

COMENTARIOS A LA PONENCIA DEL PROF. VIVES

Por Manuel Jiménez Redondo

Sumario: 1. Una vieja discusión. 2. La posición original y su interpretación kantiana. 2.1. Posición original y velo de ignorancia. 2.2. Imparcialidad. 2.3. «Interpretación kantiana» de la posición original. 2.4. Bienes primarios. 2.5. Los principios de justicia. 2.6. Algunos problemas conceptuales. 2.7. Libertad y posición original. 2.8. Un excursus histórico sobre la prioridad del primer principio. 3. La justicia como imparcialidad, «political, not metaphysical». 3.1. Doctrinas comprensivas y no comprensivas. 3.2. Libertad para errar. 3.3. Paradoja de la teoría política. 4. Vuelta a Kant en sus propios términos. 4.1. La objeción de Habermas. 4.2. Mi discrepancia con Vives. 5. Anclados en el liberalismo, ¿dónde, si no? 5.1. Primera pregunta. 5.2. Segunda pregunta. 5.3. Tercera pregunta. 5.4. Cuarta pregunta. 5.5. La integración social en la Europa de posguerra.

1. UNA VIEJA DISCUSIÓN

De los siete apartados en que el Prof. Vives divide su artículo, solo discrepo con él en el contenido de uno de ellos, por lo menos parcialmente, aunque tampoco estoy seguro de que en realidad se trate de una discrepancia y no de una simple cuestión de interpretación, como diré en su momento. Se trata del contenido del apartado sexto de su artículo, en el que Vives discute la cuestión de la fundamentación de los principios de justicia, dando por superados los elementos metafísicos de la filosofía política y del Derecho de Kant.

Procederé, por tanto, haciendo primero una exposición (complementaria a la de Vives) de la teoría de la justicia de Rawls, centrándome en los temas kantianos de Rawls, y entrando para ello en las dos interpretaciones bastante distintas que Rawls hizo de su teoría de la justicia, una en el apartado 40 de *Una teoría de la justicia* (1971), titulado «La interpretación kantiana de la justicia como imparcialidad» y otra en el artículo titulado «Justice as fairness: political, not metaphysical» (1985)¹. Esta será la parte más larga de mi texto (apartados 2 y 3). Me referiré después más brevemente al po-

sible punto de discrepancia con la posición de Vives (apartado 4). Y, por último, acompañaré a Vives en su defensa del liberalismo. Lo haré respondiendo a cuatro preguntas que el Prof. Manuel Atienza me hacía en esta misma revista a propósito de un artículo mío sobre el concepto de persona en Kant (apartado 5)².

Con la presente ponencia retomo una vieja discusión con el Prof. Vives que está lejos de ser intempestiva, pues se ha reavivado recientemente con la ocupación de ambos en la *La metafísica de las costumbres* de Kant en relación con el liberalismo político y otros temas de la actualidad

2. LA POSICIÓN ORIGINAL Y SU INTERPRETACIÓN KANTIANA

2.1. POSICIÓN ORIGINAL Y VELO DE IGNORANCIA

Rawls se pregunta por los principios a los que han de satisfacer las instituciones básicas de un orden social para ser considerado justo. Su respuesta es que esos principios son aque-

llos que serían escogidos por egoístas *racionales* no envidiosos y con aversión al riesgo en una *posición original* caracterizada por el *velo de ignorancia*.

Este velo de ignorancia determina lo que frente a la *racionalidad económica* podemos llamar la *razonabilidad moral*, a la vez que, para la elección de principios que ha de hacerse en esa posición, nos permite hacer uso de aquella. La respuesta a la pregunta por los principios a los que ha de responder la estructura normativa de las instituciones básicas de un orden social es, por tanto, una cuestión de elección *racional* en sentido económico, es decir, en el sentido de la elección de un agente que trata de maximizar su propia utilidad en las condiciones que el velo de ignorancia le impone; pero se trata de una elección racional sometida a las ligaduras de lo *razonable*, representadas precisamente por la posición original con su velo de ignorancia.

Velo de ignorancia significa que quien ha de hacer la elección tiene todo el saber teórico y empírico que se quiera acerca de un orden social y de su funcionamiento. Cuanto más mejor. Pero ignora dos cosas: primero, no sabe qué posición le va tocar ocupar a él en ese orden y, segundo, tampoco sabe en qué momento histórico va a ocuparla. Y, naturalmente, hay que precisar: no sabe nada de lo relacionado con la posición en la que él le va a tocar aparecer y desde la que a él le va a tocar desenvolverse *en una sociedad moderna*. Esto viene decidido de antemano por los propios elementos constructivos de la posición original. En la posición original, las partes son individuos modernos que tratan de maximizar su propia utilidad, desligados de toda idea de orden tradicional sustancial, que de antemano queda puesta entre paréntesis con la posición original misma. Y las partes en la posición original tampoco saben (el fin de esta ignorancia es el de poder obtener criterios de justicia entre generaciones) el momento histórico en que se va a desenvolver su existencia dentro de esa *sociedad moderna*. Esta modernidad de las partes en la posición original es un supuesto no tema-

tizado, sino algo que se da por descontado. Por un lado, Rawls plantea las cosas en términos abstractos; por otro, las *circunstancias de la justicia* son todas modernas.

Ello es consecuente si lo que Rawls pretende conseguir con su construcción es poner delante del *sentido de la justicia* de los habitantes de las sociedades liberales modernas un espejo en el que ese sentido se refleje, se articule conceptualmente, de modo que a partir de esa articulación conceptual quepa razonar, sacar conclusiones y hacer autocrítica. En lo que se refiere a la validez, esa construcción (esa «teoría de la justicia») no tiene más validez que la que quepa atribuir al contenido del sentido de la justicia que en ella queda reflejado y articulado. En principio, *Una teoría de la justicia* no es sino la reconstrucción de *factum* del sentido común de la justicia de las sociedades democrático-liberales.

2.2. IMPARCIALIDAD

La *posición original* es una situación de elección racional en el sentido de racionalidad económica. Pero no es una situación contractual o de cierre de un contrato. En la posición original, propiamente, no tenemos ni dualidad ni pluralidad. Tenemos sí a las «partes en la posición original», pero se diría que reducidas a *un* elector racional, al mismo agente racional que aparece en un texto de economía, construido de forma tal que él puede ser cualquiera y que está en el lugar de cualquiera. Lo que él va a escoger sería lo que cualquiera escogería en las distintas posiciones, incluso en posiciones de competencia con otros, que él pueda ocupar. Él, por construcción, está puesto de antemano en la posición de todos y de cada uno. Él es, por tanto, *imparcial*. Lo que él escoge es lo que cualquiera escogería. Lo que él escoge va a aplicarse a él y a cualquiera, pues él es cualquiera. Los principios que él escoja, principios que han de guiar el diseño, el desenvolvimiento y los eventuales cambios o reformas de las instituciones básicas de un orden social en su aspecto normativo, serían los que cualquier-

ra escogería; esos principios son, por tanto, igualmente *imparciales*. El individuo empírico es siempre parcial en mayor o menor medida, es incapaz de una imparcialidad completa. No ocurre lo mismo con las «partes en la posición original», que son tales que aquello que escogan casi sería una encarnación o representación de la imparcialidad. Un orden social político, jurídico y social construido conforme a estos principios es juego limpio, es *fairness*; de ahí la idea justicia como imparcialidad, de *justice as fairness*. Podemos entender que los principios construidos de esta forma definen *la justicia* concebida como *virtud de las instituciones básicas* de un orden social.

2.3. «INTERPRETACIÓN KANTIANA» DE LA POSICIÓN ORIGINAL

De la posición original, que representa las ligaduras de lo *razonable*, podemos dar, dice Rawls, una «interpretación kantiana». Esa posición sería el punto de vista desde el que un *noumenal self*, o los *noumenal selves*, *libres e iguales*, abstraídos de todas las condiciones empíricas, miran el mundo. Por un lado, las ligaduras de razonabilidad que la posición original representa vendrían justificadas porque de ellas cabe obtener (vía elección racional) los principios de justicia en los que nuestro sentido de la justicia se refleja y se vuelve explícito; son un artificio para ello. Pero por otro lado, Rawls quiere que el contenido normativo de ese *factum* no se quede en contingencia histórica o particularismo cultural, sino que se vea apoyado por la mejores tradiciones de pensamiento ético político y, muy en especial, por el pensamiento de Kant. En este sentido, los principios obtenidos en la posición original equivaldrían a los principios *a priori* de justicia de Kant. Por este lado, una teoría de la justicia de Rawls vendría a ser una reformulación de Kant, en la que se prescinde de la base metafísica de Kant, un Kant que sigue siéndolo aunque sobre otras bases. Y la verdad es que no sobre otra base que sobre el sentido de justicia que la construcción hace conceptualmente explícito. El sentido de

la justicia de las democracias liberales se ve llamado y llevado así al universalismo de Kant; pero Kant corre también el riesgo de verse reducido a un marco particularista, el del *factum* del sentido mayoritario de la justicia en las democracias liberales.

