

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS CRÍTICAS DE JEREMY WALDRON A LA CONCEPCIÓN DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL DE JOHN RAWLS

EDUARDO BARBAROSCH*

§ 1. INTRODUCCIÓN

En una de sus fundamentales obras titulada: *Law and disagreement*, el profesor JEREMY WALDRON controvierte con la concepción de la justicia de la no menos fundamental obra de JOHN RAWLS, estructurada, esta última, con el fin de formular los principios de justicia para una sociedad bien ordenada. RAWLS no considera que su teoría de la justicia tenga un alcance universal, sino que es aplicable a aquellas sociedades con una larga tradición democrática y constitucional. Tampoco su concepción de la justicia supone una concepción del bien, sino que lo es para la estructura básica de la sociedad. Lo que equivale a decir, para las principales instituciones que regulan la cooperación social. Presupone que en un sistema de ese tipo existen identidad de intereses y conflictos de intereses. Estos últimos son remediabiles por medio de las instituciones de la sociedad, que no son otra cosa que la constitución, las leyes, y la actividad jurisdiccional, a las que subyacen ciertos principios de justicia que formula en su teoría de la justicia.

Para RAWLS la justicia es la principal virtud de las instituciones sociales. En una sociedad injusta las instituciones deben ser abolidas, así como la verdad en la ciencia juega un papel principal, donde las teorías científicas refutadas deben ser desestimadas.

* Conferencia del autor en el marco de las XXXII Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho, “Derecho, política y moral”, Universidad de Buenos Aires, 2018.

No puedo abundar mucho en la teoría de RAWLS, que de por sí es muy conocida, pero debo agregar que siendo una teoría deontológica, establece una prioridad de lo correcto sobre lo bueno. Afirma, además, que existen dos términos que tienen un papel esencial en ética que son lo correcto y lo bueno. Podemos así suponer que su intención en su concepción de la justicia apunta a lo correcto y no en particular a aquello que se entiende como el bien o lo bueno.

La corrección moral en RAWLS tiene un matiz contractualista. En ese sentido difiere del utilitarismo. Siguiendo a SCANLON se puede sostener que para juzgar la corrección de un acto o una institución legal o jurisdiccional debe considerarse si su ejecución o su realización estaría permitido o prohibido por un sistema de reglas dirigidas a una regulación general de conductas, las cuales no podrían ser razonablemente rechazadas sobre la base de un acuerdo informado y no llevado a cabo por la fuerza. En esto difiere del utilitarismo en donde lo correcto está subordinado a lo bueno y lo bueno es definido como aquello que maximiza la felicidad del mayor número de personas.

La elección de los principios de justicia son el resultado de un procedimiento llevado a cabo en una situación artificial, denominada la posición originaria y ello tras un velo de la ignorancia, que solo hace que los participantes desconozcan qué posición ocuparán en la sociedad vinculada a lo que se denomina la lotería natural y social. El velo cancela el egoísmo de aquellos que participen en la deliberación y por un procedimiento de justicia procesal pura, ellos arribarían a adoptar los principios de justicia que RAWLS formula.

Si uno analiza toda la obra de RAWLS se puede concluir que no define una concepción del bien, y se ha dicho, creo con cierto grado de razón, que su idea del bien es fina y no sustancial. Advierto en tal sentido que a nuestro autor no le place introducir algún término moral sustantivo como fundamento de la teoría que nos propone. Asume eso sí, que los individuos son inviolables y que ninguna concepción del bien o del bienestar de la sociedad debe vulnerar las libertades del primer principio. A las personas las considera como personas libres e iguales. En última instancia afirma en un famoso artículo que su teoría de la justicia como equidad es política, no metafísica, tratando así de separarse de los dualismos kantianos.

En “Justice as Fairness: Political not Metaphysical”, manifiesta que él trata de evitar pretensiones de verdad universal, o de la naturale-

za esencial e identidad de las personas, para centrarse en una concepción de la justicia para una democracia constitucional. En este sentido considera que en el pensamiento político y en el contexto de la discusión política, los ciudadanos no ven al orden social como un orden natural fijo, o como un orden jerárquico justificado por valores religiosos o valores aristocráticos. En lo que hace al tono de discusión que abre el profesor JEREMY WALDRON con la teoría de JOHN RAWLS y dada la extensión limitada de esta exposición considero importante centrarme en el primer principio de RAWLS que tiene una prioridad lexicográfica sobre el segundo.

