

DE LA IMPARCIALIDAD AL PLURALISMO
RAZONABLE Y DEL PLURALISMO
A LA CIRCULARIDAD SEMÁNTICA:
SOBRE LAS RAZONES
DE LA SINRAZÓN PÚBLICA

Pilar ZAMBRANO*

SUMARIO: I. *Introducción: ¿cuál es el legado de Rawls?* II. *¿Cuál es el catálogo de libertades básicas de una concepción política y liberal de la justicia?* III. *Incorporación del principio de prioridad de la libertad al derecho positivo.* IV. *Primer nivel de circularidad: la determinación judicial de las libertades básicas desde el punto de vista del ciudadano común representativo.* V. *Segundo nivel de circularidad: la razón pública como sistema jerárquico y cerrado de valores.* VI. *Tercer nivel de circularidad: creencias generales, sentido común y las conclusiones de la ciencia como criterio de determinación semántica.* VII. *Sobre las razones de la sinrazón pública.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN: ¿CUÁL ES EL LEGADO DE RAWLS?

Es ya un lugar común afirmar que la aparición de la *Teoría de la justicia* en 1971 representa un quiebre en la filosofía política y jurídica del siglo XX y, de modo particular, en el pensamiento liberal anglosajón.¹ Durante los años ochenta Rawls dictó una serie de

* Universidad de Navarra

¹ Rawls, 1971. *A Theory of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press. Aquí se utilizará la traducción al español: 1979, *Teoría de la justicia*, México,

conferencias con el fin de clarificar su posición frente a las líneas de crítica que generó esta obra, que luego fueron recopiladas y en parte reelaboradas en 1993 en *El liberalismo político*.² Otro lugar común en la interpretación de la obra de Rawls consiste en señalar que esta segunda etapa muestra un quiebre significativo con relación a la primera. Por ponerlo muy sintéticamente, se apunta que mientras que la *Teoría...* tenía una pretensión de justificación universal, el Rawls del *Liberalismo político* se dirige a un auditorio occidental y por lo mismo más local.³

No es tan claro que el quiebre entre una y otra etapa sea tan profundo como se ha sostenido. Ya en la *Teoría...* había elementos suficientes para interpretar que Rawls no se propuso nunca dialogar en términos universales. Como sea, es el mismo Rawls el que señala que el cambio más importante entre una y otra etapa radica, por así decirlo, en la espesura del fundamento deontológico de una concepción liberal de la justicia. En la *Teoría de la justicia*, Rawls se propuso construir una concepción substantiva de la justicia a partir de una concepción kantiana acerca de lo bueno. Rawls confiaba en que una concepción kantiana del bien —que recogió con el nombre de *bien como racionalidad*— era lo suficien-

Fondo de Cultura Económica. En lo sucesivo esta obra se citará como *TJ*. Acerca del impacto de *TJ*, Nozick apunta que la mayoría de las propuestas filosóficas posteriores constituyen bien una defensa, bien una contestación a la alternativa rawlsiana en Nozick, 1988: 183. En sentido parecido, Will Kymlicka sostiene que la *TJ* representó el renacimiento de la teoría política en el ámbito anglosajón en Kymlicka, 1990: 9-52. Entre otros muchos, también coinciden en la relevancia de Rawls en el ámbito anglosajón, Galston, 1991: 220; Hart, 1981: 162; Daniels, 1983: X). Fuera del ámbito liberal anglosajón, pueden consultarse, entre muchos otros, Jürgen Habermas en Habermas & Rawls, 1998: 41; Sanchís, 1990, p. 31; Rodríguez Paniagua, 1997: 683.

² *Political Liberalism* fue publicado en 1993. Aquí se utilizará la última edición expandida: Rawls, J. (2005). *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press. Se citará en lo que sigue como *PL*.

³ Cfr. por ejemplo, Furman, 1997; Sandel, 1994; Waldron, 1991. En realidad, el giro ya había sido señalado por Richard Rorty algún tiempo antes de la publicación de *PL*, en *The Priority of Democracy to Philosophy* 1988; a raíz de las ideas desarrolladas en Rawls, 1980.

temente abstracta como para distinguirse del intuicionismo de valores, y lo suficientemente concreta como para superar la naturaleza condicional del utilitarismo (*TJ*: 112-177, 171, 437-441).

En el *Liberalismo político*, Rawls se propuso, en cambio, una meta de imparcialidad más estricta, según la cual una teoría liberal de la justicia no debía siquiera comprometerse con una concepción del bien como la kantiana (*PL*: XLI-XLIV). Esta mayor exigencia de neutralidad o imparcialidad decantó en conceptos típicos de esta segunda etapa, como los de *consenso entrecruzado*, *concepción política de la persona y la sociedad*, o *razón pública*.⁴

En cualquier caso, si el impacto de la teoría de la justicia fue notable, el impacto del *Liberalismo* fue aún mayor, como se revela en la producción académica que generaron estos conceptos claves de su segunda etapa, y en especial el de *razón pública*. Este segundo impacto no fue producto del azar ni, por así decirlo, una suerte de inercia de la fama ganada con la *Teoría...* Rawls acertó, en cambio, en una de las tareas más propias de la filosofía, que es hacer las preguntas adecuadas y hacerlas del modo correcto. En su caso, la pregunta que abre y de algún modo vertebra *El liberalismo político*: “¿cómo es posible la existencia duradera de una sociedad justa y estable entre ciudadanos libres e iguales que no dejan de estar profundamente divididos por doctrinas religiosas, filosóficas y morales razonables?” (*PL*, XXXVIII).⁵

En efecto, esta pregunta es de indiscutible interés práctico y filosófico. Su interés práctico radica en el diagnóstico de las condiciones en las cuales Occidente intenta construir y conservar sus comunidades políticas desde la reforma protestante del siglo XVI

⁴ Cada uno de estos conceptos disparó debates relativamente autónomos entre sí, como muestra el hecho de que muchas de las obras sobre el pensamiento de Rawls publicadas con posterioridad a *PL* dedican algún capítulo a su discusión. Cfr., por ejemplo, Freeman, 2007; Maffettone, 2010; Melero de la Torre, 2010; y Rodilla, 2006.

⁵ La traducción está tomada de Dòmenech en Rawls, J. (1996), *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica (esta obra se citará en lo que sigue como *LP*). Sobre la centralidad de esta pregunta en la obra de Rawls véase, entre muchos otros, a Schaeffer, 1994: 6; o Freeman, 2007: 326-ss.

y las guerras de religión que le siguieron, a saber: una situación de progresiva fragmentación religiosa que ha derivado en una fragmentación moral y, hoy día también, en una fragmentación cultural. Tal es el nivel de fragmentación de nuestras sociedades occidentales contemporáneas, que se ha puesto en duda la continuidad misma del Estado y de sus notas típicas de soberanía y jurisdicción territorial como modo de organización política (Viola, 2011: 59-82).

Más allá de las discusiones en torno a las consecuencias que la fragmentación pueda tener sobre la continuidad del Estado, hay una relativa coincidencia en relación con sus causas. Entre otras, se apunta a la globalización de la economía y de la cultura, con la consecuente flexibilización de los cánones culturales ligados a territorios concretos; a los cada vez más intensos y masivos movimientos migratorios, y al avance en las comunicaciones (Ballesteros, 2012: 3 y 4). Pero lo cierto es que estos elementos por sí mismos no cuajarían en el hecho del pluralismo y en la fragmentación social, si no fuera dentro del marco jurídico y político de las instituciones liberales o, más precisamente, del constitucionalismo liberal.

En este sentido, y en lo que parece otro de sus grandes aciertos, Rawls señaló que el constitucionalismo liberal no se propuso contener o frenar el pluralismo provocado por la reforma protestante del siglo XVI y las posteriores guerras de religión, hasta que pasara el temblor, y con la esperanza de reconstruir en el futuro una sociedad monolítica. El constitucionalismo liberal se propuso, en cambio, afirmar e incluso fomentar el hecho del pluralismo, como un resultado natural y deseado de la vigencia de sus instituciones (*PL*: XXIV-XXV, 303 y 304).

Con esta advertencia Rawls remarcó que existe una retroalimentación entre la práctica liberal y el pluralismo, de forma tal que la práctica política liberal genera más pluralismo, y el hecho del pluralismo justifica a la práctica política liberal. Esta retroalimentación entre el nivel normativo o de justificación de la práctica liberal, y el nivel sociológico o fáctico al cual se aplica la

práctica, da razón del interés filosófico de la pregunta de Rawls acerca de la posibilidad de conciliar pluralismo y estabilidad.