Pienso que esto es importante, por más que suela quedar en segundo plano quizá a causa de la estructura constrictiva del punto de partida de la posición original, y digo constrictiva porque no deja de ejercer una cierta fascinación. Ese punto de partida es brillante, intuitivo y convincente, pero en realidad solo sobre el trasfondo de esa interpretación. En cuanto se publicó el libro, a principios de los años 70 del siglo pasado, Rawls era la «interpretación kantiana» de Rawls y, a la inversa, la filosofía práctica de Kant se convirtió en algo así como lo que en *Una teoría de la justicia* es la interpretación que con toda obviada Kant hace (o puede hacerse desde Kant) de la posición original de Rawls.

Y es que, además, en lo mismo venían a confluír los resultados de la mejor metaética analítica; por ejemplo, el análisis del lenguaje moral de R. M. Hare (por más que el propio Rawls no mostrase en su obra ningún particular aprecio por ese tipo de análisis), la descripción del «moral point of view» que hacía Baier, etc. Todo ello apuntaba a Kant. Y hacia Kant (no ya hacia Hegel) apuntaban expresamente también las publicaciones de Habermas, uno de los protagonistas de la discusión de los representantes de la Escuela de Frankfurt con el positivismo, interesado igualmente por estos desarrollos de la filosofía analítica e interesado muy en especial por los problemas de fundamentación, es decir, por los problemas de racionalidad y de decisión racional en la moral y en el Derecho en contra las tesis positivistas más duras, relativas a que las cuestiones prácticas no son susceptibles de decisión racional. Se pensó que, frente a las posiciones positivistas, posiciones como la de Habermas podrían dar una fundamentada respuesta a la pregunta de por qué las instituciones jurídicas y políticas básicas no podían sacudirse la cuestión de su

legitimidad y de cuáles podrían ser los criterios de racionalidad de esta. Y para esto último cabía recurrir a la *posición original* de Rawls y a los principios que se obtenían de ella. Bastaba con dar fundamento a ese recurso. Y de ello se ocupaba el nuevo pensamiento ético directamente inspirado en Kant orientado a Kant. Es posible que *Una teoría de la justicia*, dividida entre el universalismo de la filosofía ética, jurídica y política de Kant (simplemente invocada en la «la interpretación kantiana», pero no revalidada), y el particularismo histórico del sentido común de la justicia en las sociedades liberales no contuviese, en definitiva, ninguna fundamentación de principios y que más bien careciese de ella, como varias veces escuché a Apel y a Habermas, pero sí que era, por así decirlo, la mejor «operacionalización» posible de los principios básicos, una vez fundamentados estos. La importancia de la obra de Rawls radicaba en su riqueza de contenidos y de detalles a la hora de obtener esquemas para la aplicación de esos principios.

2.4. BIENES PRIMARIOS

La *posición original* es una situación de elección en la que un egoísta racional, en condiciones de ignorancia (velo de ignorancia) tales que lo ponen en el lugar de cualquiera, ha de elegir los principios a los que ha de obedecer la estructura de las instituciones básicas de la sociedad en la que va vivir y que, dadas las condiciones de elección, aparte de ser los principios justos por imparciales, serían los que escogería cualquier elector que tratase de maximizar su utilidad posible en tales condiciones. Pero alguien que en el mercado trata de maximizar su utilidad —es decir, trata de emplear de la manera más eficiente los medios de pago de que dispone— lo que elige son bienes, estableciendo entre los bienes posibles un orden de preferencia y un orden de sustitución de unos por otros. Y aquí la cuestión es, entonces, sobre qué puede versar la elección racional en la posición original una vez que suponemos el *velo de ignorancia*.

Pues bien, supuesto el velo de ignorancia, la elección solo puede versar sobre lo que Rawls llama «bienes primarios», es decir, *sobre cosas que se desean cualesquiera sean las otras cosas que además se deseen* y como condición de esas otras cosas. Esos bienes primarios son, para Rawls, *libertades y bienestar*, pero en orden lexicográfico; es decir, primero las libertades y después el bienestar: no se sacrifican libertades por ventajas económicas. Los principios que las partes escogen en la *posición original*, que son los principios a los que han de responder las instituciones para ser consideradas justas, son principios, por tanto, que se refieren al aseguramiento de esos bienes.

2.5. LOS PRINCIPIOS DE JUSTICIA

Los principios de justicia son dos, más una regla de prioridad. Conforme al primero, cada persona ha de tener igual derecho al esquema más amplio posible de iguales libertades básicas compatible con un igual esquema de libertades para todos. Conforme al segundo, las desigualdades sociales y económicas tienen que ser arregladas de forma que (a) pueda razonablemente esperarse que redunden en ventaja de todos y, por tanto no constituyan un desmentido del principio de libertad, sino que le den base y efectividad, y (b) vengan ligadas a posiciones y puestos que en principio estén abiertos a todos.

Estos dos principios quedan articulados por lo que Rawls llama «regla de prioridad», que dice que estos dos principios de justicia han de cumplirse por orden, y, por tanto, que la libertad solo puede restringirse por mor de la libertad misma. En este sentido, pueden darse dos casos de esta restricción: (a) una menor libertad tiene que reforzar el sistema total de igual libertad compartido por todos, y (b) una libertad menor que la igual libertad tiene que ser aceptable para aquellos agentes a los que ello pueda afectar, por enderezarse exclusivamente a promover y a asegurar la libertad, como puede ocurrir en caso de discriminaciones positivas.

2.6. ALGUNOS PROBLEMAS CONCEPTUALES

Pero con la introducción de los *bienes primarios* se plantean ya algunos problemas serios de construcción. *Primero*, Rawls quiere distinguir entre *right* y *good*, entre lo que es una teoría del bien y una teoría de la justicia, es decir, una teoría de las ligaduras a las que ha de estar sometida la búsqueda del propio bien por parte de cada cual o por parte de los colectivos. Pero esta teoría de las ligaduras incluye una teoría de los bienes primarios sobre los que pueda versar la elección en la posición original. Rawls, por tanto, tiene que distinguir una *fine theory of good*, la teoría de los bienes sobre los que versa la decisión en la posición original, y una *full theory of good*, la teoría del proyecto de vida individual, de la búsqueda individual de lo que cada cual considera su bien, o lo de lo que cada grupo o colectivo considera su bien en conjunto, que es cosa distinta para cada individuo o para cada colectivo, una búsqueda sometida a las ligaduras de la justicia que son las mismas para todos los habitantes de una sociedad justa. Por otro lado, una *sociedad bien ordenada* conforme a los principios de justicia acaba siendo para todos una bendición y todos acaban considerando ese orden como un bien, como *the good of justice*. La conceptualización de Rawls no cuadra del todo: hay por parte de Rawls una voluntad kantiana de mantener separadas las cuestiones universales de justicia de las cuestiones particulares de la búsqueda del propio bien, pero en *Una teoría de la justicia* esa voluntad fracasa insistentemente, dado que los conceptos se le mezclan en un sentido en que Rawls no los querría ver mezclados y en sentido distinto a aquel en que pueden solaparse en el concepto de «bien supremo» de Kant. Pese a lo atractivo del planteamiento, los conceptos quedan un poco trastocados, no acaban de estar del todo en su sitio, en el sitio que los querría Rawls. Aquella neta distinción de Kant entre justicia, que siempre ha de ser la misma para todos, y felicidad, que para cada cual y para cada grupo o colectivo es seguramente algo distinto o muy distinto, no es sostenible si la libertad ha de entenderse como un «bien».

2.7. LIBERTAD Y POSICIÓN ORIGINAL

Pero estas dificultades, aunque no dejen de serlo, pierden importancia cuando se repara en que la razón de que la posición original como construcción de un punto de vista imparcial resulte intuitivamente tan convincente es que está tan modernamente construida que lo que el «bien» abstracto sobre el que ella se funda y el «bien» que de ella resulta en forma de principios y el «bien» que en ella se introduce expresamente como un «bien primario» tal que nunca puede sacrificarse a otro es la libertad formal moderna. No hay deducción, sino una fuerte asociación intuitiva entre elementos que son en definitiva un mismo elemento.

Pues si, a la inversa, suponemos la libertad abstracta o formal moderna como principio del Derecho y le damos el sentido de una libertad absoluta, es decir, de que esa libertad no puede tener otro límite que la igual libertad, entonces casi se sigue la *posición original* de Rawls. Dicho de otro modo: a la hora de diseñar un orden justo o de tratar de conducir un orden existente a un orden de justicia yo he de olvidarme de todo (*velo de ignorancia*), excepto de que ha de ser aproximadamente verdad que cada cual pueda configurar su vida como le parezca sin necesidad de pedir ni autorización ni permiso a nadie, con la única limitación de reconocer ese mismo derecho a todos los demás (*primer principio*), y que además la base económica de ello ha de estar organizada de forma que, por profundas que sean las diferencias que permita, no se conviertan en un desmentido sistemático del principio de igual libertad y en una destrucción del auto-respeto del ser libre, sino que esté diseñada para prestarle efectivamente apoyo, aparte de redundar en beneficio del conjunto (*segundo principio*).