§ 2. **LA CONTROVERSIA SOBRE DEMOCRACIA Y CONSTITUCIÓN**

El primer principio de la teoría de la justicia atañe a lo que RAWLS denomina después esencias constitucionales. Son las libertades básicas iguales para todos los miembros de la cooperación social dentro de un esquema amplio y compatible con las libertades de los demás. Ese esquema amplio de libertades básicas contempla las denominadas libertades negativas y las libertades positivas. Estos dos tipos de libertades tienen una larga tradición que arranca con BENJAMÍN CONSTANT a lo que denomina la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos y prosigue su itinerario intelectual con ISAIAH BERLIN. En su sentido negativo la libertad consiste en aquella libertad que cada una de las personas gozan cuando otros no interfieren nuestras acciones. Ser libre supone entonces, un ámbito de libertad eximido de toda interferencia ilegítima, que como es social, requiere de la protección frente a la coacción restrictiva. La libertad positiva intenta responder a la idea de autonomía y más explícitamente se compadece con el deseo de cada uno de gobernarse por sí mismo o de participar en el proceso por el que ha de ser controlada la vida de cada uno de nosotros. *No estar libre de algo, sino ser libre para algo.*

De estos dos conceptos se pueden derivar conclusiones que a primera vista pueden no advertirse o que resultan al menos un poco extrañas. Es que *admiten una colisión práctica en la vida social. Las libertades negativas son las libertades civiles*, aquellas que resguardan nuestra vida privada en incluso nuestros intercambios que de todo tipo se dan en la cooperación social frente a la interferencia de terceros y del propio Estado. Las libertades positivas generan deberes positivos generalmente de parte del Estado para favorecer a los sectores rezagados de la sociedad. Pero existe una

libertad positiva que es muy relevante que es la libertad de participación política. La democracia está íntimamente ligada a la libertad positiva. La posibilidad de participar en el gobierno de la sociedad, ya sea elegir y ser elegido como representante del pueblo. La idea misma de democracia significa el gobierno del pueblo que por razones de número se hace por medio de representantes.

El proceso democrático luego de luchas y esfuerzos denodados adquirió características equitativas, donde cada ciudadano cualquiera fuere su género, salvo ciertas restricciones como la edad, etc., quedó habilitado para ejercer el derecho de voto. Cada persona habilitada contaba por uno y nada más que por uno y la ley de cupos avanzó en la equidad de oportunidades.

La colisión entre ambas libertades de la que hablaba genera la controversia entre democracia y constitución a la que pasaré a referirme.

§ 3. **LA DIGNIDAD DE LA LEGISLACIÓN. ¿UN CASO DE JUSTICIA PROCESAL PERFECTA?**

Para el profesor JEREMY WALDRON la libertad positiva o sea el autogobierno, es el paradigma de la democracia representativa con su carácter deliberativo. En tanto tal, su producto legislativo tiene una *especial dignidad*. La libertad positiva es el “derecho de los derechos” y, por ende, adquiere una superioridad frente a las libertades negativas que fundaron la creación de cartas de derechos.

Las cartas de derechos tienen su origen, entre otros motivos, en lo que se ha dado en llamar el “liberalismo del miedo” frente a la posible opresión de gobiernos mayoritarios contra las minorías e incluso contra los individuos en particular a los que la concepción RAWLSIANA los considera inviolables.

La defensa de las libertades negativas en principio ha sido confiada en última instancia a las cortes judiciales. Autores como es el caso del profesor WALDRON, consideran que constituye un poder contra-mayoritario. Pues una mayoría de jueces supremos puede dejar sin efecto las decisiones de la voluntad mayoritaria del pueblo. Lo que para este autor afecta la soberanía popular¹ y la dignidad de las

¹ La noción de soberanía popular parte de una visión subjetivista del mundo político, una decisión tomada por una mayoría se transforma mediante un proce-

personas que han elegido democráticamente a los legisladores de manera directa. En tanto, los jueces no responden estrictamente a la decisión de la voluntad popular representada por los legisladores.

Como he adelantado, uno de los rasgos que presume el profesor WALDRON como característico de la democracia es un valor que parece ser *sustantivo* que es la *dignidad*. En este sentido la democracia no tendría un valor instrumental y su desarrollo, si se respetaran las reglas del procedimiento, podría concebirse en términos de RAWLS, de justicia procesal perfecta. Pues habría un valor sustantivo previo que acompañaría al proceso democrático que es justamente la dignidad. Quizás una virtud que nos garantiza en un alto grado el resultado digno frente a los desacuerdos que imperan sobre los derechos en todas las sociedades plurales. De ahí que el propio WALDRON nos hable de *circunstancias de la política*, modificando así lo que RAWLS llamara *circunstancias de la justicia*.