En efecto, una vez que se advierte que el liberalismo asienta y genera un tipo especial de pluralismo, la pregunta relevante ya no es meramente cómo hacemos para organizarnos de forma justa y estable, a pesar de nuestras profundas diferencias morales. Antes bien, se trata de preguntar si es razonable continuar —o no— con esta dinámica de retroalimentación entre el liberalismo y el pluralismo. Se trata de indagar, en fin, si queremos seguir generando y potenciando el pluralismo al modo en que lo hacen nuestras instituciones liberales y, más todavía, si deberíamos quererlo.

En lo que sigue se intentará ofrecer una respuesta posible para esta pregunta al hilo del análisis de uno de los términos del diccionario rawlsiano correspondiente a su segunda etapa, *la razón pública*. Dentro de los muchos debates que generó este concepto, el estudio se centrará en su virtualidad, para justificar la determinación judicial del sentido de los derechos fundamentales en una práctica constitucional.

Se intentará mostrar que el procedimiento de la razón pública es insuficiente para justificar acabadamente la determinación de las normas de derecho fundamental, y en la misma medida en que es insuficiente, no logra legitimar las decisiones públicas ante un público pluralista. Esta falta de legitimidad genera y asienta un pluralismo de tipo conflictivo, que es difícilmente conciliable con la autoridad moral del derecho. Pero si el concepto de razón pública es insuficiente, no es en cambio inservible. En algunas dimensiones de la propuesta rawlsiana serían perfectamente atendibles si no estuvieran ligadas de raíz al constructivismo conceptual que, según intentaré apuntar, es quizá la explicación última de sus dificultades.

Con este objeto en miras, se recorrerá en lo que sigue el siguiente itinerario: en primer lugar, se describirá el procedimiento que propone Rawls (en parte respondiendo a Hart) para elaborar el catálogo de las libertades básicas que cualquier concepción de

la justicia liberal debería recoger. Este primer paso exigirá abordar lo que él denomina una concepción *política* de la persona o del ciudadano liberal. Una vez descrita la lista o el catálogo de libertades, se procurará determinar cuál es la fuerza o el peso de las libertades frente a los intereses comunes de una comunidad política, y cómo casan o se conectan entre sí las libertades. En este punto se desarrollará lo que Rawls denomina el principio de la *prioridad de la libertad*.

Según se verá, el principio de la prioridad de la libertad es todavía demasiado abstracto para resolver conflictos concretos entre pretensiones de particulares, o entre éstas y el interés común. En este tercer momento será preciso pues avanzar un poco más, y averiguar cuáles son los valores y el tipo de razonamiento propios de la razón pública, adecuados para aplicar los principios de justicia que establecen la *prioridad de las libertades básicas*.

Finalmente, se sistematizarán algunas de las críticas que habrán ido perfilándose en este itinerario descriptivo, y que a grandes rasgos podría resumirse en el dilema de circularidad o tautología. Sobre la base de esta sistematización se intentará responder a la pregunta planteada inicialmente: ¿es razonable o moralmente justificable continuar con la dinámica liberalismo-pluralismo, en los términos en que Rawls describe esta dinámica?

II. ¿CUÁL ES EL CATÁLOGO DE LIBERTADES BÁSICAS DE UNA CONCEPCIÓN POLÍTICA Y LIBERAL DE LA JUSTICIA?

En la *Teoría de la justicia* Rawls propuso un *primer principio de justicia de una sociedad bien ordenada*, según el cual “cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso posible de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás” (TJ: 82). Este esquema de libertades, además de igual (se reconocía el mismo esquema a todo ciudadano), era prioritario frente a objetivos perfeccionistas o de interés general. El catálogo de este *sistema igual y más extenso posible* de li-

bertades se deducía a partir del concepto (de origen kantiano) del bien como racionalidad que, como se dijo, Rawls confiaba que era lo suficientemente abstracto como para no comprometerse con ninguna concepción perfeccionista de la vida buena. El catálogo de libertades se presentaba, pues, como neutral o imparcial respecto de los ideales perfeccionistas (*TJ*: 85, 598-ss.).

Hart planteó dos objeciones a esta propuesta. Primero, adujo que el contenido del catálogo más extenso posible de libertades no estaba suficientemente justificado. Segundo, señaló que tampoco el modo de fijar o determinar la extensión de cada libertad en particular dentro del sistema parecía justificado (Hart, 1972-1973: 534, 541, 544).

Consciente de la presión de ambos niveles de objeción, en *El liberalismo político* Rawls vinculó el catálogo de libertades a los intereses superiores de la persona o del ciudadano liberal (conceptos que para Rawls son intercambiables) del siguiente modo:

- a) El consenso entrecruzado de una sociedad liberal inviste como ciudadano o persona a quien posee dos facultades o aptitudes morales. Una facultad para desarrollar un sentido de la justicia, y una facultad o aptitud para elegir y para desarrollar una concepción racional del bien (*PL*: 35-45).
- b) Además de gozar de estas capacidades morales, el ciudadano liberal desea desarrollarlas. En esta medida, todo ciudadano es titular de lo que Rawls denomina *tres intereses fundamentales*: i) un interés en desarrollar su facultad para la justicia; ii) un interés en desarrollar su capacidad moral o capacidad para el bien; iii) un interés en vivir de acuerdo con su propia concepción del bien (*PL*: 84-86).
- c) Las libertades básicas que toda sociedad liberal debería reconocer para ser justa, son pues libertades teleológicas. Se reconocen con una finalidad específica, que es el desarrollo de aquellos tres intereses superiores: A esta finalidad Rawls añade una última especificación: las libertades no se ordenan a desarrollar los intereses superiores en cualquier

caso, sino en lo que denomina *los dos casos fundamentales*. A saber: i) la posibilidad de juzgar acerca de la legitimidad y la justicia de las instituciones políticas fundamentales de una sociedad, y ii) la posibilidad de proyectar, desarrollar y eventualmente modificar un plan de vida (*PL*: 332-ss.).

Traducido este esquema en un vocabulario no rawlsiano, el fin último del reconocimiento de las libertades básicas sería garantizar a todo ciudadano un ámbito de libertad para elegir y desarrollar un proyecto racional de vida (segundo caso fundamental), y para participar de forma activa en la vida política de su país (primer caso fundamental).

Las libertades básicas más importantes son, en este contexto, las que de forma más directa se vinculan con los intereses superiores del ciudadano en los dos casos fundamentales. Según Rawls, encabezarían la lista las libertades de conciencia y asociación, que garantizan que todo ciudadano pueda configurar un plan racional de vida y vivir de acuerdo con el mismo, y las libertades políticas y de pensamiento, que garantizan que todo ciudadano pueda juzgar libremente las instituciones políticas de su país. El resto de las libertades básicas que pueden y deben reconocerse en un Estado constitucional moderno emanaría de la vinculación que pueda establecerse con estas cuatro libertades básicas y con su desarrollo en los dos casos fundamentales.

La definición teleológica de las libertades básicas obliga a Rawls a modificar la formulación del primer principio de justicia. Ya no se trata de garantizar el sistema más extenso de libertades, sino el más adecuado. No se trata de reconocer la mayor cantidad posible de libertad, si es que esto tuviera algún significado, sino más bien de reconocer las libertades necesarias para el desarrollo de la condición de persona o ciudadano. Sólo en la medida en que el ejercicio de la libertad sea conducente a esta finalidad, tiene prioridad sobre el interés general y sobre los ideales perfeccionistas (*LP*: 291, 331-ss.). La prioridad de las libertades básicas se expresa ahora del siguiente modo: “una libertad básica cubierta por el primer principio sólo puede ser limitada en aras de la libertad

misma; esto es, sólo para asegurar la misma libertad, u otra libertad básica diferente sea debidamente protegida, y para ajustar el sistema de libertades de la mejor manera” (LP: 254).

A su vez, la igualdad se expresa ahora en la exigencia de que la restricción de la libertad en beneficio de la libertad debe ser igual para todos: “...las libertades de unos no se restringen simplemente para hacer posible una mayor libertad para otros. La justicia prohíbe esta clase de razonamientos en conexión con la libertad, del mismo modo que lo hace a la vista de la suma de ventajas” (LP: 254).