2.8. UN EXCURSO HISTÓRICO SOBRE LA PRIORIDAD DEL PRIMER PRINCIPIO

Aclarémosnos sobre la prioridad moderna del principio de libertad mediante unas breves

referencias históricas. Por libertad podemos entender, tal como se define en el título tercero del libro primero de las *Institutiones* de Justiniano, la *facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut iure prohibetur* (la facultad de hacer lo que uno quiera hacer a no ser que le venga prohibido por la fuerza o por el Derecho). Esta facultad que caracteriza al libre se opone a la servidumbre, a la *servitus*, que es una *institutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur* (una institución del derecho de gentes por la que alguien queda sometido al dominio ajeno *contra naturam*). Podemos entender la existencia moderna como la que está basada en aquella protesta y reclamación que podría extraerse del título segundo del libro primero de las *Institutiones* de Justiniano contra toda clase de *servitutes quae sunt iuri naturali contraria. Iure enim naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur*, es decir, contra todas aquellas servidumbres que son contrarias al Derecho natural, pues por Derecho natural todos los hombres nacían libres desde el principio. Y así, la existencia moderna es aquella que se quiere reponer en lo que no puede considerar sino como su principio u origen racional, que quiere volver a ponerse tal como salió de las manos del Creador, que busca un nuevo comienzo racional, que protagoniza una ruptura con todo lo viejo, después de que la razón teórica ilustrada hubiera roto las bases de cualquier orden *sustancial* del que el individuo pudiera considerarse solo *accidente*. La *libertas* deja entonces de ser una *institutio* más al lado de la *servitus* y se convierte en principio del derecho.

Y entonces, si la libertad es la facultad de hacer lo que uno decida hacer *nisi si quid aut vi aut iure prohibetur* (a no ser que algo venga impedido por el Derecho o por la fuerza), resulta que en la existencia moderna no se admite otro Derecho que restrinja la libertad que el nacido de la exigencia de igual libertad ni es admisible otra violencia que restrinja la libertad que aquella que asegure la igual libertad. Por tanto, en lo que se refiere a principios del Derecho, la existencia moderna se caracteriza porque la

libertad no tiene más límite que ella misma, en este sentido se convierte *en absoluta*. Todo esto es lo que Kant trae a concepto, y es así como quiere ser interpretada la construcción de la posición original de Rawls.

Para que la libertad se convierta en absoluta, y para que esta libertad absoluta se convierta en principio del Derecho, la relación de los hombres con los dioses tuvo que experimentar una profunda transformación. Según el título primero del libro segundo de las *Institutiones*, si la *divisio* más general del Derecho de personas era que los hombres o son libres o siervos, la división más general del Derecho de cosas es que las cosas o están en nuestro patrimonio o no lo están. Y las que no están ni pueden estar en nuestro patrimonio son las cosas que o bien son comunes, porque pertenecen a todos los hombres, como pueden ser el aire, los ríos o el mar, o pertenecen a la ciudad, como pueden ser los teatros, etc., o bien son cosas *esencialmente* de nadie. *Nullius autem sunt res sacrae et religiosae et sanctae: quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est* (pero cosas de nadie son las cosas sagradas, religiosas y santas, pues lo que es de derecho divino no está entre los bienes de nadie, *tampoco del colectivo*). Y así, si la existencia premoderna se caracteriza por una transferencia Del derecho de personas al de cosas por la que una clase de personas queda convertida en cosas que pueden pertenecer a los demás, la existencia moderna se caracteriza, por así decirlo, por una transferencia del Derecho de cosas al de personas por la que *el libre* se encuentra a sí mismo como algo que él no ha puesto y, por tanto, no se pertenece a sí mismo, tampoco pertenece a ningún otro —ningún otro puede ponerlo en su patrimonio—, y tampoco pertenece al colectivo; es *esencialmente* una *res nullius*, es decir, una cosa *sacra et religiosa et sancta*, por cierto, la única cosa intangible que se está dispuesto a reconocer en la existencia pública moderna. El libre no está a disposición última de nadie, ni siquiera del propio interesado, al que no le es lícito, como aún lo es en las *Institutiones* de Justiniano, «venderse como esclavo para participar del pre-

cio de la venta» (libro I, título III). El hombre es lo que Kant llamaba un *fin en sí*. He aquí el sujeto liberal y su dignidad personal, que no tiene precio. Así, para Kant, incluso la existencia de Dios, que se vuelve inaccesible para la razón teórica, se convierte a lo sumo en un postulado de sentido de la razón práctica, de la razón que queda en el centro, por tanto, convertida en ley para sí misma, del ser libre que se es ley, de la libertad que por su lado negativo es *espontaneidad* y por su lado positivo *autonomía*, no solo *clave de bóveda*, sino también *pedra angular* del sistema de la razón, como señala Vives. Para la existencia moderna no hay, pues, sentido absoluto que no esté directamente ligado al ser libre en su doble cara de libertad interna (moral) y de libertad externa (Derecho y política). El principio de la libertad externa, es decir, el principio de igual libertad bajo leyes generales que puedan entenderse como provenientes de forma real y efectiva de la voluntad unida de todos es para Kant un principio incondicionado de la razón, la expresión de la libertad convertida externamente en ley para sí misma

Pues bien, todos estos conceptos metafísicos a los que acabo de apuntar con estas esas sucintas y dispersas referencias históricas son conceptos que vienen sugeridos —y en cierto modo incluidos— en el punto de vista (que es la *posición original*) desde el que los *noumenales* seres libres e iguales, miran el mundo. Este *homo noumenon*, que Rawls pone en el trasfondo, pero con el que no se compromete ni tiene elementos teóricos para comprometerse, es el que en definitiva está en la base del *homo phaenomenon* portador del contenido (para Kant incondicional) del sentido de la justicia que como hecho histórico predomina en las sociedades liberales modernas, pero con cuya mera *facticidad* Rawls tampoco parece contentarse. Las bases de *Una teoría de la justicia* son, en cierto modo y por este lado de su interpretación kantiana, bases tomadas en préstamo.

Y así, cuando llega el momento de referirse a cosas tales como la dignidad de la persona, el carácter de iguales y libres de todos los hom-

bres, la idea del hombre como un fin en sí, es decir, a todo aquello que el cristianismo introdujo poniéndolo en el más allá y que la crítica ilustrada del cristianismo trasladó al más acá, Rawls se remite casi siempre al apartado 40 de su libro, titulado «Interpretación kantiana de la justicia como imparcialidad». El lector del libro de Rawls se da cuenta de que la premisa de todos los razonamientos de Rawls queda perfectamente resumida en la frase «la posición original y su interpretación kantiana», que en el libro se repite a menudo.

3. LA JUSTICIA COMO IMPARCIALIDAD, «POLITICAL, NOT METAPHYSICAL»

3.1. DOCTRINAS COMPREHENSIVAS Y NO COMPREHENSIVAS

A mediados de los años 80, Rawls intentó un sucedáneo de fundamentación, que consistía en hacer de la necesidad virtud³. A mí me resultó convincente, y en cierto modo me lo sigue pareciendo hoy. Este segundo Rawls es el que queda en primer plano en la exposición de Vives y al que este se refiere de forma casi tan crítica como al de la interpretación kantiana de la posición original. Rawls se da cuenta de que *A Theory of Justice* no fundamenta nada, de que el libro es deficitario en lo que se refiere a bases y que todo queda en el aire. En lo que respecta a fundamentación, en el libro, como ya he indicado, se produce una oscilación constante entre la apelación a nuestro sentido de la justicia, del que *Una teoría de la justicia* quería ser una construcción especular, por un lado, y la interpretación kantiana de la posición original, por otro. Nuestro sentido de la justicia es, en principio, una particularidad cultural que solo de la interpretación kantiana obtendría prestado un cierto aire de universalidad y necesidad práctica.

Pues bien, el segundo Rawls deja un tanto de lado la interpretación kantiana y se centra

más bien en *nuestro sentido de la justicia*. Con la ayuda de Kant y con los medios de la teoría de la decisión racional, nuestro sentido de la justicia se había hecho una *imagen* de sí. Pero ahora es desde su propia historia desde donde da *razón de sí*. Para este segundo Rawls, los principios de *Una teoría de la justicia* no han de entenderse desde aquella apelación a la metafísica kantiana, sino en términos *políticos*, es decir, como salida a las «guerras de religión» y como un modo de hacerse a sí misma viable lo que podemos llamar la condición humana moderna, es decir, la condición de un insuperable y radical desacuerdo en lo que se refiere a visión última de las cosas. Los conceptos metafísicos de Kant poco pueden hacer aquí, pues.

