

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 2007

PONENCIAS EN
SANTIAGO II

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 25 / 2007



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2007

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 25
2007

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, del Mar y La República.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©
Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2007

PONENCIAS EN SANTIAGO II

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2006 - 2008)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci,
y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta el número 25 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2007, el cual contiene la totalidad de las ponencias hechas en comisiones con ocasión de la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía Jurídica y Social. Las ponencias se presentan según orden alfabético de sus autores.

Dicha Jornada tuvo lugar en 2006, en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y fue precedida, en 2004, por la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires.

El número 24 de nuestro *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reprodujo la ponencia inaugural de la mencionada primera Jornada, así como las 12 ponencias que fueron hechas en sus sesiones plenarias. En ese mismo número 24 se contienen las nuevas normas editoriales del Anuario.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social agradece a la Universidad Diego Portales por haber acogido la Jornada cuyas ponencias se presentan en este volumen. Agradece, asimismo, a las facultades de derecho del país que colaboraron con el presente número de nuestro Anuario, en especial a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, *Edeval*, fue impresa esta obra.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS EN COMISIONES

- ORELLANA BENADO, M.E., "Identidad, filosofía y tradiciones", prólogo a la edición castellana de Roger Scruton, *Filosofía moderna: una introducción sinóptica*, (Cuatro Vientos, Santiago de Chile, 1999).
- TULLY, James, *An Approach to Political Philosophy: Locke in Contexts*, (Cambridge University Press, Cambridge, 1993).
- WALDRON, Jeremy, *God, Locke and Equality: Christian Foundations in Locke's Political Thought* (Cambridge University Press, Cambridge, 2002).

**NOTAS DE RELACIÓN:
EL LIBERALISMO IGUALITARIO Y LA
INTERPRETACIÓN DEMOCRÁTICA ***

ALEJANDRO ROBLEDO **

SUMARIO: 1. Resumen. 2. Introducción. 3. *Approach*: Liberalismo Igualitario e Interpretación Democrática. 4. Notas de relación. Presupuestos básicos. 4.1. Igualdad democrática y principios de de justicia política. 4.2. La Democracia como proceso y la concepción procesal de la justicia. 4.3. El debate de la sociedad democrática y el consenso superpuesto. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

I. RESUMEN

La visión formulada, pretende establecer cuales son las notas propias de la relación existente entre el desarrollo doctrinal del liberalismo igualitario a la luz de la articulación entre los principios de una

* Ponencia presentada en la II Jornada Chileno Argentina de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. 21 de octubre de 2006 y en las XXXVI Jornadas de Derecho Público. Universidad de Chile. Santiago. Noviembre de 2006.

** Ayudante de las cátedras de Fundamentos Filosóficos del Derecho, Filosofía del Derecho y Ética General en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Campus Guayacán, Coquimbo, y de Fundamentos Filosóficos del Derecho y de Lógica y Razonamiento Jurídico, en la Universidad Central de Chile, Sede La Serena.

concepción política de la justicia y de la interpretación que de estos axiomas hace la democracia, considerada como asiento indispensable para referir al término de justicia empleado, ante todo, por la visión de John Rawls.

Palabras Clave

Liberalismo - Justicia - Democracia - Interpretación.

2. INTRODUCCIÓN

La presente investigación se describe sobre la base de tres grandes acápites, el primero, se encuentra referido a descifrar, por medio de una aproximación, la vinculación que existe entre el desarrollo dogmático del liberalismo igualitario, a partir de los alcances que son dables apreciar en la esfera político-jurídica, y la interpretación democrática de las instituciones sociales (3); el segundo, a establecer las notas que vertebran tal relación, y el tercero, abarcativo de las conclusiones.

En este sentido, al indagar, en la visión liberal igualitaria, supondré que el razonamiento descrito por tal corriente, necesita en carácter de *condictio sine qua non*, de una estructura democrática, y de un régimen constitucional (forma) que sirva de base para una interpretación estricta (contenido) (4). En tal sentido, se aludirá a las distinciones que la tradición analítica ha construido para deslindar los objetos propios de cada una de estas visiones. Estas distinciones son, con todo, provisionales, pues el aparato conceptual de una y otra elaboración, corresponden a estructuras religadas, y que permiten una justificación, que supera un mero campo apofántico.

Prestaré especial atención, a los argumentos que —*ex ante*— pueden formularse sobre la relación necesaria que se aprecia entre el liberalismo igualitario y la interpretación democrática. Luego de ello, haré el intento de indagar sobre las notas que configuran la relación que, en sentido fuerte, puede encontrarse entre ambos *constructos* dogmáticos, y los supuestos que de ello derivan, por lo menos *rationali subiecti* [tomando en cuenta la razón del sujeto]. (4.1). Además, analizaré el vínculo existente entre democracia constitucional basada en una con-

cepción política pública de la Justicia, y cómo tal conceptualización permite el desarrollo de la interpretación democrática, a más de las implicancias que ello supone (4.2). Argumentaré, que tal modo de relación, opera desde el seno mismo de la visión liberal igualitaria, y que las distinciones que se describen a partir de su construcción, no pueden ocultar el estudio de los mismos temas con objetivos distintos, pero con presupuestos básicos y comunes.

