



UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO

FACULTAD DE FILOSOFÍA “DR. SAMUEL RAMOS MAGAÑA”

Traducción del texto

“Rawls on liberty and its priority”, de H.L.A. Hart

Que para obtener el título de

Licenciada en Filosofía

Presenta:

Esmeralda Erandi Aldaco Lemus

Asesor:

Juan Velasco Herrejón

Licenciado en Filosofía

Morelia, Mich., Mayo 2015.

Agradecimientos

Quiero agradecer de manera muy especial a Luis Arturo Bocanegra Barroso por el excelente tiempo compartido e invertido en la revisión de esta traducción, ya que su ayuda permitió tener una mayor precisión en la misma.

RESUMEN

El texto original de Hart "Rawls on liberty and its priority" tiene como objetivo principal mostrar cuál es su planteamiento crítico respecto de la filosofía de Rawls. Dicha crítica está enfocada en la relación entre justicia y libertad, la concepción de que la justicia demanda que la libertad solo puede ser limitada por el bien de la libertad misma y no por los posibles beneficios económicos o sociales.

ABSTRACT

The original text of Hart "Rawls on Liberty and its priority" has as a main objective to show what the critical approach towards the philosophy of Rawls is. This review is focused on the relationship between justice and freedom, the idea that justice demands that liberty can only be limited for the sake of liberty itself and not by any economic or social benefits.

PALABRAS CLAVES

- Justicia
- Justicia como equidad
- Posición original
- Velo de ignorancia
- Libertad
- Libertad básica igual
- Reglas prioritarias
- Libertad máxima igual

INDICE

1. Introducción.....	6
H. L. A. Hart	13
John Rawls	24
Resumen general.....	39
Conclusiones.....	41
Nota técnica.....	47
2. Traducción	
I. Introducción.....	49
II. Libertad y libertades básicas	54
III. Limitando la libertad por el bien de la libertad.....	63
IV. Limitando la libertad para evitar daño o sufrimiento.....	71

V.	La elección de las libertades fundamentales.....	75
VI.	El argumento a favor de la prioridad de la libertad.....	78
3.	Bibliografía.....	85
	Anexo: “Rawls on liberty and its priority”	87

INTRODUCCIÓN

En la filosofía política han existido figuras importantes que han influido de manera determinante en la creación de nuevas ideas y conceptos. Desde Thomas Hobbes, David Hume, Jeremy Bentham, John Austin o Ronald Dworkin hasta personajes como John Rawls y H.L.A. Hart, han sido trascendentales ya que sus obras, tanto para la filosofía política como para el derecho, han implicado una crítica a temas como la libertad, la justicia, la norma, el derecho, y la jurisprudencia, por mencionar algunos.

Desde esta perspectiva es difícil exagerar la importancia que ha tenido *A Theory of Justice* de Rawls para el pensamiento contemporáneo. Basta mirar la cantidad de artículos, ensayos, reseñas, críticas y libros que le han seguido, y que continúan apareciendo hasta nuestros días. Para Victoria Camps “se trata...del sistema de ética más importante del pensamiento contemporáneo. Una teoría filosófica de la justicia como base de los derechos y obligaciones políticas, cuyo objeto son, en primer término, las instituciones y estructuras básicas de las sociedades avanzadas”¹. Por otra parte Joshua Coen expresa lo siguiente: “entre el liberalismo clásico de Friedrich von Hayek y el igualitarismo de Karl Marx todo eran concesiones políticas inestables, o un equilibrio *ad hoc* de valores rivales. El libro de Rawls modificó este panorama...su obra promovió un considerable renacimiento de la filosofía política en ese país (Estados Unidos) y en todas

¹John Rawls, *Sobre las libertades*, Introducción de Victoria Camps, Paidós/I.C.E.- U.A.B., p.9

partes...y ha sentado las bases de todo debate posterior sobre cuestiones fundamentales de justicia social”.² Y dentro de toda la literatura a la que dio lugar, quizás ningún texto fue tan significativo y crucial para la transformación de los propios planteamientos rawlsianos como el artículo de Hart “Rawls on Liberty and its Priority” ya que la crítica hecha por Hart obliga a Rawls a reformular una parte central de su teoría. Sin embargo, Hart no pretende “obligarlo” sino más bien persuadirlo para que en ediciones futuras Rawls añadiera una respuesta más amplia de los temas de las críticas hechas por Hart.

Rawls se enfoca principalmente en la relación entre justicia y libertad, tema que además, según Hart, es de suma importancia para los abogados en lo que concierne con las limitaciones de la libertad y con la justicia o injusticia de dichas limitaciones. Rawls plantea que los principios de justicia son concebidos por personas libres y racionales, comprometidas en promover sus propios planes de vida. Dichas personas elegirían tales principios detrás del “velo de ignorancia”, lo que significa que los individuos desconocen todos aquellos aspectos y contingencias alusivos a su existencia ya que de lo contrario actuarían interesadamente y no se daría la condición para elegir dichos principios. Según Camps “el objetivo de Rawls es combatir y superar la debilidad teórica de la filosofía moral predominante en el mundo anglosajón, el utilitarismo, sin por ello caer en los brazos del intuicionismo....El resultado será una teoría moral

²Joshua Coen, *La búsqueda de la justicia*, Entrevista con John Rawls, Letras Libres, febrero 2003.
<http://www.letraslibres.com/revista/entrevista/john-rawls>



deontológica y no naturalista, esto es, una teoría que otorgue prioridad al deber (*right*) sobre el bien (*good*) ”³

La crítica de Hart se centra en dos puntos. El primero está relacionado con la libertad como principio prioritario, punto más vulnerable de la teoría de Rawls, pero no por la prioridad sino por el concepto de libertad ya que se cuestiona la pretendida universalidad e imparcialidad de su teoría. El segundo punto se vincula con la prioridad de las libertades básicas. Rawls expresó, en la Conferencia Tanner ofrecida en el mes de abril de 1981 en la Universidad de Michigan lo siguiente:

Me gustaría aprovechar la ocasión también para expresar mi gratitud a H.L.A. Hart por escribir su estudio crítico al cual ensayo aquí una respuesta parcial. He intentado esbozar respuestas a las que considero las dos dificultades más fundamentales que plantea, lo cual ha exigido varios cambios de importancia en mi formulación de la libertad.⁴

Siguiendo con ésta idea Rawls señala:

El profesor H.L.A. Hart ha indicado que la formulación que hago de las libertades básicas y de su prioridad en mi libro *Una teoría de la justicia* contiene, entre otros fallos, dos carencias graves.... La primera de ellas es que no se explican suficientemente las razones por las cuales las

³Idem, pp.9-10.

⁴Idem, p. 29.

partes de la posición original adoptan las libertades básicas y acuerdan su prioridad. Esta carencia va ligada a una segunda, la que ocurre cuando se aplican los principios de la justicia en las etapas constitucional, legislativa y judicial, no se aporta un criterio satisfactorio acerca de cómo pueden especificarse más y adaptarse mutuamente las libertades básicas una vez conocidas las circunstancias sociales-⁵

Para entender el punto de las libertades, y no sólo éste sino en un momento posterior el concepto de justicia, es necesario abordar el concepto rawlsiano de “posición original”. En la posición original se encuentran solo los representantes racionalmente autónomos de los ciudadanos de una sociedad que han de hacer lo mejor que puedan por aquéllos a quienes representan, donde los primeros ejecutan deliberaciones no aplicadas ni guiadas por ningún principio previo y las partes iguales deben acordar ciertos principios de justicia de una breve lista de alternativas y debe existir un consenso de las partes para, una vez establecidos los principios, se establezca una conexión entre los principios y la concepción de la persona representada por la posición original. Surge, ante esta serie de ideas, una cuestión propuesta por Camps a la que me uno: ¿qué *interés* mueve a las partes en la posición original a comportarse racional y razonablemente? Entiéndase “razonable” como la capacidad del sentido de justicia que reconoce los términos equitativos de cooperación social y lo racional refiere a las partes que

⁵Idem, p. 30.

acuerdan los principios considerados mejores para los representados, desde una concepción del bien de estas personas. Agregaría: ¿Qué sucede con las personas que por cuestiones psicológicas no poseen esa capacidad de cooperación? ¿Quedan excluidas? ¿Se forma un grupo especial? ¿Las que sí la poseen deciden por las demás?

Según Hart el concepto de libertad de Rawls dificulta su aplicación en términos de prioridad. ¿Qué significa lo anterior? La cuestión de interpretación es si el cambio de lenguaje de Rawls de un principio de gran libertad equitativa a uno referido sólo a determinadas libertades básicas, indica un cambio sustancial en su teoría. El hecho de no mantener la teoría general que apareció en sus artículos quizá se deba a críticas hechas por Sidgwick.

Tal parece que ahora el principio de Rawls está limitado a la lista de libertades básicas además de que no encuentra necesario reconciliar la admisión de la propiedad privada como una libertad con ningún principio general de libertad *máxima* igual. Este sentido de igualdad se convierte en la distinción de Rawls entre la libertad y el valor o el valor de la libertad. Rawls no refiere, más que en el caso de las *libertades políticas*, que las libertades básicas deben ser iguales en valor, o substancialmente iguales; sin embargo no es así. La propiedad privada⁶ debería ser común para que todos disfruten de la misma propiedad o que la propiedad por separado deba ser igual

⁶Cfr. John Locke, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Losada, Buenos Aires, 2002.

en cantidad; esto podría implicar que el valor del derecho a la misma debería ser igual y que las reglas existentes para su adquisición sean las mismas para todos. Sin embargo, podemos constatar en términos sociales, legales y/o culturales que el tema de las libertades básicas presenta un problema, según Hart, ya que no hay respuesta a la pregunta de por qué son prioritarias. Además, ¿cuáles serían los criterios para decidir las libertades básicas? Si según Rawls, las libertades no son absolutas, entonces existe la posibilidad de formular otro enlistado de acuerdo a nuestras necesidades.

Además, existen importantes formas de libertad que no se encuentran, al parecer, en ninguna de las libertades básicas descritas por Rawls: por ejemplo, la libertad sexual, la libertad de usar drogas o alcohol. Si una libertad no está enunciada en la lista de Rawls, ¿significa esto que dicha libertad en sí misma es menos importante que las que sí están enunciadas? ¿Cuál es el procedimiento para seleccionarlas? Rawls diría que se parte del velo de ignorancia, pero aun si así fuera, ¿cómo es que las personas logran realmente llegar al acuerdo de preferir unas y otras no? Por la razonabilidad, suponiendo que se ejerza.

Por otra parte se presenta el conflicto entre los distintos niveles de aplicación del concepto, tanto el constitucional como el legal. Desde el ensayo *On Liberty* de John Stuart Mill, dichas libertades han sido centro de discusiones en el ámbito de la ley criminal y otras formas de coerción social. Rawls piensa que sus principios de justicia no son tan silenciosos respecto al principio de justicia de limitar esas libertades. Un ejemplo de ello es que, partiendo de un ideal “perfeccionista”, se

deben prohibir ciertas formas de relación sexual por ser degradantes. Pero Rawls dice que no debemos confiar en dichos criterios sino en los principios de justicia y de acuerdo a estos los casos no razonables de restricción se pueden quedar fuera. Como consecuencia de lo anterior, faltaría aclarar cuáles son los casos no razonables y cómo es que los podemos identificar.

Entonces, ¿existe un conjunto secundario de principios para las libertades no básicas? Las obligaciones naturales a las que refiere Rawls y el principio del cual las obligaciones son estándar de una conducta para *individuos* donde las partes en la posición original han elegido los principios de justicia como estándar para las instituciones. Si la libertad puede ser restringida para prevenir la violación de alguno de los derechos u obligaciones naturales, más bien esto puede reducir el área de libertad para los deberes naturales incluyendo el deber de asistir a otros cuando se deba, o cuando se muestra respeto o cortesía, así como apoyar a instituciones justas, para no dañar al inocente y para no causar sufrimiento innecesario. Sin embargo, Rawls trata de salvar este asunto introduciendo las normas de orden en el debate.

La teoría de Rawls no busca el “bien” sino lo “correcto”; por lo tanto es básicamente procedimental, no sustancial y por lo mismo la crítica de Hart es pertinente ya que critica errores de procedimiento.

H. L. A. HART

Herbert Lionel Adolphus Hart fue un influyente filósofo del derecho del siglo XX. Fue profesor de Jurisprudencia en la Universidad de Oxford y su más famoso trabajo es *The Concept of Law*.

H. L. A. Hart nació el 18 de julio de 1907 en Harrogate, Yorks, hijo de Simeon Hart –un próspero sastre judío de origen germano y polaco- y Rose Hart –de origen polaco, hija de exitosos comerciantes minoristas de ropa-. Hart tuvo un hermano mayor, Albert y una hermana menor, Sybil.

Fue educado en Cheltenham College y Bradford Grammar School. Entre 1926 y 1930 estudió clásicos (*Literae Humaniores*) en Oxford, en cuyo New College se graduó con los máximos honores en 1929.

Posteriormente ejerció la profesión de abogado. En aquella época, dice Hart, “era frecuente en Inglaterra (...) estudiar en la universidad alguna materia distinta de la de ciencias naturales”⁷ y habilitarse “después de abandonar la universidad como abogados ejercientes mediante un periodo de estudio personal relativamente breve, para superar el, por entonces, no demasiado riguroso examen exigido para ejercer la profesión”.⁸ La mayoría de los más prestigiosos abogados y jueces ingleses habían hecho eso, y, como consecuencia, al igual que Hart, no habían

⁷Páramo, Juan R. de, “Entrevista a H. L. A. Hart”, *Doxa*, núm. 5, 1988, p. 339.

⁸Idem, p. 339.

obtenido grado de licenciatura en derecho o educación jurídica universitaria.⁹ De este modo, Hart fue llamado a *The Bar* en 1932 y se dedicó de manera muy exitosa por ocho años a la práctica de la profesión como *Chancery barrister*,¹⁰ en Londres. La práctica jurídica durante ese tiempo le permitió adquirir conocimientos detallados de algunas ramas del derecho que aprovecharía cuando ejerció su trabajo como filósofo del derecho.

Durante esta etapa de su vida Hart recibió una beca en Harmsworth para el Middle Temple y también escribió periodismo literario para el periódico *John O'London's Weekly*.

Mientras ejercía como abogado, Hart pensaba que ésa sería su ocupación durante toda su vida. No se planteaba llegar a ser profesor universitario. No obstante, continuaba interesándose de manera no profesional, en sus ratos libres, por el estudio de la filosofía, que le había fascinado desde su época de estudiante. De modo especial estudió los principales temas que la filosofía del lenguaje había desarrollado durante esa época.¹¹

En 1940 abandonó el ejercicio de la abogacía para convertirse en funcionario civil del Servicio de Inteligencia Británico, donde trabajó durante la Segunda Guerra Mundial, hasta 1945. Allí empezó a darse cuenta de que sus verdaderos intereses no estaban en la práctica del derecho sino en la filosofía. Sobre todo porque

⁹Idem, p. 339.

¹⁰Abogado litigante, desde 1932 hasta 1940.

¹¹Idem, pp. 339-340.

durante la guerra tuvo la oportunidad de relacionarse con filósofos oxonienses, como Gilbert Ryle y Stuart Newton Hampshire, que también trabajaban en la Inteligencia Británica.

Entretanto, en 1941 contrajo matrimonio con Jennifer Margaret Williams. Tuvieron una hija y tres hijos.

Al acabar la guerra Hart no retomó su práctica legal, prefirió aceptar la oferta de ser *fellow* y *tutor* de Filosofía en New College, Oxford, desde 1946 hasta 1953. Hart menciona particularmente que J.L. Austin lo influyó en ese momento. Ambos, de manera conjunta, enseñaron un seminario de “Legal and Moral Responsibility” en 1948. Entre sus publicaciones en ese momento se encuentran los ensayos “A Logician’s Fairytale”, “Is There Knowledge by Acquaintance?”, “Law and Fact”, y “The Ascription of Responsibility and Rights”. En 1952 fue electo profesor de *jurisprudence*,¹² cuando A.L. Goodhart dejó la cátedra. Fue en el verano de ese año que empieza a escribir su famosa obra. El 30 de mayo de 1953 pronunció su conferencia inaugural en Oxford, publicada bajo el título *Definition and theory in jurisprudence*.¹³ En 1961, a la edad de 54 años, publicó su obra más importante: *The Concept of Law*. En el inter, publicó otro gran trabajo, *Causation in the Law*

¹²Se utiliza la palabra “jurisprudencia” en términos generales para señalar indistintamente la teoría del derecho y la filosofía jurídica, aunque su papel primordial es esclarecer el significado preciso de los términos fundamentales que aparecen en el discurso jurídico, poner en descubierto sus relaciones, y exhibir las semejanzas y distinciones que ellos reflejan. Tiene 4 áreas de estudio más o menos diferenciadas: la Sociological jurisprudence, la Ethical jurisprudence, la Historical jurisprudence y la Analytical jurisprudence.

¹³ Hart, H.L.A., *Definition and theory in jurisprudence*, Oxford Clarendon Press, 1953. Trad. al castellano de G. Carrió: “Definición y teoría en la ciencia jurídica”, Hart, H.L.A, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 93-138.

-con Tony Honoré en 1959-. Además fue presidente de la Aristotelian Society de 1959 a 1960.

Más tarde, Hart abordó temas de moral, política jurídica y fundamentos de derecho penal. Sus principales publicaciones al respecto fueron *Law, Liberty and Morality*, *Punishment and Responsibility* y *The Morality of the Criminal Law*. Hart promovió los principios liberales y utilitaristas, contribuyendo desde el punto de vista doctrinario al permisivismo ético en temas como el aborto y la homosexualidad. En 1962 fue elegido miembro de la Academia Británica.

Renunció a su cátedra en 1968 y fue sustituido por el norteamericano Ronald Dworkin, uno de sus más serios contradictores en la actualidad. Ese mismo año pasó a ocupar un alto cargo como investigador en University College. Entre 1973 y 1978 fue *principal* de Brasenose College, Oxford. Además fue Doctor Honoris Causa por las universidades de Estocolmo, Glasgow, Edimburgo, Kent, Hull, Cambridge, Chicago, Georgetown, México, Tel Aviv, Harvard y Jerusalem.

Se jubiló en 1978; sin embargo, siguió escribiendo e investigando. Podemos destacar la polémica que sostuvo con Dworkin ya que “transformó de manera profunda las visiones contemporáneas acerca del papel de los jueces, la relación entre derecho y la moral, y el concepto mismo del derecho”¹⁴ ; también la publicación de dos libros que recopilan sus principales artículos sobre Bentham y

¹⁴“*El debate Hart – Dworkin*”, Dworkin / Ronald, H. L. A. Hart. La decisión judicial; Estudio preliminar de Rodríguez, Cesar: Siglo del hombre editores: facultad de derecho de los Andes de 1997.

sobre diversos temas de filosofía y teoría del derecho. En este debate entre Dworkin y Hart se destacan tres críticas importantes:

- Dworkin cuestiona la metodología usada para describir sistemas jurídicos. Según Dworkin, la labor de la filosofía no es, como lo piensa Hart, la descripción neutral de fenómenos jurídicos, sino la justificación del mejor concepto de derecho según las circunstancias históricas. Así, Dworkin no propone un concepto de derecho aplicable para todas las sociedades y todos los tiempos, sino la mejor justificación para el ordenamiento jurídico estadounidense.
- La segunda crítica es dirigida a la teoría de la regla de reconocimiento. En sus primeros escritos sobre Hart, Dworkin le atribuyó lo que llamó la “tesis de pedigrí”, según la cual los sistemas jurídicos determinan la existencia de sus normas únicamente por su origen. Según la perspectiva de Dworkin, esta tesis es errónea porque existen varios criterios que forman parte de los sistemas jurídicos por su moralidad y no por su origen.
- En artículos posteriores Dworkin cuestionó la idea de una regla de reconocimiento. La mayoría de los casos acerca de las fuentes del derecho; lo que hace que una norma sea parte de un ordenamiento jurídico. Si no existe consenso acerca de lo que hace que una norma sea válida, la noción de una regla consensual que existe para determinar la validez de otros estándares no puede ser cierta.

Los últimos años de su vida se vieron ensombrecidos de alguna manera durante la manía del espionaje generada por el caso Blunt, por la especulación de la prensa sobre su lealtad durante su periodo de servicio en el MI 5. Aunque esto fue en definitiva totalmente refutado, el ataque contra su integridad le afectó profundamente.

H. L. A. Hart estaba escribiendo una respuesta a sus principales críticas cuando fallece el 19 de diciembre de 1992 a los 85 años de edad, sin poder completar sus respuestas. Su más aventajado alumno Joseph Raz y Penélope Buloch editaron sus apuntes y los publicaron en el *Postscriptum*. La obra fue publicada adicionalmente con la segunda edición de *The Concept of Law* en 1994.

