudas a la hora de expresar nuestro entusiasmo por los derechos en términos de incapacitación a las instituciones representativas.

6. HACER FILOSOFÍA

Nuestras actitudes hacia nuestros conciudadanos dependerán en parte de lo fácil que nos parezca alcanzar una concepción adecuada de los derechos que merecen ser protegidos. Si alguien ha desarrollado dicha concepción, y si además piensa que ha sido una labor relativamente fácil, tenderá a desconfiar de cualquier persona que alcance una concepción de los derechos distinta de la suya. Después de todo, pensará que ha actuado de buena fe y que probablemente, dado que la labor no ha presentado especiales dificultades, su buena fe le ha conducido a buenos resultados. La única explicación, entonces, de los resultados contrarios de otras personas es que éstas han actuado por otro tipo de motivos. Por decirlo de otra forma, si sostenemos en serio que las verdades a las que hemos llegado son «autoevidentes», la única explicación posible de que alguien haya llegado a resultados diversos es que se trata de un bobo o de un bellaco. En cualquiera de los dos casos, tendremos razones para dar una forma inmutable a nuestras conclusiones autoevidentes tan pronto como sea posible, a fin de aislarlas de la insensatez y la trapacería de una hipotética revisión o de una reformulación erróneas.

Si, por otra parte, adoptamos el punto de vista de que toda la labor de reflexión acerca de los derechos está plagada de dificultades y que se trata de algo sobre lo que, aun con la mejor voluntad del mundo, la gente puede discrepar de buena fe, no mostraremos la misma desconfianza hacia las propuestas de nuestros oponentes ni tampoco,

de hecho, la misma confianza dogmática en las nuestras. Aquellos que aceptan que es posible que estén equivocados deberían sentirse menos inclinados a tirar la primera piedra con sus conclusiones, y a mostrarse más abiertos a la posibilidad de que un debate subsiguiente entre sus conciudadanos produzca, al menos en algunas ocasiones, mejores conclusiones que las suyas propias.

¿Cuál de estos dos puntos de vista sobre nuestra labor es la correcta? Un teórico de los derechos se dedica a establecer qué derechos tiene la gente, cómo deben formularse tales derechos y cuán importantes son en relación con otras consideraciones morales y políticas. ¿Es ésta una labor fácil o difícil?

Podemos encontrar alguna razón apremiante para decantarnos por la opción de que es una labor fácil. Se supone, a menudo, que hablar de los derechos individuales es una forma de consolidar ciertas objeciones bastante básicas contra los misteriosos cálculos del utilitarista. Se supone que es el utilitarista el que nos responde que todo es muy complicado, y que saber si debemos permitir actos horribles como la tortura, la censura o la ejecución de personas inocentes depende de analizar todas las circunstancias del caso, de realizar cálculos de probabilidad a largo plazo, etc. Se supone que el teórico de los derechos, en cambio, es el que puede elaborar una carta de triunfo, el argumento-de-contención indiscutible: «No matarás»³⁴. A menudo la idea de los derechos ha sido considerada precisamente como una forma de evitar la casuística de los *trade-offs* y los cálculos morales complejos —una forma de insistir en que ciertos aspectos básicos deben ser garantizados y ciertas atrocidades prohibidas, pase lo que pase—. Pero si los propios derechos son moralmente complejos, el fantasma de la casuística reaparece. Los problemas complejos requieren presumiblemente soluciones complejas; aunque se suponía que la *simplicidad* de los límites basados en derechos era su principal ventaja respecto a los otros tipos de razonamiento moral más recónditos y precarios³⁵.

No obstante, el triste hecho es que dicha simplicidad y la certeza moral no están a nuestro alcance. Ninguno de los que se ocupan de estos temas cree hoy en día que la verdad acerca de los derechos sea autoevidente o que, si dos personas discrepan sobre los derechos, al menos una de ellas deba ser corrupta o moralmente ciega. En los más o menos treinta años que llevamos de *revival* de los estudios filosóficos sobre los derechos ha habido una proliferación de teorías y concepciones rivales³⁶. Muchas de estas teorías han generado un flujo cons-

³⁴ Cfr. ANSCOMBE, 1981b: 40.

³⁵ He discutido con mayor detalle estos puntos en WALDRON, 1989.

³⁶ Así como con las obras de NOZICK, RAWLS y DWORKIN citadas al inicio de este capítulo (véanse las notas 1 a 3), se podrían citar también las siguientes contribuciones: ACKERMAN,

tante de ensayos, artículos y *simposia* de discusión, elaboración y crítica de sus concepciones³⁷. A éstos se añaden cientos de artículos dedicados a cada derecho en particular o a presentar argumentos concretos acerca de la idea general de los derechos³⁸, así como un gran número de libros importantes que atacan la idea general de los derechos y de los presupuestos individualistas que se esconden tras ella³⁹.

Crear en los derechos es creer que ciertos intereses centrales de los individuos sobre la libertad y el bienestar merecen una protección especial, y que no deben ser sacrificados por la obtención de una mayor eficiencia o prosperidad o por cualquier agregación de intereses menos importantes bajo la etiqueta de bien común. Algunos piensan que esta misma idea es errónea, pero incluso aquellos que la proponen en filosofía política reconocen sus dificultades. Cualquier teoría de los derechos debe enfrentarse a los desacuerdos acerca de qué intereses deben ser protegidos como derechos y en qué términos podemos identificarlos. Dichos desacuerdos serán entonces el vehículo para la controversia sobre el equilibrio adecuado que debe alcanzarse entre los intereses individuales y otras consideraciones sociales, bajo la perspectiva de un «peligro claro y presente», el «horror catastrófico moral» y una acumulación de valores y principios que puede llevarnos a la inacción allí donde es necesaria.

Además, las teorías de los derechos tienen que afrontar el hecho de las controversias acerca de las formas de deber que ellas fundamentan y las formas de prioridad moral que establecen: deberes absolutos, deberes *prima facie*, prioridades lexicográficas, prioridades ponderadas, restricciones laterales relativas al agente, prerrogativas relativas al agente, etc.⁴⁰ Nuestra experiencia sobre estas cuestiones de filosofía moral muestra que su prominencia en la literatura es directamente proporcional tanto a sus dificultades como a su importancia.

Finalmente, los teóricos de los derechos deben dar cuenta de algún modo de aquellos a los que consideran portadores de derechos (*rights-bearers*): deben desarrollar alguna teoría de la persona y articularla en una descripción de los derechos (o algo parecido) de los fetos, los niños, los viejos, los que están en coma, los enfermos mentales, etc. Deben decir algo acerca de los derechos de los animales, los árboles, los grupos, las empresas y las obras de arte. Incluso dentro de los términos de una teoría determinada de los derechos, su desarro-

1980; FINNIS, 1980; GAUTHIER, 1986; GEWIRTH, 1982; RAZ, 1986, y WELLMAN, 1995. La lista no es de ningún modo completa.

³⁷ Véanse, por ejemplo, las siguientes compilaciones: COHEN, 1989; DANIELS, 1989; PAUL, 1982, y REGIS, 1984.

³⁸ Dos antologías (con amplias bibliografías) son LYONS, 1979, y WALDRON, 1984.

³⁹ Véanse, por ejemplo, MACINTYRE, 1981; SANDEL, 1982, y GLENDON, 1991.

⁴⁰ Véanse, por ejemplo, SEN, 1988, y el resto de ensayos recogidos en SCHEFFLER, 1988.

llo y articulación es una labor compleja y desafiante, y no debería sorprendernos si acaba siendo algo sobre lo que la gente razonable alcanza conclusiones increíblemente diferentes.

¿Cómo debería un filósofo abordar estas dificultades? El primer paso y el más obvio es que, en su propio trabajo, debería reconocer la posibilidad de estar equivocado. Robert Nozick señaló en el prefacio de *Anarchy, State and Utopia* que todo autor tiende a escribir sus obras como si el género humano hubiera estado luchando durante miles de años con algún problema filosófico o ético, pero «finalmente, gracias a Dios, él ha encontrado la verdad y ha construido una fortaleza inexpugnable a su alrededor»⁴¹. De hecho, todos nosotros estamos familiarizados con el trabajo de argumentar, objetar, responder a las objeciones, formular contrarréplicas e introducir revisiones. En realidad, a menudo recurrimos a todo ello para estructurar el modo en el que escribimos: ésta es mi tesis preliminar; aquí doy cuenta de las principales objeciones a dicha tesis; aquí están las respuestas a todas las objeciones excepto a una; y aquí están los epícloos necesarios para dar acomodo a la objeción que parecía irrefutable. Este tipo de presentación, y la ética falibilista que revela, son la retórica principal de las obras filosóficas contemporáneas.

Por supuesto, todos los autores piensan que su posición actual es la correcta; de otro modo no estarían proponiéndola. En el ámbito de los derechos, en el que precisamente están en juego cuestiones de relativa urgencia y prioridad moral, todos creen que han identificado correctamente las prioridades, y que los demás lo han hecho mal. Aunque todos deberían pensar que es posible que estén equivocados, no es necesariamente una buena idea incorporar esta duda en la fábrica de su teoría. Es distinto ser modesto sobre la conclusión propia que modificar tal conclusión para dar cuenta de dicha modestia. Esto último bien puede disminuir más que fortalecer la convicción de corrección por parte del que la propone. Más aún, aunque podamos estar convencidos ahora de que ésta es la formulación correcta, parte de la madurez filosófica consiste en ser capaz de combinar la convicción con el recuerdo de las ocasiones pasadas en las que creencias similares tuvieron que ser abandonadas ante los problemas filosóficos, y consiste, por lo tanto, en combinarla también con una mayor receptividad a los contraargumentos y a una refutación futuras⁴².

Podemos interpretar este falibilismo al estilo puramente cartesiano de un pensador solitario que se muestra abierto a sus propias revisiones, autocríticas y reformulaciones. Para la mayoría de nosotros, no obstante, tiene más que ver con la forma en la que hacemos filosofía

⁴¹ Nozick, 1984: xii.

⁴² La defensa clásica de este falibilismo se la debemos a Mill (1859), 1970: cap. 2. Véase también Popper, 1969: esp. caps. 16 a 20.

conjuntamente, como miembros de una comunidad de pensadores y críticos. Aceptamos y abrazamos la circunstancia de una pluralidad de puntos de vista y los desacuerdos agudos que éstos generan. La disciplina prospera sobre esta base: se espera que el intercambio de argumentos produzca mejores teorías que servirán de base a su vez para un debate aún más vigoroso, etc. En estos debates, todos nosotros tenemos una responsabilidad en adoptar la perspectiva de la comunidad filosófica de vez en cuando, como adoptamos la de la concepción particular que estamos defendiendo. Respecto a esta última, somos partidarios apasionados de una teoría. Respecto a la primera, en cambio, sabemos que es incorrecto esperar que cualquier teoría, sin importar lo atractiva que sea o lo bien argumentada que esté, salga indemne del proceso de debate. Reconocemos que el debate tiene su importancia en tanto que interacción colectiva como método de acercarnos a la compleja verdad. Las verdades simples, autoevidentes, pueden formarse en mentes simples, pero las verdades complejas (en cuya categoría incluyo todas las propuestas sobre derechos individuales) emergen, en palabras de MILL, sólo «por el duro procedimiento de una lucha entre combatientes peleando bajo banderas hostiles»⁴³.

7. FILOSOFÍA Y POLÍTICA

Nuestro conocimiento profesional de estas dificultades teóricas ha de tener algún impacto sobre la manera en que pensamos acerca de las controversias políticas sustantivas. En años recientes, cuestiones como las siguientes han sido tratadas en los Estados Unidos como cuestiones de derechos constitucionales: el aborto, la discriminación positiva, la reforma de la financiación de las campañas políticas, el proceso penal en los casos de pena de muerte, el uso de drogas en ceremonias religiosas, la difamación en relación con la libertad de expresión, el control de las armas, el discurso del odio (*hate speech*), el problema de las personas sin techo, los derechos de los inmigrantes, las restricciones al uso de la tierra, la mendicación, la pornografía, la reforma de la ley electoral (*reapportionment*)*, el rezo en las escuelas, el registro obligatorio en el censo electoral, el bienestar y la recalificación urbanística. Todos sabemos que éstas son materias plagadas de dificultades y complejidad moral, materias sobre las que las personas

⁴³ MILL (1859), 1970: cap. 2, 113. La frase completa es: «La verdad, en los grandes intereses prácticos de la vida, es tanto una cuestión de conciliar y combinar contrarios, que muy pocos tienen inteligencia suficientemente capaz e imparcial para hacer un ajuste aproximadamente correcto, y tiene que ser conseguido por el duro procedimiento entre combatientes peleando bajo banderas hostiles».

* N. de los trads.: La *reapportionment* es el proceso por el que se revisa periódicamente en Estados Unidos la distribución geográfica de escaños parlamentarios de acuerdo a los cambios demográficos.

razonables discrepan —incluyendo ciudadanos razonables, legisladores razonables y jueces razonables—.

El autor de este libro (junto con muchos de sus lectores) posee opiniones firmes sobre la mayoría de estos temas; todos tenemos nuestras opiniones que consideramos bien meditadas. Y, lo que es más, muchos piensan que sus puntos de vista sobre temas como éstos son *objetivamente* correctos o incorrectos y que esto es relevante, puesto que son cuestiones acerca de los derechos y la justicia y no meramente cuestiones de preferencias. Todos creemos que hay valores fundamentales en juego —la libertad, la autonomía, la justicia, el respeto por las personas, la dignidad humana, etc.—. Escribimos como si aquellos que difieren de nosotros sobre estas cuestiones lo hicieran de forma tan radical que apenas hubiera una base común para la convivencia en sociedad. Decimos: «¡éstas son cuestiones de principios, sobre lo que es *correcto*! * No están disponibles en el proceso político ordinario. ¡No son negociables!».

Pero ninguno de nosotros cree realmente esto. Nuestra confianza política en nuestras propias opiniones, y nuestro conocimiento filosófico de los profundos e importantes valores en juego, se contraponen con un reacio reconocimiento de la razonabilidad del desacuerdo y una determinación firme (en ocasiones, como en la guerra civil de los Estados Unidos, una determinación feroz) a seguir compartiendo un mundo social con aquellos que difieren de nosotros. Así, no parece inapropiado que los filósofos políticos y del derecho dediquen algún tiempo a reflexionar sobre su aptitud como ciudadanos para vivir y actuar conjuntamente con aquellos con los que mantienen desacuerdos sobre materias como éstas y que son consideradas fundamentales y, en teoría, no negociables.

La forma en la que expresamos y presentamos nuestras teorías académicas muestra que los filósofos somos muy malos en esto. Pero la forma en que tratamos con nuestros colegas indica lo contrario. Nuestros desacuerdos en la profesión sobre cuestiones de justicia sustantiva (los desacuerdos que divulgamos en nuestras conferencias, publicamos en nuestras revistas y enseñamos a nuestros estudiantes) son al menos tan fundamentales como aquellos que dividen a la ciudadanía (y a nuestros representantes y a nuestros jueces). Y mantenemos no sólo la civilidad los unos con los otros, sino también un bastante robusto *esprit de corps* profesional e incluso amistad con aquellos a los que nos oponemos. Los nozickianos y los socialistas charlan amigablemente en las tertulias de la «Liberty Fund». La mayoría de los filósofos marxistas no pueden imaginar nada más delicioso que

* N. de los trads.: En el original se utiliza la palabra *right*, que tiene el doble sentido de correcto y derecho, una ambigüedad que no es posible mantener en castellano.

una conversación con un adversario durante la cena. Cualquier grupo de personas que se encuentran en una situación de este tipo tiene la responsabilidad de pensar de forma general cómo son posibles la civilidad y la coexistencia ante tales desacuerdos, y tener esto presente cuando articulan sus posiciones teóricas.

Quiero sugerir entonces que al ejercer esta responsabilidad deberíamos pensar que las muchas personas que participan en los desacuerdos políticos de ahí fuera, en el mundo real, están en buena parte *igual que nosotros* cuando discrepamos sobre alguna cuestión normativa en un seminario o una revista. O mejor, ellos están igual que nosotros con esta salvedad: nosotros disfrutamos del lujo de no tener que tomar una decisión; ellos no sólo tienen que emprender una difícil reflexión acerca de lo que es justo y de los derechos que tiene la gente, sino que deben entrar también en la sórdida y desagradable tarea de la toma real de decisiones colectivas en ausencia de un consenso moral, de la que nosotros, en la academia, podemos librarnos con demasiada facilidad. Nos enorgullecemos, desde luego, de que nuestras ideas expresadas en libros, artículos y seminarios son más razonadas y profundas que las ideas que aparecen en el trabajo de los políticos y sus electores. Y así debe ser: es nuestra función, en la división social del trabajo, la de dedicar tiempo y energía a pensar estas cuestiones tan cuidadosamente como sea posible. Pero es un error, me parece, considerar que nuestras ideas son muy distintas a las de los ciudadanos que participan en política. La filosofía política, al menos en la orientación normativa de la «filosofía sobre los asuntos públicos», es simplemente una discusión cívica consciente sin una fecha límite.

Pensar que estas discusiones son de un tipo distinto no es sólo un error de arrogancia, es también un error filosófico importante. Al menos desde el siglo XVII, nuestra concepción de la *argumentación* en filosofía política se ha guiado por la idea de que las instituciones sociales, políticas y jurídicas deben ser, en principio, explicables y justificables ante todos aquellos que tienen que vivir con ellas. Hemos rechazado todo lo esotérico en teoría política; hemos rechazado la idea de *arcana imperii*⁴⁴. Los modelos teóricos de consentimiento y contrato social, y los límites correspondientes de publicidad y transparencia, nos obligan a generar argumentos que intenten ser inteligibles para todo aquel cuyos intereses resultan afectados, y que —en espíritu, si no en la letra— estén en consonancia con los argumentos que ellos encontrarían persuasivos en sus conversaciones con otras personas. Existe una importante conexión, como he sostenido en otro lugar, entre la argumentación de tipo liberal y la convicción de la Ilustración de que todo lo real puede ser en principio explicado, y que todo lo correcto

⁴⁴ Cfr. DONALDSON, 1988.

puede ser en principio justificado, ante cualquier persona⁴⁵. La filosofía política contemporánea revela un compromiso con la idea de que los argumentos teóricos apuntan no solamente a justificar las leyes o las propuestas políticas, sino también a justificarlas *ante* los hombres y mujeres comunes a los que van a afectar.

Para los propósitos actuales, la consecuencia de este modelo democrático de teoría política es que todos deberíamos considerar nuestra concepción de los derechos como una opinión o una posición particularmente bien construida que, en líneas generales, pudiera ser sostenida por todos los ciudadanos. De igual modo, deberíamos pensar en nuestros desacuerdos teóricos como versiones particularmente civilizadas, meditadas y extensas de los desacuerdos que tienen lugar entre los ciudadanos en la esfera pública. Cuando nos encontramos con un ciudadano o un grupo de ciudadanos que sostiene una concepción de los derechos que difiere de la nuestra, deberíamos considerarla de la misma forma que si fuera la concepción contraria de un colega: algo con lo que discrepamos, pero que sigue siendo digno de respeto, como una contribución de buena fe a un debate en el que nada en absoluto resulta autoevidente.

Estas consideraciones deberían ser suficientes para detenernos antes de adoptar alguna de las más irrespetuosas imágenes de la toma de decisiones democrática que uno encuentra en los escritos constitucionalistas. Los cínicos dicen a veces que la política legislativa y electoral es una cuestión meramente de autointerés, y que los representantes y los votantes nunca piensan en otra cosa que no sea en la sórdida pregunta de «¿qué puedo sacar yo de esto?». Ésta es una cuestión empírica, por supuesto, pero me parece que se ha exagerado con el cinismo⁴⁶. Ciertamente, el lenguaje del autointerés no es el lenguaje en el que los ciudadanos expresan normalmente sus concepciones sobre los derechos. Consideremos el debate sobre el aborto. Las facciones pro-vida y pro-libertad de elegir no pueden tener ambas la razón sobre las cuestiones de si los fetos tienen derechos y de si las mujeres tienen el derecho a decidir abortar, pero sin duda es indiscutible que ambas partes se involucran de buena fe en tales cuestiones éticas difíciles y generales. Cada grupo parece estar argumentando en favor de una concepción concreta acerca de qué derechos existen y quiénes son los sujetos de tales derechos, justo en la forma (tal vez un poco menos articulada) en que nosotros argumentamos cuando discutimos en una clase de ética aplicada⁴⁷.

⁴⁵ Véase WALDRON, 1987a: 134 ss.

⁴⁶ Véase WALDRON, 1990b.

⁴⁷ En realidad, pueden estar también en juego cuestiones de valores y de estilos de vida más profundas y amplias; véase LUKER, 1984. Esto no debilita mi argumento: sólo porque un

Supongo que si alguien quisiera desesperadamente sostener este tipo de cinismo, podría insistir en que hasta nuestras convicciones filosóficas en realidad son sólo una máscara para el autointerés, de forma que la deliberación política no se beneficiaría de la analogía con el debate filosófico; ambas quedarían desacreditadas por no ser nada más que el reflejo del autointerés. Pero entonces difícilmente podríamos controlar dicho cinismo, y consecuentemente sería imposible extraer algunas conclusiones políticas o institucionales interesantes. ¿Por qué no íbamos a ser igualmente cínicos acerca de las opiniones de los jueces? Mucha gente lo es. ¿Por qué no serlo también acerca de los que redactaron la Constitución, de Madison o Jefferson? ¿Por qué no afirmar lo mismo acerca de *cualquiera* que intente pensar o escribir sobre esta cuestión, incluyéndonos a nosotros mismos?

Si, por otra parte, estamos deseosos (como la mayoría de nosotros lo estamos, en nuestra vanidad) de afirmar que nosotros y algunos de nuestros amigos somos honestos, o que al menos cuando los *filósofos* escriben sobre el aborto o la eutanasia no lo hacen motivados por un secreto autointerés, sino que están reflexionando sobre cuestiones de principios tan cuidadosamente como pueden, ¿por qué no estamos dispuestos a predicarlo también de los ciudadanos comunes y de sus representantes que, ciertamente, en algunas ocasiones, parecen tan honestos y nobles como nosotros cuando discrepan los unos con los otros? Me parece que deberíamos ponderar con mucho cuidado las consecuencias del desdén generalizado hacia los ciudadanos comunes que parece invadir la mayor parte del cinismo acerca de la política legislativa y electoral.

8. LA LABOR QUE QUEDA PENDIENTE

Éstas son algunas de las cosas que debemos tener en cuenta cuando pensamos acerca de los derechos, de los derechos constitucionales y de los límites sobre la legislación. Lo que he dicho en este capítulo no representa una *teoría*, y mucho menos una *teoría constitucional* completa. La discusión en los últimos apartados pretende ser una nota de precaución, advirtiéndonos en contra de las inferencias extravagantes que a veces los filósofos extraen del hecho de encontrarse en desacuerdo con las masas de ciudadanos sobre cuestiones de derechos fundamentales.

Por decirlo una vez más: me parece de la máxima importancia tener presente, primero, que las cuestiones sobre derechos son complejas desde todos los puntos de vista (especialmente desde los *nuestros*) y,

debate sobre el aborto implique cuestiones sobre estilos de vida no quiere decir que se convierta simplemente en un choque de autointereses.

en segundo lugar, que hay cuestiones sobre las que existen desacuerdos también entre aquellos que comprenden esas complejidades e incluso en las circunstancias más propicias para el pensamiento y la deliberación irrestricta entre los mejores intelectos de nuestra sociedad. Si tenemos presente todo esto, estaremos mejor equipados para ocuparnos de la pregunta institucional: «¿Quién decidirá qué derechos tenemos cuando todos estamos en desacuerdo?». Y seremos entonces capaces de enfocar la cuestión de si debemos atribuir las cuestiones controvertidas sobre los derechos a los tribunales o al Parlamento —a una elite de hombres sabios o a los representantes del pueblo que se verá afectado por la decisión— a partir de una estructura mental filosóficamente más modesta, jurídicamente menos arrogante y políticamente menos aterrorizadora que la actual mentalidad de la constitucionalización.

CAPÍTULO XI

LA PARTICIPACIÓN: EL DERECHO DE LOS DERECHOS

1. INTRODUCCIÓN

«El gran derecho de todo hombre», dijo William COBBETT, «el derecho de los derechos, es el derecho a tomar parte en la creación de las leyes, a las que el bien de la totalidad obliga a someterse»¹. ¿Qué tipo de derecho es éste? ¿Cómo se justifica? ¿Y cuán importante es en relación con los demás derechos? COBBETT lo llamó «el derecho de los derechos», una expresión que si se lee descuidadamente podría sugerir que la participación es más importante que los demás derechos con los que podría entrar en conflicto. Por ejemplo, los miembros de una mayoría, ejerciendo su derecho de participación política, pueden votar en favor de imponer algún límite al libre ejercicio de la religión. Ahora, si la participación es el derecho de los derechos, parece como si el derecho a la libertad religiosa tuviera que ceder, en casos como éste, a fin de reivindicar el derecho de participación. En este capítulo, no obstante, sostendré que hablar de *conflicto de derechos* es inadecuado en este tipo de casos y que el rol especial de la participación en una teoría de los derechos no consiste en que tenga prioridad moral sobre los demás derechos. En cambio, es resultado del hecho de que la participación es un derecho cuyo ejercicio parece peculiarmente apropiado en situaciones en las que los portadores razonables de derechos discrepan acerca de qué derechos tienen.

¹ COBBETT, 1829, citado en MACFARLANE, 1985: 142.

2. ¿UN DERECHO NEGATIVO O UN DERECHO POSITIVO?

Para empezar, ¿qué tipo de derecho es este «derecho a tomar parte en la creación de las leyes»? Karl MARX distinguió célebremente entre los derechos del hombre y los derechos del ciudadano. Los derechos del hombre —como la propiedad, la seguridad o la libertad religiosa— «no son más que los derechos de [...] un hombre egoísta, un hombre separado de los demás hombres en la comunidad». Pero los derechos del ciudadano —el derecho de voto, el sufragio pasivo y la libertad de discutir y criticar la conducta de los asuntos públicos— son bastante distintos de los derechos tradicionales del hombre. Los derechos del ciudadano, lejos de estar atomizados, son «derechos políticos que sólo pueden ser ejercidos en comunidad con otros hombres»².

Este punto es innegable. No se pueden entender los derechos políticos en términos de trazo de fronteras alrededor de individuos autónomos³. En cambio debe entenderse que estos derechos establecen una base sobre la que un número considerable de portadores de derechos (*rights-bearers*) actúa conjuntamente para controlar y dirigir sus asuntos comunes. Sería un error considerar la participación política meramente como un derecho «negativo», que protege a las personas de la interferencia. Se puede sostener que la distinción entre derechos negativos y derechos positivos —esto es, entre un derecho correlativo a un deber de otro de *hacer algo* realmente en beneficio del portador del derecho y un derecho correlativo a un deber de otro de *abstenerse de hacer algo* que interfiera en la libertad del portador del derecho— es en todo caso de poca ayuda. Posee todos los inconvenientes de la distinción filosófica entre acciones y omisiones, y debe afrontar la dificultad adicional de que un derecho concreto es normalmente correlativo, no de deberes aislados, sino de conjuntos de deberes, algunos de ellos de omisión y otros de acción⁴. Y dicha distinción es especialmente poco útil en el caso de los derechos políticos.

Podemos comprobar esto si consideramos el uso que hace Maurice CRANSTON de esta distinción en su ataque a la inclusión de principios «económicos y sociales» en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948:

Los tradicionales “derechos civiles y políticos” pueden [...] ser garantizados sin dificultad por la legislación, y en general pueden serlo suficientemente por la legislación ordinaria. Puesto que tales derechos son

² MARX, 1987: 144-146.

³ O «hiperplanos en el espacio moral», o cualquier otra jerga típica de *nerds* como las que utilizamos habitualmente: cfr. NOZICK, 1984: 57.

⁴ Véase WALDRON, 1989.

en su mayoría derechos contra la interferencia del gobierno en las actividades de un hombre, gran parte de la legislación necesaria no tiene que hacer más que imponer restricciones al propio brazo ejecutivo del gobierno. Pero no sucede lo mismo cuando lo aplicamos al “derecho al trabajo”, “el derecho a la seguridad social”, y demás⁵.

Pase lo que pase con derechos civiles como la libertad religiosa, los derechos *políticos* no pueden ser garantizados por la legislación que «no hace más que imponer límites al propio brazo ejecutivo del gobierno». El derecho al voto no es cuestión de una libertad negativa para expresar una preferencia hacia su político favorito, y no queda garantizado simplemente porque el Estado deje al individuo en paz para hacer esto cuando le plazca. Alguien tiene derecho al voto sólo si se cuenta su voto y éste tiene efecto en un sistema de decisión colectiva que determine políticas concretas, elija líderes políticos e identifique quién es la autoridad. Votar es ejercitar un *poder* hohfeldiano⁶ (si bien un poder fuertemente condicionado): consiste en realizar una acción que, si un número suficiente de otras personas también la realiza, altera la asignación de derechos y deberes en la comunidad. Se parece más a ejercer el poder de un abogado que a dar sencillamente un discurso. El respeto por dicho derecho es costoso, al menos en dos sentidos distintos. Primero, instituir un sistema efectivo de voto requiere mano de obra y recursos. En segundo lugar, el derecho a voto es costoso para los gobernantes, puesto que convierte su cargo en vulnerable a la toma de decisiones de los votantes y les obliga a abandonar la administración cuando dichos votantes emiten un veredicto adverso.

Es un error, entonces, distinguir entre las demandas realizadas en nombre de los derechos políticos y las realizadas en nombre de los derechos económicos y sociales. Aunque estos últimos no son poderes hohfeldianos, ambos son derechos que requieren la institución y operación de sistemas administrativos; ambos necesitan mano de obra y recursos; ambos presuponen una sociedad relativamente estable y bien organizada, y ambos requieren gobiernos y personas en el gobierno para hacer ciertas cosas bajo ciertas condiciones, y no meramente que alguien se abstenga de hacerlas.

Pero tal vez esto sea quedarse con una visión superficial. Alguien que quiera insistir en que el derecho a voto es *realmente* un derecho negativo podría argumentar de la siguiente manera. El derecho a voto sólo es importante porque el ejercicio del poder político es una cuestión de relevancia moral. Y el ejercicio del poder político es una cuestión de relevancia moral sólo porque restringe la libertad (negativa) de los

⁵ CRANSTON, 1967.

⁶ Para la noción de poder, véase HOFFELD, 1923: 50 ss.

individuos. Argumentamos en favor del derecho a voto, por lo tanto, diciendo: 1) que los individuos tienen un derecho negativo fundamental contra la coerción que implica el ejercicio del poder político; 2) que este derecho fundamental es respetado tanto si limitamos el ejercicio del poder político como si aseguramos el consentimiento de aquellos que están sujetos a él, y 3) que votar es la forma de conseguir algo parecido al consentimiento⁷. Aunque alcanzar el consentimiento puede ser una actividad muy costosa en tiempo y recursos (como lo es en otros ámbitos de los derechos negativos), este hecho por sí solo no convierte en menos negativo al derecho en cuestión.

Esta concepción es ingeniosa; contiene un elemento importante de verdad y sería casi completamente persuasiva si no fuera por el hecho de que podemos presentar una concepción alternativa de lo que subyace al derecho de voto, una concepción que lo caracteriza más profundamente como un derecho positivo, y no como uno negativo. Los individuos tienen ciertos deberes de respeto y ayuda mutua que resultan mejor cumplidos cuando se dirigen desde una administración central como el Estado que cuando son dejados al capricho de los individuos⁸. Pero puesto que son *mis* deberes (y los de los demás) lo que orquesta el Estado, tengo un derecho a decir algo en los mecanismos de decisión que los controlan.

No estoy afirmando que la concepción que acabo de dar sea superior a la proporcionada en el párrafo anterior. Se trata de una concepción rival, o tal vez las dos sean complementarias. Pero con seguridad no tenemos que elegir entre ellas a fin de establecer, formalmente, qué tipo de derecho es el derecho al voto. Parece mejor dar cuenta de lo que este derecho implica, qué tipo de obligaciones impone, si se trata de un derecho-poder o de un derecho-pretensión, etc., y dejar como algo *separado*, aunque importante, la cuestión en filosofía política de qué oportunidades o dificultades, asociadas al poder y la organización política, se hace responsable el derecho al voto, al menos por lo que respecta a su justificación última.

⁷ Esta concepción tiene un carácter abiertamente lockeano, y a uno le gustaría invocar la complejidad de una teoría como la de LOCKE para justificar la pretensión de que el voto cuenta como consentimiento individual en un sistema mayoritario. Brevemente, tendríamos que mostrar que el sistema de voto mayoritario —o la base constitucional sobre la que se establece— obliga o debería obligar a alcanzar el consentimiento unánime de aquellos legítimamente sujetos al poder político en cuestión. Véase LOCKE (1690a), 1997: cap. II, pars. 95-99 y 132: 136-139 y 170. Véase también WALDRON, 1999a: caps. 4 y 6.

⁸ Para diversas versiones de esta concepción, véanse GOODIN, 1989, y DWORKIN, 1986: 195-216.

3. COMPARTIR EL PODER

MARX creía que los derechos políticos implicaban una acción colectiva, no sólo en la forma en la que estaban establecidos y garantizados, sino también en la forma en que eran entendidos y ejercidos⁹. Y tenía razón sobre esto también. Es evidente que hay un elemento colectivo en la forma en que son entendidos los derechos del ciudadano, viendo el término utilizado para describirlos: el derecho a *participar*. Participar es «compartir o participar en una acción [...]», algo que necesariamente supone que uno no es la *única* persona que comparte o participa en la actividad en cuestión.

Hay una ambigüedad aquí. Algunas veces cuando hablamos de las personas que participan en el gobierno queremos decir que hay un espacio para la implicación de personas comunes o de sus representantes junto a cualesquiera otros grupos, clases o individuos que ejercen poder y autoridad en el Estado. Así, el pueblo romano participó en el gobierno de la república a través de los Comités y a través de la intercesión de los tribunos de la plebe; pero el *compartir* que connota esta «participación» se refiere a otros elementos no populares en la república como el (aristocrático) Senado. La participación significa aquí la coexistencia de diferentes modos de gobierno en un régimen mixto. No obstante, cuando en la actualidad se aboga por la participación política como un derecho humano, normalmente significa mucho más que esto. Lo que se pide no es simplemente que deba haber algún elemento popular en el gobierno, sino que el elemento popular debería ser decisivo. Se pide democracia, y no sólo la inclusión de un elemento democrático en un régimen mixto.

¿En qué se convierte el *compartir* que connota la «participación» en esta segunda exigencia más radical? «Compartir» se refiere ahora al hecho de que todo individuo reclama el derecho a participar en el gobierno de la sociedad, *en la misma medida en que participan el resto de individuos*. Como portador de derechos, pide que su voz sea escuchada y tenida en cuenta en la toma de decisiones públicas. Pero la forma en la que se realiza esta demanda —un derecho a la *participación*— reconoce por sí misma que la suya no es la única voz en la sociedad, y que dicha voz no debería contar más que la voz de cualquier otro portador de derechos en el proceso político. Su contribución aspira, por supuesto, a ser decisiva. Pero esta aspiración se

⁹ No discutiré la crítica de MARX de los derechos políticos en una sociedad burguesa. Brevemente, su posición era que el carácter colectivo de tales derechos queda distorsionado cuando el sistema político es considerado como un medio para alcanzar fines económicamente individuales. MARX, 1987: 147. Véase también MARX, 1977b: 126.

atempera por principios de equidad e igualdad implicados por la universalización de esta pretensión¹⁰.

A este respecto, el derecho a participar pone en primera línea —en su *eslogan*— algo que la mayoría de nosotros pensamos acerca de los derechos de todo tipo, pero que habitualmente sólo se hace evidente al nivel de la *teoría*. Cuando hablamos de un derecho a la libertad, por ejemplo, o incluso de derechos a ciertas libertades básicas, pensamos que el alcance del derecho en cuestión queda determinado por algo así como un principio de igualdad. De este modo, el principio de libertad de RAWLS incorpora un compromiso con la igualdad: «Toda persona debe tener un derecho igual al esquema más amplio de libertades básicas compatible con una libertad igual para los demás»¹¹. Precisamente porque el ejercicio de la libertad de cada uno puede entrar en conflicto con la libertad de otro, y limitarla en este sentido, el alcance adecuado del derecho queda determinado al realizar ajustes en lo que se permite a cada uno de manera que el esquema final se garantice para todos al más alto nivel de libertad individual compatible con la igualdad.

De hecho, hay otro límite en la fórmula rawlsiana. Es importante que la libertad no sólo sea igual para todos, sino también que el esquema de libertades básicas garantizado para todos sea «adecuado» al nivel individual¹². Esto es, debe ser adecuado a los propósitos para los que todo individuo quiere y requiere la libertad —es decir, el autodesarrollo y vivir una vida de acuerdo con su propia concepción del bien¹³—. Un interés por la adecuación se toma en serio la posibilidad de que, en una sociedad populosa, el requisito de igualdad puede estrechar la libertad de todo individuo a una porción tan pequeña que, al nivel individual, sea escasamente valioso tenerla o luchar por ella. El álgebra del liberalismo contemporáneo descansa en la esperanza de que esto no ocurrirá nunca, y que los dos límites, el de la igualdad y el de la adecuación, podrán ser conjuntamente satisfechos¹⁴.

¹⁰ Por decirlo de otra forma: se solicita solamente una participación igual, pero la lógica de la igualdad en este contexto, como en otros, requiere que se iguale la máxima efectividad individual compatible con una efectividad semejante para los demás. Véase VLASTOS, 1984: 62-68.

¹¹ RAWLS, 1971: 60.

¹² De esta forma, en una formulación más reciente, RAWLS nos habla de «un esquema *completamente adecuado* de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos» (la cursiva es mía). Véase RAWLS, 1981: 5.

¹³ BERLIN, 1969: 124, expresa la condición de adecuación de esta forma: «Debe existir una determinada esfera mínima de libertad personal que no debe ser violada de ningún modo; puesto que si es sobrepasada, el individuo se encontrará en una esfera tan estrecha que no tendrá cabida incluso ese mínimo desarrollo de sus facultades naturales que es necesario para poder perseguir, o hasta concebir, los fines diversos que los hombres consideran buenos, correctos o sagrados».

¹⁴ Por expresarlo en una terminología más propiamente rawlsiana, la esperanza es que lo racional puede ser reconciliado con lo razonable: véase RAWLS, 1993: 48 ss.

Una cuestión parecida puede plantearse con respecto a la participación política. Como vimos en el capítulo V, el votante contemporáneo a veces se aflige por la angustia de que su voz y su voto individuales se perderán entre los millones de otros que participan con él en las elecciones y los *referenda*¹⁵. Si la voz de cada persona es así de insignificante, podemos cuestionarnos si realmente vale la pena tener reconocido el derecho de participación. Esta preocupación cobró mucha importancia en el argumento de Benjamin CONSTANT para preferir lo que él denominó la libertad de los modernos a la libertad de los antiguos. En las antiguas repúblicas de Grecia y Roma, «la parte que cada cual tenía en la soberanía nacional no era, como en nuestros días, un supuesto abstracto. La voluntad de cada uno tenía una influencia real: el ejercicio de esa voluntad era un placer vivo y repetido»¹⁶. Pero esto no se cumple, dijo CONSTANT, respecto al individuo en la comunidad política moderna. Incluso en 1819 el tamaño de la comunidad disminuía la contribución participativa de cada ciudadano:

Su influencia personal es un elemento imperceptible de la voluntad social que imprime su dirección al gobierno.

[...] Perdido entre la multitud, el individuo casi nunca percibe la influencia que ejerce. Su voluntad nunca deja huella en el conjunto, nada hay que le haga ver su colaboración¹⁷.

En la medida en que la participación de toda persona en la autoridad política es así de pequeña, parece difícil defender su conveniencia. En consecuencia, es difícil argumentar que se trata de una cuestión de derecho. Es decir, es difícil mostrar la importancia de que no esté cualificado, complementado o socavado por otros mecanismos no democráticos de toma de decisiones políticas¹⁸.

Algunos sostienen que la disminución de cada voto queda más que compensada por la importancia de las cuestiones a las que se refiere. Yo represento sólo una voz entre millones, pero la decisión social en la que participo es una decisión que afecta a millones de personas. La elección del votante, por lo tanto, debe tomarse en serio cuando dichos resultados tan trascendentales están en juego¹⁹. No obstante, puede ser erróneo pensar que se entiende mejor esta conve-

¹⁵ Véase el apartado 11 del cap. V.

¹⁶ CONSTANT (1819), 1989: 268.

¹⁷ CONSTANT (1819), 1989: 265 y 268.

¹⁸ Para un uso de este argumento en defensa del control judicial de constitucionalidad, véase DWORKIN, 1996a: 21.

¹⁹ Véase PARET, 1984: 73-75. PARET sostiene que el conocido misterio de por qué la gente vota cuando su voto tiene sólo una pequeña oportunidad de determinar el resultado descansa en la presuposición de que la gente vota únicamente por el efecto que los resultados pueden tener sobre su bienestar personal. Si suponemos, no obstante, que toda persona está preocupada por el efecto que los resultados pueden tener sobre el bienestar general, entonces la decisión de votar puede parecer más racional. Si el coste de votar para mí es de 10 dólares, pero la

niencia como una función de poder —esto es, el poder en el sentido crudo de la importancia de las consecuencias disminuida por la improbabilidad de ser decisivo—. Tal vez el que el derecho de participación sea conveniente tiene menos que ver con la expectativa mínima de impacto decisivo y más con evitar el insulto, el deshonor²⁰ o la denigración que se produce cuando las opiniones de alguien son menos tenidas en cuenta que las de los demás en una cuestión que afecta tanto a unos como a otros. Algunos derechos implican lo que Joel FEINBERG ha llamado «justicia comparativa», queriendo decir que lo que exige la justicia en la distribución de ciertos bienes no es una cantidad concreta o una adecuada cantidad para un propósito concreto, sino una cantidad básicamente determinada por la necesidad de evitar la desigualdad (o alguna otra forma de falta de equidad cuantitativa, como la desproporcionalidad) en las cantidades adjudicadas a diferentes personas²¹. FEINBERG sostiene, persuasivamente, que la clave de la justicia comparativa es evitar la arbitrariedad y el insulto que el trato desigual y desproporcionado implica (sin importar de qué nivel de trato en términos absolutos estemos hablando)²². Sospecho que esto también es fundamental en el resentimiento que sienten algunas personas cuando quedan excluidas de la participación en los asuntos públicos en los que otros miembros de su sociedad están embarcados. Si esto es así, puede que sea imposible e inapropiado distinguir entre la conveniencia y la igualdad como restricciones distintas en el caso del derecho a participar en política.