Lo anterior, me permitirá registrar las notas esenciales del proceso democrático, y contrastarle con la concepción procesal de la justicia planteada por J. Rawls (4.3), así como los conflictos que se plantean al contrastar la visión liberal, con la hermenéutica democrática. Enseguida, me referiré a las afirmaciones que el liberalismo —particularmente en la versión de John Rawls— ha formulado, respecto de las razones justificatorias de la interpretación democrática (en la secuencia de cuatro etapas).

Mi tesis —que en caso alguno supongo original, y que no pretende abarcar todos los aspectos de *una teoría de la justicia*— es que el pensamiento de John Rawls es uno de los más preclaros y destacados, —surgido al amparo del desarrollo del constitucionalismo contemporáneo— en la filosofía política, y que tanto el liberalismo igualitario, como la interpretación democrática, son concepciones que se implican recíprocamente, con solución de continuidad.

3. APROACH: LIBERALISMO IGUALITARIO E INTERPRETACIÓN DEMOCRÁTICA

Como es bien sabido, el liberalismo político, y más aún, un liberalismo de notas sustantivamente igualitarias como el descrito por **John Rawls**, antes que otorgar una definición del liberalismo político¹ propiamente tal, y de una valoración del porqué es dable tal denominación, se configura sobre la base de una primera cuestión fundamental

1. En el prólogo de la conferencia I, apertura del Texto "*El liberalismo político*", Rawls apunta que, "el liberalismo político, título de estas conferencias, suena familiar. Sin embargo, el significado que yo le atribuyo a esta noción es bastante diferente, creo, del que el lector estará inclinado a suponerle". [En RAWLS, JOHN. "*El liberalismo político*". Ed. Grijalbo Mondadori, S.A. Barcelona, España. 1996. p. 33].

—acerca de la justicia política en una sociedad democrática— desarrollada a partir del siguiente cuestionamiento: “¿Cuál es la concepción más adecuada de la justicia para establecer los términos equitativos de la cooperación social entre ciudadanos considerados libres e iguales, y considerados como miembros plenamente cooperativos de la sociedad durante toda su vida, desde una generación hasta la siguiente?”². Dicho de otro modo, ¿Qué concepción política de la justicia debe ser establecida por los ciudadanos representativos de una sociedad democrática en el seno de la cooperación social?

Esta primera cuestión, no puede entenderse como configuradora de un orden de razones justo, *per se*, sin asumir que lo propio del proceso democrático implica un actuar tolerante e inclusivo. Consideradas así estas premisas, se vincula el objetivo de una teoría de la justicia, como intrínsecamente unido a la esfera moral³, si bien los efectos de esta configuración son políticos no metafísicos⁴.

Por su parte, la democracia y la interpretación que implica, constituyen la única forma de organización política de las sociedades que, de suyo, tienen capacidad de aprendizaje y transformación, sin que, *mutatis mutandis*, por ello se pierda el contenido del acuerdo que le dio origen.

En este sentido, la teoría propuesta por el liberalismo igualitario, analizada en su contexto, nos permite señalar con Carlos Peña, que la argumentación de Rawls a favor de los principios de justicia, en la forma explicitada en *A Theory of Justice*⁵, proveía razones, para se-

2. RAWLS, JOHN. (n. 1). p. 33.

3. En este aspecto, Rawls no es precisamente claro, pues deja recaer el peso de la su teoría, en lo moral, distinguiendo el de la esfera prudencial. Lo cierto es que desde el punto de vista de la Filosofía Moral, la prudencia es una virtud, la cual a diferencia de la justicia carece de la nota de alteridad, que es propia y denotativa de la virtud antes mencionada.

4. RAWLS, JOHN. “Justice as fairness: Political not metaphysical”. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985.

5. RAWLS, JOHN. “A theory of Justice”. (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971). “Una teoría de la Justicia”. Segunda edición en español. Fondo de cultura económica. México. Ciudad de México, D.F., 1995.

guir esos principios, a un indefinido “nosotros”, se ve reconfigurada desde *Political Liberalism*, texto en que la visión liberal igualitaria, se vuelve más sobria, pues los argumentos a favor de los principios de justicia, no pueden ser extendidos a otras cuestiones éticas, las que quedan entregadas a doctrinas comprensivas; más bien, provee razones no para cualquiera, sino sólo para los ciudadanos de una democracia constitucional bajo condiciones modernas⁶.

Así, una interpretación democrática, en tanto vehiculada racionalmente, *in foro interno*, para decirlo con la frase de Hobbes, con un concepto público de justicia, permite arribar a los principios de justicia que se encuentran en la base de la cooperación social. Ahora bien, como el propio Rawls señala, “podemos pensar en una sociedad humana como en una asociación más o menos autosuficiente, regulada por un consenso común de justicia y dirigida a procurar el bien de sus miembros. En cuanto empresa cooperativa a favor del adelanto mutuo, se caracteriza tanto por el conflicto, como por la identidad de intereses”⁷. Tales conflictos, existen por su naturaleza, en la estructura de sociedades democráticas, dotadas de un régimen constitucional, en las cuales el concepto de justicia, corresponde a un conjunto de principios que permiten a los ciudadanos escoger entre los ordenamientos sociales que determinan la forma racional de resolver los conflictos, y asumir los intereses comunes. Más aún, si suponemos que cada ciudadano, como cuestión de principio, goza de una *inviolabilidad fundada en la Justicia*, y que la pérdida de libertad de algunos de ellos no se rectifica con la suma mayor de satisfacciones de que gozan los más, entonces la respuesta dada desde una concepción utilitaria resulta insuficiente, y for-

6. Ver, PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. “Rawls: Equilibrio reflexivo, constructivismo y razón pública. El problema de la realidad y la justificación en filosofía política”. “John Rawls. Estudios en su memoria”. Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002. p. 338.

