

Jorge Crego, La forma del derecho y la libertad. Una crítica a la concepción de Rawls y Fuller sobre el valor del rule of Law

(2020) Marcial Pons
Madrid, 238 pp.

Mariano C. Melero de la Torre
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID 0000-0002-7128-2119
mariano.melero@uam.es

Cita recomendada:

Melero de la Torre, M. C. (2021). Jorge Crego, La forma del derecho y la libertad. Una crítica a la concepción de Rawls y Fuller sobre el valor del rule of Law. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, pp. 454-459.

doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6374>

Recibido / received: 01/06/2018

La problemática del valor moral del *rule of law* ocupa un lugar central en la tradición del pensamiento liberal. La cuestión gira en torno a si el orden jurídico, la mera forma del Derecho, es un simple instrumento al servicio del poder político o, por el contrario, guarda una conexión conceptual con la moralidad crítica como condición esencial de la libertad individual. La respuesta a esta cuestión dependerá, obvio es decirlo, de cuál sea la concepción que sostengamos del concepto de Derecho. Si asumimos, como hace una importante corriente del positivismo jurídico (desde Hobbes hasta Hart, pasando por Austin y Bentham), que el Derecho es un sistema de mando centralizado en torno a una única fuente de poder político, entonces parece evidente que el sistema jurídico no guarda relación conceptual alguna con la moral. Si, por el contrario, consideramos el Derecho como un tipo de orden social comprometido con una visión de las personas como agentes morales responsables, es decir, un modo de gobierno que trata de respetar la libertad y la dignidad de las personas como sujetos con una perspectiva y una voluntad propias, entonces parece incuestionable que el Derecho tiene valor moral en sí mismo, con independencia del contenido de sus normas concretas.



El libro de Jorge Crego que aquí reseñamos está dedicado precisamente a desentrañar la verdadera naturaleza de la conexión entre la forma del Derecho y la libertad. Con este objetivo, se centra en el pensamiento de dos autores sobresalientes en la tradición liberal, Lon Fuller y John Rawls. Ambos autores se complementan extraordinariamente bien en relación con el problema que aquí nos ocupa. Rawls apenas desarrolla su idea de la justicia formal, y se remite expresamente a la noción del *rule of law* de Fuller. Este autor, a su vez, no tiene una noción de libertad claramente expuesta en ninguna de sus obras, ni explica en ningún sitio pormenorizadamente la vinculación del *rule of law* con la libertad. La aportación de Crego radica, a mi modo de ver, en que analiza dicha vinculación a partir de la idea rawlsiana de libertad como facultad moral para formar, revisar y perseguir una concepción del bien.

El libro contiene un exigente análisis conceptual de la cuestión, y propone una tesis original que merece una discusión mucho más elaborada de la que aquí podemos desarrollar. La estructura del libro se compone de cuatro capítulos. En el primero se presentan los *desiderata* señalados por Fuller como característicos de la moralidad interna del Derecho, y se pone de relieve la presencia de esta moralidad formal en la concepción rawlsiana del *rule of law*. A continuación, el capítulo segundo está dedicado a analizar qué entiende Rawls por «libertad», así como a hacer ver la común estructura entre dicha concepción y la idea fullericiana de libertad. Una vez hecho esto, el capítulo tercero está dedicado a examinar el vínculo que según ambos autores relaciona el *rule of law* con la libertad. Por último, el capítulo cuarto contiene una evaluación en detalle de la validez de los argumentos de Rawls sobre la relación existente entre los efectos derivados del *rule of law* y la idea de libertad.

La tesis central de Crego es que «la relación entre *rule of law* y libertad es simplemente extrínseca. De la necesidad de un sistema jurídico no se puede extraer, por sí misma, la aparición de efectos morales positivos como, por ejemplo, la promoción de cierto sentido de libertad» (p. 112). Dicho un poco más pormenorizadamente, el *rule of law* entendido en términos formales se limita a hacer posible la racionalidad deliberativa del sujeto jurídico (su capacidad de planificación racional), pero por sí mismo es insuficiente para promover una capacidad de elección siquiera mínimamente libre y, por tanto, mínimamente valiosa (pp. 20-21).

La argumentación de Crego arranca, como ya se ha dicho, de la concepción fullericiana del *rule of law*. La dificultad que plantea este punto de partida es la ambigüedad que encierra dicha concepción. En este punto, el análisis de Crego de las distintas dimensiones de la concepción fullericiana (capítulo 3, sección 2) es especialmente digna de encomio. En breve, la ambigüedad de Fuller se debe al solapamiento de dos perspectivas no siempre claramente distinguidas. El Derecho como guía segura de la acción puede verse desde la perspectiva del legislador, como instrumento para alcanzar sus propósitos, o, por el contrario, desde la perspectiva del ciudadano (el destinatario del Derecho), el cual desea usar su conocimiento del Derecho para planear y conducir sus asuntos con seguridad y eficazmente. Desde esta segunda perspectiva, cabe apreciar una conexión necesaria entre la moralidad interna del Derecho y la justicia sustantiva, por cuanto que el *rule of law* trae consigo el respeto a las personas mediante la realización de los valores de reciprocidad y equidad.