Debemos comprender cuidadosamente esta posición. Una concepción de justicia comparativa de los derechos de participación necesita aún ser complementada con una descripción de lo que está en juego en el ejercicio del poder político. La injusticia comparativa con respecto a la autoridad política no es lo mismo que la injusticia comparativa con respecto, por ejemplo, al castigo penal. Ambas pueden contener elementos insultantes, pero el carácter del insulto difiere en cada caso.

¿Cuál es entonces la concepción adecuada en el caso de la participación? El peculiar insulto a un individuo A por ser excluido del poder político tiene que ver, primero, con el impacto de las decisiones

diferencia entre el resultado que yo apoyo y el resultado al que me opongo vale (en mi opinión) 2.000 dólares para cada norteamericano, entonces como un altruista ciertamente votaré en cada ocasión en que la probabilidad de que mi voto sea decisivo sea mayor que 1 entre 52.000 millones. Como señala PARFIT, los científicos políticos que insisten con estos cálculos creen que la probabilidad es de hecho superior a ésta (más cercana a uno entre varios centenares de millones).

²⁰ Cfr. ARISTÓTELES, 1998: Libro III, cap. X, 1281a, 136: «¿Es que deben ser los bien dotados quienes manden y ejerzan la autoridad sobre todo? En tal caso todos los demás estarán privados de derechos, al no verse honrados con los cargos públicos; y al ocuparlos siempre los mismos, todos los demás quedarán forzosamente sin honores».

²¹ Véase FEINBERG, 1980b: 266 y 267.

²² FEINBERG, 1980b: 286 y 287.

políticas sobre los propios derechos e intereses de A, y segundo, con que A tenga la capacidad de decidir responsablemente²³ acerca de dichas cuestiones (incluso sabiendo que los propios derechos e intereses de A no son los *únicos* derechos e intereses en juego). Precisamente porque resulta afectado (junto con B, C, D...), A puede considerar que tiene algo que decir sobre la materia. Ésta es la fuerza de la insistencia del coronel RAINSBOROUGH en Putney en que «el más pobre de Inglaterra tiene una vida que vivir tanto como el más rico»²⁴. Y precisamente porque A posee un sentido de la justicia, puede considerar que tiene lo necesario para participar en las decisiones en las que los derechos de los demás están también en juego. Si en cualquier caso A es excluido de la decisión (por ejemplo, porque la decisión final ha sido asignada a una elite aristocrática), A se sentirá menospreciado: sentirá que su propio sentido de la justicia ha sido denigrado como inadecuado para la labor de decidir no sólo algo importante, sino algo importante en lo que él, A, tiene un interés en juego igual que los demás. Sentir este insulto no implica necesariamente pensar que su voto, si lo tuviera, le daría un poder significativo y palpable. Sabe que si él tiene el derecho a participar, también lo tienen millones de otras personas. Lo único que pide, al menos por lo que respecta a su participación, es que él y todos los demás sean tratados como iguales en los asuntos que afectan a sus intereses, a sus derechos y a sus obligaciones.

4. ¿TIENE LA PARTICIPACIÓN UNA JUSTIFICACIÓN INSTRUMENTAL?

Aunque la influencia de un voto individual es pequeña, los efectos de la votación de un gran número de individuos no lo son. La política es un asunto serio. En las sociedades modernas, las decisiones políticas determinan, por acción u omisión, cosas como la distribución de alimentos, de vivienda, de servicios médicos y educativos, etc. A través de las leyes, determinan los detalles del respeto hacia el individuo, la búsqueda de justicia y los parámetros de la libertad civil y política. Y, en interacción con los otros Estados, las decisiones políticas tomadas por los cargos electos gobiernan la guerra y la paz, la cooperación y la hostilidad, por no mencionar el control y la liberalización de las armas de destrucción masiva²⁵.

Jon ELSTER ha propuesto, sobre la base de consideraciones como éstas, que en última instancia cualquier defensa del derecho de par-

²³ GAUS, 1996: 248-257, sugiere erróneamente que una preocupación por la igualdad es necesariamente una preocupación por el voto como un bien personal, más que una preocupación sobre el estatus de uno como un igual.

²⁴ «The Putney Debates: the Debate on the Franchise» (1647), en WOOTTON, 1986: 286.

²⁵ Cfr. BARRY, 1978: 47, citado en ELSTER, 1983: 99.

ticipación —de hecho, cualquier defensa de *cualquier* sistema de autoridad política— debe ser *instrumental*²⁶. Después de todo, las decisiones políticas son decisiones *acerca de* algo que todos reconocemos como importante; así que, sin duda, esta idea de los intereses importantes respecto a los que se disputa el juego político debería guiar nuestra reflexión sobre las reglas apropiadas para dicho juego. ELSTER entiende que esto es una crítica a lo que a veces se ha llamado teorías «expresivistas» del voto, teorías que sostienen que debemos entender y evaluar el voto como un tipo de autoexpresión, y que la razón para concederles a todos este derecho es que les facilita una oportunidad de identificarse a sí mismos públicamente con alguna opinión sobre un asunto de interés común²⁷. Y lleva razón en esa crítica. Si el voto determina resultados tan serios como la guerra y la paz, la libertad y la opresión, la pobreza y la igualdad, es sin duda irresponsable ver los votos individuales como una forma de flamante autoexpresión. Las interpretaciones expresivistas de la participación transmiten la impresión equivocada de que el contenido de la política —las decisiones que deben ser tomadas y sus consecuencias para la gente real— importan menos que la catarsis, el recto sentido del compromiso y el aire agonista implícito en identificar públicamente un punto de vista concreto como el de uno mismo.

Los defensores de la concepción expresivista pueden replicar apelando una vez más a CONSTANT, diciendo que dado que la influencia real de mi voto individual se desvanece progresivamente de todas maneras, podría también utilizarlo como una oportunidad para la autoexpresión, más que preocuparme por los resultados, las probabilidades o las consecuencias. Pero esto no es más plausible en la política participativa que en cualquier otra situación de acción colectiva que implique a millones de individuos. Consideremos, por ejemplo, la contaminación ambiental en zonas de mucho tráfico: puede que no sea capaz de identificar *mi* contribución a los problemas de salud de las pobres familias que viven cerca de las autopistas, pero soy consciente de que su salud está en peligro debido a la acción de cientos de miles de conductores, incluyéndome a mí. También sé que sólo la instalación de mecanismos de control de las emisiones en los automóviles por la mayor parte de estos conductores podría disminuir esta

²⁶ Véase ELSTER, 1983: 99. Véase también MACFARLANE, 1985: 141: «Es importante señalar que todos los derechos políticos son derechos instrumentales, cuya importancia reside en los fines para cuya garantía el derecho en cuestión es importante».

²⁷ ELSTER cita el siguiente fragmento de Stanley BENN, como un ejemplo de una teoría expresivista: «La acción política puede ser una forma de autoexpresión, necesaria no para alcanzar un objetivo ulterior (puesto que ésta puede ser una causa perdida), ni para la satisfacción de saber que alguien ha comunicado a los demás que se encontraba del lado correcto, sino porque no podríamos reivindicar seriamente, ni siquiera ante nosotros mismos, estar de ese lado sin expresar dicha actitud por medio de las acciones más apropiadas en el caso paradigmático» (BENN, 1978b: 19).

amenaza. Si yo conduzco sin dicho mecanismo estoy haciendo algo incorrecto a pesar de que es imposible discernir el daño ocasionado por las emisiones de mi coche en particular; estoy cumpliendo mal mi papel en la empresa colectiva de prevención de un gran daño en unas circunstancias en las que sólo una empresa colectiva puede hacerlo. Aunque es cierto que tal empresa no requiere de la participación de absolutamente todos los conductores (y por lo tanto no requiere de *mi* participación, siempre que participe un número suficiente de conductores), aún no hay ninguna razón de equidad que me releve particularmente de la obligación de participar, dado que es necesaria la participación de la mayoría de los conductores²⁸. Así, para volver al punto acerca del expresivismo, incluso aunque las emisiones de un automóvil en particular pueden tener un impacto minúsculo sobre el medio ambiente, de ahí no se sigue que a los conductores individualmente se les permita considerar la decisión de instalar o no los mecanismos contra las emisiones como una oportunidad para una flamante autoexpresión. Los intereses en juego son demasiado importantes, y aunque somos millones de personas las que estamos implicadas en esto, sólo millones de conductores tomando la decisión correcta disminuirán el enorme daño de la polución.

Algo parecido ocurre en el caso de la importancia moral del voto. Cuando un gobierno es elegido o se celebra un plebiscito, millones de votantes actúan conjuntamente para garantizar algo (que ellos consideran) importante, algo que en nuestro sistema político no puede ser garantizado salvo por nuestra acción conjunta en muy grandes números. Esta empresa colectiva toma la forma particular de comparar el número de nuestros votos con el número de votos que esperamos que obtenga, equivocadamente en nuestra opinión, el otro bando en una empresa colectiva similar. Si yo no llego a votar (por el candidato o la medida que merecen ganar), he cometido algo incorrecto comparable al ejemplo de las emisiones: no he llegado a cumplir mi parte en la acción colectiva requerida por nuestro sistema político a fin de asegurar un bien importante o evitar un grave daño. Y he hecho esto en unas circunstancias en las que no hay ninguna razón de equidad para relevarme particularmente de la obligación de participar, dado que es necesaria la participación de la mayoría de los ciudadanos (que defienden la opción correcta). En estas circunstancias, es irresponsable por mi parte considerar mi voto simplemente como una oportunidad para la autoexpresión; al contrario, yo debería reflexionar con responsabilidad sobre el efecto que probablemente va a causar en la práctica (junto a otros millones de votos) en cuestiones de vida o muerte que nos afectan a todos.

²⁸ Debo este último punto a GRIFFIN, 1986: 206-219.

Por lo tanto, cada individuo debería participar tomando en consideración las consecuencias de su participación. Pero ¿se sigue de ahí, como sugiere ELSTER, que la justificación del sistema de participación debe ser entonces instrumental o consecuencialista? Yo creo que no. El argumento de los últimos párrafos es relativo a la actitud que un votante debería tener respecto a su ejercicio de los derechos políticos. Debería ejercerlo responsablemente, sobre la base de lo que su voto (junto a un gran número de otros votos) puede hacer que suceda en el mundo. Pero del hecho de que consideraciones de un cierto tipo deban guiar a un portador de derechos en el ejercicio de un derecho determinado no podemos inferir que esté justificado que realmente tenga el derecho por consideraciones de este tipo.

Podemos inferir *algo* de la gravedad de las consideraciones mencionadas al inicio de este apartado. Si debemos tomar en serio la decisión de *cómo* votar por la importancia de los intereses en juego, entonces también debemos tomarnos en serio la cuestión de si *existe* un derecho al voto. El principio de participación, precisamente por el tipo de cosas que están en juego, requiere una defensa fuerte y robusta, una defensa que pueda ser presentada, por ejemplo, como una respuesta creíble a las preocupaciones perennes sobre los riesgos que los perdedores corren al someterse a las decisiones de la mayoría. En el contexto de este tipo de preocupaciones, el argumento de que deben aceptar tales riesgos para que la gente pueda darse el capricho de *expresarse* en la urna parece absolutamente fuera de lugar.

Podemos decir lo mismo de una forma ligeramente distinta. El voto es una forma de elegir entre importantes opciones sociales. Los que impulsan una opción u otra expondrán serios argumentos justificativos dedicados a mostrar, primero, que los intereses en juego en la decisión son muy importantes y, en segundo lugar, por qué es importante que se resuelvan de una manera particular. Ninguna defensa del voto o del derecho al voto puede tener éxito si menosprecia estos argumentos o si confía en que no van a ser considerados suficientemente relevantes. Como afirmar el derecho de participación plantea la cuestión de *quién tiene que tomar las decisiones sociales cuando los intereses en juego son tan importantes*, se necesita una justificación planteada, por así decirlo, con la misma seriedad moral que las justificaciones asociadas con las opciones sustantivas que compiten en el foro político. ELSTER tiene razón, entonces, en condenar la frivolidad de las concepciones expresivistas. Pero es un error pensar que sólo las consideraciones instrumentales pueden tener el grado requerido de seriedad. Especialmente dado que estamos considerando un *derecho* —el derecho de participación (en las decisiones que le afectan a uno, en un plano de igualdad con los demás)— deberíamos preguntarnos si no contamos con una defensa, que cuente con el nivel requerido de seriedad, y que no sea una concepción instrumental.

En general, los teóricos de los derechos se sienten incómodos con las justificaciones instrumentales. Precisamente porque los presentan como medios para un fin social, las justificaciones instrumentales dejan a los derechos como rehenes de los cálculos contingentes del beneficio utilitarista²⁹. Un derecho justificado instrumentalmente queda siempre sujeto a manipulaciones de gestión, que limitan el derecho o modifican su ejercicio a fin de afinar en la generación de consecuencias socialmente deseables³⁰. Y esto parece entrar en conflicto con la función de ser «cartas de triunfo» de los derechos, que es precisamente la de establecer límites al fin de la utilidad social³¹.

No quiero utilizar esto, no obstante, como un argumento demolidor contra las justificaciones instrumentales. No es suficiente simplemente con *repetir* «derechos como triunfos», como si se tratara de un *mantra*. Con toda seguridad, no tenemos un derecho triunfador a dañar a otras personas o a participar en la acción de dañarlas. Y si, como parece ser el caso, el ejercicio del derecho de voto es capaz de causar un grave daño, así como de generar un gran bien, el instrumentalista puede preguntar legítimamente: ¿por qué estaría mal orientar el alcance y distribución de este derecho de tal manera que se minimicen los daños y se maximice el bien? Y está legitimado para pedir insistentemente una respuesta, y no sólo unas palabras mágicas.

La respuesta real que deberíamos darle tiene que ver con la dificultad de especificar los objetivos de esta orientación instrumental³². La especificación de los objetivos sociales, que se supone (desde esta concepción) que son instrumentados a través de los derechos de participación, no sólo resulta intensamente controvertida en la sociedad contemporánea, sino que son el contenido primario de la propia política que se supone que constituyen los derechos de participación. Los que reclaman derechos de participación están pidiendo el derecho a participar *en la resolución de controversias exactamente de este tipo*, y quieren estar entre los que determinan los objetivos sociales y las concepciones del bien común que definirán la gestión y las políticas ins-

²⁹ Véase LYONS, 1984.

³⁰ Si aceptamos una teoría instrumental de la participación, debemos aceptar (como señala MACFARLANE, 1985: 141) que «los argumentos sobre la naturaleza y los requisitos de los derechos políticos, cuando se utilizan en los debates sobre si es deseable restringir o extender los derechos políticos, estarán sesgados por las expectativas de las consecuencias políticas que se seguirán de los cambios proyectados».

³¹ Para los derechos como cartas de triunfo, véase DWORKIN, 1977: xi. Véase también DWORKIN, 1984.

³² En una discusión de enfoques similares de gestión de la libertad de expresión, Robert POST señala que «las estructuras de gestión necesariamente presuponen objetivos que no sean problemáticos y que por lo tanto puedan ser utilizados instrumentalmente para regular los ámbitos de la vida social. La empresa del discurso público en cambio, [...] requiere que todos los posibles objetivos, todas las posibles versiones de la identidad nacional, sean tomadas como problemáticas y abiertas al escrutinio» (POST, 1995: 275).

trumentales. Es por esto que es tan importante el argumento anterior sobre no *inferir*, de forma simple, la necesidad de una justificación instrumental del derecho a partir de la responsabilidad instrumental asociada con su ejercicio. Al decidir cómo votar, el ciudadano individual debe averiguar qué es lo que resulta importante en política, y cómo su voto, junto con otros millones de votos, puede promoverlo de la mejor forma. Esta responsabilidad instrumental requiere un juicio sobre los fines, así como sobre los medios; e implica una elección entre alternativas altamente controvertidas. Todo a lo que apunta el voto es a que, en las fauces de estas controversias, los fines sociales deben ser determinados colectivamente mediante millones de juicios individuales. Pero esto difícilmente puede ser así si el proceso de sufragio, escrutinio e implementación de estos juicios está sesgado y resulta modificado por alguna selección previa y atrincherada de alternativas.

5. PRINCIPIO Y AUTORIDAD

La política tiene que ver con principios, así como con políticas concretas. Lo que sucede en el proceso político determina no sólo nuestros objetivos sociales, sino también el contenido y la distribución de los derechos de los individuos. Por supuesto, el proceso político no puede controlar el sentido crítico de todos los ciudadanos acerca de qué derechos tenemos o debemos tener, ni puede modificar la verdad sobre esta cuestión (si hablar de verdad es apropiado aquí). Pero dado que la gente discrepa acerca de qué derechos tenemos o debemos tener, la especificación de nuestros derechos jurídicos tiene que realizarse mediante algún proceso político.

Los derechos, en otras palabras, no son una excepción a la necesidad general en política de contar con una autoridad. Dado que la gente sostiene concepciones diferentes sobre los derechos y dado que nosotros tenemos que llegar a un acuerdo y hacer valer una concepción común, nos debemos preguntar: «¿Quién debe tener el poder de tomar decisiones sociales, o mediante qué procedimiento, sobre las cuestiones prácticas de las que las teorías de los derechos en conflicto pretenden ocuparse?». Como filósofos políticos, ¿nuestra labor es investigar sobre los principios y criterios que sirven para responder esta cuestión de la autoridad? La tesis que hemos estado examinando sobre el derecho de participación política constituye una respuesta, o al menos parte de una respuesta, a esta cuestión. Cuando alguien pregunta: «¿quién decidirá qué derechos tengo?», una respuesta (*mi* respuesta) es: «la gente cuyos derechos están en cuestión tiene el derecho a participar en iguales términos en esta decisión». Pero ésta no es la única respuesta posible. En lugar de otorgar el poder a la gente sobre la base de que, después de todo, son sus derechos los que están en juego, podríamos

confiar la autoridad final a una elite académica o judicial, sobre la base de que, con mayor probabilidad, va a resolver correctamente las cuestiones de esta materia.

Al comenzar el análisis de estas propuestas puede ser de utilidad realizar unas pocas observaciones generales acerca del problema de la autoridad en política:

1) Primero, una cuestión sobre el desacuerdo y la objetividad. El hecho de que discrepamos y que por eso necesitamos invocar una autoridad no supone necesariamente una concesión al subjetivismo moral, al convencionalismo o al relativismo. Podemos reconocer la existencia de desacuerdos sobre cuestiones de derechos y justicia, podemos incluso reconocer que tales desacuerdos son insolubles a efectos políticos prácticos, sin apostar por la tesis metaética de que no hay ninguna verdad en la cuestión por la que los participantes están enfrentados³³. La necesidad de una autoridad en el ámbito de los derechos no es consecuencia del rechazo de la objetividad en este ámbito, sino una reacción ante el hecho de que, aun cuando haya una respuesta objetiva correcta a la pregunta de qué derechos tenemos, la gente sigue discrepando implacablemente acerca de cuál es dicha respuesta correcta. Éste fue nuestro argumento en el capítulo VIII.

2) Así, en segundo lugar, no debemos *perder la esperanza* de una reflexión sustantiva o una deliberación acerca de los derechos. Lo que necesitamos es *complementar* nuestra teoría de los derechos con una teoría de la autoridad, y no *reemplazar* una por otra. La cuestión de qué cuenta como la decisión correcta acerca de los derechos no desaparece en el momento en que respondemos a la pregunta de «¿quién decide?». Al contrario, una teorización sustantiva de los derechos es precisamente lo que esperamos que haga la autoridad designada, por ejemplo, los participantes en una democracia. Como vimos al comienzo del capítulo II, toda teoría alternativa de los derechos puede ser entendida como un consejo bien meditado ofrecido a cualquiera que haya sido identificado (por la teoría de la autoridad) como la persona que debe tomar la decisión o como una de las personas que van a proporcionar un *input* a los mecanismos de decisión públicos que nos llevarán a una decisión colectiva. El mecanismo necesita *inputs*, o la autoridad necesita consejo (o una teoría de sí misma), y de este modo *alguien* (o, preferiblemente, muchas personas) debería reflexionar sobre las cuestiones sustantivas, sin resultar disuadido por la existencia de desacuerdos y por las alternativas opuestas.

³³ Para una visión contraria, véase BARBER, 1984: 129: «Donde hay algún conocimiento, verdadera ciencia, o corrección absoluta, no hay conflicto que no pueda ser resuelto haciendo referencia a la unidad de la verdad, y por lo tanto no hay necesidad de política». Véase también ESTLUND, 1993.

3) Pero, en tercer lugar, una teoría sustantiva de los derechos no es en sí misma la teoría de la autoridad que necesitamos a la luz de los desacuerdos sobre derechos. Una respuesta adecuada a la pregunta de la autoridad debe zanjar realmente la cuestión. No es adecuado decir que cuando la gente discrepa sobre los derechos la opinión que debe prevalecer es *la verdad sobre los derechos o la mejor concepción de los derechos que tengamos*. Todo teórico cree que su concepción es mejor que cualquier otra (de otra forma, abandonaría su teoría y adoptaría una de las otras). Así que esta forma de zanjar la cuestión en una decisión social a la luz de los desacuerdos reproduciría exactamente el desacuerdo que nos hizo recurrir a una regla de autoridad en primer lugar. La teoría de la autoridad debe identificar alguna concepción como prevalente sobre la base de criterios distintos a los que son fuente del desacuerdo original. Ésta es una de las contribuciones de Thomas HOBBS a la filosofía política: cualquier teoría que hace depender la autoridad de la bondad de los resultados políticos es contraproducente, porque precisamente los desacuerdos sobre la bondad de dichos resultados es la razón por la que necesitamos establecer y reconocer una autoridad³⁴.

Veo que la gente no está muy satisfecha con este tercer punto. Por la importancia de las libertades e intereses que los derechos protegen, las personas se sienten incómodas con todo procedimiento político que deje abierta la posibilidad de encontrarnos asintiendo a respuestas (objetivamente) incorrectas sobre los derechos. Este incomodo a veces les lleva a agregar a sus concepciones de la autoridad una cláusula adicional pensada para proteger supuestamente los derechos individuales contra esta posibilidad. Pueden decir, por ejemplo: «cuando los miembros de una sociedad discrepen acerca de alguna cuestión, se deberá alcanzar una decisión social mediante el voto de la mayoría, *siempre que los derechos individuales no resulten violados por ella*». Pero esta cláusula en cursiva no funciona como parte de una teoría de la autoridad para una sociedad en la que los derechos mismos son objeto de desacuerdo político. La gente que discrepa *inter alia* acerca de los derechos discrepa también acerca de en qué consiste esta teoría de la autoridad, y este último desacuerdo no es otra cosa que una reproducción del problema sobre los derechos que señalaba la necesidad de una teoría de la autoridad en primer lugar.

Del mismo modo, como indiqué al final del capítulo I, no podemos afirmar que el único *objetivo* de los derechos sea el de ser un «triunfo» o imponerse sobre las decisiones de la mayoría³⁵. Los derechos pueden

³⁴ Véase HOBBS (1651), 2003: cap. XXIV, 239-240, y (1642) 1983: cap. VI, 6.

³⁵ DWORKIN, 1977: 199-200. Nótese que este uso de la idea de los «derechos como cartas de triunfo» es ligeramente diferente al que hemos discutido antes en la nota 31 y en el texto que la acompaña. Los derechos como cartas de triunfo sobre la utilidad social es una idea

ser aquello mismo sobre lo que discrepan los miembros de la sociedad, aquello para lo que están utilizando un sistema de voto. Si decimos, en una situación en la que la gente discrepa acerca de los derechos, que los derechos pueden «triunfar» sobre una decisión mayoritaria, no tenemos más remedio que declarar cuál de las concepciones de los derechos en conflicto va a servir como carta de triunfo, y cómo vamos a ser capaces de determinar esto. Pero realizar esta declaración en nombre de la sociedad en su conjunto es, por supuesto, incurrir en una petición de principio sobre el propio desacuerdo en cuestión³⁶.

4) Se sigue de lo que hemos dicho que, a menos que tengamos mucha suerte, habrá siempre una disonancia entre lo que consideramos la decisión correcta y lo que tomamos como la decisión investida de autoridad en la toma de decisiones políticas. Una persona que sostiene una teoría política completa, que incluye una teoría de la autoridad, así como teorías de la justicia, de los derechos y de las políticas públicas, puede hallarse comprometida con la idea de que la decisión incorrecta debe prevalecer. Su teoría de la justicia puede condenar una política B y preferir la política A por razones basadas en derechos, pero su teoría de la autoridad puede respaldar un procedimiento de decisión (diseñado para alcanzar una decisión social a la luz del desacuerdo acerca de, por ejemplo, la justicia de A o B) que, cuando sea seguido, requiera la implementación de B.

Esta expectativa es sencillamente inevitable. Richard WOLLHEIM la denominó «una paradoja en la teoría de la democracia»³⁷. WOLLHEIM imaginó a los ciudadanos introduciendo sus valoraciones individuales de políticas concretas en una máquina democrática que siempre elige aquella política que cuenta con un mayor número de partidarios. La paradoja surge del hecho de que cada ciudadano, si es un demócrata, será leal a la máquina y a sus resultados, del mismo modo que lo es a su valoración, que cuenta como su propio *input*. Es la paradoja que permite a «un mismo ciudadano afirmar que A debe ser aprobado, porque es lo que él ha elegido, y que B debe ser también aprobado, porque es lo que ha elegido la máquina democrática»³⁸. Pero WOLLHEIM se equivocaba al describirlo como una paradoja de la *democracia*. Se trata de una paradoja general en la teoría de la autoridad,

distinta a la de los derechos como cartas de triunfo sobre la decisión de la mayoría: véase WALDRON, 1990b.

³⁶ Y, en consecuencia, se aplica la máxima de este libro: «Quienes se piensan más sabios que todos los demás, claman y exigen como juez a la recta razón, pero no buscan sino conseguir que esas cosas sean determinadas por su razón exclusiva. Esto es tan intolerable en la sociedad de los hombres como en los juegos de naipes sería, tras determinarse el triunfo, utilizar como tal en toda ocasión el palo de la baraja del cual se tienen más cartas en la mano». HOBBS (1651), 2003: cap. V, 68.

³⁷ WOLLHEIM, 1969.

³⁸ WOLLHEIM, 1969: 84.

una paradoja que afecta a *cualquier* teoría política que complemente su concepción de lo que se debe hacer con una concepción de cómo deben tomarse las decisiones cuando existen desacuerdos acerca de qué debe hacerse.

Es general también en otro sentido, general como opuesto a excepcional. En las sociedades contemporáneas, la existencia de desacuerdos (incluyendo los desacuerdos acerca de principios) es una de las circunstancias básicas de la vida política, más o menos de la misma forma en que la escasez moderada es una de las circunstancias de la justicia³⁹. Cuando pensamos en la justicia distributiva, debemos estar preparados para situaciones en las que *no todos obtienen aquello que desean*: la circunstancia de la escasez moderada nos dice que esto no es excepcional sino habitual en las condiciones de la vida humana. No debemos construir una concepción de la justicia que se lamente de esto como una aberración desafortunada o como un aspecto desagradable de una teoría del segundo mejor: debemos en cambio construir una teoría que sitúe firmemente esta perspectiva en el corazón de nuestra reflexión sobre la justicia. Lo mismo puede decirse de los desacuerdos y la desilusión en la política. En las circunstancias de la política, una persona debe esperar (a menos que sea muy afortunada) encontrarse de vez en cuando vinculado por arreglos sociales que él considera injustos. Esto es casi inevitable, viendo que la función del derecho es dictar normas en circunstancias en las que la gente discrepa sobre la justicia. Por lo tanto, la paradoja de WOLLHEIM no debería ser considerada como una anomalía. Se trata de un predicamento normal al menos en algunos momentos en opinión de la mayoría de la gente, y para mucha gente en la mayor parte del tiempo, en las circunstancias de la política.

Estas consideraciones sobre la paradoja de WOLLHEIM son bastante importantes para las discusiones contemporáneas acerca de los derechos, los tribunales y el constitucionalismo. El control de constitucionalidad de las leyes basado en derechos se defiende a menudo señalando la posibilidad de que los procedimientos democráticos mayoritarios pueden producir resultados injustos o tiránicos. Y realmente pueden hacerlo. Pero eso puede hacerlo *cualquier* procedimiento que trate de resolver el problema de la decisión social a luz de los desacuerdos sobre lo que cuenta como injusticia o como tiranía. La práctica estadounidense de permitir que la Corte Suprema tenga la decisión última (mediante el voto de la mayoría de sus miembros) sobre cuestiones de derechos fundamentales ha producido en ocasiones decisiones tremendamente injustas (ciertamente decisiones a las que yo y muchos de mis amigos nos hemos opuesto por razones de jus-

³⁹ Para «las circunstancias de la justicia», véase RAWLS, 1971: 126-130.

ticia)⁴⁰. Todo aquel cuya teoría de la autoridad atribuya a la Corte Suprema la competencia de tomar decisiones debe enfrentar la paradoja, como cualquier demócrata, de que la opción que él considera justa puede a veces no ser la opción que, según su teoría de la autoridad, debería ser seguida.

Por supuesto, como WOLLHEIM sostiene al final de su ensayo, la paradoja realmente no implica una contradicción. Una persona que cree que A es la decisión correcta y que B es la decisión que debería ser implementada está dando respuesta a dos preguntas distintas, aunque complementarias. Que B deba ser implementado es su respuesta a la pregunta de «¿qué debemos hacer *nosotros*, dado que discrepamos sobre la justicia de A y B?». Que A sea la decisión correcta es su propia contribución al desacuerdo que originó dicha pregunta.

5) Una quinta consideración guarda relación con la «paradoja» de WOLLHEIM, y es el primero de los dos puntos que declararé al inicio de este capítulo que me proponía establecer. En ocasiones afirmamos que un principio de autoridad (como el del mayoritarismo participativo) *entra en conflicto* con otros derechos, por ejemplo en casos en los que las mayorías populares votan a favor de imponer restricciones sobre algún derecho (llamémosle el derecho-escudo); y decimos que en este caso uno de los derechos debe ceder. O prevalece el derecho-escudo, en cuyo caso los miembros de la mayoría no tienen el derecho participativo de establecer las leyes que quieran, o prevalece la participación, en cuyo caso el derecho-escudo debe ceder ante la voluntad popular. Creo, no obstante, y lo argumenté detalladamente en el capítulo IX, que ésta es una caracterización engañosa y que «conflicto» es una palabra equivocada para describir lo que sucede en casos como éste. Los principios de autoridad como el mayoritarismo participativo son principios para guiar la toma de decisiones sociales en circunstancias en las que algunos miembros de la sociedad piensan que los derechos requieren una cosa, y otros piensan que requieren algo más. Cuando el voto de la mayoría indica que una de estas facciones ha prevalecido políticamente, el resultado les parecerá a los miembros de dicha facción congruente con lo que los derechos requieren, al igual que a los miembros de la otra facción les parecerá incompatible con lo que exigen los derechos. Esta disparidad sobre si existe realmente un conflicto con los derechos debería alertarnos del peligro de tratar el derecho de participación y el derecho-escudo como principios coordinados que compiten en un mismo nivel. Si hablamos sobre

⁴⁰ Para un ejemplo paradigmático de una decisión tremendamente injusta, véase la decisión “Dred Scott”, “Scott v. Stanford”, 60 US (19 How) 393 (1857). Véase también “Lochner v. New York”, 198 US 45 (1905), y los más de 150 casos en los que leyes válidas de derecho laboral y regulación de las fábricas fueron anuladas por los tribunales estatales y federales en el período de 1880 a 1930. Hay una lista de ellas en FORBATH, 1991: 177-192.

un conflicto entre derechos-escudo y el mayoritarismo participativo, parece que estamos diciendo que unas veces es el derecho-escudo el que puede pesar más, y que otras será la participación. Pero no se trata de un problema de peso y ponderación, sino de que discrepamos en estos casos acerca de qué es lo que exactamente requieren los derechos, y discrepamos, así, acerca de lo que debe ir en uno de los lados de la balanza.

El anterior párrafo no intenta convencer al lector de que debemos invocar el mayoritarismo participativo a fin de zanjar nuestros desacuerdos acerca de los derechos. Ésta será la tarea de los apartados 6 y 7 de este capítulo. Hay otros principios de autoridad disponibles, tales como la monarquía (un legislador supremo decide), la aristocracia judicial (la decisión última queda asignada a los miembros de una Corte Suprema), o varias formas de regímenes mixtos. Todo lo que estoy mostrando es que *si* elegimos el mayoritarismo participativo (de hecho, si elegimos *cualquiera* de estos principios de autoridad), no tiene sentido hablar de un conflicto entre el principio de autoridad que elegimos y los derechos acerca de los cuales la autoridad tiene que decidir. Puesto que discrepamos acerca de la existencia de tales derechos y sobre lo que implica en caso de que existan, no hay ninguna forma neutral de saber exactamente cuál se supone que es la alternativa al mayoritarismo participativo (o al principio de autoridad que sea).

6) Una última consideración. Como todos los derechos, el que estamos considerando —el de la participación— es también un objeto apropiado para el recurso a la autoridad. En la política, el derecho de participación (su naturaleza y sus límites) es una de las cosas sobre las que discrepamos y sobre las que tenemos que decidir. Pero, a diferencia de los otros derechos, el derecho de participación se presenta a sí mismo como una posible respuesta (o parte de una respuesta) a la pregunta de la autoridad. Que la participación puede ser tanto la materia objeto de la autoridad así como una parte de una teoría de la autoridad podría parecer que genera un riesgo de circularidad: parece circular utilizar un principio de autoridad para zanjar desacuerdos *sobre* la autoridad o utilizar métodos mayoritarios para zanjar *desacuerdos sobre* el mayoritarismo. No creo que esta apariencia de circularidad pueda ser sostenida; pero no lo argumentaré aquí. Enfrentaré esta cuestión con algún detenimiento en el último capítulo, el XIII, de este libro⁴¹.

⁴¹ Véanse los apartados 6 a 9 del cap. XIII.

6. UNA SOLUCIÓN BASADA EN DERECHOS

La participación se cierne, como dije, tanto sobre principios como sobre políticas concretas. Los que lucharon en favor del voto (sea de la clase trabajadora, de los no propietarios, de las mujeres, de los ex esclavos o de otros excluidos del sufragio por motivos raciales) pensaban el derecho de participación no sólo como una cuestión de política concreta, sino también como una de las grandes cuestiones de principio que enfrentaba su sociedad. Sospecho también que la mayoría de ellos lucharon por la participación en el segundo sentido o sentido radical que mencioné en el apartado 3 de este capítulo —la participación de todo individuo junto con todos los demás como iguales en la sociedad, y no simplemente la participación de un elemento democrático junto con elementos no democráticos en un régimen mixto. Ambos puntos están vinculados. Los que exigían el derecho al voto no buscaban una participación radicalmente democrática sólo sobre cuestiones de políticas públicas, como si estuvieran satisfechos por la satisfacción en el otro sentido —el sentido del régimen mixto— de cuestiones de principio. Ellos creían que las cuestiones que les afectaban (al pueblo) debían ser decididas, en última instancia, por ellos y sólo ellos sobre una base que pagara tributo a su igualdad fundamental⁴².

Entendida de esta forma, la exigencia en favor de un sufragio igual se sumaba a la petición de que las cuestiones de derecho debían ser determinadas por toda la comunidad de portadores de derechos (*rights-bearers*) en la sociedad, esto es, por todos aquellos cuyos derechos estuvieran en juego. Como principio de autoridad, suponía reclamar que los desacuerdos sobre los derechos debían ser resueltos por los sujetos de los desacuerdos. La gente que reclamaba esto era consciente de que resultaba controvertido, pero juzgaban incorrecto u ofensivo *hacia ellos mismos en tanto que portadores de derechos* rechazar dicho reclamo sin haberlo considerado.

Permítanme explicar este último punto con mayor detalle, porque concierne al núcleo de las cuestiones sobre la participación y los derechos que trato de establecer.

⁴² Ahora, tal y como lo he enunciado aquí, esto suena como una exageración de sus reclamos, como si fueran reclamos de democracia directa, mientras que en la mayor parte de los casos lo que se quería era tener un voto en la elección de los representantes. Pero el objetivo subyacente persiste. En la medida en que se pensara que un sistema de representación era necesario (por consideraciones prácticas), el desafío consistía en mostrar que tales estructuras eran (en aquellas circunstancias) la mejor forma de respetar el principio de la igualdad política de los individuos. Mostrar que una determinada estructura de representación respetaba la *combinación* de ideales en un régimen mixto (igualdad, tal vez, pero también respeto por la experiencia y la educación de un grupo de intelectuales o una aristocracia) sería un desafío diferente y probablemente más sencillo.

He sostenido en otro lugar⁴³ que la idea de los derechos está basada en una concepción del ser humano esencialmente como un agente dotado de razón, con una habilidad para deliberar moralmente, para ver las cosas desde el punto de vista de otros, y para trascender la preocupación sobre sus propios intereses particulares o parciales. La atribución de cualquier derecho, como dije, es típicamente un acto de fe en la agencia y la capacidad para el razonamiento moral de todos y cada uno de los individuos implicados⁴⁴. Esto queda parcialmente reflejado en el hecho de que los derechos proporcionan típicamente al individuo una decisión protegida sobre una cuestión que sigue siendo moralmente relevante: el portador del derecho debe elegir entre opciones que son correctas o incorrectas, respetuosas de los demás o no, nobles o depravadas⁴⁵. La fe en la decisión del portador del derecho que queda manifiesta al atribuirle el propio derecho no es ciertamente una confianza ciega en que dicho sujeto de derecho tomará la decisión correcta sin ninguna posibilidad de error; en cualquier caso nace de una convicción de que posee los medios necesarios para ponderar responsablemente todas las cuestiones morales que implica la decisión.

Más allá de esto, el modo en el que emergió la idea de los derechos en el pensamiento moderno temprano debería recordarnos que los portadores de derechos fueron concebidos en primera instancia como dignos *pensadores*-de-derechos, y no meramente como víctimas potenciales cuyos intereses necesitaban protección. La idea emergente de los derechos naturales tenía la connotación no sólo de que los individuos comunes estaban justo en el centro de la preocupación moral y política, sino también que eran jueces naturalmente competentes en las cuestiones de los derechos. Se les atribuían derechos en el estado de naturaleza, una situación en la que nadie tenía nada más que sus propios recursos —su propio intelecto, su propia razón— para que les indicara qué derechos poseían y qué derechos poseían los demás. Algunos teóricos como John LOCKE adoptaron felizmente esta convicción, y lo hacían, de nuevo, no como muestra de una gran confianza en que la razón de los individuos en el estado de naturaleza pudiera alcanzar unas conclusiones exacta e inequívocamente correctas⁴⁶, sino mostrando su confianza en que el *tipo* de razonamiento que podemos esperar que desarrollen las personas comunes no era inadecuado para las preguntas que necesariamente tenían que plantearse. Ciertamente LOCKE rechazaba sin haberla considerado la concepción, muy extendida hoy en día, de que en cuestiones de derechos debe preferirse el razo-

⁴³ Véase WALDRON, 1993b. Véase también el cap. X de este libro.

⁴⁴ De nuevo, éste es el equivalente en una teoría de los derechos del énfasis de RAWLS en la importancia de atribuir a la gente «un sentido de la justicia» en una teoría de la justicia. Véase RAWLS, 1971: cap. VIII, esp. 505-510.

⁴⁵ Véase WALDRON, 1981.

⁴⁶ Véase WALDRON, 1993c.

namiento de los altos funcionarios de justicia (los magistrados de la Corte Suprema y sus letrados) a la razón y el juicio de los hombres y mujeres comunes⁴⁷. LOCKE consideraba el razonamiento de los juristas en materia de derecho como «esta ignorancia artificiosa y esta jerga docta» —despreciable y dañino en comparación con el razonamiento recto y «no escolástico» del «iletrado y despreciado mecánico» ponderando sus propios derechos—⁴⁸. La cuestión es que la idea de derechos naturales —los derechos en el estado de naturaleza— se predicaba precisamente en *ausencia* del pensamiento de los legos, e implicaba en cambio una conjunción de preocupación respecto a todo individuo en tanto que criatura de Dios⁴⁹ y de respeto por la razón con que Dios le había dotado:

La *libertad* del hombre, pues, así como su capacidad de actuar de acuerdo con su propia voluntad, se *fundamenta* en el hecho de que posee la *razón*, la cual le puede instruir en las leyes por las que se tiene que gobernar y le hace saber hasta dónde llega la voluntad de usar su voluntad⁵⁰.

Es imposible, bajo esta perspectiva, pensar en una persona como portadora de derechos y no considerarla como alguien que tiene el tipo de capacidad necesaria para averiguar cuáles son sus derechos.

Esto significa que argumentar acerca de los derechos de una persona no es como argumentar acerca de los derechos de los animales o de la preservación de un edificio. Cuando argumentamos sobre los derechos de alguien, es probable que esa persona que está siendo objeto de la conversación posea un punto de vista meditado sobre la materia. Y puesto que el objetivo de cualquier argumento sobre derechos tiene que ver con el respeto que le es debido a esta persona, en tanto que ser activo y dotado de razón, difícilmente estaremos en disposición de decir que nuestra conversación toma en serio *sus* derechos si al mismo tiempo ignoramos o nos deshacemos de cualquier cosa que *él* tenga que decir sobre la cuestión. Una vez más pongo de relieve que esto no significa que una persona posea todos aquellos derechos que cree poseer o que no pueda equivocarse en lo que piensa. Pero muestra que hay *algo* digno de consideración en la posición que estoy examinando de que los portadores de derechos deberían ser los que

⁴⁷ Cfr. LOCKE (1690a), 1997: Libro II, cap. II, par. 12, 211: «Aunque no es mi intención entrar ahora en los detalles de la ley natural en lo relativo a los grados del castigo, con todo, es preciso señalar que existe una ley tal y que es tan inteligible y clara para una criatura racional y para un estudioso de la ley como lo son las leyes de las repúblicas, si no más. Y lo es, en la misma medida en que la razón es mucho más fácil de entender que las fantasías y las argucias retoreídas de los hombres que esconden en sus palabras intereses contrapuestos».