En otros términos, todos han de sufrir el mismo tipo de limitaciones en el esquema de libertades básicas, por lo cual la actividad coactiva del Estado no se justifica para *extender* en general la libertad de *los demás*. El clásico principio de daño elaborado por Mill es pues receptado por Rawls en los siguientes términos: únicamente son justificables aquellas restricciones a la libertad necesarias para *conservar* —no para *extender*— un sistema igual de libertades para todos —no para algunos— (PL: 295 y 341).

III. INCORPORACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIORIDAD DE LA LIBERTAD AL DERECHO POSITIVO

Las preguntas que emergen en este punto son varias, y por lo menos las siguientes: primero, ¿de qué forma deberían organizarse las instituciones básicas de una sociedad liberal para asegurar la vigencia de este catálogo mínimo de libertades básicas y de su prioridad? Segundo, ¿desde qué punto de vista se define cuál es la extensión de cada libertad en particular, de forma tal que se justifique su restricción para proteger la misma u otra libertad de terceros, y/o, todavía más difícil, la seguridad común?

Otro modo de hacer la primera pregunta sería: ¿es preciso que toda sociedad liberal sancione una Constitución escrita que reconozca de forma expresa una lista de libertades básicas? A este respecto, la posición de Rawls es clara y contundente: no es esencial al liberalismo que haya una Constitución escrita que

reconozca de forma expresa una serie de libertades; ni tampoco es esencial que el control de la vigencia o respeto de las libertades básicas esté en manos del Poder Judicial o del Legislativo. Ambos asuntos son una cuestión de eficiencia, que se decide teniendo en cuenta la experiencia de las instituciones democráticas en cada contexto histórico concreto (*PL*: 409).

Lo más usual es, sin embargo, que las libertades básicas se reconozcan o incorporen de forma escrita y expresa en las prácticas constitucionales. Cuando esto es así, la incorporación, dice Rawls, se suele hacer por *etapas*. En primer lugar, está la etapa constitucional, donde las cuatro libertades básicas asociadas a los dos casos fundamentales se incorporan al orden jurídico positivo, a través de su reconocimiento constitucional expreso. El efecto y el sentido de este reconocimiento expreso es retirar las libertades básicas de la agenda de discusiones políticas cotidianas, de forma tal que ni el Poder Legislativo ni el Judicial pueden ya discutir acerca de si conviene o no respetarlas, sino, más bien, cuál es el mejor modo de hacerlo (*PL*: 335-340; 356).

En cualquier caso, todo sistema jurídico se funda en un orden constitucional —escrito o no—, cuya justicia depende de que incorpore las cuatro libertades básicas fundamentales y garantice su prioridad frente a los ideales perfeccionistas o al interés general. Cada orden constitucional concreto puede extender este catálogo, y es usual que así sea. Tanto la justicia como la legitimidad de esta lista supletoria de libertades dependen de que se ajuste al particular contexto político para el cual se sanciona la Constitución.

Paralelamente, los legisladores obran de manera justa en la medida en que determinen el contenido y la extensión de las cláusulas constitucionales (que incorporan libertades o derechos fundamentales) con vistas a garantizar su vigencia en las circunstancias políticas en que se produce esta concreción. Finalmente, el Poder Judicial obra de manera justa cuando tiene en miras la vigencia de las cláusulas constitucionales y su determinación legislativa en los casos particulares.

La incorporación y la definición por etapas de las libertades básicas no es una exigencia de los principios liberales de justicia.

Podría optarse por otro mecanismo de reconocimiento o incorporación al orden político. Sin embargo, una vez que se opta por este mecanismo, la legitimidad del procedimiento depende de dos condiciones. Primero, de que en cada nivel se respeten las determinaciones realizadas en los niveles anteriores. Segundo, de que la determinación dentro del margen de decisión que corresponda a cada etapa sea imparcial.

Con el fin de garantizar y evaluar esta imparcialidad, Rawls propone extender el mecanismo de la posición original a cada etapa de decisión, con la salvedad de que el *velo de la ignorancia* se va haciendo cada vez más delgado —en cada etapa quienes deciden conocen más datos acerca de las circunstancias para las cuales deciden—, mientras que las exigencias de lo justo se van ampliando —cada vez es menor el margen de decisión—. En otras palabras, cuanto más concreta es una decisión política y por tanto más limitada es su proyección —nivel judicial— más relevante son los aspectos particulares del caso para el cual se decide y más delgado, pues, el velo de la ignorancia. Contrariamente, cuanto más abstracta es una decisión política y por tanto más amplia su proyección en tiempo y espacio —nivel constitucional— menos relevantes son los aspectos particulares del contexto para el que se decide y más espeso, pues, el velo de la ignorancia (*PL*: 336-340).

IV. PRIMER NIVEL DE CIRCULARIDAD: LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LAS LIBERTADES BÁSICAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL CIUDADANO COMÚN REPRESENTATIVO

¿Qué queda en limpio hasta aquí acerca del criterio con el cual los jueces deben juzgar acerca de la extensión de cada una de las libertades básicas en los casos concretos? Con un propósito heurístico, puede ser útil evaluar cómo hubieran funcionado las indicaciones rawlsianas en el famoso precedente *Roe vs. Wade* (410 U.S. 113).

Como es sabido, se trataba en este caso de juzgar la constitucionalidad de una ley penal del Estado de Texas que penalizaba la comisión del aborto en todos los casos, excepto cuando estuviera en riesgo la vida o la salud de la madre. La Corte Suprema analizó el caso a la luz de la enmienda XIV, que establece que ninguna persona será privada de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal. Dejando a un lado ahora la cuestión de si el caso podía ser evaluado a la luz de otra enmienda constitucional, las preguntas que debía resolver la Corte en perspectiva rawlsiana eran, al menos, las siguientes: a) ¿es el feto una persona protegida por la enmienda XIV?; b) ¿la decisión de la madre de abortar, es una manifestación de la libertad protegida por la enmienda XIV?; c) Si el feto es una persona y la decisión de abortar es un ejercicio protegido de la libertad, ¿cómo se define la extensión de una y otro derecho o libertad, de manera que casen en un sistema igual para la madre y para el feto?; d) Si el feto no es una persona, pero la decisión de abortar sí es, en cambio, parte de la libertad protegida ¿puede aún así sostenerse que la protección de la vida del feto es una condición de la *seguridad común*?

De acuerdo con el procedimiento de incorporación de las libertades básicas por etapas, un juez rawlsiano está condicionado en su decisión tanto por el texto y la práctica constitucional como por su determinación o concreción legislativa.⁶ Pero como en este caso —y en la mayoría de los casos que tiene que resolver un tribunal constitucional— lo que la Corte debía juzgar era la validez constitucional de la determinación legal, ésta no podía

⁶ La autoridad de la práctica constitucional sobre el nivel legislativo de decisión depende tanto del texto constitucional como de la práctica de interpretación y aplicación del mismo. Así como no es una exigencia de los principios de justicia que el procedimiento de determinación se haga por etapas, tampoco determinan estos principios cómo obligan las decisiones de los jueces —o de los tribunales constitucionales— al resto de los poderes de gobierno. De todas formas, sabemos que en Estados Unidos la interpretación de la Corte Suprema tiene un nivel de obligatoriedad paralelo al del texto constitucional, de ahí que un juez rawlsiano estaría en este contexto particular jurídicamente obligado por esta práctica interpretativa.

funcionar al mismo tiempo como objeto y como criterio de decisión sin caer en una petición de principio. De modo que una corte suprema rawlsiana debía juzgar la validez de la norma a la luz del texto y de la práctica constitucional sin más.

No obstante, el texto y la práctica constitucional eran de por sí demasiado abstractas como para fundar el tipo de decisión que debía tomar la Corte. El texto de la Constitución norteamericana no establece quién es persona y quién no lo es, ni mucho menos determina si la decisión de abortar forma parte de la esfera de *libertad* protegida por la enmienda XIV. En cuanto a la tradición de la interpretación constitucional, hablaba tanto del derecho a la privacidad que la Corte usaría finalmente para tomar su decisión como del *valor de la vida humana*.

¿Con qué criterio debía pues la Corte determinar cuál era la extensión o el margen de referencia de los conceptos de privacidad, vida humana y persona? Rawls da una pista más o menos directa para responder a esta pregunta cuando dice que “El ajuste del esquema total de la libertad depende únicamente de la definición y extensión de las libertades particulares. Este esquema habrá de ser evaluado desde el punto de vista del ciudadano común representativo” (*LP*: 236).