Además, la descripción fullericiana del *rule of law* se centra en la idea de que los poderes públicos deben ejercer su autoridad dentro del marco restrictivo de las normas públicas, en lugar de sobre la base de sus preferencias. Desde este punto de vista, se priorizan los rasgos formales y estructurales que no pueden faltar en un orden jurídico: la certeza jurídica, la predictibilidad, la irretroactividad, la congruencia

entre las normas públicas y la acción efectiva del gobierno y la administración, la publicidad, etc. Sin embargo, este enfoque omite los elementos procesales que resultan básicos para la forma de operar del Derecho. Me refiero a los principios de imparcialidad y regularidad en la administración del Derecho, cualquiera que sea su contenido. Esta dimensión es básica para comprender la vinculación del Derecho con la argumentación racional. Ante los tribunales de justicia, los ciudadanos pueden argumentar desde su punto de vista la reclamación de un supuesto derecho vulnerado. A. V. Dicey, a diferencia de Fuller, subrayó la importancia de los tribunales independientes en su concepción del *rule of law*. Del mismo modo, Rawls incluye esta dimensión procesal en su idea del *rule of law* como manifestación jurídica de la «justicia formal».

Crego niega el valor intrínseco del *rule of law* por su falta de conexión necesaria con la libertad como facultad para una concepción del bien. «Hace falta algo más que poder deliberar acerca de las consecuencias jurídicas para poder ejercitar dicha facultad. Es necesaria una protección sustantiva de libertades, como la libertad ideológica, la libertad de reunión, etc.» (p. 186). Las condiciones de predictibilidad y de certeza que trae consigo la instauración de un sistema jurídico garantizan la posibilidad de planificar un proyecto racional de vida con plena «racionalidad deliberativa». Sin embargo, «una decisión tomada con racionalidad deliberativa en lo que respecta a las consecuencias jurídicas de la misma, no necesariamente tiene por qué ser libre» (pp. 184-185).

La tesis central de Crego se basa en dos premisas básicas: a) el carácter instrumental del *rule of law* entendido en su concepción formal; y b) la desconexión o «hiato liberal» entre la capacidad de deliberación racional (que implica tanto la racionalidad como la razonabilidad) y la libertad entendida como la facultad para «autoautenticar» una concepción del bien. Dedicaré el resto de esta reseña a hacer un breve análisis crítico de ambas premisas.

Respecto a la primera, creo que falta en el libro una mínima justificación de la relación que se asume en la argumentación entre el concepto del Derecho y el *rule of law*. Como señalé al inicio, la definición que se presuponga del concepto del Derecho será clave para entender cuáles son los efectos del *rule of law*. En este sentido, creo que hay buenas razones para afirmar que la forma del Derecho tiene un valor moral intrínseco en cuanto que representa la condición de posibilidad de una voluntad libre; una vez establecida dicha posibilidad, es el contenido sustantivo de cada sistema jurídico el que determina hasta qué punto el Derecho positivo cumple con su función primordial. Esta es la perspectiva más acorde, a mi juicio, con la doctrina liberal sobre el *rule of law*: el elemento formal del Derecho está conectado implícitamente con el elemento sustantivo de sus normas. En Rawls, la justicia formal es un elemento básico de la «justicia como equidad», y más concretamente, una exigencia de su valor sustantivo básico: la libertad. El principal argumento de Rawls en este sentido es lo que el autor denomina «la tesis de Hobbes». El esquema de la cooperación social, que tiene como propósito la promoción de la libertad frente a las condiciones del estado de naturaleza, requiere la satisfacción de los preceptos formales del *rule of law*. Esto se debe a que en todo esquema de cooperación se hace necesario un poder coactivo que elimine los incentivos para actuar por autointerés mientras los demás cooperan. El papel del *rule of law* radica precisamente en controlar ese poder coactivo de modo que haga posible la cooperación social sin poner en peligro la libertad de los individuos.