⁴⁸ Véase LOCKE (1690b), 1992: Libro III, cap. X, par. 9, 489.

⁴⁹ LOCKE (1690a), 1997: Libro II, cap. II: par. 6, 206-207.

⁵⁰ LOCKE (1690a), 1997: Libro II, cap. II: par. 63, 249.

decidan qué derechos poseen, si es que hay desacuerdos sobre la cuestión, a la vez que parece haber algo desagradablemente inadecuado e irrespetuoso en la tesis de que las preguntas sobre los derechos son demasiado complejas o demasiado importantes como para dejar que las determinen los portadores de derechos mismos en un plano de igualdad.

7. EL PROBLEMA CON EL INSTRUMENTALISMO DE LOS DERECHOS

De todo esto podemos concluir que el atractivo de la participación democrática consiste en el hecho de que es una solución *basada en derechos*⁵¹ al problema del desacuerdo sobre los derechos. Apela a las propias capacidades que los derechos *como tales* connotan, y revela una forma de respeto en la resolución del desacuerdo político en consonancia con el respeto que los derechos evocan en sí mismos.

Éste no es el único enfoque basado en derechos. Es posible acercarse al problema del desacuerdo y la autoridad con respecto a los derechos sobre la base de un tipo de instrumentalismo de los derechos: elegimos el procedimiento de decisión que con mayor probabilidad responda correctamente a la pregunta de «¿qué derechos poseemos?»⁵². Si podemos confiar en que el pueblo o sus representantes hallen la respuesta correcta a través del voto mayoritario en un Parlamento, entonces establecemos un derecho de participación. Pero si pensamos que los jueces, los obispos o los académicos pueden hacerlo mejor, deberíamos entonces olvidarnos de la participación popular o restringirla, y confiar la decisión final a los tribunales, a un sínodo o a los intelectuales. No quiero negar que éste sea un enfoque respetable. En realidad, se toma muy en serio la expectativa de que un procedimiento determinado pueda producir una respuesta incorrecta: podemos tolerar respuestas incorrectas en cuestiones de políticas concretas, pero si damos una respuesta incorrecta, en cuestiones de principio, *se vulnerarán los derechos*, y es importante evitar por completo este resultado o, si esto no es posible, al menos minimizarlo en la medida en que podamos. El instrumentalista de los derechos piensa que el enfoque participativo que defendí en el apartado anterior simplemente hace un gesto hacia las capacidades de los portadores de derechos y espera que ocurra lo mejor, y esto, agrega el instrumentalista, es irresponsable. En su lugar, deberíamos hacer todo lo que esté a nuestro alcance para reducir las violaciones de derechos que

⁵¹ Para la idea de teorías basadas en derechos, basadas en deberes y basadas en objetivos, véase DWORKIN, 1977: 171 ss. Véase también el cap. X de este libro.

⁵² Véase DWORKIN, 1996a: 34. Véase también el análisis de este punto en el cap. XIII de este libro.

sean resultado de nuestros propios procesos políticos, y esto quiere decir adoptar la minimización de las respuestas incorrectas como criterio explícito de autoridad en este ámbito.

El instrumentalismo de los derechos hereda por supuesto la dificultad que ya discutimos al final del apartado 4. Aunque no creo que haya nada *intrínsecamente* repugnante en el instrumentalismo o el consecuencialismo de los derechos⁵³, el instrumentalismo de los derechos parece afrontar la dificultad de que presupone que estamos en posesión de la verdad acerca de los derechos a la hora de diseñar un procedimiento investido de autoridad cuya misión sea resolver esta misma cuestión. Consideremos, por ejemplo, la pregunta de si la gente posee derechos a una asistencia socioeconómica y, en tal caso, si tal derecho impone límites a los derechos de propiedad. Una persona que crea que la respuesta a ambas preguntas es «no» probablemente reaccionará de manera diferente ante la instrucción de «diseña el conjunto de procedimientos políticos que con mayor probabilidad nos conduzcan a la verdad sobre los derechos» de lo que lo hará una persona que crea que *hay* derechos socioeconómicos y que éstos *establecen* límites a la propiedad. De hecho, diversas concepciones sobre esta cuestión y otras similares explican la mayor parte de las diferencias en las propuestas de diseño constitucional entre los instrumentalistas de los derechos⁵⁴. Parece haber, entonces, algo de petición de principio en utilizar el instrumentalismo de los derechos como base del diseño de procedimientos políticos entre personas que discrepan sobre cuestiones como ésta.

Tal vez tengamos a nuestro alcance una versión más modesta del instrumentalismo de los derechos. En lugar de afirmar (a modo de petición de principio) que deberíamos elegir aquellos procedimientos políticos que con mayor probabilidad nos conduzcan a los derechos especificados en una concepción controvertida en particular, podríamos afirmar que deberíamos elegir o diseñar los procedimientos políticos que con mayor probabilidad nos conduzcan a la verdad acerca de los derechos, *sea lo que sea* la verdad en este caso.

Pero tampoco esto es honesto. Consideremos algunos pasos que nos resultan familiares en este instrumentalismo de los derechos más modesto. Si pensamos que la deliberación acerca de los derechos se distorsiona por el autointerés, intentaremos diseñar instituciones que alejen a las autoridades en materia de derechos de cualquier preocupación inmediata sobre el impacto que las decisiones que tome tendrán sobre sus propios intereses. Pero si lo hacemos, deberemos tener

⁵³ Para una crítica de la idea de las violaciones de derechos como algo que debe ser minimizado, véase NOZICK, 1984: 28 ss. Para la posición contraria, véase SEN, 1988.

⁵⁴ Para una discusión de la forma en que esto afectó el diseño constitucional estadounidense, véase NEDELSKY, 1990.

plena conciencia de que estamos eludiendo otros preceptos epistémicos: que es mejor que las decisiones sobre los derechos las tomen aquellos que tienen un interés suficiente en juego para decidir responsablemente (un argumento a menudo utilizado para justificar un sufragio censitario), o que la propia idea de los derechos naturales celebra la habilidad de las personas comunes para razonar responsablemente sobre la relación entre sus propios intereses y los de los demás, como ya vimos en el apartado 6. Encontramos antinomias parecidas en otros enfoques epistémicos. Si pensamos que para acceder a la verdad sobre los derechos necesitamos algún tipo de entrenamiento o sabiduría, podríamos atribuir a los académicos, incluso a los filósofos morales, la autoridad política. Si pensamos, por otra parte, como hacía LOCKE, que la realidad académica enturbia un pensamiento claro sobre estas cuestiones, podríamos inclinarnos entonces por confiar la decisión a los votantes comunes. De hecho si aceptamos algo parecido a la concepción del valor epistémico de Jean-Jacques ROUSSEAU en las cuestiones que supuestamente van a estar gobernadas por la voluntad general popular, podríamos incluso establecer procedimientos democráticos que minimicen la deliberación pública y las oportunidades para la retórica y el faccionalismo⁵⁵.

Un rápido repaso a dichas antinomias debería ser suficiente para asegurarnos de que es casi tan difícil defender una concepción imparcial de lo que requiere la versión modesta del instrumentalismo de los derechos como encontrar una versión que no incurra en petición de principio del instrumentalismo directo. En mitad del desacuerdo moral no disponemos de ninguna epistemología moral no controvertida. La mayoría de las teorías del conocimiento moral (y, por lo tanto, también la mayoría de las teorías del conocimiento experto moral y de la patología epistémica en el razonamiento moral) están asociadas directamente con un determinado conjunto de tesis morales sustantivas: el naturalismo con el utilitarismo, el intuicionismo con la teoría deontológica, la epistemología feminista con determinadas reivindicaciones de igualdad, etc. Incluso entre epistemólogos profesionales no hay ningún tipo de consenso acerca de las *sendas* que conducen a la verdad moral y que serían necesarias para una defensa que no incurra en petición de principio de procedimientos políticos para aquellos que discrepan, fundamentalmente, acerca de qué reclamos morales son verdaderos y cuáles no⁵⁶.

Parece entonces que, como base para tratar la cuestión de la autoridad, el instrumentalismo de los derechos topa con dificultades que tienen que ver no sólo con contingencias prácticas, sino también con un fracaso en última instancia a la hora de tomarse en serio el problema

⁵⁵ Véase ROUSSEAU (1762), 1993: Libro Segundo, cap. III, y Libro Cuarto, caps. I-III.

⁵⁶ Véase también la excelente discusión en GAUS, 1996: 185.

de los desacuerdos que sitúa la cuestión de la autoridad en primera línea. Las personas discrepan sobre los derechos; también discrepan acerca del mejor modo de razonar sobre derechos; así que sencillamente no pueden obedecer, en su capacidad colectiva, sin incurrir en una petición de principio, la instrucción «confiere la autoridad para resolver estos desacuerdos a aquellas personas y procedimientos que con mayor probabilidad conducirán a una respuesta correcta»⁵⁷.

Se sigue de aquí, en mi opinión, que la teoría que rechaza el instrumentalismo de los derechos, y que sostiene en cambio que los portadores de derechos tienen el derecho a resolver por sí mismos los desacuerdos acerca de los derechos que poseen en términos de igualdad, es la única teoría basada en derechos de la autoridad plausible que queda en pie. No sólo no topa con las dificultades de incurrir en petición de principio propias del instrumentalismo de derechos, sino que también tiene la ventaja, respecto de la anterior, de no consagrar formas de autoridad radicalmente reñidas con aquellas confiadas a los portadores de derechos ordinarios en el ejercicio y respeto habitual de sus derechos. En este sentido, podemos afirmar que la participación es la respuesta más natural de los teóricos de los derechos al problema de la autoridad y a los desacuerdos acerca de los derechos que ocasionan dicho problema. En resumen, el derecho de participación es entonces, como William COBBETT sugería, el «derecho de los derechos».

⁵⁷ Véase el cap. IX de este libro.

CAPÍTULO XII

DESACUERDOS Y PRECOMPROMISO

1. DEMOCRACIA Y SOBERANÍA POPULAR

Las estructuras constitucionales que estamos analizando en esta parte del libro —una carta de derechos con control judicial de constitucionalidad de las leyes— no deben ser consideradas necesariamente una imposición antidemocrática al pueblo. Si ahora se ha incorporado una carta de derechos al derecho británico, por ejemplo, habrá sido porque el Parlamento o tal vez el pueblo mediante un referéndum han votado en favor de su incorporación.

Ronald DWORKIN argumentó en una ocasión que esto sólo ya bastaba para desactivar la objeción de que tales límites son contrarios al espíritu democrático. Bajo su punto de vista, la objeción democrática se autodestruye porque las encuestas revelan que más del 71 por 100 de la gente cree que la democracia británica mejorará mediante la incorporación de una carta de derechos¹.

Pero la objeción no puede desactivarse tan fácilmente. El hecho de que exista un respaldo popular, aun cuando sea abrumador, en favor de una alteración de la Constitución no muestra que dicha alteración haga las cosas más democráticas. Ciertamente, mis argumentos en esta parte del libro implican que si el pueblo quiere un régimen de derechos constitucionales, esto es lo que debería tener. Así lo exige el principio de participación, al menos por lo que respecta a la reforma constitucional. Pero no debemos confundir la razón para llevar a cabo

¹ DWORKIN, 1990: 36-37.

una propuesta con el carácter de la propuesta misma. Si el pueblo votara a favor de instaurar una dictadura, los principios democráticos podrían darnos una razón para permitirlo, pero de ahí no se sigue que la dictadura sea democrática.

Expresémoslo de forma más teórica. Podemos distinguir entre democracia y soberanía popular. El principio de soberanía popular, básico para el pensamiento liberal, requiere que el pueblo tenga cualquier Constitución o cualquier forma de gobierno que desee. Pero la soberanía popular no borra o empaña las diferencias que existen entre las diversas formas de gobierno del menú del que el pueblo supuestamente elige. John LOCKE y Thomas HOBBS creían en la soberanía popular. Sostuvieron que el pueblo, actuando por decisión de la mayoría, tenía el derecho de conceder la autoridad legislativa a un solo individuo o a un pequeño grupo de individuos (constituyendo así una monarquía o una aristocracia) o, alternativamente, a una asamblea que comprendiera al pueblo entero o a una amplia institución representativa (constituyendo así una democracia directa o indirecta)². Pero aunque esta decisión fuera popular y mayoritaria, y en este sentido democrática, sería al mismo tiempo una elección crucial entre opciones democráticas y opciones no democráticas. HOBBS creía que el pueblo cometería un error si concedía la soberanía a una asamblea democrática³; LOCKE, en cambio, confiaba en el pueblo al pensar que «nunca estaría a salvo [...] hasta que el poder legislativo recayera sobre un cuerpo colectivo formado por hombres a los que se llamara senadores, parlamentarios o lo que sea», y pensaba que era importante que este cuerpo colectivo fuera el «Poder Supremo» de la república⁴. Ninguno de los dos pensaba que una Constitución fuera más democrática sencillamente por ser el resultado de una elección popular.

Puede haber una conexión en sentido contrario. Puede ser más fácil establecer que una política está basada en la soberanía popular si de hecho ha sido organizada democráticamente. Podemos ver esto si reflexionamos un poco sobre la artificialidad del modelo de HOBBS y LOCKE. La distinción entre un método democrático de decisión constitucional y el carácter democrático de la Constitución elegida es más clara cuando podemos señalar el momento constituyente en la vida de una sociedad política (un momento de decisión constitucional) y distinguir entre los procedimientos de decisión utilizados en ese momento y los que entonces se decidió emplear en toda toma de decisiones políticas subsiguiente. Pero en el mundo real, la formación de un nuevo orden político raramente es tan pulcra.

² HOBBS (1651), 2003: cap. XIX, 176 ss.; LOCKE (1690a), 1997: cap. II, par. 132, 170.

³ HOBBS (1642), 1983: cap. X, 129-140.

⁴ LOCKE (1690a), 1997: cap. II, par. 94: 271, y par. 149: 313-314. He analizado esta tesis de LOCKE con cierto detalle en WALDRON, 1999c.

A menudo, las decisiones que determinan la forma de la Constitución de una sociedad están imbricadas con, o forjadas en, la fábrica de la vida política cotidiana⁵. Tal y como se presentan, pueden resultar indistinguibles —en el tiempo, la solemnidad, o en cualquier otro aspecto— de la marcha cotidiana de la toma de decisiones políticas. No sabremos, por ejemplo, si una nueva forma de hacer las cosas (algún cambio en el engranaje de la fábrica o incluso en alguna crisis que no tenga aspecto de ser o no sea, de manera evidente, una crisis *constitucional*) va a «calar», esto es, si llegará a quedar establecida como una regla o una práctica que guiará la conducta de la vida política, o si en cambio pasará a ser sólo una aberración, consignada a la minucia de la historia. Incluso en los Estados Unidos, donde hay una Constitución totalmente escrita y una tradición interpretativa asentada, un hecho que posee una gran importancia para la forma en que se desarrolla la vida política puede no advertirse como «constitucional»⁶. Ciertamente en el Reino Unido, y en cualquier otra parte, la comprensión de la formación y el desarrollo de la Constitución muchas veces pasa por el estudio de los hechos políticos aparentemente rutinarios, para averiguar cuáles de ellos han adquirido una importancia normativa y cuáles no, al menos por lo que respecta a la conducta y a la organización de otros hechos políticos⁷.

Una atribución de soberanía popular a un sistema político es entonces una cuestión de juicio. Nos obliga a deducir cuáles son las decisiones que cuentan como constitutivas del sistema político en cuestión y aventurar una cierta hipótesis explicativa de la relevancia constitucional de tales decisiones, una hipótesis a los efectos de que estas decisiones «calan» o quedan establecidas como prácticas constitucionales porque son aceptables como tales para la mayoría de los miembros de la sociedad. Obviamente esto será mucho más fácil de justificar en una sociedad cuyos procedimientos ordinarios sean democráticos, porque los hechos que decretamos como «constitucionales» formarán parte de dicho procedimiento ordinario.

No obstante, el argumento no es irrefutable. Una cosa es que una decisión particular sea tomada democráticamente, y otra es adjudicarle el mismo respaldo popular si la describimos como una decisión que establece un precedente constitucional. El pueblo estadounidense puede apoyar la ratificación de un importante tratado mediante un referéndum, pero algunos de los ciudadanos pueden haber votado que «no», si han pensado que su apoyo iba a ser considerado como causante de un cambio en la norma constitucional que requiere que los tratados

⁵ Véase BREST, 1988.

⁶ Véase TIEDMAN, 1890.

⁷ Véase MARSHALL, 1984. Se puede ver también una descripción accesible de este aspecto de la Constitución británica en WALDRON, 1990a: 56-87.

sean ratificados por una votación en el Senado, y no por una votación popular⁸. Así, los eventos que con el paso del tiempo representan un cambio en la Constitución pueden ser democráticos sin que nos permitan describir este cambio constitucional como democrático.

2. PRECOMPROMISO

Supongamos todavía que el pueblo elige una carta de derechos, junto con un mecanismo de control de constitucionalidad al estilo del estadounidense y que ha sido apoyado por una mayoría con pleno conocimiento de que esto representa una reforma constitucional. Puede decirse entonces que, incluso cuando no podamos inferir que el control judicial de constitucionalidad es democrático, en cualquier caso hemos dado seguramente una respuesta a la objeción democrática. La existencia de límites constitucionales escritos y el poder de los tribunales para interpretarlos y aplicarlos no serían el producto de una usurpación por parte de los jueces. Más bien serían mecanismos de restricción que la gente, deliberadamente y por buenas razones, ha elegido autoimponerse.

¿Por qué harían esto? ¿Qué es lo que hace a este tipo de autorrestricción inteligible? La respuesta es que todos sabemos que las leyes mayoritarias pueden ser injustas; que las mayorías populares a veces pueden dejarse llevar por el pánico o verse tentadas a aprobar medidas que perjudiquen o discriminen a las minorías con menor capacidad política para resistir dichas medidas. ¿Es este conocimiento consistente con lo que dije en los capítulos X y XI?⁹ Allí sostuve que el respeto por los derechos individuales no es compatible con una imagen puramente depredadora de las mayorías legislativas, puesto que las mayorías están compuestas por individuos portadores de derechos (*rights-bearers*) y parte de lo que respetamos en esos individuos es su capacidad como portadores de derechos para darse cuenta responsablemente de lo que ellos deben a los demás. Ahora el argumento de los capítulos X y XI no nos obliga a creer que los portadores de derechos son ángeles o a negar que son capaces, actuando individualmente o *en masse*, de violar derechos. Nos obliga a afirmar, en cambio, que aunque los portadores de derechos pueden en ocasiones violar algunos derechos, ellos mismos no son indiferentes ante esta posibilidad. En la medida en que puedan preverlo, tienen la capacidad moral en tanto que portadores de derechos de condenarlo por anticipado y tomar precauciones contra las tentaciones que pueden provocarlo. Así que si los límites constitucionales y los mecanismos de control

⁸ Este ejemplo está adaptado de ACKERMAN y GOLOVE, 1995.

⁹ Véase el apartado 5 del cap. X y el apartado 6 del cap. XI.

de constitucionalidad son establecidos por decisión popular, pueden considerarse como las precauciones que unos tenedores de derechos responsables han tomado contra sus propias imperfecciones. Dichas precauciones no implican, por lo tanto, ninguna falta de respeto hacia la gente o sus capacidades para el autogobierno. Al contrario, representan el epítome de tales capacidades en un mundo turbulento y complejo.

Llamaré «precompromiso» a la concepción de los límites constitucionales y dedicaré buena parte del resto del capítulo a criticarla. Por el momento, no obstante, vamos a considerarla bajo su mejor luz. En palabras de uno de sus más persuasivos defensores, esta concepción presenta los arreglos constitucionales que hemos estado examinando como «un tipo de precompromiso compartido y racional entre ciudadanos soberanos libres e iguales al nivel de la elección constitucional»¹⁰. Su efecto puede sintetizarse como sigue:

Mediante el ejercicio de sus derechos de igual participación, [el pueblo] está de acuerdo en establecer una salvaguarda que les impida, en el ejercicio futuro de sus derechos políticos iguales, cambiar de idea y desviarse de su acuerdo y compromiso sobre una constitución justa [...]. Al otorgar a un cuerpo no legislativo que no es responsable electoralmente el poder de revisar la legislación aprobada democráticamente, los ciudadanos se dotan de un mecanismo para proteger su soberanía e independencia del ejercicio irrazonable de sus derechos políticos en los procesos legislativos [...]. Al acordar un control judicial de constitucionalidad, en efecto se atan a sí mismos a su acuerdo unánime sobre los derechos básicos iguales que especifican su soberanía. El control judicial de constitucionalidad es entonces una forma de proteger su estatus como ciudadanos iguales¹¹.

Como dije, la concepción del precompromiso es atractiva. Estamos familiarizados con ella en la ética individual: un individuo puede tener razones para imponerse a sí mismo ciertos límites por lo que respecta a su futura toma de decisiones. Ulises decidió que debía ser atado al mástil a fin de resistirse a los hechizos de las sirenas, y dio instrucciones a su tripulación de que «si os ruego que me soltéis, debéis atarme aún más fuerte»¹². Un fumador que intenta dejar de fumar puede esconder sus cigarrillos, un dormilón crónico con debilidad por apretar el botón que difiere la alarma del despertador puede poner éste fuera de su alcance al otro lado del dormitorio, y alguien a quien le gusta beber mucho puede entregar las llaves de su coche a un amigo al principio de una fiesta con instrucciones estrictas de no devolvérselas cuando él se las pida a medianoche.

¹⁰ FREEMAN, 1990. Véase también WALDRON, 1994b.

¹¹ FREEMAN, 1990: 353-354.

¹² Citado en ELSTER, 1984: 36.

Estas medidas nos llaman la atención no cuando derogan una libertad individual, sino cuando se trata del epítome del autogobierno. La libertad, después de todo, no es sólo ir de aquí para allá según nos venga en gana, sino que implica *tomar el control* de los fundamentos de los propios actos, se trata del yo que se hace cargo de sus deseos y no viceversa¹³. La idea se explica a veces en términos del concepto relacionado de *autonomía*: «La autonomía de la voluntad es la propiedad que tiene la voluntad de ser una ley para sí misma»¹⁴. Siendo consciente ahora de una forma en la que podría estar determinada por diversas fuerzas en el futuro, la voluntad autónoma buscará limitar dicha determinación aplicando ciertas consideraciones de principio por anticipado.

Así, del mismo modo puede decirse que un electorado puede decidir colectivamente atarse a sí mismo por anticipado para resistir a los hechizos de las sirenas de la violación de derechos. Siendo consciente de las tentaciones de la acción incorrecta o irracional, como lo era el fumador o el bebedor, el pueblo en su conjunto en un momento de lucidez puede imponerse ciertos impedimentos constitucionales, que tengan la misma función en relación con los valores democráticos que la que tienen estrategias como esconder los cigarrillos o entregar las llaves del coche con respecto de la autonomía del fumador o el bebedor. El fumador realmente desea dejar de fumar, el bebedor realmente no quiere conducir bajo los efectos del alcohol; los mecanismos que adoptan les permiten garantizar el bien que ellos quieren realmente y evitar el mal que, aunque ocasionalmente sea a su pesar, realmente quieren evitar. Del mismo modo, el pueblo no quiere realmente discriminar por razones de raza, restringir la libertad de expresión o permitir a la policía registrar en los hogares de la gente sin una orden judicial. Es consciente, no obstante, de que en algunas ocasiones puede dejarse llevar por el pánico y llegar a esto, así que toma precauciones, estableciendo límites jurídicos como salvaguardas que le impidan en un momento de pánico hacer lo que en sus momentos más serenos está seguro de no querer hacer. Como Stephen HOLMES presenta esta concepción (aunque no sea su *propia* concepción del precompromiso constitucional)¹⁵:

Una constitución representa a Pedro sobrio, mientras que el electorado es Pedro borracho. Los ciudadanos necesitan una constitución, como Ulises necesitaba ser atado al mástil. Si se permitiera a los votantes obtener lo que quisieran, inevitablemente hundirían su propio barco.

¹³ Véase también la discusión de las *valoraciones fuertes* y los *deseos de segundo orden* en FRANKFURT, 1971, y TAYLOR, 1977.

¹⁴ KANT, 1981: 44.

¹⁵ Tomaré en consideración la concepción más sutil de HOLMES en los apartados 6 y 7 de este capítulo.

Atándose a sí mismos mediante normas rígidas pueden conseguir mejor sus sólidos objetivos colectivos a largo plazo¹⁶.

La limitación constitucional, en otras palabras, es un medio por el que la voluntad del pueblo se asegura su propio ejercicio responsable.

3. MECANISMOS CAUSALES VERSUS JUICIOS EXTERNOS

En un trabajo seminal sobre el precompromiso, Jon ELSTER ha sugerido que una decisión en t_1 cuenta como una forma de «atarse a sí mismo» *vis-à-vis* con una decisión en t_2 sólo si «el efecto de poner en práctica la decisión en t_1 [consiste] en poner en marcha algún proceso *causal* en el mundo externo»¹⁷. Trata de excluir estrategias puramente internas, como la de tomar la decisión de decidir algo: «Nuestra noción intuitiva de lo que significa atarse a sí mismo parece requerir que depositemos temporalmente nuestra voluntad en alguna estructura externa»¹⁸.

En el ámbito político, podemos preguntarnos: ¿qué cuenta como una estructura *externa*? El propio ELSTER tiene algunas dudas sobre la aplicación de su análisis a los límites constitucionales:

La analogía entre atarse a sí mismo a nivel individual y a nivel político está severamente limitada. Un individuo puede atarse a sí mismo sobre determinadas acciones o al menos hacer que las desviaciones de tales acciones sean más costosas y por lo tanto menos probables recurriendo a un marco jurídico que es externo e independiente a sí mismo. *Pero no hay nada externo a la sociedad*. Con la excepción de unos pocos casos especiales, como la cesión de competencia al Fondo Monetario Internacional, las sociedades no pueden depositar su voluntad en estructuras que escapan a su control; siempre que quieran pueden deshacer sus ataduras¹⁹.

Y ELSTER tiene razón, al menos por lo que respecta a la soberanía popular: lo que el pueblo puede hacer, constitucionalmente, puede siempre *en algún sentido* deshacerlo²⁰. En cualquier caso, hay todavía un sentido en el que las disposiciones constitucionales pueden ser vinculantes, un sentido que tiene que ver con la estructura institucional

¹⁶ HOLMES, 1995: 135.

¹⁷ ELSTER, 1984: 42 (la cursiva es mía).

¹⁸ ELSTER, 1984: 43. Las decisiones de decidir, según ELSTER, generalmente tienen muy poco impacto. «Decido que decidiré que *p*» suena tan redundante y ritual como «si alguien comprara varios ejemplares del periódico de la mañana para asegurarse de que lo que se dice es verdad» (*id.*, citando a WITTGENSTEIN, 1984: párr. 265).

¹⁹ ELSTER, 1989: 196 (cursiva en el original).

²⁰ Véase RAWLS, 1993: 234-235.

dentro de un marco controlado por completo por «el pueblo» como soberano popular. Incluso aunque los límites no sean externos a dicho marco, siguen siendo externos en el sentido relevante a las administraciones e instituciones concretas en las que se expresa «la voluntad del pueblo» a los fines de la decisión política ordinaria. Volveré sobre estas cuestiones hacia el final de este capítulo²¹.

De la referencia de ELSTER a los mecanismos causales surge otro tipo de cuestiones. Una decisión en t_1 cuenta, según ELSTER, como un precompromiso sólo si su efecto es «poner en marcha un proceso causal en el mundo externo»²². ¿Esto incluye o excluye estrategias como la del bebedor que entrega las llaves de su coche a un amigo? La posesión de las llaves del coche por parte del amigo no es realmente un mecanismo *causal* que asegure o incremente la probabilidad de que el bebedor no va a conducir hasta su casa a medianoche. Opera en cambio en virtud de la promesa del amigo en t_1 de no devolverle las llaves en t_2 , junto, por supuesto, con el deseo del amigo en t_2 de cumplir realmente dicha promesa. Mi argumento no es que el amigo no merezca confianza, puesto que esto también podría pasar con un mecanismo causal, sino que el precompromiso opera por vía del juicio y la decisión del amigo y, en este sentido, su comportamiento en t_2 no está enteramente bajo el control *ex ante* del bebedor en t_1 .

Una ventaja de utilizar un mecanismo no causal como el del juicio de un amigo es que permite al agente atarse a sí mismo a un principio que no opera deontológica o rígidamente. La mayoría de la gente que condena la conducción bajo los efectos del alcohol (tanto en sí mismos como en los demás) lo hace sin considerar que puede haber circunstancias en las que conducir con un nivel elevado de alcohol en sangre sea una acción correcta. Supongamos que diseño un mecanismo que me impide encender el motor de mi coche cuando mi nivel de alcohol en sangre excede el 0,05 por 100. Puedo sentirme entonces consternado al ver que no puedo llevar a mi hijo pequeño al hospital, si el niño se pone gravemente enfermo mientras estoy dando una fiesta en mi casa (y nadie más tiene un coche, y nadie más puede conducir, etc.). En otras palabras, lo que descubro es la necesidad de tener excepciones a la regla. Ahora bien, si las excepciones estuvieran claramente delimitadas entonces a lo mejor un mecanismo sofisticado podría también dar cuenta de ellas: instalo un instrumento que también mida la temperatura corporal de mi hijo y que me permita conducir bebido cuando su temperatura supere los 39 grados. Pero si las excepciones son complejas o numerosas, o si es necesario un juicio muy fino a fin de establecer si se dan las condiciones excepcionales o no, entonces está claro que será mejor abandonar todos los mecanismos causales y confiar

²¹ Véase el análisis al final del apartado 5.

²² ELSTER, 1984: 42.

en cambio las llaves del coche a un amigo sobrio, con la esperanza de que el amigo tomará la decisión éticamente adecuada en tales circunstancias.

Claramente, consideramos los límites constitucionales como formas de precompromiso democrático, se acercan más al modelo del juicio del amigo que al de un mecanismo causal. Salvo en casos extremos (como la «doble llave» que controla las armas nucleares), los límites constitucionales no operan mecánicamente, sino que funcionan otorgando un poder de decisión a otra persona o conjunto de personas (un tribunal), cuyo trabajo será el de determinar, *como una cuestión de juicio*, si la conducta que está siendo contemplada (por ejemplo, por el Parlamento) en t_2 vulnera un límite adoptado en t_1 .

Como dije, la ventaja de estas formas de limitación es que no operan de forma rígida, sino que dejan algún espacio al juicio. El inconveniente es que se convierten entonces en capaces de operar de un modo que *no* representa las intenciones del agente que las estableció en t_1 . Siempre que nuestra intención sea suficientemente simple, un mecanismo causal puede incorporarla perfectamente: la rigidez física del mecanismo representa, por así decirlo, la fuerza y la simplicidad del propósito del agente. Aunque la máquina sea un objeto no pensante su modo de operar puede, por esta misma razón, fortalecer más que debilitar la autonomía del agente porque funciona atándole a la decisión exacta que *él* había tomado. Pero si el agente A ha otorgado el poder de decisión a otra persona B con margen para el ejercicio del juicio de B, podemos preguntarnos si éste es realmente un caso de precompromiso autónomo de A. Atarse a sí mismo para hacer en t_2 exactamente lo que uno en t_1 pretendía hacer más tarde en t_2 es una cosa, y entregar el poder de decisión para que lo que se pueda hacer en t_2 dependa del juicio de otra persona es algo bastante diferente. Por supuesto, la persona A puede tener buenas razones para hacer esto (someter su juicio a B), y *en un sentido* sería un tipo de precompromiso. Esto es, el *acto* del precompromiso puede ser autónomo pero su funcionamiento puede no llegar a ser una consumación de la autonomía del agente en la medida en que esté sujeto al juicio de otro. En otras palabras, no se trataría de una forma de precompromiso que nos permitiera rechazar una objeción basada en la importancia de que A se aferre a su autonomía o, en el caso de los límites constitucionales, una objeción con **un** fundamento democrático. Se trataría más bien de un caso como el del dictador al que se le ha otorgado el poder mediante una votación democrática, que discutimos en el apartado I. Cuando el pueblo vota en favor de una dictadura, entonces es tal vez una dictadura lo que necesita y lo que debería tener, pero esto no nos permite engañarnos pensando que la dictadura es en consecuencia una forma de democracia.

Creo que este argumento *no* queda refutado al mostrar que un poder de juicio independiente es necesario para el tipo de límites que el agente (o el pueblo) quiere establecer. Ronald DWORKIN, en *Freedom's Law* y en otros trabajos, ha presentado una imagen atractiva de la Constitución de los Estados Unidos en la que se entiende que muchas de las cláusulas de la carta de derechos incorporan principios morales abstractos. DWORKIN sostiene que una comprensión histórica precisa de la cláusula de igual protección, por ejemplo, excluye cualquier interpretación que no la represente como un principio moral formulado con un nivel de generalidad muy alto²³. Puesto que resulta obvio (y también lo resultaba en 1868) que los principios morales abstractos no pueden ser interpretados y aplicados sin la intervención del juicio humano, DWORKIN puede mostrar que los que redactaron la Decimocuarta Enmienda pretendían que los miembros del poder judicial emplearan su capacidad de juicio moral para determinar de qué manera los Parlamentos de los estados deberían estar constreñidos en nombre de la cláusula de igual protección. Dado que esto es lo que votaron los estados cuando se ratificó la enmienda, este arreglo representa una decisión deliberada de diversos agentes, no de limitarse a sí mismos por medios mecánicos como en el caso de Ulises, sino recurriendo al juicio de otros.

Además, en casos como éste, la necesidad del juicio no puede entenderse salvo presuponiendo que a veces será ejercido, y ejercido adecuadamente, de modo que aquellos que habían establecido el límite no podían haber previsto. Después de todo, si su ejercicio adecuado pudiera ser previsto con antelación, nunca sería realmente necesario entonces el ejercicio del juicio; la jurisprudencia constitucional pasaría a ser, como decimos, «mecánica». DWORKIN tiene bastante razón al insistir por lo tanto en que, una vez aceptamos la interpretación de la carta de derechos como principios abstractos²⁴ y la conexión analítica entre abstracción y juicio, es un error acusar a los jueces actuales de vulnerar las intenciones del legislador constitucional simplemente porque dicho legislador no contempló o porque se habría mostrado sorprendido ante algunas de las aplicaciones actuales de su principio.

Pero hay aún otro punto sobre la conexión entre abstracción y juicio que *añade* dificultades a la idea del precompromiso. No sólo no deberíamos esperar que determinadas aplicaciones particulares de los principios incorporados en la carta de derechos no sean *ex ante* previsibles y no dejen espacio para la sorpresa, sino que tampoco deberíamos esperar que no resulten controvertidas. La inferencia de determinadas aplicaciones de un principio complejo es algo sobre lo que

²³ DWORKIN, 1996a: 7-15.

²⁴ No de todas sus cláusulas, por supuesto: DWORKIN sostiene que la Tercera Enmienda, por ejemplo, no representa un compromiso de principio. DWORKIN, 1996a: 8-9.

la gente suele discrepar, especialmente si, como DWORKIN sostiene correctamente, la inferencia debería realizarse en cada caso a partir de todo el conjunto de principios abstractos incorporados en la Constitución, y no sólo de la cláusula en particular a la que se ha apelado²⁵. De nuevo, si valoramos el juicio en relación con nuestros compromisos constitucionales, no deberíamos echarnos atrás ante esta conclusión. Pero esto acaba lentamente con cualquier pretensión de que el precompromiso sea una forma de autogobierno, esto es, el gobierno no sólo del pueblo sino *por* el pueblo, o de que se preserve el carácter democrático o de autogobierno de un régimen. El argumento a estos efectos se despliega como sigue.

Muy pronto en nuestra tradición los teóricos políticos desarrollaron una taxonomía de las diversas formas de constitución, y la más conocida es la distinción aristotélica entre el gobierno de uno, el gobierno de unos pocos y el gobierno de los muchos. La distinción no tenía en cuenta necesariamente de quién debía ser la *voluntad* que debía prevalecer en una sociedad. Según ARISTÓTELES, la distinción era necesaria incluso en una sociedad gobernada por el derecho, ya que la aplicación del derecho requería el ejercicio del juicio y quedaba la pregunta de quién debía aplicar las leyes²⁶. El juicio presagia el desacuerdo, y en política la cuestión es siempre cómo deben resolverse los desacuerdos entre los ciudadanos. Como he sostenido a lo largo del libro, esto incluye desacuerdos acerca de los derechos y la justicia, y por lo tanto desacuerdos sobre qué es lo que queda bajo el amparo de los principios morales abstractos con los que el pueblo se ha comprometido en su Constitución. Distintas formas de gobierno representan respuestas distintas a la pregunta: ¿el juicio de quién debe prevalecer cuando los ciudadanos discrepan en sus juicios?

Puede haber ahora buenas razones para que el pueblo ofrezca la siguiente respuesta a esta pregunta: «No el nuestro, ni el de nuestros representantes, sino el de los jueces». Si éste es el caso, esto equivale *pro tanto* a renunciar al autogobierno²⁷, y a adoptar lo que ARISTÓTELES llamaría «aristocracia», la regla de unos pocos escogidos.

Por supuesto, no es completamente aristocrático, ya que los pocos escogidos deben ejercer su juicio en la interpretación y aplicación de principios que, en todo caso inicialmente y en su forma más general, son elegidos por el pueblo. El hecho de que la autoridad se confiere a la decisión del pueblo sobre qué principios abstractos deben ser adop-

²⁵ DWORKIN, 1996a: 150. Véase también DWORKIN, 1986: 250-254.

²⁶ Véase ARISTÓTELES, 1998: Libro III, cap. XV, 1286a, 150-152.

²⁷ Ésta es la posición de Abraham Lincoln en LINCOLN, 1991b: 221, cuando sugiere que si tales cuestiones son zanjadas por la Corte Suprema, en los casos ordinarios, «el pueblo habrá desistido de ser su propio legislador, habiendo prácticamente dejado en este punto su gobierno en las manos de este eminente tribunal».

tados para que los jueces los interpreten la convierte en una Constitución mixta.

Pero la naturaleza aristocrática de este arreglo no disminuye por el mero hecho de que los aristócratas estén ejerciendo su juicio y no su voluntad. En nuestra mejor lectura, la política es siempre una cuestión de juicio, aun al nivel más abstracto: incluso la formulación de la Decimocuarta Enmienda es un acto de juicio —por parte del pueblo— sobre qué significa una buena república hoy en día (a la luz de su historia, etc.). La tesis democrática ha consistido siempre en sostener que el pueblo tiene el derecho a gobernarse a sí mismo por sus propios juicios. En consecuencia, en la medida en que el pueblo otorga a los jueces un poder de juicio prevalente sobre cómo debe ser entendido algo tan básico como la igual protección, permitiendo entonces que dicho juicio prevalezca sobre el juicio del pueblo o el de sus representantes *sobre esta misma cuestión*, es innegable que (en términos de la taxonomía aristotélica) han establecido lo que tradicionalmente se ha descrito como un arreglo no democrático.

En el capítulo XIII consideraré si esta forma de caracterizar los regímenes es adecuada. Ronald DWORKIN ha sostenido que deberíamos entender la democracia no simplemente en términos de «¿los juicios de quién prevalecen?», sino más genéricamente en términos de «¿los ciudadanos están siendo tratados respetuosamente como iguales?»²⁸. Como veremos, hay mucho que decir en favor de esta concepción. Aquí he estado elaborando el argumento más modesto de que los arreglos constitucionales en discusión no pueden ser considerados realmente como una forma de precompromiso por un agente A en un tiempo t_1 respecto de una decisión (para el tiempo t_2) que el propio A ha tomado. En su lugar, es una forma de sumisión de A en t_1 a cualquier juicio realizado en t_2 por otro agente B en la aplicación de principios muy generales que A ha ordenado tener en cuenta a B.

Una observación final para clarificar el argumento que estoy desarrollando. A veces se dice que lo que justifica el control judicial de constitucionalidad es que sería inapropiado que los representantes del pueblo (actuando por decisión de la mayoría) fueran «jueces en su propia causa»²⁹, en determinar si una parte de la legislación vulnera los derechos de la minoría o no. Pero si una cláusula constitucional (que protege los derechos de las minorías) es realmente un precompromiso del pueblo o de sus representantes, entonces no hay nada inapropiado en preguntarles: ¿era éste el precompromiso que vosotros queríais? Si surge una discusión entre la tripulación acerca de si Ulises debería seguir atado al mástil mucho tiempo después de que el canto

²⁸ DWORKIN, 1996a: 17 ss.

²⁹ Véase, por ejemplo, DWORKIN, 1996a: 16. Véase también la discusión de «*nemo iudex in sua causa*» en el apartado 8 del cap. XIII.

de las sirenas sea ya inaudible porque algunos de los tripulantes creen que él quería también resistirse a los atractivos de la *siguiente* isla, que acaban de pasar, entonces no se puede hacer otra cosa que *preguntarle a Ulises*. No hacerlo sobre la base de que esto haría que Ulises fuese juez en su propia causa sería absurdo, si es que a lo que estamos jugando es al juego del *precompromiso*. El precompromiso no puede preservar el aura de autonomía (o de democracia en el caso constitucional) a menos que la persona atada sea realmente la que debe juzgar el objetivo y el alcance de sus ataduras. Por supuesto que Ulises puede no ser capaz de darnos una respuesta racional a menos que evitemos preguntarle hasta que se halle fuera de la influencia del canto de las sirenas. Entonces no podemos hacer otra cosa que tomar *nuestra propia decisión* sobre si debemos venderle los ojos o no. En *este* punto deberíamos dejar de justificar nuestra decisión diciendo que estamos consumando la autonomía de Ulises. Lo mejor que podemos decir ahora en términos de autonomía es que estamos actuando, de forma paternalista, como Ulises *habría actuado* si hubiera estado lúcido y en posesión de información completa, etc., y no que estamos actuando como él quería que hiciéramos en defensa de su autonomía. Así, igualmente, si seguimos la lógica del precompromiso en el caso político, el pueblo es presumiblemente autoridad —no el juez en su propia causa, sino *autoridad*— sobre aquellas cuestiones a las que se ha precomprometido. Si dicha autoridad es desafiada, por ejemplo, porque se piensa que el pueblo está ahora en el propio estado (de pánico o furia, etc.) que él mismo quería evitar mediante el precompromiso, entonces todo lo que podemos decir es que la noción de precompromiso ya no es más útil en relación con esta controversia. Una vez que deja de estar claro o resulta controvertido con qué se comprometió el pueblo, se pierde todo fundamento de la idea del precompromiso para defender una interpretación determinada en contra de las objeciones democráticas.