Los principios de justicia son la *construcción*, el invento, con el que la condición humana moderna se hace viable a sí misma⁴. La fundamentación de *justice as fairness* consiste en que no hay tal fundamentación porque en este asunto no habría ninguna verdad que demostrar. Pretender que la hay, es decir, pretender que esos principios han de formar parte de una visión del mundo y de las cosas teóricamente bien fundada es profesar una *comprehensive doctrine*, es entender el *political liberalism* como una *comprehensive doctrine*, como una doctrina metafísica, como una cosmovisión, como una visión del sentido último de la vida y del mundo que se opondrá a otras visiones, cuando, si se miran bien las cosas, los principios de la modernidad política son tales que ni se basan ni pueden basarse en ninguna doctrina verdadera porque precisamente se gestaron muy lenta y trabajosamente ante la dura y sangrienta evidencia de que ello no era posible, y nacieron precisamente para poner remedio a esa situación. Fueron la *construcción* con la que se salió de las «guerras de religión» y que puso remedio a ellas. Pues la doctrina verdadera sería, por supuesto, la mía; si no lo fuese, yo no la profesaría. Pero los principios de justicia que de ella se siguiesen quizá nada tienen que ver con los que se siguen de las creencias de otros, con la consecuencia de que, si los principios de justicia hubieran de obtenerse de una doctrina

verdadera, en la realidad no habría justicia, pues no podría haber una concepción *compartida* de la justicia, que es la única forma de que haya justicia, sino que solo habría guerra en los términos en que ello se explica en el capítulo XIII del *Leviatán* de Hobbes.

Los principios de la modernidad política y jurídica no se basan en ninguna doctrina verdadera, sino que la cuestión de la doctrina verdadera acerca del orden político se convierte a comienzos de la existencia moderna en el problema al que modernidad política da una inverosímil solución, que acaba finalmente consistiendo más o menos en los principios de justicia que Rawls deduce de la posición original y su velo de ignorancia. Esa solución es una solución de la que cualquiera que se vea en la misma situación podría aprender (en ello y no en otra cosa radica la *universalidad* de esos principios), pues no se ve cuál podría ser la alternativa (y en ello radical su *necesidad práctica*). En cierto modo, ya no hay que recurrir a la filosofía de Kant para tomarle prestado un cierto aire de *universalidad* y *necesidad práctica*. *Silete theologi in munere alieno* (A. Gentili) —«callaos teólogos (y filósofos) en lo que no es vuestro asunto»—, pues la solución la aporta aquí el *político* jurista. Esta idea, que Rorty entendió enseguida como una «primacía de la democracia sobre la filosofía»⁵, ha contado en los últimos treinta años con un notable aplauso, e incluso se ha convertido en un lugar común (y en el fondo, y por paradójico que ello resulte dicho así, me parece lo más genuinamente kantiano y metafísico de Rawls, como aún diré).

3.2. LIBERTAD PARA ERRAR

Para entender el porqué de este aplauso recurriré a unas breves referencias históricas que pueden permitirnos entender mejor esta idea de Rawls y también su atractivo. Se trata de un pasaje de la oración fúnebre de J. B. Bossuet en las exequias de Enriqueta de Francia, la esposa de Carlos I, el rey decapitado en la revolución puritana inglesa de mediados del

siglo XVII, Bossuet, refiriéndose a Cromwell, capta perfectamente el espíritu del calvinismo político, el espíritu de la revolución puritana inglesa y, por tanto, lejanamente también el espíritu de la constitución americana, a la vez que pone bajo la peor luz posible el nacimiento de lo que fue algo así como el primer ensayo de democracia liberal moderna, es decir: principio de libertad y parlamento. Precisamente en ello radica lo revelador del texto, en el cual el sentido original moderno del término «político» apunta a lo que Rawls quiere decir con él: «Encontróse un hombre de espíritu profundo hasta lo increíble, tan refinado hipócrita como hábil *político* [...], que no dejaba a la fortuna nada de lo que podía quitarle por consejo y previsión [...], uno de esos espíritus inquietos y audaces que parecen nacidos para cambiar el mundo [...] A este le fue dado engañar a los pueblos y prevalecer sobre los reyes. Porque habiendo observado que en aquella monstruosa mezcla de sectas, que carecían de reglas ciertas, el placer de dogmatizar sin que lo rigiera ni reprimiera ninguna autoridad eclesiástica ni secular, era el encanto que dominaba los espíritus, supo tan bien conciliarlos por este lado, que de aquel monstruosa diversidad de sectas hizo un cuerpo temible. Cuando se ha conseguido atraer a la multitud con el cebo de la libertad, esta sigue a ciegas con tal de que oiga solamente el nombre. Ocupados los pueblos del primer objeto que los había impulsado, marchaban sin descanso sin considerar que iban a la servidumbre. Y su sutil conductor vio que de tal manera había encantado al mundo, que todo el ejército lo consideraba como un jefe enviado por Dios y comenzó a comprender que podía llevarlos más lejos todavía. No os referiré la afortunada serie de sus empresas [...] Designio de Dios era enseñar a los reyes a no abandonar a su Iglesia. Con un gran ejemplo quería Dios descubrir todo lo que quiere la herejía»⁶.

Como unos decenios antes de la revolución puritana inglesa decía el Padre Ribadeneira⁷, escandalizado ante las propuestas de los maquiavelistas, ante las propuestas de «los po-

líticos», Cromwell funda la república no sobre una verdad o sobre la verdad, sino sobre algo fuera de toda verdad, sobre algo más bien diabólico, sobre la «libertad para errar». Y, efectivamente, de aquella «monstruosa diversidad de sectas» erróneas unas para otras el «político» maquiavelista Cromwell construyó un temible Leviatán (el Estado moderno) capaz de imponer el pacificador Derecho que él dictaba, basado no en una verdad, sino en el reconocimiento político de la igual libertad para errar. El consenso que el funcionamiento del sistema jurídico necesita no se basa en ninguna verdad, sino solo en un *overlapping consensus*⁸ de *comprehensive doctrines*, de visiones muy distintas del mundo y de la vida, pero suficientemente *razonables* como para «encajar» en esa concepción pública, política, no teológica, no metafísica, de la justicia, y ese encaje es la medida de su *razonabilidad*.

Ese orden es lo suficientemente fuerte como para mantener a raya las *comprehensive doctrines* no razonables sin desdecirse de la presuposición de que el orden político liberal se basa en definitiva en la libertad para errar. Y si alguna de estas cobrase alguna vez una hegemonía tal que las tentase a deshacer lo hecho, dada la condición humana moderna, no haría sino iniciar una vez más la «guerra de religión» de la que la única salida sería otra vez la «concepción política, no metafísica» de la justicia.

3.3. PARADOJA DE LA TEORÍA POLÍTICA

Con ello se relaciona lo que Rawls llama la «paradoja de la teoría política». Esa paradoja nace del principio moderno de tolerancia. Conforme al artículo 10 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, «nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley». El artículo se refiere a modos fácticos de ver la vida y el orden de las cosas, a *comprehensive doctrines*, que podrían resultar contrarias a los principios de la Declaración.

Podríamos, pues, generalizar el contenido del artículo y hacerle decir: «Nadie debe ser molestado por razón de sus opiniones, ni aun de las contrarias a esta Declaración, siempre que al manifestarlas no se causen trastornos del orden público establecido por la ley atendida a los principios de esta Declaración». Pero si esta generalización es consistente, y creo que lo es, lógicamente la Declaración no parece querer imponerse frente a otras verdades ni competir con ellas, ni siquiera con las opuestas a ella, sino que solo quiere ser una fórmula de convivencia entre quienes han hecho la experiencia de no compartir verdades últimas. Una teoría política que se entienda bien a sí misma, esa es la conclusión de Rawls, no puede entenderse como una *teoría verdadera*, lo cual resulta, ciertamente, paradójico, sino solo como una propuesta política de convivencia en este sentido.

Ahora bien, esta convivencia no sería posible a la larga, o, por lo menos, sería muy difícil si las *comprehensive doctrines* no lograsen dar acomodo dentro de ellas mismas a ese rasgo básico de la condición humana moderna y a lo que políticamente implica. Unos aceptarían los principios de la Declaración porque por vías muy distintas esos principios serían en definitiva susceptibles de *deducirse* de sus convicciones últimas, otros porque esos principios *encajarían* en definitiva en sus convicciones últimas, otros porque en última instancia no serían del todo *incompatibles* con sus convicciones últimas, otros simplemente porque, en definitiva, se han convertido en los principios de un *modus vivendi* que no parece tener otra alternativa que la guerra, y otros, finalmente, porque para ellos son de por sí y sin más los principios *verdaderos* (lo cual, y esto es importante, no los deja en situación distinta a la de los demás).

El caso es que, una vez que esto sucediese, los adeptos de las distintas doctrinas comprensivas, sin pretender desde luego hacerlas valer para todos, lucharían desde ellas como *adversarios* por la correcta interpretación de los principios y tratarían de hacer *hegemónica* la suya siempre que los demás pudiesen enten-

derla como interpretación posible de unos mismos principios⁹. Los *enemigos* se convierten en *adversarios* en el proceso político, en *ponentes* y *opponentes* en el proceso de discusión democrática. Y ello demasiadas veces al borde de que ese consenso pueda romperse y pueda recaerse en el enfrentamiento *amigo-enemigo*.