El valor moral intrínseco del Derecho positivo aparece claramente en *La Metafísica de las costumbres* de Kant (concretamente, en la Segunda Parte de la Doctrina del Derecho. El Derecho Público), en un sentido parecido a Hobbes. Sin

legalidad, los individuos están condenados a enfrentarse unos contra otros, aunque en el caso de Kant, a diferencia de Hobbes, esa tendencia se debe a que los seres humanos son seres con su propia concepción del bien y de la justicia. Para Kant, el Derecho tiene valor moral intrínseco en cuanto que impone coercitivamente una concepción pública de la justicia dentro de la cual los individuos pueden perseguir sus propias concepciones del bien. Más recientemente, los defensores del llamado «positivismo ético o normativo» (Tom Campbell, Jeremy Waldron y Scott Shapiro, entre otros) han puesto de relieve el valor moral de la legalidad formal. Según estos autores, el Derecho positivo es intrínsecamente valioso porque permite resolver de manera autoritativa cuestiones controvertidas de moralidad política, sin que los ciudadanos tengan que recurrir en cada caso de conflicto a sus propias concepciones del bien y de la justicia.

Si Crego rechaza esta vinculación del *rule of law* con la libertad es porque asume, sin justificarlo, una visión instrumental de la legalidad formal. Su argumentación se centra más bien en el concepto de libertad como facultad para una concepción del bien, y, concretamente, en la supuesta desconexión o «hiato liberal» entre la racionalidad deliberativa (promovida por el *rule of law*) y dicha libertad. Crego propone una comprensión de la libertad de Rawls como «elección autoautentificatoria». Según esta comprensión, la libertad sería un metavalor que otorgaría preeminencia a determinados deseos o intereses, con independencia del origen autónomo o heterónimo de tales deseos o intereses. Esta idea estaría ya presente en la posición original descrita en *A Theory of Justice*, cuando «se propone un modelo de individualidad para construir la posición original en la que el rasgo esencial es la existencia de un “interés de un yo” que se asume como legitimado *a priori* en su intención de ser llevado a cabo» (p. 57). Crego habla de legitimidad *a priori* de los intereses de las personas morales «porque, como afirma Rawls, los límites a las pretensiones solo están delimitados por los principios de justicia, y no por una idea de lo bueno previamente existente» (58). Esta idea de libertad como metavalor estaría claramente expresada en *El liberalismo político*, y es justamente la que permite hablar de libertad como «autonomía política» sin implicar necesariamente libertad como «autonomía comprensiva». Con el «giro político» de la teoría rawlsiana, sostiene Crego, lo que se transforma es «el modo de comprender el título que otorga valor moral» a los planes de vida o concepciones del bien, «que ya no deriva de una teoría metafísica, sino de la mera aprehensión por parte de la persona moral de una concepción del bien y un plan de vida, sin que exista una única fuente de legitimación de la aparición de las demandas, como podría ser el caso de la autonomía moral» (p. 91). En la concepción política de Rawls, las personas morales son libres porque son «fuentes autoautentificadoras de exigencias válidas», es decir, porque entienden que sus concepciones del bien «tienen peso por sí mismas» (pp. 85-86).

A este respecto, mi desacuerdo con Crego tiene su origen en la tesis rawlsiana de la primacía de lo justo sobre lo bueno. A mi juicio, Crego confunde los reclamos de la justicia con los reclamos de la estabilidad de un orden social justo. Según él, «la principal diferencia entre una concepción política y una concepción comprensiva de la idea de persona moral en el pensamiento de Rawls puede identificarse con la extensión de las demandas legítimas de los ciudadanos» (p. 93). Sin embargo, en el pensamiento de Rawls, la determinación de los reclamos de la justicia nunca ha dependido del origen (autónomo o heterónimo) de las concepciones del bien. Para Rawls, las concepciones del bien kantianas, o liberales en general, no producen demandas de justicia más legítimas que las concepciones basadas en la tradición y la obediencia. Para los principios de justicia, lo único que importa es la capacidad moral de las personas para formar, realizar y revisar sus concepciones del bien. El uso que hagan los ciudadanos de tal capacidad no tiene que ver con la justicia, sino

con la estabilidad de una sociedad justa. Es en este segundo plano donde se sitúa la novedad del «giro político» de Rawls.

Los reclamos de la justicia tienen prioridad sobre las concepciones del bien, lo cual conduce a afirmar la independencia del sujeto (de sus facultades morales más generales) respecto de los rasgos constitutivos de su personalidad moral concreta (su origen étnico, su sexo, su concepción del bien, etc.). Los reclamos de la estabilidad tienen que ver con el grado de congruencia exigible entre los principios de justicia y las concepciones del bien de los ciudadanos. Con el «giro político» de la teoría no se flexibilizan los reclamos de la justicia neutral, es decir, no se amplían las demandas legítimas de los ciudadanos; lo único que varían son los reclamos de la estabilidad en aras de un mayor consenso en torno a los principios de justicia. La congruencia de la justicia y las concepciones del bien ya no se garantiza, en el liberalismo político, presuponiendo en los individuos una concepción del bien que asume los principios de justicia como parámetros normativos de la vida buena. Ahora dicha congruencia se deja abierta a las posibles vías de fundamentación que los ciudadanos desarrollen desde las claves internas de sus doctrinas comprensivas.