4. ¿DESACUERDOS O DEBILIDAD DE LA VOLUNTAD?

Nos hemos ocupado por un momento de la implementación de un precompromiso: ¿es un mecanismo causal o consiste en confiar la decisión al juicio de otra persona? Pero también hay cosas que decir sobre las razones que motivan el precompromiso en un primer momento.

En los casos de precompromiso individual, imaginamos que el agente posea bastante certidumbre, en sus momentos de lucidez, respecto de las acciones que quiere evitar, las razones por las que son indeseables y los motivos por los que de todas maneras podría tener la tentación de llevarlas a cabo. El fumador sabe que fumar perjudica su salud

y puede darnos una explicación basada en la patología de la adicción a la nicotina de por qué anhela un cigarrillo a pesar de tener esta información. El bebedor conoce las estadísticas acerca de la conducción bajo los efectos del alcohol y sabe también cómo funciona la intoxicación alcohólica. Al inicio de la velada sabe que a medianoche tanto su capacidad para conducir de forma segura como su juicio acerca de dicha capacidad estarán seriamente deteriorados.

Estos casos caen bajo categorías reconocidas de la patología de la decisión o *akrasia*³⁰. Los individuos responsables son conscientes de su propia vulnerabilidad hacia la lujuria, la pereza, el comportamiento impulsivo, la ira, el pánico, la pasión y la intoxicación. Son conscientes de que estas condiciones pueden llevarles a comportarse de modos que ellos mismos consideran no deseables. Aunque esta creencia puede venir acompañada del comportamiento en cuestión, a menudo en la literatura se cree que es «en un momento de calma» cuando se tiene, y cuando se actúa según dicha creencia, es decir, en un momento en el que el agente prevé las condiciones de *akrasia* pero en el que todavía no se encuentra afectado por ellas, y es capaz así de arreglar las cosas para disminuir la probabilidad de comportarse *akráticamente* en el futuro.

Se puede pensar que buena parte de lo que hemos dicho se aplica también al ámbito político. Podemos considerar los límites constitucionales como profilácticos contra la *akrasia* política, esto es, contra la patología de la ira, el pánico o la codicia que a menudo se piensan como endémicas en la política democrática. La historia del pensamiento político en Occidente es en gran parte una historia repleta de advertencias hacia los precipitados, codiciosos e intemperados cursos de acción en los que las masas tienden a embarcarse cada vez que tienen el poder en sus manos. Si nos preocupa el que una mayoría arremeta contra la propiedad de los ricos o los derechos de una minoría en un momento de codicia, pánico o ira, tal vez entonces el precompromiso constitucional tenga sentido³¹. Pero es cuestionable que debamos tomar la *akrasia* como modelo para las circunstancias en las que operan realmente la carta de derechos y el control judicial de constitucionalidad de las leyes. Me explicaré.

En la mayoría de los casos, de hecho en la mayoría de los casos con un alto perfil en Estados Unidos, en los que los defensores de los límites constitucionales contemplan el control judicial de constitucionalidad la situación se parece a la siguiente:

³⁰ Ésta es la descripción de ELSTER, 1984: 36-37. La discusión clásica sobre la debilidad de la voluntad está en ARISTÓTELES, 1984: Libro VIII, caps. 1-10.

³¹ Deberíamos advertir, no obstante, que tales precompromisos no han sido nada efectivos en los Estados Unidos, al menos por lo que respecta a los momentos de pánico nacional: véanse "Debs v. United States", 249 US 211 (1919), y "Korematsu v. United States", 323 US 214 (1944).

1) El pueblo se compromete con su Constitución (por supermayoría) mediante alguna formulación bastante abstracta de los derechos. Algunos de los ciudadanos (la minoría) albergan dudas sobre los principios expresados, pensando que su adopción es incorrecta o imprudente, mientras que incluso entre aquellos que han respaldado su ratificación las opiniones divergen respecto de cómo deben ser concretados.

2) Un Parlamento aprueba una medida que puede considerarse que vulnera las disposiciones constitucionales. La medida cuenta con el apoyo de una mayoría de representantes, algunos porque no creen que contradiga los principios constitucionales y otros porque se oponen, como siempre lo hicieron, a dichos principios.

3) Un tribunal, decidiendo por mayoría simple, declara que la norma promulgada por el Parlamento es inconstitucional. Cuatro de los nueve jueces argumentan, no obstante, en un voto particular discrepante, que la ley no debería ser derogada. Mantienen que la interpretación de la carta de derechos necesaria para sostener la inconstitucionalidad no es plausible, sobre todo porque dicha interpretación convertiría la disposición constitucional relevante en muy poco atractiva desde un punto de vista moral. No es necesario decir que sus colegas de la Corte no están de acuerdo con esto.

Consideremos ahora estas tres decisiones y el contexto de desacuerdo que presuponen. El desacuerdo entre los magistrados en 3) es en parte un desacuerdo acerca de *qué es lo que hace que una disposición constitucional sea moralmente poco atractiva*. Por supuesto, éste era exactamente el objeto de desacuerdo de los miembros del Parlamento cuando votaron sobre el proyecto de ley. Y era sólo uno de los focos de desacuerdo entre los ciudadanos cuando se adoptó originalmente la disposición constitucional. Es el mismo desacuerdo todo el tiempo, aunque el peso de la opinión ha ido cambiando en un sentido y en otro: una supermayoría del pueblo toma partido en la decisión 1); una mayoría simple de sus representantes legislativos toma el partido contrario en la decisión 2), y una mayoría simple de magistrados regresa de nuevo a la primera posición en la decisión 3). Y esto es, por supuesto, lo que debemos esperar cuando una cuestión moral compleja y con una fuerte carga valorativa es planteada en formas ligeramente diferentes por diversos decisores en momentos distintos.

Lo que más me interesa de todo esto es el desacuerdo razonable, pero no puedo abstenerme de decir que cualquiera que piense que una narración como ésta puede ser modelizada adecuadamente por la historia de Ulises y las sirenas es un idiota. Ulises está seguro de que quiere oír el canto de las sirenas sin responder a su hechizo; el pueblo en nuestro ejemplo está dividido. Si Ulises fuera a desatarse de algún modo y se dispusiera a saltar por la borda y nadar hasta

las sirenas, la tripulación tendría claro que era ésta exactamente la acción que él les había ordenado impedir; pero en la mayoría de los casos constitucionales las opiniones entre los ciudadanos divergen sobre si esta legislación es lo que en un momento constituyente querían (o habrían o deberían haber querido) prevenir. Es más, todos los jueces y todos los legisladores saben en nuestro ejemplo que la gente razonable discrepa sobre la cuestión con la que se están enfrentando, mientras que en la *Odisea* los miembros de la tripulación pueden estar seguros de que si Ulises afloja o rompe sus ataduras es producto de una patología de la decisión fácilmente identificable por todos los implicados, incluyendo al propio Ulises.

En otras palabras, en el caso constitucional casi siempre tratamos con una sociedad cuyos miembros discrepan sobre principios y sobre los detalles, incluso en sus momentos «lúcidos» o de «calma», sobre los derechos que poseen, sobre cómo éstos deben ser concebidos y sobre qué peso debe adjudicárseles en relación con otros valores. No necesitan apelar a desviaciones de la racionalidad para explicar o caracterizar sus desacuerdos. Como he sostenido a lo largo del libro, los desacuerdos sobre los derechos quedan suficientemente explicados por la dificultad del objeto de esta materia y por lo que RAWLS denominó «las cargas del juicio»³². Un «precompromiso» constitucional en estas circunstancias no es por lo tanto el triunfo de la racionalidad preventiva tal y como aparece en los ejemplos de Ulises, del fumador y del bebedor, sino más bien el predominio sostenido artificialmente de un punto de vista político sobre los demás, mientras las complejas cuestiones morales quedan sin resolver. Imponer el esquema del precompromiso a esta situación sabe más a Procusto que a Ulises.

Una analogía individual más apropiada que los casos de Ulises, el bebedor o el fumador podría ser la siguiente. Imaginemos una persona, llamémosle Bridget, que se debate entre diversas concepciones religiosas alternativas. Un día opta decisivamente por una fe tradicional en un Dios personal. Se compromete absolutamente con esta concepción y abjura para siempre de la biblioteca privada de libros de teología de su casa que, en el pasado, había avivado y sostenido sus incertidumbres. Aunque ella no es una quemadora de libros, cierra la puerta de su biblioteca y entrega las llaves a un amigo, con instrucciones estrictas de no devolvérselas nunca, ni siquiera aunque se lo pida.

Pero nuevas cuestiones y viejas dudas comienzan a insinuarse en la mente de Bridget después de un tiempo («tal vez Tillich tenía razón después de todo...»), y unos meses más tarde pide que le devuelvan las llaves. ¿Debería su amigo devolvérselas? Éste es claramente un caso bastante diferente al de retener las llaves del coche del bebedor

³² RAWLS, 1993: 54-58.

a medianoche. Ambos involucran formas de precompromiso. Pero en el caso de Bridget, si el amigo mantiene el precompromiso está tomando partido, por así decirlo, en una disputa entre dos o más "yoes" en conflicto, o dos o más aspectos en conflicto de un mismo yo interior de Bridget, cada uno de ellos con una pretensión de autoridad racional. Sería tomar partido de una forma que sencillamente no viene determinada por ningún criterio reconocible de patología o de otra desviación mental. Mantener el precompromiso equivaldría a mantener el predominio temporal de un aspecto del yo en el momento en que se entregaron las llaves de la biblioteca, así como ignorar el hecho de que el yo que pide que le sean devueltas posee una misma pretensión de respeto hacia *su* manera de manejar las vicisitudes de incertidumbre teológica.

Mantener otro precompromiso puede ser considerado como una forma de respetar la autonomía de esta persona sólo si es posible trazar una frontera nítida entre los fenómenos mentales aberrantes que el precompromiso se supone que quiere vencer, por una parte, y la incertidumbre genuina, los cambios de opinión, las conversiones, etc., por la otra³³. En los ejemplos de Ulises y del potencial conductor borracho podemos trazar dicha frontera. En el caso de Bridget nos encontramos con más dificultades, porque respetar el precompromiso se parece más a tomar partido en una disputa interna entre dos facciones que luchan en igualdad aproximada de condiciones.

Como si esto no fuera suficientemente malo, si estuviéramos realmente buscando una analogía para el ejemplo del control de constitucionalidad, deberíamos imaginar el caso teológico, pero con la siguiente diferencia: que Bridget entregara las llaves de su biblioteca a *un grupo* de amigos, quienes decidirían por voto mayoritario cuándo es apropiado devolvérselas. Ellos ven que *tienen* que decidir por mayoría puesto que discrepan acerca de la cuestión en las mismas líneas de incertidumbre que están torturando a la propia Bridget.

Claramente es peligrosa *cualquier* analogía simplista entre la autonomía racional de los individuos y el gobierno democrático de una comunidad. La idea de una sociedad atándose a sí misma contra ciertos actos legislativos en el futuro es problemática en el caso de que los miembros de dicha sociedad discrepen entre sí sobre la necesidad de tales ataduras, o si ellos están de acuerdo en abstracto sobre tal necesidad pero discrepan sobre su contenido o su carácter. Es particularmente problemático si se cree que dichos desacuerdos van a persistir, y se van a desarrollar y transformar de formas impredecibles. Y pasa a ser disparatadamente problemático en los casos en los que la forma

³³ Para una excelente discusión de este punto, véase SCHELLING, 1984: cap. 4. Véase también SCHELLING, 1987.

de precompromiso consiste en atribuir la decisión procedimentalmente a otro órgano, cuyos miembros están tan divididos y enfrentados sobre estas cuestiones como lo estaban los anteriores.

Si además la mejor explicación de estos desacuerdos persistentes es que las cuestiones de las que la sociedad se está ocupando son en sí mismas *cuestiones muy difíciles*, entonces no tenemos ninguna justificación para considerar el predominio temporal de una u otra parte en el desacuerdo como un ejemplo de precompromiso pleno y racional por parte de la sociedad en su conjunto. En estas circunstancias, que, como ya dije, son las circunstancias de la política, debemos simplemente dejar de lado la lógica del precompromiso y debemos dejar que los miembros de la sociedad resuelvan sus diferencias y cambien de opinión en la toma de decisiones colectivas con el paso del tiempo lo mejor que puedan.

5. ULISES, EL PUEBLO

Se podría pensar que el modelo de Ulises o del potencial conductor borracho no puede extenderse *de todos modos* a las cuestiones constitucionales porque en éstas no estamos ante un individuo que se ata a sí mismo, sino ante un agente colectivo complejo que comprende a millones de personas y que se ata a sí mismo haciendo que algunas de sus propias instituciones entren en conflicto entre sí. Además, si aplicamos esto a los ejemplos del derecho constitucional de Estados Unidos, tenemos que ver «el pueblo» no ya como millones de individuos diferentes, sino como una entidad continua que se prolonga durante varios siglos, de forma que el estar atados hoy en día por fórmulas establecidas por un grupo de revolucionarios provenientes de la supremacía blanca en 1791 se representa como una forma de precompromiso autónomo adoptado *por nosotros mismos*. Se podría pensar que esto debilita la credibilidad de los elementos del yo, la agencia y la autonomía involucrados en la idea de precompromiso.

¿Qué diferencia hay entonces entre las estrategias decisionales individuales, que pretenden una vigencia de unas horas o unos días, y los compromisos constitucionales de un pueblo entero que pretenden prolongarse durante siglos?

La diferencia principal es la que acabamos de comentar. Una decisión en t_1 tomada por un pueblo entero (que comprende millones de individuos) para imposibilitar una decisión determinada D tomada por ellos mismos en t_2 será en casi todos los casos objeto de desacuerdo. En t_1 las opiniones divergirán en cuanto a si D no es realmente deseable, e incluso en tal caso, en cuanto a si se trata de un objeto apropiado de restricción constitucional. En cualquier caso, no se adoptará un

precompromiso en t_1 a menos que haya mucha más gente que piense que D no es deseable que esté a favor. Es más, aquellos que voten a favor de una restricción lo harán presumiblemente porque temen que surjan entre los oponentes actuales de D algunos que en un tiempo futuro t_2 puedan dejarse llevar por el pánico, la codicia o la ira, y votar en su favor; esto es, temen un cambio *akrático* en la ponderación de la opinión. Pero supongamos ahora que hemos alcanzado ya t_2 y que, a pesar del límite constitucional, D se ha incluido de algún modo en la agenda política, y resulta que una mayoría de la gente es partidaria de D. Si la deseabilidad de D era controvertida en t_1 , entonces la explicación *akrática* del cambio de opinión no es la única posible. Una explicación alternativa y más caritativa (más respetuosa) consiste en que, habiendo continuado el debate público, mucha gente se ha convencido de la bondad de D por los argumentos planteados originalmente por la minoría en t_1 o por nuevos argumentos esgrimidos desde entonces.

La pluralidad de una comunidad política, la inevitable existencia de diversidad de opiniones y desacuerdos razonables entre sus miembros sobre todos los asuntos que conciernen a los derechos y la justicia y la dinámica de la deliberación, tanto formal como informal, a lo largo del tiempo; estas tres cosas significan que raramente estamos en disposición de afirmar, con alguna seguridad, que la mayoría que apoya una determinada posición en t_2 representa la debilidad o el pánico que los que se oponían a esta posición en t_1 tenían razones para temer. *Puede* representar la *akrasia* que temían. Pero igualmente puede no representar nada más que el tipo de cambio en la ponderación de la opinión que asociamos naturalmente con la deliberación continua (*ongoing*), especialmente cuando las circunstancias cambian y nuestra generación sucede a la anterior en el cuerpo político.

Vimos en el apartado 4 que es posible construir un caso individual análogo a éste: Bridget se debatía genuinamente por cuestiones teológicas, y resolvió de una forma en t_1 pero cambió de opinión en t_2 ³⁴. Este tipo de cosas nos resulta completamente familiar. Pero aunque los cambios de opinión sean tan habituales como la tenacidad en el caso de los individuos, no estamos habituados a nada remotamente parecido a la persistencia del tipo de la de Ulises y la unanimidad en el caso de las grandes comunidades políticas. El acuerdo unánime, como JOHN LOCKE ha señalado, «resulta imposible que [...] se dé»³⁵. Así que hay algo completamente inadecuado en utilizar el precom-

³⁴ SCHELLING sostiene que el caso político puede dar luz sobre el caso individual (como opuesto al mismo, o como equivalente): afirma que, en todos los ejemplos de precompromiso individual, estamos en efecto ante la política de dos o más “yoes” dentro de una sola persona. Esto por supuesto no convierte para nada los casos políticos en más fáciles. Véase SCHELLING, 1987.

³⁵ LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 98, 275.

promiso inequívoco de un individuo como modelo para los límites constitucionales. La pluralidad de la política, la razonabilidad del desacuerdo y la dinámica del debate significan que nuestro modelo debería ser el de Bridget y no el de Ulises. Y, como hemos visto, no es posible construir en el caso de Bridget la concepción del precompromiso que nos permitiría, en el caso político, burlar la objeción democrática.

Acabo de mencionar que una de las circunstancias que contribuyen a la dinámica del debate público y a los cambios correspondientes en la opinión pública es que el conjunto de miembros de la comunidad política está en constante transformación. Stephen HOLMES cita el cálculo de Thomas JEFFERSON de que desde un punto de vista actuarial (a fines del siglo XVIII) «la mitad de los que tienen 21 años o más en un determinado momento estarán muertos en 18 años y 8 meses»³⁶. ¿Por qué, entonces, se preguntaba JEFFERSON, una generación debería estar vinculada por los compromisos constitucionales alcanzados ya no por ellos, sino por sus antecesores?

Si entendemos los precompromisos políticos primariamente como estrategias individuales entonces esta objeción andará bien encaminada. Supongamos que Tom vota en favor de una ley que impone el uso obligatorio de los cinturones de seguridad en los automóviles porque quiere vencer su negligencia perezosa y *akrática* por su propia seguridad³⁷, y supongamos que la ley resulta aprobada. Lo que ha hecho Tom entonces es unirse a un gran número de otras personas, cada una de las cuales espera hacer uso de este mecanismo colectivo a fin de atarse a sí misma. Aunque se trate de una ley coercitiva, puede ser defendida de las críticas basadas en la autonomía en la medida en que todos aquellos que son coaccionados la ven deliberadamente como un mecanismo de fortalecimiento de su autonomía individual responsable. Pero una vez que Tom y su original grupo de conciudadanos pasan a mejor vida, no será posible ofrecer *esta defensa* de la ley de cinturones de seguridad a sus hijos y nietos. Por supuesto que los descendientes de Tom pueden renovar la ley o permitir que subsista en los códigos sin ser derogada por las mismas razones que llevaron a Tom a votar en su favor. Pero una vez más puede que no sea así. Y en ese caso no podemos defender la ley *ante ellos* como un precompromiso, ya que a lo sumo fue un precompromiso de la generación de Tom, no de la suya.

En todo caso, cuando desarrollamos la idea del precompromiso en un contexto político, habitualmente se despliega en términos de un precompromiso adoptado por el pueblo como entidad colectiva,

³⁶ HOLMES, 1995: 142, citando a JEFFERSON, 1984: 961.

³⁷ Le agradezco a Amy GUTMANN por esta forma de entender el precompromiso.

y no como un conjunto de precompromisos particulares adoptados por votantes individuales que utilizan en su favor mecanismos colectivos como las leyes. En los casos en los que se concibe el precompromiso como colectivo, la objeción intergeneracional no es por sí misma decisiva. Después de todo, si los ciudadanos pueden *en algún momento* estar vinculados por una legislación que no ha llegado a alcanzar un apoyo unánime (y los que se oponen a los límites constitucionales por supuesto creen que pueden estarlo) entonces debe ser porque los ciudadanos se han constituido como entidad política, una comunidad que no es simplemente el agregado de sus miembros individuales. Ronald DWORKIN se pregunta:

¿Por qué soy *libre* —cómo podría pensar que me gobierna a *mí mismo*— si debo obedecer lo que otra gente decide incluso cuando piense que es incorrecto, imprudente o injusto para mí o para mi familia? ¿Qué diferencia puede haber en el hecho de que mucha gente deba considerar que esta decisión es correcta, prudente y justa si no es necesario que *yo* lo piense? [...]. La respuesta a estas cuestiones enormemente complejas comienza en la concepción comunal de la acción colectiva. Si soy un miembro genuino de una comunidad política, sus acciones son en algún sentido pertinente mis acciones, aun cuando yo haya argumentado y votado en su contra [...]³⁸.

Las opiniones por supuesto divergen al respecto de qué es lo que exige esta concepción comunal, y exploraremos alguna de estas cuestiones en el capítulo XIII. Pero, como mínimo, los ciudadanos deben compartir algún sentido de que ellos están «todos juntos en esto». Deben compartir la idea —que en el capítulo V asociamos con «las circunstancias de la política»— de que existen problemas comunes que vale la pena que sean resueltos por todos conjuntamente a pesar de los puntos de vista divergentes con respecto de cuál debe ser la solución. Y deben articular esta idea compartida a través de su apoyo a mecanismos de decisión colectiva que les permitan extraer de sus desacuerdos un único curso de acción que acepten como vinculante para todos.

Su sentido de compartir estas preocupaciones y compromisos con otros implicará alguna opinión, probablemente tácita, acerca de quiénes son esos «otros». Esta opinión tendrá una dimensión temporal, así como una geográfica. La gente se preguntará: «¿Hasta qué punto es necesario adoptar un punto de vista común sobre estas cuestiones?», y sus respuestas generarán teorías de las fronteras, del federalismo y de la separación territorial de las jurisdicciones nacional y estatal. Y también se preguntarán: «¿Cuán importante es para nuestra solución compartida de un problema que se extienda y permanezca en vigor

³⁸ DWORKIN, 1996a: 22.

a lo largo del tiempo?». Igual que sus respuestas a la primera pregunta indicarán por qué una persona de un lado de la frontera se entiende que está vinculada por una ley determinada mientras que alguien unos pocos kilómetros más allá no lo está, de la misma forma su respuesta a la segunda pregunta generará una teoría de por qué los individuos pueden en ocasiones estar vinculados no sólo por leyes que ellos votaron en contra, sino también por leyes adoptadas varias décadas antes de que nacieran. No estoy diciendo cuáles deben ser tales respuestas, y ciertamente no estoy diciendo que no exista una comunidad política a menos que se entienda que sus leyes vinculan a las generaciones futuras en perpetuidad. Pero es más que probable que el sentido requerido de membrecía y de comunidad se extenderá de generación en generación, así que en principio no debería existir ninguna dificultad en estar vinculado por la decisión de nuestros ancestros. Así, si nuestros antepasados estimaron que cierto precompromiso era necesario, el mero hecho de que supuestamente tales precompromisos se extienden en el tiempo, y sobreviven a aquellos que los promulgaron, no debería ser en sí misma una razón para no respetarlos o para condenarlos como incompatibles con la idea de autogobierno.

Dicho esto, no obstante, la dimensión intergeneracional podría relacionarse con nuestra discusión en el siguiente sentido. Es natural, cuando estas posibilidades están siendo consideradas en perspectiva (como lo están siendo en estos momentos en el Reino Unido), prestar especial atención a la racionalidad y la autonomía del precompromiso *ex ante*. Nos parece *ahora* una buena idea comprometernos preventivamente contra violaciones *futuras* de los derechos. Pero es importante que aquellos que se embarquen en una reforma constitucional tengan la capacidad de considerar lo que están haciendo en estos momentos desde la mirada de los años, incluso de los siglos, por venir³⁹. Debemos tener en mente que en alguna fecha futura un gran número de personas, a favor de un cambio en alguna ley o en la interpretación de algún derecho, experimentará la fuerza del límite que estamos estableciendo como una restricción de su autonomía.

Quiéren reformar las leyes respecto de la financiación de las campañas electorales, por ejemplo, pero se encuentran con que sus esfuerzos están limitados por la cláusula de la libertad de expresión en su Constitución. Los que se oponen a dicha reforma pueden tratar de apaciguar la ira que este límite genera en la mayoría defendiéndolo como un precompromiso adoptado por una generación anterior. Ahora, es posible que la mayoría sea insensible a esta justificación, y que lo sea por la misma razón por la que se estableció el precompromiso: la mayoría se encuentra precisamente en el estado patológico que el diseño del precompromiso quería contrarrestar. Pero también es posi-

³⁹ Véase ARENDT, 1973: 198.

ble que la mayoría se oponga a la justificación del precompromiso, no porque estén cegados por la pasión o la ira, sino porque discrepan sobre la idea de libertad de expresión que pareció plausible a sus antecesores. *Ex ante* el precompromiso parecía una buena idea; *ex post*, podría parecer estúpido dado lo que sabemos sobre las democracias, los medios masivos de comunicación y las campañas electorales. Y si la mayoría ahora sabe que incluso en el momento en el que se adoptó el precompromiso había voces advirtiendo en contra de intentar atar a las generaciones futuras en materias tan complejas como ésta, se mostrarán especialmente inclinados a considerar irrazonable dicho límite. Ahora obviamente se trata de una visión retrospectiva: es un punto de vista del precompromiso *ex post*. Pero es un punto de vista que, imaginariamente, los autores del precompromiso debían tomar muy en serio *ex ante*. Deberían preguntarse: ¿existe ahora alguna razón para dudar de que esta cláusula parecerá razonable como precompromiso a aquellos a los que limitará en el futuro? Me parece que la existencia del desacuerdo de buena fe sobre el contenido del precompromiso en el tiempo en el que es propuesto es *siempre* una razón para responder a esta pregunta de forma afirmativa. El desacuerdo *ex ante* augura irrazonabilidad *ex post*.

Así, aunque la dimensión intergeneracional no es necesariamente concluyente contra la caracterización de los límites constitucionales como precompromisos, es probable que de hecho lo sea en la medida en la que el futuro tiene una desconcertante tendencia a reivindicar la sabiduría de aquellos cuyas opiniones o percepciones podían haber estado en minoría en el momento en el que el límite fue originariamente impuesto.

Supongo que de esto se sigue que un límite constitucional es menos irrazonable *qua* precompromiso cuanto mayor sea la posibilidad de modificarlo mediante procedimientos de reforma constitucional⁴⁰. Necesitamos tener en cuenta, no obstante, que dichos procesos son habitualmente muy dificultosos; de hecho su dificultad —la diferencia, por ejemplo, entre la mayoría requerida para la reforma constitucional y la requerida para la reforma legislativa ordinaria— es precisamente definitoria del límite en cuestión. Así que si hay una objeción a un límite constitucional determinado, esta objeción no queda refutada señalando que existe una posibilidad formal de reforma o cambio; la naturaleza y el alcance de dicha posibilidad es precisamente lo que está siendo objetado. Lo único que podemos decir es que la objeción habría sido incluso más fuerte si no hubiera existido la posibilidad de reforma. Ciertamente, la posibilidad de reforma constitucional no

⁴⁰ Esta idea la tuvo Ronald DWORKIN en una discusión en el *Program for the study of Law, Philosophy and Social Theory* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, en otoño de 1996.

añade nada a la defensa de considerar una restricción constitucional como *un precompromiso*: a lo sumo, todo lo que hace es modificar nuestra comprensión de qué es lo que intentamos defender al presentarlo de este modo.

6. REGLAS CONSTITUTIVAS

Mencioné anteriormente que Jon ELSTER tenía algunas dudas acerca de si los límites constitucionales podían ser realmente descritos como precompromisos, dado que no eran «externos» al pueblo que los establecía⁴¹. La respuesta era que los límites eran externos a algunas de las instituciones establecidas por el pueblo para actuar en su nombre, aun cuando no fueran externas al pueblo mismo considerado como «soberano popular». Quiero volver ahora sobre este punto, ya que de ahí surgen interesantes cuestiones sobre la relación entre los límites constitucionales y las reglas constitutivas de las instituciones políticas.

Un grupo de individuos debe constituirse a sí mismo como pueblo—esto es, como comunidad política— incluso a fin de elaborar una Constitución. Pero lo que hacen la mayoría de las veces al elaborar la Constitución es construir lo que esperan que sea un conjunto duradero de instituciones que pueden incorporar procedimientos de decisión y mecanismos de acción colectiva. En su reciente libro *Passions and Constraint*, Stephen HOLMES ha sostenido que los límites constitucionales poseen importantes funciones *constitutivas* a este respecto:

Las constituciones pueden ser útilmente comparadas con las reglas de un juego e incluso con las reglas de la gramática. Mientras que las reglas *regulativas* (por ejemplo, “no fumar”) gobiernan actividades preexistentes, las reglas *constitutivas* (por ejemplo, “los alfiles se mueven en diagonal”) hacen posible una práctica por primera vez [...]. Las constituciones no limitan el poder solamente; pueden crear y organizar el poder, así como darle unas directrices [...]. Cuando una asamblea constituyente establece un procedimiento de decisión, más que restringir una voluntad preexistente, de hecho crea un marco en el que la nación puede, por primera vez, tener voluntad⁴².

El argumento resulta más claro en el caso de los procedimientos políticos. Vimos en el capítulo IV que una asamblea deliberativa requiere reglas procesales a fin de facilitar y centrar sus debates. Si estas mismas reglas están abiertas a la discusión en las propias sesiones que supuestamente estructuran, entonces será difícil para un amplio grupo de diversos deliberantes proceder con alguna seguridad de que

⁴¹ ELSTER, 1989: 196. Véase el inicio del apartado 3 de este capítulo.

⁴² HOLMES, 1995: 163-164.

no están teniendo conversaciones cruzadas o dando rodeos sobre un mismo tema. Como las reglas de la gramática, las reglas procesales no pueden ser consideradas simplemente como una forma de poner esposas o de limitar a los participantes⁴³. En su lugar, hacen posible la participación estableciendo una matriz de interacción en la que las contribuciones concretas pueden tener lugar y, por así decirlo, «quedar registradas». Por supuesto que las reglas de la gramática no son realmente algo que nosotros *decidamos* a fin de facilitar el discurso. Simplemente emergen: nos encontramos con ellas como parte integral de nuestra capacidad de comunicarnos⁴⁴. Pero en el contexto de una Constitución promulgada, las reglas procesales son el resultado de decisiones tomadas con el propósito de constituir la toma de decisiones públicas. Tal y como HOLMES lo expresa, «las decisiones son tomadas sobre la base de predecisiones. Las decisiones electorales son tomadas sobre la base de decisiones constitucionales. Cuando los votantes entran a la cabina, por ejemplo, los votantes eligen quién será presidente pero no cuántos presidentes habrá»⁴⁵.

Todo esto es muy importante. Es igualmente importante, no obstante, advertir las diferencias entre esta forma de «predecisión» procedimental y el precompromiso propiamente dicho. Déjenme explicarlo.

Ulises se ata al mástil, así que cuando surge la cuestión de si debe dejar el barco en respuesta al canto de las sirenas, cualquier decisión que tome para abandonarlo será inefectiva. Del mismo modo, el bebedor entrega las llaves de su coche a un amigo para hacer más improbable que tome la decisión de conducir cuando surja la cuestión de dejar la fiesta y volver a casa a medianoche. Éstos son ejemplos de precompromiso: para adaptar nuestra definición a la de Jon ELSTER⁴⁶, un agente pone en práctica una decisión en un tiempo t_1 a fin de disminuir la probabilidad de que pondrá en práctica otra decisión en un tiempo t_2 .

Pero en el ejemplo de HOLMES no se supone que la regla procesal («sólo un presidente») adoptada en t_1 opere cuando (o si) el pueblo está decidiendo en un momento posterior cuántos presidentes quiere tener; no se pretende con ella limitar cualquier decisión en tal ocasión. En cambio, está diseñada para operar en el momento en el que el pueblo elija quién debe ser presidente. A diferencia de cuando Ulises se ata a sí mismo al mástil o de cuando el bebedor entrega las llaves de su coche a un amigo, el establecimiento de una regla procesal no

⁴³ HOLMES, 1995: 163.

⁴⁴ Cfr. la observación de David HUME sobre las promesas, las convenciones y el surgimiento del lenguaje, en HUME (1739-1740), 1988: Libro III, Parte II, s. II, par. 490, 659-660.

⁴⁵ HOLMES, 1995: 167-168.

⁴⁶ ELSTER, 1984: 39.

se diseña para incrementar la probabilidad de una decisión en particular en t_2 ; lo que se busca es sencillamente elaborar y constituir un tipo de procedimiento de toma de decisiones. Su importancia en estructurar dicho procedimiento no nos permite inferir nada acerca de qué es lo que nos impide replantear más adelante el número de jefes del ejecutivo que tenemos. Del mismo modo la importancia constitutiva de las reglas del *baseball* o de las convenciones ortográficas no muestran que sea incorrecto o imprudente modificar dichas reglas; todo lo que muestran es que, con independencia de cuánto modifiquemos las reglas, éstas deben estar establecidas en el momento en que alguien quiera entrar en la práctica o jugar al juego que las reglas constituyen.

Seguramente, puede haber otros argumentos para no estar revisando constantemente las reglas constitutivas de diversas actividades. Si cambiamos las reglas del *baseball* muy a menudo, los aficionados estarán confusos y los jugadores serán incapaces de desarrollar un conjunto consistente de habilidades. Cambiemos las convenciones de nuestra ortografía, y el vicepresidente ya no podrá seguir en su cargo. Existen famosos argumentos conservadores también en la política, de los que los más conocidos son los de Edmund BURKE:

Con esta facilidad carente de principios para cambiar el Estado tanto, tan a menudo y en tantos aspectos como cambian los caprichos y las modas, toda la cadena y continuidad de la comunidad política se quebraría. Ninguna generación enlazaría con la otra. Los hombres serían poco mejor que las moscas de un verano⁴⁷.

Ahora, este argumento burkeano bien puede motivar los precompromisos constitucionales, como una precaución contra una alteración precipitada de los procesos constitutivos de nuestra política. Atrincheramos nuestros procedimientos actuales en t_1 contra el cambio en t_2 porque tememos que si fuéramos a ser indulgentes con nuestros apresurados impulsos reformistas en t_2 nos convertiríamos en poco más que fugaces moscas de un verano. Y si hacemos esto, nuestro precompromiso estará expuesto a todas las dificultades del pluralismo y los desacuerdos que ya hemos considerado —puesto que está absolutamente claro que los argumentos de BURKE sobre los peligros de la reforma constitucional son cuestiones sobre las que la gente razonable discrepa—.

Mi argumento actual, no obstante, es que sería un error confundir los precompromisos burkeanos con los procedimientos constitutivos mismos. En relación con esto, es engañoso sugerir, como lo hace Stephen HOLMES, que los límites constitucionales tengan el carácter

⁴⁷ BURKE, 1969: 192-193.

de facilitar y capacitar propio de las reglas constitutivas del procedimiento.

7. PRECOMPROMISO Y SEGURO

Hasta ahora hemos establecido que no deben asimilarse los procedimientos constitutivos con los precompromisos, pero precompromisos de otros tipos pueden ser pragmática o políticamente necesarios en la Constitución de un pueblo.

En un sentido puramente formal, una comunidad política puede estar constituida por una regla de votación, pero dichas reglas procesales constituyen una realidad política significativa sólo en relación con el contexto jurídico y social que condiciona el carácter del debate público. Una cosa es el gobierno de una mayoría popular si los votos se emiten después de largos períodos de argumentación entre los ciudadanos y sus representantes, y otra cosa muy distinta si se emiten los votos sin ninguna interacción deliberativa o si la cultura política es tal que la mayoría de la gente siente miedo de expresar su oposición tan pronto como empieza a aparecer algún indicio de consenso mayoritario. De hecho, podemos sostener que estas condiciones que tienen que ver con la deliberación son tan importantes que la decisión de la mayoría puede acabar siendo, efectivamente, bastante diferente —una forma diferente de gobierno, una Constitución de un tipo bastante distinto al de «*we, the people*»*—, dependiendo de tales condiciones. HOLMES sostiene que, de todas las diversas formas de gobierno que pueden resultar, sólo algunas pueden ser legítimamente denominadas «democracia»:

La democracia es el gobierno mediante la discusión pública libre y racional entre ciudadanos legalmente iguales, y no simplemente la imposición de la voluntad de la mayoría [...]. No se le debería dar autoridad soberana a cualquier “voluntad”, sino sólo a una voluntad formada en un debate ampliamente abierto y dinámico. El derecho jurídicamente garantizado a oponerse es en consecuencia una norma fundamental del gobierno democrático; proporciona una precondition esencial para la formación de la opinión pública democrática⁴⁸.

Analizaremos esta tesis, y otra muy parecida de Ronald DWORKIN, como una propuesta general sobre el verdadero significado de «democracia» en el capítulo XIII. Por el momento, debemos intentar entenderla en relación con la lógica del precompromiso.

* N. de los trads.: Se alude al inicio del preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos, que hemos preferido no traducir.

⁴⁸ HOLMES, 1995: 171.

La idea es que al establecer las instituciones democráticas, al constituir la propia posibilidad de «la voluntad del pueblo», los miembros de una sociedad pretenden comprometerse no sólo con cualquier vieja forma de mayoritarismo, sino con una forma determinada de decisión mayoritaria, con la soberanía de una «voluntad popular formada en un debate ampliamente abierto y dinámico»⁴⁹. Esto no lo pueden hacer sin esforzarse al mismo tiempo por crear un clima abierto y tolerante para la expresión efectiva de la oposición política y el disenso. Y esto a su vez les obliga a establecer ciertas garantías de que la oposición y el disenso en minoría no evocarán ningún rechazo violento por parte de mayorías temporales o permanentes. Tales garantías, prosigue el argumento, no resultan creíbles a menos que la gente haya adoptado mecanismos constitucionales para restringir sus respuestas naturales represivas a la irritación de la crítica de la minoría. Un precompromiso de este tipo puede parecer negativo, y los miembros de la mayoría pueden sentir que su efecto inmediato es impedirles hacer cosas que quieren hacer. Pero a medio y largo plazo, las garantías constitucionales de libertad de expresión y de oposición leal son indispensables para el debate político significativo. Son condiciones para el mismo objetivo que los miembros de la mayoría pretenden de su Constitución: el surgimiento, a través de procedimientos mayoritarios, de una base informada y efectiva para la decisión popular. En esto consiste —tal y como yo lo entiendo— el argumento de HOLMES.

Es un argumento atractivo. Y creo que sería una defensa convincente de la aprobación de límites constitucionales inmunes a una revisión legislativa subsiguiente si se diera alguna de estas dos condiciones. Sería convincente si la gente fuera constante y unánime en su concepción de la decisión mayoritaria y de las condiciones necesarias para su realización efectiva. O aun no estando de acuerdo sobre estas cuestiones, sería un argumento convincente en favor de los límites constitucionales si las minorías tuvieran razones para temer que todo replanteamiento legislativo de las normas sobre la libertad de expresión y la oposición leal fuera un modo de oprimir o silenciar el disenso.

De hecho, ninguna de estas dos condiciones se da. Aunque casi todo defensor de la decisión mayoritaria está comprometido con *alguna* forma de democracia deliberativa, las opiniones varían ampliamente respecto a qué debería ser la deliberación y cuáles son las condiciones jurídicas, políticas y sociales que deberían rodearla. No necesitaría decir mucho más, pero aquí tenemos algunas de las cuestiones sobre las que los demócratas razonables discrepan: la representación proporcional, los referenda, la frecuencia de las elecciones, los límites de mandatos, la base sobre la que trazar los distritos electorales, el acceso a espacios de televisión por parte de los candidatos financiado por

⁴⁹ HOLMES, 1995: 171.

el Estado y la financiación general de las campañas. La gente discrepa sobre la publicación de las encuestas de opinión, sobre la libertad de expresión en los centros comerciales, sobre la influencia de grupos de interés especiales y los comités de acción política y sobre el interés público en el funcionamiento interno de los partidos políticos. Discrepan también sobre temas tales como los insultos, el discurso del odio, la representación étnica, la calumnia penal y los conceptos de sedición, insurrección y subversión.

Estamos bendecidos con una rica y profunda literatura sobre todos estos temas, desde los *Federalist papers* hasta los libros más modernos, como *Political Equality*, de Charles BEITZ; *The Tyranny of the Majority*, de Lani GUINIER, y *The Partial Constitution*, de Cass SUNSTEIN. Las diversas y opuestas concepciones expuestas por estos y otros autores representan diferentes intentos de identificar detalladamente la naturaleza del sistema político con el que nos hemos comprometido, o (más correctamente) con el que estamos, mediante nuestras continuas prácticas políticas y constitucionales, en proceso de comprometernos.

La persistencia de estos desacuerdos es característica de todas las democracias contemporáneas, y en la mayoría de las sociedades se da una conexión natural entre este tipo de discusión entre intelectuales, constitucionalistas y científicos políticos y los procesos más formales por los que el pueblo y sus representantes debaten y votan sobre propuestas de reforma constitucional. En Nueva Zelanda los votantes adoptaron e hicieron uso recientemente de un sistema de representación proporcional; en el Reino Unido pronto los votantes tendrán la oportunidad de decidir entre diversas propuestas de reforma de la segunda cámara de su Parlamento; y la financiación de las campañas electorales está en la agenda legislativa en casi todo el mundo. Cada país estudia la experiencia constitucional de los demás; en cada uno de estos debates los ciudadanos ponderan complejas listas de pros y contras; y aunque la gente y los profesores de derecho pueden defender apasionadamente una opción u otra, los debates sobre la estructura constitucional se conducen en general por un espíritu de respeto mutuo y en la aceptación común de que éste no es un ámbito de la vida en el que la verdad sea bien conocida y autoevidente.

