

CREGO, Jorge: *La forma del Derecho y la libertad. Una crítica a la concepción de Rawls y Fuller sobre el valor del Rule of Law*, Madrid, Marcial Pons, 2020, 237 pp.

El objetivo del libro en cuestión es evaluar la relación entre los *desiderata* que conforman las concepciones formales del *rule of law* y la promoción de la libertad de los sujetos jurídicos en el pensamiento de John Rawls. En este sentido, quedan claros los márgenes de la investigación. No se consideran las concepciones materiales del *rule of law* ni otras propuestas que lo fundamentan en otras conexiones, sino solamente esta que lo conecta con la libertad.

La relevancia del trabajo reside en el hecho de que el *rule of law* goza de aprobación general pero sigue siendo discutido. Se detiene por eso en una concepción formal del *rule of law* porque es esta la que tiene mayor apoyo y, cabría añadir, es en el fondo la base de la concepción material. El hecho de dedicar la atención a Rawls tiene que ver con el indudable impacto presente que la obra del profesor de Harvard sigue teniendo, así como por ser quien precisamente ha conectado *rule of law* y promoción de la libertad. En este punto la obra de Fuller está en la inspiración de Rawls, lo que hace imprescindible su referencia para comprender el pensamiento del propio Rawls.

Para conseguir su objetivo, este estudio comienza en primer lugar por presentar la versión de Rawls del *rule of law* a partir de la necesaria referencia a Fuller y su descripción de la moral interna del Derecho. A partir de ahí se expone y se valora la noción rawlsiana de libertad distinguiendo las dos etapas propias de su pensamiento: liberalismo comprensivo y liberalismo político. Para una comprensión más aguda del problema, no faltan en este punto las referencias al sentido que la libertad tiene en la visión fulleriana del *rule of law*.

Una vez desarrollado lo anterior, el trabajo examina los argumentos de Rawls para defender la relación entre *rule of law* y promoción de la libertad. Para entenderlo se distingue entre la interpretación extrínseca y la interpretación intrínseca del valor del *rule of law*. La extrínseca lo asocia a la garantía de las libertades básicas postuladas como contenido del Derecho. La intrínseca pretende demostrar que los *desiderata* de Fuller promueven la libertad en cierto grado, con independencia del contenido del sistema jurídico.

Por último, se lleva a cabo la correspondiente valoración crítica del intento de Rawls a la que vamos a hacer mención detallada más adelante. Antes de eso hay que traer a colación el hecho de que el libro supone también una serie de

aportes a la interpretación del pensamiento de Rawls que son fuertemente originales y que no pueden dejarse pasar. Entre ellas, destaca una comprensión de la posición original y una interpretación de la idea de libertad en Rawls.

La posición original se presenta como la interpretación predilecta de la situación inicial del contrato social. Para el autor, el mejor modo de caracterizarla es bajo una doble perspectiva: como mecanismo de representación y como mecanismo de deducción. Como mecanismo de representación, en palabras de Rawls, «capta conceptualmente tanto la libertad como la igualdad» de las personas morales, que constituyen la base de los preceptos que la conforman. Como mecanismo de deducción, emplea las premisas formuladas a partir de dichos presupuestos con el objetivo de facilitar el descubrimiento de los principios de la justicia.

Esta caracterización permite comprender la teoría de Rawls como un conjunto de tres etapas. La primera, «de indagación», se dirige a aprehender las bases filosóficas de las sociedades liberales contemporáneas. La segunda, «de representación», rearticula estas bases conformando los preceptos que componen la posición original. La última etapa, «de deducción», es la verdaderamente constructivista. Se dirige a determinar los principios de la justicia a partir del contrato social. Debido a esto, se ha denominado a la posición original «etapa intermedia».

Esta consideración de la posición original le ha permitido concluir que la inserción de las restricciones formales de lo justo como uno de sus preceptos es equívoca. Su propuesta es considerar las restricciones formales como «conclusiones parciales», y excluirlas de la «etapa intermedia» de la posición original. Dichas restricciones son una caracterización inacabada de los propios principios de la justicia, rasgos de los mismos, y no premisas para su deducción.

Con respecto a la interpretación de la libertad rawlsiana, el autor la elabora a partir de la idea de autoautenticación, destacando el rol de la capacidad para elaborar, revisar y promover una concepción del bien a partir del deseo del individuo.

Defiende entonces que el elemento fundamental de la libertad, tal y como la entiende Rawls, es la capacidad para autoautenticar una concepción del bien. Es decir, para convertir los planes de vida propios en la idea del bien del individuo que los sostiene. Esto es así, siempre y cuando se respeten los principios de la justicia.

La libertad rawlsiana implica que el sujeto es capaz de convertir su plan de vida deseado en su idea de lo bueno. El sujeto es verdaderamente libre cuando lleva a cabo dicha determinación subjetiva de su concepción del bien.

Hechas estas aclaraciones podemos centrarnos en describir ahora las conclusiones del trabajo en lo relativo a la relación entre libertad y *rule of law*. En este marco, se ha partido de la concepción de la libertad apuntada: su comprensión como la capacidad de elaborar, revisar y promover una concepción del bien o un plan de vida propios. La idea de *rule of law* se ha identificado con los canónicos *desiderata* de Fuller.

La primera conclusión sería la siguiente: el respeto al *rule of law*, tal y como lo conciben las concepciones formales, promueve simplemente la racionalidad deliberativa, porque permite al sujeto jurídico evaluar debidamente las consecuencias jurídicas de la elección de su plan de vida. Partiendo de estas coordenadas se debe constatar que la relación entre *rule of law* y libertad descansa en un equilibrio precario. La subjetividad jurídica se identifica con el ser racional-deliberante de Rawls, un individuo que dista mucho de la idea plena de persona moral libre e igual.