7. RAWLS, JOHN. “Distributive Justice”, E.S. Phelps (ed.), Economic Justice, Penguin Books, Harmondsworth & Baltimore, 1973. Refundición de los artículos publicados en 1967 y 1968 con el mismo título. “Justicia Distributiva”. Traducción del Centro de estudios públicos. Santiago de Chile. En Revista de Estudios Públicos, N° 24, 1986, p. 55.

mular una teoría de la justicia, que tome como base por parámetros de igualdad democrática, resulta inevitable.

La interpretación democrática⁸, en su alcance axiológico, supone la existencia de una Constitución, —lo mismo que el liberalismo rawlsiano— y señala que ésta, constituye un puente entre el discurso jurídico y el moral, por cuanto la interpretación no puede prescindir de cuestiones de principio, menos aún, de los principios de justicia. En ello estriba, exactamente la relación. Esta interpretación, para otorgar valor a los principios y preceptos constitucionales, debe referirse a una tesis moral. Así, sostenemos con Pozzolo, que “el lenguaje constitucional no es interpretable con los instrumentos comúnmente utilizados para la interpretación del derecho infraconstitucional”⁹. La diversidad del objeto de interpretación democrática (estructura básica e instituciones dentro de las cuales se encuentra la carta fundamental, para Rawls) se basa, por tanto, en la presencia de principios que están insertos en ellos.

Frente a ello, el liberalismo igualitario, establece una alternativa viable al utilitarismo y por tanto una visión coherente con un régimen democrático y constitucional, pues parte de la base del acuerdo o como Rawls señala, tiene como objeto, “llevar a un más alto nivel de abstracción la tradicional doctrina del contrato social”¹⁰, asumiendo la raigambre kantiana que le funda, al menos en principio, y reordenando sistémicamente muchos de los múltiples elementos que se entienden involucrados en una elaboración, política y moral del concepto de justicia, entendida como “la primera virtud de las instituciones sociales”¹¹. Esta concepción es, para Rawls, “de todas las concepciones tradiciona-

8. Sobre el proceso de interpretación democrática y las múltiples formas de realizarlo, adscribiendo a la tesis axiológica, Vd. POZZOLO, SUSSANA. “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”. En Revista Doxa. N° 21-II. Buenos Aires, Argentina. 1998.

9. POZZOLO, SUSSANA. (n. 8). p. 346.

10. RAWLS, JOHN. (n. 1). p. 10.

11. RAWLS, JOHN. (n. 5). p. 17.

les, la mejor aproximación a nuestras convicciones de justicia [...], y que constituye la base más apropiada para las instituciones de una sociedad democrática”, interpretación que, operada desde *Political Liberalism*, se conjuga en la idea de doctrinas comprensivas racionales¹².

Ahora bien, el problema de relación que está en el seno de lo antes mentado, radica en que, la “sociedad democrática moderna se caracteriza, no sólo por una pluralidad de doctrinas comprensivas, ya sean religiosas, filosóficas y morales, sino también porque ese conjunto de doctrinas razonables es un pluralismo de doctrinas que resultan incompatibles entre sí”. De modo tal que el liberalismo igualitario, “presupone que, en cuanto a propósitos políticos, una pluralidad de doctrinas comprensivas razonables, aunque incompatibles entre sí, es el resultado normal del ejercicio de la razón humana dentro del marco de las instituciones libres de un régimen constitucional democrático. El liberalismo político, entonces, supone también que una doctrina comprensiva razonable no rechaza los principios esenciales de un régimen democrático”¹³.

4. NOTAS DE RELACIÓN. PRESUPUESTOS BÁSICOS

En esta sección, me propongo establecer cuales son las notas que dibujan la relación que entendemos es dable apreciar, entre el liberalismo igualitario y la interpretación democrática, para ello, me referiré, en primer lugar a los principios de justicia que han de ser escogidos a partir de la posición inicial de igualdad, y la igualdad democrática, entendida como la manifestación de la segunda parte del segundo principio de la justicia. A continuación, intentaré explorar los elementos que están implicados en la relación de la democracia y la concepción procesal

12. “The merit of the contractual terminology is that conveys the idea that principles of justice may be conceived that would be chosen by rational persons and in this conception of justice may be explained and justified. The theory of justice is a part, perhaps the most significant part, of the theory of rational choice”. En RAWLS, JOHN. *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971, p. 16.

13. RAWLS, JOHN. (n. 1). p. 12.

de la justicia que se valen de los principios antes mentados. Finalmente, me referiré a las relaciones particulares que pueden encontrarse, entre el debate democrático sobre la elección de los principios de justicia, y el concepto de consenso superpuesto, elaborado por John Rawls.

Son considerados como elementos básicos, pues sobre la base de ellos es que podemos sostener, que el aparato conceptual, tanto de la visión rawlsiana como la hermenéutica democrática, corresponden a estructuras religadas y que permiten una justificación, que supera un mero campo apofántico.