IMPORTANCIA DE HART

Hart se inscribe en la corriente del positivismo, llamada jurisprudencia analítica –para la cual el análisis del lenguaje resulta un elemento fundamental a fin de una mejor comprensión del derecho- y representa un hito de la filosofía jurídica ya que revolucionó el método de la jurisprudencia y la filosofía del derecho en el mundo de habla inglesa específicamente. Influenciado por John Austin y Ludwig Wittgenstein, Hart aportó las herramientas analíticas y especialmente lingüísticas y filosóficas a problemas centrales de la teoría jurídica.

Hart es sobre todo un continuador crítico de la tradición de jurisprudencia analítica inglesa -iniciada por Austin- ya que tiene una evidente relación de dependencia respecto de Hobbes, Hume, Bentham (obra estudiada por Hart más que la de

ningún otro autor), J. Austin, cuyo pensamiento constituyó la base de la enseñanza de la jurisprudencia analítica más sistemática ya que a mediados del siglo XX el único texto original con el que estaban familiarizados los alumnos ingleses de *jurisprudence* era *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) sobre el cual giraba la docencia.

Hart da un impulso a los estudios analíticos ya que aportó al campo de la filosofía jurídica nuevas herramientas de análisis que ofrecieron “la posibilidad de una mejor comprensión del papel múltiple que en la vida social cumplen los términos y expresiones del derecho, y de una inteligencia más clara de las relaciones que exhiben los fenómenos a que se alude con las palabras “derecho”, “coacción” y “moral”¹⁵ sigue decisiva y críticamente la tradición de la jurisprudencia analítica, especialmente las ideas de los últimos dos autores mencionados. El método de Hart combina el análisis cuidadoso de la filosofía analítica del siglo XX con la tradición jurisprudencial de Jeremy Bentham, el gran filósofo moral, político, jurídico inglés. La concepción de Hart respecto de la ley tiene paralelo con la “teoría pura del derecho” formulada por Hans Kelsen, quien era filósofo del derecho y político austriaco. El trabajo más famoso y célebre para muchos filósofos, políticos y juristas es sin duda *The Concept of Law*, publicado en 1961 y con una segunda edición (incluyendo un nuevo *postscriptum*) publicado póstumamente en 1994. Tenía 54 años cuando lo publica. *The Concept of Law* emerge de una serie de conferencias que Hart empezó a entregar en 1952 y es presagiado por la conferencia en la *Holmes Lecture Positivism and the Separation*

¹⁵ Cristóbal Orrego S., Antecedentes iusfilosóficos de *El Concepto de Derecho* de H. L. A. Hart, Boletín mexicano de Derecho Comparado, 1995, XXVIII, (84). <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42708408>

of Law and Morals pronunciada en la Escuela de leyes de Harvard en 1957, pero no sólo de las conferencias que dio sino además es el resultado de la docencia.

Hart ha sido uno de los autores que más han contribuido a la renovación de la jurisprudencia analítica, lo cual le dio un nuevo estilo a la filosofía analítica del lenguaje y por otro lado, ha presentado de una manera novedosa las tesis del positivismo jurídico, de tal forma que algunos argumentos iuspositivistas deben su actual formulación a la obra de Hart.

La cuestión fundamental es que Hart intentó reconciliar el análisis no valorativo del derecho con la posibilidad de admitir valores éticos objetivos fuera del campo de la teoría del derecho. El positivismo jurídico había estado unido tradicionalmente con las tesis del relativismo ético y de la esencia coactiva del derecho y exaltar el carácter científico y valorativamente neutro de la teoría jurídica. Hart procuró defender como núcleo del positivismo jurídico la separación del derecho y la moral entendida como mera “neutralidad científica”, que estudia de la misma manera las normas justas y las injustas.

El tema de ***The Concept of Law***

Según Cristóbal Orrego¹⁶, existen tres circunstancias históricas especiales que influyen la manera de plantear los temas por parte de Hart en su obra cumbre.

La primera circunstancia es que la enseñanza de la filosofía jurídica en Inglaterra estaba pasando por un proceso de decadencia por lo que era necesario un impulso diferente, es decir, sacar a la teoría jurídica de su aislamiento vinculándola

¹⁶ Idem.

a la filosofía general y muy particularmente a la filosofía moral y política, conectarla con la experiencia común que los juristas tienen del derecho. Un segundo punto es la Segunda Guerra Mundial, ya que “la derrota del régimen totalitario nacionalsocialista trajo consigo multitud de problemas jurídicos, teóricos y prácticos”¹⁷; el tercero está relacionado con el ámbito filosófico donde se discutía acerca del fundamento de los conocimientos, pues a raíz de esto surge la cuestión de las conexiones del conocimiento con la orientación práctica de la acción y con sus consecuencias.

Hart afirma que los problemas fundamentales de toda teoría del derecho son tres:

- 1) Las relaciones entre derecho y moral, o entre la obligación jurídica y la obligación moral.
- 2) Las relaciones entre el derecho y la pura coacción.
- 3) El problema de qué son las reglas, en qué medida el derecho consiste en reglas y de qué tipo son las reglas jurídicas.

En síntesis, Hart considera que hay tres problemas distintos. Piensa que no se resuelven mediante una definición y cree que una adecuada descripción de los elementos centrales del concepto del derecho puede dar una respuesta para los tres, a la vez y armónicamente. Además, intenta clarificar otros conceptos jurídicos

¹⁷ Idem.

fundamentales como los de “obligación”, “deber”, “potestad”, “derecho subjetivo”, etc., así como distinguir los diferentes tipos de reglas jurídicas y no jurídicas.

En su libro *The Concept of Law*, Hart distingue entre reglas primarias y reglas secundarias, utilizando dos diferentes criterios de distinción. En primer lugar, las reglas primarias imponen obligaciones mientras que las secundarias confieren potestades. Hart clasificó las reglas secundarias de la siguiente manera:

- a) Regla de reconocimiento: sirve para identificar qué normas pertenecen a un sistema jurídico (el criterio de identificación sería el de origen),
- b) Regla de cambio: indican un procedimiento para que las reglas primarias cambien en el sistema y así dinamizar el ordenamiento jurídico,
- c) Regla de adjudicación: dan competencia a órganos jurídicos para establecer si se infringió o no una regla primaria.

Hart discrepa de la concepción -representada en Inglaterra por John Austin y Jeremy Bentham- que ve a las normas como órdenes respaldadas por mandatos. Hart ofrece varios argumentos en contra de la teoría de reglas como mandatos. En primera instancia, los sistemas jurídicos contienen reglas que no imponen obligaciones sino que confieren poderes (reglas secundarias). También criticó la noción de obligación jurídica defendida por Austin (*tener una obligación*), ya que para Hart es algo diferente que *sentirse obligado* bajo la amenaza de un castigo, como pensaba Austin. Finalmente, Hart demostró que la teoría de Austin era incapaz de explicar prácticas comunes a los ordenamientos jurídicos, como el hecho de que las leyes persisten en el tiempo, la fuente del derecho

consuetudinario o el hecho de que la sociedad tenga obligaciones jurídicas frente a soberanos electos.

Uno de los aportes más interesantes de la teoría jurídica hartiana es su crítica a la noción kelseniana de *grundnorm* (norma básica, fundamental, primaria u originaria, como se ha traducido). Para Kelsen, todos los ordenamientos jurídicos dependen de una norma primaria o básica que presume el deber de los gobernados de obedecer a sus gobernantes. Hart criticó lo anterior y sugirió que la norma básica de todo ordenamiento jurídico no era una presunción sino un hecho: la regla de reconocimiento.

John Rawls

John Rawls fue un filósofo estadounidense en la tradición liberal, profesor de filosofía política en la Universidad Harvard y autor de *A Theory of justice*¹⁸ (1971), *Political Liberalism*¹⁹ (1993), *The Law of Peoples*²⁰ (1999) y *Justice as Fairness: A Restatement*²¹ (2001). Es ampliamente considerado como uno de los filósofos políticos más importantes del siglo XX. Su teoría política propone dos principios sobre los cuales basar la noción de justicia a partir de una posición original en el espíritu contractualista de los filósofos políticos clásicos.

Rawls fue reconocido con el Premio Schock para lógica y filosofía y con la National Humanities Medal de manos del presidente Bill Clinton en 1999, en reconocimiento a "su ayuda a que toda una generación (...) reviviera su confianza en la democracia".²²

VIDA

John Borden (Bordley) Rawls nació el 21 de febrero de 1921 y murió el 24 de noviembre de 2002 en Lexington, Massachusetts. Criado en Baltimore, Maryland, fue el segundo de cinco hijos entre William Lee Rawls (exitoso abogado de impuestos y experto constitucional) y Anna Abell Stump, que provenía de una

¹⁸*Teoría de la justicia*, FCE, México, D.F., 1979, traducción de María Dolores González (primera edición en inglés, 1971).

¹⁹*Liberalismo político*, FCE, México, D.F., 1995, traducción de Sergio René Madero Báez, (primera edición en inglés, 1993).

²⁰*El derecho de gentes*, Paidós, Barcelona, 1999.

²¹John Rawls, *La justicia como equidad*, Paidós, Barcelona, traducción de Andrés de Francisco, (primera edición en inglés, 2001).

²² "The National Medal of The Arts And The National Humanities Medal". Clinton4.nara.gov. 1999-09-29. Retrieved 2010-02-26.

familia alemana distinguida, quien era feminista y presidenta de la Liga local de Mujeres Votantes. Rawls asistió a una escuela pública en Baltimore durante un corto tiempo, pero la mayor parte de sus años de escuela secundaria los pasó en Kent School, una estricta escuela privada episcopal en Connecticut. Una vez graduado en 1939, Rawls estuvo en la Universidad de Princeton (al igual que sus dos hermanos restantes y graduándose *summa cum laude*), donde, bajo la influencia de Norman Malcolm, quien era amigo y seguidor de Wittgenstein, comenzó a interesarse en la filosofía, y fue electo para *The Ivy Club*²³ y *American Whig-Clisophic Society*.²⁴ En 1943, completó su Bachillerato en Artes, se unió a la Armada de los EE.UU. y durante la Segunda Guerra Mundial Rawls sirvió como

²³El Ivy Club es el club más antiguo de la alimentación en la Universidad de Princeton, y que es considerado el más prestigiado. Fue fundado en 1879 por Arthur Hawley Scribner como su primer jefe. El Club fue uno de los últimos en admitir a las mujeres, resistiendo el cambio hasta la primavera de 1991 después de una demanda presentada por la estudiante Sally Frank contra Ivy Club, Tiger Inn, y Cottage Club. Los miembros de cada clase son seleccionados a través de un proceso: una serie de diez entrevistas de detección, que son seguidas por discusiones entre los miembros para saber a quién de los restantes se debe admitir. Miembros de pregrado actuales albergan regularmente "Cenas Mesa Redonda", con charlas entre profesores y antiguos alumnos.

El primer club fue Ivy Hall, un edificio de piedra rojiza en Mercer Street en Princeton que sigue en pie. Había sido construido por Richard Stockton Field en 1847 como sede de la Facultad de Derecho de Princeton, hecho que duró desde 1847 hasta 1852. Desde el momento de su fundación hasta su incorporación en 1883, el club era conocido generalmente como el "Ivy Salón Eating Club."

²⁴La Sociedad Whig-Clisophic Americana (Whig-Clio) es una sociedad política, literaria, y de debate en la Universidad de Princeton y el sindicato de debate más antiguo de los Estados Unidos. Entre sus precursores, la Sociedad Whig Americana y la Sociedad Clisophic, se fundaron en Princeton en 1769 y 1765 por James Madison, William Paterson, y Aaron Burr. Originalmente dos organizaciones independientes, la Sociedad Whig Americana y la Sociedad Clisophic fueron las organizaciones estudiantiles primarias en Princeton hasta el final del siglo 19. La competencia entre los clubes de debate, los equipos deportivos y otras actividades estudiantiles atrajo miembros lejos de las sociedades. Impulsada por la disminución de las membresías, las sociedades se fusionaron para formar la Sociedad Americana del Whig-Clisophic en 1928. El papel moderno de la organización es la de servir como una organización para la actividad política y el debate en Princeton. Patrocina profesores influyentes y concursos de oratoria. Supervisa grupos subsidiarios, como el Consejo de Relaciones Internacionales (IRC), el Congreso Modelo de Princeton (PMC), Panel Debate Princeton (PDP), Princeton Mock Trial (PMT).

infante en el Pacífico, donde estuvo en Nueva Guinea, las Filipinas, y Japón. Precisamente en Japón presencié las secuelas del bombardeo sobre Hiroshima. Tras esta experiencia, Rawls rechazó una oferta para convertirse en oficial y dejó la armada como soldado raso en 1946. A partir de entonces regresa a Princeton, su *alma mater*, para obtener el doctorado en filosofía moral. En su último año como estudiante de posgrado, de 1949 a 1950, tomó un curso de teoría política y fue entonces cuando se formó la idea de escribir un tratado sobre la justicia. *A Theory of justice* tardó veinte años en elaborarse.

En 1949 Rawls se casó con Margaret Fox, quien se había graduado de la Universidad Brown y tuvieron cinco hijos. Margaret y John compartían un mismo interés: el de crear índices. El primer verano que pasaron juntos lo dedicaron a escribir el índice para un libro de Walter Kaufman sobre Nietzsche. De hecho, fue el mismo Rawls quien, para su *A Theory of justice*, preparó el índice, que es una obra maestra de la técnica.

Luego de obtener su Ph.D. en Princeton en 1950, Rawls se dedica a enseñar hasta 1952 porque recibe la oportunidad de trabajar en el Programa Fulbright para la Universidad de Oxford en 1953, donde fue influenciado por el teórico político liberal e historiador Isaiah Berlin, y principalmente por el teórico jurídico H.L.A. Hart –quién posteriormente será clave en su vida académica-. A su vuelta en Oxford, Rawls se une a su viejo mentor Norman Malcolm en la Universidad de Cornell, primero como asistente y luego como profesor asociado, en un departamento de filosofía que se perfilaba como uno de los mejores de los Estados Unidos. En Oxford ya había comenzado a formular algunas de sus ideas

más originales, aunque el verdadero avance llegó cuando publicó el artículo *Justice as Fairness* en 1958. Rawls estaba en sus treinta y tantos años y éste era apenas su tercer artículo. Los estudiantes recuerdan, sin embargo, que en 1960 ya estaba utilizando una versión preliminar de la *A Theory of justice* como base de sus seminarios. Pasó la siguiente década perfeccionando sus argumentos. Se convierte en profesor de filosofía de jornada completa en dicha Universidad en 1962, y pronto alcanzaría una posición en el MIT.²⁵ En 1964 se trasladó a la Universidad de Harvard, donde enseñó durante al menos cuarenta años, y donde preparó a muchas de las figuras contemporáneas que lideran hoy en día la filosofía política y moral, incluyendo a Thomas Nagel, David Lyons, Thomas Hill, Joshua Cohen, Christine Korsgaard, Elizabeth S. Anderson, y Barbara Herman.

Rawls sufrió el primero de muchos accidentes cerebro vasculares en 1995, dicho acontecimiento le despojó de su habilidad para continuar trabajando. Sin embargo, aun en este estado le fue posible completar un trabajo titulado *The law of Peoples*, que contiene la declaración más completa de sus perspectivas sobre la justicia internacional, antes de su muerte en noviembre del 2002.

IMPORTANCIA DE RAWLS EN LA FILOSOFÍA POLITICA

Según Ben Rogers “para entender lo que es más radical y también lo más destacado en la teoría de la justicia de Rawls, debemos contrastarlo con algunos de sus rivales. El primero de ellos es el utilitarismo”²⁶. Esta doctrina plantea, en

²⁵ Massachusetts Institute of Technology.

²⁶Ben Rogers, *Detrás del velo* en *Linguafeatures* The review of academic life- On line, Volumen 9, N° 5- Julio/Agosto 1999.

términos generales, que debemos maximizar la cantidad total de bienestar en una sociedad sin importar qué tan uniforme sea distribuido el mismo. A pesar de las críticas de Rawls al utilitarismo, había mucho que admiraba en el pensamiento de Jeremy Bentham, John Stuart Mill, y sus sucesores intelectuales: dicha teoría -el utilitarismo- tenía el alcance y el rigor que quería para desarrollar su propia teoría y un buen historial como un principio de progresividad, lo cual inspiró directa o indirectamente, una gran cantidad de reformas sociales y políticas. Sin embargo, tenía un defecto: no consideró de manera seria los derechos humanos. Los utilitaristas podrían sostener que el interés general de la mayoría se inclinará por respetar los derechos humanos. Más bien están comprometidos con la postura de que cuando un conflicto entre los derechos individuales y el bienestar general se plantean, es la pretensión de esta última la que debe prevalecer.

Ya se ha comentado que el utilitarismo es el primer objetivo de las críticas de Rawls, pero existen otros. Aunque *A Theory of justice* tiene poco que decir sobre el marxismo, esa doctrina estaba viva cuando Rawls estaba trabajando en su libro. De manera análoga respecto a los utilitaristas, los marxistas tienden a considerar la idea de los derechos naturales del ser humano como una simpleza. Por último, Rawls cuestiona las propuestas "perfeccionistas" y las teorías comunitaristas que pretenden asignar al Estado la tarea de conformar un sistema de valores único. Ideales políticos cristianos o islámicos, incluso de los comunitaristas norteamericanos que exhortan al Estado a promover las virtudes de la asistencia a la iglesia y la preservación de la familia, son el tipo de filosofías que permiten el sacrificio de los derechos humanos por algún otro bien, llámese interés del

proletariado, ideal religioso de la buena vida o simple utilidad. Por su parte la postura liberal-libertaria señala a los derechos individuales como algo no reducible bajo ninguna circunstancia. Esta concepción es encabezada por Robert Nozick.

Como una alternativa a estas teorías, Rawls defiende el contrato social a través de su conocida "posición original"²⁷ y el "velo de ignorancia"²⁸, al interior de la cual las partes hipotéticamente escogerían principios de justicia mutuamente aceptables. Bajo tales restricciones, Rawls argumenta que las partes encontrarían particularmente atractivos los principios de justicia que él propone, superando a otras alternativas.

A pesar de las diversas críticas que han explicado, atacado y defendido la posición original, la idea subyacente en ella es bastante clara, de acuerdo con Ben Rogers. Rawls cree que si nos colocamos en la posición original, seguiríamos una estrategia de bajo riesgo y estaríamos de acuerdo con principios básicamente igualitarios; principios que garantizan los estándares mínimos más altos posibles de libertad, riqueza y oportunidades, incluso a costa de la reducción de los niveles promedio. Particularmente, Rawls sugiere que podríamos optar por ser regidos por dos principios generales, el primero relativo a la libertad y el segundo aplicable a la distribución de la riqueza y el poder.

²⁷Acuerdo entendido de manera hipotética y no histórica; mecanismo que modela dos cosas: las condiciones equitativas bajo las cuales los representantes de los ciudadanos han de acordar los términos equitativos de la cooperación por los que deberá regularse la estructura básica y las restricciones aceptables sobre las razones que servirán de base a las partes para poder proponer ciertos principios de justicia política y rechazar otros.

John Rawls, *La justicia como equidad*, John Rawls, Paidós, Barcelona, traducción de Andrés de Francisco, (primera edición en inglés, 2001).

²⁸El "velo de ignorancia" permite, según Rawls, asegurarnos que nuestros puntos de vista sobre la justicia no están distorsionados por los propios intereses.

Desde la posición original, la importancia de garantizar su libertad acerca del tipo de sociedad en la que quieren vivir es el primer punto en el que las personas estarían de acuerdo. Según este principio, toda persona tiene igual derecho a las libertades básicas más amplias (el derecho al voto, la libertad de pensamiento, etc.) compatibles con la libertad para los demás. Rawls sostiene que el Estado debe permanecer neutral en las concepciones de la buena vida y simplemente salvaguardar las libertades que nos permitan proceder de acuerdo con nuestros propios valores. Este principio no hace más que ofrecer una garantía más general de las libertades protegidas por la Primera Enmienda si hablamos, por ejemplo, de Estados Unidos.

El segundo principio de Rawls es más inusual: afirma que las desigualdades sociales y económicas son aceptables sólo si benefician a los menos favorecidos. Rawls se refiere a lo anterior como el "principio de la diferencia". Para algunos este principio es una alternativa radical al principio de igualdad de oportunidades. Los defensores de la igualdad de oportunidades abogan por una sociedad de mercado en el que las personas que tienen los mismos talentos, y una disposición similar a usarlos, gozan de las mismas posibilidades de éxito. Sin embargo, Rawls sostiene que no sólo es un error que nuestro destino pueda ser determinado por nuestra clase o las oportunidades educativas, sino que es igualmente injusta que nuestra posición deba ser determinada por nuestros talentos. Éstos, al igual que las posiciones de clase de nuestros padres, son el resultado de lo que él describe como una "lotería natural".