En suma, el consenso que sostiene un orden atenido esos principios de justicia como remedio al no entendimiento sobre verdades últimas hace que haya una concepción *común*, compartida, de la justicia, y, por tanto, permite que haya justicia, si no *esencial* (pues esta se ha vuelto imposible como visión compartida por todos para «la monstruosa diversidad de sectas» en que se fragmenta la existencia moderna), sí *artificial*, *construida*; es un *overlapping consensus*.

4. VUELTA A KANT EN SUS PROPIOS TÉRMINOS

Para Rawls, pues, el Estado liberal moderno es en definitiva un *artefacto* (Hobbes), una creación artificial con el que la condición humana moderna se hace viable a sí misma por la vía de no asentar el sistema jurídico y político en ninguna supuesta verdad o sentido último de la vida y del mundo que pudiera compartirse, sino sobre un «arreglo» que institucionaliza y ofrece una salida *equitativa* a la experiencia de su imposibilidad.

4.1. LA OBJECCIÓN DE HABERMAS

Pero el problema es ese «equitativa» que habrá de ser ajeno a todas las doctrinas comprensivas y que todas, sin embargo, si son razonables, habrían de poder «hacer suyo» y que, en todo caso, se convierte en criterio de su razonabilidad. ¿No supone esa *fairness* una autoridad epistémica independiente de ellas y por encima de ellas? Es la objeción que hacía Habermas a Rawls en un conocido debate con

este (1995)¹⁰, a la que se refiere Vives en estos términos: «Si Habermas tiene razón en ese punto —y, a primera vista, parece tenerla— la justificación de los principios de justicia en términos morales, que Rawls arroja por la puerta de su edificio de la teoría de la justicia, se le cuela —a su pesar— por la ventana. Pues la razonabilidad de las concepciones del mundo que conviven en nuestras sociedades, cada vez más plurales, solo puede establecerse desde fuera de ellas, bien sea a partir del mero hecho de la convivencia (pero, entonces, el resultado sería, simplemente, el actual *modus vivendi*), o bien de alguna clase de Derecho moral que, en el ámbito de la justicia, hubiera de prevalecer sobre la autoridad de cualesquiera concepciones del mundo. Solo esa segunda opción, si fuera posible, posibilitaría, a su vez, un *overlapping consensus*».

Habermas pretende que el principio en que se expresa ese «punto de vista moral» que habría de prevalecer sobre la autoridad de cualesquiera concepciones del mundo y que estas, por divergentes que fueren, podrían acabar reconociendo en su base, puede obtenerse de las propias estructuras del «habla argumentativa», entendida esta como la forma de reflexión de nuestro hablar y hacer. Siempre que nos ponemos a discutir sobre normas, estaríamos ya suponiendo de una u otra manera que «solo puede considerarse legítima aquella norma a las que todos los posibles afectados por ella hubieran podido prestar su asentimiento como participantes en discusiones racionales». Y por «discusiones racionales» habrían de entender las desarrolladas en términos tales que sus resultados tengan a favor la presunción de contar con los mejores argumentos, aunque ese resultado no sea un acuerdo sino solo algún tipo de compromiso cuya equidad viniese medida por estas condiciones de racionalidad de la discusión. Habermas supone una humanidad que, a la vez que convertida en *una*, no tiene más remedio que hacer frente a su propia pluralidad en lo que se refiere a visiones del mundo y de la vida, y que para ello no le tiene otra alternativa que recurrir a principios formales que se

siguen de los propios supuestos del habla argumentativa, de «la pura estructura del habla», que, en cuanto abrimos la boca para dar una razón, semejan un contrato que ya siempre hubiésemos firmado, algo en lo que ya siempre, todos, estaríamos de acuerdo mientras estemos dispuestos a razonar.

Pero que los principios de justicia sean deducibles de la estructura misma del habla argumentativa es una tesis que en Habermas se ha quedado siempre en una aseveración y en una promesa de deducción nunca realizada; nunca he visto a Habermas hacer tal deducción, y cuando lo ha intentado tímidamente alguna vez se ha encontrado con que, más que obtenerse de las supuestas estructuras universales del habla argumentativa, los principios que estaba deduciendo simplemente se estaban suponiendo ya de antemano.

Vives rechaza, creo que con toda razón, esta clase de especulaciones, estas reconstrucciones de supuestos al estilo de la deducción de condiciones de posibilidad de la filosofía trascendental, y concluye que «si se espera de la concepción de la justicia del liberalismo político una justificación más fuerte que la contextual, limitada y remitida a un consenso posible que ofrecen las formulaciones de Rawls, creo que no podría darla. Y, sin embargo, creo, a la vez, que el núcleo básico del liberalismo político podría, quizás, proporcionar paradigmas de justicia que pudiesen ser defendidos de modo casi universal [...] e, incluso, llevados poco a poco a la práctica. Porque, con la globalización, el sentido ético común de las democracias, que constituye el punto de partida de la construcción de Rawls, se está universalizando y, tras esa universalización, la igualdad de los seres humanos en dignidad y derechos es algo que no sé en qué términos podría discutirse seriamente».

4.2. MI DISCREPANCIA CON VIVES

No estoy de acuerdo con Vives en este punto, pues en esta última frase hay dos cosas

dispar, un *es* y un *debes*, es decir, un *hecho*, el de la universalización, y algo que no es un hecho, sino una cuestión de *Derecho*, a saber, todo lo relacionado con la incondicional igualdad de los seres humanos en dignidad y derechos. Y sin embargo, estoy de acuerdo. La diferencia está en que, a mi juicio, precisamente el *contexto* del que habla Vives se convierte en *principio*. Un principio que trasparece en el choque de las cosmovisiones divergentes y con el que todas ellas, por divergentes que sean, han de pelear hoy por igual. O, dicho en los propios términos de Kant: trasparece la razón práctica, que demuestra *durch die Tat*, es decir, anunciándose y haciéndose valer en la práctica, su realidad y el carácter incondicionado de sus conceptos y de sus principios, de suerte que el querer obviarlos resulta vano, prácticamente imposible. Es lo que dice Kant en las primeras líneas del prefacio de su *Crítica de la razón práctica*.

Vives dice que no es posible «una justificación más fuerte de los principios de justicia que la contextual, limitada y remitida a un consenso posible», pero que «el núcleo básico del liberalismo podría proporcionar paradigmas que pudiesen ser defendidos de modo cuasi universal e incluso llevados a la práctica [...] pues el punto de partida de la construcción de Rawls, el sentido de la justicia de las democracias liberales, se está universalizando y, tras esa universalización, la igualdad de los seres humanos en dignidad y derechos es algo que no sé en qué términos podría discutirse seriamente». Este es, por tanto, un *contexto* que es algo más o mucho más que un contexto. Es un contexto en el que se anuncia un *universal incondicionado, una verdad práctica de tipo categórico*. Y pienso, o sigo pensando, que la mejor manera de conceptualizar esto es recurrir a los conceptos metafísicos de Kant.

Trataré de explicarme algo más. Incluso en las negaciones más reaccionarias, convulsivas y feroces de los principios de un orden liberal de Derecho, lo que se trasluce, lo que se deja ver cada vez más para todos, incluso en términos absolutamente críticos para la democracias li-

berales occidentales, es el principio de libertad como única base de regulación posible, sin alternativa (o eso o la sinrazón), en un mundo convertido cada vez más densamente en un mundo *uno, y como sostén del respeto a la dignidad que todos y cada uno reclaman para sí*. Es el principio práctico incondicionado que, tal como lo explica Kant al principio de la *Crítica de la razón práctica*, se hace sentir en forma de *contexto* apremiante y que, al hacerse sentir, pone de manifiesto aquella nuestra condición que para la razón teórica siempre sería problemática e indecidible, a saber: que, aunque la razón teórica nos tienta a entenderlo así, no somos un elemento más del mecanismo de la naturaleza, pues esta nos arrancó de ella misma (espontaneidad de la causa libre) para entregarnos a nosotros mismos en lo que se refiere a la ley que hayamos de darnos (autonomía), que solo puede tener como medida precisamente tal condición de libres e iguales, pues no hay otra medida que pueda serlo para todos. Así entiendo la idea de Kant de que la ley moral (la necesidad práctica incondicionada) es la *ratio cognoscendi* de la libertad y que esta es la *ratio essendi* de aquella perspectiva práctica incondicionada.