Así pues es posible distinguir las relaciones existentes entre:

4.1. Principios de justicia e Igualdad democrática

Como es sabido, con arreglo a la teoría rawlsiana, la adecuación a la justicia de un determinado orden social (estructura básica) depende del grado de cumplimiento de los dos principios de justicia que serían elegidos por seres humanos racionales, libres, en una situación inicial de igualdad (posición original § 20) en que ninguno de ellos conoce la situación de la sociedad (velo de ignorancia, § 24), ni su lugar en la distribución de los talentos y habilidades naturales (bienes sociales § 15). Los dos principios que subyacen a esta elaboración, en su última formulación son¹⁴:

(Primer principio): Cada persona tiene un igual e irrevocable derecho a un esquema de iguales libertades básicas plenamente adecuado, que sea compatible con un esquema equivalente de libertades para todos. (Igual Libertad).

(Segundo principio): Las desigualdades económicas y sociales han de satisfacer dos condiciones: Primera, que estén adscritas a cargos y posiciones asequibles a todos en condiciones

14. Sigo en este punto a MORESO, JOSÉ JUAN Y JOSÉ LUIS MARTÍ. "La institucionalización del principio de diferencia". Universidad Pompeu Fabra. España. En "John Rawls. Estudios en su memoria". Revista de ciencias sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002. P. 546.

de equitativa igualdad de oportunidades; y segunda, que redunden en el mayor beneficio de los miembros de la sociedad más desfavorecidos. (Principio de diferencia).

El primer principio, (igualdad de Derechos y libertades) tiene prioridad sobre el segundo¹⁵, y la primera parte del segundo principio (justa igualdad de oportunidades) tiene prioridad sobre la segunda parte (el principio de diferencia). Además, que se apliquen a instituciones tiene ciertas consecuencias. Tal vez, la de mayor relevancia en este sentido es que "la interpretación democrática [...] se obtiene combinando el principio de la justa igualdad de oportunidades con el principio de diferencia. Este principio suprime la indeterminación del principio de eficiencia al especificar una posición particular desde la cual habrán de juzgarse las desigualdades económicas y sociales de la estructura básica"¹⁶. El principio de diferencia, permite sostener que las desigualdades son justificables, de acuerdo a la interpretación democrática, sólo si la diferencia de expectativas funciona en beneficio del hombre representativo peor colocado, en este caso, el obrero no calificado representativo¹⁷. Así, "en *Restatement*, sostiene Moreso, Rawls se refiere más específicamente quiénes son y cómo se determinan los menos favorecidos. La respuesta puede ser dada de la mano de la idea de bienes primarios, entendiendo por tales, aquellos a los que ningún ser racional renunciaría y, también, son cosas que los ciudadanos necesitan como personas libres e iguales que viven una vida completa"¹⁸.

15. Para precisar la forma en que debe entenderse esta prioridad ver, RAWLS, JOHN. (n. 5). pp. 67, 80, 83, 103, 111, 147, 168, 187, 192, 193, 194, 195, 196, 210, 211, 229, 230, 233, 235.

16. RAWLS, JOHN. (n. 5). § 13. P. 80. *N. Mía*.

17. RAWLS, JOHN. (n. 5). § 13. P. 83.

18. "Pueden distinguirse cinco clases de bienes primarios: (i) Las Libertades y derechos básicos, como la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia, (ii) libertad de movimiento y libre elección de ocupación contra un trasfondo de diversas oportunidades, (iii) poderes y prerrogativas de cargos y posiciones de autoridad y responsabilidad, (iv) ingresos y riqueza, comprendidas como medios necesarios para lograr un amplio rango de fines, y (v) las bases sociales del respeto de uno mismo". RAWLS, JOHN. *Restatement*. 58-59. Citado por MORESO, JOSÉ JUAN Y JOSÉ LUIS MARTÍ. (n. 14). P. 553.

En el marco de una sociedad democrática, dotada de un régimen constitucional —una sociedad bien ordenada, para Rawls— *ceteris paribus*, las expectativas más elevadas de quienes están mejor situados son justas, si y sólo si, funcionan como parte de un esquema que mejora las expectativas de los miembros menos favorecidos de la sociedad. Por lo demás, la concepción de la igualdad democrática conteste con los principios de justicia, mantiene que, aun cuando la justicia procesal, puede invocarse, al menos hasta cierto grado, esta solo procederá, en cuanto se satisface por completo el principio de diferencia¹⁹.

Sin embargo, hemos de notar, que la interpretación democrática de la justa igualdad, [analizada sitémicamente a la luz de los principios de justicia] supone que el principio de diferencia —someramente expuesto— es congruente con el principio de eficiencia, (*A Theory of Justice* §12) sólo cuando se de un esquema perfectamente justo y que sea a la vez eficiente. De no ser así, la Justicia tiene primacía sobre la eficiencia y exige algunos cambios que no son eficientes²⁰.

4.2. La Democracia como proceso y la concepción procesal de la justicia

La democracia, desde la época clásica hasta hoy, ha sido empleada para designar una determinada forma de gobierno, esto es una de las diversas maneras bajo las que puede ejercerse el poder político. Más específicamente designa la forma de gobierno en la que dicho poder es ejercida por el pueblo. Además de lo anterior, como afirma N. Bobbio, “debido a que el concepto de democracia pertenece a un sistema de

19. RAWLS, JOHN. (n. 5). § 13. P. 84.

20. No profundizaré aquí sobre estos supuestos, los que en todo caso se enuncian sobre dos complicaciones: La primera de ellas, dispone que por aplicación del principio de diferencia, cada uno mejora su situación inicial respecto al acuerdo inicial de igualdad, sin embargo no hay nada que dependa de la posición de identificar el acuerdo inicial, pues para la aplicación del principio lo importante es maximizar las expectativas de los menos favorecidos sujetándolas a las restricciones propias de la interpretación democrática. La segunda se refiere a la conexión en cadena, de las desigualdades en las expectativas. Cfr. RAWLS, JOHN. (n. 5). § 13. P. 85.