En una de sus obras principales *Law and disagreement*, el profesor WALDRON reitera su confianza en lo que denomina la *dignidad de la legislación* que le confiere a esta *autoridad y pretensión de respeto*. Sigue diciendo en este sentido: “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”.

En su obra *The dignity of legislation*, el profesor WALDRON afirma: “En este volumen trataré de recuperar e iluminar formas de pensar acerca de la legislación que en el presente es una forma dignificada de gobernar y una respetable fuente del derecho. Yo quiero que veamos al proceso legislativo en su mejor luz, y es como sigue: los representantes de la comunidad vienen juntos para establecer solemnemente y de manera explícita esquemas comunes y medidas que pueden establecerse en nombre de ellos y la hacen en un abierto reconocimiento y respeto (sin engaño) sobre las inevitables diferencias de opinión y principios entre ellos. Es la clave del entendimiento de la legislación que yo quiero cultivar”.

Resultaría muy extenso extenderme sobre la mayoría de los destacables argumentos del profesor WALDRON. Aunque seguirán otros,

so de pensamiento metafísico en el algo objetivo e independiente de la conciencia de los individuos. En el ámbito interno de las organizaciones estatales ha servido como un medio de opresión de la población y en el externo para desconocer las reglas del derecho internacional.

un poco más adelante. Admito que no me resulta clara la premisa valorativa de la que parte. Esto es, la de la dignidad de la persona humana y como su derivado la de la legislación. No creo que el profesor desde el punto de vista metaético participe de la tesis del realismo moral. Por lo menos así aparece en uno de sus capítulos de *Law and disagreement*. Hay dificultades en pensar que las personas poseen una dignidad intrínseca similar a lo que sería un hecho moral. Entiendo que tanto la dignidad humana, como la autonomía moral son invenciones, la última de neto corte kantiano y no un descubrimiento ontológico. Por eso en este sentido, RAWLS sostuvo en sus últimas definiciones de su propia teoría del liberalismo político que había que considerar a las personas como seres *libres e iguales*, en tanto esa era una de las primeras intuiciones para fundar su teoría de la justicia.

Si no entiendo mal al profesor WALDRON, la democracia junto con el proceso legislativo que la acompaña, no solo confieren dignidad a la legislación, sino que hacen irrelevantes a las *cartas de derechos*. El liberalismo del miedo debería confiar en la dignidad de la legislación, que con el voto mayoritario podría garantizar democráticamente los derechos de los ciudadanos. A su vez, las minorías deberían confiar cuando hay desacuerdos en torno a los derechos en el voto de las mayorías y conservar la lealtad a las decisiones como opositores a ellas.

En su obra *Political, political theory*, nuestro autor refuerza sus argumentos en torno a reemplazar la idea de RAWLS sobre las *circunstancias de la justicia*, para insistir en las *circunstancias de la política*, que él nos propone, como una instancia más adecuada. Atento a la realidad de los desacuerdos sobre los derechos y las cargas que los ciudadanos soportan como consecuencia de la legislación, que en muchos casos no solo crea derechos sino que impone restricciones y deberes.

No puedo dejar de pensar que WALDRON aunque trata de esquivar una teoría ideal, como puede suponerse que en gran parte podría acontecer con la teoría de RAWLS, sin embargo, recae en un idealismo valorativo. Pero con dificultad, pues ello deviene de principios morales que en cierta medida, a mi entender, se convierten en una *teoría de la justicia para la democracia y la legislación*, mientras que la de RAWLS, solo lo era para la justicia de la estructura básica de la sociedad democrática. Esto es, para las principales instituciones de la sociedad. De ahí que la teoría de RAWLS contiene una con-

cepción débil de bien, y no una fuerte como las visiones comunitarias que lo contradicen.

Si la democracia como gobierno de la mayoría tiene una dignidad que le es propia, y la legislación no requiere un escrutinio más allá de su resultado, entonces, sería posible pensar a las leyes como no contradictorias con las cartas de derechos, de forma que estas podrían dejar de existir sin pérdida alguna. ¿Cuál es la razón, entonces, para formular principios para la legislación como lo hace el profesor WALDRON? ¿Dónde estarían incorporados, ¿acaso en una carta suprallegal con precondiciones para la legislación. ¿Y qué recurso existiría si esos principios no son respetados por el legislador? ¿Sería este momento en el que jugaría un papel el recurso de revisión judicial débil?