En algunos países, las decisiones efectivas sobre la estructura constitucional pueden ser tomadas por los Parlamentos, y por supuesto los parlamentarios discrepan entre sí con respecto a qué es lo deseable. El debate de la Cámara de los Comunes en 1998 sobre la Declaración de Derechos Humanos es un buen ejemplo. En otros países dichas decisiones son tomadas mediante votaciones en referenda, y sucede, predeciblemente, que la gente también discrepa. Incluso en países como los Estados Unidos, donde la cultura política confía en buena medida estas cuestiones a los tribunales, los magistrados raramente

alcanzan la unanimidad. Resulta que los jueces discrepan entre sí tanto como los demás, y lo hacen razonablemente y de buena fe, sobre la naturaleza de su administración constitucional y los compromisos sobre principios que se supone que dicha administración incorpora.

Todo esto es seguramente saludable; es exactamente lo que deberíamos esperar; y podemos describirlo, para los fines de la filosofía política y del derecho, de muchas formas distintas. Pero me parece que hay algo que no podemos afirmar: no podemos describir este proceso en términos de un conjunto de precompromisos populares inequívocos con una forma particular de toma de decisiones política. ¿Cómo tomar decisiones colectivas en política? Todo lo que podemos decir es que esto es algo sobre los que debemos seguir trabajando.

Dije que el argumento que hemos estado considerando en este apartado significaría una defensa convincente en favor de límites constitucionales inmunes a la revisión legislativa si se daba alguna de dos condiciones, esto es, si o bien los compromisos del pueblo a este respecto quedaban establecidos, y eran constantes e inequívocos, o bien si revisar estas cuestiones amenazaba con un grave peligro a los disidentes o las minorías. Acabamos de ver que no se cumple la primera de estas condiciones, y tampoco se cumple la segunda.

Los que disienten con la opinión mayoritaria necesitan contar con un seguro de que su oposición no producirá una respuesta represiva o devastadora. En algunos países (incluso en algunos que se autodenominan democracias) este seguro es muy débil o inexistente. Éste es un tema de gran preocupación, pero no es el que nos interesa aquí; en dichos países las estructuras constitucionales también han fallado. Puede haber, no obstante, uno o dos países en los que exista realmente el seguro que necesitan los disidentes en virtud de la estructura constitucional, pero en los que ésta es tan frágil que cualquier intento del pueblo o de sus representantes de revisar o votar cuestiones de estructura política sería visto razonablemente por las minorías como una forma de atacar y socavar su garantía de libertad y oposición leal. Tal vez algunas de las nuevas democracias de la Europa del Este y de la antigua Unión Soviética entran en esta categoría. Se puede sostener, no obstante, que éstos son de los países que *menos* pueden permitirse el lujo de la rigidez constitucional que implica la idea de precompromiso⁵⁰; su pueblo debe ser capaz de experimentar con una

⁵⁰ Véanse HOLMES y SUNSTEIN, 1995. Vale la pena reproducir con extensión las observaciones con las que HOLMES y SUNSTEIN concluyen su análisis (*ibid.*, 305-306): «Las cuestiones básicas que deben tratar de resolver los políticos actuales en la Europa del Este tienen que ver con las fronteras territoriales, la cuestión de quién es miembro de la comunidad política, la asignación de los primeros derechos de propiedad y la repentina redistribución de la riqueza privada (incluyendo la privatización de la *nomenklatura*), ajustando cuentas o pasando página del pasado. Estos problemas, no encarados por ninguna democracia occidental hoy en día, no pueden ser

variedad de formas procedimentales detalladas mientras, lentamente, durante *décadas*, intentan construir sus propias tradiciones constitucionales. En todo caso, las especificidades que he señalado, las libertades de oposición garantizadas de hecho por límites constitucionales pero de una forma tan frágil que serían amenazadas por *cualquier* iniciativa legislativa para revisar o reestructurar dichos límites, estas especificidades no se aplican a los Estados Unidos y no se aplican al Reino Unido. En ambos países existen tradiciones robustas y establecidas de libertad política (que han florecido a menudo *a pesar* de los mejores esfuerzos del poder judicial)⁵¹; y en ambos países existen potentes debates sobre la estructura política que parecen capaces de transcurrir sin amenazar las libertades de la minoría.

Por esta razón, entonces, y porque estas cuestiones de *background* de la estructura política, el proceso político y la cultura política siguen siendo el objeto del desacuerdo continuo, sano y benigno, el modelo de antipánico del precompromiso odiseico parece singularmente inapropiado como base o modelo para la teoría constitucional.

fácilmente resueltos invocando principios liberales. Y no pueden ser tratados judicialmente por un órgano que no deba rendir cuentas compuesto por hombres y mujeres con una buena formación. Tampoco serán impuestos por un ejército conquistador y aceptados por un pueblo derrotado y moralmente castigado. Sólo pueden ser resueltos políticamente. Las decisiones cruciales deben ser tomadas con todo el desorden de la negociación parlamentaria y el compromiso *ad hoc*, llevada a cabo en alguna medida ante el ojo público [...]. Es fútil e incluso ilegítimo intentar al principio atrincherar ciertas respuestas en un marco constitucional inmunizado contra el cambio. Los intentos de despolitizar o juridificar la elaboración de la Constitución no son razonables en sociedades en las que el futuro está tan abierto y las decisiones que hay que tomar son tan básicas y tan amplias».

⁵¹ Véase la nota 31 de este capítulo.

CAPÍTULO XIII

LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DEMOCRACIA

1. DERECHOS DEMOCRÁTICOS

La idea de democracia no es incompatible con la idea de derechos individuales. Por el contrario, no puede haber una democracia a menos que los individuos posean y ejerzan regularmente lo que en el capítulo XI hemos denominado «el derecho de los derechos» —el derecho de participación en la elaboración de las leyes—. Y no sólo esto, sino que, como sostuve al final del capítulo X, existe una congruencia natural entre los derechos y la democracia. Cuando identificamos a alguien como portador de derechos (*rights-bearer*) expresamos algún tipo de confianza en las capacidades morales de esa persona, en especial en su capacidad para pensar responsablemente sobre la relación moral entre sus intereses y los intereses de los demás. La posesión de esta capacidad —un sentido de la justicia, si se prefiere—¹ es la base principal para tener competencia democrática. Nuestra convicción de que los hombres y mujeres comunes poseen lo necesario para participar responsablemente en el gobierno de su sociedad es, de hecho, la misma convicción que aquella sobre la que se basa la atribución de derechos.

En los capítulos X y XI invoqué esta conexión a fin de poner en apuros a los teóricos de los derechos que se muestran recelosos indiferentes respecto del ideal de una toma de decisiones democrática. Pero la congruencia entre los derechos y la democracia es una calle

¹ Véase RAWLS, 1993: 19.

de doble sentido. Un teórico de los derechos no debería embarcarse en la tarea de caracterizar a los miembros de una mayoría democrática como predadores egoístas e irresponsables. E igualmente un teórico de la democracia no debería presumir de la indiferencia propia del procedimentalista puro acerca del destino de los derechos individuales en un sistema de decisión mayoritaria, puesto que muchos de estos derechos (incluso aquellos no implicados directamente por el ideal democrático) se basan en el respeto por la agencia moral individual que la propia democracia conlleva.

Los teóricos constitucionales como Ronald DWORKIN, por lo tanto, tienen razón cuando afirman que no podemos apelar a ninguna oposición fundamental entre la idea de democracia y la idea de derechos individuales como base para criticar la práctica del control judicial de constitucionalidad de las leyes como la de los Estados Unidos. No existe tal oposición fundamental. Si hay una objeción democrática al control de constitucionalidad, debe estar también basada en derechos. Y no podremos sostener esta objeción a menos que estemos preparados para responder algunas cuestiones difíciles sobre cómo se supone que los derechos deben ser protegidos en un sistema de toma de decisiones democráticas.

Los derechos a los que quiero referirme en este capítulo pertenecen a dos categorías principales: *a*) derechos que de hecho son constitutivos del proceso democrático, y *b*) derechos que, aunque no sean formalmente constitutivos de la democracia, representan en todo caso condiciones necesarias para su legitimidad.

Analicemos primero los derechos requeridos para la constitución de la democracia, *a*). Los teóricos discrepan sobre si la democracia es algo más que un ideal procedimental², pero ciertamente entraña *al menos* la idea de un procedimiento político constituido en parte por determinados derechos. La democracia requiere que cuando hay desacuerdos en una sociedad en una materia sobre la que se necesita tomar una decisión común, todo hombre y mujer de la sociedad tiene el derecho de participar en términos de igualdad en la resolución de dichos desacuerdos. Los procesos que esto conlleva pueden ser complejos e indirectos; puede haber estructuras asociadas de elección y representación. Pero todas ellas están orientadas finalmente hacia el mismo ideal: la participación del pueblo —de algún modo, a través de algún mecanismo— básicamente en términos de igualdad. Esto significa que no puede haber democracia a menos que se erija el derecho de participación y a menos que las complejas reglas del proceso político de representación estén regidas fundamentalmente por este derecho. Si algunos quedan excluidos del proceso, o si el proceso mismo es

² Véase BEITZ, 1989: cap. 4. Véase también el apartado 14 del cap. V de este libro.

desigualitario o inadecuado, entonces tanto los derechos como la democracia se ven comprometidos.

Un segundo conjunto de derechos, *b*), nos lleva más allá de las cuestiones de procedimiento formal. Además de aquellos que constituyen el proceso democrático, hay muchos derechos que pueden ser representados plausiblemente como condiciones de la legitimidad o de la respetabilidad moral de la toma de decisiones democráticas. Nadie piensa que un puñado de personas esté autorizado para imponer una decisión a los demás, simplemente porque haya más individuos a favor de la decisión que en contra. La democracia y la decisión mayoritaria sólo tienen sentido moralmente bajo ciertas condiciones. Las más obvias son la libertad de expresión y la libertad de asociación, derechos que establecen un contexto deliberativo más amplio en la sociedad civil para la toma formal de decisiones políticas. Pero estoy pensando también en reclamos de derechos que tienen muy poco o ningún aspecto procedimental. En *Freedom's Law* DWORKIN sostiene que una persona no está vinculada por las decisiones de una democracia a menos que sea, en un sentido satisfactoriamente sustantivo, miembro de la comunidad de tal democracia. El ser miembro no es sólo una cuestión de participación formal, sino también de que se dedique una adecuada consideración a los intereses de la persona. Incluso si esta persona tiene un voto, difícilmente se esperará que acepte como legítimas las decisiones de la mayoría si sabe que otros miembros de la comunidad no toman en serio sus intereses o si las instituciones establecidas de la comunidad demuestran desdén o indiferencia hacia él o su clase (25)³. Y DWORKIN hace una defensa similar de la importancia de que la comunidad respete la independencia moral de sus miembros. Piensa que una persona no puede ser miembro de una comunidad, en el sentido adecuado y robusto que genera legitimidad y obligación política, a menos que pueda reconciliar su pertenencia a la comunidad con el autorrespeto; y sólo puede hacerlo si la comunidad no se propone dictarle sus convicciones éticas fundamentales (25-26).

No estoy seguro de que debamos aceptar este último argumento de DWORKIN. Pero no hay duda de que *algunos* argumentos van en esta línea. Seguro que hay algunos derechos a los que, en caso de no ser respetados en una comunidad, no podría atribuirse ninguna legitimidad política a ningún procedimiento de decisión mayoritaria. ¿No es apropiado, entonces, que la toma de decisiones mayoritaria esté limitada por los derechos que satisfacen esta fórmula? Difícilmente podríamos lamentarnos de dichos límites en nombre de la democracia, puesto que una democracia no limitada por tales derechos casi no merecería su nombre. Dicha objeción se dirigiría contra el estable-

³ En este capítulo, los números entre paréntesis se corresponden con las referencias de las páginas de DWORKIN, 1996a.

cimiento o la protección de las propias condiciones que hacen valioso apelar al ideal de democracia.

La relación entre la democracia y las condiciones de su legitimidad puede ser representada como una relación entre derechos: esto es, los derechos de la clase *a)* *presuponen* los derechos de la clase *b)*. Cuando en ocasiones decimos que un conjunto de derechos presupone a otro, es porque pensamos que los derechos del segundo conjunto son precondiciones para el ejercicio significativo o efectivo de los primeros. Así, Henry SHUE sostiene que el ejercicio significativo de cualquier derecho presupone que los portadores de derechos tienen el derecho a la subsistencia y la seguridad y que ha sido satisfecho⁴. No hay duda de que esto se aplica también a los derechos políticos: no se puede ejercitar significativamente el derecho al voto en condiciones de terror o inanición. Pero la relación que analicé en el último párrafo es ligeramente distinta a ésta. Aquélla representa un conjunto de derechos como condiciones del ejercicio *legítimo* de otro conjunto. Es casi como decir que el derecho a vender un objeto presupone que el vendedor es propietario del objeto. La legitimidad merece nuestra atención porque el ejercicio de los derechos participativos no es sólo una cuestión de libertad. Cuando alguien vota, ejerce un poder hohfeldiano⁵ que (junto con el ejercicio de este poder por un número suficiente de otras personas) puede alterar la posición jurídica de determinados individuos, tal vez en contra de su voluntad, tal vez en su perjuicio. Que tenga este impacto sobre los demás es permisible sólo bajo ciertas condiciones, y tales condiciones pueden representarse como los derechos que tienen aquellos que estén obligados a ser objeto de dicho impacto.

Llamaré a los derechos de las clases *a)* y *b)* «derechos asociados a la democracia». En un sentido más amplio, todos los derechos están asociados a la democracia porque, como dije al inicio de este apartado, todos los derechos requieren el mismo tipo de respeto por los individuos que la democracia requiere. Muchos teóricos han tratado de limitar su argumento en favor de los derechos constitucionales a aquellos derechos que están relacionados directa o indirectamente con el proceso democrático⁶. Imaginan —equivocadamente, como veremos— que no se puede sostener ninguna objeción democrática contra los límites basados en derechos relativos a la integridad procedimental de la democracia. Y creen —de nuevo equivocadamente, en mi opinión— que lo que debe preocupar al demócrata acerca de los derechos no se encuentra en lo que ellos denominan «derechos sustantivos» desvinculados del proceso democrático. De hecho, no puede separarse

⁴ Véase SHUE, 1980: cap. 1.

⁵ Véase HOHFELD, 1923: 50 ss.

⁶ El ejemplo más conocido es el de ELY, 1980.

de esta forma el argumento basado en derechos en favor de la democracia de otros derechos. Estando este argumento basado en el respeto hacia las personas como agentes morales y dotados de razón, sus premisas generarán ciertamente conclusiones sustantivas sobre aquello a lo que la gente está autorizada cuando la libertad personal está en juego y puede también generar conclusiones sobre los derechos en sentido positivo en el reino del bienestar económico y social. Seguramente algunas de estas conclusiones se relacionan también con el proceso democrático como elementos constitutivos o como condiciones de su legitimidad. Pero las premisas de la defensa basada en derechos de la democracia pueden proporcionar un argumento directo en favor de los derechos sustantivos que se salte la defensa de la democracia. Estos derechos, entonces, están asociados a la democracia no en el sentido de ser constitutivos de ella o de estar presupuestos por ella, sino representando otras conclusiones extraídas de las mismas premisas que fundamentan la defensa basada en derechos de la democracia.

En la mayor parte de este capítulo, no obstante, limitaré mi atención a los derechos de las clases *a*) y *b*). Los derechos de la clase *a*) han sido el centro de atención de un argumento bien conocido de John Hart ELY, que afirma que no puede sostenerse ninguna objeción democrática en contra del control judicial de constitucionalidad para reivindicar derechos que son procedimentalmente constitutivos de la democracia⁷. DWORKIN piensa que ELY se equivoca al limitar su atención a la clase *a*), no obstante, y estoy de acuerdo con él en este punto⁸. El argumento que quiero examinar en este capítulo tiene que ver con las dos categorías. Entonces, hacia el final del mismo, en los apartados 11 y 12, volveré a la cuestión más amplia de la protección democrática de los derechos en general.

2. ¿EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD MEJORA LA DEMOCRACIA?

En los Estados Unidos y en el Reino Unido, Ronald DWORKIN ha sido un firme defensor de la compatibilidad entre la democracia, por una parte, y los derechos constitucionales y el control judicial de constitucionalidad, por la otra⁹. Su reciente libro *Freedom's Law* articula una nueva versión de esta defensa. DWORKIN cree que no es un accidente que las nuevas democracias —en Sudáfrica, por ejemplo, o en la Europa Central y del Este— se inclinen casi instintivamente hacia alguna forma de los arreglos constitucionales que estamos con-

⁷ ELY, 1980.

⁸ Véase DWORKIN, 1985: 59-69. Véase también WALDRON, 1993b: 39-41.

⁹ Véanse DWORKIN, 1985: 9-71; DWORKIN, 1986: cap. 10, y DWORKIN, 1990.

siderando. Y piensa que lo hacen no porque estén intranquilos o tengan sentimientos ambiguos sobre la democracia, sino porque un sistema que combina la legislación popular, las garantías constitucionales y el control judicial de constitucionalidad les parece la forma de democracia que, en sus circunstancias, ofrecerá la mejor garantía de que los derechos asociados a la democracia continuarán siendo respetados. Los Estados Unidos en su nacimiento eligieron una forma de democracia especialmente atractiva, según DWORKIN (70-71). Sus Padres Fundadores inventaron la idea de que la propia *Constitución* de un país —el documento que establece, otorga los poderes a, y conforma, las estructuras del gobierno— debería ser también el garante de los derechos humanos¹⁰. Esta idea de que el gobierno debería estar vinculado por los derechos asociados a la democracia por la propia autoridad que estructura y otorga el poder a sus procedimientos democráticos es en la concepción de DWORKIN «la contribución más importante que nuestra historia [*i. e.*, la de los Estados Unidos] ha hecho a la teoría política» (6). Sería una «vergüenza histórica», afirma, el que los estadounidenses perdieran su fe en esta práctica justo cuando está comenzando a inspirar al mundo (71).

En *Freedom's Law* DWORKIN no defiende solamente la tesis de que el control judicial de constitucionalidad sobre la base del principio constitucional hace más *justa* a una sociedad. No hay duda de que defiende esta conocida tesis (al menos por lo que respecta a los Estados Unidos) y la ha defendido en otros lugares¹¹. El nuevo desafío de la posición de *Freedom's Law* es que DWORKIN insiste de hecho, sin mayor especificación, en que «una constitución de principios, defendida por jueces independientes, no es antidemocrática» (123). Insiste en que no hay ningún *trade-off* entre los derechos y la democracia. Piensa, en cambio, que la práctica de permitir a un puñado de jueces no electos y no responsables (*unaccountable*) derogar leyes aprobadas por un Parlamento representativo ayuda a constituir un tipo excelente y distintivo de democracia en los Estados Unidos (15). Es más, su razón para creer en esta destacable tesis no es ya la razón que criticamos al inicio del capítulo XII —es decir, que en la práctica ha sido elegida por el pueblo de los Estados Unidos¹²—. Sostiene ahora que sea quien sea el que elige, elige una *opción favorable a la democracia*.

En uno o dos lugares DWORKIN va más allá y da la impresión de pensar que un sistema político que permite a las mayorías ordinarias tomar decisiones sobre los derechos no debería ser considerado como

¹⁰ Véase también BLACK, 1997: 5 y 89.

¹¹ DWORKIN, 1986: 356.

¹² Véase la nota 1 del cap. I y el texto que la acompaña. El profesor DWORKIN me ha señalado en una conversación privada que ahora no sostiene la concepción que se le atribuye en aquel pasaje.

genuinamente democrático. Afirma que cualquier versión de la democracia que requiera «deferencia hacia mayorías temporales sobre cuestiones de derechos individuales es [...] brutal y ajena, y muchas otras naciones con firmes tradiciones democráticas ahora rechazan esto como una farsa» (71). En la mayoría de las ocasiones, no obstante, su posición es menos estridente. El argumento que quiero criticar en este capítulo es el que pretende mostrar que el modelo estadounidense de arreglos constitucionales no es menos democrático por establecer el control judicial de constitucionalidad, y no el argumento de que dicho control de constitucionalidad sea realmente *necesario* para la democracia. En su formulación más cautelosa, DWORKIN afirma:

No quiero decir que no exista una democracia a menos que los jueces tengan el poder de desechar lo que una mayoría piensa que es correcto y justo. Muchos arreglos institucionales son compatibles con la lectura moral, incluyendo algunos que no otorgan a los jueces el poder que tienen en la estructura política de los Estados Unidos. Pero ninguno de estos diversos arreglos es en principio más democrático que los demás. La democracia no insta a que los jueces tengan la última palabra, pero tampoco insta a que no la tengan (7).

Así, aunque Ronald DWORKIN se encuentra entre los que reclaman para el Reino Unido unos arreglos constitucionales al estilo estadounidense, no creo que quiera realmente afirmar que el modelo de Westminster, tal y como está establecido, sea brutalmente antidemocrático o menos democrático porque carece de un sistema de control judicial de constitucionalidad. En la mayoría de las ocasiones, lo que DWORKIN quiere decir es que si se instaurara el control de constitucionalidad, Gran Bretaña no será por esta razón *menos democrática*. Esto es lo que quiero analizar en este capítulo: quiero preguntarme una vez más, a la luz de los argumentos de DWORKIN, si se produce de hecho un menoscabo de la democracia cuando el Parlamento electo de una sociedad está sujeto al poder judicial. DWORKIN piensa que no. Yo intentaré mostrar que esto no se sigue de sus argumentos en *Freedom's Law*.

3. CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD Y JUSTICIA

Quiero comenzar este punto con unas palabras acerca de la tesis más conocida antes mencionada, esto es, que el control judicial de constitucionalidad puede hacer que una sociedad sea más justa (sea o no compatible con la democracia). Como dije, DWORKIN también cree esto, al menos por lo que respecta a los Estados Unidos. «Los Estados Unidos», según DWORKIN, «son una sociedad más justa de lo

que sería si los derechos constitucionales se hubieran dejado a la conciencia de las instituciones mayoritarias»¹³.

¿Deberíamos aceptar esto como punto de partida? Tengo mis dudas. Como cualquier otra tesis que implique un contrafáctico («más justo de lo que hubiera sido si...»), es una posición extremadamente difícil de valorar. Cuando la consideramos, pensamos de forma natural en destacadas sentencias judiciales como “Brown v. Board of Education”¹⁴, y el impacto de dichas decisiones en la lucha contra la segregación y en la promoción de la igualdad racial. Pero no es suficiente con celebrar la sentencia del caso “Brown”. Verificar el contrafáctico implicaría no sólo una valoración del impacto de esta y otras decisiones similares, sino también una consideración de la forma en que la lucha contra la segregación y otras injusticias parecidas podría haber tenido lugar en los Estados Unidos si no hubiera habido una carta de derechos o una práctica del control judicial de constitucionalidad¹⁵. La única prueba que tenemos a este respecto es la lucha contra la injusticia en otras sociedades que carecen de dichas instituciones. Muchas de estas sociedades parecen ser al menos tan libres y justas como los Estados Unidos¹⁶, aunque por supuesto se puede sostener que tales comparaciones subestiman las peculiaridades de la política y la sociedad estadounidense. Además, una valoración adecuada de la tesis requeriría que consideráramos tanto la injusticia que ha causado el control judicial de constitucionalidad como la que ha prevenido. Que consideráramos, por ejemplo, la injusticia ocasionada por la derogación por parte de los tribunales de los Estados y los tribunales federales de unas 150 normas jurídicas que regulaban las relaciones de trabajo y las condiciones laborales en el período (ahora conocido como la era *Lochner*) comprendido entre 1885 y 1930¹⁷. Y no sólo esto, también requeriría que consideráramos los efectos a largo plazo de desacreditar el socialismo parlamentario en el movimiento norteamericano del trabajo que resultó de la obstrucción judicial continuada de las iniciativas legislativas que de otra forma hubieran sido exitosas¹⁸. Deberíamos contrapesar todo esto con el bien que han hecho los tribunales. DWORKIN es consciente de que el pasado del control judicial de constitucionalidad dista de ser perfecto, y tiene pocas cosas positivas que decir sobre la jurisprudencia de la era *Lochner*. Y no puedo ayudarle, sintiendo no obstante que subestima el daño producido en este período cuando afirma que «de hecho, los errores más graves que ha cometido la Corte Suprema a lo largo de su historia han sido no derogar leyes

¹³ DWORKIN, 1986: 356.

¹⁴ “Brown v. Board of Education”, 347 US 483 (1954).

¹⁵ Aunque véase también ROSENBERG, 1991: 39-169.

¹⁶ Véase DAHL, 1989: 189.

¹⁷ Para una lista de éstas véase FORBATH, 1991: apéndices A y C.

¹⁸ FORBATH, 1991: 37-58.

que debería haber mantenido, sino mantener leyes que debería haber derogado» (388)¹⁹.

La tesis sobre la justicia puede ser en definitiva imposible de verificar. E incluso si fuera cierta, aún conllevaría un problemático *trade-off* entre la justicia y los ideales democráticos, a menos que la tesis más ambiciosa de *Freedom's Law* pudiera sostenerse. Puesto que DWORKIN acepta que la democracia sería erosionada si otorgáramos a un puñado de reyes-filósofos no electos el poder de invalidar la legislación sólo sobre la base de que la consideran injusta: «Incluso si los expertos siempre mejoraran la legislación que rechazan —siempre estipularan unos impuestos sobre la renta más justos de los que el Parlamento ha establecido, por ejemplo— habría un menoscabo del autogobierno que los méritos de su decisión no eliminarían» (32). Para alcanzar las conclusiones distintivas de *Freedom's Law*, DWORKIN debe mostrar por lo tanto que en algunas circunstancias el control judicial de constitucionalidad de las leyes no se aparta en absoluto de, e incluso en ocasiones refuerza, el carácter democrático del sistema político del que forma parte.

4. MEJORAR EL DEBATE PÚBLICO

Una vía por la que DWORKIN intenta mostrar esto es considerando el efecto que la jurisprudencia constitucional ejerce sobre el carácter del debate público. Los republicanos cívicos contemporáneos y los demócratas participativos destacan la importancia de que los ciudadanos participen activamente en la deliberación política, y algunos de ellos recelan del control de constitucionalidad porque piensan que tiende a socavar esta participación al alejar las decisiones importantes sobre principios del foro democrático. DWORKIN cree, no obstante, que la calidad del debate público puede de hecho mejorar en su concepción:

Cuando una cuestión es considerada constitucional, [...] y como algo que en última instancia será resuelto por los tribunales que aplicarán principios constitucionales generales, la calidad de la argumentación pública a menudo mejora, porque se concentra desde el principio en cuestiones de moralidad política [...]. Cuando una cuestión constitucional ha sido decidida por la Corte Suprema, y es suficientemente importante como para esperar que sea elaborada, expandida, reducida o incluso revertida por decisiones futuras, comienza un sostenido debate nacional en los periódicos y otros medios, en las facultades de derecho y en las clases, en los encuentros públicos y en las sobremesas. Este debate encaja mejor con [la] concepción del gobierno republicano, en

¹⁹ Para ejemplos de los tipos de casos a los que se refiere DWORKIN aquí, véanse aquellos citados en la nota 31 del cap. XII.

su énfasis en las cuestiones de principios, que casi cualquier cosa que el proceso legislativo probablemente produzca (345).

DWORKIN cita como ejemplo el gran debate sobre el aborto que rodeó a la decisión de la Corte Suprema en el caso "Roe v. Wade"²⁰, diciendo que ha involucrado a mucha más gente y ha conducido a una apreciación mucho más sutil de las complejidades del tema que en otros países en los que la decisión última sobre el aborto estaba asignada a los Parlamentos. Como resultado de confiársela a los tribunales:

Los estadounidenses comprenden mejor, por ejemplo, la distinción entre la cuestión de si el aborto es moral o éticamente permisible, por un lado, y la cuestión de si el gobierno tiene el derecho a prohibirlo, por el otro; comprenden mejor también la idea más general y constitucionalmente crucial sobre la que descansa la distinción: que los individuos tienen derechos que pueden actuar contra la voluntad de la mayoría o el interés o el bien colectivos (345).

De esta forma, piensa DWORKIN, un sistema en el que la decisión última sobre las grandes cuestiones de principios queda en manos de los jueces puede realmente fortalecer el carácter participativo de nuestra política²¹.

Me temo que no estoy de acuerdo con nada de todo esto. Veamos primero lo que se ha dicho sobre la discusión política. DWORKIN es consciente de que está formulando tesis empíricas tentativas sobre la calidad del debate público. Mi experiencia es que los debates nacionales sobre el aborto son tan robustos y bien informados en países como el Reino Unido o Nueva Zelanda, donde no están constitucionalizados, como en los Estados Unidos, y quizás lo sean más, porque dichos debates no están contaminados por subterfugios sobre cómo interpretar el texto de un documento del siglo XVIII. En ocasiones es liberador ser capaz de discutir directamente cuestiones como el aborto, sobre los principios que deberían estar en juego, más que tener que dar varios rodeos para construir dichos principios a partir del fragmento de un texto sagrado, en un ejercicio tendencioso de caligrafía constitucional. Pensemos en cuánto más sabiamente se ha discutido sobre (y se ha dispuesto de) la pena de muerte en países en los que el debate no se ha centrado en la lectura moral de la expresión «castigo cruel e inusual», sino que en cambio pudieron centrarse en puntos de mira más amplios de política criminal y en los peligros más acuciantes moralmente que la «inusualidad», como el de la ejecución del inocente²².

²⁰ "Roe v. Wade", 410 US 113 (1973).

²¹ Esto es así especialmente, según DWORKIN, si el debate está orientado hacia lo que él denomina una «lectura moral» de la Constitución (7-15).

²² Véase también la discusión en el apartado 4 del cap. X.

Que el público requiera que el debate moral sea, por encima de todo, un debate interpretativo para que pueda realizarse con alguna dignidad y sofisticación es simplemente un mito.

O consideremos el debate sobre la reforma de las leyes sobre los homosexuales iniciado por el Wolfenden Report de 1957 en Gran Bretaña²³, y proseguido en la famosa discusión entre Lord DEVLIN y H. L. A. HART en los años sesenta²⁴. A pesar de que se centraron en las decisiones de un Parlamento (el británico), estos autores revelaron una comprensión perfectamente adecuada de la distinción entre que algo sea moralmente permisible y que el gobierno tenga el derecho a prohibirlo. No necesitaron que ningún tribunal les enseñara eso. De hecho, si nos atenemos a la intervención de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre una cuestión similar, el debate estadounidense ha quedado realmente empobrecido por su constitucionalización. Como Mary Ann GLENDON ha señalado, la decisión de “*Bowers v. Hardwick*”²⁵ es destacable por la «carencia de profundidad y rigor del análisis que contienen en su opinión mayoritaria y en sus votos particulares», comparada con la discusión que ha tenido lugar en otros países²⁶. Si el debate que tiene de hecho lugar en la sociedad y en el Parlamento estadounidenses es tan bueno como el de otros países, lo es *a pesar* del encuadre (*framing*) de las cuestiones realizado por la Corte Suprema, y no gracias a éste.

Ahora bien, supongamos que DWORKIN tiene razón en que la calidad de la discusión pública puede mejorar si los ciudadanos saben que la decisión última sobre alguna cuestión de principios va a ser tomada fuera del alcance de sus representantes electos y va a ser atribuida en cambio a un tribunal. La idea de que los republicanos cívicos y los demócratas participativos deberían ver esto como algo positivo es una burla. Ellos están interesados en la *deliberación política práctica*, no en cualquier ejercicio de debate, sino en una forma de discusión llevado a cabo por aquellos que deben participar en la toma de una decisión colectiva vinculante. Algunas personas, como si fueran *fans* de los integrantes de la Corte Suprema, podrían especular acerca de qué hará la Corte Suprema sobre el aborto u otra cuestión similar; o incluso pueden entretenerse intercambiando historias o especulaciones, como hacemos los profesores de derecho, sobre qué haríamos *nosotros* si tuviéramos que decidir, en el improbable caso de que fuéramos llevados a formar parte de este eminente tribunal. Podemos esperar que el ejercicio del poder por parte de unas pocas celebridades

²³ Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, Cmd. No. 247 (1957).

²⁴ Véanse HART, 1963, y DEVLIN, 1965.

²⁵ “*Bowers v. Hardwick*”, 478 US 186 (1986).

²⁶ GLENDON, 1991: 151.

vestidas de negro ciertamente *fascine* a una población más o menos articulada. Pero esto difícilmente puede ser la esencia de una ciudadanía activa. Tal vez un debate impotente de este tipo produzca de cualquier forma algún tipo de mejora moral: tal vez DWORKIN tenga razón en que «no hay una conexión necesaria entre el impacto o la influencia política de un ciudadano y el beneficio ético que consigue al participar en la discusión pública» (30). Pero los beneficios éticos independientes como éstos, como mucho, son efectos colaterales, y no el objetivo primordial de la participación cívica en la teoría política republicana.

5. FINES DEMOCRÁTICOS Y MEDIOS DEMOCRÁTICOS

Como ya he dicho, DWORKIN acepta que su respuesta a los republicanos cívicos es únicamente tentativa. Su argumento principal en favor de la tesis de que el control judicial de constitucionalidad no provoca ninguna merma para la democracia es algo diferente, y consiste en lo siguiente.

Supongamos que una norma jurídica es aprobada por una asamblea electa y luego es cuestionada por un ciudadano sobre la base de que socava uno de los derechos asociados a la democracia. El ejemplo que DWORKIN da (32) es una ley que prohíbe quemar la bandera de los Estados Unidos. Y supongamos que la decisión sobre la cuestión es atribuida a un tribunal, y el tribunal deroga la ley, aceptando la posición del ciudadano. ¿Ha habido un menoscabo para la democracia? La respuesta, según DWORKIN, es que depende totalmente de si el tribunal ha tomado la decisión correcta. Si lo ha hecho —esto es, si la ley era realmente incompatible con los derechos necesarios para la democracia— entonces la democracia resulta seguramente beneficiada por la decisión del tribunal, dado que la comunidad es ahora más democrática de lo que habría sido si la ley antidemocrática hubiera continuado en vigor. Por supuesto, DWORKIN añade:

Si presuponemos que la decisión del tribunal era incorrecta, entonces nada de esto es cierto. Ciertamente se perjudica a la democracia cuando un tribunal investido de autoridad toma una decisión incorrecta acerca de qué exigen las condiciones democráticas, pero no más de lo que lo hace cuando un Parlamento mayoritario toma una decisión constitucional incorrecta a la que se le permite seguir en vigor. La posibilidad de error es simétrica (32-33).

Se sigue, dice DWORKIN, que la teoría constitucional democrática debería estar orientada primordialmente a los resultados (34). En toda sociedad surgirán cuestiones sobre si la legislación promulgada entra en conflicto con los principios fundamentales de la democracia. Debe-

rían atribuirse estas cuestiones a cualquier institución que pueda responderlas correctamente con una alta probabilidad. En algunos países, por lo que sabemos, esta institución puede ser el Parlamento. Pero a menudo tenemos razones para pensar que el Parlamento no es el vehículo más seguro para proteger los derechos asociados a la democracia (34). En tal caso, deberíamos atribuir esa cuestión a los tribunales, si es que pensamos que éstos son una mejor apuesta. No deberíamos detenernos, afirma DWORKIN, por el hecho de que los tribunales no estén constituidos de un modo que los haga democráticamente responsables (*accountable*). La responsabilidad (*accountability*) no importa, señala. El punto crucial es que los tribunales son confiables a la hora de tomar buenas decisiones sobre la democracia. Un partidario de la democracia debería cuidarse sólo de esto y no preocuparse de nada más.

Éste es el argumento. Nótese cómo se centra en el paso entre tomar una decisión *acerca de la democracia* y tomar una decisión *por medios democráticos*. DWORKIN parece sugerir que si una decisión política versa sobre la democracia, o sobre los derechos asociados a la democracia, entonces no hay ninguna cuestión relevante, o suficientemente distintiva, que plantear sobre el modo en el que (*i. e.*, el proceso institucional mediante el que) se toma la decisión. Lo único que importa es que la decisión sea correcta, desde un punto de vista democrático. En el caso de la justicia social, esto no es así: aunque ya se haya tomado una decisión correcta en este ámbito, todavía importa —como DWORKIN admite (32)— que haya sido alcanzada democráticamente o no. En el caso de una decisión acerca de la democracia, no obstante, él piensa que la distinción no tiene sentido.

Cuando pienso sobre esto me pregunto si DWORKIN cree realmente que el contenido y la legitimidad colapsan de esta forma. Supongamos que el Reino Unido se embarca en un debate acerca de los méritos democráticos de la representación proporcional (RP), y que en un momento de exasperación nacional por la incapacidad de los políticos electos para resolver esta cuestión la reina anunciara que en lo sucesivo el sistema electoral estaría organizado sobre la base del «Voto Individual Transferible». Supongamos también, por *mor* del argumento, que la decisión tomada por la reina es la correcta: que la versión de la RP que eligió hace el sistema electoral realmente más democrático que el antiguo sistema del «*first-past-the-post*»*. ¿Podría esto considerarse un ejercicio del poder democrático por el hecho de que se limite a una cuestión sobre la naturaleza del proceso democrático y

* N. de los trads.: Se trata del sistema en el que existe una pluralidad de circunscripciones electorales con un solo miembro o partido elegible en cada una de ellas, de manera que el ganador en votos se queda con toda la representación. También conocido como «*the winner takes all*».

le dé una respuesta correcta? En Nueva Zelanda, unos años atrás, la cuestión que ahora imaginamos resuelta por la reina en Gran Bretaña fue, en efecto, acordada mediante dos referenda populares, separados más o menos por un año de educación pública y cuidadoso debate. ¿La posición de DWORKIN realmente sostiene que la intervención de la reina (en nuestro ejemplo imaginario) no sería una forma de zanjar esta cuestión menos democrática que los referenda populares en Nueva Zelanda? ¿No deberíamos más bien decir —no sería mucho más claro decir— que en el caso imaginario de Gran Bretaña se resolvió una cuestión democrática *de forma no democrática*? ¿Y que por lo tanto se *produjo* un menoscabo del autogobierno, *incluso aunque la reina diera la respuesta correcta*?

Por supuesto hay una diferencia adicional: nos imaginamos a la reina interviniendo en un tipo de *putsch* inconstitucional. Un sistema de control judicial de constitucionalidad presumiblemente no tendría este carácter²⁷. De hecho, esto no es del todo cierto: en el nacimiento del control de constitucionalidad en los Estados Unidos algunos juristas lo consideraron constitucionalmente irregular; y ciertamente, si hubiera sido introducido en el Reino Unido, podemos confiar en que varios ingleses pedantes habrían sostenido que la abrogación de la soberanía parlamentaria era inconstitucional e ilógica. De cualquier modo, el que algo sea constitucionalmente irregular es una cuestión distinta de que sea antidemocrático (aunque a veces esto último sea el fundamento para lo primero). Si alguien preguntara (en nuestro ejemplo hipotético) por qué la intervención de la reina era una irregularidad *importante*, y por lo tanto no trivial, seguramente responderíamos que lo era porque afectaba a la democracia, porque había usurpado una decisión que en propiedad debería haber sido tomada por el pueblo o por sus representantes. Y éste es el punto que quería señalar: las preocupaciones sobre el carácter democrático o no democrático de un procedimiento político no se evaporan cuando el procedimiento en cuestión está siendo utilizado para ocuparse de una cuestión sobre la naturaleza de la democracia.

El mismo argumento puede presentarse de forma más concisa. Si surge una cuestión que requiere una decisión política en una comunidad, un miembro de la comunidad podría reclamar razonablemente poder participar en términos de igualdad con sus conciudadanos. Puede haber muchas razones para denegar esta petición, pero seguramente sería absurdo hacerlo sobre la base de que la cuestión versa sobre la democracia, porque en su opinión las cuestiones sobre la democracia, al igual que cualquier otra cuestión política, deberían ser resueltas por medios democráticos.

²⁷ Agradezco a Stephen PERRY por este punto.

Así que no creo que debamos aceptar la tesis de DWORKIN de haber creado «un terreno de juego de distintos niveles en el que debe emplazarse la controversia entre las diferentes estructuras institucionales para interpretar las condiciones democráticas» (33). El terreno de juego no tiene distintos niveles. *Hay* algo que se pierde, desde un punto de vista democrático, cuando un individuo o una institución no electa ni responsable (*unaccountable*) toma una decisión vinculante acerca de lo que implica la democracia. Si toma la decisión correcta, entonces —seguro— se producirá algún beneficio democrático que oponer a esta pérdida, pero nunca será lo mismo que si no hubiera habido pérdida alguna en primer lugar. Por otra parte, si una institución que sí es electa y responsable (*accountable*) toma la decisión equivocada sobre lo que implica la democracia, entonces, aunque se produce alguna pérdida para la democracia en el contenido de la decisión, no es insensato que los ciudadanos se consuelen pensando que al menos han cometido su *propio* error acerca de la democracia y no que se les haya impuesto el error de algún otro. Puede que el proceso no sea lo único que nos importa en la toma de decisiones democráticas; pero no deberíamos afirmar que, dado que la decisión versa sobre la democracia, el proceso es irrelevante.

6. DESACUERDOS, UNA VEZ MÁS

DWORKIN reconoce que los ciudadanos razonables pueden discrepar acerca de qué es lo que implica la democracia y acerca de los derechos que ésta involucra o presupone²⁸. Los ciudadanos discrepan acerca de cuestiones concretas como la edad mínima para votar, las leyes electorales y la financiación de las campañas. Y discrepan también acerca de algunas cuestiones básicas: el fundamento de la representación y la conexión entre la igualdad política y la social. Ciertamente discrepan acerca de qué condiciones de legitimidad presupone la democracia. Por ejemplo: ¿cuáles son los asuntos que requieren de una decisión común? ¿Qué grado de preocupación mutua deben tener diferentes sectores de la comunidad para que podamos esperar razonablemente que las minorías confíen en la mayoría? ¿Cuán independientes moralmente se supone que son sus miembros desde una concepción atractiva de la comunidad? Incluso si están de acuerdo en que la democracia implica ciertos derechos, los ciudadanos discreparán seguramente acerca de cuáles son y a qué nos comprometen en los detalles concretos.

²⁸ Véase DWORKIN, 1996a: 34: «Podemos esperar que la gente discrepe sobre qué estructura es la mejor de todas, y por lo tanto que en ciertas circunstancias necesiten un procedimiento de decisión para zanjar esta cuestión, que es exactamente lo que una teoría de la democracia no puede proporcionar. Ésta es la razón por la que la creación inicial de una constitución política es algo misterioso [...]».