conceptos, que constituye la teoría de las formas de gobierno, tal concepto no puede ser comprendido en su naturaleza específica sino en relación con otros conceptos del sistema, de los que delimita la extensión, siendo a su vez determinado por ellos²¹. Considerarle de este modo, permite efectuar un análisis de su concepto propio, atendiendo a los diversos usos que se la han dado, en cuanto forma de gobierno. Así distinguimos entre un uso descriptivo (o sistemático), prescriptivo (o axiológico) e histórico²². El primero de ellos, se resuelve en función de una clasificación de gobierno y por tanto de las tipologías de las formas de gobierno —democráticas— que han existido, en el segundo de sus usos, una teoría de las formas de gobierno democrático, implica la realización de una serie de juicios de valor con base en los cuales las diversas constituciones son dispuestas con un orden de preferencia, según si una es juzgada como buena y otra mala que otra y así sucesivamente. Finalmente, en cuanto al uso histórico, nos servimos de él antes que para otra cosa, para describir los diversos momentos sucesivos del desarrollo histórico-democrático, considerado como un paso obligado de una u otra forma.

21. BOBBIO, NORBERTO. “Estado, gobierno y sociedad: Por una teoría general de la política”. Breviarios. Fondo de cultura económica. México D. F. 1994. P. 188.

22. No es nuestro objetivo dilucidar íntegramente el entramado conceptual y práctico, que lleva aparejado la Democracia, sino más bien exponer sucintamente los alcances de una consideración conceptual que sirva de base para vertebrar la relación, que entendemos se asienta, en los principios de Justicia planteados por el liberalismo igualitario de John Rawls y la interpretación a que aludimos. Con todo, sobre los alcances de su significado Vd. CAZOR ALISTE, KAMEL. “Democracia y Constitución en Chile”, en Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Vol., XI, Diciembre de 2000; “Constitución, principio democrático y reformas constitucionales”. Revista de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Vol., XIII, Diciembre de 2002 y “El desarrollo democrático de la sociedad chilena a la luz de la articulación entre democracia política y democracia constitucional”. Proyecto Fondecyt N° 1050378 (2005-2006) y en “Propuesta investigativa en torno al desarrollo democrático de la sociedad chilena”. En Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Sede Coquimbo. 12.2, 2005. También, en BUSTOS, ISMAEL. “¿Qué es la democracia? (Un approach lógico-semántico para su definición)”. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Edeval, Valparaíso, 1991.

Ahora bien, más allá de los argumentos éticos que se vislumbran, ya en Kant ya en Rousseau²³. Pueden por cierto, darse dos argumentos más. El primero de ellos, es de carácter político y está basado en una de las máximas de la experiencia más compartida en el pensamiento político de los últimos tiempos, a saber, que quien detenta el poder intenta abusar de él. La democracia en este sentido es una de las formas de limitar este poder, pues el pueblo no puede atentar contra sí mismo. El segundo argumento (que se agrega a la superación del binomio autocracia-heteronimia, frente a la democracia-autonomía, como en Kant), es de carácter *utilitario*, y se basa en la máxima según la cual los mejores intérpretes del interés colectivo son quienes forman parte de la colectividad, de cuya utilidad se trata, esto es, los mismos interesados; en este caso, *vox populi vox dei*²⁴.

Sin embargo las anteriores concepciones, que atienden a los usos de las formas de gobierno, no explicitan qué criterio de justicia requiere una democracia constitucional, ni los supuestos que forman parte de esta relación. Más aún, se desarrollan desde la esfera de la *utilidad*, frente a lo cual el liberalismo igualitario de Rawls se plantea —*ex ante*— de la forma que sigue: “Al presentar la justicia como equidad habré de contrastarla con el utilitarismo. Lo hago por varias razones; en parte como recurso expositivo, en parte porque las diversas presunciones del punto de vista utilitario han dominado desde hace mucho tiempo nuestra tradición filosófica y continúan haciéndolo. Y este dominio se ha mantenido a pesar del persistente recelo que tan fácilmente despierta el utilitarismo”²⁵.

Así, para conjugar una concepción de la democracia que sea sustentable con los principios de justicia del liberalismo igualitario, debe-

23. En Kant por ejemplo, el progreso de la hermenéutica democrática, se encuentra de suyo, ligado al fortalecimiento de la convicción de que el hombre después de la Ilustración, salió de la minoría de edad, y como mayor de edad, desprendido de tutela (heteronomía), debe decidir libremente sobre su vida individual y colectiva (autonomía). Sobre Kant y la Ética. Ver O'NEILL, ONORA. “La ética kantiana”. En SINGER, PETER. “Compendio de ética”. Versión española de: Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil. Alianza ed. 1995. P. 256.