El punto de Rawls se repite en las críticas a la meritocracia: desde su punto de vista parece injusto que alguien por el hecho de ser fuerte, inteligente, o diestro, deba tener un nivel de vida más alto que una persona con menos habilidades comercializables. El argumento de la lotería natural desecha la idea de que las personas "merecen" la recompensa que obtienen de su trabajo y, a menudo se convierte en un argumento a favor de la igualdad de ingresos. Pero Rawls dice que hay una mejor manera de hacer frente a la injusta distribución de las habilidades: al permitir las desigualdades que benefician a los más desfavorecidos. Rawls hace poco para explicar las desigualdades que él cree que beneficiarían a los más desfavorecidos. Sin embargo, parece dar a entender que si pagando más a los médicos que a las enfermeras, consejeros delegados o más que los trabajadores de línea de producción, podría ser demostrado ser una ventaja para los miembros más pobres de la sociedad, fomentando, por ejemplo, el desarrollo de los regalos raros e importantes, entonces, estas prácticas se justifican. De lo contrario no lo son. Rawls sostiene que a diferencia de las desigualdades que vemos a nuestro alrededor, las desigualdades basadas en el principio de la diferencia no serían sentidas como inmerecidas o degradantes por los menos favorecidos.

Para sus admiradores, *A Theory of justice* permitió una reactivación de la filosofía política. La obra de Rawls es multidisciplinar, y ha recibido especial atención por parte de economistas, politólogos, sociólogos y teólogos. Además demostró que el liberalismo de izquierda no era un revoltijo incoherente de valores socialistas y capitalistas, sino una filosofía política intelectualmente respetable. Por su parte los

liberales admiraban el énfasis de Rawls sobre la inviolabilidad de las libertades individuales, mientras que los izquierdistas apreciaban su condena de casi todas las formas de desigualdad económica.

Por lo demás, Rawls es el único entre los filósofos políticos contemporáneos que ha sido frecuentemente citado por las Cortes de los Estados Unidos.

Pero el impacto del libro también tiene algo que ver con el hecho de que fue publicado en momentos en que la filosofía política estaba a la defensiva. Las corrientes filosóficas dominantes - el positivismo lógico y la filosofía del lenguaje - eran hostiles a la teorización moral a gran escala, las extravagancias del marxismo y el fascismo habían dado a la ideología -incluso la ideología liberal- un mal nombre. Ronald Dworkin explica: "La década de 1950 fue un período complaciente, y había una sensación de que los Estados Unidos estaban en el camino correcto. Luego de la Guerra de Vietnam y el movimiento de derechos civiles, se pone todo en duda. Dentro de este panorama aparece de pronto un libro que abordó todos los temas - que dio a la gente una manera de discutir sobre estas cuestiones que de repente parecían muy importantes."²⁹

Si la medida de la importancia de la obra recae no sólo en la cantidad de acuerdos que provoca, sino también en la calidad de su oposición, entonces el libro de Rawls es importante. Apenas hay una página en el mismo que no ha sido objeto de críticas; hay utilitaristas, feministas, conservadores, liberales, católicos, comunitaristas, marxistas, y verdes entre los críticos de la obra de Rawls. Michael Sandel, profesor de gobierno en Harvard que hizo su nombre como uno de los

²⁹ Citado por Ben Rogers en *Detrás del velo*, ibídem.

críticos de Rawls, distingue tres etapas en la recepción del libro. En primer lugar, provocó un debate sobre el utilitarismo. "Rawls ganó con bastante claridad ese debate", dice Sandel, orientado hacia los derechos el liberalismo anti-utilitarista es ahora la ortodoxia filosófica. El siguiente debate, a finales de 1970, se llevó a cabo dentro del liberalismo encauzado hacia los derechos y enfrentó la orientación de Rawls hacia el igualitarismo liberal contra el tipo de puntos de vista libertarios de derechas que encontraron su voz más poderosa en el texto de Robert Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía*. Este debate, dice Sandel, "se corresponde aproximadamente con el debate en la política estadounidense entre los defensores de la economía de mercado y los defensores del Estado de bienestar."

La última y la de más larga duración de las discusiones ha sido entre liberales y comunitaristas rawlsianos, entre ellos Sandel, Michael Walzer, Benjamin Barber, y el canadiense Charles Taylor (uno de los críticos comunitaristas de Rawls, William Galston, se desempeñó como asesor de política interna de Bill Clinton.) La crítica gira en torno a la acusación de que el liberalismo de Rawls es excesivamente individualista. Los comunitaristas sostienen que el planteamiento se basa subrepticamente en una visión del individuo como libre de toda atadura moral profunda y por lo tanto obligada únicamente por los fines y valores que elija por sí mismo. Así, la mayoría de lo que valoramos sería una cuestión de elección, y no de herencia – para el comunitarismo, por el contrario, lo que realmente importa es el sustento de comunidades fuertes en las que podamos vivir de acuerdo a los valores en los que hemos sido educados. Los comunitaristas también atacan el ideal de un estado neutral de Rawls: al negarse a favorecer a una visión de la

buena vida sobre otro, el estado de Rawls no ofrece soporte para el tipo de comunidades fuertes que todos necesitamos. La obra de Rawls es una disculpa para la cultura relativista, atomista y débil que vemos a nuestro alrededor.

Rawls ha respondido a algunas de las críticas volviendo a trabajar en su teoría. Ha publicado una quincena de artículos desde que salió *A Theory of justice* y reunió algunos de ellos en forma revisada en *Political liberalism*. A finales de los 70's, se dio cuenta de que la *A Theory of justice* era en *parte* inconsistente. Ofrecía el ideal de una sociedad en la que las personas - cristianos y musulmanes, teístas y ateos, heterosexuales y homosexuales, puritanos y hedonistas - todas pudieran vivir la vida de acuerdo a su propia concepción del bien. Sin embargo, como Rawls comprendió, su argumento se basó en una concepción del bien que muchos ciudadanos pueden rechazar: una versión kantiana de una perspectiva liberal secular, según el cual cada uno de nosotros tiene el derecho y el deber de buscar nuestro propio bien de las alternativas disponibles para nosotros. Esto parece bastante razonable para un liberal secular, pero no será de interés para, por ejemplo, un católico. El catolicismo enseña que una vida dedicada a seguir la tradición de la iglesia es superior a una dedicada a explorar incesantemente alternativas morales - que valora la fidelidad y sumisión sobre la autonomía y la experimentación. Rawls llegó a creer que mientras su sociedad justa permitiría una gran diversidad de sistemas de valores, el argumento se construyó para apelar solamente a los que han aceptado un conjunto de valores - los del liberalismo secular.

Cuando se fue haciendo viejo, Rawls llegó a reconocer que muchos de los estados más poderosos de principio dentro de la tradición liberal no permanecen en la clase de fundamentos individualistas kantianos que construyó en su *A Theory of justice*: el Discurso de Gettysburg de Lincoln y *La carta desde la cárcel de Birmingham* de Martin Luther King no sólo abogan por los derechos civiles y políticos, sino que invocan una visión religiosa del mundo para hacerlo. La principal preocupación de los últimos trabajos de Rawls es dar respuesta a este hecho por la refundación del liberalismo como una doctrina más modesta y estrictamente política - que apela no a los puntos de vista conflictivos acerca de Dios, la moral, o la persona, sino a los valores supuestamente menos discutibles de la reciprocidad, la equidad y el respeto mutuo. De esta manera, Rawls espera, una concepción de la justicia arraigada en los valores liberales - igual libertad política y civil; una distribución justa de los recursos - puede llegar a ser la base para un "consenso traslapado". Tal concepción es especialmente necesaria en una sociedad como la de Estados Unidos, donde hay poco acuerdo sobre cuestiones morales fundamentales.

Rawls ha desplazado en gran medida su atención de las cuestiones de distribución económica hacia las perplejidades políticas de una sociedad diversa y multicultural. Pero eso no quiere decir que ya no está preocupado por la desigualdad. En el vigésimo quinto aniversario de *A Theory of Justice* se conmemoró con una gran conferencia en Santa Clara, California. En el evento, Rawls expresó su preocupación por la concentración de la riqueza en los Estados Unidos con una fuerza sorprendente. Estaba especialmente preocupado por la

forma en que la falta de límites a las donaciones políticas estaba distorsionando el proceso político; en términos de Rawls, el valor de la libertad política es casi infinitamente mayor para unos que para otros: "Creo", dice Joshua Cohen, " que la esperanza se ha visto sacudida por el mundo. Sus sentimientos se han deteriorado."³⁰

Dos días después de la conferencia, Rawls sufre el primero de una sucesión de accidentes cerebrovasculares en 1985. Sin embargo, aun en este estado le fue posible completar un trabajo titulado *The Law of Peoples*, que contiene la declaración más completa de sus perspectivas sobre la justicia internacional, antes de su muerte en noviembre del 2002. La introducción a la edición de bolsillo del *Political Liberalism*, terminada después de los accidentes, tiene más pasión que todo lo que él ha publicado, de acuerdo con Ben Rogers ³¹. Del mismo modo, "The Idea of Public Reason Revisited," publicado hace dos años en la *University of Chicago Law Review*, incluye una crítica contundente de la "maldición de dinero." La política estadounidense, en su opinión, "se ha convertido en algo dominado por los intereses organizados de empresas y otros que a través de las grandes contribuciones a las campañas distorsionan si se opone a la discusión pública y la deliberación."³²

Sin embargo, la mayoría de los rawlsianos están de acuerdo en que sus ideas han tenido poco impacto en los Estados Unidos. Los principios de Rawls siguen siendo muy igualitarios, y ha argumentado que sólo podían llevarse a cabo en "un

³⁰ Ben Rogers, *Detrás del velo* en *Linguageatures The review of academic life*- On line, Volumen 9, N° 5- Julio/Agosto 1999.

³¹ Idem.

³² Idem.

régimen socialista liberal" o una "democracia de propietarios", en la que la propiedad de la riqueza y el capital están muy dispersas, no son, en su opinión, compatibles con un estado de bienestar moderno, que "puede permitir desigualdades grandes y hereditaria de la riqueza." Es cierto que los nuevos demócratas de Clinton y los laboristas de Blair se han comprometido públicamente con la elevación del nivel de ingreso de los pobres y la reintegración de los excluidos en la sociedad, pero no hay indicios de que los ingresos de los ricos necesiten estar limitadas por este objetivo. Los partidos de centro-izquierda, ahora en el poder en todo el Occidente, hablan el idioma de la comunidad, en lugar de los derechos individuales; la igualdad de oportunidades, en lugar de la igualdad de resultados; de la meritocracia y no del principio de diferencia. Por el momento, al menos, el igualitarismo que animó el socialismo de estilo antiguo o de la democracia social y anima aún la obra de Rawls parece estar muerto como fuerza política. Las personas no se preocupan más por la igualdad: quieren unos buenos servicios públicos y no sólo no les preocupa una red de seguridad para los débiles, sino que también están felices de ver el talento "recompensado". Los críticos de Rawls sostienen que esto demuestra la falta de pertinencia de sus ideas. Sus amigos, en cambio, tienden a adoptar una perspectiva a largo plazo, con el argumento de que su tiempo vendrá - sus ideas son simplemente demasiado poderosas, demasiado profundas, para no tener un efecto. Hay una tercera posición, tal vez la ocupada por el propio Rawls en sus momentos más sombríos: a pesar de su importancia, a pesar de su poder, sus ideas son simplemente demasiado radicales –demasiadas personas tienen mucho que perder. El desarrollo de una economía más global y la correspondiente

disminución del poder del Estado-nación tienen, en todo caso, la consecuencia de que un estado como el que Rawls pensaba sea más difícil de lograr ahora, en el momento que se publican los *Collected Papers*, de lo que habría sido en 1971, cuando *Teoría de la justicia* aparecía - y ya era bastante difícil entonces.

RESUMEN GENERAL

El texto original de Hart "Rawls on liberty and its priority" está dividido del modo siguiente. Primero está la *Introducción* cuyo objetivo principal es mostrar cuál es el planteamiento crítico respecto de la filosofía de Rawls. Dicha crítica está enfocada en la relación entre justicia y libertad y la concepción de que la justicia demanda que la libertad solo pueda ser limitada por el bien de la libertad misma y no por los posibles beneficios económicos o sociales. Hace un breve reporte de los conceptos claves -principios de justicia, posición original, velo de ignorancia y reglas prioritarias- para entender el artículo. En el apartado II *Libertad y libertades básicas*, el tema central abordado por Hart es la libertad y la modificación posterior del concepto a libertades básicas o fundamentales, es decir, si el cambio de lenguaje de Rawls de un principio de gran libertad equitativa a uno referido sólo a determinadas libertades básicas, indica una transformación en su teoría y qué implicaría lo anterior. En *Limitando la libertad por el bien de la Libertad*, apartado III, se expone cuál es la manera en que se limita la libertad en pro de la libertad y cómo la introducción de las reglas de debate ayuda a asegurar una *mayor* libertad. También se aborda el criterio del valor de las libertades diferentes que debe estar involucrado en la resolución de posibles conflictos entre las libertades fundamentales o básicas y los posibles conflictos han de resolverse en términos constitucionales o legislativos. En *Limitando la libertad para evitar daño o sufrimiento* se analiza si el principio de limitar la libertad sólo por el bien de la libertad proporciona las restricciones adecuadas para la conducta que causa cierto dolor o infelicidad. Asimismo se razona acerca de en qué casos resultaría

perjudicial el ejercicio de las libertades básicas y cómo en otros puede ser el ejercicio de cierta libertad no clasificada como básica por Rawls. El punto V, *La elección de las libertades fundamentales*, se refiere a la distribución general de la libertad en la sociedad, es decir, la aplicación del principio de libertad básica igual. Para finalizar, tenemos *El argumento a favor de la prioridad de la libertad*, -punto nodal de la crítica de Hart- donde se pretende explicar el porqué de la prioridad de la libertad cuando se prohíben intercambios de libertad de ventajas sociales, económicas o de otro tipo, y si esto debe ser incluido entre los requisitos de la justicia.

CONCLUSIONES

A partir del trabajo realizado hay cuatro conclusiones básicas que quisiera destacar de manera particular. Quizá se puedan deducir algunas otras pero solo me enfocaré en las siguientes:

1. Importancia de *Teoría de la Justicia*
2. Nuevas ideas/ Nuevos conceptos
3. La humildad teórica de Hart y Rawls
4. La traducción en sí misma.

En primer lugar es sabido que la obra icónica de Rawls se ha traducido a más de veinte idiomas -veinte y siete según Thomas Pogge- y tanto seguidores como detractores coinciden en la profunda repercusión que tuvo en la filosofía política. Aunado a lo anterior, destaco un comentario del mismo Pogge: “*A Theory of Justice [TJ] (1971), revitalized the social-contract tradition, using it to articulate and defend a detailed vision of egalitarian liberalism*”.³³ En *A Theory of Justice* Rawls argumenta en favor de una reconciliación de los principios de libertad e igualdad a través de la idea de la justicia como equidad. Para la consecución de este fin, es central su famoso acercamiento al aparentemente insuperable problema de

³³Cfr. www.iep.utm.edu/rawls/, “*Teoría de la Justicia [TJ] (1971) revitalizó la tradición del contrato social utilizando esto para articular y defender una visión detallada del liberalismo igualitario*”.

la justicia distributiva. De forma medular a este esfuerzo corresponde realizar un recuento de las circunstancias de la justicia (inspirado en David Hume), y de una situación de elección justa (más cercana en espíritu a Kant) para las partes enfrentadas a tales circunstancias y que se encuentren en la búsqueda de principios de justicia que guíen su conducta. Dichas partes se enfrentan a una escasez moderada y no son ni naturalmente altruistas ni puramente egoístas: tienen fines que buscan promover. Lo anterior sirva solamente como panorama general de la trascendencia de su obra y de lo que trata. Esto es una primera razón de su preeminencia.

La segunda razón la retomo de la Introducción de *Critical Studies on Rawls A Theory of Justice*, donde Norman Daniel empieza diciendo “No one would have dared the broad critical acclaim, even fame, John Rawls’ *A Theory of Justice* was to receive in the non-academic press upon publication in 1971. Certainly no one in the circle of moral and political philosophers familiar with the development of Rawls’ theory, from the initial journal presentation of ‘Justice as Fairness’ in 1958 through several stages of privately circulated mimeo drafts, would have ventured such a prediction...What explains the unusually wide interest shown in Rawls’ work? One obvious factor is that many readers and editors found in Rawls’ work a welcome return to an older tradition of substantive, rather than semantic moral and political philosophy.”³⁴ Dio la impresión de que la filosofía política volvía a tener contenido y no sólo era un juego de palabras rebuscadas.

³⁴“Nadie se hubiera atrevido a predecir el amplio reconocimiento de la crítica, incluso la fama, que John Rawls iba a recibir en la prensa y el ámbito académico con *A Theory of Justice* desde su publicación en 1971. Ciertamente, nadie en el círculo de los filósofos morales y políticos familiarizados con el desarrollo de la

Algunas ideas derivadas del trabajo de traducción sobre Rawls y que han recibido mucha atención son, por una parte la *posición original* y el otro es el concepto de *velo de ignorancia*, bases para un nuevo contrato social. Ésta es la segunda conclusión. Reconociendo que las instituciones sociales distorsionan nuestros puntos de vista (a veces generando la envidia, el resentimiento, la alienación, o la falsa conciencia) y cuestiones de sesgo a su favor (por adoctrinar y habitar a los que crecen debajo de ellas), Rawls vio la necesidad de un dispositivo de justificación que nos daría una distancia crítica de ellos. La OP -por sus siglas en inglés-, como Rawls lo diseña, conscientemente se basa en la larga tradición del contrato social en la filosofía política occidental. Especialmente en las presentaciones clásicas, como el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* de John Locke (1690), el contrato social se describe a veces como si fuera un acontecimiento histórico real. Por el contrario, el dispositivo de contrato social de Rawls, al igual que su procedimiento de decisión anterior, es franca y totalmente hipotética. Él insiste en que depende del teórico construir el contrato social como experimento mental de la manera que tiene más sentido dada su tarea de ayudarnos a seleccionar los principios de justicia. Especialmente debido a su naturaleza francamente hipotética, la OP de Rawls "lleva a un nivel más alto de abstracción la conocida teoría del contrato social."³⁵

teoría de Rawls, desde la presentación inicial de 'Justicia como equidad' en 1958 a través de varias etapas de borradores de mimeógrafo circulados de forma privada, habría aventurado tal predicción ... ¿Qué explica el gran interés inusual mostrado por el trabajo de Rawls? Un factor obvio es que muchos lectores y editores encuentran en el trabajo de Rawls un agradable retorno a una tradición más antigua de la filosofía moral y política sustancial y no meramente semántica. "

³⁵ John Rawls, *Teoría de la Justicia*, F.C.E., México, D.F.

Por otro lado está el concepto de *velo de ignorancia*. Lo sobresaliente de esta idea rawlsiana radica en el hecho de que “elimina las diferencias en un punto a ventajas de negociación, de tal manera que, en este y en otros aspectos, las partes están simétricamente situadas”.³⁶ Es decir, lo que permite el *velo de ignorancia* es estar en una posición en la que los ciudadanos están representados como personas libres e iguales y desde ahí conciben los principios de justicia que aceptarán para gobernar sus formas de vida social e instituciones. Lo anterior es posible porque dichos principios son elegidos detrás del *velo de ignorancia* donde las personas ignoran sus propias capacidades, sus propensiones psicológicas así como su concepción del bien, no conocen su origen social, sus aptitudes naturales, su raza o sexo ni religión ni principios morales. En suma, no saben si ha habido ciertas circunstancias naturales y/o sociales que hayan intervenido a su favor ya que al pensar tras él, se deja de lado lo que nos distingue y sólo nos concentramos en lo que tenemos en común como personas “que poseen, en el grado mínimo suficiente, las dos facultades morales y otras capacidades que les permiten ser miembros normalmente cooperativos de la sociedad durante toda su vida”.³⁷

Ambos conceptos han trastocado el punto de vista acerca de lo que es o era la conformación del contrato social en la tradición política.

Otras ideas importantes son:

- La razón pública.

³⁶ John Rawls, *La justicia como equidad*, Paidós, Barcelona, p.126, 2000.

³⁷ Idem.

- El principio de diferencia.
- La justicia como equidad (que consiste básicamente en el principio de igual libertad, el principio de justa igualdad de oportunidades y el principio de diferencia).
- Las libertades básicas y su prioridad.

Desde mi punto de vista, los dos últimos puntos son los que han causado más controversia en el ámbito de la filosofía y como ya se ha señalado, no solo ahí. Primero porque la justicia como equidad vino a conmocionar lo que se entendía por justicia porque se le da un nuevo contenido al concepto y por lo tanto, al de equidad; segundo, las libertades básicas son consideradas por las partes detrás del velo de ignorancia, como esenciales para la consecución de los fines de una sociedad, es decir, son parte de la base de la misma y esto permite la determinación de la forma de cada sociedad.