Ahora bien, el punto de vista del ciudadano común representativo se resume en los tres intereses superiores y los dos casos fundamentales. Este punto de vista nos diría en este caso, pues, que la extensión de los conceptos indeterminados (privacidad, persona, vida humana) debería determinarse a la luz de estos intereses y de estos casos fundamentales.

Dado que la privacidad es, por definición, el ámbito de libertad en el que el ciudadano se retrae de la vida pública, lo más apropiado es analizarlo a la luz de la libertad de conciencia conexa al *segundo caso fundamental* (el desarrollo de un plan racional de vida). En esta perspectiva, la elección de abortar sería una emanación del derecho a la privacidad si constituyera una condición fundamental para el desarrollo de cualquier plan racional de vida. El camino obligado en este punto es, pues, profundizar

un poco más en el concepto de proyecto racional de vida. ¿Qué es un proyecto racional de vida en la concepción política de persona? ¿Es la elección de abortar un modo de realizar un proyecto racional de vida?

Rawls explica que un proyecto de vida es racional cuando manifiesta “la preferencia en igualdad de circunstancias, de los mayores medios para realizar nuestros propósitos, y el desarrollo de intereses más amplios y más variados suponiendo que estas aspiraciones puedan llevarse a cabo” (TJ: 467). La racionalidad de un plan de vida no dice nada acerca de cuáles son los fines o bienes que conviene desarrollar. Se limita, en cambio, a describir el orden que deberíamos plasmar en nuestras elecciones, en atención a los deseos o intereses que —sin otra limitación que el ajuste a los principios de justicia— elegimos como fines para nuestros proyectos. Es una racionalidad de medios, no de fines.

Si la *privacy* es el modo en que la Constitución norteamericana incorpora la libertad de conciencia (en vistas de garantizar el segundo caso fundamental), se concluye que la elección de abortar es un modo posible de ejercer este derecho. En realidad, dado que la racionalidad no distingue entre fines u objetivos, no hay razones ni para incluir ni para excluir al aborto de ningún plan racional de vida. Todo dependerá de los deseos e intereses en torno a los cuales se estructure cada plan de vida en particular.

El problema que ya a estas alturas se manifiesta con alguna evidencia es que el principio de prioridad de la libertad no sólo es una garantía para el ciudadano liberal, sino también un límite. En efecto, la prioridad de la libertad exige al ciudadano que encuadre su plan racional de vida dentro del esquema de libertades, de manera tal que su desarrollo no involucre violaciones al esquema de libertades de los demás. De manera que por mucho que un plan racional de vida incluya la elección de abortar como un modo de realizar los deseos o intereses más profundos, todavía hay que determinar si estos deseos o intereses afectan el espectro central de otras libertades o el orden público. Para lo cual es preciso determinar cuál es la extensión o referencia de los otros dos conceptos indeterminados: el de persona y el de vida humana.

La Corte norteamericana advirtió este punto con toda claridad, cuando señaló que si la pretensión de los recurrentes de que el feto era una persona en el sentido constitucional del concepto, el caso se resolvería en contra de la pretensión de Roe de liberalizar el aborto (410 U.S. 157). Ahora bien, el análisis de las libertades básicas y los casos fundamentales podría, hasta cierto punto, servir como criterio para determinar si un ejercicio de libertad está o no amparado por el principio de prioridad de la libertad. Pero no es conducente para determinar, en cambio, quién es persona o titular de libertades en sentido constitucional. El principio de prioridad de la libertad funciona sobre la base del presupuesto de que ya se ha definido quién es titular de libertades y quién no. Presupone el reconocimiento de la personalidad, no lo fundamenta. De modo que el juez rawlsiano debe hacer en este punto un esfuerzo interpretativo adicional, e intentar determinar cuál es la referencia del concepto constitucional de persona a la luz del concepto político de persona, sin más.

Pero este esfuerzo conduce una vez más al punto de partida. La concepción política de la persona se refiere al sujeto titular de una facultad para el bien y una facultad para lo justo, pero no determina cuál es el estado mínimo de desarrollo de ambas capacidades. La concepción política de persona, tal como la describe Rawls, no parece ofrecer mayores precisiones que las que ofrecían el texto y la práctica constitucional norteamericana al momento de plantear el caso *Roe*. En este *lapsus* de silencio entra en escena la razón pública como procedimiento de decisión política.

V. SEGUNDO NIVEL DE CIRCULARIDAD: LA RAZÓN PÚBLICA COMO SISTEMA JERÁRQUICO Y CERRADO DE VALORES

En palabras de Rawls, la razón pública es la “razón de los ciudadanos iguales que, como un cuerpo colectivo, ejercen el poder político...” (*LP*: 249). Esta razón *de ciudadanos iguales* se distingue

de otros modos de razonamiento desde un punto de vista tanto material como formal.

El contenido material de la razón pública son los principios y valores comunes a una familia de concepciones liberales de la justicia —y no, en cambio, los principios de la justicia como equidad, que es una entre otras posibles concepciones liberales de justicia— (*PL*: 226). Lo cual resulta en las cuatro libertades asociadas a los dos casos fundamentales y el principio de prioridad de estas libertades por sobre el interés general y los ideales perfeccionistas (*PL*: 223). Desde esta perspectiva material, la razón pública no complementa ni extiende el principio general de prioridad de las libertades básicas, sino que se limita a postularlo como condición de legitimidad del ejercicio del poder político. Por lo mismo, no agrega elementos materiales o sustantivos que orienten la determinación del concepto político de persona. Conviene pues avanzar hacia la dimensión procedimental de la razón pública, con el fin de identificar cuál es el procedimiento legítimo de interpretación o comprensión de estos valores y principios comunes a una familia de concepciones liberales.

Según Rawls, la regulación de las libertades básicas es legítima en la medida en que “Los valores [sustantivos sean] adecuadamente contrapesados o combinados, o unidos de alguna forma, según los casos, de manera que sólo esos valores proporcionen una respuesta pública razonable a todas, o a casi todas, las cuestiones relacionadas con las esencias constitucionales y los asuntos de justicia básica” (*LP*: 260).

Esta sentencia ofrece una primera orientación clara acerca de las condiciones de legitimidad de la interpretación del significado y la extensión de los valores y principios de la razón pública. A saber, los valores y principios de la razón pública conforman un sistema cerrado y autosuficiente, que no autoriza recurrir a parámetros axiológicos y/o normativos extrasistemáticos.⁷ La

⁷ La razón pública no plantea iguales exigencias argumentativas a los ciudadanos que a los jueces. En el primer caso, Rawls admite que puedan explicitar —en casos excepcionales— cuando discuten en el foro público cuál es la

determinación interpretativa del sentido de los valores y principios de la razón pública ha de surgir, pues, de sus distintas combinaciones posibles. La pregunta que sigue es bastante obvia: ¿y cómo se balancean internamente los valores de la razón pública? ¿Con qué criterio se determina qué valores son más relevantes que otros? Más importante: ¿con qué criterio se determina el significado y la extensión de cada uno de los valores y principios?

Rawls desarrolló de forma explícita en qué consiste este balanceo intrasistemático entre valores cuando abordó, precisamente, el problema del aborto:

Supongamos... que consideramos la cuestión en términos de estos tres valores políticos importantes: el debido respeto a la vida humana, la reproducción ordenada de la sociedad política a lo largo del tiempo, incluyendo de alguna forma a la familia, y finalmente la igualdad de las mujeres como ciudadanos iguales. (Evidentemente, aparte de éstos, hay otros valores políticos importantes). Yo creo, entonces, que cualquier balance razonable entre estos tres valores dará a la mujer un derecho debidamente cualificado a decidir si pone o no fin a su embarazo durante el primer trimestre [pues]... en esta primera fase del embarazo, el valor político de la igualdad de las mujeres predomina sobre cualquier otro, y se necesita un derecho para darle a ese valor toda su substancia y toda su fuerza. Aunque los introdujéramos en el balance, otros posibles valores políticos no cambiarían en mi opinión esta conclusión... Cualquier doctrina comprensiva que lleve a un balance de los valores políticos que excluya ese derecho... es, en esta medida, irrazonable; y puede llegar a ser incluso cruel y opresiva; por ejemplo si se niega el derecho en cualquier caso, salvo en los de violación e incesto... (LP: 278 y 279).