24. Ver, BOBBIO, NORBERTO. (n. 21). Pp. 203-204.

25. RAWLS, JOHN. (n. 5). P. 60. C. *Mía*.

mos entender que la democracia, es “un procedimiento de decisión mediante la regla de la mayoría, es un sistema con muchas ventajas sobre cualquiera de las alternativas disponibles. Sea la democracia representativa o directa, reconoce en alto grado la voz de todos a la hora de tomar decisiones públicas”²⁶. Un procedimiento sustantivo y no meramente formal, dicho de otra forma, se trata de interpretarle de un modo sistémico-funcional, más propiamente, se trata de una *democracia procedimental sustancial*, que nos permite determinar si se ha establecido un sistema de democracia política o poliarquía²⁷ que permita la recepción de los principios de justicia. Así entonces, la tarea del principio de justa igualdad de oportunidades es, como señala Rawls, asegurar que el sistema de cooperación sea de justicia puramente procesal. La ventaja de ello, es que ya no es necesario seguir el rastro, a una variedad infinita de circunstancias de personas particulares, lo que habrá de juzgarse es la configuración básica, y hacerlo desde un punto de vista general de justicia.

Con todo, parece necesario retomar las nociones de justicia procesal instituida por Rawls, y que sirve para ilustrar nuestra tesis: (i) En cuanto a la justicia procesal pura, diremos que se considera justo un resultado por haber seguido un determinado procedimiento, sin disponer en este caso de ningún criterio independiente para juzgar la justicia del resultado (v. gr. Los juegos de azar)²⁸. (ii) En la justicia procesal

26. MORESO, JOSÉ JUAN. “Derechos y Justicia Procesal Imperfecta”. Revista Doxa. Buenos Aires, Argentina. Año 1, núm.1. 2000. P. 30.

27. Ver, DAHL, ROBERT. “Poliarquía, en diez textos básicos de Ciencia Política, Ariel, Barcelona, 1992. cit. por CAZOR ALISTE. KAMEL, (n. 22).

28. En palabras de Rawls: “Thus rational autonomy is modeled by making the original position a case of pure procedural justice. That is, What ever principles the parties select from the list of alternatives presented to them are accepted as just. Put another way, following the idea that citizens themselves (via their representatives) are to specify the fair terms of their cooperation (and putting aside for the present the criterion of reflective equilibrium), the outcome of the original position yields, we conjecture, the appropriate principles of justice for free and equals citizens”. RAWLS, JOHN. *A Theory of Justice*. P. 198. Cit. MORESO, JOSÉ JUAN, (n. 26). Cita 39. P. 29.

perfecta en cambio, disponemos de un criterio anterior e independiente sobre lo que es justo, de modo que el procedimiento es diseñado para asegurar el resultado que, a su vez, satisface el criterio (V.gr., la división de una torta). Así, si aceptamos que el resultado justo es que cada uno tenga una porción igual, entonces el procedimiento que asegura ese resultado es simple: El que corta la tarta se queda con la última porción. (iii) Ahora bien, en los casos de justicia procesal imperfecta, por último, también disponemos de un criterio independiente para evaluar la justicia del resultado, pero no es posible designar un procedimiento que asegure el logro de resultados justos en *todos* los casos (V.gr. el proceso penal). Esta especie de justicia está ejemplificada típicamente en “el juicio penal, cuyas resultas han de ser que el acusado sea declarado culpable si y sólo si ha cometido la falta que se le imputa”²⁹. En efecto, Rawls sostiene que “el procedimiento ha sido dispuesto para buscar y establecer la verdad del caso, pero parece imposible hacer unas normas jurídicas que conduzcan siempre al resultado correcto”³⁰.

En definitiva la pregunta que subyace es si ¿son los procedimientos de que disponemos, en el ámbito de nuestras instituciones democráticas, un caso de justicia procesal pura, o imperfecta?³¹.

Ahora bien, la democracia en el entendido a que aludimos más arriba, y la regla de la mayoría conforme lo antes dicho, “no puede ser entendida como un caso de justicia procesal pura para aquellas concepciones de la justicia que reconocen principios que atribuyen derechos. Es siempre posible que una decisión tomada por la mayoría viole algunos de los derechos de las personas que la teoría de la justicia reconoce. De hecho, los procedimientos políticos son siempre, para teorías de la justicia que reconocen derechos, supuestos de justicia procesal imperfecta”³². Esto es así, pues, por un lado, existe un criterio inde-

29. Cfr. RAWLS, JOHN. (n. 5). P. 90.

30. RAWLS, JOHN. (n. 5). P. 90.

31. Supongo en este punto que no es aceptable conjeturar que procede en este caso la justicia procesal perfecta.

32. MORESO, JOSÉ JUAN. (n. 26). P. 30.

pendiente para evaluar la corrección de los resultados [los principios de justicia] y por otro, no hay procedimiento que garantice el logro de un resultado justo³³.

Por lo tanto, el problema a resolver es cómo diseñar, a partir de las relaciones necesarias, entre una concepción de la justicia y la democracia constitucional, un procedimiento político que asegure en la mayor medida de lo posible resultados que estén de acuerdo a los principios de justicia.

Una respuesta, dada desde el seno de *A Theory of Justice*, implica señalar que la justicia política, esto es la justicia de la Constitución, tiene dos aspectos, derivados del hecho de que una Constitución justa es un caso de justicia procesal imperfecta. Primero, la Constitución ha de ser un procedimiento justo, que satisfaga los requerimientos de la igual libertad. Segundo, debe estructurarse de forma que todos los acuerdos factibles se conviertan en sistemas de legislación justos y eficaces. La justicia de la Constitución, —entonces— ha de ser fijada desde dos perspectivas, a la luz de lo que las circunstancias permitan, estableciendo estas delimitaciones desde el punto de vista de la convención constitucional³⁴. Así, y finalmente, diremos que, “solamente teniendo como trasfondo una estructura básica justa, que incluya una Constitución política justa, y una también justa configuración de las instituciones económicas y sociales, puede decirse que exista el procedimiento justo requerido”³⁵.