La primacía de la justicia sobre lo bueno significa que toda concepción del bien puede ser fuente de demandas legítimas siempre que se ajusten a los principios de la justicia. Estos principios establecen los límites de lo razonable, el ámbito en el que es legítimo formar y perseguir racionalmente nuestras concepciones del bien. Por eso, la autoautenticación individual permite legitimar los deseos y concepciones del bien «siempre y cuando respeten el requisito de razonabilidad» (p. 93). Esta condición es crucial para entender el verdadero alcance del «giro político» de la teoría de la justicia. Cualquier doctrina comprensiva que produzca demandas no ajustadas a los reclamos de la justicia neutral será considerada «irrazonable» si no permite revisar y ajustar tales demandas. Aunque la justicia liberal no presupone una determinada concepción del bien, sus principios limitan, estructuran y condicionan cualquier concepción comprensiva, anulando en la práctica todos los valores que entren en conflicto con ellos. La posibilidad de incluir concepciones del bien no liberales en el consenso en torno a los principios de justicia no significa, para Rawls, una devaluación o menor exigencia de tales principios.

Para la justicia neutral y abstracta, lo relevante de los ciudadanos son sus poderes morales, con independencia de sus fines o bienes concretos. Esto es lo que significa que los individuos son en sí mismos fuentes autooriginantes de demandas legítimas. Crego ve en la sustitución de «autooriginantes» por «autoautentificatorios» una manifestación clara del «giro político» de la teoría de la justicia. Con ello, el autor parece identificar en la concepción rawlsiana de la persona una facultad moral independiente de los dos poderes morales asociados, respectivamente, a lo razonable (el sentido de la justicia) y a lo racional (la facultad para formar y perseguir una concepción del bien). Así, para Crego, la libertad rawlsiana radicaría precisamente en la capacidad de las personas para «autoautenticar» sus propias demandas, «dada la incapacidad de la racionalidad y la razonabilidad del sujeto para determinar una concepción del bien o un plan de vida» (p. 182). Si no lo entiendo mal, la idea de Crego es que tanto lo racional como lo razonable convergen en la «racionalidad deliberativa», y que, por encima de tales facultades, operaría la facultad decisoria última que es la «elección autoautentificatoria» de los propios fines. La identificación de esta tercera facultad estaría en el centro del liberalismo político, puesto que permitiría pasar del reconocimiento del valor moral de las concepciones del bien autónomas «al reconocimiento de valor político, sin evaluación moral posible, de las concepciones del bien efectivamente sostenidas por los ciudadanos libres e iguales, siempre y cuando respeten el requisito de razonabilidad» (p. 93).

En la argumentación completa de Crego, el *rule of law* en su sentido formal sólo hace posible la racionalidad deliberativa de las personas, cuyo uso no implica necesariamente la «elección autoautentificatoria» de los propios fines. Se asume, por tanto, una concepción instrumental tanto del *rule of law* como de la subjetividad racional-deliberante de las personas. En ambos casos, lo formal estaría asociado indefectiblemente a lo instrumental o no intrínsecamente valioso; únicamente la determinación de un cierto contenido del Derecho y la aprehensión efectiva de una concepción del bien serían moralmente valiosos. Sin embargo, ya vimos que en Rawls (y, con menor claridad, en Fuller), la legalidad formal no está vacía de valor moral, por cuanto que tiene como fin propio la posibilitación de una voluntad libre. El hacer posible la predictibilidad (publicidad, no irretroactividad, etc.) de las decisiones públicas, es el primer paso hacia la consideración de las personas como agentes libres y responsables. El contenido efectivo del Derecho será el que decida en última instancia si el Derecho cumple con su finalidad primordial. La legalidad formal no garantiza que las personas sean libres. La mera existencia de un sistema jurídico efectivo no implica necesariamente que las personas puedan elegir libremente sus concepciones del bien. Pero eso no implica que el *rule of law* entendido en su dimensión estrictamente formal sea un mero instrumento al servicio de cualquier finalidad política. No todo sistema centralizado de mando y control merece el nombre de Derecho en el sentido de sistema jurídico. Lo que puso de relieve Fuller con su «moralidad interna del Derecho» es que podemos ser más selectivos en nuestro uso del término Derecho sin necesidad de recurrir a criterios sustantivos de justicia.