Pero no es ya solo que no seamos un elemento más del mecanismo de la naturaleza, es que tampoco somos prisioneros de una determinada tradición cultural, ni siquiera de las de las democracias liberales, pues aunque siempre tengamos que mirar el mundo desde alguna determinada tradición, precisamente otra vez nuestro *contexto*, precisamente las circunstancias de nuestro mundo, nos obligan insistentemente (ya desde los inicios de la modernidad, piénsese en Montaigne) a mirarnos desde doctrinas comprensivas ajenas, y ello implica para todos un quedar cada uno en cierta manera más allá de la suya. Y como ello empieza a ser hoy una experiencia de todo hombre que quiera vivir despierto (e incluso del que preferiría no despertar del sueño dogmático), desde ellas y más allá de ellas se gesta o puede gestarse un *overlapping consensus* que difícilmente puede tener otro contenido que el de los principios li-

berales como única base del respeto a su propia dignidad que en la «monstruosa diversidad de sectas» que se entrecruzan y chocan cada día y que cada individuo se presenta reclamando incondicionalmente a todos los demás. Es un contexto en el que trasparece como reverso el *sic volo, sic iubeo* del imperativo incondicionado de la razón, que no tiene alternativa.

Esto es lo mismo que dice Vives, pero expresado de forma más próxima a los propios conceptos de Kant y *anclado* en ellos. Naturalmente, eso no quiere decir que ni siquiera los habitantes de las democracias liberales vayan a aceptar los principios de estas por los argumentos de Kant u otros similares. Según el propio Kant, la ley moral no necesita a Kant para hacerse valer. Pero si hay que persuadir con razones o si, tomando distancia respecto a sí mismo, hay que remirarse críticamente, los esquemáticos y claros conceptos de Kant en los propios términos de este, que por lo demás se han convertido en elemento cultural compartido por muchos, siguen constituyendo uno de los mejores anclajes que tiene hoy el pensamiento ilustrado.

5. ANCLADOS EN EL LIBERALISMO, ¿DÓNDE, SI NO?

Por último, comparto con Vives todo lo que dice sobre el liberalismo. En su introducción a un número monográfico de esta revista dedicado al concepto de persona, Manuel Atienza comenta así algunos pasajes de un artículo mío incluido en ese monográfico sobre el concepto kantiano del hombre como fin en sí: en el Derecho solo se trata de «fijar, cualesquiera sean los fines que el agente pueda proponerse (y los motivos que tenga para ellos), qué condiciones tendrían que darse para que esté justificado el uso de la coacción. Y la respuesta kantiana a esta pregunta —que Jiménez Redondo hace suya— es que sería legítima «toda acción conforme a cuya máxima mi libertad

sea compatible con la libertad de arbitrio de cualquier otro conforme a una ley general, ley general que ha de considerarse como proviniendo efectivamente de la voluntad unida de todos». Y aquí me parece, es donde el jurista tendría algunas preguntas que formularle al filósofo, a saber: (1) ¿Da cuenta realmente esa noción de Derecho de lo que son los sistemas jurídicos de nuestros Estados constitucionales? (2) ¿No supone esa interpretación kantiana quedar anclados en el modelo de Estado *liberal* de derecho? (3) ¿Es compatible renunciar a que el Derecho se ocupe del bienestar ajeno con la idea de los derechos sociales? (4) ¿Puede entonces considerarse la idea kantiana de persona y de dignidad como base de todos los derechos humanos?»¹¹

Resulta un poco chocante ver el principio general del Derecho de Kant (es decir, el principio de igual libertad) y el principio del Derecho público de Kant (es decir, el principio democrático) sujetos a una cierta descalificación bajo el rótulo de Estado *liberal* como algo en lo que uno habría de evitar quedar anclado. Históricamente, en esos dos principios de la «doctrina del Derecho» de *La metafísica de las costumbres* de Kant se resumen la Declaración de los Derechos de Virginia de 1776, los principios de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776), las Enmiendas de 1791 a la constitución americana y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, es decir, más o menos las bases normativas de toda la modernidad política y jurídica. Aunque lo que Kant reduce a «doctrina del Derecho» es fundamentalmente la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, Kant conoce todos esos referentes. Responderé por orden a las preguntas que me hace mi colega.

5.1. PRIMERA PREGUNTA

Antes de responder a la pregunta de si «la noción de derecho de Kant da cuenta realmente de lo que son los sistemas jurídicos de nuestros Estados constitucionales», conviene hacer

una precisión. Habla mi colega de «nuestros Estados constitucionales». Estados constitucionales son todas aquellas entidades políticas soberanas que tienen una constitución. Hoy todos los Estados lo son, excepto dos o tres de ellos en que las leyes fundamentales, escritas, no han sido reducidas un único texto constitucional. Pero solo un determinado número de esos Estados constitucionales son democracias liberales. La respuesta a la pregunta es afirmativa. La teoría del Derecho del Kant da cuenta, efectivamente, del Derecho de las democracias liberales, atendido como principio básico al principio de igual libertad bajo leyes generales provenientes de la voluntad unida de todos o, como dice Kant, a los principios de una «república pura», que es que es la forma de Estado a la que cualquier otra constitución aspira o incondicionalmente debe aspirar. Y por supuesto, tiene razón mi colega al decir que hago mía sin más esta idea de Kant.

5.2. SEGUNDA PREGUNTA

La respuesta a la pregunta de si «no supone esa interpretación kantiana quedar anclados en el modelo de Estado *liberal* de Derecho», que parece contener para mi colega la objeción clave, también es afirmativa, si por Estado *liberal* de derecho ha de entenderse el articulado conforme al principio de libertad y al principio democrático en el sentido que acabo de indicar. Me pregunto si por *Estado liberal* se ha entendido alguna vez otra cosa, aunque esta no sea aquí la cuestión. Y cualesquiera sean las vías por las que se llegue a esos principios y la articulación conceptual y política que se les dé, entiendo que una política ilustrada solo puede tener por base esos dos principios y que no tiene otro anclaje posible.

5.3. TERCERA PREGUNTA

La respuesta a la pregunta de si «es compatible renunciar a que el derecho se ocupe del bienestar ajeno con la idea de los derechos

sociales» requiere también una aclaración previa. El Estado y el Derecho no son ni sujetos particulares ni instituciones particulares de la sociedad civil que se ocupen o puedan ocuparse del bienestar *ajeno* «con la idea de los derechos sociales». La pregunta ha de ser más bien si un orden de Derecho atendido al principio de igual libertad y al principio democrático ha de incluir, aparte de los derechos de libertad y de los derechos de participación política, también otra clase de derechos como tercer ingrediente del «sistema de los derechos», por utilizar una expresión de Habermas; en palabras de este, el tercer ingrediente (estoy simplificando) vendría constituido por derechos que garanticen «las condiciones de vida que social, técnica, y ecológicamente son necesarias para asegurar la igualdad de oportunidades en el ejercicio de los derechos de libertad y los derechos de participación»¹². Y naturalmente, la respuesta ha de ser afirmativa. Como cuestión de hecho, todas las democracias liberales europeas (me voy a limitar aquí a ellas), conscientes de que su ruina o la ruina de varias de ellas en los años 20 y 30 del siglo XX había sido causada en buena parte por los problemas de exclusión social masiva a que dio lugar la crisis económica, incluyen en sus constituciones un capítulo de derechos sociales. Pero aquí lo importante no es la cuestión de hecho, sino la cuestión de Derecho. Más específicamente: lo importante en la pregunta que me hace mi colega es si ese tercer ingrediente del «sistema de los derechos» se funda en el derecho de libertad y en el principio democrático tal como los formula Kant (que toma literalmente esa formulación de los artículos 4 y 5 y del artículo 6 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789), y, en caso contrario, en qué se funda. Para tratar esta cuestión procederé por partes, refiriéndome asimismo a asuntos que en el mismo contexto en que me hace esas preguntas, parecen interesar también a mi colega.

a) De la idea de libertad, Kant deriva el principio de libertad y el principio democrático, principios que se refieren a la libertad considerada en sus relaciones *externas*, es decir, al *Derecho*.

Y de ella deriva asimismo Kant el principio moral; la *moral* es para Kant el sistema de *fin*es que el sujeto *debe* categóricamente proponerse, es decir, en ella se trata de la libertad en sus relaciones *internas*. Un Estado que tratase de imponer el sistema de fines que el sujeto *deba* proponerse sería una dictadura, la negación de la libertad en sus relaciones externas y (en intención) también en sus relaciones internas. Una moral que, por así decirlo, se hiciese con el poder político sería igualmente una dictadura que no dejaría que el individuo, que es quien debe proponérselos como *suyos*, se propusiese los fines. Que alguien pretenda convertirme en instrumento de mi propia perfección moral es para Kant una directa negación de mi carácter de *fin en sí*, es decir, simplemente una perversión tanto en moral como en Derecho.