33. “In fact, there is no scheme of procedural political rules which guarantees that unjust legislation will be not enacted. In the case of a constitutional regime, or indeed of any political form, the ideal of perfect procedural justice cannot be realized. The best attainable scheme is one of the imperfect procedural justice”. RAWLS, JOHN. *A Theory of Justice*. Cit. en nota 38, p. 198. Vd. También, FREEMAN, SAMUEL. “Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review” en *Law and Philosophy*, 9 (1990-1991), p. 336-337, CELANO, BRUNO. “Justicia procedimental pura y teoría del Derecho”. *Revista Doxa*. N° 24. Año 2. Buenos Aires. Argentina. 2001, pp. 418-419, y MORESO, JOSÉ JUAN. (n. 18). P. 31.

34. Cfr. RAWLS, JOHN. (n. 5). Parte II. § 36. P. 210.

35. RAWLS, JOHN. (n. 5). P. 91.

4.3. El debate de la sociedad democrática y el consenso superpuesto³⁶

El proceso a través del cual se configura la sociedad democrática contemporánea, en la visión de John Rawls, se presenta como una concepción política [no moral] que asume que los ciudadanos mantienen dos visiones distintas —de ahí que en sentido interno se radique la cuestión en el debate cívico—, no por ello insolubles: (i) Una concepción política de la Justicia; (ii) Una doctrina plena o parcialmente abarcativa respecto de la concepción política respecto de la sociedad en la que se encuentre. Se trata de una concepción que se refiere al debate suscitado en la estructura básica de la sociedad, no extensiva a nuestras normas personales de conducta o nuestros ideales de vida³⁷.

Así pues, en las sociedades democráticas, en que se permite el libre debate público, y que consienten en asumir los principios de justicia, encontramos dos características distintivas: (i) La idea de la sociedad como capaz de autosostenerse, esto es, una concepción independiente de cualquier otra doctrina abarcativa particular, (v. gr. utilitarismo) y cuyos términos sean familiares a la ciudadanía, en cuanto estén implícitas en la cultura política de una sociedad democrática. (ii) La idea de un consenso superpuesto (*overlapping consensus*), destinado a hacer posible que las concepciones abarcativas razonables y opuestas confluyan en ciertos acuerdos básicos. Dicho consenso se refiere a un acuerdo entre personas razonables, el que sólo puede producirse cuando los ciudadanos, mediante el debate democrático, adhieren generalmente a la concepción de justicia, y cuando las doctrinas abarcativas irrazonables no obtienen el apoyo suficiente como para socavar la justicia esencial de la sociedad.

Ahora bien, lo propio de este consenso, —diferenciándolo de un mero *modus vivendi*— se funda no en meros acuerdos celebrados por personas autointeresadas, sino “un consenso cuyas características son: (a) que su objeto, la concepción política de la justicia, es en sí

36. En esta sección sigo la lectura que del consenso superpuesto hace R. Gargarella (2002).

37. RAWLS, JOHN. (n. 1). P. 148.

mismo una concepción moral (b) que se afirma sobre bases morales, incluyendo concepciones de la sociedad y de los ciudadanos como personas, así como principios de justicia, [...]”³⁸. Lo cierto es que la lejanía entre el debate democrático y el consenso superpuesto, parece a priori, muy asentada, para Rawls, es dable imaginar una situación de progresivo acercamiento a dicho consenso, así decimos con R. Gargarella, “que la posibilidad de un pasaje gradual desde una situación de *modus vivendi*, hasta lo que denomina consenso constitucional”³⁹, para llegar finalmente al consenso superpuesto, dimanado del seno de la sociedad democrática, a saber, la multiplicidad de doctrinas comprensivas razonables que conviven y en las cuales se desarrolla el debate que lleva a elegir los principios de justicia.

En definitiva, “el consenso superpuesto es la condición a partir de la cual el primer poder moral, el de [...] actuar a partir de una cierta concepción pública de justicia, puede ser realizado sin infringir seriamente el segundo poder moral, el de permanecer atado a la concepción del bien determinada por uno mismo, de un modo autónomo. Esto es lo que Rawls llama, la plena autonomía de una persona”⁴⁰.

En el mismo sentido, Rawls, describe la secuencia institucional de una sociedad justa ha de realizarse diferenciándose cuatro etapas o niveles, a saber: La primera etapa consiste en la posición original en la que se eligen los dos principios de justicia, que constituyen un estándar independiente con el cual juzgar la adecuación del resto de etapas. La segunda etapa estipula las normas constitucionales que aseguran el principio de igual libertad para todos. La tercera etapa, tiene como objetivo el establecimiento de las reglas legislativas de acuerdo a los principios de justicia —respetados los derechos atrincherados en la segunda etapa, las decisiones deben adecuarse al segundo principio—. La

38. RAWLS, JOHN. (n. 1) p. 149.

39. GARGARELLA, ROBERTO. “John Rawls, “Political liberalism y sus críticos”. En Revista Doxa. N° 20. Buenos Aires, Argentina. 1997. P. 400.