Es de llamar la atención el tono y la manera en que está escrito el artículo de Hart y la respuesta de Rawls. En ambos se aprecian las cualidades de una conversación y un debate profundo, serio y minucioso. Hay un esfuerzo real por entender al otro y un gran rigor en la crítica y la argumentación de las posturas, todo en un marco de cortesía intelectual y personal. Se dirá que porqué resaltarlo: precisamente porque no es común encontrar estas cualidades en las discusiones académicas entre personalidades tan destacadas en su trabajo y mucho menos que lo hagan explícito, primero, a nivel personal aceptando las críticas y reconociendo que existe una “falla” en la argumentación de una parte esencial de su teoría en *A Theory of justice*, y segundo, hacia la otra persona, es decir,

reconociéndole su crítica y no sólo eso, sino la aceptación de la misma que lo lleva a modificar su formulación.

Y la última conclusión es que pongo a consideración esta traducción para que se mejore en el proceso de lectura de las personas interesadas en el tema, ya que hasta donde se sabe no existe traducción, o al menos no completa del texto de Hart.

NOTA TÉCNICA

Este trabajo de traducción no pretende ser una “edición crítica” del artículo de Hart sino un acercamiento al pensamiento político-filosófico de Rawls, y aunque el objetivo de este documento no es la crítica como tal de la publicación de Hart, comparto las observaciones que se le han hecho a la misma. Además, esta traducción intenta aportar nuevos elementos sobre la crítica acerca de la teoría de las libertades básicas que señala Rawls.

Por otra parte, es preciso señalar que el vocabulario añadido al texto original es para darle mayor comprensión y sentido sin perder el hilo conductor del mismo. Para ello se utilizaron básicamente conectivos gramaticales, en ocasiones se tuvo que cambiar el orden de las palabras para que adquirieran significado, incluso fue necesario modificar la puntuación en ciertos momentos, con la finalidad de lograr un entendimiento más claro y sencillo en las ideas que se expresan en el artículo.

Fue preciso consultar algunas obras de Rawls en el original y las traducciones para ver cómo se han traducido algunos conceptos, esto para consensuar el sentido en castellano. Es el caso, por ejemplo, de conceptos tales como ***greatest equal liberty, fairness, basic equal liberty*** o ***representative equal citizen***.

Hago un especial hincapié en el esfuerzo realizado para respetar el estilo de Hart, que por otro lado no es nada sencillo, ya que de no haberlo hecho así quizá se alteraría su contenido y comprensión.

Rawls sobre la libertad y su prioridad

H.L.A. HART

I. Introducción.

Desde que leí los grandes clásicos sobre esta cuestión ningún libro sobre filosofía política ha conmocionado e impresionado mi pensamiento de manera tan profunda como lo hizo Rawls con *Teoría de la Justicia*. Pero no es mi propósito en este artículo ofrecer un panorama general sobre este importante y muy interesante trabajo. Estaré enfocado en sólo uno de sus temas a saber, la relación entre justicia y libertad en Rawls, y particularmente con su concepción de que la justicia requiere que la libertad solo pueda ser limitada por el bien de la libertad misma y no por el bien de otras ventajas económicas o sociales. Particularmente he escogido este tema por su obvia importancia para los abogados quienes están, como ha sido, profesionalmente “preocupados” con las limitaciones de la libertad y con la justicia o injusticia de dichas limitaciones. También escogí este tema porque ésta parte del libro de Rawls hasta el momento no ha, pienso yo, recibido en ninguno de los vastos números de artículos y entrevistas del libro que han sido publicados, la atención detallada que merece. Aun así, como Sidgwick encontró cuando consideró una doctrina similar, atribuyéndosele prioridad a la libertad sobre otros valores, tal concepción de libertad, que sin duda genera un eco en el corazón de cualquier liberal, tiene su parte desconcertante así como su aspecto

atractivo,³⁸ el cual llega a ser evidente cuando consideramos, como Rawls piensa que debería hacerse, lo que la aplicación de esta doctrina requeriría en la práctica.

Parte de lo que sigue tiene que ver con una pregunta mayor de interpretación de la doctrina de Rawls y el resto es crítico. Pero estoy muy consciente que quizá he fallado en mantener constantemente en perspectiva, o en una perspectiva adecuada todos los argumentos en que Rawls, en diferentes lugares a través de este largo y complejo trabajo, concentra su atención en puntos los cuales yo encuentro poco convincentes. Por eso no estaría sorprendido si mi interpretación puede ser corregida y mis críticas respondidas por algunas explicaciones adicionales que vayan más lejos de lo que el autor pudo proporcionar en el momento. En efecto no escribo para refutar sino principalmente en el ánimo de que en alguna de las innumerables ediciones futuras de este libro Rawls pueda ser persuadido a añadir una explicación a estos puntos.

Me gustaría poder asumir desde este momento que las principales características de *Teoría de la Justicia* de Rawls son familiares a la mayoría de los lectores, pero para los que no, lo siguiente es una descripción mínima requerida para hacer este artículo inteligible.

En primer lugar, esta lo que Rawls denomina la "Idea Principal". Esta es la sorprendente demanda de que los principios de justicia no se apoyan puramente en la intuición, y tampoco pueden ser derivados de los principios utilitaristas o cualquier otra teoría teleológica que afirma que hay algún tipo de bien [que tiende]

³⁸H. Sidgwick, *The Methods of Ethics* (7th ed. 1907) Book III, Ch. V, § 4. "Admito que sí orienta mucho a mi mente.... Pero cuando me esfuerzo por traerle a una relación más cercana a las circunstancias de la sociedad humana pronto viene a tener un aspecto diferente.

a ser buscado y maximizado. En cambio, los principios de justicia deben ser concebidos como aquellos que personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían para gobernar sus formas de vida social e instituciones si tuvieran que elegir tales principios detrás del "velo de ignorancia" - es decir, en la ignorancia de sus propias capacidades, de sus propensiones psicológicas y su concepción del bien, de su condición y posición en la sociedad y el nivel de desarrollo de la misma en la cual ellos están [por formar parte de]. La posición de estas partes que eligen se llama "la posición original". Muchas discusiones sobre la validez de esta Idea Principal ya han aparecido y seguirá siendo muy debatida por los filósofos, pero para los propósitos de este artículo, asumiré que si se pudiera mostrar que las partes en la posición original eligieran los principios que Rawls identifica como principios de justicia, eso sería un argumento de peso a su favor. De la Idea Principal Rawls hace una transición a una forma general o "concepción general" de los principios que las partes en la posición original escogerían. Esta concepción general de la justicia es la siguiente:

Todos los valores sociales -libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, y las bases de respeto de sí mismo- se distribuirán de igual manera al menos que una distribución desigual de cualquiera o todos estos valores sea en beneficio de todos. (pág. 62).

Esta concepción general de justicia, [que] debería observarse, refiere a la distribución igual de libertad pero no a su maximización o extensión. Sin embargo,

la mayor parte del libro tiene que ver con una interpretación especial de esta concepción general la cual refiere a ambas, a la maximización y a la igualdad de libertad. Las principales características de esta concepción especial de justicia son las siguientes:

Primer principio ["el principio de libertad básica igual" (pág. 124). Toda persona tiene igual derecho a un régimen plenamente suficiente de libertades básicas iguales, que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos.

Segundo principio

Las desigualdades sociales y económicas han de satisfacer dos condiciones...deben procurar el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad... [pág. 302].³⁹

A estos dos principios están relacionadas ciertas reglas prioritarias dentro de las cuales la más importante es que a la libertad se le da una prioridad sobre todas las demás ventajas, por lo que puede estar restringida o desigualmente distribuida solo por el bien de la libertad y no para cualquier otra forma de ventaja social o económica.

A esta afirmación hay que añadir dos puntos especialmente relevantes para este artículo. En primer lugar, Rawls piensa a sus dos principios como establecidos o justificados no sólo por el hecho de que estos serian elegidos,

³⁹He omitido aquí los suministros para un principio de ahorro justo y la igualdad de oportunidades, que Rawls incluye en esta formulación de su segundo principio, ya que no son relevantes para la presente discusión.

como él afirma que serían, por las partes en la posición original, sino también por la armonía general de estos principios con las normales "consideraciones de nuestros juicios debidamente ponderados y ajustados" (pag.20).⁴⁰ La prueba de esta teoría, por lo tanto, es en parte, verificar si los principios que él identifica iluminan nuestros juicios ordinarios y ayudan a revelar una estructura básica y la coherencia subyacente a ellos.

En segundo lugar, es una característica importante e interesante de la teoría de Rawls el que una vez que los principios de la justicia han sido elegidos lleguemos a entender lo que su aplicación requeriría imaginando un proceso de cuatro etapas. Así pues, hemos de suponer que después de la primera etapa, cuando las partes en la posición original han elegido los principios de justicia, se mueven a una convención constitucional. Allí, de acuerdo con los principios elegidos, escogen una constitución y establecen los derechos básicos o libertades de los ciudadanos. La tercera etapa es la de la legislación, donde la justicia de las leyes y las políticas es considerada; leyes promulgadas, si han de ser justas, deben satisfacer tanto a los límites establecidos en la Constitución así como a los principios de la justicia elegidos originalmente. La cuarta y última etapa es la aplicación de leyes a casos particulares por jueces y otros funcionarios.

⁴⁰Rawls, en efecto, habla sobre un "equilibrio reflexivo" entre principios y juicios ordinarios, puesto que visualiza que donde hay discrepancias iniciales entre éstas tenemos una opción de modificar las condiciones de la posición inicial en la que los principios son elegidos o modificar a detalle los juicios. (págs. 20 ff.).

II. Libertad y libertades básicas

A lo largo de su libro Rawls enfatiza la distinción entre libertad y otros bienes sociales, y su principio de **libertad básica igual**⁴¹ está, como he dicho, acompañado –en su concepción especial de justicia como distinta de su concepción general- por una regla de prioridad que asigna a la libertad, o por lo menos a ciertas formas de libertad institucionalmente definidas y protegidas, una prioridad que prohíbe su restricción por el bien de otros beneficios: la libertad sólo puede ser restringida por el bien de la libertad misma. En la concepción general de justicia no hay tal regla prioritaria ni requerimiento de que la libertad deba ser tan extensa como sea posible, aunque deba ser distribuida por igual a menos que una distribución desigual esté justificada para beneficio de todos. (pág. 62). La concepción particular es gobernar sociedades las cuales han sido desarrolladas a tal punto que, como menciona Rawls, “los deseos básicos de los individuos pueden ser cumplidos” (pág. 543) y las condiciones sociales permitan “el establecimiento efectivo de derechos fundamentales” (págs. 152, 542). Si estas condiciones favorables no se aceptan, la libertad igual⁴² puede ser negada, si esto es requerido para “incrementar el nivel de civilización de tal manera que estas libertades puedan ser disfrutadas” (pág. 152).

Encuentro que no es un asunto fácil, en algunos puntos muy cruciales, interpretar la compleja doctrina de Rawls, y hay una pregunta inicial de interpretación que hasta cierto punto aquí discuto. Quizá vale la pena decir que

⁴¹Decidí poner en negrillas este concepto de Rawls debido a su importancia.

⁴² Entiéndase como *equal*.

para hacerle justicia al principio de Rawls de libertad básica igual es necesario tener en cuenta no sólo lo que él expone cuando explícitamente formula y explica este principio sino también lo que dice sobre otras cuestiones aparentemente no relacionadas —en particular, los deberes naturales (págs. 114 ff., 333 ff.), las obligaciones derivadas del principio de equidad (págs. 108 ff.), los permisos (págs. 116 ff.), y el bien común o interés común (págs. 97, 213, 246), ya que estos pueden aparentemente complementar la cláusula más bien poco justificada; en lugar de las restricciones a la libertad, las cuales son a primera vista, lo que su principio de mayor igualdad de la libertad parece permitir.

La cuestión inicial de interpretación surge de las siguientes circunstancias. Rawls en su libro con frecuencia se refiere, en términos amplios, a su primer principio de justicia como “el principio de libertad básica igual” (ejemplo, pág. 124), y en términos similares a su regla de prioridad asociada como la regla donde la “libertad puede ser limitada solo por el bien de la libertad” (págs. 250, 302). Estas referencias de libertad en términos generales, y también la formulación previa de Rawls en sus artículos sobre este primer principio como el principio en el que todos tienen “un derecho igual a la más amplia libertad compatible con una libertad igual para todos”,⁴³ sugiere que su doctrina es similar a la criticada por Sidgwick.⁴⁴ Es probable que Sidgwick tuviera sobre todo en mente una formulación de un principio de libertad básica igual postulado por Herbert Spencer en su largo y

⁴³Rawls, “Justice as Fairness”, *Philosophical Review* (1958), Vol 67 pp.164, 165; ver Rawls, “El Sentido de Justicia”, *Philosophical Review* (1963), Vol. 72; J. Rawls, “Distributive Justice”, en *Politics, Philosophy and Society* (3rd Series, Oxford, 1967). Esta formulación en estos artículos no debería ser confundida con la formulación de la “concepción general” de justicia en el libro. Ver págs. 3 ff.

⁴⁴H. Sidgwick, *supra* note 1, Book III, Ch. V., && 4-5 y Ch. XI, &5.

olvidado *Social Statistics*.⁴⁵ Esto fue efectivamente criticado por Sidgwick cuando [Rawls] falló al no tomar en cuenta las más obvias restricciones a la libertad requeridas para proteger a las personas de los daños que no impliquen restricción o privación de la libertad, y de hecho prohibiendo la institución de la propiedad privada, ya que ser dueño de cualquier cosa de forma privada es tener libertad para utilizarla en maneras que son negadas a otros. Spencer intentó salir de esta dificultad simplemente tragándose la, y llegó a la conclusión de que, por lo menos en el caso de la tierra, implica que solo la propiedad tenida en común por una comunidad sería consistente con la “libertad equitativa”⁴⁶ y por consiguiente legítima. Rawls en su libro simplemente enlista sin argumentos el derecho a la propiedad personal, pero no acerca de la propiedad en el sentido de producción, como una de las libertades básicas (pág. 61), sin embargo, como expongo más adelante, lo hace con cierto costo para la coherencia de su teoría.

La formulación previa de Rawls del principio general de libertad básica igual - “todos tienen el mismo derecho a la más amplia libertad compatible con una libertad igual para todos” - fue entonces muy similar a la doctrina criticada por Sidgwick. Pero la formulación explícita de Rawls de esto en su libro ya no se concibe en dichos términos generales. No refiere a la “libertad” sino a *libertades* básicas o fundamentales que son entendidas para ser legalmente reconocidas y

⁴⁵Ver H. Spencer, *Social Statistics* (1850). Las críticas a la teoría de Spencer en 1 *Collected Papers* 247 (H. Fisher ed. 1911). Maitland trató la doctrina de Spencer sobre la libertad equitativa como virtualmente idéntica a la noción kantiana de libertad mutua bajo la ley universal detallada en el último *Rechtslehre*. Estoy agradecido con el Profesor B.J. Diggs por señalarme importantes diferencias entre la doctrina de la libertad de Rawls y la concepción kantiana de libertad mutua bajo la ley universal.

⁴⁶H. Spencer, *supra* nota 6.

protegidas de interferencias. Esto, con la regla prioritaria, en su formulación final, se expresa de la siguiente manera:

Cada persona ha de tener un derecho igual al sistema total más extenso de libertades básicas iguales compatibles con un sistema similar de libertad para todos...

La Libertad puede ser limitada solo por el bien de la libertad. Existen dos casos: (a) una libertad menos extensa debe reforzar el sistema total de libertad compartido por todos: (b) una libertad menor que la libertad igual debe ser aceptable para los que tienen una libertad menor. [pág. 302]

Incluso para esto, sin embargo, en la última oración es necesario una luz para una precisión completa porque Rawls también insiste en que “aceptable para aquellos con la menor libertad” significa no aceptable en cualquier término, sino aceptable porque es posible obtener una mayor protección de sus otras libertades (pág. 233).

Las libertades básicas a las cuales el principio de Rawls refiere son identificadas por las partes en la posición original⁴⁷ detrás del velo de ignorancia como esenciales [para] perseguir sus fines, como quiera que esos fines lleguen a determinar la forma de su sociedad. No es sorprendente, por lo tanto, que las libertades básicas sean más bien pocas en número y Rawls da una lista corta de ellas las cuales describe en el índice como una “enumeración” (pág. 540), aunque él nos advierte que estas son lo que son sólo “en términos aproximados”

⁴⁷Ejemplo, “la libertad igual de conciencia es el único principio que las partes en la posición original pueden reconocer” (pág. 207).

(pág. 61). Ellas comprenden la libertad política, esto es, el derecho a votar y tener la posibilidad de ser elegible para cargos públicos, libertad de expresión y reunión; libertad de conciencia y libertad de pensamiento; libertad de la persona, junto con el derecho a la propiedad personal y la libertad contra la detención arbitraria y la confiscación.

Ahora la cuestión de interpretación es si el cambio de lenguaje de Rawls de un principio de gran libertad equitativa redactado en términos muy generales ("todo el mundo tiene el mismo derecho a la *libertad* más amplia"), a uno que refiere solamente a determinadas *libertades* básicas, indica un cambio en su teoría. ¿Sigue siendo el principio de libertad tan general para que bajo la regla de prioridad ahora sujeta a este ninguna forma de libertad pueda ser restringida excepto por la libertad?⁴⁸ Es difícil estar seguro pero mi punto de vista en esta importante cuestión respecto a Rawls es que ya no mantiene la teoría general que apareció en sus artículos quizá porque había conocido las dificultades señaladas por Sidgwick y otros. Existen, creo, muchas indicaciones, además del sorprendente cambio en el lenguaje, de que el principio de Rawls está ahora limitado a la lista de libertades básicas considerando por supuesto, su declaración de que la lista actual que da es sólo aproximada. La primera indicación es el hecho de que Rawls no encuentra necesario reconciliar la admisión de la propiedad privada como una libertad con ningún principio general de libertad *máxima* igual, o de "el mismo derecho a la libertad más amplia", y evita las dificultades encontradas en la doctrina de Herbert Spencer dando un nuevo

⁴⁸ ¿Es al principio de libertad expresado en términos generales, o a la formulación de las libertades básicas al que debe aplicársele la regla de prioridad?

sentido al requerimiento de que el derecho a la propiedad debe ser igual. Este sentido de igualdad activa la distinción de Rawls entre [la] libertad y el valor o lo valioso de la libertad (págs. 204, 225 ff.). Rawls no requiere, excepto en el caso de las *libertades políticas* (el derecho a participar en el gobierno y la libertad de expresión), que las libertades básicas sean iguales en valor, o substancialmente iguales, por lo tanto no requiere, al admitir el derecho a la propiedad como una libertad básica igual, una de dos, que la propiedad deba ser común para que todos puedan disfrutar de la misma propiedad o que la propiedad poseída de manera separada deba ser igual en medida. Esto sería insistir que el valor del derecho a la propiedad debería ser igual. Lo que se requiere es la condición meramente formal de que las *reglas* (págs. 63-4) que gobiernan la adquisición, y alcance de los derechos de propiedad deberían ser las mismas para todos. La réplica de Rawls a la crítica familiar Marxista es que en este caso tenemos que decir que el mendigo y el millonario tienen derechos de propiedad iguales, [lo cual] sería admitir la carga, pero resaltando que, en su sistema, el valor desigual de la igualdad de derechos de propiedad se reduciría hasta el punto en que la desigualdad se justifica por el funcionamiento del principio de la diferencia, según el cual las desigualdades económicas sólo se justifican si son para el beneficio de los menos favorecidos (pág. 204).

La segunda indicación de que el principio de Rawls de mayor libertad equitativa y su regla de prioridad "[la] libertad sólo puede ser restringida por el bien de la libertad" (pág. 302) es ahora limitado a las libertades básicas, es su explicación cuidadosa y repetida de que, aunque el derecho a la propiedad es

para él una "libertad", la elección entre capitalismo privado y la propiedad estatal de los medios de producción se deja bastante abierta por los principios de justicia (págs. 66, 273-4). Si los medios de producción deben ser o no de propiedad privada es algo que una sociedad debe decidir a la luz del conocimiento de sus circunstancias actuales y las demandas de eficiencia social y económica. Pero, por supuesto, la decisión de limitar la propiedad privada a los bienes de consumo fabricados bajo estas bases, resultaría en una forma menos extensa de [la] libertad que se obtendría si la propiedad privada pudiera ser ejercida sobre todas las formas de propiedad. La admisión de Rawls de esta restricción como permitida [en] la medida en que se refiere a la justicia sería una inconsistencia obvia si Rawls siguiera desarrollando el principio general de que [cada persona debe tener] "un derecho igual a la más amplia libertad", porque, según la regla de prioridad, implicaría que ninguna forma de libertad puede ser reducida o limitada por el bien de los beneficios económicos sino sólo por el bien de la libertad misma.