Rawls identifica tres valores sustantivos involucrados en el problema del aborto: el debido respeto a la vida humana, la reproducción ordenada de la sociedad política a lo largo del tiempo

concepción comprensiva desde la cual interpretan los valores de la razón pública. Este recurso está en cambio vedado siempre para los jueces (y, particularmente, para los jueces de la Corte Suprema). *Cfr.* PL: 235.

po, incluyendo de alguna forma a la familia, y la igualdad de las mujeres como ciudadanos iguales. Hace también alusión a otros valores, pero no los nombra, así que conviene centrarse en el modo en que combina y sopesa los valores que sí nombra, lo que es de por sí muy elocuente.

Conviene en especial analizar el modo en que balancea los valores de la vida y la reproducción de la sociedad, por una parte, y la igualdad de las mujeres, por otra. En este sentido, apunta: "...en esta primera fase del embarazo, el valor político de la igualdad de las mujeres predomina sobre cualquier otro, y se necesita un derecho para darle a ese valor toda su substancia y toda su fuerza" (*LP*: 278 y 279).

Esta aseveración contiene —al menos— tres especificaciones acerca de la estructura de lo que Rawls considera un balance interno legítimo entre valores de la razón pública:

- a) Los valores de la razón pública no tienen siempre el mismo peso, sino que es variable de acuerdo con determinadas circunstancias (en este caso, según el estado de avance del embarazo).
- b) De entre los distintos valores que conforman la razón pública, la igualdad tiene un lugar jerárquico superior: predomina sobre el resto de los valores políticos que conforman la razón pública. Por ello, el valor de la igualdad se ampara mediante el reconocimiento de *derechos*.
- c) Los demás valores políticos ceden frente a los derechos, precisamente porque los derechos son la expresión del valor político de la igualdad que ocupa el mayor rango jerárquico.

En conclusión, porque los derechos son la expresión del valor de la igualdad ocupando el mayor rango jerárquico entre los valores de la razón pública, no es legítimo restringir derechos con el fin de garantizar la prevalencia de otros valores políticos distintos de la igualdad (formal). Los balances de valores pueden ser razonables o irrazonables. Son irrazonables cuando hacen valer

por sobre las libertades básicas (o derechos) cualquier otro tipo de valor político, aun cuando se trate de valores que forman parte de la razón pública.

Aplicando este criterio al caso del aborto, Rawls llega a una conclusión sorprendentemente parecida a la que propuso la Corte norteamericana en el caso *Roe*: durante el primer trimestre la elección de abortar no puede ser restringida, porque los valores que justificarían esta restricción (la vida y la reproducción social) son de menor peso que la libertad de conciencia de la madre (igualdad), aplicada a elegir y desarrollar un plan de vida racional —o la privacidad en términos de la jurisprudencia norteamericana—.

A pesar de la aparente sofisticación de este procedimiento de decisión, bien miradas las cosas, una Corte rawlsiana no cuenta todavía con ningún elemento distinto del texto y la práctica constitucional para determinar la extensión del concepto de persona. En efecto, que las libertades básicas (o derechos, en este contexto) son prioritarias frente a ideales perfeccionistas y frente a la promoción del interés general era un punto de partida del razonamiento judicial rawlsiano, no una conclusión. Si el principio de prioridad de la libertad se diera por válido, Rawls está en lo cierto al decir que el valor de la vida humana, considerado abstractamente, no justifica la prohibición del derecho a elegir abortar (que es una manifestación de la libertad de conciencia aplicada al desarrollo de un plan racional de vida).

Pero la pregunta no es si el valor de la vida humana abstractamente considerado justifica o no la restricción de la elección de abortar dentro de un sistema donde los derechos y/o libertades son prioritarias a todo ideal perfeccionista o interés general. La pregunta que todavía no tiene respuesta es, en cambio, si la elección de abortar recae o no sobre una persona y sobre sus derechos. Por supuesto, como ha dicho Andrés Ollero comentando el caso constitucional español sobre el aborto, si la vida se reduce a un valor abstracto, o incluso a un objeto valioso, no hace falta seguir argumentando. Siempre parecerá más relevante

y más urgente proteger un derecho (en este caso el derecho a la privacidad o, en términos de Rawls, a la conciencia aplicada al segundo caso fundamental), que proteger un valor (Ollero Tassara, 2006: 89).

Rawls justifica por qué es irrazonable restringir la elección de abortar en aras de proteger un valor político que no es un derecho, como la vida abstractamente considerada. Lo que no explica es qué combinación o balance de valores sustantivos de la razón pública justifica la determinación de la referencia del concepto político de persona —que es también la interpretación de la Corte norteamericana en *Roe*—, según la cual en los primeros tres meses de embarazo no hay persona —ni, por lo mismo, derechos, libertades e igualdad—.

La descripción *crieterial* del significado de la concepción política de persona no ofrece una respuesta acabada a esta cuestión.⁸ Una vez más conviene señalar que, aunque las dos capacidades morales puedan tomarse como notas necesarias del significado de persona —con lo cual se excluye, por ejemplo, la personalidad de los animales—, Rawls no arguye ni mucho menos justifica cuál es su grado de desarrollo necesario, si alguno. No es pues analíticamente necesario que las capacidades morales de la concepción política de persona excluyan al feto de su ámbito de referencia. De modo que es preciso insistir en la pregunta: ¿cómo balanceó John Rawls los valores de la razón pública para arribar a esta determinación semántica? Si la razón pública es un sistema cerrado, no podría justificarse ninguna respuesta a esta pregunta recurriendo a criterios conceptuales ajenos a los que están ya dentro de la razón pública.

⁸ Nos referimos a la teoría semántica, según la cual el significado de los conceptos viene dado por una lista de notas que el uso social del concepto identifica como necesarias y suficientes para su aplicación correcta (*Cfr.* Moore, 2005: 747). De acuerdo con lo desarrollado más arriba, el *uso social* relevante para definir el significado del concepto de persona sería la tradición del pensamiento político liberal, y las notas necesarias y suficientes serían la posesión de las dos facultades morales en vistas del desarrollo de los casos fundamentales.

VI. TERCER NIVEL DE CIRCULARIDAD:
CREENCIAS GENERALES, SENTIDO COMÚN
Y LAS CONCLUSIONES DE LA CIENCIA COMO CRITERIO
DE DETERMINACIÓN SEMÁNTICA

Dice Rawls que todo actor político, desde el ciudadano hasta el legislador y el juez, debe participar en la vida pública apelando a “creencias generales presentemente aceptadas y a formas de razonar procedentes del sentido común, y a los métodos y a las conclusiones de la ciencia siempre que no resulten controvertidas” (*LP*: 259). Según esto, la interpretación de que el feto no entra en el campo de referencia del concepto político de persona se asentaría en el uso del sentido común, en las creencias generales presentemente aceptadas, y/o en las conclusiones no controvertidas de la ciencia.

En el recurso a las *creencias generales presentemente aceptadas* plantea de forma casi evidente dificultades tanto epistémicas como performativas. Desde el punto de vista epistémico, las preguntas son, por lo menos, las siguientes: ¿cómo se accede a estas creencias y cómo se determina qué creencias son relevantes para zanjar asuntos políticos controvertidos que dividen a la sociedad? Desde el punto de vista performativo, ¿la remisión a las creencias generales no es acaso una abdicación del principio de prioridad de la libertad por sobre el interés general?

Rawls es más o menos consciente de estas limitaciones, y con estas dificultades en miras propone condiciones para el uso tanto legítimo como eficaz de *las creencias generales* por parte de los tribunales.

Luego de distinguir entre balances razonables e irrazonables de los valores de la razón pública, Rawls apunta que muchos asuntos —incluido el del aborto— admiten muchas combinaciones posibles de los valores de la razón pública. Señala además que, puesto que el objeto de la razón pública no está dado por una única concepción liberal de la justicia, sino por una familia de concepciones liberales de justicia, es común o recurrente que

existan diferentes respuestas para una misma cuestión, y que todas las respuestas sean combinaciones aceptables de los valores de la razón pública (*PL*: 240). En otras palabras, la razón pública no arroja necesariamente, ni es preciso que así lo sea, una única respuesta correcta para cada caso.