Kant entiende esos tres principios (el principio de igual libertad, el principio democrático y el principio moral) como imperativos *categóricos* de la razón, como imperativos *incondicionados*; por tanto, nunca reducibles a racionalidad económica, de la cual solo pueden derivar imperativos condicionados, hipotéticos. La idea de Mandeville, que Kant en cierto modo reformula y hace suya con la imagen del «pueblo de diablos», es que el Derecho, si es lo que debe ser, no puede intentar regir los fines e intenciones de los agentes mientras estos se atengan a la ley; el Derecho se interesa por fines e intenciones solo en algunos casos, pero no para regirlos o dictarlos, sino, como por ejemplo, en el caso del proceso penal, para determinar la culpabilidad o el grado de culpabilidad de quien presuntamente ha vulnerado la ley.

b) Kant, como todo hombre del siglo XVIII, dio por supuesta la ley de Say, que en lo que se refiere a sus consecuencias para la integración social podemos formular diciendo que «un sistema de libre intercambio, atenido exclusivamente a derechos de libertad y propiedad, abandonado a su propia lógica, encuentra siempre un punto de equilibrio en situación de pleno empleo». Por tanto, todos pueden procurarse medios para organizar su existencia como les plazca conforme a estándares medios,

sin pedir autorización ni permiso a nadie. El Estado no tendría que ocuparse entonces del bienestar individual de sus miembros, considerados individualmente, sino solo de hacer valer el Derecho y de asegurar los supuestos más generales de ese bienestar.

Pero la ley de Say no se cumple. Ya lo vio Hegel en su *Filosofía del Derecho* siguiendo a Malthus. Hegel dedujo de ahí que, habiendo de ocuparse el Estado de integrar a la población marginada, ello no podría hacerlo sino asegurando fuentes de materias primas y mercados en el exterior y regulando los procesos migratorios hacia el exterior con el fin de asegurar el pleno empleo y, en definitiva, la integración en el interior, en una carrera competitiva con los demás Estados en la que casi todo vale. Y no pudiendo ser esto de otra manera, los principios de la *política* habrían de quedar por encima de los fundamentos racionales (kantianos) de la *moral* y del *derecho*. Estas evoluciones del siglo XIX, cuyas ideas subyacentes Hegel hasta cierto punto comparte, condujeron en el siglo XX a la mayor catástrofe de civilización que ha vivido la humanidad europea después de la Guerra de los Treinta Años en el siglo XVII.

Por eso, el pensamiento ético, político y jurídico de después de la Segunda Guerra Mundial vuelve su mirada a Kant. Kant sí tiene perfectamente claro en su filosofía del *Derecho* que los problemas de integración social que el ejercicio de la libertad genere han de ser abordados y remediados por la propia libertad (permítaseme expresarme así), *ex lege*, es decir, mediante ley, no dejándolos de ninguna manera al arbitrio de instituciones privadas. Todo lo que no fuera así sería un desistir la libertad de ser ley para sí misma convirtiéndose en salvaje, en posible catástrofe o en simplemente en catástrofe para sí misma.

Y así, si la ley de Say no se cumple, y si la libertad no ha de ser una ilusión o una fábula carente de realidad para muchos, las instituciones del Estado social, o equivalentes, tienen que formar parte de aquella ley general o aquellas leyes generales, provenientes de la

voluntad unida de todos, conforme a la que, o conforme a las que, según el principio general de Derecho, mi libertad ha de ser compatible con la libertad de cualquiera para que los resultados de la actividad social en conjunto puedan considerarse admisibles. De este modo, los derechos sociales no son sino ingredientes del derecho de libertad, o supuestos de él. O dicho en términos de Rawls y de Habermas: el «principio de la diferencia» de *Una teoría de la justicia* o aquella categoría de derechos de *Facticidad y Validez* que aseguran social, técnica y ecológicamente el ejercicio de las libertades individuales y de las libertades políticas no son sino supuestos de estas libertades y del respeto que el ser libre se debe a sí mismo como un fin en sí. «No te dejes tratar nunca solo como un medio sino exige ser tratado siempre también como un fin en sí, aunque el tirano Falaris te esté amenazando con su toro» es, para Kant, el deber moral supremo y la suprema suposición normativa en que se asienta el derecho.

5.4. CUARTA PREGUNTA

Paso a la cuarta y última pregunta que me hace mi colega: «¿Puede entonces considerarse la idea kantiana de persona y de dignidad como base de todos los derechos humanos?» Respondo por partes.

a) Derechos humanos e idea kantiana de persona y de dignidad. También esta pregunta, hecha tan a bocajarro, requiere una aclaración previa, a saber: que no es mi intención convertir ninguna idea de Kant en base exclusiva y completa de nada. Pues bien, como ya he dicho, todos los derechos, sin ninguna excepción, se basan en el derecho de libertad como «único derecho innato que asiste al hombre en virtud de su humanidad». Y es su ser libre lo que hace que el hombre no se reduzca a un elemento más del mecanismo de la naturaleza al que, en la esfera de su posible uso, pueda asignársele este o aquel *precio* en función de la utilidad que nos reporte o desecharlo cuando ya no nos es útil o cuando no se sabe para qué puede servir. Es este quedar por encima de la

naturaleza, es este quedar por encima de sí (autotrascendencia del ser libre) lo que convierte al hombre en algo que no está ya para otra cosa, lo que lo convierte en un *fin en sí*, lo que confiere al hombre algo así como *dignidad* a diferencia de *precio* (es la *santidad* de la persona en el sentido indicado más arriba).

Pues bien, si prescindimos de la teología (no es obligatorio prescindir de ella) y nos limitamos a la pura razón, en la obra de Kant podemos encontrar lo que es quizá sea el mejor análisis que en la Ilustración europea se ha hecho del concepto de *dignidad* (idéntico al de ser libre), en el que, por tanto, reposan todos los «derechos humanos». Y entonces, en este sentido desde luego no excluyente de otros análisis del concepto de dignidad, «la idea kantiana de persona y de dignidad puede considerarse como base de todos los derechos humanos».

b) Otras bases de los derechos sociales. El ejercicio de la libertad genera exclusión cuando la libertad, desistiendo de sí, no se se autorregula reflexivamente de forma real y efectiva como efectiva igual libertad bajo leyes generales provenientes de la voluntad unida de todos. Es la experiencia del siglo XIX y el siglo XX europeos. Si prescindimos de las instituciones de aquel Estado social de Bismarck (muy imitado después), concebido como compensación por la renuncia a los derechos políticos o como soborno para aceptarla pasivamente, las dos formas de integración social que contra el principio de libertad y el principio democrático se proyectaron reactivamente en el siglo XX ante la crisis del orden liberal, fueron la fascista y la revolucionaria.

La fascista ligó los derechos sociales a la pertenencia del individuo al orden sustancial de un pueblo del que el individuo quedaba convertido en accidente. Pero el sujeto libre moderno no puede ser accidente de otra «sustancia» que de su incondicionado ser libre, y de nada más. La renuncia misma a esta libertad es ya *a radice* la catástrofe moral que el fascismo fue, la pura autonegación de la modernidad política y jurídica.

Por otro lado, conforme a la idea revolucionaria, la libertad *formal*, que en su ejercicio había dado lugar a la crisis, habría de superarse en un orden *racional sustancial* pleno, en *libertad verdadera*. Pero esta supuesta libertad *sustancial y plena* en que había de superarse la formal, contra sus propios principios emancipatorios resultó no consistir a la larga sino en un orden de servidumbre del que después el neoliberalismo de un F. Hayek o de M. Friedman obtuvieron razones para afirmar que toda pretensión de una autorregulación reflexiva de la libertad no constituía sino un camino a la servidumbre, a una autoanulación de la libertad. Y sin embargo, la forma de libertad que resulta de tal postulado neoliberal se parece demasiado a lo que Kant varias veces llama «libertad salvaje», libertad que ha renunciado a serse a sí misma ley, es decir, a los principios que de ella misma derivan.

Por tanto, para completar mi respuesta a la cuarta pregunta de mi colega, he que añadir que, desde que desde mediados del siglo XIX empezó a quedar claro que el ejercicio de las libertades individuales modernas podía tener por resultado la exclusión para muchos, las bases que en la legislación se dio a los derechos sociales como forma de inclusión social han podido ser muy distintas que las de hacer posible el ejercicio de los derechos de libertad individual y de participación política. Pero todas esas otras bases, sin ninguna excepción, resultaron inadmisibles cuando quedó al descubierto su carácter directo o indirecto de negación pura y simple de esas libertades. El principio de igual libertad bajo leyes generales provenientes de la voluntad unida de todos (es la idea de Kant), o al menos la perspectiva de ello, se impone así como la única base normativamente posible de todos los derechos humanos.

5.5. LA INTEGRACIÓN SOCIAL EN LA EUROPA DE POSGUERRA

Acabaré haciendo una breve referencia a los supuestos económicos del orden europeo

de posguerra y a su relación con el orden de libertades.

El modo de integración social de las sociedades occidentales tras la Segunda Guerra Mundial, atendido al principio de libertad y al principio democrático y entendido como «posibilitación» de la institucionalización de estos principios, se ha asentado sobre el supuesto económico de una relación de complementariedad funcional *keynesiana* entre un Estado nacional y una economía nacional. Este supuesto es explícito en *Teoría de la acción comunicativa* de Habermas. Y está siempre implícitamente en la base de las consideraciones económicas de Rawls en *Una teoría de la justicia*. Pero este supuesto se ha venido en parte abajo con la globalización de la economía. Millones de hombres se han sumado en los últimos decenios en todo el globo a un orden de mercado global competitivo que no permite a Occidente seguir funcionando sin más con tal supuesto.