40. MICHELMAN, FRANK. “The subject of Liberalism”. Stanford Law Review, Vol., 46, 6 (Julio. 1994). 1807-1833, p. 1829. Citado por GARGARELLA, ROBERTO. (n. 33). P. 402.

cuarta etapa es la de aplicación de las reglas generales a los casos individuales por parte de los órganos de aplicación⁴¹. Así, podemos concluir con Moreso y Martí que, cada una de estas etapas "presupone un progresivo levantamiento del velo de ignorancia que, por una parte, permite articular las normas adecuadas para cada sociedad en concreto y, por otra, permite hacerlo de forma justa, puesto que en todas las etapas deben respetarse los principio de justicia"⁴².

5. CONCLUSIONES

En orden a lo expuesto es posible concluir que:

Primero: La existencia de la relación a que nos hemos referido, no es meramente descriptiva, por el contrario, conlleva una serie de consecuencias, sin las cuales podría entenderse una concepción política de la justicia en una sociedad democrática.

Segundo: La relación conceptual dada, conlleva un carácter axiológico, toda vez que la estructura básica en que se desenvuelven los principios de justicia está referida, entre otras a la institucionalidad constitucional y democrática.

Tercero: Analizar la existencia de una diversidad de doctrinas razonables incompatibles entre sí, pero que conviven en una sociedad democrática, dotada de una interpretación conteste con los principios de justicia, es referirse *prima facie*, a la realidad democrática de las sociedades contemporáneas, en que el debate es el seno de la actual ciudadanía.

Finalmente, diremos que el paradigma liberal igualitario, no puede describir sus axiomas característicos sin una valoración democrática, y por su parte, la democracia requiere de una concepción política de justicia que oriente su interpretación con el objeto de no caer en una interpretación meramente funcional.

41. Cfr. RAWLS, JOHN. (n. 5). P. 199.

42. MORESO, JOSÉ JUAN y JOSÉ LUIS MARTÍ. (n. 14). Pp. 547- 548.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BÁRBAROSH, EDUARDO. "El liberalismo igualitario de John Rawls". "John Rawls. Estudios en su memoria". Revista de ciencias sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Editorial Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002.
- BOBBIO, NORBERTO. "Estado, gobierno y sociedad: Por una teoría general de la política". Editorial. Breviarios. Fondo de cultura económica. México D. F. 1994, p. 188.
- CELANO, BRUNO. "Justicia procedimental pura y teoría del Derecho". Revista Doxa. N° 24. Buenos Aires. Argentina. Año 2001.
- GARGARELLA, ROBERTO. "John Rawls, "Political liberalism y sus críticos". Revista Doxa. N° 20. Buenos Aires, Argentina. Año, 1997.
- MONTERO, JULIO. "¿Qué criterio de igualdad requiere una democracia deliberativa?". Revista Dianoia, volumen I, número 55 (noviembre 2005).
- MORESO, JOSÉ JUAN y JOSÉ LUIS MARTÍ. "La constitucionalización del principio de diferencia". Universidad Pompeu Fabra. España. En "John Rawls. Estudios en su memoria". Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002.
- O'NEILL, ONORA. "La ética kantiana". En SINGER, PETER. "Compendio de ética". Versión española de: Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil. Alianza ed. 1995.
- PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. "Rawls: Equilibrio reflexivo, constructivismo y razón pública. El problema de la realidad y la justificación en filosofía política". "John Rawls. Estudios en su memoria". Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Valparaíso. Edeval, Valparaíso, Chile. N° 47. Primer y segundo Semestre de 2002.
- POZZOLO, SUSSANA. "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional". [trad. José Vilajosana]. En Revista Doxa. N° 21-II. Buenos Aires, Argentina. 1998.

RAWLS, JOHN. *"A theory of Justice"*. (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971). *"Una teoría de la Justicia"*. Segunda edición en español. Fondo de cultura económica. México. Ciudad de México, D.F., 1995.

RAWLS, JOHN. *"El liberalismo político"*. Ed. Grijalbo Mondadori, S.A. Barcelona, España. 1996.

RAWLS, JOHN. *"Distributive Justice"*. E.S. Phelps (ed.), *Economic Justice*, Penguin Books, Harmondsworth & Baltimore, 1973. Refundición de los artículos publicados en 1967 y 1968 con el mismo título. "Justicia Distributiva". Traducción del Centro de estudios públicos. Santiago de Chile. Revista de Estudios Públicos, N° 24, 1986.

RAWLS, JOHN. *"Justice as fairness: Political not metaphysical"*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1985.

SOBRE LA (IRRELEVANTE) DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS

FRANCISCO SAFFIE G. *

Perhaps a great deal of time has been wasted
Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, 2006.

En esta ponencia pretendo mostrar lo irrelevante que se torna la distinción entre principios y reglas cuando comprendemos el sentido que ésta tuvo en la crítica de Dworkin al positivismo jurídico analítico para, con posterioridad, dejar en evidencia algunos de los peligros que acarrea una concepción del derecho que se funda en esta distinción.

Para ello, he dividido la argumentación en tres partes. En la primera, volveré a revisar los presupuestos de la distinción lógica entre reglas y principios presentada por Dworkin en *The Model of Rules* hace casi cuarenta años. En la segunda parte, examinaré lo irrelevante que se tornan las respuestas positivistas que ven en los principios el centro de la crítica de Dworkin, cuando pierden de vista el argumento principal. Para ello será necesario revisar el estado en que se encuentra la crítica dworkiniana. Finalmente, intentaré mostrar los riesgos que para

* Profesor de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Quiero agradecer a Fernando Atria el tiempo que destinó para leer y comentar una versión preliminar de este trabajo. Los errores que puedan quedar en el argumento son sólo de mi responsabilidad.