La persistencia de tales desacuerdos marca la diferencia en la forma en la que somos capaces de proceder en el diseño constitucional. Lo que DWORKIN sostiene en *Freedom's Law* es que deberíamos utilizar un criterio que atienda a los resultados al elegir las instituciones a las que vamos a confiar las decisiones acerca de los derechos democráticos:

No veo otra alternativa que utilizar un estándar que atienda a los resultados y no uno que atienda al procedimiento [...]. La mejor estructura institucional es aquella calculada para producir las mejores respuestas a la pregunta moral esencial de cuáles son realmente las condiciones democráticas, y para asegurar una aceptación estable de dichas condiciones (34).

Pero una ciudadanía que discrepa sobre cuáles son los resultados correctos no está en situación de edificar su Constitución sobre esta base. Ésta es la razón por la que, como sostuve en el capítulo VII, el enfoque de John RAWLS del diseño constitucional en *Teoría de la justicia* está mal concebido. Si utilizamos un enfoque que atienda a los resultados, distintos ciudadanos intentarán diseñar la Constitución sobre fundamentos diversos. Un libertario buscará procedimientos participativos que maximicen las expectativas de una legislación justa, juzgada desde sus propios principios del libre mercado, mientras que un socialdemócrata tenderá a los procedimientos que maximicen las expectativas de una legislación que incorpore una sensibilidad colectiva e igualitaria. ¿Cómo pueden diseñar juntos un marco político que estructure y dé cabida a sus diferencias políticas e ideológicas? Sólo podrán hacerlo si ya han conseguido adoptar previamente un punto de vista que rija, en nombre de todos ellos, sobre los resultados. Pero si ya han conseguido esto, desde el punto de partida del desacuerdo, deben haber contado con algunos procedimientos de toma de decisiones que les hayan permitido obtener dicho resultado. Y presumiblemente el que cuenten con *tales* procedimientos sólo puede ser explicado si ya han utilizado en el pasado algo más que un *test* que atiende a los resultados (para elegir los procedimientos).

Parece, entonces, que estamos en un problema, como si hubiera desacuerdos todo el tiempo, al menos por lo que respecta a la decisión constitucional. Por una parte, no podemos utilizar un *test* que atienda a los resultados porque discrepamos acerca de qué resultados deberían contar a favor y en contra de un procedimiento de decisión determinado. Por la otra, parece que tampoco podemos apelar a ningún criterio procedimental, dado que las cuestiones procedimentales son la propia esencia de los desacuerdos sobre los que estamos hablando.

7. LA CAPACIDAD DE PENSAR PROCEDIMENTALMENTE

Alguien nos podría decir: «bien, y ¿qué esperabais? Incluso si nos quedamos con la concepción de que el respeto por las personas basado en derechos es también el respeto por su sentido de la justicia y por lo tanto por su capacidad política, no se sigue de ahí que debamos confiar al pueblo las cuestiones procedimentales del diseño constitucional. No podemos esperar que la capacidad política ordinaria alcance la construcción y el cuidado del marco dentro del que esta capacidad política ordinaria debe ser ejercida». Algo de esto se esconde detrás de lo que percibo como la clave del considerable éxito de la concepción de John Hart ELY que mencioné anteriormente: esto es, que incluso si se produce una afrenta a la democracia cuando las cuestiones sustantivas son alejadas del pueblo, no se produce ninguna cuando las que son alejadas son las cuestiones *procedimentales*²⁹.

Pero esto no es así. Dije previamente que hay una conexión teórica entre el respeto por los derechos de la gente y el respeto por sus capacidades como participantes políticos. Ahora, no hay ninguna razón para suponer que las capacidades morales respetadas en la idea de derechos sean sólo capacidades para pensar sustantivamente, como algo distinto a las capacidades de pensar reflexivamente sobre los procedimientos. Al contrario, la emergencia de las teorías de los derechos en la era moderna estaba asociada no sólo con la autoconfianza sustantiva de la razón individual, sino también con una cierta autoconfianza *epistemológica*, esto es, una confianza por parte de los individuos en su propia capacidad de reflexionar sistemáticamente sobre los procedimientos que el conocimiento y la deliberación racional conllevan³⁰. Sea en forma de las estructuras autoimpuestas del método en el *Discurso del método* de DESCARTES, sea en la investigación paciente de John LOCKE en el *Ensayo sobre el entendimiento humano* sobre «qué objetos están a nuestro alcance, o más allá de nuestros entendimientos»³¹, el optimismo de la Ilustración por parte de la mente individual era al menos optimismo con respecto de sus logros sustantivos. Y quedaba reflejado, en la temprana filosofía política moderna, en la presuposición de que la decisión que debía ser tomada por la gente —deliberando y votando conjuntamente, sin ayuda de ninguna autoridad o tradición— era la elección de un procedimiento político para la sociedad civil que estaban inventando³². El gobierno podía terminar no

²⁹ ELY, 1980.

³⁰ Para la conexión entre la teoría política liberal y el optimismo de la ilustración en epistemología, véase WALDRON, 1987.

³¹ LOCKE (1690b), 1992: Epístola al lector, 7.

³² Véanse HOBBS (1651), 2003: cap. XVII, 166-167; LOCKE (1690a), 1997: Libro II, pars. 95-98, 132-133, 273-257 y 298-299.

siendo democrático; algunos teóricos, como HOBBS, tenían fuertes prevenciones en contra de la democracia³³. Pero no tenían ninguna duda de que la elección de una Constitución —y, por lo tanto, la ponderación de las propias cuestiones acerca de qué procedimientos políticos diferentes implicaba o suponía— sólo podía ser hecha por el pueblo³⁴.

Así, dentro de esta tradición de pensamiento político no llegaremos muy lejos con ningún argumento que limite la capacidad del autogobierno popular sobre cuestiones sustantivas y la detenga cerca del umbral del procedimiento político, atribuyendo las cuestiones sobre las formas de gobierno a un órgano de otro tipo. La democracia versa en parte *sobre* la democracia: uno de los primeros ámbitos sobre los que la gente reclama tener voz, y respecto de los que reivindica su competencia, es el carácter procedimental de sus propios arreglos políticos.

8. ¿SOMOS JUECES EN NUESTRA PROPIA CAUSA?

Puede ser todavía que el problema al que nos enfrentamos no sea un problema de capacidades. Debemos considerar la sugerencia —implícita en el argumento de DWORKIN— de que permitir a la mayoría decidir sobre las condiciones bajo las que deben aceptarse las decisiones mayoritarias puede ser objetable porque la convierte en juez de su propia causa. Los que invocan el principio de *nemo iudex in sua causa* en este contexto afirman que éste requiere que la decisión última sobre los derechos *no* sea dejada en manos del pueblo, y que debe trasladarse en cambio a una institución independiente e imparcial como la Corte Suprema de los Estados Unidos³⁵.

Es difícil ver la fuerza del argumento. Casi cualquier regla de decisión concebible conllevará eventualmente que *alguien* decida en su propia causa, en uno o tal vez dos sentidos distintos. Primero, a menos que creamos seriamente que las cuestiones de derechos deben ser decididas por un extraño —por un legislador rousseauniano tal vez³⁶, o por una institución neocolonial con ascendencia sobre una comunidad dada como la que tiene el *British Privy Council* en relación con Nueva Zelanda—, tales decisiones inevitablemente serán tomadas por personas cuyos propios derechos resultan afectados por ellas. Hasta el

³³ HOBBS (1651), 2003: cap. XIX.

³⁴ Véase HOBBS (1650), 1994: cap. XXI: «El primero en orden temporal de estos tres tipos [de República] es la democracia, y debe serlo así necesariamente, porque una aristocracia y una monarquía exigen el nombramiento de personas con un cierto acuerdo, y dicho acuerdo en una gran multitud de hombres debe consistir en el consentimiento de la mayor parte, y allí donde el voto de la mayor parte conlleva el voto del resto hay en realidad una democracia».

³⁵ Agradezco a George KATEB por insistirme en que afronte este punto.

³⁶ Véase ROUSSEAU (1762), 1993: Libro Segundo, cap. VII, 39-43.

magistrado de la Corte Suprema acaba teniendo los mismos derechos que él dictamina para los ciudadanos estadounidenses. Muy a menudo olvidamos esto: nuestra propia conversación académica sobre cuándo podemos (¿nosotros?) confiar a «el pueblo» o a «la mayoría» las decisiones sobre los derechos tiene algo del aire arrogante de un John Stuart MILL hablando *de haut en bas* sobre el autogobierno de los nativos en India.

A veces se dice que lo que implica *nemo iudex* es que una mayoría democrática no debe tener la última palabra sobre si la decisión que ha tomado acerca de los derechos es aceptable. Si hay alguna duda acerca de la aceptabilidad de la decisión de la mayoría, entonces esta mayoría no debería resolver esta cuestión. Pero esto tampoco es así. A menos que imaginemos una cadena de apelaciones interminable, siempre habrá alguna persona o institución cuya decisión será la última. Y siempre podemos decir de esta persona o institución que, puesto que tiene la última palabra, sus miembros están dictando una regla *ipso facto* sobre la aceptabilidad de su propio punto de vista. Invocar a la ligera el *nemo iudex in sua causa* no es excusa para olvidar la lógica elemental de la autoridad: la gente discrepa y se necesita una decisión última y un procedimiento para tomarla.

Invocar *nemo iudex* puede ser apropiado cuando un individuo o facción se propone resolver una cuestión que concierne a sus propios intereses, y éstos se oponen a los de otro individuo o facción o a los del resto de la comunidad. Históricamente, los que han invocado el principio en contra del gobierno democrático a menudo han intentado retratar la democracia como una regla de clase, *i. e.*, la regla autointeresada de las clases de rentas más bajas. La objeción en tales casos de que A sea juez de su propia causa es que B (la otra parte en la disputa) queda excluido del proceso. Pero parece bastante inapropiado invocar este principio en una situación en la que la comunidad en su conjunto intenta resolver alguna cuestión relativa a los derechos de *todos* los miembros de la comunidad, e intenta hacerlo sobre la base de una igual participación. Entonces, parece no sólo inobjetable sino *correcto* el que todos los afectados por una cuestión de derechos deban participar en la decisión (y si queremos encontrar otro adagio latino para responder al *nemo iudex*, podemos decir «*quod omnes tangit ab omnibus decidentur*»).

9. PETICIÓN DE PRINCIPIO

La impresión de que existe algún tipo de dificultad lógica todavía permanece. ¿Seguro que la idea de una decisión democrática sobre la democracia no entraña alguna petición de principio? ¿No hay algo circular en asignar a la mayoría decisiones sobre la naturaleza y los

límites de la toma de decisiones mayoritaria? Y si esto incurre en una petición de principio, ¿no es ésta una razón para asignar las decisiones de este tipo a otro individuo o institución?

No estoy seguro de ello. Pensémoslo un poco. Supongamos que los ciudadanos de un país no tienen el derecho jurídico a X y que algunos creen que un sistema mayoritario de toma de decisiones puede no tener legitimidad en una comunidad cuyos miembros no poseen dicho derecho. Otros ciudadanos de la sociedad, que se oponen al derecho a X, niegan esto. Si la disputa entre la facción que está a favor de X y la que está en contra se resuelve mediante un voto mayoritario en el Parlamento, confirmando que la gente no debe tener un derecho a X, la facción que reivindica el derecho puede negarse razonablemente a aceptar la legitimidad de este resultado. No quiero decir que necesariamente tengan razón sobre la relación entre X y la democracia. Lo que quiero decir es que, dado el desacuerdo sobre este punto entre las dos facciones, cualquier pretensión de que la cuestión sobre el derecho a X sea zanjada legítimamente mediante el voto sería, de hecho, una petición de principio.

Adviértanse, no obstante, dos cosas en esta conclusión. Primero, si en ausencia de un derecho a X una decisión mayoritaria que confirma que los ciudadanos no tienen el derecho a X es problemática al menos por lo que respecta a su legitimidad, lo mismo debería decirse de la decisión contraria en tales circunstancias. Así, aunque la mayoría hubiera votado en el otro sentido —esto es, aunque hubiera votado instituir el derecho a X—, esta decisión también estaría viciada por el hecho de que fue tomada por una ciudadanía que, en ese estado de cosas, carecía de este derecho que una facción consideraba tan esencial para legitimar la toma de decisiones de la mayoría. Por supuesto, podríamos esperar que la facción que defiende X asumiera pragmáticamente sus victorias allí donde las ha obtenido, sin preocuparse demasiado acerca de su legitimidad. Pero esto no hace menos viciado al proceso desde su propia concepción de la democracia.

En segundo lugar, y mucho más importante, el hecho de que se pueda sostener que un proceso mayoritario está viciado por la ausencia de un derecho a X no significa que otros procesos (como el de la decisión judicial) sean en consecuencia preferibles o legítimos. En la mayoría de los casos, la tesis de que el derecho a X es una de las condiciones de la legitimidad democrática no es probable que sea cierta a menos que X sea también una de las condiciones de la legitimidad de *todo* sistema político. DWORKIN sostiene que «una sociedad en la que la mayoría muestra desdén por las necesidades y expectativas de alguna minoría es ilegítima, así como injusta» (25). Pero de esto se sigue, seguramente, no sólo que las decisiones de la mayoría carecen de legitimidad política en dicha sociedad, sino también que no se puede

conceder legitimidad a *ninguna* decisión política, tomada mediante *ningún* procedimiento, en las circunstancias que él menciona. El desdén de la mayoría que describe DWORKIN destruirá el fundamento entero de la comunidad política para la sociedad, privando a cualquier grupo del derecho de hablar en nombre de la sociedad en su conjunto. El fundamento legítimo para la legislación de un monarca estaría socavado por las divisiones y el desprecio que DWORKIN imagina, como lo estaría la legislación de una elite aristocrática o, en este caso, la legislación de los tribunales. Si las circunstancias garantizaran la desconfianza de la minoría hacia una mayoría dominante, ciertamente surgirían recelos acerca del criterio a partir del cual se elige a los jueces y sobre la cultura social y política que probablemente guíe sus decisiones.

Hay aquí una cuestión general importante. A veces hablamos descuidadamente como si hubiera un problema *específico* para la legitimidad de la toma de decisiones de la mayoría popular, un problema que no existiera para otras formas de organización política como la aristocracia o el gobierno de los jueces. Como la expresión «tiranía de la mayoría» nos viene muy fácilmente a la boca, tendemos a olvidar otras formas de tiranía; tendemos a olvidar que la legitimidad es una cuestión que afecta a *toda* autoridad política. De hecho, sería muy extraño si hubiera un problema de legitimidad *más grave* en la toma de decisiones de la mayoría popular. Otros sistemas políticos poseen todos los peligros relacionados con la legitimidad del mayoritarismo popular: pueden hacer las cosas mal; pueden producir un impacto injusto sobre determinados individuos o grupos; en síntesis, pueden actuar tiránicamente. Pero tienen, además, una deficiencia de legitimidad que el mayoritarismo popular no tiene: no permiten la voz y el voto de todos los ciudadanos de la sociedad en un procedimiento de decisión última; en lugar de eso, proceden a tomar decisiones últimas sobre los derechos de millones de personas sobre la base de las voces y los votos de unos pocos.

De las categorías de los derechos que establecí en el apartado 1 de este capítulo —*a*) derechos constitutivos de la democracia, y *b*) derechos presupuestos por la democracia— me he centrado en este apartado en los del tipo *b*). Lo hice así porque este grupo parecía el más prometedor para la tesis de DWORKIN de que hay algo circular en utilizar procedimientos mayoritarios para determinar qué derechos tenemos. Pero podemos alcanzar una conclusión parecida respecto de los derechos del grupo *a*).

Supongamos que los ciudadanos discrepan sobre el fundamento del sufragio, sobre la financiación de las campañas políticas o sobre la representación proporcional. En casos extremos, una de las partes en desacuerdo puede pretender que una decisión mayoritaria tomada

en ausencia del derecho constitutivo sobre el que están argumentando no tiene legitimidad en ningún caso. Pueden afirmar, por ejemplo, bastante plausiblemente, que una mayoría de hombres no tiene ningún derecho moral de decidir en nombre del conjunto de la comunidad sobre si conceder el derecho de voto a las mujeres. Como antes, no se sigue de ahí que cualquier otro órgano —el monarca o los tribunales— tenga el derecho a decidir sobre la cuestión sencillamente porque la ciudadanía masculina no lo tiene. Lo que se sigue es que nos encontramos en un ámbito sin legitimidad en la que lo mejor que podemos esperar es que emerja un sistema democrático legítimo de una forma o de otra. Esto no es lo mismo que decir que estamos utilizando ahora un *test* de legitimidad que atiende a los resultados. Es más bien una expresión pragmática de esperanza en circunstancias en las que no está en nuestras manos utilizar ningún criterio común de legitimidad en absoluto.

Para repetirlo, entonces: la situación puede ser tal que la legitimidad de cualquier decisión política sobre un derecho asociado a la democracia, por cualquier procedimiento o institución, puede ser puesta en duda. Esto, creo, es innegable. ¿No se sigue entonces de ahí que en estas circunstancias *tenemos* que apelar a un enfoque que atienda a los resultados? No, y por dos razones.

Primero, como ya hemos visto, la existencia de controversia acerca de los derechos asociados a la democracia significa que un enfoque que atienda a los resultados tampoco está disponible, o no lo está para nosotros en tanto que comunidad política. Los individuos y las facciones pueden tener sus propias opiniones basadas en los resultados, por supuesto, pero entonces tendrán también sus propias opiniones sobre los procedimientos (por ejemplo, sus propias opiniones sobre la relación entre la democracia y el derecho en cuestión). No hay, así, ninguna ventaja en absoluto en favor del enfoque que atiende a los resultados por encima de un enfoque procedimentalista.

En segundo lugar, es posible, como cuestión de política práctica, utilizar un procedimiento común y familiar como la decisión mayoritaria para resolver una de estas cuestiones, mientras dejamos abierta la cuestión de la legitimidad. Supongamos, por ejemplo, que utilizamos el procedimiento mayoritario A para decidir si continuamos con un procedimiento de este tipo en nuestra política o lo reemplazamos con un procedimiento político B algo distinto. Y supongamos que votamos quedarnos con A. Podemos aceptar este voto como una cuestión pragmática, sin investirlo de legitimidad democrática en una petición de principio. En otras palabras, el hecho de que, pragmáticamente, tengamos que encontrar algún modo de resolver los desacuerdos acerca de los derechos asociados con la democracia no significa que no tengamos elección y que debamos adoptar un *test* que atienda a los resul-

tados. La pragmática puede llevarnos en cambio a un uso informal, y bastante vacío de contenido, de algún procedimiento conocido de decisión, un uso que no suponga una petición de principio de la legitimidad que está en cuestión. Nótese, por supuesto, que todo esto puede también decirse de un *test* que atiende a los resultados. Si podemos salir adelante utilizando un *test* sesgado como el rawlsiano, éste puede ser también un fundamento puramente pragmático para el diseño constitucional. En otras palabras, la opción pragmática que estoy subrayando en este párrafo está abierta para todos. Todo lo que sostengo en este apartado es que no es *necesario* que adoptemos un enfoque que atienda a los resultados: ser pragmático, a este respecto, no es necesariamente lo mismo que orientarse a los resultados.

Seguramente, para un ojo descuidado, esto puede parecer como si estuviéramos privilegiando uno de los posibles resultados —por ejemplo, el procedimiento A— utilizándolo como el procedimiento para decidir entre resultados posibles. Y —he oído a gente decir— si tiene sentido privilegiar uno de los resultados en este caso, ¿por qué no lo tiene también hacerlo en un caso ordinario en el que estén en juego cuestiones sustantivas, y no procedimentales? Pero decidir entre los procedimientos A y B utilizando el procedimiento A como método no es *privilegiar* el procedimiento A; es sencillamente usarlo. Si elegimos uno de los procedimientos que son objeto de la decisión como procedimiento para tomar la propia decisión, lo hacemos simplemente porque *necesitamos un procedimiento* en esta ocasión, y esto es algo que no podemos evitar por el momento.

Recordemos, finalmente, que el hecho de que una cuestión concierna a un derecho asociado a la democracia no significa que nos lleve necesariamente a un *impasse* como al que hemos estado considerando. Por una parte, el derecho en cuestión puede ser incidental y no central para la legitimidad democrática. La democracia es un ideal complejo y lleno de matices, y algunos de los derechos que se le asocian en un tipo de sistema pueden cuestionarse sin que nadie piense que en consecuencia la democracia misma se ha puesto en cuestión. Por otra, incluso si alguien piensa que ese derecho particular es esencial para la democracia, no se sigue que una decisión mayoritaria incurra en petición de principio. Supongamos que los miembros de una comunidad que *disfrutan* actualmente del derecho a X lo ponen en cuestión, y que algunos de ellos piensan, como antes, que X es una de las condiciones de la democracia legítima, mientras que otros lo niegan. Y supongamos que el pueblo (o sus representantes) vota por mayoría una ley que reduce o abroga el derecho a X. ¿Puede *esta* decisión mayoritaria ser criticada como ilegítima por la facción que defiende X? ¿Alguna pretensión acerca de la legitimidad de *esta* decisión incurre en petición de principio como entre los que proponen y los que se oponen al derecho a X? Seguramente no. A menos que

haya algún otro problema con la democracia en la sociedad (un problema no revelado por los términos de nuestra hipótesis), la decisión sobre X ha sido tomada bajo las condiciones que la facción que está en favor de X considera como las condiciones óptimas de legitimidad. La gente poseía el derecho a X y tomó una decisión colectiva (sobre dicho derecho). Ciertamente la facción que defiende X tendrá sus dudas sobre las decisiones políticas *subsiguientes* a ésta, puesto que pensarán que la abrogación de X ha socavado la legitimidad esperada del mayoritarismo en esta comunidad. Pero estas dudas afectarán a *todas* las decisiones políticas subsiguientes —sea sobre aspectos sustantivos o sea sobre aspectos procedimentales— (como antes), tanto las decisiones tomadas por los tribunales como las decisiones tomadas por las mayorías populares. Incluso afectarán la legitimidad de una decisión futura de restablecer el derecho a X. Así que vemos una vez más que no hay nada necesariamente circular en la toma de decisiones mayoritaria sobre una cuestión que concierna a derechos asociados a la democracia.

10. *SUMMA* CONTRA DWORKIN

Las conclusiones de este capítulo hasta el momento pueden ser resumidas como sigue. Examinamos los argumentos de Ronald DWORKIN en *Freedom's Law* en favor del control judicial de constitucionalidad en el modelo estadounidense, y aceptamos las siguientes posiciones que él defendía: 1) existe una conexión importante entre los derechos y la democracia; 2) algunos derechos individuales deben ser considerados condiciones de la legitimidad de la decisión mayoritaria, y 3) si la gente discrepa sobre las condiciones de la democracia, apelando a la legitimidad de la decisión mayoritaria para zanjar el desacuerdo puede incurrirse en petición de principio.

No obstante, argumentamos también en favor de las tesis siguientes, que contradicen las inferencias que DWORKIN pretendía hacer de 3). Sostuvimos que: 4) si una apelación a la legitimidad de la decisión mayoritaria para zanjar un desacuerdo sobre las condiciones de la democracia incurre en petición de principio, entonces una apelación a la legitimidad del control judicial de constitucionalidad (o de cualquier otro procedimiento político) para zanjar dicho desacuerdo incurre probablemente en petición de principio; 5) el hecho de que una apelación a la legitimidad de la decisión mayoritaria para zanjar un desacuerdo acerca de las condiciones de la democracia incurra en petición de principio no significa que debemos usar, sin posibilidad de elección, un procedimiento de decisión seleccionado según un *test* que atiende a los resultados, y 6) en los casos en los que una apelación a la legitimidad de la decisión mayoritaria para zanjar un desacuerdo

acerca de las condiciones de la democracia no incurre en petición de principio, no hay ninguna razón para menospreciar la decisión mayoritaria sobre la base del *nemo iudex in sua causa*.

Contra el argumento central de DWORKIN en *Freedom's Law*, sostuvimos que: 7) siempre se produce un menoscabo para la democracia cuando una concepción sobre las condiciones de la democracia se impone mediante una institución no democrática, incluso cuando la concepción es correcta y su imposición mejora la democracia. Argumentamos también, hacia el principio del capítulo, en contra de un par de posiciones incidentales que DWORKIN mantiene. Sostuvimos que: 8) no hay ninguna razón para pensar que el control judicial de constitucionalidad mejora la calidad del debate político participativo en una sociedad; y 9) que sigue estando abierta la cuestión de si el control judicial de constitucionalidad ha hecho más justos a los Estados Unidos (o haría más justa a cualquier sociedad) de lo que serían sin esta práctica.

11. ¿ESTÁ TODO AL ALCANCE DE NUESTRA MANO?

He sostenido que no se incurre especialmente en petición de principio al atribuir la decisión sobre las cuestiones sobre la democracia a los procedimientos participativos populares. No hay nada inapropiado lógicamente en invocar el derecho de participación para determinar cuestiones sobre los derechos, incluyendo cuestiones sobre la participación misma. No hay ninguna razón, por lo tanto, para que la pretensión de todo individuo de participar en la elaboración de las leyes por las que está gobernado deba ser frustrada en el umbral del procedimiento. La lógica no nos obliga a atribuir la decisión última sobre los arreglos políticos y constitucionales a una institución no participativa. Al contrario, nos puede parecer no suficientemente democrática —e incluso desagradablemente condescendiente— una constitución que transfiera a un pequeño grupo de jueces u otros funcionarios el poder de vetar lo que el pueblo o sus representantes ha acordado en sus respuestas a las cuestiones controvertidas acerca de lo que conlleva la democracia.

Nada de esto calma las preocupaciones con las que comenzamos. Una vez garantizado que no hay nada ilógico en asignar las disputas sobre los derechos asociados a la democracia a un procedimiento mayoritario, ¿qué garantiza que se nos respeten tales derechos? ¿Cómo pueden estar seguros los derechos si están a merced de la decisión de la mayoría? ¿Cómo puede ser el respeto por los derechos consistente con un proceso que parece no imponer límites *a priori* a los resultados políticos? ¿Las conclusiones a las que hemos llegado no dejan todo al alcance de nuestra mano (*up for grabs*)?

La respuesta más directa es: «sí, todo *está* al alcance de nuestra mano en una democracia, incluyendo los derechos asociados a la democracia misma». O, ciertamente, todo lo que es objeto de desacuerdo de buena fe *está* al alcance de nuestra mano. Ésta es la clave del asunto, puesto que afirmar lo contrario sería imaginarnos a nosotros mismos, como una comunidad, en posición de tomar parte en tal desacuerdo pero sin que lo parezca en ningún momento. Supongamos de nuevo que los miembros de una comunidad discrepan sobre si la gente debe tener el derecho a X. Afirmar que, de cualquier modo, el derecho a X no debería estar al alcance de esta comunidad equivale a decir que la comunidad ya ha tomado parte en este desacuerdo. Y alguien puede preguntarse legítimamente cómo ha sucedido *esto* (dado el desacuerdo) sin que en un estadio anterior el derecho a X haya estado de hecho al alcance de un procedimiento de decisión que abordara la cuestión de si la comunidad debía comprometerse con este derecho.

El pánico acerca de que todo «esté a nuestro alcance» es por supuesto en parte un pánico hacia el autogobierno en el ámbito político. No estamos seguros de los demás en el sentido en el que nos proponemos estar seguros de nosotros mismos. Nos queremos gobernar a nosotros mismos —me refiero a gobernarnos políticamente, actuando conjuntamente, actuando en compañía de los demás—, pero sabemos que estamos en desacuerdo sobre los principios por los que debería guiarse dicho gobierno. Cada uno de nosotros, por lo tanto, debe encarar la perspectiva de que los valores que *él* se toma en serio, las prioridades que *él* tiene, los principios a los que *él* se adhiere fuertemente, pueden no ser los valores, prioridades y principios sostenidos por el votante en la cabina electoral contigua. Si queremos eliminar estos desacuerdos, podemos intentar degradar las concepciones de los demás como egoístas o irracionales y excluirlas en la medida de lo posible de nuestra política. Pero, como he sostenido, difícilmente podemos hacer esto en nombre de los *derechos*, si parte de esta idea es que un portador de derechos (*rights-bearer*) debe ser respetado como un agente moral distinto con su propio sentido de la justicia. Si, por otra parte, decidimos tratar con respeto las concepciones de los demás, si no tratamos de esconder el hecho de nuestras diferencias o eliminar el disenso, entonces no tenemos elección y debemos adoptar procedimientos para zanjar desacuerdos políticos que no determinen por sí mismos cuál va a ser el resultado³⁷. En este sentido, la política deja todo a nuestro alcance de un modo que puede ser desconcertante desde algún punto de vista. El respeto por las opiniones y las conciencias de los demás significa que no hay nadie que tenga por sí solo el control sobre los resultados políticos que su conciencia o sus propios principios parecen dictarle. Éste, me parece, es sencillamente un precio que hay que pagar.

³⁷ Véanse los apartados 2 y 9 del cap. V.

«Estar al alcance de nuestra mano» (*up for grabs*), no obstante, puede indicar otras dos cosas, ninguna de las cuales es consecuencia de la posición que he defendido.

«Al alcance» (*grabs*) puede connotar una apropiación egoísta —un desvarío que alimenta el interés más que el desacuerdo sobre principios de buena fe—. Hombres y mujeres razonables se alarmarán con bastante razón por las perspectivas para los derechos en una sociedad en la que todo ciudadano y grupo de interés intenta alcanzar todo lo que puede. Los derechos estarían generalmente en peligro en dicha situación, incluyendo por supuesto los derechos constitutivos de la democracia. Mi argumentación ha procedido bajo la premisa de que la política democrática no es necesariamente así, y que de hecho se parece mucho menos a esto de lo que tienden a sostener los detractores del mayoritarismo popular. He insistido también en que deberíamos resistirnos a la tentación de decir que *es* así simplemente porque hemos perdido en la votación frente a una mayoría que nos contradice sobre alguna cuestión de principios. No es necesario invocar el autointerés para explicar el desacuerdo sobre derechos, ya que queda suficientemente explicado por la dificultad del objeto de la materia y por lo que John RAWLS denominó «las cargas del juicio»³⁸. Si adscribimos la influencia del autointerés al hecho de que otra persona tenga discrepancias políticas con nosotros, esto debe ser justificado como una explicación *específica*, además de una explicación normal del desacuerdo humano sobre cuestiones complejas.

Puedo estar equivocado en todo esto, por supuesto: tal vez la política es sólo un conflicto de intereses. Corremos el peligro, también, de que esto sea en lo que se está transformando la política en todo el mundo, algo así como una profecía autocumplida invocada por el desdén hacia la política legislativa que los Estados Unidos han exportado exitosamente como su contribución a la teoría democrática. Pero si esto es así, deberíamos reconocer que no es sólo la reputación del mayoritarismo popular lo que está en peligro. Si la política democrática es sólo una lucha constante con los demás buscando sacar partido personal, entonces los hombres y las mujeres no son las criaturas que los teóricos de los derechos creían. Si pensamos en todo caso que algunos de sus intereses requieren de una protección especial (contra las mayorías y otros tipos de tiranías), tendremos que desarrollar una teoría de la justicia y una teoría de la política que no asocie la petición de esta protección con el respeto activo por la capacidad moral que la idea de los derechos ha implicado tradicionalmente.

No obstante, quiero insistir sobre todo en lo siguiente. La alternativa a un modelo de la política basado en el autointerés no es un

³⁸ RAWLS, 1993: 54-58. Para un análisis de «las cargas del juicio» véanse los apartados 12 del cap. V y 2 del cap. VII.

escenario en el que los individuos, como agentes morales responsables, convergen en un único conjunto de principios que resultan en *la verdad* sobre la justicia, los derechos y el bien común. Ésta no sería una alternativa creíble desde el punto de vista de las ciencias sociales. La alternativa apropiada al modelo del autointerés es un modelo de la discrepancia de opiniones —un escenario ruidoso en el que hombres y mujeres de fuerte temperamento argumentan exaltados y apasionados sobre los derechos que tenemos, lo que exige la justicia y lo que representa el bien común, motivados en sus desacuerdos no por lo que pueden sacar de ahí, sino por un deseo de alcanzar lo correcto—. Si tomamos *éste* como nuestro modelo alternativo, podemos sentirnos más inclinados a reconocer que la política del mundo real no está necesariamente guiada por el autointerés, que si pensamos que la única alternativa al modelo del autointerés es la de tener nobles ciudadanos que convergen en la verdad. He intentado mostrar que podemos construir una teoría de la política para el modelo del desacuerdo de opiniones —una teoría de los procedimientos de decisiones legítimos que funciona bajo la presuposición de que la gente que realmente se preocupa por la justicia y los derechos pueden, de todas maneras, discrepar acerca de lo que éstos implican—. Por supuesto, cualquier teoría política está próxima a un tipo ideal en relación con la confusión del mundo real³⁹. Una descripción completa y fiel puede requerir que mezclemos elementos de diversas teorías. Lo que sugiero, no obstante, es que si queremos hacer justicia a este aspecto de nuestra experiencia política que implica que la gente a veces esté dispuesta a preguntarse por sus ideales, tanto como por la utilidad que extraen, es el modelo del desacuerdo, y no el de la convergencia moral, el que deberíamos utilizar para matizar o contrastar el modelo más cínico del interés.

El segundo sentido de «al alcance de nuestra mano» (*up for grabs*) que quiero negar tiene que ver con la «rapiña» (*grabbing*) precipitada, volátil e impetuosa. Que un determinado derecho esté «al alcance» de la política mayoritaria puede querer decir que es respetado hoy, abrogado mañana y restituido en una forma enmendada el lunes por la mañana. Aludimos brevemente en el capítulo V a la sugerencia de Thomas HOBBS de que uno de los rasgos más característicos de la política democrática es su inconstancia⁴⁰. Hay muchas formas distintas en las que una Constitución democrática puede mitigar esta inconstancia. El proceso legislativo puede ser más complejo y laborioso, y de diversos modos puede ser más difícil volver a revisar cuestiones de principio en un momento determinado después de que hayan sido zanjadas. Estos mecanismos de «dilación» pueden también estar apoyados en la comunidad política por valores asociados con el «Estado

³⁹ Para esta noción de tipo ideal, véase WEBER, 1968: vol. 1, 20-22.

⁴⁰ HOBBS (1642), 1983: cap. X, 137-138.

de derecho». No es necesario considerar nada de esto como un ataque a la democracia; ciertamente un mecanismo de «dilación» de este tipo no es equivalente a sustraer cuestiones del voto común y atribuir las a un foro distinto no representativo como un tribunal, en términos de ataque a la democracia. No obstante, como sostuve en el capítulo XII, la democracia *sería* atacada por cualquier intento de asociar dicha «dilación» con la idea de que hay algo patológico en el desacuerdo de principios, sea en una de las partes o en la otra. En este capítulo he dado argumentos en contra del modelo del precompromiso de «Ulises y las sirenas», que presenta los límites constitucionales como una forma de inmunización contra la locura. Pero no estamos legitimados a asegurar la estabilidad al coste de silenciar el disenso o retirar el sufragio a aquellos que lo expresan. Y no deberíamos usar las ideas de garantía constitucional o compromiso constitucional como un modo de evitar la deliberación efectiva sobre una materia sobre la que los ciudadanos están aún desarrollando y debatiendo sus diversos puntos de vista.

12. DESACUERDOS SOBRE LOS LÍMITES

Sabemos que si confiamos la protección de los derechos al pueblo, se les confiará a hombres y mujeres que discrepan acerca de qué es lo que implican tales derechos. Es tentador inferir del hecho de dicho desacuerdo y de los procesos (como el voto) que serán necesarios para resolverlo que este tipo de protección en política equivale a dejarlos desprotegidos. Es tentador pensar que la gente que está preparada para conceder su voto en materias de derechos fundamentales y para aceptar el punto de vista de la mayoría simplemente no se toma los derechos en serio.

De hecho, ésta es una tentación increíblemente *fácil* de resistir en ciertos contextos, ya que nadie piensa lo mismo acerca de un tribunal como la Corte Suprema de los Estados Unidos. Seguramente los magistrados de la Corte Suprema se toman en serio los derechos si nadie más lo hace, pero dichos magistrados discrepan acerca de tales derechos tanto como los demás, y también resuelven sus desacuerdos por un voto de mayoría simple. La práctica establecida en Estados Unidos es que el pueblo debe aceptar la autoridad de una decisión de la Corte sobre los derechos que ellos poseen, incluso cuando dicha decisión se basa en una votación ajustada de cinco a cuatro magistrados. Contamos manos alzadas en el tribunal, pedimos el nombramiento de un magistrado conservador o uno liberal, hablamos de un magistrado concreto por ser el «voto oscilante» en la Corte, y nada de esto parece zarandear nuestra confianza de que los derechos están siendo protegidos de la única manera posible por individuos de pensamiento arti-

culado y con opiniones fundadas. No podemos, por lo tanto, sostener que los derechos no están siendo tomados en serio en un sistema político simplemente por el hecho de que el sistema permite el voto mayoritario para zanjar los desacuerdos sobre los derechos que debemos tener. Al contrario, una cultura política —como la que persiste y envuelve la Corte Suprema de los Estados Unidos— puede ser una cultura de los derechos, una cultura en la que los derechos se toman con la máxima seriedad, aun cuando al mismo tiempo sea una cultura del desacuerdo, una cultura que entiende que al fin y al cabo lo único que podemos hacer respecto al mismo es contar los síes y los noes.

Del mismo modo, pienso que no deberíamos subestimar la medida en que la idea de los derechos puede persistir en la política legislativa o electoral. La idea de los derechos es que hay límites a lo que podemos hacer o pedir a los demás en virtud del bien común. Una cultura política en la que los ciudadanos y los legisladores comparten esta idea pero discrepan sobre cuáles son los límites es bastante diferente que una cultura política no contaminada por la idea de los límites, y me parece que valoramos muy poco nuestro pensamiento constitucional si decimos que el hecho del desacuerdo equivale por completo de la idea de los derechos o de los límites.

Quiero finalizar con dos ejemplos extraídos de los clásicos de la filosofía política liberal, que ayudarán a explicar lo que quiero decir.

El primero es el ejemplo de John LOCKE, bien conocido como fundador del liberalismo moderno, y famoso también por sostener que la autoridad del Parlamento está limitada por el respeto a los derechos naturales —la vida, las libertades y la propiedad— de la gente⁴¹. Los legisladores, decía LOCKE, no están autorizados a hacer lo que les plazca. Si «traicionan la confianza depositada en ellos cuando invaden la propiedad de los súbditos y se elevan ellos mismos [...] a la condición de dueños y señores absolutos de las vidas, libertades y fortunas del pueblo», pierden su autoridad. «Éstos son los límites que la sociedad y la ley natural y divina han fijado para el poder legislativo de cualquier república»⁴². LOCKE se adhería a esta doctrina liberal clásica del legislativo limitado con una insistencia en que «en todo caso, mientras el gobierno subsista, el legislativo es el poder supremo [...] y los otros poderes que detentan cualquier otro miembro o parte de esa sociedad, dimanen de él y a él se subordinan»⁴³. Esta conjunción suena un poco

⁴¹ Los párrafos que siguen están adaptados de la primera de mis *Sealey Lectures* de 1996, «Locke's Legislature». Véase WALDRON, 1999a: cap. IV.

⁴² LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 221, 365, y par. 142, 308.

⁴³ LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 150, 314. La conjunción no pasa inadvertida por parte de LOCKE: no es una cuestión de que *nosotros* yuxtapongamos dos partes distintas de un manuscrito compuesto por fragmentos sueltos. Al contrario, LOCKE explicita en un único pasaje: «el poder legislativo, no importa que esté depositado en una o varias personas, que

curiosa para nuestros cansados oídos: ¿cómo puede LOCKE querer decir lo que dice acerca del legislativo limitado, si no está dispuesto a respaldar a alguna institución superior (como un tribunal) que imponga tales límites? ¿Tener una teoría de los límites sin una plasmación institucional de competencias no es lo mismo que no tener ninguna en absoluto?

La pregunta ignora la importancia de la cultura política y la comprensión política pública. «Comprender qué es el derecho al Poder Político» es el objetivo del *Segundo Ensayo*⁴⁴; y la presuposición de la que LOCKE parte es que una organización política dominada por una concepción correcta divergirá considerablemente en su carácter y en su funcionamiento de una cuyos miembros estén bajo equívocos voluntarios o involuntarios acerca de los derechos y el fundamento del gobierno⁴⁵.

La idea de límites basados en derechos es por lo tanto, en primera instancia, una cuestión de autocomprensión política. A LOCKE le pareció importante que los legisladores debieran afrontar sus tareas imbuidos con un sentido moral y filosófico sobre los límites de lo que podían hacer, y que debieran comprometerse (como una cuestión de virtud o deber asociada a su cargo) a cerciorarse de cuáles son esos límites y si son contravenidos o no por las propuestas legislativas que llegan ante ellos. Le pareció también importante que los ciudadanos tuvieran deferencia hacia la autoridad del Parlamento impregnados de un sentido similar. Deberían actuar y responder a sus dictados siendo conscientes de que no están obligados (por el contrato social, etc.) a hacer *cualquier cosa* que diga el Parlamento, sino que están legitimados a desobedecer o rebelarse *in extremis* cuando se sobrepasen los límites. En correspondencia, los ciudadanos deberían comprender que ellos también deben intentar con todas sus fuerzas comprender cuáles son dichos límites y si las leyes que se les presentan los contravienen o no. Además, LOCKE quiere incentivar una cultura política en la que la gente acompañe estas convicciones con la idea de que las materias en cuestión son objetivas, y que pueden por lo tanto equivocarse al respecto, y que si lo hacen deberán responder ante Dios por sus errores y por los estragos que resulten de ellos.

Alguien podría responder que la cultura política y la autocomprensión están muy bien; pero ¿por qué LOCKE se mostraba reticente

sea perpetuo o que sólo se mantenga durante ciertos intervalos, está en todo caso sujeto a ciertas condiciones, y ello pese a que constituye el poder supremo de cualquier república.

En primer lugar, no es ni puede ser un poder arbitrario y absoluto sobre las vidas y fortunas del pueblo» [LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 135, 301].

⁴⁴ LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 4, 205 (la cursiva es mía).