Estas consideraciones apoyan fuertemente la interpretación de que el principio de Rawls de mayor libertad igual, como se desarrolla en este libro, se refiere únicamente a las libertades básicas enumeradas, aunque por supuesto estas son especificadas por él sólo en términos generales. Pero confieso que también hay dificultades en esta interpretación las cuales sugieren que Rawls no ha eliminado por completo la doctrina general anterior de la libertad, aunque esa doctrina anterior no es, como ya he explicado antes, realmente consistente con el tratamiento de Rawls de las limitaciones admisibles del derecho de propiedad. Pues parece evidente que existen formas importantes de libertad -la libertad

sexual y la libertad de usar alcohol o drogas, entre otras- que al parecer no se encuentran en ninguna de las libertades básicas vagamente descritas;⁴⁹ sin embargo, sería muy sorprendente si los principios de justicia se silenciaran ante su restricción. Desde el ensayo *On Liberty* de John Stuart Mill, dichas libertades han sido el centro de discusiones del ámbito de la ley criminal y otras formas de coerción social, y hay, de hecho, solo un pasaje en este libro en el que queda claro que Rawls piensa que sus principios de justicia no son silenciosos [frente a una] justicia que limite esas libertades (pág. 331). Al argumentar en contra de la opinión de que ciertas formas de relación sexual deben prohibirse simplemente como degradantes o vergonzosas, sin ningún ideal "perfeccionista", Rawls dice que no debemos depender de tal criterio perfeccionista, sino de los principios de justicia y que de acuerdo a estos ningún caso razonable de restricción puede ser pensado.

Hay mucho más que no entiendo en este pequeño pasaje. Rawls dice aquí que la justicia requiere que nosotros mostremos, antes de restringir dichos modos de conducta, que estos interfieren con las libertades básicas de otros o bien que "estos violan algunos deberes naturales o alguna obligación". Esto parece una inexplicable divergencia de la línea estricta muy a menudo enfatizada en el caso

⁴⁹Se me ha sugerido que Rawls consideraría estas libertades como libertades básicas que entran en su categoría general de libertad de conciencia, que se ocupa no solo de la religiosa sino de la libertad moral. Pero la discusión de Rawls de esto (págs. 205 ff.) parece visualizar solo la libertad del hombre para cumplir las *obligaciones* morales como él las interpreta, y libertad sexual, por tanto, sólo se incluyen en esta categoría para aquellos a los que los impulsos de la pasión se presentaron como las llamadas del deber moral. Otros han sugerido que estas libertades caerían en la categoría de Rawls de la libertad de la persona, pero esto me parece poco probable en vista de su colocación de la misma con la propiedad ("la libertad de la persona junto con el derecho a la propiedad personal"). Cabe señalar también que la libertad sexual es mencionada como un "modo de conducta" (pág. 331) y la posibilidad de interferencias con sus "libertades básicas" (no "otras" libertades básicas) se menciona.

de las libertades básicas, que la libertad puede ser restringida solo por el bien de la libertad. ¿Existe entonces un conjunto secundario de principios para las libertades no básicas? Esta resolución tendría sus propias dificultades. Los deberes naturales a los cuales Rawls se refiere aquí, y el principio del cual las obligaciones, tales como la obligación de mantener una promesa, se derivan, son según Rawls, estándares de conducta para los *individuos* donde las partes en la posición original han elegido los principios de justicia como estándares para las *instituciones*, las cuales considero incluyen la ley. Si la libertad puede ser restringida para prevenir la violación de cualquiera de tales obligaciones o deberes naturales, mas bien esto puede reducir severamente el área de libertad ya que los deberes naturales incluyen el de asistir a otros cuando esto puede ser realizable a bajo costo y la obligación de mostrar respeto y cortesía, así como deberes para apoyar instituciones justas, para no dañar al inocente y para no causar sufrimiento innecesario. Más aún, ya que se dice que las partes en la posición original eligen los principios de justicia como normas para las instituciones *antes* de elegir los derechos naturales de los individuos, no está claro cómo las primeras pueden incorporar estos últimos, como Rawls sugiere que lo hacen cuando dice que los principios de justicia requieren que mostremos, antes de que restrinjamos la conducta, que viola libertades básicas o deberes naturales u obligaciones.

Espero no haber hecho mucho ruido de lo que es una mera referencia superficial de Rawls a las libertades que no parecen caer dentro de sus categorías de libertades básicas, pero han estado en el centro de algunas famosas discusiones sobre la libertad. Sin embargo no puedo, a partir de este libro, ver

muy bien cómo Rawls podría resolver las dificultades que he mencionado, y planteo a continuación la cuestión conexas de si las libertades que son claramente "básicas" también pueden ser restringidas si su ejercicio involucra la violación de los derechos naturales o las obligaciones.

III. Limitando la libertad por el bien de la Libertad.

Paso ahora a considerar el principio de que las libertades básicas sólo pueden ser limitadas por el bien de la libertad. Rawls expresa este principio de diferentes maneras. Dice que las libertades básicas pueden ser restringidas o distribuidas inequitativamente solo en aras de un mayor "sistema de [la] libertad en su conjunto" (pág. 203); que la restricción debe dar "una mayor libertad igual" (pág. 229) o "el mejor sistema total de igual libertad" (pág. 203) o "fortalecer" ese sistema (pág. 250) o ser "una ganancia para... la libertad equilibrada" (pág. 244).

¿Qué es, entonces, limitar la libertad por el bien de la libertad? Rawls da un número de ejemplos que su principio permitiría. El caso más simple es la introducción de normas de orden en el debate (pág. 203) que restringen la libertad de hablar cuando nos plazca. Sin esta limitación a la libertad de decir y defender lo que queramos [el debate] se ve sumamente obstaculizado y sería menos valioso para nosotros. Como dice Rawls, estas normas son necesarias para una "provechosa" (pág. 203) discusión, y claramente cuando dichas normas son aplicadas un balance es producido y la libertad juzgada menos importante o menos valiosa está subordinada a la otra. En este caso muy simple parece haber una respuesta evidente a la cuestión de cuál de las dos libertades en conflicto es

más valiosa, ya que, cualquiera que sean los fines que estemos persiguiendo en [el] debate, la libertad para comunicar nuestro pensamiento en el discurso debe contribuir más a su desarrollo, que la libertad para interrumpir la comunicación. Me parece que puede resultar engañoso describir incluso la resolución de las libertades en conflicto en este caso muy simple como produciendo un "mayor" o mas "fuerte" sistema total de libertad, ya que estas frases sugieren que ningún valor, excepto la libertad y las dimensiones de esta, como alcance, medida o fuerza están involucrados. Evidentemente lo que tales normas de debate ayudan a asegurar no es una mayor o más extensa libertad, pero sí una libertad para hacer algo lo cual es más valioso para cualquier persona racional que las actividades prohibidas por las normas, o, como dice Rawls mismo, algo más "provechoso". Así que un poco del criterio del valor de las libertades diferentes debe estar involucrado en la resolución de conflictos entre ellas, pero Rawls habla como si el "sistema de libertades básicas" estuviera contenido en sí mismo, y los conflictos dentro de él debieran ajustarse sin apelar a cualquier otro valor aparte de la libertad y su alcance.

En algunos casos, es cierto, la concepción de Rawls de una mayor o más amplia libertad que resulta de una más satisfactoria resolución de conflictos entre las libertades puede tener aplicación. Un ejemplo suficientemente claro es proporcionado por Rawls cuando dice que el principio de limitación de la libertad sólo por el bien de la libertad permitiría el reclutamiento para el servicio militar en una guerra para aquellos que verdaderamente estén comprometidos a defender las instituciones libres en el país o en el extranjero (pág.350). En ese caso, podría

decirse plausiblemente que sólo la cuantía o la extensión de la libertad estaban en juego, la limitación temporal de la libertad involucrada en el reclutamiento militar podría ser permitida para prevenir o eliminar afectaciones mucho mayores a la libertad. De manera similar, la restricción impuesta en nombre del orden público y la seguridad, a la cual Rawls se refiere seguido (págs. 97, 212-13), puede estar justificada simplemente como un retraso a la libertad de acción. Pero ciertamente hay importantes casos de conflicto entre las libertades básicas donde, como en las reglas simples del caso del debate, la resolución del conflicto debe involucrar la consideración del valor relativo de los diferentes modos de conducta y no meramente la extensión o cantidad de libertad. Uno de tales conflictos, el cual, de acuerdo con la secuencia de cuatro etapas de Rawls, tendrá que ser resuelto en una etapa análoga a una convención constitucional, es el conflicto entre la libertad de expresión y de la persona, y la libertad de participar en el gobierno a través de una legislatura elegida democráticamente (págs. 228-30). Rawls discute este conflicto sobre la base de que la libertad de participar en el gobierno [legislar] ha de considerarse como restringida si hay una Declaración de Derechos protegiendo la libertad de expresión del individuo o de la persona de la regulación por mayoría ordinaria de la legislatura. Él dice que el tipo de argumento para apoyar dicha restricción que sus principios de justicia requieren, es "una justificación que apela sólo a una mayor libertad igual" (pág. 229). Admite que diferentes opiniones acerca del valor de las libertades en conflicto afectarán la forma en que diferentes personas ven este conflicto. No obstante, insiste en que para llegar a una resolución justa del conflicto, debemos tratar de encontrar el punto en el que "el peligro para la libertad de la pérdida marginal de control sobre aquellos que

detentan el poder político solo equilibra la seguridad de la libertad ganada por el uso mayor de los dispositivos constitucionales "(pág. 230). No puedo entender, sin embargo, cómo tal consideración de un balance es concebible si la única apelación es, como dice Rawls, a "una mayor libertad".

Estas dificultades en la noción de una mayor libertad total, o el sistema de la libertad, que resultan de la resolución justa del conflicto entre las libertades, se hacen aún más agudas para mí por la descripción de Rawls, del punto de vista desde el cual él dice que todos los conflictos entre las libertades han de ser resueltos, ya sea que se produzcan en la etapa de elaboración de la Constitución de la secuencia de las cuatro etapas, como en el último caso considerado, o en la etapa de la legislación en relación con otros asuntos.

Rawls dice que cuando las libertades dificultan ese ajuste el cual es asegurar "el mejor sistema total" [hay que] ponerse de lado del punto de vista de "la representación ciudadana igual", y debemos preguntarnos qué ajuste "sería racional para él preferir" (pág. 204). Esto, dice él, involucra la aplicación del principio del interés común o el bien común, el cual selecciona aquellas condiciones que son necesarias para que "todos de manera igual lleven más allá sus objetivos" o "promuevan fines comunes" (pág. 97). Es, por supuesto, fácil ver que conflictos muy simples entre las libertades, tales como el caso de las normas de debate, pueden inteligiblemente ser resueltos por la referencia a este punto de vista. Ya que en dichos casos simples es ciertamente argumentable que, cualesquiera que sean los fines que un hombre pueda tener, él verá como ser racional que las restricciones son necesarias si ha de perseguir sus fines con

éxito, y esto puede ser expresado en términos de "el bien común" sobre la base de que tales restricciones son necesarias para todos los involucrados. Pero sería erróneo generalizar a partir de este caso sencillo; otros conflictos entre las libertades básicas serán tales que diferentes resoluciones del conflicto corresponderán a los intereses de las diferentes personas quienes divergirán sobre el valor relativo que pongan en las libertades en conflicto. En tales casos, no habrá una resolución que sea selección única por referencia al bien común. Así pues, en el caso constitucional discutido anteriormente, parece difícil entender cómo el conflicto puede ser resuelto por referencia al ciudadano representativo igual, y sin apelar a consideraciones utilitarias o a alguna concepción de lo que todos los individuos tienen moralmente derecho como un asunto de dignidad humana o derecho moral. En particular, la estrategia general que Rawls atribuye a las partes en la posición original de elegir la alternativa que se obtiene de la mejor peor posición no es ayuda, salvo en los casos obvios, como el caso de las normas de debate. Por supuesto, puede ser argumentado que es mejor estar restringido por normas razonables que estar expuesto a la interrupción no regulada, por lo que es racional intercambiar la libertad de hablar cuando quieras por el beneficio más valioso de poder comunicar de manera más o menos efectiva lo que te plazca. O, para poner el mismo punto extremadamente simple en los términos de la regla "maximin" los cuales Rawls usa a menudo de forma esclarecedora, la peor posición bajo la regla (siendo coartado de interrumpir pero teniendo el tiempo para hablar sin interrupciones) es mejor que la peor posición sin la regla (estando constantemente expuesto a la interrupción aunque teniendo la libertad para interrumpir).

Tales casos simples, en efecto, existen donde se puede decir que todos los "ciudadanos iguales", sin importar la divergencia de sus gustos individuales o deseos, si son racionales, preferirían una alternativa donde las libertades discrepan. Pero no entiendo cómo la noción de la preferencia racional del ciudadano representativo igual puede ayudar en la resolución de conflictos donde hombres razonables pueden diferir en cuanto al valor de las libertades en conflicto, y no hay obviamente una mejor peor posición que un hombre racional podría preferir. Es cierto que en las fases de la secuencia de las cuatro etapas donde tales conflictos tienen que ser resueltos no hay velo de ignorancia para prevenir que aquellos que tienen que tomar decisiones sepan qué proporción de la población está a favor de qué alternativas. Pero no creo que Rawls consideraría dicho conocimiento como relevante en las discusiones acerca de lo que sería racional preferir para el ciudadano representativo igual, ya que sólo sería relevante si concebimos que esta figura representativa de alguna manera refleja (tal vez en la intensidad de sus deseos conflictivos) la distribución de las diferentes preferencias de la población. Esto, sin embargo, sería para la mayoría virtualmente equivalente a un criterio utilitario y uno que estoy seguro de que está lejos de los pensamientos de Rawls. Enfatizaría aquí que no me estoy quejando de que la invocación de Rawls de "la preferencia racional del ciudadano representativo igual" no provee un procedimiento de decisión que produzca una respuesta determinada en todos los casos. Más bien, yo no entiendo, salvo en los casos muy sencillos, qué tipo de argumento se va a utilizar para mostrar qué preferencia racional del representante sería y en qué sentido resulta en "una mayor libertad".

Por supuesto, Rawls está abierto a decir, como lo hace, que los argumentos concernientes a la preferencia racional del representante a menudo serán igualmente equilibrados, y en tales casos la justicia será indeterminada. Pero no creo que él pueda decir que la justicia ha de ser indeterminada en cualquier momento que las personas diferentes valoran alternativas de manera distinta. De hecho, él es bastante claro que a pesar de esta diferencia en la valoración, la justicia en efecto requiere que haya algunas protecciones constitucionales para la libertad individual, aunque éstas limitarán la libertad de participar en el gobierno;⁵⁰ la única indeterminación que él contempla aquí es en cuanto a la forma particular de protección constitucional a ser seleccionada entre un rango de alternativas todas de las cuales puedan ser permitidas por los principios de la justicia. Aun así, si la opinión está dividida sobre la cuestión principal (es decir, si debe haber o no restricciones en el poder legislativo para proteger la libertad individual), no comprendo qué clase de argumento es el que se supone debe mostrar que el ciudadano representativo igual preferiría una respuesta afirmativa en lo que concierne a esta cuestión principal como asegurando "la mayor libertad".

Esta dificultad todavía me inquieta incluso en casos relativamente menores, donde uno podría aceptar bien una conclusión de que los principios de justicia son indeterminados. De este modo, supongamos que el legislador debe determinar el alcance de los derechos de exclusión comprendidos en la propiedad privada de la

⁵⁰"Las libertades de la ciudadanía igual deben ser incorporadas en y protegidos por la Constitución" (pág. 197). "Si un proyecto de ley de los derechos que garantizan la libertad de conciencia y la libertad de pensamiento y de reunión sería efectivo, entonces debería ser adoptado" (pág. 231).

tierra, que es para Rawls una libertad básica,⁵¹ cuando ésta libertad básica entra en conflicto con otras. Algunas personas pueden preferir que la libertad de movimiento no sea limitada por los derechos de los propietarios quienes están apoyados por las leyes sobre traspaso ilegal, mientras que otros, ya sean propietarios o no, pueden preferir que haya algunas limitaciones. Si la justicia es indeterminada en este caso menor de las libertades en conflicto, entonces sin duda caeríamos de nuevo en lo que Rawls determina como la justicia procesal, y aceptaríamos el voto de la mayoría de una legislatura operando bajo una constitución justa y un procedimiento equitativo aun si no podemos decir que el resultado es en sí mismo un resultado justo. Pero, presumiblemente, al considerar qué medidas promover y cómo votar, los legisladores deben, ya que este es un caso, aunque uno menor de las libertades básicas en conflicto, empezar por preguntarse cuáles de las alternativas un ciudadano representativo igual, si es racional, preferiría, incluso si están condenadas; descubrir que esta pregunta tiene una respuesta no determinada. Pero, indeterminación e ininteligibilidad son cosas diferentes, y es la inteligibilidad de la pregunta la que me preocupa. ¿Qué quieren decir los legisladores en dichos casos cuando preguntan qué alternativa sería racional para el ciudadano representativo igual preferir como asegurando la mayor libertad, cuando saben que algunos hombres pueden valorar la propiedad privada más que la libertad de movimiento, y otros no? Si la pregunta es fraseada como

⁵¹Michael Lesnoff me sugirió que Rawls pudo no considerar la propiedad privada de la tierra como una libertad básica ya que, como se señaló anteriormente, la justicia de acuerdo con Rawls deja abierta la cuestión de si ha de haber propiedad privada de los medios de producción. Sin embargo, no tengo claro sobre lo que es incluido en el ámbito de la libertad básica que Rawls describe como "el derecho a tener (personal) propiedad" (pág. 61). ¿Se comprenden la propiedad o (en una economía socializada) un contrato de arrendamiento por parte del Estado de la tierra para ser utilizado como un jardín? Si no, el ejemplo en el texto puede ser cambiado por el de un conflicto entre la libertad de circulación de los peatones y los derechos de los automóviles.

Rawls dice que puede ser, como una pregunta involucrando el principio del bien común, entonces presumiblemente aparecerá como la pregunta de qué alternativa a la larga desarrollará el bien de todos o los fines que todos comparten. Esto podría ser una pregunta contestable, en principio, si pudiera ser tomada simplemente como la pregunta, [de] qué alternativa es más probable desarrolle el bienestar general de todos, que incluye ventajas económicas y otras aparte de la libertad. Si, por ejemplo, pudiera ser mostrado que la libertad irrestricta de movimiento sobre la tierra tendería a reducir el suministro de comida de todos, mientras que ninguna mala consecuencia probable que afecte a todos resultarían de la otra alternativa, entonces el conflicto debería ser resuelto a favor de la restricción de movimiento. Pero esta interpretación de la pregunta en términos de bienestar parece descartada por el principio de que la libertad sólo puede ser limitada por el bien de la libertad, y no por ventajas sociales o económicas. Así que, pienso, la concepción de la elección racional del ciudadano representativo igual necesita una mayor clarificación.

IV. Limitando la libertad para evitar daño o sufrimiento

Paso ahora a la cuestión de si el principio de limitar la libertad sólo por el bien de la libertad proporciona adecuadamente las restricciones a la conducta que causa dolor o infelicidad a los demás de otra manera que al restringir la libertad de acción. En algunos casos tal conducta perjudicial sería un ejercicio de las libertades básicas, como la libertad de expresión, por ejemplo, o la utilización de la propiedad, aunque en otros casos puede ser el ejercicio de una libertad que no es clasificada por Rawls como básica. Sería extraordinario si [los] principios de

justicia que Rawls sostiene están, en general, en armonía con juicios considerados ordinarios; que efectivamente excluyen (porque limitarían la libertad de otro modo que por el bien de la libertad) leyes que restringen la difamación o calumnia, o publicaciones que gravemente vulneran la privacidad, o restricciones del uso de la propiedad privada (por ejemplo los automóviles) diseñadas para proteger el ambiente y las comodidades sociales generales. Estas restricciones [a] las libertades básicas de expresión y propiedad privada son comúnmente aceptadas como intercambios no de libertad por libertad, sino de libertad por protección contra el daño o pérdida de comodidades u otros elementos de utilidad real.