A esa globalización de la economía no le ha acompañado ni mucho menos un orden internacional de Derecho que tenga el mismo vigor. La libertad se vuelve así salvaje. No es que queden cuestionados el principio de libertad y el principio democrático ni que la *Teoría general* de Keynes haya quedado refutada o que incluso se haya vuelto inservible. Solo que esta supone una administración estatal democráticamente legitimada que sea capaz de poner condiciones marginales efectivas al movimiento global de lo económico. Y las administraciones de los Estados nacionales existentes empiezan a quedar lejos de ello. Unidades políticas más amplias capaces de hacerse con las riendas del movimiento de lo económico están todavía apenas en estado de esbozo.

En *Teoría de la acción comunicativa* y en *Facilidad y validez*, de Habermas, no hay ni siquiera una mención al orden internacional de Derecho o se lo despacha con unas cuantas líneas. En *Una teoría de la justicia* (1971) de Rawls se lo menciona hablando de la guerra, pero no se convierte en tema. Más de veinte años después,

en *The Law of People* (1993), para abordar la cuestión de los principios de un orden internacional de Derecho, Rawls apela a un concepto más amplio de justicia que el de *justice as fairness* que queda lejos del riguroso concepto de justicia obtenido con base en el *constructo* de la posición original y su interpretación kantiana. Ese concepto más amplio comporta una relajación de las condiciones de razonabilidad, es decir, de las condiciones encarnadas en la posición original, relajación de la que se sigue la articulación de principios distintos (en los que no puedo entrar aquí) para los ámbitos nacional-liberal e internacional. En todo caso, entiendo que este intento hace agua por varios lados y que en conjunto dista de resultar convincente.

Tenemos, pues, que la libertad misma ha destruido en parte los supuestos con los que en Europa se dio a sí misma viabilidad después de la Segunda Guerra Mundial, tras la catástrofe de sí misma. Habrá de ser esa misma libertad la que, no desistiendo de su carácter de ley para sí misma y atendida a sus principios, deberá construir (seguramente de forma muy trabajosa y agónica) nuevas formas con las que darse viabilidad (por ejemplo, en lo que se refiere a migraciones, por señalar un caso de urgencia).

Como Kant insiste una y otra vez dejándose inspirar por el Derecho romano, el orden del Derecho es esencialmente *tripartito*, habida cuenta de la globalidad de la existencia humana, es decir, de que la existencia humana se desenvuelve en el globo terráqueo y no en una superficie infinita: consta del Derecho de la ciudad, del Derecho que rige las relaciones entre ciudades y del Derecho de tránsito cosmopolita. Y si esas tres partes —con regulaciones específicas, pero sujetas a los mismos prin-

cipios, y, en definitiva, al principio de igual libertad bajo leyes generales— no funcionan conjuntamente, en lo que se refiere a principios ninguna de ellas funcionará por separado.

Para Kant, todo hombre por el hecho de ser libre ha firmado ya el *contrato social*, es decir, cualquier otro que entre en una relación conmigo que afecte a lo mío y lo tuyo internos y externos no me hace injusticia si me obliga a entrar con él en un «Estado jurídico», es decir, en un orden político y de Derecho atenido de forma real y efectiva al principio de igual libertad bajo leyes generales. Y si ha de haber Derecho, la exigencia más perentoria de la razón (este es uno de los temas más básicos de Kant) es la de construir o forzar la construcción de un político-jurídico de las dimensiones precisas para ser efectivo, por supuesto también en el aspecto de integración social.

Y por esta vía, a través de lo que, también negativamente, nos ha cabido aprender de Rawls y de Habermas y de otros, de la filosofía de la primera mitad del siglo XX y de la del siglo XIX (Hegel, Marx, Mill, entre otros), los clásicos de la Ilustración empirista y de la Ilustración racionalista europea, y el clásico de la síntesis de ambas, Kant, nos vuelven a hablar hoy *en sus propios términos*. Y ello en una Europa a la que, en lugar de echarse adelante dispuesta a contribuir a crear orden global de Derecho atenido a lo que han de ser los principios de este, no parece sino retraerse desconcertada sobre sí; le cuesta despertar de una modorra de decenios de política interior, de la concentración en el Estado nacional. En todo caso pienso que ese «en sus propios términos» es quizá el único punto real de discrepancia con la ponencia de Tomás Vives.

NOTAS

1. Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice* (1971), O. U. P, Oxford 1972, págs. 251 y ss., y J. RAWLS, «Justice as fairness: Political, not metaphysical» (1985), en: *John Rawls, Collected Papers*. ed. por Samuel Freeman, H. U. P. Cambridge Mass., 2001, págs. 388 y ss.

2. *Teoría y Derecho*, 14 (2013), págs. 10 y ss.

3. John RAWLS, «Justice as Fairness: Political not Metaphysical» (1985), *l. cit.*, págs. 388 y ss.
4. Unos años antes Rawls había interpretado en términos constructivistas (en oposición al intuicionismo) la filosofía moral de Kant. Cfr. J. RAWLS, «Kantian Constructivism in Moral Theory» (1980), en: *John Rawls: Collected Papers*, Cambridge Mass., 2001, pág. 303.
5. R. RORTY, «The primacy of democracy to philosophy», en: M. Peterson y R. Vaughan (eds.), *The Virginia Statue of Religious Freedom*, Cambridge, Cambridge University Press 1988, págs. 257-288
6. BOSSUET, *Oraciones fúnebres*, Espasa-Calpe, Madrid 1946, págs. 32 y ss.
7. Cfr. P. de RIBADENEYRA, *Tratado de la religión y virtudes que debe tener el Príncipe Cristiano para gobernar y conservar sus Estados. Contra lo que Nicolás Maquiavelo y los políticos de este tiempo enseñan* (1595), Buenos Aires, 1942.
8. J. RAWLS, «The Idea of an Overlapping Consensus» (1987), *l. cit.*, págs. 421 y ss.
9. Hoy se apela mucho a la idea de hegemonía y al carácter agónico de lo político para poner en cuestión sobre esa base las concepciones «consensuales» de Rawls y de Habermas. Pero como a la vez se da por supuesto que la relación amigo-enemigo, a que se refiere Carl Schmitt como esencia de lo político, puede neutralizarse en términos de la relación ponente-oponente en proceso de discusión democrática y de la relación regulada entre adversarios en el contexto de la acción política en un orden democrático-liberal de Derecho, lo cual implica siempre algún tipo de compromiso o de acuerdo razonado, no entiendo muy bien ese gesto de oposición a Rawls y a Habermas. Pues ambos comparten más bien un concepto agónico de lo político. Rawls entiende el orden liberal como una salida nunca definitiva a las «guerras de religión» siempre posibles. En esa misma perspectiva, Habermas entiende el Estado liberal de Derecho como un mecanismo de aplazamiento sistemático de la ruptura siempre posible de la comunicación, por vía asegurar un cumplimiento más o menos estricto de un orden coercitivo de Derecho, que no se entiende a sí mismo como legítimo si no es como resultado de la acción política, de la confrontación, la discusión y el compromiso en los ámbitos informales y formales de la formación de la voluntad colectiva; y como la voluntad colectiva que se impone no es nunca una voluntad unánime, sino aquella voluntad particular que se ha vuelto hegemónica, nunca representa ni mucho menos un consenso acabado, sino solo muy provisional y a la expectativa de cambio, y en perpetuo estado de gestación y, por tanto, de inacabamiento. De ahí la importancia que ambos conceden a la posibilidad efectiva de acción, protesta y razonamiento público. Habermas ha dicho muchas veces que la calidad de una democracia se mide por la calidad de sus espacios públicos políticos y jurídicos, informales y formales. Leyendo, por ejemplo, el libro de Chantal MOUFFE, *El retorno de lo político*, Paidós, Barcelona, 1999, no logro ver ninguna objeción de principio, y ni siquiera sería, a los planteamientos de Habermas y de Rawls. Creo que más bien estos nuevos planteamientos, nacidos en el contexto de los planteamientos de Rawls y de Habermas, heredan masivamente todas las deficiencias de Rawls y de Habermas en lo que se refiere a solidez de su trama conceptual. Eso sí, a menudo ello queda difuminado por una retórica romántica de lo agónico, en la que todo lo relacionado con el concepto de «acuerdo racional» corre el riesgo de perderse en el de confluencia contingente de fuerzas irracionales que, desligada así de la relación con la razón o las razones, no se ve cómo podría pretender representar una opción política mejor que cualquier otra.
10. Cfr. HABERMAS, J., RAWLS, J., *Debate sobre el liberalismo político*, Paidós, Barcelona 1998.
11. *Teoría y Derecho*, 14 (2013), págs. 10 y ss.
12. HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt 1992, págs. 156 y ss.

Fecha recepción: 11/09/2015

Fecha aceptación: 23/10/2015