Pero como un tribunal constitucional tiene que decidir, y decidir es optar, la pregunta obvia es ¿cómo opta un tribunal entre soluciones que son igualmente razonables o, lo que es lo mismo, entre soluciones igualmente compatibles con los valores de la razón pública? Rawls propone que en estos casos un tribunal constitucional debería recoger las opciones *razonables* realizadas en el nivel de la política ordinaria. En este sentido, explica que

Una constitución no es lo que el tribunal supremo dice que es. Es, antes bien, lo que el pueblo, actuando constitucionalmente a través de las otras ramas, permite eventualmente al tribunal supremo decir que es. Una particular interpretación de la constitución puede ser impuesta al tribunal mediante enmiendas, o a través de una amplia y continuada mayoría política... El propósito de las enmiendas es ajustar los valores constitucionales básicos a las cambiantes circunstancias políticas y sociales, o incorporar a la constitución una comprensión más amplia y más inclusiva de estos valores (*LP*: 273 y 274).

En esta inteligencia, las *creencias generales* relevantes para un tribunal constitucional son las que decantan a través del proceso político ordinario. Volviendo a las preguntas en *Roe*: ante la inexistencia de una tradición interpretativa asentada acerca de la personalidad constitucional del feto, la Corte debería haber resuelto el asunto atendiendo al criterio de una *amplia y continuada mayoría política* expresándose en el plano legislativo.

Este criterio no parece dar mucho de sí, si se tiene en cuenta que se trataba de revisar la constitucionalidad de una norma, y la revisión constitucional de las leyes es por definición contramayoritaria. Hubiera sido una contradicción performativa aducir que una norma es inconstitucional porque contraría la opinión

pública mayoritaria, cuando la revisión constitucional de las normas trata precisamente de poner freno a las mayorías políticas.

Quizá atendiendo a esta objeción, Rawls limita el rol de las mayorías recordando que su espacio de acción está doblemente limitado o enmarcado por los valores políticos de la razón pública —las mayorías no pueden agregar ni quitar valores a la razón pública— y por las tradiciones arraigadas de su interpretación. En la verificación del respeto a este doble límite —que no es otra cosa que el límite de lo razonable— se trastocan los roles. El tribunal supremo no solamente se libera de sus ataduras al consenso político ordinario, sino que, más aún, asume ahora una posición de control sobre él mismo:

El tribunal podría decir entonces que una enmienda... contradice fundamentalmente la tradición democrática del régimen democrático más antiguo del mundo... ¿Significa eso que la Carta de Derechos y otras enmiendas están blindadas? Bien, están blindadas en el sentido de que están validadas por una larga práctica histórica. Pueden ser enmendadas por las vías antes mencionadas, pero no simplemente rechazadas y cambiadas de signo. Si eso llegara a ocurrir, ...se trataría de una ruptura constitucional, de una revolución en el sentido propio de la palabra, y no de una enmienda válida de la constitución. La práctica exitosa de sus ideas y principios a lo largo de dos siglos restringe lo que ahora puede contar como una enmienda válida de la constitución... (LP: 274).

Otra vez la vuelta al punto de inicio; ante la indeterminación de la extensión del concepto constitucional y político de *persona*, el juez debía atenerse a las creencias generales manifiestas en las elecciones de las mayorías legislativas constantes, siempre que estas elecciones se hubieran ceñido a optar por uno de entre los muchos posibles balances razonables de los valores de la razón pública.

Sin embargo, la afirmación de la personalidad del feto en los primeros tres meses de embarazo no es para Rawls una opción

interpretativa tan razonable como otras, sino una determinación manifiestamente irrazonable. Y en la discriminación entre interpretaciones y balances razonables e irrazonables la relación de condicionamiento conceptual entre las creencias y el contenido de la razón pública se invierte. Ya no son las creencias generales las que legítimamente condicionan el significado y la extensión de los valores y principios de la razón pública, sino más bien al contrario. Es la razón pública la que sirve de filtro para distinguir entre creencias políticamente razonables y creencias políticamente irrazonables (*PL*: 239).

Quedan pues las conclusiones de la ciencia y el sentido común. Las conclusiones de la ciencia, controvertidas o no, se limitan al campo de lo fáctico, con lo cual a lo sumo podrán clarificar los extremos de hecho vinculados con el reconocimiento o no de la personalidad política del feto. Como señalaron por ejemplo las cortes supremas de Argentina, Chile y Perú, la ciencia apunta que desde el primer momento de la fecundación está presente toda la información genética relevante para el reconocimiento de un individuo de la especie humana.⁹ Pero, una vez más, no se trataba en el caso *Roe* de resolver si el feto es o no un individuo de la especie humana, sino más bien si este individuo está dentro del campo de extensión del concepto constitucional y/o político de persona. Sobre esto la ciencia tiene poco que decir, pues ya no se trata de describir hechos, sino de juzgar si estos hechos conforman o no la referencia de un concepto político y jurídico (el de persona).¹⁰

El sentido común parecería entonces central en la valoración, tanto de la relevancia jurídica y política de los datos que aporta

⁹ Cfr. *T. S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo*, Fallos: 324: 5 (2001); y *Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*, Fallos: 325: 292 (2002), de la Corte Suprema Argentina; la Sentencia Rol 740, 18/04/08, del Tribunal Constitucional chileno (TCC); y a la sentencia del Tribunal Constitucional peruano en el expediente 02005-2009.

¹⁰ Sobre las limitaciones del argumento científico para determinar la personalidad jurídica del *nasciturus*, cfr. Zambrano, 2012: 135-157.

la ciencia, como acerca del sentido de los valores y principios que componen la razón pública. Pero, ¿qué es el sentido común? ¿No es acaso otro modo de denominar a la prudencia, o la facultad de decidir con justicia los casos concretos? Si es así, dentro del sistema cerrado de valores la razón pública, no se tratará del sentido común de una persona concebida metafísicamente (no será el sentido común que intenta leer o comprender la realidad a la cual se aplica el concepto), sino el sentido común de una persona concebida políticamente, en términos rawlsianos. Esto es, el sentido común de un sujeto que actúa motivado y guiado epistémicamente por los tres intereses superiores del ciudadano democrático.

Una vez más, se vuelve al punto de partida. El sentido común del ciudadano liberal no agrega ningún elemento nuevo que sirva para determinar la extensión del concepto político de persona, por la sencilla razón de que este sentido es *del ciudadano liberal*, sólo en la medida en que se ciña a la concepción política de persona. De lo contrario se transformaría *ipso facto* en el sentido común de una persona concebida en términos morales, religiosos o metafísicos y, en esa misma medida, en un sentido común ilegítimo.¹¹

VII. SOBRE LAS RAZONES DE LA SINRAZÓN PÚBLICA

A lo largo de este trabajo se han recorrido tres niveles del razonamiento interpretativo judicial, con especial foco en la determinación judicial del significado y de la extensión de las libertades básicas. El punto de vista del ciudadano común representativo, en primer lugar; el balance dentro del sistema jerárquico y cerrado de valores de la razón pública, en segundo lugar; y finalmente, las creencias generales, las conclusiones de la ciencia y el sentido común del ciudadano democrático. Los tres estadios interpretativos confluyeron en una misma y única indicación circular o tautoló-

¹¹ He desarrollado más ampliamente estas insuficiencias en Zambrano, 2004: 82-ss.; 2001: 871-883; 2005b: 121-141; y 2005a: 869-887.

gica, según la cual el procedimiento legítimo para fijar la extensión (y referencia) de la concepción política de persona es volver a considerar las notas características contenidas en su significado o definición (sus dos facultades morales y sus intereses superiores).

Vale en este estadio preguntarse porqué esta circularidad y porqué el consecuente fracaso del empeño de Rawls por superar aquella crítica temprana de Hart, según la cual Rawls no acertaba a justificar ni el catálogo de libertades ni el significado de cada una en particular. Una respuesta plausible a esta pregunta apunta a la interpretación rawlsiana de las exigencias de imparcialidad, a la consecuente concepción del pluralismo como valor —y no meramente como hecho— y, en última instancia, a la teoría semántica que subyace a una y otra cosa.

La imparcialidad es para Rawls la nota necesaria y suficiente de una concepción liberal de la justicia. No la imparcialidad respecto de los intereses, que son por definición particulares, sino también la imparcialidad respecto de concepciones comprensivas del mundo y, más concretamente, de concepciones perfeccionistas de la vida buena o lograda. Aunque en la *Teoría de la justicia* la pretensión de imparcialidad aparece manifiesta en la doctrina de la *prioridad de lo justo*, Rawls juzgará más tarde en *El liberalismo político* que la concepción de justicia desarrollada en aquel primer libro no fue lo suficientemente imparcial. Entre otras cosas, porque el ideal de imparcialidad había sido mal formulado. No se trata simplemente de fundar la teoría de la justicia en una concepción de lo bueno que fuera lo suficientemente abstracta y formal como para acoger en su seno otras muchas concepciones de lo bueno. Se trata de cortar todo vínculo de derivación conceptual entre lo justo y lo bueno.