Hay dos formas en las que tal vez los principios de Rawls pueden, al menos en parte, llenar este vacío.⁵² En algunos casos más plausibles que en otros él podría argumentar que una libertad sin restricción para infligir lo que llamamos un daño o sufrimiento a los demás, de hecho restringiría la libertad de acción de la víctima en cualquiera o en ambas maneras. La herida física infligida podría en efecto reducir la capacidad de acción; o el conocimiento de que tales acciones dañinas no estuvieran prohibidas podría crear condiciones de aprehensión e incertidumbre entre las víctimas potenciales las cuales abiertamente inhibirían sus acciones. Pero tales argumentos parecen bastante implausibles excepto en los

⁵²El profesor Dworkin y el Sr. Michael Lesnoff me han sugerido que lo que describo aquí como un "vacío" podría de hecho no existir, ya que las libertades básicas de Rawls pueden ser concebidas por él como limitadas *ab initio* para que no se incluya la libertad de actuar de una manera perjudicial para los intereses o libertades de los demás. Pero aunque es consistente con muchas de las discusiones de Rawls tratar su ciertamente áspera descripción de las libertades básicas como simplemente indicando áreas de conducta en las que las partes en la posición original identifican derechos específicos *después* de resolver conflictos entre las diversas libertades e intereses de los demás, esto no encaja con la explicación de las libertades básicas como proclives al conflicto, ni con la descripción que el propio Rawls hace de los conflictos no resueltos en la posición original, y que deberán resolverse por la constitución o por el cuerpo legislativo, adoptando el punto de vista igualitario en la representación del ciudadano.

casos de conductas que inflijan graves daños físicos a las personas, y aún ahí, cuando tales restricciones son aceptadas como un sacrificio razonable de la libertad. Parece claro que si al dolor, al sufrimiento y la angustia les fuese dado un peso independiente de la tendencia de los comportamientos nocivos para inhibir las acciones de la víctima o incapacitarle para la acción, a menudo, el equilibrio dado no puede ser roto, como en efecto lo es.

Sin embargo, en este momento es necesario de nuevo tomar en cuenta aquellos deberes naturales los cuales son estándares de conducta individual, como distintos de los principios de justicia los cuales son estándares para las instituciones. Estas obligaciones incluyen el deber de no dañar a otros o causar "sufrimiento innecesario" y también el deber de acudir en ayuda de los demás. Al discutir la aceptación de dichos deberes por las partes en la posición original, Rawls los representa como calculando que las cargas de dichos deberes serán compensadas de manera significativa por los beneficios (pág. 388); entonces los deberes naturales representan casos donde, como en el caso de las reglas del debate, la mejor peor posición para todos los hombres racionales puede ser identificada, y en estos casos, incluso desde detrás del velo de ignorancia. Incluso parecerá a las partes como personas racionales interesadas en sí mismas que es mejor, por ejemplo, ser restringidas de practicar la crueldad hacia los demás, mientras ellas queden protegidas de estar expuestas a la crueldad de otros, mientras hay libertad [general] de practicarla, y mejor tener que proporcionar una modesta ayuda a otros en necesidad que nunca ser capaz de depender en que dicha asistencia llegue. Por lo tanto, es evidente que estos derechos naturales

podrían llenar parte del vacío abierto por el principio de que la libertad sólo puede ser limitada por el bien de la libertad, si Rawls quiere decir (aunque no lo dice explícitamente) que incluso las libertades básicas podrían ser restringidas si su ejercicio infringiría algún derecho natural. Pero, de nuevo, estos derechos naturales elegidos detrás del velo de ignorancia sólo dan razones para casos muy obvios donde los beneficios de las restricciones serían [tales] que, para todas las personas racionales, claramente superan las cargas. Esto no ayudará cuando las opciones divergentes podrían razonablemente hacerse por diferentes individuos en función de sus intereses diferentes, y me parece que esto será muy a menudo el caso. Algunas personas, dado su temperamento general, podrían razonablemente preferir ser libres, respecto de otras personas, para difamar o dañar a otros o invadir su privacidad, o hacer uso de su propiedad en cualquier estilo que les guste, y con mucho gusto podrían correr el riesgo de estar expuestos a estas prácticas por parte de los demás y las consecuencias de esas prácticas para sí mismos y del entorno general tanto social y físico. Otras personas no pagarían este precio por la libertad sin restricciones en estas cuestiones, ya que, dado su temperamento, valorarían las protecciones obtenidas por las restricciones superiores a la libertad sin restricciones. En tales casos las restricciones en las libertades básicas de expresión o de propiedad privada no pueden ser representadas como una cuestión de deber natural con base que hombres racionales, cualquiera que sea su temperamento particular, optarían por las restricciones tanto como optarían por restricciones generales como en el hecho de matar o el uso de la violencia.

Por supuesto, es necesario recordar que la justicia para Rawls no agota la moral. Existen, como él nos dice, requisitos, de hecho deberes, en relación con los animales e incluso en relación con el resto de la naturaleza que están fuera del alcance de una teoría de la justicia como una teoría que le pertenece a los individuos racionales (pág. 512). Pero aún si hay tales deberes morales, incluso con respecto a los seres racionales, no creo que Rawls los consideraría como principios complementarios de justicia que aplican a las instituciones. Supongo que, por lo tanto, las restricciones a las libertades básicas excluidas por los principios de la justicia, porque no son restricciones de libertad por el bien de la libertad no podrían ser independientemente apoyadas como justas por apelación a otros principios de moralidad. El punto aquí no es que la justicia Rawlsiana mostrará ser indeterminante en ciertos puntos en cuanto a lo propio de ciertas restricciones a la libertad, sino que, por el contrario, es muy determinante, ya que parecen [estos puntos] excluir tales restricciones como si fueran injustas porque no limitan la libertad solo por la libertad en sí. Entiendo que Rawls no desearía cumplir con este punto simplemente añadiendo a sus principios de justicia un suplemento adicional permitiendo a la libertad ser limitada si su ejercicio no sólo violara los derechos naturales, sino las exigencias de la moral, ya que esto me parece iría en contra del tenor general liberal de su teoría.

V. La elección de las libertades fundamentales

Creo que el punto general más importante que se desprende de estas críticas independientes es el siguiente. Cualquier esquema [que] estipula la distribución general en sociedad de la libertad de acción necesariamente hace dos cosas:

primero, confiere a los individuos la ventaja de dicha libertad, pero en segundo lugar, los expone [a] cualesquiera que sean las desventajas de las prácticas de esa libertad, por parte de los otros que puedan implicar para ellos. Estas desventajas no sólo incluyen el caso en el que Rawls se concentra, [es decir], principalmente la interferencia con otras libertades fundamentales de la persona, sino también las diversas formas de daño, dolor y sufrimiento en contra, el cual los sistemas legales usualmente proveen por normas restrictivas. Tal daño puede incluir también la destrucción de formas de vida social o servicios los cuales de otra manera habrían estado disponibles para los individuos. Así que si está o no en el interés de cualquier persona elegir que cualquier libertad específica debería ser generalmente distribuida depende de si las ventajas para él, del ejercicio de esa libertad, sobrepasan las diversas desventajas de su práctica general, por otros. No creo que Rawls reconozca esto adecuadamente en su discusión sobre las libertades en conflicto y su teoría de los derechos naturales. Su reconocimiento es inadecuado, me parece, porque su doctrina insiste en que la libertad sólo puede ser limitada por el bien de la libertad, y que cuando resolvemos los conflictos, debemos estar preocupados sólo por el grado o el valor de la libertad. Esto oculta el carácter de los diferentes tipos de ventajas y desventajas que deben estar involucrados en la resolución de dichos conflictos, y su doctrina también le lleva a distorsionar el carácter de todos, excepto aquellos conflictos más simples entre la libertad y otros beneficios los cuales son resueltos por la partes en la posición original cuando ellos eligen los deberes naturales. Yo pienso que en general Rawls no reconoce suficientemente que la ponderación de ventajas y desventajas siempre debe ser necesaria para determinar si la distribución general

de cualquier libertad específica está en el interés del hombre, cuando las desventajas que el ejercicio de esa libertad por otras personas puede ser mayor que las ventajas de su propio ejercicio de la misma. Un signo más alarmante de que esto es ignorado aparece en el comentario de Rawls que "desde el punto de vista de la posición original es racional" para los hombres querer una porción de la libertad tan grande como sea posible, ya que "no están obligados a aceptar más si no lo desean, ni tampoco una persona sufre de [tener] una mayor libertad "(pág. 143). Esto lo encuentro engañoso porque parece perder de vista el punto fundamental: cualquiera que sea la ventaja que pueda haber para cualquier persona en el ejercicio de algunas libertades tomadas en sí, esta puede ser compensada por los desventajas derivadas de la distribución general de dicha libertad en la sociedad de la cual es miembro.

Las críticas detalladas que he hecho hasta ahora se refieren a la aplicación del principio de libertad básica igual de Rawls. Pero el punto general formulado en el párrafo anterior, si es válido, no sólo afecta la aplicación de los principios de la justicia una vez que han sido elegidos, sino también al argumento que está diseñado para mostrar que las partes en las condiciones de la posición original, en tanto personas racionales con intereses propios, elegirían las libertades básicas que Rawls enumera. Aún si asumimos con Rawls que cada persona racional preferiría tanta libertad como pueda conseguir si no tiene que pagar un costo, así que en ese sentido, es cierto que nadie "adolesce de una mayor libertad", de esto no se sigue que la libertad que sólo puede obtenerse por un individuo al precio de su distribución general a través de la sociedad es la que una persona racional

todavía querría. Por supuesto, los derechos naturales de Rawls representan algunos casos obvios en los que aceptablemente se puede decir que cualquier persona racional preferiría ciertas restricciones a una libertad generalizada. En otros casos menos simples, si fuese racional preferir la libertad a costa de la que otros tienen también, debe depender de los deseos y el temperamento de cada uno. Pero éstos se ocultan de las partes en la posición original y, siendo esto así, no entiendo cómo ellas pueden tomar una decisión racional, en términos de interés propio, para obtener las diversas libertades al costo de su distribución general. Optar por la más amplia libertad para todos no puede, creo yo, no puede ser representado siempre como el mejor seguro contra lo peor en condiciones de incertidumbre acerca del propio temperamento y los propios deseos.

VI. El argumento a favor de la prioridad de la libertad

Terminaré explicando una dificultad que encuentro en el argumento principal el cual Rawls usa para mostrar que la prioridad de la libertad prohibiendo intercambios de libertad por ventajas sociales, económicas o de otro tipo debe ser incluida entre los requisitos de la justicia. Según la teoría de Rawls, las partes racionales con intereses propios en la posición original eligen esta prioridad detrás del velo de ignorancia como parte de la concepción especial de la justicia, pero ellos la eligen sobre la base [de] que la regla no debe entrar en juego a menos que o hasta que ciertas condiciones favorables sociales y económicas hayan sido efectivamente alcanzadas en la sociedad de la cual serán miembros. Estas condiciones favorables son identificadas como aquellas que permiten el establecimiento y el ejercicio efectivo de las libertades básicas (pág. 152), y

cuando las necesidades básicas puedan ser cumplidas (págs. 542-3). Hasta que este punto sea alcanzado la concepción general de la justicia ha de gobernar la sociedad, y los hombres pueden renunciar a las libertades por ganancias sociales y económicas si lo desean.

No creo que Rawls conciba las condiciones que ponen en juego a la regla de prioridad como una etapa de gran prosperidad.⁵³ En cualquier caso es evidente que cuando esta etapa es alcanzada todavía pueden existir, en cualquier sociedad, personas que quieren más bienes materiales y que estarían dispuestas a ceder algunas de sus libertades básicas para conseguirlos. Si la prosperidad material en esta etapa fuese tan grande que no pudiera haber tales personas, la regla de prioridad entonces puesta en operación no podría funcionar como una norma prohibitiva, ya que no habría nada que prohibir. Como dice Rawls, no tenemos que pensar en la cesión de las libertades, las cuales, los hombres podrían aún estar dispuestos a hacer por [un] bienestar económico mayor en términos muy extremos, tal como la adopción de la esclavitud (pág. 61). Podría ser simplemente que algunos hombres, tal vez la mayoría, tal vez todos, en una sociedad podrían desear ceder algunos derechos políticos, el

⁵³Es evidente que, bajo esta identificación las condiciones para la aplicación de la concepción especial de la justicia pueden ser alcanzadas en diferentes niveles de prosperidad material en diferentes sociedades. Así, en una sociedad agraria pequeña o en una sociedad acostumbrada durante mucho tiempo a las duras condiciones, los hombres pueden ser capaces de ejercer y establecer las libertades políticas a un nivel de vida mucho más bajo que sería posible para los habitantes de una gran sociedad industrial moderna. Pero, en vista del hecho de que Rawls describe la etapa relevante como una donde las condiciones meramente "permiten" o "reconocen" el establecimiento y la realización efectiva de las libertades básicas, no me queda claro si consideraría la concepción especial de justicia aplicable a una sociedad muy rica donde, debido a la distribución desigual de la riqueza, la pobreza impediría un número considerable del ejercicio efectivo de las libertades básicas. ¿Sería injusto para los pobres en tal sociedad apoyar una forma autoritaria de gobierno para mejorar sus condiciones materiales?

ejercicio de los cuales no parece traerles grandes beneficios, y estarían dispuestos a permitir que el gobierno se ejerza de alguna forma autoritaria si hubiera buenas razones para creer que esto traería un gran avance en la prosperidad material. Es este tipo de intercambio el que los hombres pueden desear hacer [y] que la norma de prioridad prohíbe una vez que una sociedad ha llegado a una etapa bastante modesta donde las libertades básicas pueden ser efectivamente establecidas y las necesidades básicas satisfechas.

¿Por qué entonces esta regla de prioridad restrictiva debería ser aceptada como uno de los requisitos de la justicia? La respuesta principal de Rawls parece ser que, en tanto que las condiciones de la civilización mejoran, se alcanzará un punto cuando *desde la perspectiva de la posición original* ", llega a ser y se mantiene, así... irracional a reconocer (mantener la postura de)⁵⁴ una libertad menor en aras de un mayor crecimiento material... "porque" mientras el nivel general de bienestar aumenta, sólo las necesidades materiales menos urgentes permanecen" (pág. 542) para ser satisfechas y los hombres valoran cada vez más la libertad. "El interés fundamental en la determinación de nuestro proyecto de vida, finalmente asume un lugar prioritario" y "el deseo de libertad es el principal interés regulativo que las partes [en la posición original] deben suponer que todos tendrán en común a su *debido tiempo* " (pág. 543, énfasis añadido).

⁵⁴Añadido por la traductora para tener una mejor comprensión de la idea expresada.

Estas consideraciones son llevadas a mostrar la racionalidad, desde el punto de vista de las partes en la posición original, de la clasificación de la libertad sobre los bienes materiales, representada por la regla de prioridad.

El núcleo de este argumento parece ser que es racional para las partes en la posición original, ignorantes de su propios temperamentos y deseos y las condiciones de la sociedad de la que son miembros, imponer ésta restricción en sí mismos, prohibiendo realizar intercambios de libertad por otros bienes porque "eventualmente" o "en su momento", en el desarrollo de la sociedad, el deseo de libertad llegará a tener una mayor atracción para ellos. Pero no es obvio para mí por qué es racional para los hombres imponerse a sí mismos una restricción en contra de hacer algo que quizá quieran hacer en una determinada etapa en del desarrollo de su sociedad, porque en un escenario posterior ("eventualmente" o "en su momento") no querrían hacerlo. Parece no haber razón para que la cesión de las libertades políticas que los hombres pudieran querer hacer meramente por un incremento del bienestar material, lo que estaría prohibido por la regla de prioridad, debería ser permanente de manera que impida a los mismos hombres, cuando es alcanzado el bienestar material, restaurar las libertades si quisieran hacerlo, no es como si corrieran el riesgo, si no hubiera ninguna regla de prioridad, de permanentemente perder libertades que más tarde hubiesen deseado tener. Sin embargo creo que probablemente el argumento de Rawls, hace de nuevo uso de la idea de que bajo ciertas condiciones de incertidumbre, los seres racionales optarían por la alternativa cuya peor consecuencia sería menos perjudicial para los intereses propios que las peores consecuencias de otras

alternativas, tiene en realidad la forma siguiente. Dado que las partes en la posición original no conocen la etapa de desarrollo de su sociedad, al considerar la posibilidad de establecer un orden de prelación prohibiendo los intercambios de libertad por los bienes económicos, deben preguntarse cuál de las siguientes alternativas, A o B, es menos mala:

- A. Si no hay una regla de prioridad y se ha renunciado a las libertades políticas con el fin de obtener un aumento en la riqueza, la peor posición es la de un hombre deseoso de ejercer las libertades perdidas y al que no le importa la riqueza adicional que llevó a la renuncia.
- B. Si hay una regla de prioridad, la peor posición será la de una persona que vive en el nivel económico inferior de la sociedad, justo lo suficientemente próspero para poner la regla de prioridad en operación, y quien con mucho gusto renunciaría a las libertades políticas para obtener un mayor avance en la prosperidad material.

Creo que parte de la argumentación de Rawls es que para cualquier persona racional interesada en sí misma B es la mejor peor posición y por esa razón las partes en la posición original, lo elegiría. No estoy seguro de que éste sea el argumento de Rawls, pero si lo es, no me parece convincente. Pues a mí me parece que aquí de nuevo las partes en la posición original, ignorantes como son del carácter y la fuerza de sus deseos, no pueden dar ninguna respuesta determinada si preguntan cuál de las posiciones, A o B es entonces, en su condición de ignorancia, más elegible para sus intereses. Cuando el velo de

ignorancia es levantado hay quienes preferirán A a B y otros B a A.

Puede ser que un caso mejor a lo largo de la línea del argumento que acabamos de considerar podría ser sugerido para algunas de las libertades básicas, por ejemplo, la libertad religiosa, que para otras. Podría decirse que cualquier persona racional que entendió lo que es tener una fe religiosa, desearla así como practicarla estaría de acuerdo en que para cualquier persona ser impedida por la ley de practicar su religión debe ser peor que para un hombre relativamente pobre ser impedido de ganar un mayor desarrollo en bienes materiales a través de la cesión de una libertad religiosa que significó poco o nada para él. Pero incluso si esto es así, me parece que ninguna regla de prioridad *general* que prohíbe el intercambio, aunque sea por un periodo limitado, de alguna libertad básica que los hombres podrían desear hacer a fin de obtener un avance en la prosperidad material, puede ser apoyada por este argumento que yo he adscrito posiblemente por error, a Rawls.

Creo que el curso aparentemente dogmático del argumento de Rawls por la prioridad de la libertad puede ser explicado por el hecho de que, aunque él no lo está ofreciendo meramente como un ideal, él mantiene en mente, un ideal latente suyo con el que tácitamente empata cuando él representa la prioridad de la libertad como una elección que las partes en la posición original deben, en su propio interés, como agentes racionales, elegir desde detrás del velo de ignorancia. El ideal es que para un ciudadano [imbuido] de espíritu público que valora la actividad política y el servicio hacia los demás entre los bienes de vida principales, no podría contemplar como tolerable el intercambio de las

oportunidades para tal actividad por meros bienes materiales o satisfactores. Este ideal impregna poderosamente el libro de Rawls en muchos puntos los cuales no he podido discutir aquí. Está, por supuesto, entre los principales ideales del liberalismo, pero el argumento de Rawls por la prioridad de la libertad pretende descansar en intereses, no en ideales, y demostrar que la prioridad de la libertad general refleja una preferencia por la libertad sobre otros bienes que cada persona interesada en sí misma que es racional tendría. Aunque su argumento arroja mucha luz incidental sobre la relación entre la libertad y otros valores, no creo que tenga éxito al demostrar su prioridad.

BIBLIOGRAFÍA

- Coen, Joshua, entrevista con John Rawls, Letras Libres, febrero 2003.
- Locke, John, *The Second Treatise of Government and a letter concerning toleration*, Thrift Editons, Dover, 1823.
- Orrego, Cristóbal, “Antecedentes iusfilosóficos de El Concepto de Derecho de H.L.A. Hart”. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42708408>
- Páramo, Juan R. de, “Entrevista a H. L. A. Hart”, *Doxa*, núm. 5, 1988, p. 339.
- Rogers, Ben, “Detrás del Velo John Rawls y el resurgimiento del liberalismo”, *Linguafeatures*, Volumen 9, N° 5- Julio / Agosto 1999.
- “El debate Hart-Dworkin”, en Dworkin, Ronald, H.L.A. Hart. *La decisión judicial*, Estudio preliminar de Rodríguez César, Siglo del Hombre editores, facultad de Derecho de los Andes, 1997.
- *Oxford Dictionary of English*, Third edition, 2,112 pages, 978-0-19-957112-3| 19 August 2010.
- *The American Century Thesaurus*, ed. The Oxford University Press, 1996.

- *Webster's New Dictionary*, Geddes & Grosser Ltd., New Lanark, Scotland, 1990.
- Rawls, John, *Teoría de la justicia*, FCE, México DF, 2002.
- Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Paidós, Barcelona, 2002.
- Rawls, John, *Sobre las libertades*, Paidós/I.C.E.-U.A.B; Barcelona, 1996.
- Rawls, John, *Liberalismo político*, FCE, México DF, 1996.
- Oxford Clarendon Press, 1953.