El *rule of law* permite supuestamente al sujeto autoaplicar las reglas del sistema jurídico, es decir, plasmar en la realidad los mandatos jurídicos a través de su propia acción. También le permite predecir las consecuencias jurídicas de sus actos, decidiendo consiguientemente qué conductas llevará a cabo. Consigue así reducir las posibilidades de interferencias inciertas en el curso de su acción y, más en general, de su plan de vida. Por otro lado, esto configura una posibilidad de elección sobre cómo cumplir las órdenes jurídicas. Incluso asegura, en cierto modo, que dicha posibilidad de elección sea independiente del capricho de terceras personas.

Así, el *rule of law* genera un «lenguaje de interacción» que habilita un punto de orientación para las acciones recíprocas constantes entre los individuos de la sociedad. Pero esto no se identifica con la libertad tal y como Rawls la concibe, sino con la racionalidad deliberativa. La racionalidad deliberativa permite al sujeto elegir un plan de vida «con plena conciencia de los hechos importantes, y tras una cuidadosa reflexión acerca de las consecuencias». De este modo, dicho plan se convierte en el bien del sujeto. Este rasgo se puede asociar a la seguridad jurídica, pero no a la libertad.

La segunda conclusión señala que la racionalidad deliberativa es necesaria para que el sujeto pueda actuar libremente, pero esta, por sí misma, no puede asegurar siquiera un mínimo de libertad.

En efecto, la investigación realizada pretende mostrar que el elemento esencial de la idea de libertad rawlsiana reside en la facultad de autoautenticar un determinado deseo razonable, convirtiéndolo en la propia concepción del bien o en el plan de vida del individuo. Si bien es cierto que sin la racionalidad deliberativa asegurada por el *rule of law*, el sujeto se ve abocado a abrazar un bien «aparente», que difiere del que hubiese elegido de haber podido deliberar sobre las verdaderas consecuencias jurídicas de sus actos. De este modo, se puede afirmar que un orden social que no respeta el *rule of law* supone una afrenta a la personalidad moral de los sujetos jurídicos, una afrenta que afectará directamente a su libertad. Todo ello porque el sujeto se ve privado externamente de ciertos conocimientos esenciales para el correcto ejercicio de las facultades intelectuales necesarias para desarrollar las facultades morales.

Sin embargo, a pesar de todo lo anterior, la mera elección planificada con conocimiento de las consecuencias no puede en absoluto identificarse con la libertad. Y ello por tres motivos al menos. En primer lugar, porque las elecciones que Rawls considera «libres» son un tipo especial de elecciones. En sus propias palabras, la libertad se ejerce «en la elección de un sistema de objetivos finales». Es decir, en la elección de la propia concepción del bien, o del plan de vida que se desarrollará.

En segundo lugar, porque nada impide que las consecuencias jurídicas previsibles por el sujeto jurídico gracias al *rule of law* tengan tal naturaleza que imposibiliten al sujeto elaborar su propia concepción del bien y, por tanto, actuar con libertad.

En tercer lugar, porque el respeto a la racionalidad deliberativa del sujeto puede fundamentarse en intereses instrumentales, dirigidos únicamente a aprovecharse de su capacidad de acción para satisfacer los planes de vida de terceros.

La relación existente entre la racionalidad deliberativa y la libertad encuentra su proyección en la relación entre el *rule of law* y la libertad de los sujetos jurídicos. El *rule of law* es la estructura institucional necesaria para promover la racionalidad deliberativa. Del mismo modo que la racionalidad deliberativa

es un ejercicio de la facultad intelectual necesario para poder actuar libremente, pero insuficiente para ello por sí mismo, el *rule of law* es un ideal fundamental para poder producir una subjetividad jurídica respetuosa con la libertad. Sin embargo, un sistema jurídico que incorpore los *desiderata* del *rule of law* no implica necesariamente el respeto a la libertad.

La última conclusión es que, a juicio del autor, la única forma de sostener la existencia de una relación entre libertad y *rule of law* es mediante la consideración de que este garantiza las libertades básicas reconocidas en el ordenamiento jurídico. Se trata, por tanto, de una conexión extrínseca. Por ello, si se quiere seguir caracterizando al *rule of law* como una libertad básica, deberá hablarse de una libertad básica formal y coadyuvante.

Si con el simple respeto al *rule of law* se consiguiese la promoción de la libertad, cabría cuestionarse qué tarea le queda reservada al contenido del Derecho. Puede recuperarse la idea de que el sistema jurídico promueve diferentes virtudes. En este caso, la virtud de la forma sería simplemente la garantía de la racionalidad deliberativa de los individuos, no de la libertad. Solo con concepciones mínimas de libertad, como la idea de libertad negativa, se puede afirmar la suficiencia del *rule of law* para su promoción.

Por todo lo anterior, se debe concluir que un individuo no puede acudir a la estructura formal de la relación en la que se inserta para saber si se le reconoce su naturaleza de persona moral libre e igual. El respeto a los *desiderata* del *rule of law* no asegura la libertad del individuo, de modo que una evaluación del contenido del sistema jurídico se hace absolutamente necesaria si se pretende indagar sobre esto último.

El libro se cierra con una bibliografía tanto de fuentes primarias como secundarias. Esta última, por más que se nos haya avisado que es selectiva, parece realmente completa cuando menos a los efectos de la presente investigación.

Pedro RIVAS
Universidad Austral (Argentina)