El profesor nos propone siete principios que garantizarían el “*debido proceso legislativo*”. Pienso que esto tiene una cierta analogía con el debido proceso judicial. ¿Acaso nos propone el profesor Waldron, transmitir que así el legislador se transforma en un juez imparcial de su propia legislación, sin que ello implique vulnerar de ninguna manera los derechos esenciales? Las circunstancias de la política que son los desacuerdos en una sociedad pluralista, requieren, para el distinguido profesor, de principios que paso a detallar: *a)* el derecho cuando es creado o cambiado por ley *debe ser explícito*. En este sentido afirma que no es así cuando el cambio es por la vía judicial, pues lo es en forma oblicua. Se oculta esa creación o cambio en la decisión judicial de los tribunales que apelan a cláusulas constitucionales; *b)* *el deber de cuidado*, cuando se legisla en vista de la importancia del derecho, de los intereses y las libertades que están en juego; *c)* *el principio de representación*, que requiere que el derecho cuando sea creado, debe serlo en un foro que le dé voz a todos aquellos que hayan reunido información sobre todas las opiniones e intereses de la sociedad; *d)* el principio de respeto por los desacuerdos y concomitante el de la lealtad de la oposición; *e)* el principio de *formalidad legislativa*, lo que significa el derecho a un debate estructurado, enfocado en los textos con propósitos legislativos bajo consideración, y *f)* el principio de igualdad política en las decisiones y respeto a la regla de la mayoría. Me remito a lo que sostuve anteriormente: estamos ante una concepción fundada en principios para un aspecto limitado de las instituciones que es la legislación y sus consecuencias. Si funcionara dentro de lo que RAWLS denominara justicia procesal perfecta, algo hartamente imposible, el recurso de revisión judicial sería innecesario.

§ 4. ***SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y REVISIÓN JUDICIAL DE LAS LEYES***

¿Cómo juega el recurso de revisión judicial de las leyes y cuál es la razón que lo motiva? El ejercicio de lo que RAWLS denominara la razón pública, exige una serie de requisitos: a) jueces idóneos y competentes; b) que estén en condiciones de poner en suspenso sus prejuicios e ideologías, y c) tener en cuenta que a pesar de que ellas pueden tener un peso inconsciente en sus razonamientos, deben someterse a las evidencias fácticas y superar lo que el mismo autor llamara las cargas del juicio. Lo que presupone que cuando se debe fundar una resolución judicial, el decisorio supera las meras preferencias y los coloca en un lugar de razonamiento que confluye en primer lugar teniendo en cuenta el significado de la prescripción normativa aplicable. No diré más sobre este último tema porque es ajeno al contenido del trabajo y se corresponde con el problema de la aplicación del derecho.

Creo que lleva la razón RAWLS, cuando señala claramente que una teoría de la justicia entraña lo razonable y finalmente la reciprocidad. La función judicial por el contrario permanece con el ejercicio de la razón pública en el ámbito de la imparcialidad y la revisión judicial de las leyes debe existir cuando el poco cuidado del legislador o inexplicables decisiones provocan un apartamiento de los derechos constitucionales. No descarto las nuevas formas del constitucionalismo dialógico, pero no es el tema de esta ponencia.

Finalmente, quiero reproducir una frase del abate Mably refiriéndose a ROUSSEAU: “puede ser mirado como el representante de un sistema que, conforme a las máximas de la libertad antigua, quiere que los ciudadanos estén enteramente sujetos para que la nación sea soberana y que el individuo sea esclavo, para que el pueblo sea libre”.

Concluyo que a pesar de los inteligentes argumentos vertidos en contra del recurso de revisión judicial de las leyes, este debe ser preservado y las libertades de los modernos tienen todavía mucho sentido. El ejemplo de lo que está ocurriendo hoy en día en países de Europa, Estados Unidos de América, e incluso en Latinoamérica, prueba que el principio de las libertades merece el atrincheramiento en las Constituciones nacionales. Pues los sectores populistas y nacionalistas ganan terreno cuando las cartas de derechos son consideradas como papel mojado, descartable mediante el discurso retórico

y artificios persuasivos, contrapuesto a la argumentación responsable con evidencias verdaderas y razonables. Como señalara RAWLS no importa el discurso sino la razón.

BIBLIOGRAFÍA

RAWLS, JOHN, *A theory of justice*, Revised Edition, 1999.

— *Justice as fairness. A Restatement*, 2001.

— *Collected Papers*.

WALDRON, JEREMY, *Derechos y desacuerdos*, 2005.

— *The dignity of legislation*, 1999.

— *Political political theory*, 2016.