⁴⁵ Véase LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 111, 284-285. Véase también la insistencia de LOCKE en el «Prefacio» en que «el peor daño que se puede hacer al Príncipe y al pueblo es propagar falsas nociones en torno al gobierno» [LOCKE (1690a), 1997: Libro II, 45].

a respaldar una institución como un tribunal supremo para tomar una decisión última acerca de si el legislativo ha traicionado su confianza? ¿Por qué no debería considerar la opción del control judicial de constitucionalidad de las leyes?

Los académicos han señalado que LOCKE dice muy poco acerca del poder judicial como una rama distinta del gobierno. Peter LASLETT sostiene que en la concepción de LOCKE el poder judicial no era en absoluto un poder separado de los demás: «Era el atributo general del Estado»⁴⁶. Gobernar, en la concepción de LOCKE, consiste en emitir un juicio público respecto de lo que exige el derecho natural —tanto en general como en concreto— y establecer este juicio como base para la coordinación social y la coacción de la ley. Y esto es lo que hace el Parlamento lockeano. A menos que propongamos una estructura bicameral para el legislativo (algo con lo que LOCKE no tendría ninguna dificultad)⁴⁷, no hay necesidad de una institución *adicional* para comprobar si lo que promulga el Parlamento está de acuerdo con el derecho natural. Esto es lo que *es* legislar; ésta es la función que se supone que los legisladores deben realizar cuando deliberan y votan. En la medida en que los miembros de la sociedad discrepan sobre esto —en la medida en que los límites del derecho natural son controvertidos—, la legislación es únicamente la resolución de estas controversias.

En teoría, esta función podría ser realizada por una junta de nueve hombres vestidos con togas negras y rodeados de letrados. Ellos podrían ser los que deliberaran, juzgaran y votaran sobre estas cuestiones. El argumento de LOCKE aquí es más o menos el mismo que el de HOBBS⁴⁸: cualquiera que sea el poder supremo, es, en efecto, el legislativo. Pero LOCKE lo dice de manera más cuidadosa y democrática que HOBBS. Su posición parece ser que, si tenemos controversias acerca del derecho natural, es importante que las resuelva una asamblea *representativa*⁴⁹. LOCKE piensa que es importante que la institución que, por su carácter representativo, incorpora nuestra «influencia mutua», «nuestra conexión mutua» y «nuestro sentimiento unísono»⁵⁰ sea también la que decida sobre nuestros desacuerdos sobre la justicia, los derechos, el bien común y el derecho natural. La institución que comprende a nuestros representantes y la institución que resuelve nuestras diferencias últimas sobre principios morales debería ser la misma. Al combinar estas funciones el Parlamento incorpora nuestra virtud deliberativa y nuestro sentido de responsabilidad mutua. Como afirma LOCKE, «se trata del Alma que proporciona la forma, la vida

⁴⁶ LASLETT, 1988: 120.

⁴⁷ Véase LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 213, 361.

⁴⁸ HOBBS (1651), 2003: cap. XXVI, 234.

(AQUI)

⁴⁹ Véase especialmente LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 94, 271-272, y par. 143, 310-311.

⁵⁰ LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 212, 360.

y la unidad a la república», y ésta es la razón por la que un ataque a la integridad o la posición del Parlamento (desde dentro o desde fuera de sus filas) supone el ataque más nefasto a «la esencia y unión de la Sociedad»⁵¹.

Ésta me parece una posición poderosa y atractiva. Incorpora la convicción de que las cuestiones de principio con las que debemos tratar son *nuestras* cuestiones, de modo que incluso en el caso de que deban ser tratadas por alguna institución que comprenda sólo a unos pocos, y no a todos nosotros, deberá ser de todos modos una institución diversa y plural y que, mediante algo así como la responsabilidad (*accountability*) electoral, incorpore el espíritu del autogobierno, un órgano en el que podamos discernir las huellas manifiestas de nuestro propio consentimiento originario⁵². Esto conecta los temas que hemos estado tratando en esta parte del libro con los que he tratado en los capítulos II a V —la importancia de cuestiones sobre las que hay diferentes concepciones y opiniones llenas de matices que son resueltas por instituciones que en su tamaño y diversidad pagan un tributo a la pluralidad esencial de la política—.

El segundo de los ejemplos que quería mencionar del canon de la teoría política es el del argumento sobre la libertad individual que John Stuart MILL presentó en el ensayo *Sobre la libertad*. Cuando mis estudiantes leen dicha obra, asumen casi sin pensarlo que se trata de una defensa de la Primera Enmienda y una petición de que se instituya algún límite constitucional similar en la Inglaterra victoriana. No se toman en serio la advertencia explícita de MILL de que no se está refiriendo para nada a las leyes o las Constituciones, sino que se está ocupando de la opinión pública, que busca levantar «una fuerte barrera de convicción *moral*»,⁵³ en contra de «una grande y creciente inclinación a extender indebidamente los poderes de la sociedad sobre el individuo, no sólo por la fuerza de la opinión, sino también por la de la legislación»⁵⁴. En nuestra preocupación contemporánea por los mecanismos para hacer cumplir las leyes tendemos a perder la perspectiva de que la libertad de pensamiento y discusión pueda ser mejor respetada por una concepción de la prevalencia de un espíritu de libertad entre el pueblo y sus representantes —una cultura política de respeto mutuo— que dé como resultado declaraciones formales u otros arreglos institucionales⁵⁵. Esto implica una miopía grave. Como muestra el destino de varias decenas de «Constituciones» en todo el mundo,

⁵¹ LOCKE (1690a), 1997: Libro II, par. 212, 360.

⁵² La expresión es de PANGLE, 1988: 254.

⁵³ MILL (1859), 1970: cap. 1, 71 (la cursiva es mía).

⁵⁴ MILL (1859), 1970: cap. 1, 70 (la cursiva es mía).

⁵⁵ Cfr. Alexander HAMILTON en MADISON, HAMILTON, y JAY, 1994: LXXXIV, 368: «La garantía de un derecho como el de la libertad de prensa, a pesar de las elocuentes declaraciones que se inserten en su favor en cualquier Constitución, depende en absoluto de la opinión pública

las declaraciones sobre el papel son de poco valor si no van acompañadas por una cultura política de la libertad adecuada. Y la filosofía política probablemente tiene un mayor efecto sobre la cultura política, si es que tiene alguno sobre el mundo, del que tiene sobre las instituciones políticas *per se*, incluso siendo dicho efecto más difuso y resultando menos halagador para nosotros como supuestos consejeros de los poderosos⁵⁶. En otras palabras, pienso que en filosofía política deberíamos interesarnos tanto por las condiciones de la cultura política —el conjunto de juicios compartidos actuales— como lo estamos en tener institucionalizados los principios que apreciamos.

Ciertamente, éste era el punto de vista de MILL. No podemos esperar que la libertad individual sostenga su propio fundamento, decía MILL, «a menos que la parte inteligente del público se apreste a darse cuenta de su valor»⁵⁷. Si nos importa la libertad individual, entonces, la primera cosa que deberíamos hacer no es reclamar una carta de derechos para ser aplicada por un tribunal, sino desarrollar entre nosotros una cultura de la libertad que haga que los que participarán en las decisiones sociales y políticas más importantes aprecien y se tomen en serio esta idea de libertad. Y —como sugerí en los capítulos X y XI— esto es lo que deberíamos querer hacer en cualquier caso, si realmente nos tomamos en serio la libertad, puesto que no podemos dar por segura la libertad en una sociedad en la que es una táctica política aceptada no considerar a los ciudadanos como otra cosa que miembros egoístas e irresponsables de mayorías políticas predatoras. Tomar en serio la libertad significa tomar en serio a los demás como personas que poseen su propia concepción de la libertad.

Pero es aquí donde está el giro. No podemos esperar que se tome en serio ninguna idea —pongamos sólo la idea de libertad— en la sociedad, no podemos esperar que la parte inteligente del público se dé cuenta de su valor, si no es ella misma objeto de disputa y de un debate dinámico. Éste es el argumento formulado en defensa de la libertad de pensamiento y discusión en el capítulo 2 del ensayo de MILL —el argumento sobre la importancia de los desacuerdos en una cultura dinámica y progresista—. Y obviamente esto se aplica reflexivamente a la libertad misma. El principio de libertad y los principios subyacentes en otros derechos no son una excepción al argumento de MILL de que, sin debate genuino y sin desacuerdo, un credo adoptado por la gente tiende a ser

recibido pasivo, no activamente, [...] petrificándole [al espíritu] contra toda influencia dirigida a las partes más elevadas de nuestra naturaleza;

y del espíritu general del pueblo y del gobierno. Y aquí, a fin de cuentas, es donde hemos de buscar la única base sólida de nuestros derechos [...].»

⁵⁶ Véase WALDRON, 1995a, y también WALDRON, 1998.

⁵⁷ MILL (1859), 1970: cap. 3, 148.

manifestando su poder, en no tolerar que ninguna concepción nueva y viva se produzca en él, pero sin hacer él mismo otra cosa por la inteligencia o el corazón que montar la guardia, a fin de conservarlos vacíos⁵⁸.

MILL es famoso por sugerir que en algunas ocasiones podría incluso llegar a ser necesario fabricar artificialmente el desacuerdo, si no hay disenso que realice esta función dinamizadora. Si la gente no discrepa acerca de los derechos tal vez tengamos que realizar «alguna intervención por la que las dificultades de la cuestión fueran presentadas a la conciencia [de cada persona] como si se las plantease algún campeón disidente, ansioso de su conversión»⁵⁹. Afortunadamente, no estamos en tal situación. Dado que *hay* gente que discrepa acerca de cualquier propuesta concreta sobre derechos, y que expresará su desacuerdo «si la ley o la opinión se lo consintieran, agradezcámoslo, abramos nuestras inteligencias para oírlas y regocijémonos de que haya alguien que haga para nosotros lo que en otro caso, si en algo tenemos la certidumbre y la vitalidad de nuestras convicciones, deberíamos hacer nosotros mismos con mucho más trabajo»⁶⁰.

Me parece que éste es tan buen momento como cualquier otro para terminar. *Discrepamos* acerca de los derechos, y es comprensible que lo hagamos. No deberíamos temer ni estar avergonzados de dichos desacuerdos, ni atenuarlos ni llevarlos más allá de los foros en los que se toman importantes decisiones de principios en nuestra sociedad. Deberíamos darles la bienvenida. Estos desacuerdos son un síntoma —el mejor síntoma posible en las circunstancias actuales— de que la gente *se toma los derechos en serio*. Por supuesto, como he dicho un millón de veces, a una persona que se encuentra en desacuerdo con los demás no se le prohíbe seguir pensando que su punto de vista es el correcto. Debemos, cada uno de nosotros, mantener la fe en nuestras propias convicciones. Pero tomarse los derechos en serio tiene que ver también con la forma en que respondemos cuando los demás nos contradicen, incluso en una cuestión de derechos. Aunque todos consideramos razonablemente importantes nuestros propios puntos de vista, debemos también (todos nosotros) respetar la condición elemental de *estar con otros*, que es a la vez la esencia de la política y el principio de reconocimiento que reside en el corazón de la idea de los derechos. Cuando estamos ante un portador de derechos (*rights-bearer*), no estamos tratando sólo con una persona a la que se le ha reconocido la libertad, el sustento o la protección. Sobre todo, estamos ante una *inteligencia* particular —una mente y una conciencia distinta a la nuestra, que no está bajo nuestro control intelectual, que tiene

⁵⁸ MILL. (1859), 1970: cap. 2, 105.a

⁵⁹ MILL. (1859), 1970: cap. 2, 109.

⁶⁰ MILL. (1859), 1970: cap. 2, 111.

su propia visión del mundo y su propia concepción de las bases adecuadas de las relaciones con los demás, a quienes él también ve como otros—. Tomar los derechos en serio, entonces, es responder respetuosamente a este aspecto de la otredad, y estar deseoso entonces de participar dinámicamente, pero como un igual, en la determinación de cómo debemos vivir conjuntamente en las circunstancias y en la sociedad que compartimos.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, B., 1980: *Social Justice in the Liberal State*, New Haven: Yale University Press. Citado por la traducción castellana de ROSENKRANTZ, C., y RODRÍGUEZ ABASCAL, L., *La justicia social en el Estado liberal*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- 1991: *We the People: Foundations*, Cambridge: Harvard University Press.
- ACKERMAN, B., y GOLOVE, D., 1995: *Is NAFTA Constitutional?*, Cambridge: Harvard University Press.
- ALLEN, A., y REGAN, M. (eds.), 1999: *Debating Democracy's Discontents*, Oxford: Oxford University Press.
- ANSCOMBE, G. E. M., 1981a: *Ethics, Religion, and Politics: Collected Philosophical Papers*, vol. III, Oxford: Basil Blackwell.
- 1981b: «Modern Moral Philosophy», en ANSCOMBE, G. E. M., 1981a: *Ethics, Religion, and Politics: Collected Philosophical Papers*, vol. III, Oxford: Basil Blackwell.
- ANSCOMBE, G. E. M., y GEACH, P. Th. (eds.), 1964: *Descartes: Philosophical Writings*, London: Nelson.
- AQUINO, T. DE, 1959a: *Selected Political Writings*, D'ENTREVES, A. P. (ed.), Oxford: Basil Blackwell.
- 1959b: *On Pricely Government*, en AQUINO, T. DE, 1959a: *Selected Political Writings*, D'ENTREVES, A. P. (ed.), Oxford: Basil Blackwell.
- ARENDT, H., 1958: *The Human Condition*, Chicago: University of Chicago Press.
- 1973: *On Revolution*, Harmondsworth: Penguin Books.
- ARISTÓTELES, 1984: *Ética a Nicómaco*. Traducción castellana de SIMÓN ABRIL, P., Barcelona: Ediciones Orbis.
- 1998: *Política*. Traducción castellana de GARCÍA GUAL, C., y PÉREZ GIMÉNEZ, A., Madrid: Alianza.
- ARNESON, R., 1993: «Democratic Rights and National and Workplace Levels», en COPP, J., et al. (eds.): *The Idea of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.

- ATIYAH, P. S., y SUMMERS, R. S., 1987: *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*, Oxford: Clarendon Press.
- AUSTIN, J., 1985: *Lectures on Jurisprudence*, 5.^a ed., CAMPBELL, R. (ed.), Edinburgh: John Murray.
- 1995: *The Province of Jurisprudence Determined*, RUMBLE, W. E. (ed.), Cambridge: Cambridge University Press.
- BAGEHOT, W., 1928: *The English Constitution*, London: Oxford University Press.
- BAKER, K. M. (ed.), 1976: *Condorcet. Selected Writings*, Indianapolis: Bobbs Merrill.
- BALDWIN, S. E., *Two Centuries' Growth of American Law 1701-1901*, New York: C. Scribner's Sons.
- BARBER, B., 1984: *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, Berkeley, University of California Press.
- BARRY, B., 1978: «Comment», en BENN, 1978a: *Political Participation*, Canberra, Australian National University Press.
- 1995: *Justice as Impartiality*, Oxford: Clarendon Press.
- BEITZ, Ch., 1989: *Political Equality*, Princeton, Princeton University Press.
- BENHABIB, S. (ed.), 1996: *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton: Princeton University Press.
- BENN, S., et al., 1978a: *Political Participation*, Canberra: Australian National University Press.
- 1978b: «The problematic Rationality of Political Participation», en BENN, 1978a: *Political Participation*, Canberra: Australian National University Press.
- BENTHAM, J., 1970a: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, BURNS, J. H., y HART, H. L. A. (eds.), London: Methuen.
- 1970b: *Of Laws in General*, HART, H. L. A. (ed.), London: Athlone Press.
- 1977: *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government*, BURNS, J. H., y HART, H. L. A. (eds.), London: Athlone Press.
- 1987a: «Anarchical Fallacies», en WALDRON, J. (ed.), 1987: *Nonsense Upon Stills. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London: Methuen.
- 1987b: «Supply Without Burthen», en WALDRON, J. (ed.), 1987: *Nonsense Upon Stills. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London: Methuen.
- BERLIN, I., 1969: *Four Essays on Liberty*, Oxford: Oxford University Press.
- BICKEL, A., 1986: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2.^a ed., New Haven: Yale University Press.
- BLACK, Ch. L., 1997: *A New Birth of Freedom*, New York: Grosset/Putnam.
- BLACKBURN, S., 1981: «Rule-Following and Moral Realism», en HOLTZMAN, S., y LEICH, C. (eds.): *Wittgenstein. To Follow a Rule*, London: Routledge.
- 1984: *Spreading the Word. Groundings in the Philosophy of Language*, Oxford: Clarendon Press.
- 1985: «Errors and the Phenomenology of Value», en HONDERICH, T. (ed.): *Morality and Objectivity. A Tribute to J. L. Mackie*, London: Routledge.
- BLACKSTONE, W., 1864: *Commentaries on the Laws of England*, Philadelphia: J. B. Lippincott and Co.
- BORK, R., 1971: «Neutral Principles and Some First Amendment Problems», *Indiana Law Journal*, 47.

- BOSANQUET, B., 1910: *The Philosophical Theory of the State*, 2.^a ed., London: MacMillan and Co.
- BRENNAN, W., 1989: «Why Have a Bill of Rights?», *Oxford Journal of Legal Studies*, 9.
- BREST, P., 1980: «The Misconceived Quest for the Original Understanding», *Boston University Law Review*, 60.
- 1988: «Further Beyond the Republican Revival: Toward Radical Republicanism», *Yale Law Journal*, 97.
- BRINK, D., 1989: *Moral Realism and the Foundations of Ethics*, Cambridge: Cambridge University Press.
- BURKE, E., 1969: *Reflections on the Revolution in France*, Harmondsworth: Penguin.
- CALABRESSI, G., 1982: *A Common Law for the Age of the Statutes*, Cambridge: Harvard University Press.
- CANE, P., y STAPLETON, J. (eds.), 1991: *Essays for Patrick Atiyah*, Oxford: Clarendon Press.
- CANNING, J., 1987: *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1996: *A History of Medieval Political Thought 300-1450*, London: Routledge.
- CARTER, L., 1985: *Contemporary Constitutional Law-Making. The Supreme Court and the Art of Politics*, New York: Pergamon Books.
- CHAPMAN, J., y WERTHEIMER, A. (eds.), 1990: *Nomos XXXII. Majorities and Minorities*, New York: New York University Press.
- CHEYETTE, F. I. (ed.), 1975: *Lordship and Community in Medieval Europe. Selected Readings*, Huntington, N. Y.: Robert E. Krieger.
- COBBETT, W., 1829: *Advice to Young Men and Women. Advice to a Citizen*.
- COHEN, J., 1989: «Deliberation and Democratic Legitimacy», en HAMLIN, A., y PETTIT, Ph. (eds.): *The Good Polity. Normative Analysis of the State*, Oxford: Basil Blackwell.
- COHEN, M. (ed.), 1983: *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa, Rowman and Allenheld.
- COLEMAN, J., 1988a: *Markets, Morals and the Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1988b: «Negative and Positive Positivism», en COLEMAN, J., 1988a: *Markets, Morals and the Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1992: *Risks and Wrongs*, Cambridge: Cambridge University Press.
- CONDORCET, M. DE, 1976: «Essay on the Application of Mathematics to the Theory of Decision-making», en BAKER, K. M. (ed.): *Condorcet. Selected Writings*, Indianapolis: Bobbs Merrill.
- CONSTANT, B. (1819), 1989: «La libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», en CONSTANT, B., *Escritos políticos*. Traducción de SÁNCHEZ MEJÍA, M. L., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- COPP, D., 1993: «Could Political Truth Be a Hazard for Democracy», en COPP, D.; HAMPTON, J., y ROEMER, J. (eds.): *The Idea of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- COPP, D.; HAMPTON, J., y ROEMER, J. (eds.), 1993: *The Idea of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- CRANSTON, M., 1967: «Human Rights, Real and Supposed», en RAPHAEL, D. D. (ed.), *Political Theory and the Rights of Man*, London: Macmillan.
- CROSLAND, S., 1982: *Anthony Crosland*, London: Jonathan Cape.

- DAHL, R. A., 1989: *Democracy and Its Critics*, New Haven: Yale University Press.
- DANIELS, N. (ed.), 1989: *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls*, 2.^a ed., Stanford: Stanford University Press.
- DENNETT, D., 1971: «Intentional Systems», *Journal of Philosophy*, 68.
- DESCARTES, R., 1964: *Discourse on the Method of Rightly Directing One's Reason of Seeking Truth in the Sciences*, en ANSCOMBE, G. E. M., y GEACH, P. Th. (eds.): *Descartes: Philosophical Writings*, London: Nelson.
- DEVLIN, P., 1965: *The Enforcement of Morals*, Oxford: Oxford University Press.
- DONALDSON, P., 1988: *Machiavelli and Mystery of State*, Cambridge: Cambridge University Press.
- DWORKIN, R., 1977: *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth.
- 1984: «Rights as Trumps», en WALDRON, J. (ed.): *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- 1985: *A Matter of Principle*, Cambridge: Harvard University Press.
- 1986: *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press.
- 1990: *A Bill of Rights for Britain*, London: Chatto and Windus.
- 1996a: *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge: Harvard University Press.
- 1996b: «Objectivity and Truth: You'd Better Believe It», *Philosophy and Public Affairs*, 25.
- ELSTER, J., 1983: *Sour Grapes. Studies in the Subversion of Rationality*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1984: *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1989: *Solomonic Judgements. Studies in the Limits of Rationality*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ELY, J. H., 1980: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge: Harvard University Press.
- ESKRIDGE, W. N., 1994: *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge: Harvard University Press.
- ESTLUND, D., 1993: «Making Truth Safe for Democracy», en COPP, D.; HAMP-
TON, J., y ROEMER, J. (eds.): *The Idea of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ESTLUND, D.; WALDRON, J.; GROFMAN, B., y FELD, S. L., 1989: «Democratic Theory and the Public Interest: Condorcet and Rousseau Revisited», *American Political Science Review*, 83.
- FARBER, D. A., y FRICKEY, Ph. P., 1991: *Law and Public Choice. A Critical Introduction*, Chicago: The University of Chicago Press.
- FEINBERG, J., 1980a: *Rights, Justice and Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton: Princeton University Press.
- 1980b: «Noncomparative Justice», en FEINBERG, J., 1980a: *Rights, Justice and Bounds of Liberty: Essays in Social Philosophy*, Princeton: Princeton University Press.
- FINNIS, J., 1980: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press.
- FISH, S., 1989: *Doing What Comes Naturally. Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Durham: Duke University Press.
- 1992: «Play of Surfaces: Theory and Law», en LEYH, G. (ed.): *Legal Hermeneutics. History, Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton: Princeton University Press.

- FONTANA, B., 1988 (trad. y ed.): *Constant: Political Writings*, Cambridge: Cambridge University Press.
- FORBATH, W. E., 1991: *Law and the Shaping of the American Labor Movement*, Cambridge: Harvard University Press.
- FRANKFURT, H., 1971: «Freedom of the Will and the Concept of a Person», *Journal of Philosophy*, 68.
- FREEMAN, S., 1990: «Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review», *Law and Philosophy*, 9.
- FREY, R. G. (ed.), 1984: *Utility and Rights*, Oxford: Basil Blackwell.
- FRIEDMAN, B., 1998: «The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy», *New York University Law Review*, 73.
- FRIEDMAN, M., 1962: *Capitalism and Freedom*, Chicago: The University of Chicago Press.
- FULLER, L., 1958: «Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart», *Harvard Law Review*, 71.
- 1964: *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press.
- GALLIE, W. G., 1955-1956: «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56.
- GAUS, G., 1996: *Justificatory Liberalism. An Essay in Epistemology and Political Theory*, New York: Oxford University Press.
- GAUTHIER, D., 1986: *Morals by Agreement*, Oxford: Clarendon Press.
- 1993: «Constituting Democracy», en COPP, D.; HAMPTON, J., y ROEMER, J. (eds.): *The Idea of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- GEWIRTH, A., 1960: «Positive Ethics and Normative Science», *Philosophical Review*, 69.
- 1982: *Human Rights. Essays on Justification and Applications*, Chicago: University of Chicago Press.
- GLENDON, M. A., 1991: *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York: Free Press.
- GOODIN, R. E., 1989: «The State as Moral Agent», en HAMLIN, A., y PETTIT, Ph. (eds.): *The Good Polity. Normative Analysis of the State*, Oxford: Basil Blackwell.
- GRAY, J. Ch., 1927: *The Nature and Sources of the Law*, 2.^a ed., New York: Macmillan.
- GREEN, L., 1983: «Law, Coordination and the Common Good», *Oxford Journal of Legal Studies*, 3.
- 1996: «The Concept of Law Revisited», *Michigan Law Review*, 94.
- GREENAWALT, K., 1992: *Law and Objectivity*, New York: Oxford University Press.
- GRICE, P., 1989: *Studies in the Way of Words*, Cambridge: Harvard University Press.
- GRIFFIN, J., 1986: *Well-Being: Its Meaning, Measurement and Moral Importance*, Oxford: Clarendon Press.
- GROFMAN, B., y FELD, S., 1988: «Rousseau's General Will: A Condorcetian Perspective», *American Political Science Review*, 82.
- GUINIER, L., 1995: *The Tyranny of the Majority. Fundamental Fairness in Representative Democracy*, New York: Free Press.
- GUTMANN, A., 1996: «Democracy and Its Discontents», en SARAT, A., y VILLA, D. (eds.): *Liberal Modernism and Democratic Individuality*, Princeton: Princeton University Press.

- GUTMANN, A., y THOMPSON, D., 1996: *Democracy and Disagreement*, Cambridge: Harvard University Press.
- HABERMAS, J., 1990: *Moral Consciousness and Communicative Action*. Traducción inglesa de LENHARDT, Ch., y NICHOLSEN, S. W., Cambridge: MIT Press.
- 1996: *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Traducción inglesa de REHG, W., Cambridge: MIT Press.
- HACKER, P. M. S., 1977: «Hart's Philosophy of Law», en HACKER, P. M. S., y RAZ, J. (eds.): *Law, Morality and Society*, Oxford: Oxford University Press.
- HAMLIN, A., y PETTIT, Ph. (eds.), 1989: *The Good Polity. Normative Analysis of the State*, Oxford: Basil Blackwell.
- HAMPTON, J., 1986: *Hobbes and the Social Contract Tradition*, Cambridge: Cambridge University Press.
- HAND, L., 1952: *The Spirit of Liberty*, New York: Knopf.
- 1958: *The Bill of Rights*, Cambridge: Harvard University Press.
- HARDIN, R., 1988: *Morality Within the Limits of Reason*, Chicago: The University of Chicago Press.
- 1993: «Public Choice versus Democracy», en COPP, D.; HAMPTON, J., y ROEMER, J. (eds.), 1993: *The Idea of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- HARE, R. M., 1952: *The Language of Morals*, Oxford: Clarendon Press.
- 1981: *Moral Thinking. Its Levels, Method and Point*, Oxford: Clarendon Press.
- HART, H. L. A., 1961: *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press. Citado por la traducción castellana de CARRIÓ, G., *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
- 1963: *Law, Liberty and Morality*, Oxford: Oxford University Press.
- 1982: *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press.
- 1983a: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press.
- 1983b: «Positivism and the Separation of Law and Morals», reimpresso en HART, H. L. A., 1983a: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press.
- 1984: «Are There Any Natural Rights?», en WALDRON, J. (ed.): *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- HART, H. M., y SACKS, A. M., 1958: *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*.
- HAYEK, F., 1960: *The Constitution of Liberty*, London: Routledge and Kegan Paul.
- 1973: *Rules and Order*, London: Routledge and Kegan Paul.
- HOBBS, Th. (1642), 1983: *De Cive. The English Version*, en WARRENDER, H. (ed.), Oxford: Clarendon Press.
- (1650), 1994: *De Corpore Politico*, en GASKIN, J. C. A. (ed.), Oxford: Oxford University Press.
- (1651), 2003: *Leviatán*. Traducción castellana de ESCOHOYADO, A., Buenos Aires: Losada.
- (1681), 1990: *Behemoth or The Long Parliament*, HOLMES, S. (ed.), Chicago: University of Chicago Press.
- (1650), 2004: *The Elements of Law*, Whitefish: Kessinger.

- HOHFELD, W. N., 1923: *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven: Yale University Press.
- HOLMES, S., 1995: *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago: University of Chicago Press.
- HOLMES, S., y SUNSTEIN, C., 1995: «The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe», en LEVINSON, S. (ed.): *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton: Princeton University Press.
- HOLT, J. C., 1992: *Magna Carta*, 2.^a ed., Cambridge: Cambridge University Press.
- HONDERICH, T. (ed.), 1985: *Morality and Objectivity. A Tribute to J. L. Mackie*, London: Routledge.
- HONIG, B., 1993: *Political Theory and the Displacement of Politics*, Ithaca: Cornell University Press.
- HUME, D. (1739-1740), 1988: *Tratado de la naturaleza humana*. Traducción castellana de DUQUE, F., Madrid: Tecnos.
- (1751), 1991: *Investigación sobre los principios de la moral*. Traducción castellana de LÓPEZ SASTRE, G., Madrid: Austral.
- JEFFERSON, Th., 1984: *Writings*, PETERSON, M. (ed.), New York: Library of America.
- KANT, I., 1981: *Groundings for the Metaphysics of Morals*. Traducción inglesa de ELLINGTON, J., Indianapolis: Hackett Books.
- 1991: *The Metaphysics of Morals*. Traducción inglesa de GREGOR, M., Cambridge: Cambridge University Press.
- KELLEY, D. R., 1990: *The Human Measure: Social Thought in the Western Legal Tradition*, Cambridge: Harvard University Press.
- KELSEN, H. (1960), 1995: *Teoría pura del Derecho*. Traducción castellana de VERNENGO, R. J., México: Porrúa.
- KNAPP, S., y MICHAELS, W. B., 1982: «Against Theory», *Critical Inquiry*, 8.
- 1992: «Intention, Identity and the Constitution: A Response to David Hoy», en LEYH, G. (ed.): *Legal Hermeneutics. History, Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton: Princeton University Press.
- KNIGHT, J., y JOHNSON, J., 1994: «Aggregation and Deliberation: On the Possibility of Democratic Legitimacy», *Political Theory*, 22.
- LANDES, W., y POSNER, R., 1975: «The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective», *Journal of Law and Economics*, 18.
- LASLETT, P., 1988: «Introduction» a LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, Cambridge: Cambridge University Press.
- LASLETT, P., y RUNCIMAN, W. G. (eds.), 1969: *Philosophy, Politics and Society*, 2.^a colección, Oxford: Basil Blackwell.
- LASLETT, P., y FISHKIN, J. (eds.) 1979: *Philosophy, Politics and Society*, 5.^a colección, Oxford: Basil Blackwell.
- LAUNDY, Ph. D., 1989: *Parliaments in the Modern World*, Brookfield, Vt.: Gower Publishing.
- LEVINSON, S., 1988: *Constitutional Faith*, Princeton: Princeton University Press.
- 1995 (ed.): *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton: Princeton University Press.
- LEYH, G. (ed.), 1992: *Legal Hermeneutics. History, Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton: Princeton University Press.

- LIEBERMAN, D., 1989: *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth Century Britain*, Cambridge: Cambridge University Press.
- LINCOLN, A., 1991a: *Great Speeches*, New York: Dover Publications.
- 1991b, «First Inaugural Address», en LINCOLN, A., 1991a: *Great Speeches*, New York: Dover Publications.
- LOCKE, J. (1690a), 1997: *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Traducción castellana de GIMÉNEZ GRACIA, F., Madrid: Austral.
- (1690b), 1992: *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Traducción castellana de O'GORMAN, E., México: Fondo de Cultura Económica.
- LOVIBOND, S., 1983: *Realism and the Imagination*, Minneapolis: University of Minnesota Press.
- LUHMANN, N., 1985: *A Sociological Theory of Law*. Traducción inglesa de KING, E., y ALBROW, M., London: Routledge and Kegan Paul.
- LUKER, K., 1984: *Abortion and the Politics of Motherhood*, Berkeley: University of California Press.
- LYONS, D. (ed.), 1979: *Rights*, Belmont: Wadsworth.
- 1984: «Utility and Rights», en WALDRON, J. (ed.): *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- MACCORMICK, N., 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press.
- 1981: *H. L. A. Hart*, London: Edward Arnold.
- MACEY, J. R., 1986: «Promoting Public-Regarding Legislation Through Statutory Interpretation: An Interest Group Model», *Columbia Law Review*, 1986.
- MACFARLANE, L. J., 1985: *The Theory and Practice of Human Rights*, London: St. Martin's.
- MACINTYRE, A., 1981: *After Virtue: A Study in Moral Theory*, London: Duckworth.
- MACKIE, J. L., 1977: *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Harmondsworth: Penguin Books.
- 1984: «Can There Be a Right-Based Moral Theory?», en WALDRON, J. (ed.): *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- MADISON, J., 1973: «Speech on August 7, 1787», en MEYERS, M. (ed.): *The Mind of the Founder: Sources of the Political Thought of James Madison*, Hanover: Brandeis University Press.
- MADISON, J.; HAMILTON, A., y JAY, J., 1994: *El federalista*. Traducción castellana de VELASCO, G. R., México: Fondo de Cultura Económica.
- MANSBRIDGE, J., 1986: *Why We Lost the ERA*, Chicago: Chicago University Press.
- MARMOR, A., 1992: *Interpretations and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press.
- 1995: «Authorities and Persons: A Reply to Jeremy Waldron», *Legal Theory*, 1.
- MARONGIU, A., 1975: «The Theory of Democracy and Consent in the Fourteenth Century», en CHEYETTE, F. I. (ed.): *Lordship and Community in Medieval Europe. Selected Readings*, Huntingdon, N. Y.: Robert E. Krieger.
- MARSHALL, G., 1984: *Constitutional Conventions: The Rule and Forms of Political Accountability*, Oxford: Clarendon Press.
- MARSILIO DE PADUA, 1980: *Defensor Pacis*. Traducción inglesa de GEWIRTH, A., Toronto: University of Toronto Press.

- 1991: *Defensor Minor and De Translatione Imperii*, edición de NEDERMAN, C. J. (ed.), Cambridge: Cambridge University Press.
- MARTIN, R., 1985: *Rawls and Rights*, Lawrence, University Press of Kansas.
- MARX, K., 1977a: *Karl Marx: Selected Writings*, McLELLAN, D. (ed.), Oxford: Oxford University Press.
- 1977b: «Critical Remarks on the Article “The King of Prussia and Social Reform”», en MARX, K., 1977a: *Karl Marx: Selected Writings*, McLELLAN, D. (ed.), Oxford: Oxford University Press.
- 1987: «On the Jewish Question», en WALDRON, J. (ed.): *Nonsense Upon Stills. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London: Methuen.
- MAY, K., 1952: «A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision», *Econometrica*, 20.
- McDOWELL, J., 1985: «Values and Secondary Qualities», en HONDERICH, T. (ed.): *Morality and Objectivity. A Tribute to J. L. Mackie*, London: Routledge.
- McMURRIN, S. (ed.), 1987: *Liberty, Equality and Law: Selected Tanner Lectures on Moral Philosophy*, Salt Lake City: University of Utah Press.
- MEESE, E., 1990: «Interpreting the Constitution», en RAKOVE, J. (ed.): *Interpreting the Constitution: The Debate Over Original Intent*, Boston: Northeastern University Press.
- MEYERS, M. (ed.), 1973: *The Mind of the Founder: Sources of the Political Thought of James Madison*, Hanover: Brandeis University Press.
- MICHELMAN, F., 1988: «Law's Republic», *Yale Law Journal*, 97.
- MILL, J. S. (1859), 1970: *Sobre la libertad*. Traducción castellana de AZCÁRATE, P. DE, Madrid: Alianza.
- (1860), 1985: *Del Gobierno Representativo*. Traducción castellana de ITURBE, M. C. C. DE, Madrid: Tecnos.
- 1984a: *Collected Works of John Stuart Mill*, en ROBSON, J. (ed.), Toronto: University of Toronto Press.
- 1984b: *Essays on Equality, Law and Education*, MILL, J. S., 1994a: *Collected Works of John Stuart Mill*, ROBSON, J. (ed.), Toronto: University of Toronto Press.
- MITCHELL, A., 1974: «Clay Cross», *Political Quarterly*, 45.
- MOORE, M., 1982: «Moral Reality», *Wisconsin Law Review*.
- 1985: «A Natural Law Theory of Interpretation», *Southern California Law Review*, 58.
- NAGEL, Th., 1970: *The Possibility of Altruism*, Princeton: Princeton University Press.
- 1986: *The View of Nowhere*, New York: Oxford University Press.
- NEDELSKY, J., 1990: *Private Property and the Limits of American Constitutionalism: The Madisonian Framework and its Legacy*, Chicago: Chicago University Press.
- NORTON, Ph. (ed.), 1990: *Legislatures*, New York: Oxford University Press.
- NOZICK, R., 1984: *Anarchy, State and Utopia*, Oxford: Basil Blackwell.
- OKIN, S. M., 1989: *Justice, Gender and the Family*, New York: Basic Books.
- O'ROURKE, P. J., 1991: *Parliament of Whores. A Lone Humorist Attempts to Explain the Entire U.S. Government*, New York: Atlantic Monthly Press.
- PANGLE, Th., 1988: *The Spirit of Modern Republicanism*, Chicago: University of Chicago Press.
- PARFIT, D., 1984: *Reasons and Persons*, Oxford: Clarendon Press.

- PAUL, J. (ed.), 1982: *Reading Nozick: Essays on «Anarchy, State and Utopia»*, Oxford: Basil Blackwell.
- PENNOCK, J. R., y CHAPMAN, J. W. (eds.), 1983: *Nomos XXV: Liberal Democracy*, New York: New York University Press.
- PLATTS, M., 1988: «Moral Reality», en SAYRE-MCCORD, G. (ed.): *Essays in Moral Realism*, Ithaca: Cornell University Press.
- POGGE, Th., 1989: *Realizing Rawls*, Ithaca: Cornell University Press.
- POLSBY, N. W., 1976: *Congress and the Presidency*, 3.^a ed., Englewood Cliffs, N. J.: Prentice Hall.
- 1993: «Restoration Comedy», *Yale Law Journal*, 84.
- POPPER, K., 1969: *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, London: Routledge and Kegan Paul.
- POSNER, R. A., 1983: «Statutory Interpretation - in the Classroom and in the Courtroom», *University of Chicago Law Review*, 50.
- 1995: *Overcoming Law*, Cambridge: Harvard University Press.
- POST, G., 1964: *Studies in Medieval Legal Thought. Public Law and the State 1100-1322*, Princeton: Princeton University Press.
- POST, R. (ed.), 1991a: *Law and the Order of Culture*, Berkeley: University of California Press.
- 1991b: «Theories of Constitutional Interpretation», en POST, R. (ed.), 1991a: *Law and the Order of Culture*, Berkeley: University of California Press.
- 1995: *Constitutional Domains. Democracy, Community, Management*, Cambridge: Harvard University Press.
- POSTEMA, G. J., 1986: *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford: Clarendon Press.
- POUND, R., 1908: «Common Law and Legislation», *Harvard Law Review*, 21.
- QUINE, W. V. O., 1960: *Word and Object*, Cambridge: MIT Press.
- RADIN, M., 1930: «Statutory Interpretation», *Harvard Law Review*, 43.
- RAKOVE, J. (ed.), 1990: *Interpreting the Constitution: The Debate Over Original Intent*, Boston: Northeastern University Press.
- RAKOWSKI, E., 1991: *Equal Justice*, Oxford: Clarendon Press.
- RAPHAEL, D. D. (ed.), 1967: *Political Theory and the Rights of Man*, London: Macmillan.
- RAWLS, J., 1971: *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press.
- 1987: «The Basic Liberties and their Priority», en McMURRIN, S. (ed.): *Liberty, Equality and Law: Selected Tanner Lectures on Moral Philosophy*, Salt Lake City: University of Utah Press.
- 1993a: *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press. Citado por la traducción castellana de DOMÈNECH, A., *El liberalismo político*, Barcelona: Crítica, 1996.
- 1993b: «The Domain of the Political and Overlapping Consensus», en COPP, D.; HAMPTON, J., y ROEMER, J. (eds.), 1993: *The Idea of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- RAZ, J., 1979: *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon Press.
- 1980: *The Concept of a Legal System*, 2.^a ed., Oxford: Clarendon Press.
- 1985: «Authority, Law and Morality», *The Monist*, 68.
- 1986: *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press.

- 1990: *Practical Reason and Norms*, 2.^a ed., Princeton: Princeton University Press.
- 1992: «The Relevance of Coherence», *Boston University Law Review*, 72.
- 1994: *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Clarendon Press.
- REDMAN, E. (ed.), 1973: *The Dance of Legislation*, New York: Simon and Schuster.
- REGIS, E. (ed.), 1984: *Gewirth's Ethical Rationalism: Critical Essays*, Chicago: University of Chicago Press.
- RIKER, W. H., 1982: *Liberalism Against Populism*, San Francisco: Witt Freeman.
- RIKER, W. H., y WEINGAST, B. R., 1988: «Constitutional Regulation of Legislative Choice: The Political Consequences of Judicial Deference to Legislatures», *Virginia Law Review*, 74.
- ROSENBERG, G. N., 1991: *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* Chicago: University of Chicago Press.
- ROUSSEAU, J. J. (1762) 1993: *El contrato social*. Traducción castellana de VILLAVARDE, M. J., Barcelona: Altaya.
- RUBIN, E., 1989: «Law and Legislation in the Administrative State», *Columbia Law Review*, 89.
- RUSHDIE, S., 1991: *Imaginary Homelands: Essays and Criticism 1981-1991*, London: Granta Books.
- SANDEL, M., 1982: *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SARAT, A., y KEARNS, Th. R. (eds.), 1992: *Law's Violence*, Ann Arbor: University of Michigan Press.
- (eds.), 1996: *Legal Rights: Historical and Philosophical Perspectives*, Ann Arbor: University of Michigan Press.
- SARAT, A.; KEARNS, Th. R., y VILLA, D. (eds.), 1996: *Liberal Modernism and Democratic Individuality*, Princeton: Princeton University Press.
- SAYRE-MCCORD, G. (ed.), 1988: *Essays in Moral Realism*, Ithaca: Cornell University Press.
- SCALIA, A., 1997: *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton: Princeton University Press.
- SCHEFFLER, S. (ed.), 1988: *Consequentialism and its Critics*, Oxford: Oxford University Press.
- SCHELLING, Th. C., 1984: *Choice and Consequences: Perspectives of the Errant Economist*, Cambridge: Harvard University Press.
- 1987: «Ethics, Law and the Exercise of Self-Command», en McMURRIN, S. (ed.): *Liberty, Equality and Law: Selected Tanner Lectures on Moral Philosophy*, Salt Lake City: University of Utah Press.
- SCHWARTZ, B., 1971: *The Bill of Rights. A Documentary History*, New York: Chelsea House.
- 1990: «Curiouser and Curiouser: The Supreme Court's Separation of Powers Wonderland», *Notre Dame Law Review*, 65.
- SEELEY, J., 1896: *Introduction to Political Science: Two Series of Lectures*, London: Macmillan.
- SELZNICK, Ph., 1994: *The Moral Commonwealth*, Berkeley: University of California Press.
- SEN, A., 1970: *Collective Choice and Social Welfare*, San Francisco.