Estas exigencias reforzadas de imparcialidad (teórica y práctica) son a su vez la respuesta a unas exigencias reforzadas del pluralismo, considerado como hecho y como valor social al mismo tiempo. El pluralismo de las sociedades liberales tomado como hecho no requiere explicación ni adjetivación. Es la notoria fragmentación de la sociedad en las más diversas concepciones morales, comprensivas y culturales.

Sin embargo, el pluralismo como valor o ideal liberal no es cualquier pluralismo, sino el tipo de pluralismo que la práctica liberal puede y quiere producir. Es el efecto deliberado de la práctica liberal que, por lo mismo que es deliberado, es también su razón justificativa.

Este pluralismo-valor no es la fragmentación sin más, sino la fragmentación entre las concepciones comprensivas que puedan adherir a las ideas implícitas en la tradición del pensamiento liberal. En este pluralismo *razonable* y, por lo mismo, restringido, el ciudadano liberal tiene libertad para idear y desarrollar planes de vida compatibles con el ideal del ciudadano liberal, pero no tiene libertad para aceptar o rechazar este ideal. La concepción liberal de la justicia no es pues el resultado de una indagación acerca del trato o del respeto debido en justicia a una persona concebida en términos *metafisicos*, ni mucho menos de un trato coherente con la plenitud o la excelencia de la vida humana. La relación cognitiva se invierte, y ahora son las concepciones de persona y de vida lograda las que deben construirse sobre la base de la teoría liberal de lo justo.

La inversión en el orden de fundamentación o justificación implica una teoría semántica *tradicional*, según la cual los conceptos no se abstraen ni se reconocen, sino que se construyen con el uso. Más concretamente, el uso de los conceptos determina su significado, y el significado determina su extensión o ámbito de referencia.¹²

¹² La alternativa entre otorgar prioridad a la referencia o al significado en la determinación del sentido de los conceptos fue desarrollada en el ámbito de la filosofía del lenguaje por Saul Kripke y Hillary Putnam, en Kripke, 1980; y Putnam, 1975. Estas teorías fueron aplicadas al problema de la indeterminación jurídica por Moore, 2001: 2091-ss., y con algunas diferencias también por Nicos Stavropoulos, en *Objectivity in Law*, cit., y David Brink, 2001: 12-65. Para una revisión crítica de estas teorías puede consultarse Bix, 2003: 281-295. Sobre el rol de la semántica como límite a la creatividad interpretativa cfr., por ejemplo, Wróblewski, 2001: 108. He defendido la necesidad lógica de una semántica realista en la interpretación de los derechos fundamentales en Zambrano, 2009b; 2009c: 131-152; y 2009a: 20-40.

Sobre esta base, cuando Rawls insiste en que la concepción liberal de persona es *política no metafísica*, lo que se propone aclarar es que se trata de un producto de la práctica y de la tradición del pensamiento liberal. Más concretamente, indica que la concepción liberal de persona se construye con el uso del concepto de persona dentro de la tradición política y académica liberal, en conexión con los demás conceptos que integran su campo semántico —como por ejemplo, el de *sociedad bien ordenada*, o el de *ciudadano*— (PL: 14 y 29).

Por la misma razón que en el orden de justificación, las ideas sobre lo justo tienen prioridad sobre las ideas acerca de lo bueno, en el orden semántico el uso constructivo de las ideas políticas tiene prioridad sobre el uso constructivo de las ideas morales. De forma que el orden de prioridades en la fijación del significado de los conceptos liberales sería como sigue: a) el uso de determinados conceptos acerca de lo justo dentro de la tradición liberal fija su significado; b) el significado determina su referencia; c) sobre la base de esta dinámica constructiva cada *ciudadano liberal* es libre de construir todos los conceptos morales y metafísicos que desee, siempre y cuando sean compatibles la plataforma conceptual política.

El *uso* político de los conceptos aparece como un hecho social capaz de construir el significado y la referencia de los conceptos y, por lo mismo, como parámetro último de su interpretación y comprensión. Es muy ilustrativa en este sentido la enfática insistencia de Rawls según la cual afirmar que una concepción política de la persona no es una concepción metafísica no implica negar su conexión material con las más diversas concepciones metafísicas de la persona —realista, idealista o materialista— (PL: 29, n. 31).

Pero si Rawls no niega la validez de esta conexión material ¿a qué se refiere exactamente cuando niega el carácter metafísico de la concepción política de persona? Lo que Rawls parece aclarar no es tanto el contenido como el origen de la concepción política de persona. En este sentido, cuando Rawls afirma que

una persona es titular de dos facultades morales, no es porque la tradición del pensamiento liberal haya reconocido o abstraído nada a partir de una contemplación de la naturaleza humana; se trata, en cambio, de una idea *implícita en el pensamiento democrático* cuya aceptabilidad radica no en su veracidad, sino en el hecho mismo de estar implícita en esta tradición de pensamiento, y en la consecuente presunción de que es inteligible para el sentido común del normal de los ciudadanos (*PL*: 14).

Pero ¿qué quiere decir exactamente que una idea esté implícita en el pensamiento democrático? Quiere decir que se comparte su uso como mínimo en lo que concierne al significado y, como máximo, en lo que concierne a las reglas que rigen su aplicación a casos concretos. En el primer caso, se trataría de un concepto; en el segundo, de una concepción. El concepto posee en el pensamiento de Rawls un grado mayor de abstracción que las concepciones y, en la misma medida, un grado mayor de consenso o confluencia en el uso (*PL*: n. 15). En cualquier caso, cuando Rawls dice que la concepción política es inteligible, está afirmando que los partícipes de la tradición liberal comparten tanto una misma comprensión del significado de *persona* como las reglas que rigen su aplicación a los casos concretos y, por lo mismo, su campo de referencia.

Ahora bien, ¿es lógicamente admisible la suposición de Rawls de que una y otra cosa son inteligibles para el ciudadano común? ¿Puede el mero uso de los conceptos generar sin más la comprensión e inteligibilidad de su significado y la identificación de su campo de referencia?

Lo cierto es que, como tan lúcidamente puso de manifiesto John L. Austin, usar conceptos es algo más que emitir ruidos o hacer grafismos. Usar conceptos es, ante todo, representar —dimensión ilocucionaria— y hacer cosas —dimensión performativa— (Austin, 1962: 98-ss.). De forma que cuando la semántica convencional, y Rawls en particular, indica que el *uso* de los conceptos es el parámetro o criterio último tanto de la construcción como de la inteligibilidad de los conceptos, se refiere a algo más

que a un fenómeno físico. Se refiere a la costumbre dentro de una determinada comunidad lingüística —la tradición liberal— de conectar un mismo (o análogo) hecho físico —la emisión o la escritura de determinadas palabras y juicios— o con una misma (o análoga) dimensión simbólica y performativa.

Las preguntas en este punto son muchas y, por lo menos, las siguientes: primero, ¿cómo es posible que los distintos actores de la comunidad lingüística liberal confluyan en la misma (o análoga) dimensión simbólica y performativa de los actos del habla? Si se quiere, se puede hilar todavía un poco más fino y preguntar: ¿cómo sabemos nosotros, observadores externos de la tradición liberal, cuál es la dimensión simbólica y performativa en la que confluyen quienes usan las *ideas implícitas en la tradición liberal*?

La dimensión simbólica y performativa de los actos del habla no está manifiesta en su dimensión física. No es obvio que las letras que componen la palabra *persona* se conecten simbólicamente con las letras que componen el enunciado *facultades morales*. La dimensión simbólica y performativa, o, si se quiere, el sentido con que se usan los conceptos, no se manifiesta ni en los sonidos que emitimos al pronunciar palabras ni en los grafismos que usamos para escribirlas, sino en los contextos en que se usan.¹³

Pero, una vez más, el contexto en el que se usan los conceptos no es un hecho físico, sino una práctica social. Y una práctica social, como todo acto humano individual o social, no puede comprenderse si no es a la luz de sus fines propios. De forma que afirmar que existe una confluencia en el uso de conceptos dentro de la tradición liberal implica afirmar que existe una confluencia en el modo de comprender los fines de la práctica política liberal.