Fuentes electrónicas:

- <http://www.letraslibres.com/revista/entrevista/john-rawls> Fecha de consulta: enero del 2014.
- www.iep.utm.edu/rawls/ Fecha de consulta: enero del 2014.
- <http://www.observacionesfilosoficas.net/rawls.htm> Fecha de consulta: abril del 2014.
- http://en.wikipedia.org/wiki/John_Rawls Fecha de consulta: junio del 2014.

- http://es.wikipedia.org/wiki/John_Rawls Fecha de consulta: junio del 2014.
- <http://www.wordreference.com/> Fecha de consulta: marzo del 2015.

ANEXO: Rawls on liberty and its priority.

the need to hedge one's bets in the original position, it becomes quite indeterminate what hedging one's bets requires, once one sees that the availability of highly nonegalitarian success has a different importance with respect to sets of needs and desires typical of different income groups.¹⁹

10 Rawls on Liberty and its Priority

H. L. A. HART*

1. *Introductory*

No book of political philosophy since I read the great classics of the subject has stirred my thoughts as deeply as John Rawls' *A Theory of Justice*. But I shall not in this article offer a general assessment of this important and most interesting work. I shall be concerned with only one of its themes, namely, Rawls' account of the relationship between justice and liberty, and in particular with his conception that justice requires that liberty may only be limited for the sake of liberty and not for the sake of other social and economic advantages. I have chosen this theme partly because of its obvious importance to lawyers who are, as it were, professionally concerned with limitations of liberty and with the justice or injustice of such limitations. I choose this theme also because this part of Rawls' book has not, I think, so far received in any of the vast number of articles on and reviews of the book which have been published, the detailed attention which it deserves. Yet, as Sidgwick found when he considered a somewhat similar doctrine ascribing priority to liberty over other values, such a conception of liberty, though undoubtedly striking a responsive chord in the heart of any liberal, has its baffling as well as its attractive aspect,¹ which becomes apparent when we consider,

tarian outcome as relevantly greater for the more utilitarian contract (cf. p. 160).

¹⁹ I am indebted to Richard Boyd, Gerald Dworkin, David Lyons, and Hilary Putnam for suggestions and criticisms that helped me in writing this essay.

* Research Fellow of University College, Oxford.

¹ H. Sidgwick, *The Methods of Ethics* (7th ed. 1907) Book III, Ch. V, § 4. 'I admit that it commends itself much to my mind. . . . But when I endeavour

as Rawls intends that we should, what the application of this doctrine would require in practice.

Part of what follows is concerned with a major question of interpretation of Rawls' doctrine and the rest is critical. But I am very conscious that I may have failed to keep constantly in view or in proper perspective all the arguments which Rawls, at different places in this long and complex work, concentrates on the points which I find unconvincing. I would not therefore be surprised if my interpretation could be corrected and my criticisms answered by some further explanation which the author could supply. Indeed I do not write to confute, but mainly in the hope that in some of the innumerable future editions of this book Rawls may be induced to add explanation of these points.

I hope that I can assume that by now the main features of Rawls' *A Theory of Justice* are familiar to most readers, but for those to whom it is not, the following is a minimum account required to make this article intelligible.

First, there is what Rawls terms the 'Main Idea'. This is the striking claim that principles of justice do not rest on mere intuition yet are not to be derived from utilitarian principles or any other teleological theory holding that there is some form of good to be sought and maximized. Instead, the principles of justice are to be conceived as those that free and rational persons concerned to further their own interests would agree should govern their forms of social life and institutions if they had to choose such principles from behind a 'veil of ignorance'—that is, in ignorance of their own abilities, of their psychological propensities and conception of the good, and of their status and position in society and the level of development of the society of which they are to be members. The position of these choosing parties is called 'the original position'. Many discussions of the validity of this Main Idea have already appeared and it will continue to be much debated by philosophers, but for the purposes of this article I shall assume that if it could be shown that the parties in the original position would choose the principles which Rawls identifies as principles of justice, that would be a strong argument in their favour. From the Main Idea Rawls makes a transition to a general form or 'general conception' of the principles that the parties in the original position would choose. This

to bring it into closer relation to the actual circumstances of human society it soon comes to wear a different aspect'.

general conception of justice is as follows:

All social values—liberty and opportunity, income and wealth, and the bases of self-respect—are to be distributed equally unless an unequal distribution of any, or all, of these values is to everyone's advantage [p. 62].

This general conception of justice, it should be observed, refers to the equal distribution of liberty but not to its maximization or extent. However, most of the book is concerned with a special interpretation of this general conception which refers both to the maximization and the equality of liberty. The principal features of this special conception of justice are as follows:

First Principle ['the principle of greatest equal liberty' (p. 124)]

Each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all.

Second Principle

Social and economic inequalities are to be arranged so that they are... to the greatest benefit of the least advantaged... [p. 302].²

To these two principles there are attached certain priority rules of which the most important is that liberty is given a priority over all other advantages, so that it may be restricted or unequally distributed only for the sake of liberty and not for any other form of social or economic advantage.

To this account there must be added two points specially relevant to this article. First, Rawls regards his two principles as established or justified not simply by the fact that they would be chosen, as he claims they would, by the parties in the original position, but also by the general harmony of these principles with ordinary 'considered judgments duly pruned and adjusted' (p. 20).³ The test of his theory, therefore, is in part whether the principles he identifies illuminate our ordinary judgments and help to reveal a basic structure and coherence underlying them.

² I have here omitted the provisions for a just savings principle and for equality of opportunity, which Rawls includes in this formulation of his second principle, since they are not relevant to the present discussion.

³ Rawls, in fact, speaks of a 'reflective equilibrium' between principles and ordinary judgments, since he envisages that where there are initial discrepancies between these we have a choice of modifying the conditions of the initial position in which principles are chosen or modifying in detail the judgments (pp. 20 ff.).

Secondly, it is an important and interesting feature of Rawls' theory that once the principles of justice have been chosen we come to understand what their implementation would require by imagining a four-stage process. Thus, we are to suppose that after the first stage, when the parties in the original position have chosen the principles of justice, they move to a constitutional convention. There, in accordance with the chosen principles, they choose a constitution and establish the basic rights or liberties of citizens. The third stage is that of legislation, where the justice of laws and policies is considered; enacted statutes, if they are to be just, must satisfy both the limits laid down in the constitution and the originally chosen principles of justice. The fourth and last stage is that of the application of rules by judges and other officials to particular cases.

11. *Liberty and Basic Liberties*

Throughout his book Rawls emphasizes the distinction between liberty and other social goods, and his principle of greatest equal liberty is, as I have said, accompanied—in his special conception of justice as distinct from his general conception—by a priority rule which assigns to liberty, or at least to certain forms of liberty institutionally defined and protected, a priority which forbids the restriction of liberty for the sake of other benefits: liberty is only to be restricted for the sake of liberty itself. In the general conception of justice there is no such priority rule and no requirement that liberty must be as extensive as possible, though it is to be equally distributed unless an unequal distribution of it is justified as being to everyone's advantage (p. 62). The special conception is to govern societies which have been developed to the point when, as Rawls says, 'the basic wants of individuals can be fulfilled' (p. 543) and social conditions allow 'the effective establishment of fundamental rights' (pp. 152, 542). If these favourable conditions do not obtain, equal liberty may be denied, if this is required to 'raise the level of civilization so that in due course these freedoms can be enjoyed' (p. 152).

I find it no easy matter, on some quite crucial points, to interpret Rawls' complex doctrine, and there is one initial question of interpretation which I discuss here at some length. But it is perhaps worth saying that to do justice to Rawls' principle of greatest equal liberty it is necessary to take into account not only

what he says when expressly formulating, expounding, and illustrating this principle, but also what he says about some other apparently separate issues—in particular, natural duties (pp. 114 ff., 333 ff.), obligations arising from the principle of fairness (pp. 108 ff.), permissions (pp. 116 ff.), and the common good or common interest (pp. 97, 213, 246), for these may apparently supplement the rather exiguous provision for restrictions on liberty which are all that, at first sight, his principle of greatest equal liberty seems to allow.

The initial question of interpretation arises from the following circumstances. Rawls in his book often refers in broad terms to his first principle of justice as 'the principle of greatest equal liberty' (e.g., p. 124), and in similarly broad terms to its associated priority rule as the rule that 'liberty can be restricted only for the sake of liberty' (pp. 250, 302). These references to liberty in quite general terms, and also Rawls' previous formulation in his articles of this first principle as the principle that everyone has 'an equal right to the most extensive liberty compatible with a like liberty for all',⁴ suggest that his doctrine is similar to that criticized by Sidgwick.⁵ It is probable that Sidgwick had chiefly in mind a formulation of a principle of greatest equal liberty urged by Herbert Spencer in his long forgotten *Social Statistics*.⁶ This was effectively criticized by Sidgwick as failing to account for some of the most obvious restrictions on liberty required to protect individuals from harms other than constraint or deprivation of liberty, and indeed as forbidding the institution of private property, since to own anything privately is to have liberty to use it in ways denied to others. Spencer attempted to get out of this difficulty (or rather outside it) by simply swallowing it, and reached the conclusion that, at least in the case of land, only

⁴ Rawls, 'Justice as Fairness', *Philosophical Review* (1958), Vol. 67, pp. 164, 165; see Rawls, 'The Sense of Justice', *Philosophical Review* (1963), Vol. 72; J. Rawls, 'Distributive Justice', in *Politics, Philosophy and Society* (3rd Series, Oxford, 1967). This formulation in these articles should not be confused with the formulation of the 'general conception' of justice in the book. See pp. 3 ff.

⁵ H. Sidgwick, *supra* note 1, Book III, Ch. V., §§ 4–5 and Ch. XI, § 5.

⁶ See H. Spencer, *Social Statistics* (1850). Criticisms of Spencer's theory in terms very similar to Sidgwick's criticisms were made by F. W. Maitland in 1 *Collected Papers* 247 (H. Fisher ed. 1911). Maitland treated Spencer's doctrine of equal liberty as virtually identical with Kant's notion of mutual freedom under universal law expounded in the latter's *Rechtslehre*. I am grateful to Professor B. J. Diggs for pointing out to me important differences between Rawls' doctrine of liberty and Kant's conception of mutual freedom under universal law.

property held in common by a community would be consistent with 'equal liberty'⁷ and hence legitimate. Rawls in his book simply lists without argument the right to hold personal property, but not property in the means of production, as one of the basic liberties (p. 61), though, as I shall argue later, he does this at some cost to the coherence of his theory.

Rawls' previous formulation of his general principle of greatest equal liberty—'everyone has an equal right to the most extensive liberty compatible with the like liberty for all'—was then very similar to the doctrine criticized by Sidgwick. But Rawls' explicit formulation of it in his book is no longer in these general terms. It refers not to 'liberty' but to basic or fundamental *liberties*, which are understood to be legally recognized and protected from interference. This, with its priority rule, as finally formulated, now runs as follows:

Each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all. . . .

[L]iberty can be restricted only for the sake of liberty. There are two cases: (a) a less extensive liberty must strengthen the total system of liberty shared by all; (b) a less than equal liberty must be acceptable to those with the lesser liberty [p. 302].

Even to this, however, for complete accuracy a gloss on the last sentence is needed because Rawls also insists that 'acceptable to those with the lesser liberty' means not acceptable just on any grounds, but only acceptable because affording a greater protection of their other liberties (p. 233).

The basic liberties to which Rawls' principle thus refers are identified by the parties in the original position⁸ from behind the veil of ignorance as essential for the pursuit of their ends, whatever those ends turn out to be, and so as determining the form of their society. Not surprisingly, therefore, the basic liberties are rather few in number and Rawls gives a short list of them which he describes in the index as an 'enumeration' (p. 540), though he warns us that these are what they are only 'roughly speaking' (p. 61). They comprise political liberty, that is, the right to vote and be eligible for public office, freedom of speech and of

⁷ H. Spencer, *supra* note 6.

⁸ E.g., 'equal liberty of conscience is the only principle that parties in the original position can acknowledge' (p. 207).

assembly; liberty of conscience and freedom of thought; freedom of the person, along with the right to hold personal property; and freedom from arbitrary arrest and seizure.

Now the question of interpretation is whether Rawls' change of language from a principle of greatest equal liberty couched in quite general terms ('everyone has an equal right to the most extensive liberty'), to one referring only to specific basic liberties, indicates a change in his theory. Is the principle of liberty in the book still this quite general principle so that under the priority rule now attached to it no form of liberty may be restricted except for the sake of liberty? It is difficult to be sure but my own view on this important point is that Rawls no longer holds the quite general theory which appeared in his articles perhaps because he had met the difficulties pointed out by Sidgwick and others. There are, I think, several indications, besides the striking change in language, that Rawls' principle is now limited to the list of basic liberties allowing of course for his statement that the actual list he gives is only rough. The first indication is the fact that Rawls does not find it necessary to reconcile the admission of private property as a liberty with any general principle of maximum equal liberty, or of 'an equal right to the most extensive liberty', and he avoids the difficulties found in Herbert Spencer's doctrine by giving a new sense to the requirement that the right to hold property must be equal. This sense of equality turns on Rawls' distinction between liberty and the value or worth of liberty (pp. 204, 225 ff.). Rawls does not require, except in the case of the *political liberties* (the right to participate in government and freedom of speech), that basic liberties be equal in value, or substantially equal, so he does not require, in admitting the right to property as a basic equal liberty, either that property should be held in common so that everyone can enjoy the same property or that separately owned property should be equal in amount. That would be to insist that the value of the right to property should be equal. What is required is the merely formal condition that the *rules* (pp. 63-4) governing the acquisition, disposition, and scope of property rights should be the same for all. Rawls' reply to the familiar Marxist criticism that in this case we shall have to say that the beggar and the millionaire have equal property rights would be to admit the charge, but to point out that, in his system, the unequal value of these equal property rights would be cut down to the point where inequality would be justified by the working

of the difference principle, according to which economic inequalities are justified only if they are for the benefit of the least advantaged (p. 204).

The second indication that Rawls' principle of greatest equal liberty and its priority rule 'liberty can be restricted only for the sake of liberty' (p. 302) is now limited to the basic liberties is his careful and repeated explanation that, though the right to hold property is for him a 'liberty', the choice between private capitalism and state ownership of the means of production is left quite open by the principles of justice (pp. 66, 273-4). Whether or not the means of production are to be privately owned is something which a society must decide in the light of the knowledge of its actual circumstances and the demands of social and economic efficiency. But, of course, a decision to limit private ownership to consumer goods made on such grounds would result in a less extensive form of liberty than would obtain if private ownership could be exercised over all forms of property. Rawls' admission of this restriction as allowable so far as justice is concerned would be a glaring inconsistency if he was still advancing the general principle that there must be 'an equal right to the most extensive liberty', for that, under the priority rule, would entail that *no form* of liberty may be narrowed or limited for the sake of economic benefits, but only for the sake of liberty itself.

These considerations support very strongly the interpretation that Rawls' principle of greatest equal liberty, as it is developed in this book, is concerned only with the enumerated basic liberties, though of course these are specified by him only in broad terms. But I confess that there are also difficulties in this interpretation which suggest that Rawls has not eliminated altogether the earlier general doctrine of liberty, even though that earlier doctrine is not, as I have explained above, really consistent with Rawls' treatment of the admissible limitations of the right of property. For it seems obvious that there are important forms of liberty—sexual freedom and the liberty to use alcohol or drugs among them—which apparently do not fall within any of the roughly described basic liberties;⁹ yet it would be very

⁹ It has been suggested to me that Rawls would regard these freedoms as basic liberties falling under his broad category of liberty of conscience, which is concerned not only with religious but with moral freedom. But Rawls' discussion of this (pp. 205 ff.) seems to envisage only a man's freedom to fulfil moral obligations as he interprets them, and sexual freedom would therefore only fall under this category for those to whom the promptings of

surprising if principles of justice were silent about their restriction. Since John Stuart Mills' essay *On Liberty*, such liberties have been the storm centre of discussions of the proper scope of the criminal law and other forms of social coercion, and there is, in fact, just one passage in this book from which it is clear that Rawls thinks that his principles of justice are not silent as to the justice of restricting such liberties (p. 331). For in arguing against the view that certain forms of sexual relationship should be prohibited simply as degrading or shameful, and so as falling short of some 'perfectionist' ideal, Rawls says that we should rely not on such perfectionist criteria but on the principles of justice and that according to these no reasonable case for restriction can be made out.

There is much that I do not understand in this short passage. Rawls says here that justice requires us to show, before restricting such modes of conduct, either that they interfere with the basic liberties of others or that 'they violate some natural duty or some obligation'. This seems an unexplained departure from the strict line so often emphasized in the case of basic liberties, that liberty may be restricted only for the sake of liberty. Is there then a secondary set of principles for nonbasic liberties? This solution would have its own difficulties. The natural duties to which Rawls refers here, and the principle from which obligations, such as the obligation to keep a promise, derive, are, according to Rawls, standards of conduct for *individuals* which the parties in the original position have gone on to choose after they have chosen the principles of justice as standards for *institutions*, which I take it include the law. If liberty may be restricted to prevent violation of any such natural duties or obligations, this may rather severely narrow the area of liberty, for the natural duties include the duty to assist others when this can be done at small cost and the duty to show respect and courtesy, as well as duties to support just institutions, not to harm the innocent, and not to cause unnecessary suffering. Further, since the parties in the original position are said to choose the principles of justice as standards for institutions

passion presented themselves as calls of moral duty. Others have suggested that these freedoms would fall under Rawls' category of freedom of the person; but this seems most unlikely to me in view of his collocation of it with property ('freedom of the person along with the right to hold personal property'). It is to be noted also that sexual freedom is spoken of as a 'mode of conduct' (p. 331) and the possibility of its interference with 'basic liberties' (not 'other' basic liberties) is mentioned.

before they choose the natural duties for individuals, it is not clear how the former can incorporate the latter, as Rawls suggests they do when he says that principles of justice require us to show, before we restrict conduct, that it violates either basic liberties or natural duties or obligations.

I hope that I have not made too much of what is a mere passing reference by Rawls to liberties which do not appear to fall within his categories of basic liberties, but have been at the centre of some famous discussions of freedom. I cannot, however, from this book see quite how Rawls would resolve the difficulties I have mentioned, and I raise below the related question whether liberties which are plainly 'basic' may also be restricted if their exercise involves violation of natural duties or obligations.

III. Limiting Liberty for the Sake of Liberty

I turn now to consider the principle that basic liberties may be limited only for the sake of liberty. Rawls expresses this principle in several different ways. He says that basic liberties may be restricted or unequally distributed only for the sake of a greater 'system of liberty as a whole' (p. 203); that the restriction must yield 'a greater equal liberty' (p. 229) or 'the best total system of equal liberty' (p. 203) or 'strengthen' that system (p. 250) or be 'a gain for . . . freedom on balance' (p. 244).

What, then, is to limit liberty for the sake of liberty? Rawls gives a number of examples which his principle would permit. The simplest case is the introduction of rules of order in debate (p. 203), which restrict the liberty to speak when we please. Without this restriction the liberty to say and advocate what we please would be grossly hampered and made less valuable to us. As Rawls says, such rules are necessary for 'profitable' (p. 203) discussion, and plainly when such rules are introduced a balance is struck and the liberty judged less important or less valuable is subordinated to the other. In this very simple case there seems to be a quite obvious answer to the question as to which of the two liberties here conflicting is more valuable since, whatever ends we are pursuing in debate, the liberty to communicate our thought in speech must contribute more to their advancement than the liberty to interrupt communication. It seems to me, however misleading, to describe even the resolution of the conflicting liberties in this very simple case as yielding a 'greater'

or 'stronger' total system of liberty, for these phrases suggest that no values other than liberty and dimensions of it, like extent, size, or strength, are involved. Plainly what such rules of debate help to secure is not a *greater* or more extensive liberty, but a liberty to do something which is more valuable for any rational person than the activities forbidden by the rules, or, as Rawls himself says, something more 'profitable'. So some criterion of the value of different liberties must be involved in the resolution of conflicts between them; yet Rawls speaks as if the system 'of basic liberties' were self-contained, and conflicts within it were adjusted without appeal to any other value besides liberty and its extent.