- 1988: «Rights and Agency», en SCHEFFLER, S. (ed.): *Consequentialism and its Critics*, Oxford: Oxford University Press.
- SHAPIRO, I., y DECEW, J. W. (eds.), 1995: *Nomos XXXVII: Theory and Practice*, New York: New York University Press.
- SHUE, H., 1980: *Basic Rights Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton: Princeton University Press.
- SIMON, W., 1983: «Legality, Bureaucracy, and Class in the Welfare System», *Yale Law Journal*, 92.
- SKINNER, D., y LANGDON, J., 1974: *The Story of Clay Cross*, London: Spokesman Book.
- SKINNER, Q., 1978: *The Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge: Cambridge University Press. Citado por la traducción castellana de UTRILLA, J. J., *Los fundamentos del pensamiento político moderno*, México: Fondo de Cultura Económica, 1985.
- SMITH, W., 1840: *Remarks on Law Reform*, London: Sweet and Maxwell.
- STRACHEY, L., 1918: *Eminent Victorians*, New York: Harcourt Brace and Company.
- STURGEON, N., 1988: «Moral Explanations», en SAYRE-McCORD, G. (ed.): *Essays in Moral Realism*, Ithaca: Cornell University Press.
- SUMMERS, R. S., 1991: «Statutes and Contracts as Founts of Formal Reasoning», en CANE, P., y STAPLETON, J. (eds.): *Essays for Patrick Atiyah*, Oxford: Clarendon Press.
- SUNSTEIN, C., 1993: *The Partial Constitution*, Cambridge: Harvard University Press.
- 1996: *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York: Oxford University Press.
- TAYLOR, Ch., 1977: «What is Human Agency?», en TAYLOR, Ch., y MISCHER, T. (eds.): *The Self: Psychological and Philosophical Issues*, Oxford: Blackwell.
- THOMPSON, E. P., 1977: *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*, Harmondsworth, Penguin Books.
- THOREAU, H. D., 1937a: *Walden and Other Writings of Henry David Thoreau*, ATKINSON, B. (ed.), New York: Modern Library.
- 1937b: «Civil Disobedience», en THOREAU, H. D., 1937a: *Walden and Other Writings of Henry David Thoreau*, ATKINSON, B. (ed.), New York: Modern Library.
- TIEDEMAN, C. G., 1890: *The Unwritten Constitution of the United States*, New York: G. P. Putnam's Sons.
- TIERNEY, B., 1982: *Religion Law, and the Growth of Constitutional Thought 1150-1650*, Cambridge: Cambridge University Press.
- TOCQUEVILLE, A. DE (1815-1820), 1996: *La democracia en América*. Traducción castellana de CUÉLLAR, L. L., México: FCE.
- TWINING, W., y MIERS, D., 1976: *How to Do Things with Rules*, London: Wiedenfeld and Nicholson.
- ULLMANN, W., 1961: *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*, London: Methuen.
- 1965: *A History of Political Thought in the Middle Ages*, Harmondsworth: Penguin Books.
- 1980: *Jurisprudence in the Middle Ages*, London: Variorum Reprints.
- UNGER, R. M., 1996: *What Should Legal Analysis Become?* London: Verso.

- VIROLI, M., 1992: *From Politics to Reason of State: The Acquisition and Transformation of the Language of Politics 1250-1600*, Cambridge: Cambridge University Press.
- VLASTOS, G., 1984: «Justice and Equality», en WALDRON, J. (ed.): *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- WALDRON, J., 1981: «A Rights to Do Wrong», *Ethics*, 92; reimpresso en WALDRON, J., 1993a: *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1984 (ed.): *Theories of Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- 1987a: «Theoretical Foundations of Liberalism», *Philosophical Quarterly*, 37; reimpresso en WALDRON, J., 1993a: *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1987b (ed.): *Nonsense Upon Stills. Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London: Methuen.
- 1988: *The Rights to Private Property*, Oxford: Clarendon Press.
- 1989: «Rights in Conflict», *Ethics*, 99; reimpresso en WALDRON, J., 1993a: *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1990a: *The Law*, London: Routledge.
- 1990b: «Rights and Majorities: Rousseau Revisited», en CHAPMAN, J., y WERTHEIMER, A. (eds.), 1990: *Nomos XXXII. Majorities and Minorities*, New York: New York University Press.
- 1992: «Minority Cultures and the Cosmopolitan Rights», *University of Michigan Journal of Law Report*, 25.
- 1993a: *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1993b: «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, 13.
- 1993c: «Assurances of Objectivity», *Yale Journal of Law and Humanities*, 5.
- 1993d: «Religious Contributions to Political Deliberation», *San Diego Law Review*, 30.
- 1993e: «Justice Revisited: Rawls Turns Towards Political Philosophy», *Times Literary Supplement*, 18 de junio.
- 1994a: «Vagueness in Law and Language - Some Philosophical Perspectives», *California Law Review*, 82.
- 1994b: «Freeman's Defense of Judicial Review», *Law and Philosophy*, 13.
- 1995a: «What Plato Would Allow», en SHAPIRO, I., y DECEW, J. W. (eds.), *Nomos XXXVII: Theory and Practice*, New York: New York University Press.
- 1995b: «The Wisdom of the Multitude: Some Reflections on Bk. III, Ch. 11 of Aristotle's *Politics*», *Political Theory*, 23.
- 1996a: «Rights and Needs - The Myth of Disjunction», en SARAT, A., y KEARNS, Th. R. (eds.), 1996: *Legal Rights: Historical and Philosophical Perspectives*, Ann Arbor: University of Michigan Press.
- 1996b: «Kant's Legal Positivism», *Harvard Law Review*, 109.
- 1997: «Supply Without Burthen Revisited», *Iowa Law Review*, 82.
- 1998: «Dirty Legal Secret», *Columbia Law Review*, 98.
- 1999a: *The Dignity of Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1999b: «All We Like Sheep», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 169.

- 1999c: «Locke's Legislature», en WALDRON, J., 1999a: *The Dignity of Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press.
- 1999d: «Virtue en Masse», en ALLEN, A., y REGAN, M. (eds.), 1999: *Debating Democracy's Discontents*, Oxford: Oxford University Press.
- WALKER, R., 1989: *The Coherence Theory of Truth: Realism, Anti-Realism, Idealism*, London: Routledge.
- WALZER, M., 1983: *Spheres of Justice*, New York: Basic Books.
- WEBER, M., 1968: *Economy and Society*, ROTH, G., y WITTICH, C. (eds.), Berkeley: University of California Press.
- WELLMAN, C., 1995: *Real Rights*, New York: Oxford University Press.
- WHEARE, K. C., 1968: *Legislatures*, 2.^a ed., Oxford: Oxford University Press.
- WINCH, P., 1958: *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, London: Routledge and Kegan Paul.
- WINSTON, K., 1983: «Toward a Liberal Conception of Legislation», en PENNOCK, J. R., y CHAPMAN, J. W. (eds.): *Nomos XXV: Liberal Democracy*, New York: New York University Press.
- WITTGENSTEIN, L., 1984: *Philosophical Explanations*. Traducción inglesa de ANSCOMBE, G. E. M., Oxford: Basil Blackwell.
- WOLLHEIM, R., 1969: «A Paradox in the Theory of Democracy», en LASLETT, P., y RUNCIMAN, W. G. (eds.): *Philosophy, Politics and Society*, 2.^a colección, Oxford: Basil Blackwell.
- WOOLF, C. N. S., 1913: *Bartolus of Sassoferrato: His Position in the History of Medieval Political Thought*, Cambridge: Cambridge University Press.
- WOOTON, D. (ed.), 1986: *Divine Right and Democracy. An Anthology of Political Writing in Stuart England*, Harmondsworth: Penguin Books.
- YOUNG, I. M., 1996: «Communication and the Other: Beyond Deliberative Democracy», en BENHABIB, S. (ed.): *Democracy and Difference. Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton: Princeton University Press.

ÍNDICE ANALÍTICO

- ACKERMAN, Bruce, 137 n. 67, 138 n. 69, 252 n. 8, 267 n. 36, 308 n. 8
- Acción colectiva, 123, 124-127, 132-133
- Akrasia, 318, *véase también* Precompromiso
- ALEXANDER, Larry, 4
- ANSCOMBE, G. E. M., 367 n. 34
- Antirrealismo, 195-196, 204, 207
- implicaciones para la teoría del derecho, 197
 - y desacuerdos, 209-213
 - y desentremillado, 203
- AQUINO, Tomás de, 76, 178
- Arbitrariedad, 199-200, 219-221
- como irracionalidad, 215, 217
 - como impredecibilidad, 215-217
 - de la decisión judicial, 199-201
 - de la decisión mayoritaria, 109
- ARENDT, Hannah, 72, 93-94, 100 n. 37, 123 n. 40, 130, 135, 148, 172 n. 59, 326 n. 39
- Aristocracia, 316-317
- ARISTÓTELES, 4, 13, 76, 88-89, 103, 119, 163, 168-169, 264, 284, 315
- sobre la akrasia, 318
 - sobre la aristocracia, 315-316
 - sobre la sabiduría colectiva, 88-89, 103, 119, 162-165
- ARROW, Kenneth, 40-42, 108-110
- Asambleas, *véase* Parlamentos
- ATIYAH, P. S., 34, 38 n. 17, 89 n. 15, 97
- AUSTIN, John, 11 n. 4, 49, 55-56, 60, 117, 165 n. 52
- Autonomía, 309-311, 313-328
- Autoridad, 48, 50, 101-105, 116-122, 155-169, 253, 290-300
- de los grupos, 120-121, 163-169
 - del derecho, *véase* RAZ, Joseph
 - de la legislación, 18-19, 42, 81-83, 103-105, 140-141, 366
 - de la teoría de RAZ, *véase* RAZ, Joseph
 - intenciones y, 149-180
 - participación y, 298-299, 302-303
 - y decisión mayoritaria, 171-172
 - y democracia, 337-345
 - y derechos, 295-297
 - y la tesis de las fuentes, 44-46
 - y las circunstancias del desacuerdo, 103-104, 292
 - y respeto, 120-122, 159-160
- BAGEHOT, Walter, 63 n. 3, 66, 85
- BAIER, Annette, 8 n. 2
- BARBER, Benjamin, 124 n. 42, 134 n. 61, 190 n. 17, 224 n. 4, 291 n. 33
- BARRY, Brian, 19, 285 n. 25
- BARTOLO DE SASSEFERRATO, 74-83
- BEER, Samuel, 38 n. 17
- BEITZ, Charles, 138 n. 69, 139, 140 n. 75, 333
- BENN, Stanley, 286 n. 27
- BENTHAM, Jeremy, 30, 34, 43, 49, 55, 56, 60, 96, 117, 160, 199, 201, 212, 258-259
- sobre el derecho consuetudinario, 34 n. 5, 60-61, 96, 117-118
 - sobre los parlamentos, 43, 49, 55-58, 109 n. 5

- sobre los derechos morales y jurídicos, 257-259
- BERLIN, Isaiah, 186 n. 13, 282 n. 13
- BLACK, Charles, 4, 342 n. 10
- BLACKBURN, Simon, 217, 203 n. 12 y n. 13, 204-205, 209
- BLACKSTONE, William, 79
- BLAKE, William, 239
- BORK, Robert, 237 n. 19
- BOSANQUET, Bernard, 130, 138
- BREST, Paul, 170 n. 56, 307 n. 5
- BRINK, David, 206 n. 16
- BURKE, Edmund, 212, 330
- CALABRESI, Guido, 37 n. 12
- CANNING, Joseph, 75 n. 32, 78 n. 42, 79 n. 43
- Carta de derechos, 252-254, 261-263
 apoyo popular a la, 305-308
 desconfianza expresada hacia la, 263-266
 estatus democrático de la, 251-254, 305-308
 incorporación al derecho de la, 305-308
- CARTER, Lief, 86 n. 5
- CHURCHILL, Winston, 56, 107 n. 2
- Circunstancias de la integridad, 223-247
- Circunstancias de la justicia, 224, 227-228, 246-247
- Circunstancias de la política, 123-124, 171-172, 189-191
 desacuerdos como, 127-129, 235, 293-295
 necesidad de decisiones comunes como, 128-129
 procedimientos de decisión en las, 129-130, 138-142
- COBBETT, William, 186 n. 12, 277, 303
- COHEN, Joshua, 111 n. 9, 268 n. 37
- COLEMAN, Jules, 4, 11 n. 5, 47 n. 46, 52 n. 59, 198 n. 3, 199 n. 4
- Common Law*, 77-81, 95-97
- Comunitas regni*, 71-74
- CONDORCET, marqués de, 40-41, 64, 159-163, 166-168
- Control judicial de constitucionalidad, 23, 29-30, 316-318, 341-345
 en relación con la democracia, 218-221, 341-343
 impacto en el debate público del, justificación del, 253-254, 316, 341-343 y la justicia, 341-345
- Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), 19-20, 25
- Consentimiento, 77-79
- CONSTANT, Benjamin, 132 n. 58, 186 n. 13, 283, 286
- Constitución, 315, 333
 enmienda de la, 329-332
 estatus democrático de la, 307-311, 332-335
 límites como, 311-317, 328-331
 precompromiso como modelo de, 308-311, 313, 317-318, 322-328, véase también Precompromiso
 y carta de derechos, 337-341, véase también Carta de derechos,
 y reglas constitutivas, 328-331
- COPP, David, 243 n. 31
- Costumbre, 59-81
 incorporando el consentimiento del pueblo, 77-81
 y legislación, 68-69, 77-81
- CRANSTON, Maurice, 278, 279 n. 5
- Critical Legal Studies*, 15-17, 230-231
- Cuasirrealismo, 202-205
- DAHL, Robert, 42 n. 30, 344 n. 16
- DANIELS, Norman, 5, 268 n. 37
- Decisión judicial, 199, 221, 356
 impredecibilidad de la, 217
 irracionalidad en la, 217-218
 juicios morales en la, 215-222
 legitimidad democrática de la, 218-221
 y realismo moral, 215-218
- Decisión mayoritaria, 129-133, 136-142
 como arbitrariedad, 107-111, 136-137
 como mecanismo técnico, 129-131
 como principio de equidad, 138-139, 223
 e igualdad, 136-142
 en los tribunales, 35-36
 formas modificadas de, 235
 individuos que respetan la, 133-138
 legitimidad de la, 141-142, 171-172, 355-360
 límites a la, 15-17
 mecánica, 35-36, 129-133, 141-142
 y la tiranía, 21-22
 y respeto por las personas, 129-140
- Deliberación, 85-89, 111-113
 como distinta de la aprobación de leyes, 51-52
 como distinta de la conversación ordinaria, 85-92
 consenso como objetivo de la, 111-112
 disensos o desacuerdos en la, 111-112

- diversidad de perspectivas representadas en la, 88-92
- en los parlamentos, 85-92
- texto resultante de la, 95-105
- y democracia, 85-89, 111-113, 354-355
- y reglas de procedimiento, 92-95, 97-98
- Democracia, 66-68, 131-133, 331-335, 348-351, 355-360, 361-363
- como distinta de la soberanía popular, 305-308
- compatibilidad con los derechos individuales de la, 337-338
- condiciones de legitimidad de la, 66-68, 340-341, 348-351, 355-360
- deliberativa, 85-89, 111-113, 331-332, 354-355
- desacuerdos en la, 331-335
- directa, 131-133
- e igualdad, 316
- fragilidad de la, 361-365
- incomodidad de la teoría del derecho con la, 15-17
- la defensa utilitarista de la, 160, 166
- paradoja de la, 151-153, 234 n. 17, 293-295
- y control judicial de constitucionalidad, 341-343, 348-351
- DENNETT, Daniel, 159 n. 41
- DEVLIN, lord Patrick, 347
- Derecho, 13-15, 46-51, 78-79, 113-116
 - arbitrariedad del, 116-117
 - autoridad del, *véase* Autoridad
 - carácter técnico del, 47-48
 - concepciones feudales del, 69-74
 - criterio de validez del, 51
 - del territorio (*lex terrae*), 69-74
 - fuentes del, 55-59
 - justicia, conexión con el, 10-11, 13-14
 - literalidad del, 34, 95-105
 - natural, *véase* Derecho natural
 - positivo, 47, 113-116
 - respeto por el, 120-122, 365-366
 - textualidad de, 34, 95-105
 - y predecibilidad, 101-103, 217
 - y sanciones, 45-46
- Derecho consuetudinario, 59-81, *véase también* Costumbre, *Comunitas regni* y *Lex terrae*
- Derecho natural, 198-202, 215-222
- Derechos, 24-25, 195-197, 263-270, 277-280, 298-300
 - atrincheramiento de los, 18-20, 261-266
 - carta de, *véase* Carta de derechos
 - como cartas de triunfo, 20-21, 240, 253-254, 267, 289, 292-293
 - como inmunidades, 263
 - complejidad de los, 266-268, 274-275
 - controversias acerca de los, 270-275
 - de los individuos, 265
 - democráticos, 337-341, *véase también* Derechos políticos
 - instrumentalismo respecto de los, 288-284, 300-303
 - jurídicos, *véase* Derechos jurídicos
 - morales, *véase* Derechos morales
 - negativos y positivos, distinción, 278-280
 - opiniones minoritarias o individuales respecto de los, 22-23
 - políticos, *véase* Derechos políticos
 - votaciones sobre los, 279-280, 293
 - y autoridad, 295-296
 - y naturaleza humana, 263-264, 297-300, 308-309, 353
 - véase también* Teorías basadas en derechos,
- Derechos jurídicos, 19, 255-263, 366
- Derechos morales, 258-261, 266-268
 - como justificación de los derechos jurídicos, 258-260
 - prioridades morales en las teorías de los, 268-270
- Derechos políticos, 281-285, 291
 - como derechos positivos o negativos, 278-280
 - como derecho de derechos, 185-186, 277-303
 - costes de los, 278-280, 282
 - justificaciones instrumentales para los, 281-290, 300-303
 - obligaciones generadas por los, 278-279
 - y justicia comparativa, 284-285
 - y poderes hohfeldianos, 278-279
- Desacuerdos, 7, 113, 127-129, 133-136, 177-181, 185-186, 189, 252-253, 315, 320, 321, 351-352, 371
 - como circunstancia de la política, 123-124, 189-190, 293-295
 - distinción entre principios en conflicto y principios contradictorios, 231-232
 - en la ciencia, 212
 - en la democracia, 332-333
 - en los tribunales de apelación, 109-112
 - entre los que proponen una misma propuesta legislativa, 50-51, 169-174
 - internalización en la política legislativa de los, 50-51, 52-53

- morales, 209-215, 222
 razón pública y, 182-183
 sobre derechos, 18-19, 371-372
 sobre la justicia, 7, 8, 18-19, 180-181,
 186, 189-194, 271
 sobre principios, 23, 177-178
 y antirrealismo, 209-215
 y autoridad, 103-104
 y consenso por superposición, 191-193
 y las cargas del juicio, 133-136, 179-181,
 320, 360-361
 y las concepciones filosóficas compre-
 hensivas del bien, 7, 177-181,
 191-193
- Dilema del prisionero, 124-127
- DONALDSON, Peter, 272 n. 44
- DWORKIN, Ronald, 4, 12-14, 20, 37, 42
 n. 31, 55 n. 62, 58 n. 74, 96, 97, 112
 n. 11, 121 n. 38, 124 n. 43, 139 n. 74,
 140 n. 77, 143, 152 n. 24, 156-158, 173,
 200-203, 223-247, 251-257, 280 n. 8, 283
 n. 18, 289 n. 31, 292 n. 35, 300 n. 51
 y n. 52, 305, 314-316, 325-331, 338-361
 sobre el control judicial de constitu-
 cionalidad, 251-258, 341-361
 sobre el derecho natural, 200-201
 sobre el escepticismo, 230-231
 sobre el realismo moral, 202-203
 sobre la adecuación, 12-13
 sobre la cláusula de igual protección,
 313-316
 sobre la democracia, 140-141, 337-351,
 356-357, 360-361
 sobre la integridad, 152, 224-227
 sobre las leyes, 55 n. 62, 96-97, 152
 n. 24, 158
 teoría de los derechos como cartas de
 triunfo, 20, 289, 292-294
véase también Integridad
- Elección pública, 40-42, 108-120, 140, 252
- ELSHTAIN, Jean, 8 n. 2
- ELSTER, Jon, 86 n. 6, 285-288, 309 n. 12,
 311-312, 318 n. 30, 328-329
- ELY, John Hart, 340 n. 6, 341, 353
- Emotivismo, 205-209, 217-221
- ESKRIDGE, William, 16, 36 n. 12
- ESTLUND, David, 4, 64 n. 6, 162 n. 45 y
 n. 46, 291 n. 33
- Equidad, 7-8, 223-224
 circunstancias de la, 224, 245-246
 justicia, como distinta de la, 231-235
 y decisión mayoritaria, 138-140, 177
- Escepticismo, 210-215, 237-240
- FARBER, Daniel, 41 n. 24, 42 n. 29, 109
 n. 4, 110-111
- FEINBERG, Joel, 284
- FELD, Scott, 161 n. 43
- Feudalismo, 69-73, 77-79
- Filosofía del derecho, 15-18, 42, 58-59,
 81-82, 146
 conexión con la filosofía política, 10-11,
 39-40
 general, en oposición a la teoría par-
 ticular, 58-60
 general, en oposición a la teoría espe-
 cial, 10-15
 analítica contemporánea, 57-58
véase también Teoría del derecho
- Filosofía política, 9-11, 13, 29-30, 238-239,
 272-273
- FINEMAN, Martha, 8 n. 2
- FINNIS, John, 57 n. 73, 126 n. 47, 268 n. 36
- FISH, Stanley, 144 n. 4, 149-153
- FISHKIN, James, 7 n. 1
- FORBATH, William, 295 n. 40, 344 n. 17
 y n. 18
- FORTESCUE, John, 71 n. 22
- FRANKFURT, Harry, 310 n. 13
- FREEMAN, Samuel, 4, 309 n. 10 y n. 11
- FREY, R. G., 258, n. 21
- FRICKEY, Phillip, 41 n. 24, 42 n. 29, 109
 n. 4, 110, 111 n. 8
- FRIEDMAN, Milton, 226 n. 6
- FULLER, Lon, 101, 102 n. 40, 150 n. 19
- Función judicial, 45-49, 196, 201
 legitimidad democrática de la, 218-221
- GANS, Chaim, 146 n. 9
- GAUS, Gerald, 285 n. 23, 302 n. 56
- GAUTHIER, David, 112 n. 10 y n. 12, 268
 n. 36
- GEORGE, Robert, 3-4
- GEWIRTH, Alan, 212 n. 24, 268 n. 36
- GILLIGAN, Carol, 212
- GLENDON, Mary Ann, 347 n. 26
- GOLOVE, David, 308 n. 8
- GOODIN, Robert, 280 n. 8
- GOULD, Carol, 8 n. 2
- GRAY, John, 107 n. 1
- GREEN, Lesley, 4, 48 n. 50, 125 n. 44, 126
 n. 47
- GREENAWALT, Kent, 4, 96 n. 30, 100 n. 38
- GRICE, Paul, 154 n. 31, 155 n. 32, 169
- GRIFFIN, James, 287 n. 28
- GROFMAN, Bernard, 161 n. 43
- GUINIER, Lani, 333

- GUTMANN, Amy, 4, 8 n. 2, 15 n. 13, 41 n. 26, 113 n. 16, 324 n. 37
- HABERMAS, Jürgen, 86
- HACKER, Peter, 50 n. 54
- HAMILTON, Alexander, 65 n. 7 y n. 8, 369 n. 55
- HAMPTON, Jean, 8 n. 2, 125 n. 45, 126 n. 46
- HAND, Learned, 25 n. 25
- HARDIN, Russell, 109 n. 3, 133 n. 59
- HARE, R. M., 210 n. 20, 214, 258 n. 20
- HARGRAVE, Robert, 4, 204 n. 14, 239 n. 23
- HART, H. L. A., 44-60, 115-116, 259, 347
sobre la autoridad del derecho, 115-116
sobre la legislación, 44-50, 53-56
sobre las reglas de reconocimiento, 44-51
sobre las reglas secundarias, 46-47, 59, 60 n. 81
véase también Positivismo jurídico
- HAYEK, F. H. von, 102, 165 n. 52
- HELD, Virginia, 8 n. 2
- HOBBS, Thomas, cita inicial, 10, 21, 43, 51-53, 55 n. 63, 56, 65-66, 76, 98, 110, 114, 117-118, 125 n. 45, 136-137, 145, 171 n. 58, 199, 239-246, 292-293, 306, 353-355, 364, 368
sobre el desacuerdo, 10, 21, 131-140, 292
sobre las asambleas, 65, 110 n. 6, 117-118, 137, 144, 306
sobre las reglas de reconocimiento, 43-44, 50-57
y el positivismo jurídico, 43, 51, 98, 113-116
- HOLMES, Stephen, 310, 311 n. 16, 324, 328-334
- HOLT, J. C., 71 n. 24
- HONIG, Bonnie, 8 n. 2, 94 n. 22
- HUME, David, 199, 227, 228 n. 8 y n. 9, 329 n. 44
- Igualdad, 177-181, 351-352
de respeto, 138-139
y la decisión mayoritaria, 137-138, 140-142
- Integridad, 227-231, 235-237, 242-247
como algo distinto a la justicia, 232-237
circunstancias de la, *véase* Circunstancias de la integridad
y coherencia, 224-230
- Intención legislativa, 34-35, 52-53, 143-174
- Intenciones, 143-174
de la máquina de WOLLHEIM, 151-153, 158-165, 169-174
de la mayoría, 147, 167, 169-174
de los legisladores constituyentes, 147-148
de los legisladores, 147-155, 169-174
- Juicio, cargas del, 135-136, 180-181, 193, 320, 363, *véase también* Juicios morales
- Juicios morales, 197-221
análisis cognitivista de los, 212-214
análisis emotivista de los, 205-209
y decisión judicial, 199, 215-221
- Jueces, 215-221, 239-242
impredecibilidad de los, 217
que involucran las propias convicciones, 240-241
y legitimidad democrática, 218-221
véase también Decisión judicial, Función judicial
- Justicia, 8-9, 29-31, 177-185, 194, 246-247
como algo distinto de la equidad, 231-235
como algo distinto de la integridad, 231-237
como equidad, *véase* RAWLS, John
como objeto de autoridad, 293-296
comparativa, 284-285
desacuerdos acerca de la, 7, 29-31, 182, 235-236
en relación con concepciones del bien, 191-193
las circunstancias de la, 123-124, *véase también* Circunstancias de la justicia
procedimental, 15, 185-186
y control judicial de constitucionalidad, 343-345
- KAMM, Frances, 8 n. 2
- KANT, Immanuel, 4, 10, 310 n. 14
- KATEB, George, 5, 354 n. 35
- KELLEY, Donald, 34 n. 6, 59 n. 78, 60 n. 79, 95 n. 25, 118 n. 30
- KELSEN, Hans, 95-96, 197 n. 2
- KNAPP, Stephen, 149 n. 15 y n. 18, 153 n. 26
- KNIGHT, Jack, 113 n. 15
- KORSGAARD, Christine, 8 n. 2
- LANDES, William, 40 n. 22
- LASLETT, Peter, 7 n. 1, 368
- LAUNDY, Phillip, 90 n. 16

- Legislación, 16-18, 29-33, 36-43, 51, 60, 81-83, 96, 101-105, 122-123, 128-129, 140-142, 145-146, 151-155, 160-174
 autoridad de la, 17-18, 81, 101-104, 140-143
 control judicial de constitucionalidad, véase Control judicial de constitucionalidad
 formalidad procedimental de la, 51, 98, 152
 interpretación de la, 95, 100, 145-151
 legisladores constituyentes, 147-148
 legitimidad democrática de la, 66-68
 mediante asamblea, 151, véase también Parlamentos
 modelo unitario de la, 54-60, 117-120
 respeto por la, 102-104, 144
 rol de la deliberación en la, 95-100
 teorías positivistas de la, 43-54, 68
 texto de la, 34, 95-105, 261-262
 votación de la, véase Decisión mayoritaria, Votación
 y circunstancias de la política, 123-124
 y costumbre, 68-69, 77-80
- Legitimidad,
 de la decisión mayoritaria, 171-172, 355-360
 y democracia, 66-68, 337-341, 351-353
- LEVINSON, Sanford, 86 n. 4
- Lex terrae* (ley del territorio), 69-74
- Libertad, 251-253, 282
 como barrera de protección de las convicciones morales fuertes, 251-252
 cultura política de la, 369-370
 política, véase Participación,
- LIEBERMAN, David, 5, 65 n. 10
- LINCOLN, Abraham, 25 n. 25, 315 n. 27
- LOCKE, John, 4, 31, 64, 130 n. 55, 165 n. 52, 265, 280 n. 7, 298-299, 302, 306, 323, 353, 366-368
 sobre el papel de los jueces, 367
 sobre el tamaño de las legislaturas, 64,
 sobre la igualdad, 298-299
 y el iusnaturalismo, 264-265, 298-299, 366-367
- LOVIBOND, Sabina, 207 n. 17 y n. 18
- LUHMAN, Niklas, 39 n. 19
- LUKER, Kristen, 273 n. 47
- LYONS, David, 258 n. 21, 268 n. 38, 289 n. 29
- MCCORMICK, Neil, 50 n. 54, 95 n. 26
- MCDOWELL, John, 217 n. 32
- MACEY, Jonathon, 42 n. 32
- MACFARLANE, L. J., 186 n. 12, 277 n. 1, 286 n. 2, 289 n. 30
- MACINTYRE, Alisdair, 268 n. 39
- MACKIE, J. L., 206, 210, 214, 255 n. 10
- MADISON, James, 64-65, 157 n. 40, 369 n. 55
- MANSBRIDGE, Jane, 261 n. 28
- Máquina de WOLLHEIM, 151-155, 160-165
- MARSIGLIO DE PADUA, 76
- MARMOR, Andrei, 3, 5, 120, 144-148, 150 n. 19, 155 n. 28, 156-167, 171 n. 57, 174
- MARSHALL, Geoffrey, 307 n. 7
- MARTIN, Rex, 257 n. 19
- MARX, Karl, 278, 281
- MAY, Larry, 138 n. 69
- MEESE, Edwin, 143 n. 2
- MICHELMAN, Frank, 5, 41 n. 25, 185 n. 11
- MIERS, D., 95 n. 26
- MILL, John Stuart, 54 n. 61, 66, 81 n. 48, 85, 87-89, 92, 118-119, 138-139, 164-169, 239-251, 269 n. 42, 270, 355, 369-371
 sobre el igual respeto, 138-139
 sobre la democracia, 138-139
 sobre la falibilidad, 269 n. 42
 sobre la libertad de pensamiento y de discusión, 369-371
 sobre la tiranía de la mayoría, 19
 sobre las asambleas, 66, 85-89, 117-120
 sobre las capacidades deliberativas de los parlamentos, 81, 164-165
- MILTON, John, 239
- MINOW, Martha, 8 n. 2
- MITCHELL, Austin, 221 n. 39
- MOORE, Michael, 5, 11 n. 4, 153 n. 27, 201 n. 7, 206 n. 16, 211, 214-216
- MORGENBESSER, Sidney, 5, 239 n. 23
- NAGEL, Thomas, 5, 207, 213 n. 27
- NEDELSKY, Jennifer, 301 n. 54
- NIETZSCHE, Friedrich, 212-213
- NOZICK, Robert, 251 n. 1, 267 n. 36, 269, 271, 278 n. 3, 301 n. 53
- NUSSBAUM, Martha, 8 n. 2
- Objetividad moral, 195-196, 202-205, 212-213
 y decisión judicial o función judicial, 215-222
 y desacuerdos, 209-211
 y epistemología, 212-214, 217, 221-222

- OKIN, Susan, 8 n. 2
 O'ROURKE, P. J., 39
- PANGLE, Thomas, 369 n. 52
 PARFIT, Derek, 133 n. 59, 283 n. 19
 Parlamentos, 16-18, 29-60, 61-68, 82, 85-88, 90-91, 95-96, 98, 102-103, 105, 108, 169, 368
 autoridad de los, 61-62, 81-83, 103, 172, 366
 bicameralidad, 48-49
 en comparación con los tribunales, 32-33
 coordinación entre los miembros de los, 64-65
 derecho consuetudinario, analogía con los, 68-69, 74
 deliberación en los, *véase* Deliberación
 legitimidad democrática de los, 66-68
 desacuerdos en los, 32-33, 117-120
 diversidad de los miembros de los, 88-89, 89-92, 103, 119, 172
 intenciones de los, 53-54, 151-155, 169
 números de los, 32, 35-36, 61-62
 relación con el poder ejecutivo, 38
 reglas de funcionamiento de los, 92-95
 modelos de legislador único comparados con los, 54-58, 117-120
 soberanía de los, 55
 votación en los, 66
 sabiduría de los, 161
 Participación, 254, 277-303
 y autoridad, 290-296
 capacidad para la, 353-354
 concepción consecuencialista de la, 285-290
 sobre cuestiones de principio, 297
 derecho a la, *véase* Derechos políticos
 Participación política, *véase* Participación
 PATEMAN, Carol, 8 n. 2
 PERRY, Stephen, 5, 229 n. 12, 350 n. 27
 PITKIN, Hannah, 8 n. 2
 PLATTIS, Mark, 207 n. 16, 213-214
 POGGE, Thomas, 5, 239 n. 23, 257 n. 19
 Política, 86-91, 185, 189-190, 207, 290, 294, 314
 circunstancias de la, *véase* Circunstancias de la política
 de derechos, 361-365
 de intereses, 273-274, 363-364
 desacuerdos razonables en la, 179-180, 194
 necesidad de autoridad en la, 290-291, 296-300
 teoría de la, 9-10, 189-191
 POLSBY, Nelson, 39 n. 18 y n. 20
 Positivismo jurídico, 43, 57, 197
 descriptivo *versus* normativo, 197-199
 la tesis de las fuentes sociales del, 43-45
 y la legislación, 44, 54-60
 y la metaética, 197-199, 201-202
 y la regla de reconocimiento, 43-54
 POSNER, Richard, 40 n. 22, 42 n. 28, 97 n. 34
 POST, Robert, 5, 72 n. 26, 147 n. 12, 289 n. 32
 POSTEMA, Gerald, 30 n. 2, 34 n. 5, 35 n. 10, 43, 58 n. 75, 96 n. 29, 109 n. 5, 111 n. 7, 118 n. 28 y n. 29, 199, 240 n. 24 y n. 25
 Precompromiso, 308-313, 316, 331-335
 colectivo, 324-325
 en relación con la democracia, 322-328, 331-335
 intergeneracional, 325-327
 mecanismos causales del, 311-313
 y akrasia, 317-318
 y autonomía, 309-310, 313, 319-322, 325-326
 y unanimidad, 323
 Privacidad, 20
 Problemas de coordinación, 120-121, 124-127, *véase también* Problemas de coordinación de conflictos parciales
 Problemas de coordinación de conflictos parciales, 124-127
- RADIN, Max, 153
 RAKOWSKI, Eric, 5, 11 n. 5
 RAWLS, John, 3, 7, 10, 15, 30-31, 123, 127-131, 135-141, 177-194, 212, 224, 227, 257, 267 n. 36, 282, 294 n. 39, 298 n. 44, 311 n. 20, 320, 337 n. 1, 352, 363
 sobre el consenso por superposición, 178-179, 191-193
 sobre la razón pública, 182-183
 sobre la razonabilidad, 141 n. 78
 sobre las cargas del juicio, 135, 179-180, 320, 360-361
 sobre las circunstancias de la justicia, 123, 190, 224, 227
 sobre una sociedad bien ordenada, 128, 181, 187-193
 véase también Equidad, Justicia, Filosofía política
 RAZ, Joseph, 5, 18 n. 18, 44-50, 56 n. 72, 58 n. 76, 103-104, 107 n. 1, 116-129,

- 144-148, 154 n. 30, 155-159, 165, 224 n. 2, 225 n. 5, 233, 255 n. 11, 257 n. 16, 268 n. 36
sobre la autoridad, 48, 50, 101-105, 116-117, 120-122, 126-127, 144, 146, 155-157, 159
sobre la tesis de las fuentes sociales, 44-46
sobre las razones de segundo orden, 129, 233
sobre los derechos, 254-257
sobre los sistemas jurídicos, 44-46, 58 n. 76
véase también Autoridad, Positivismo jurídico
- Realismo moral, 195, 201, 205-206, 213, 214, 216
como algo distinto del realismo jurídico, 195-196
positivismo y, 201
variantes del, 205
y control judicial de constitucionalidad, 215-217, 220-221
- REDMAN, Eric, 39 n. 18
Regla de reconocimiento, 44, 49-53
Reglas de procedimiento de ROBERT, 93
RHODE, Deborah, 8 n. 2
RIKER, William, 40 n. 23, 42 n. 32
ROSENBERG, Gerald, 344 n. 15
ROSENBLUM, Nancy, 8 n. 2
ROUSSEAU, Jean Jacques, 64-66, 87, 112 n. 13, 113, 130 n. 55, 302, 354
RUBIN, Ed, 5, 37 n. 14, 39 n. 19
RUSHDIE, Salman, 90 n. 17, 92 n. 18
- SANDEL, Michael, 246 n. 33, 268 n. 39
SCALIA, Antonin, 105, 107 n. 2, 173 n. 63
SCHEFFLER, Samuel, 5, 268 n. 40
SCHELLING, Thomas, 321 n. 33, 323 n. 34
SCHWARTZ, Bernard, 107 n. 2, 147 n. 12
SELZNICK, Phillip, 5, 140 n. 76
SEN, Amartya, 138 n. 69, 301 n. 53
SHKLAR, Judith, 8 n. 2
SHUE, Henry, 5, 259 n. 26, 340
SIMON, William, 260 n. 27
SKINNER, Quentin, 5, 75-76, 121 n. 39
SMITH, Adam, 81 n. 48, 164
Sistema jurídico, 44-48, 50-51, 58-59
Soberano, 55, 117-118
Soberanía, *véase* Soberanía popular
Soberanía popular, 305-308, 310-311
Sociedad bien ordenada, 8, 187-189
SPENCER, Herbert, 188 n. 15
- STRACHEY, Lytton, 54 n. 61
STRAUSS, Peter, 5, 108 n. 2
STURGEON, Nicholas, 210, 211 n. 22
SUMMERS, Robert, 34, 38 n. 17, 89 n. 15, 97
SUNSTEIN, Cass, 5, 36 n. 11, 333, 334 n. 50
- TAMIR, Yael, 8 n. 2
TAYLOR, Charles, 310 n. 13
Teoría del derecho, 15-18, 42, 58-59, 81-82, 146
conexión con la filosofía política, 10-11, 39-40
general, en oposición a la teoría particular, 58-60
general, en oposición a la teoría especial, 10-15
analítica contemporánea, 57-58
véase también Filosofía del derecho
- Teorías basadas en derechos, 254-256, 258-263, 265, 267, 297-303
- Textualidad, 33-34, 96, 97-98, 111
- THOMPSON, E. P., 47 n. 45
THOMPSON, Judith Jarvis, 8 n. 2
THOUREAU, Henry David, 238
TIEDEMAN, C. G., 307 n. 6
TIERNEY, Brian, 75 n. 31, 76 n. 33
TOCQUEVILLE, Alexis de, 86
Tribunales, 18, 32-34, 58-59, 48
apelación, desacuerdos en los, 110-111
el parlamento en comparación con los, 32-33
interpretación de leyes por los, 40
número de jueces en los, 62
- TWINING, William, 95 n. 26
- ULLMAN, Walter, 69-73, 76-81
UNGER, Roberto, 15-17, 41 n. 27
- Utilitarismo, 163, 212-213, 242-243, 257-258
del acto y formas indirectas del, 252-252
la defensa utilitarista de la democracia, 160
- VIROLI, Maurizio, 5, 74 n. 29, 76 n. 36
VLASTOS, Gregory, 137 n. 68, 278 n. 10
- Votación, 35-36, 113, 107-108, 111, 131-133, 285, 287-289
como arbitraria, 107-108
ciclos en la, 40-42, 63-65, 108-109, 161-162, 166-169
cómputo equitativo, 136-138, 297-298
teorías expresivistas de la, 286

- en modelos deliberativos de democracia, 112-113
 en los parlamentos, 35-36, 53, 65-66
 mayoritaria, *véase* Decisión mayoritaria
 y derechos, 279-280, *véase también* Partici-
 pación y Derechos políticos,
- WALKER, Ralph, 196 n. 1, 229 n. 11
 WALZER, Michael, 112 n. 11
 WEINGAST, Barry, 40 n. 23
 WEBER, Max, 364 n. 39
 WHEARE, K. C., 38 n. 16, 58 n. 67, 94 n. 24
- WILLIAMS, Patricia, 8 n. 2
 WINCH, Peter, 50 n. 54
 WITTGENSTEIN, Ludwig, 50 n. 54, 311 n. 18
 WOLLHEIM, Richard, 151-153, 234 n. 17,
 293-295, *véase también* Máquina de
 WOLLHEIM
 WOOLF, Cecil, 90, n. 35 y n. 36, 79 n. 44,
 80 n. 45
 WOOTTON, David, 285, n. 24
- YOUNG, Iris Marion, 8, n. 2, 98 n. 13, 112,
 n. 13