La pregunta podría pues reformularse del siguiente modo: ¿cómo se manifiesta la confluencia en el modo de comprender

¹³ Es un lugar común señalar la relevancia del contexto para determinar el sentido de los actos del habla, al menos desde que Wittgenstein introdujo en sus *Investigaciones filosóficas* la noción de los *juegos del lenguaje*. Cfr. Wittgenstein, 1997. Las referencias bibliográficas posibles para esta afirmación son casi infinitas. Para una muestra de algunas de las más relevantes en el campo de la interpretación jurídica puede consultarse Zambrano, 2009b: 2-ss.

los fines de la práctica política liberal? Esta pregunta es relevante tanto en lo que respecta al uso constructivo de los conceptos, mediante el cual se amplía su campo de referencia, como a su uso ordinario, que se limita a aplicar los conceptos a su campo habitual de referencia. En cualquiera de los dos casos se presupone que los usuarios (jueces, legisladores, ciudadanos expresándose en el foro público) parten de una comprensión común tanto del significado como de la referencia focal de los conceptos, y, por lo dicho, de una comprensión común de los fines de la práctica.

Sin embargo, al igual que la práctica liberal en su conjunto, sus fines se construyen mediante la realización de determinados actos del habla. Se construyen mediante todos los actos del habla a los que Rawls atribuye el poder de construir la tradición liberal: una tradición de interpretación de la Corte Suprema (¿qué Corte Suprema? cabe preguntar); una interpretación de lo justo mantenida de modo constante en el pensamiento liberal (¿qué autores?); o afirmada por una mayoría legislativa que se continúa en el tiempo (¿cuánto tiempo y qué legislatura?) (*PL*, 8: 237 y 238).

Claro que todavía hay que interpretar el sentido de estos otros actos del habla, que manifiestan una determinada comprensión de los fines de la práctica liberal. Cerrado el acceso a lo real para interpretar el sentido de estos otros actos del habla, el único camino es conectarlos con otros conceptos, cuyo significado resulta por alguna razón más visible o inteligible. Ya se vio que Rawls afirma sin hesitación que la concepción de persona es uno de estos conceptos *linterna*, por así llamarlo, que da luz al resto de la cadena conceptual. La pregunta obvia en este punto es: ¿cuál es la raíz de la inteligibilidad de estos conceptos primarios? Las alternativas son dos.

O bien estos conceptos son intrínsecamente inteligibles, o bien se conectan con otros conceptos que son intrínsecamente inteligibles. De lo contrario, la cadena conceptual continúa des-

plegándose hasta el infinito, y por lo mismo que es infinita carece de toda inteligibilidad.¹⁴

Ya se ha mostrado suficientemente que Rawls no puede acogerse a la primera alternativa sin renunciar a lo más esencial de su propuesta, que es precisamente su convencionalidad radical. En este contexto, la circularidad de la teoría rawlsiana de la interpretación es una concreción de la circularidad que cualifica a cualquier teoría semántica constructiva o convencional. Si la determinación del campo de referencia del concepto de persona en Rawls aparece como injustificada, es porque gira en el vacío. Si Rawls no puede dar razones de la exclusión del feto es porque no las hay, desde el momento en que la realidad es construida por el lenguaje liberal, y no *viceversa*. El costo de lo atractivo que pueda resultar reemplazar lo verdadero por lo aceptable o el uso conceptual por lo real se muestra quizá demasiado alto. No la legitimidad, sino la misma inteligibilidad del derecho.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AUSTIN, J. L. (1962), *How to do Things With Words*, Oxford, Clarendon Press.
- BALLESTEROS, J. (2012), “From Chrematistic Rest to Humanist Wakefulness”, en BALLESTEROS, Jesús, *Globalization and Human Rights: Challenges and Answers from a European Perspective*, Valencia, Springer.
- BIX, B. (2003), “Can Theories of Reference and Meaning Solve the Problem of Legal Determinacy?”, *Ratio Juris*, 3 (13).
- BRINK, D. (2001), “Legal Interpretation, Objectivity and Morality”, en B. L. (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge, Cambridge University Press.

¹⁴ Sobre el regreso al infinito que cualifica a cualquier teoría del conocimiento que prescindiera por completo de la abstracción en el nivel conceptual, cfr. Llano & Inciarte, 2007, 81 y ss.

- DANIELS, N. (1983), "Introduction", en N. D. (ed.), *Reading Rawls*, Oxford, Basil Blackwell.
- FREEMAN, S. (2007), *John Rawls*, Nueva York, Routledge.
- FURMAN, J. (1997), "Political illiberalism: The Paradox of Disenfranchisement and the Ambivalences of Rawlsian Justice", *Vale Law Journal* (106), 1197-1231.
- GALSTON, W. A. (1991), "Practical Philosophy", en LACEY, M. J. & K. H. (eds.), *A culture of rights*, Cambridge, Cambridge University Press.
- HABERMAS, J., & RAWLS, J. (1998), *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, Paidós.
- HART, H. L. (1972-1973), "Rawls on Liberty and its Priority", *University of Chicago Law Review* (40).
- (1981), "Utilitarismo y derechos naturales", *Anuario de Derechos Humanos*, 1.
- KRIPKE, S. (1980), *Naming and Necessity*, Oxford, Blackwell.
- KYMLICKA, W. (1990), *Contemporary Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press.
- LLANO, A., & Inciarte, F. (2007), *Metafísica tras el final de la metafísica*, Madrid, Cristiandad.
- MAFFETTONE, S. (2010), *Rawls: An Introduction*, Cambridge, Polity Press.
- MELERO DE LA TORRE, M. C. (2010), *Rawls y la sociedad liberal*, Madrid, Plaza y Valdés.
- MOORE, M. (2001), "Constitutional Interpretation and Aspirations to a Good Society: Justifying the Natural Law Theory of Interpretation", *Fordham Law Review* (69), 2091 y ss.
- (2005), "Can Objectivity be Grounded in Semantics", en CÁCERES NIETO, Enrique, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM.
- NOZICK, R. (1988), *Anarquía, Estado y utopía*. México, Fondo de Cultura Económica.

- OLLERO TASSARA, A. (2006), *Bioderecho: entre la vida y la muerte*, Madrid, Thomson Aranzadi.
- PUTNAM, H. (1975), "The Meaning of Meaning", en PUTNAM, H., *Mind, Language and Reality*. Cambridge, Cambridge University Press.
- RAWLS, J. (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press.
- (1979), *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.
- (1980). "Kantian Constructivism in Moral Theory: Rational and Full Autonomy", *Journal of Philosophy* (7), 519.
- (1993), *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press.
- (1996), *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica.
- (2005), *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press.
- RODILLA, M. Á. (2006), *Leyendo a Rawls*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M. (1997), *Historia del pensamiento jurídico (II)*, Madrid, Universidad Complutense.
- ROE vs. Wade, 410 (U.S. 113 1973).
- RORTY, R. (1988), "The Priority of Democracy to Philosophy", en PETERSON, M. D. & R. C. (eds.), *The Virginia Statute of Religious Freedom*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SANCHÍS, L. P. (1990), *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate.
- SANDEL, M. (1994), "Political Liberalism", *Harvard Law Review* (107), 1781.
- SCHAEFFER, F. (1994), "The Appeal of Political Liberalism", *Ethics*, 6.
- VIOLA, F. (2011), "La vía europea de la razón pública", *Persona y Derecho*, 64 (65).

- WALDRON, J. (1991), *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press.
- WITTGENSTEIN, L. (1997), *Philosophical Investigations*, Oxford, Blackwell.
- WRÓBLEWSKI, J. (2001), *Sentido y hecho en el derecho*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea.
- ZAMBRANO, P. (2001), “La razón pública en John Rawls”, *Anuario de Derecho de la Universidad la Coruña* (5).
- (2004), *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, Buenos Aires, Ábaco.
- (2005a), “Antipaternalismo y antiperfeccionismo en el pensamiento de John Rawls y Ronald Dworkin”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (113).
- (2005b), “Sobre la noción política de persona en John Rawls”, *Persona y Derecho*, (52).
- (2009a), “El Derecho como práctica y como discurso, La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación”, *Dikaion* (18).
- (2009b), *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM.
- (2009c), “Los derechos iusfundamentales como alternativa a la violencia. Entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia”, *Persona y Derecho* (60).
- (2012), “L’orizzonte comprensivo delle nostre pratiche costituzionali: un approccio su tre livelli a partire dal caso dell’aborto”, *Ars Interpretandi Universidad de Pádova* (1).