In some cases, it is true, Rawls' conception of a greater or more extensive liberty resulting from a more satisfactory resolution of conflicts between liberties may have application. One fairly clear example is provided by Rawls when he says that the principle of limiting liberty only for the sake of liberty would allow conscription for military service in a war genuinely undertaken to defend free institutions either at home or abroad (p. 350). In that case it might plausibly be said that only the quantum or extent of liberty was at stake; the temporary restriction of liberty involved in military conscription might be allowed to prevent or remove much greater inroads on liberty. Similarly, the restriction imposed in the name of public order and security, to which Rawls often refers (pp. 97, 212-13), may be justified simply, as hindering greater or more extensive hindrances to liberty of action. But there certainly are important cases of conflict between basic liberties where, as in the simple rules of debate case, the resolution of conflict must involve consideration of the relative value of different modes of conduct, and not merely the extent or amount of freedom. One such conflict, which, according to Rawls' four-stage sequence, will have to be settled at a stage analogous to a constitutional convention, is the conflict between freedom of speech and of the person, and freedom to participate in government through a democratically elected legislature (pp. 228-30). Rawls discusses this conflict on the footing that the freedom to participate in government is to be considered as restricted if there is a Bill of Rights protecting the individual's freedom of speech or of the person from regulation by an ordinary majority vote of the legislature. He says that the kind of argument to support such a restriction, which his principles of justice require, is 'a justification which appeals

only to a greater equal liberty' (p. 229). He admits that different opinions about the value of the conflicting liberties will affect the way in which different persons view this conflict. Nonetheless, he insists that to arrive at a just resolution of the conflict we must try to find the point at which 'the danger to liberty from the marginal loss in control over those holding political power just balances the security of liberty gained by the greater use of constitutional devices' (p. 230). I cannot myself understand, however, how such weighing or striking of a balance is conceivable if the only appeal is, as Rawls says, to 'a greater liberty'.

These difficulties in the notion of a greater total liberty, or system of liberty, resulting from the just resolution of conflict between liberties, are made more acute for me by Rawls' description of the point of view from which he says all such conflicts between liberties are to be settled—whether they occur at the constitution making stage of the four-stage sequence, as in the case last considered, or at the stage of legislation in relation to other matters.

Rawls says that when liberties conflict the adjustment which is to secure 'the best total system' is to be settled from the standpoint of 'the representative equal citizen', and we are to ask which adjustment 'it would be rational for him to prefer' (p. 204). This, he says, involves the application of the principle of the common interest or common good which selects those conditions which are necessary for 'all to equally further their aims' or which will 'advance shared ends' (p. 97). It is, of course, easy to see that very simple conflicts between liberties, such as the debating rules case, may intelligibly be said to be settled by reference to this point of view. For in such simple cases it is certainly arguable that, whatever ends a man may have, he will see as a rational being that the restrictions are required if he is to pursue his ends successfully, and this can be expressed in terms of 'the common good' on the footing that such restrictions are necessary for all alike. But it would be quite wrong to generalize from this simple case; other conflicts between basic liberties will be such that different resolutions of the conflict will correspond to the interests of different people who will diverge over the relative value they set on the conflicting liberties. In such cases, there will be no resolution which will be uniquely selected by reference to the common good. So, in the constitutional case discussed above, it seems difficult to understand how the conflict can be resolved by reference to the representative

equal citizen, and without appeal to utilitarian considerations or to some conception of what all individuals are morally entitled to have as a matter of human dignity or moral right. In particular, the general strategy which Rawls ascribes to the parties in the original position of choosing the alternative that yields the best worst position is no help except in obvious cases like the debating rules case. There, of course, it can be argued that it is better to be restricted by reasonable rules than to be exposed to unregulated interruption, so that it is rational to trade off the liberty to speak when you please for the more valuable benefit of being able to communicate more or less effectively what you please. Or, to put the same exceedingly simple point in the 'maximin' terms which Rawls often illuminatingly uses, the worst position under the rule (being restrained from interruption but given time to speak free from interruption) is better than the worst position without the rule (being constantly exposed to interruption though free to interrupt).

Such simple cases, indeed, exist where it can be said that all 'equal citizens', however divergent their individual tastes or desires, would, if rational, prefer one alternative where liberties conflict. But I do not understand how the notion of the rational preference of the representative equal citizen can assist in the resolution of conflicts where reasonable men may differ as to the value of conflicting liberties, and there is no obviously best worst position which a rational man would prefer. It is true that at the stages in the four-stage sequence where such conflicts have to be resolved there is no veil of ignorance to prevent those who have to take decisions knowing what proportions of the population favour which alternatives. But I do not think Rawls would regard such knowledge as relevant in arguments about what it would be rational for the representative equal citizen to prefer; for it would only be relevant if we conceive that this representative figure in some way reflects (perhaps in the relative strength or intensity of his conflicting desires) the distribution of different preferences in the population. This, however, would be virtually equivalent to a utilitarian criterion and one that I am sure is far from Rawls' thoughts. I would stress here that I am not complaining that Rawls' invocation of 'the rational preference of the representative equal citizen' fails to provide a decision procedure yielding a determinate answer in all cases. Rather, I do not understand, except in the very simple cases, what sort of argument is to be used to show what the representative's rational

preference would be and in what sense it results in 'a greater liberty'.

Of course, it is open to Rawls to say, as he does, that arguments concerning the representative's rational preference will often be equally balanced, and in such cases justice will be indeterminate. But I do not think that he can mean justice is to be indeterminate whenever different people value alternatives differently. Indeed, he is quite clear that, in spite of such difference in valuation, justice does require that there be some constitutional protections for individual freedom, though these will limit the freedom to participate in government;¹⁰ the only indeterminacy he contemplates here is as to the particular form of constitutional protection to be selected from a range of alternatives all of which may be permitted by principles of justice. Yet, if opinion is divided on the main issue (that is, whether there should be any or no restrictions on legislative power to protect individual freedom), I do not understand what sort of argument it is that is supposed to show that the representative equal citizen would prefer an affirmative answer on this main issue as securing 'the greater liberty'.

This difficulty still plagues me even in relatively minor cases where one might well accept a conclusion that principles of justice are indeterminate. Thus, suppose the legislator has to determine the scope of the rights of exclusion comprised in the private ownership of land, which is for Rawls a basic liberty,¹¹ when this basic liberty conflicts with others. Some people may prefer freedom of movement not to be limited by the rights of landowners supported by laws about trespass; others, whether they are landowners or not, may prefer that there be some limitations. If justice is indeterminate in this minor case of conflicting

¹⁰ 'The liberties of equal citizenship must be incorporated into and protected by the constitution' (p. 197). 'If a bill of rights guaranteeing liberty of conscience and freedom of thought and assembly would be effective then it should be adopted' (p. 231).

¹¹ It has been suggested to me by Mr. Michael Lesnoff that Rawls might not consider the private ownership of land to be a basic liberty since, as noted above, justice according to Rawls leaves open the question whether there is to be private ownership of the means of production. I am not, however, clear what is included in the scope of the basic liberty which Rawls described as 'the right to hold [personal] property' (p. 61). Would it comprise ownership or (in a socialized economy) a tenancy from the state in land to be used as a garden? If not, the example in the text might be changed to that of a conflict between pedestrians' freedom of movement and the rights of automobiles.

liberties, then no doubt we would fall back on what Rawls terms procedural justice, and accept the majority vote of a legislature operating under a just constitution and a fair procedure, even if we cannot say of the outcome that it is in itself a just one. But, presumably, in considering what measures to promote and how to vote, the legislators must, since this is a case, though a minor one, of conflicting basic liberties, begin by asking which of the alternatives a representative equal citizen would, if rational, prefer, even if they are doomed to discover that this question has no determinate answer. But indeterminacy and unintelligibility are different things, and it is the intelligibility of the question with which I am concerned. What do the legislators mean in such cases when they ask which alternative it would be rational for the representative equal citizen to prefer as securing the greater liberty, when they know that some men may value privacy of property more than freedom of movement, and others not? If the question is rephrased, as Rawls says it can be, as a question involving the principle of the common good, then it will presumably appear as the question which alternative will in the long run most advance the good of all, or ends that all share. This might be an answerable question in principle if it could be taken simply as the question which alternative is likely most to advance everyone's general welfare, where this is taken to include economic and other advantages besides liberty. If, for example, it could be shown that unrestricted freedom of movement over land would tend to reduce everyone's food supply, whereas no bad consequences likely to affect everyone would result from the other alternative, then the conflict should be resolved in favour of restriction of movement. But this interpretation of the question in terms of welfare seems ruled out by the principle that liberty may only be limited for the sake of liberty, and not for social or economic advantages. So, I think, that the conception of the rational choice of the representative equal citizen needs further clarification.

IV. *Limiting Liberty to Prevent Harm or Suffering*

I now turn to the question whether the principle of limiting liberty only for the sake of liberty provides adequately for restrictions on conduct which causes pain or unhappiness to others otherwise than by constraining liberty of action. Such

harmful conduct in some cases would be an exercise of the basic liberties, such as freedom of speech, for example, or the use of property, though in other cases it may be the exercise of a liberty not classed by Rawls as basic. It would be extraordinary if principles of justice which Rawls claims are in general in harmony with ordinary considered judgments were actually to exclude (because they limited liberty otherwise than for the sake of liberty) laws restraining libel or slander, or publications grossly infringing privacy, or restrictions on the use of private property (e.g. automobiles) designed to protect the environment and general social amenities. These restrictions on the basic liberties of speech and private property are commonly accepted as trade-offs not of liberty for liberty, but of liberty for protection from harm or loss of amenities or other elements of real utility.

There are two ways in which perhaps Rawls' principles can at least partly fill this gap.¹² In some cases more plausibly than others he might argue that an unrestricted liberty to inflict what we call harm or suffering on others would in fact restrict the victim's liberty of action in either or both of two ways. The physical injury inflicted might actually impair the capacity for action, or the knowledge that such harmful actions were not prohibited might create conditions of apprehension and uncertainty among potential victims which would grossly inhibit their actions. But such arguments seem quite unplausible except in cases of conduct inflicting serious physical harm on individuals, and even there, when such restrictions are accepted as a reasonable sacrifice of liberty, it seems clear that if pain and suffering and distress were not given a weight independent of the tendency of harmful conduct to inhibit the victim's actions or incapacitate him from action, the balance would often, in fact, not be struck as it is.

It is, however, necessary at this point again to take into

¹² Professor Dworkin and Mr. Michael Lesnoff have suggested to me that what I describe here as a 'gap' may not in fact exist, since Rawls' basic liberties may be conceived by him as limited *ab initio* so that they do not include the liberty to act in a way damaging to the interests or liberties of others. But though it is certainly consistent with much of Rawls' discussion of basic liberties to treat his admittedly rough description of them as simply indicating areas of conduct within which the parties in the original position identify specific rights *after* resolving conflicts between the several liberties and the interests or liberties of others, this does not fit with Rawls' account of the basic liberties as liable to conflict, nor with his account of the conflicts as resolved not by the parties in the original position but by constitutional convention or body of legislators adopting the point of view of the representative equal citizen.

account those natural duties which are standards of individual conduct, as distinct from principles of justice, which are standards for institutions. These duties include the duty not to harm others or cause 'unnecessary suffering' and also the duty to come to the assistance of others. In discussing the acceptance of such duties by the parties in the original position, Rawls represents them as calculating that the burdens of such duties will be outweighed by the benefits (p. 388); so natural duties represent cases where, like the simple rules of debate case, the best worst position for all rational men can be identified, and in these cases even from behind the veil of ignorance. Even there it will appear to the parties as rational self-interested persons that it is, for example, better to be restrained from practising cruelty to others while protected from them than to be exposed to others' cruelty while free to practise it, and better to have to provide modest assistance to others in need than never to be able to rely on such assistance being forthcoming. So it is plain that these natural duties might fill part of the gap left open by the principle that liberty may only be limited for the sake of liberty, if Rawls means (though he does not explicitly say it) that even the basic liberties may be restricted if their exercise would infringe any natural duty. But again, these natural duties chosen from behind the veil of ignorance would only account for very obvious cases where the benefits of the restrictions would, for all rational men, plainly outweigh the burdens. This will not help where divergent choices could reasonably be made by different individuals in the light of their different interests, and it seems to me that this will very often be the case. Some persons, given their general temperament, might reasonably prefer to be free to libel others or to invade their privacy, or to make use of their own property in whatever style they like, and might gladly take the risk of being exposed to these practices on the part of others and to the consequences of such practices for themselves and the general social and physical environment. Other persons would not pay this price for unrestricted liberty in these matters, since, given their temperament, they would value the protections afforded by the restrictions higher than the unrestricted liberty. In such cases restrictions on the basic liberties of speech or private property cannot be represented as a matter of natural duty on the footing that rational men, whatever their particular temperament, would opt for the restrictions just as they might opt for general restrictions on killing or the use of violence.

Of course, it is certainly to be remembered that justice for Rawls does not exhaust morality; there are, as he tells us, requirements, indeed duties, in relation to animals and even in relation to the rest of nature which are outside the scope of a theory of justice as a theory of what is owed to rational individuals (p. 512). But even if there are such moral duties, regarding even rational beings, I do not think that Rawls would consider them as supplementing principles of justice which apply to institutions. I take it, therefore, that restrictions on the basic liberties excluded by the principles of justice because they are not restrictions of liberty for the sake of liberty could not be independently supported as just by appeal to other principles of morality. The point here is not that Rawlsian justice will be shown to be indeterminate at certain points as to the propriety of certain restrictions on liberty; it is, on the contrary, all too determinate since they seem to exclude such restrictions as actually unjust because they do not limit liberty only for the sake of liberty. I take it Rawls would not wish to meet this point by simply adding to his principles of justice a further supplement permitting liberty to be restricted if its exercise violated not only the natural duties but any requirements of morality, for this would, it seems to me, run counter to the general liberal tenor of his theory.

V. The Choice of Basic Liberties

I think the most important general point which emerges from these separate criticisms is as follows. Any scheme providing for the general distribution in society of liberty of action necessarily does two things: first, it confers on individuals the advantage of that liberty, but secondly, it exposes them to whatever disadvantages the practices of that liberty by others may entail for them. These disadvantages include not only the case on which Rawls concentrates, namely interference with another individual's basic liberties, but also the various forms of harm, pain, and suffering against which legal systems usually provide by restrictive rules. Such harm may also include the destruction of forms of social life or amenities which otherwise would have been available to the individual. So whether or not it is in any man's interest to choose that any specific liberty should be generally distributed depends on whether the advantages for him of the exercise of that liberty outweigh the various disadvantages for

him of its general practice by others. I do not think Rawls recognizes this adequately in his discussion of conflicting liberties and his theory of natural duties. His recognition is inadequate, I think, because his doctrine insists that liberty can only be limited for the sake of liberty, and that when we resolve conflicts we must be concerned only with the extent or amount of liberty. This conceals the character of the advantages and disadvantages of different sorts which must be involved in the resolution of such conflicts; and his doctrine also leads him to misrepresent the character of all except those most simple conflicts between liberty and other benefits which are resolved by the parties in the original position when they choose the natural duties. Throughout, I think, Rawls fails to recognize sufficiently that a weighing of advantage and disadvantage must always be required to determine whether the general distribution of any specific liberty is in a man's interest, since the exercise of that liberty by others may outweigh the advantages to him of his own exercise of it. A rather startling sign that this is ignored appears in Rawls' remark that 'from the standpoint of the original position, it is rational' for men to want as large a share as possible of liberty, since 'they are not compelled to accept more if they do not wish to, nor does a person suffer from a greater liberty' (p. 143). This I find misleading because it seems to miss the vital point that, whatever advantage for any individual there may be in the exercise of some liberty taken in itself, this may be outweighed by the disadvantages for him involved in the general distribution of that liberty in the society of which he is a member.

The detailed criticisms which I have made so far concern the *application* of Rawls' principle of greatest equal liberty. But the general point made in the last paragraph, if it is valid, affects not merely the application of the principles of justice once they have been chosen but also the argument which is designed to show that the parties would in the conditions of the original position, as rational self-interested persons, choose the basic liberties which Rawls enumerates. Even if we assume with Rawls that every rational person would prefer as much liberty as he can get if no price is to be paid for it, so that in that sense it is true that no one 'suffers from a greater liberty', it does not follow that a liberty which can only be obtained by an individual at the price of its general distribution through society is one that a rational person would still want. Of course, Rawls' natural duties represent some obvious cases where it can fairly

be said that any rational person would prefer certain restrictions to a generalized liberty. In other, less simple cases, whether it would be rational to prefer liberty at the cost of others having it too must depend on one's temperament and desires. But these are hidden from the parties in the original position and, this being so, I do not understand how they can make a rational decision, in terms of self-interest, to have the various liberties at the cost of their general distribution. Opting for the most extensive liberty for all cannot, I think, be presented as always being the best insurance against the worst in conditions of uncertainty about one's own temperament and desires.

VI. *The Argument for the Priority of Liberty*

I will end by explaining a difficulty which I find in the main argument which Rawls uses to show that the priority of liberty prohibiting exchanges of liberty for economic or other social advantages must be included among the requirements of justice. According to Rawls' theory, the rational, self-interested parties in the original position choose this priority from behind the veil of ignorance as part of the special conception of justice, but they choose it on the footing that the rule is not to come into play unless or until certain favourable social and economic conditions have actually been reached in the society of which they will be members. These favourable conditions are identified as those which allow the effective establishment and exercise of the basic liberties (p. 152), and when basic wants can be fulfilled (pp. 542-3). Until this point is reached the general conception of justice is to govern the society, and men may give up liberties for social and economic gains if they wish.

I do not think that Rawls conceives of the conditions which bring the priority rule into play as a stage of great prosperity.¹⁵

¹⁵ It is plain that under this identification the conditions for the application of the special conception of justice may be reached at very different levels of material prosperity in different societies. Thus, in a small agrarian society or in a society long used to hard conditions, men might be capable of establishing and exercising political liberties at a much lower standard of living than would be possible for inhabitants of a large, modern industrial society. But in view of the fact that Rawls describes the relevant stage as one where conditions merely 'allow' or 'admit' the effective establishment and realization of basic liberties, it is not clear to me whether he would consider the special conception of justice applicable to a very wealthy society where, owing to the unequal distribution of wealth, poverty prevented considerable

At any rate, it is quite clear that when this stage is reached there may still be in any society people who want more material goods and would be willing to surrender some of their basic liberties to get them. If material prosperity at this stage were so great that there could then be no such people, the priority rule then brought into operation could not function as a prohibitory rule, for there would be nothing for it to rule out. As Rawls says, we need not think of the surrender of liberties which men might still be willing to make for greater economic welfare in very extreme terms, such as the adoption of slavery (p. 61). It might be merely that some men, perhaps a majority, perhaps even all, in a society might wish to surrender certain political rights the exercise of which does not appear to them to bring great benefits, and would be willing to let government be carried on in some authoritarian form if there were good reasons for believing that this would bring a great advance in material prosperity. It is this kind of exchange which men might wish to make that the priority rule forbids once a society has reached the quite modest stage where the basic liberties can be effectively established and the basic wants satisfied.

Why then should this restrictive priority rule be accepted as among the requirements of justice? Rawls' main answer seems to be that, as the conditions of civilization improve, a point will be reached when *from the standpoint of the original position*, 'it becomes and then remains . . . irrational to acknowledge a lesser liberty for the sake of greater material means . . .' because 'as the general level of well-being rises, only the less urgent material wants remain' (p. 542) to be satisfied and men come increasingly to prize liberty. 'The fundamental interest in determining our plan of life *eventually* assumes a prior place' and 'the desire for liberty is the chief regulative interest that the parties [in the original position] must suppose they all will have in common *in due course*' (p. 543, emphasis added). These considerations are taken to show the rationality, from the standpoint of the parties in the original position, of ranking liberty over material goods, represented by the priority rule.

The core of this argument seems to be that it is rational for the parties in the original position, ignorant as they are of their own temperaments and desires and the conditions of the society

numbers from actually exercising the basic liberties. Would it be unjust for the poor in such a society to support an authoritarian form of government to advance their material conditions?

of which they are to be members, to impose this restriction on themselves prohibiting exchanges of liberty for other goods because 'eventually' or 'in due course' in the development of that society the desire for liberty will actually come to have a greater attraction for them. But it is not obvious to me why it is rational for men to impose on themselves a restriction against doing something they may want to do at some stage in the development of their society because at a later stage ('eventually' or 'in due course') they would not want to do it. There seems no reason why a surrender of political liberties which men might want to make purely for a large increase in material welfare, which would be forbidden by the priority rule, should be permanent so as to prevent men, when great affluence is reached, restoring the liberties if they wished to do so; it is not as if men would run the risk, if there were no priority rule, of permanently losing liberties which later they might wish to have. I think, however, that probably Rawls' argument is really of the following form, which makes use again of the idea that under certain conditions of uncertainty rational beings would opt for the alternative whose worst consequences would be least damaging to one's interests than the worst consequences of other alternatives. Since the parties in the original position do not know the stage of development of their society, they must, in considering whether to institute a priority rule prohibiting exchanges of liberty for economic goods, ask themselves which of the following alternatives, A or B, is least bad:

- A. If there is no priority rule and political liberties have been surrendered in order to gain an increase in wealth, the worst position is that of a man anxious to exercise the lost liberties and who cares nothing for the extra wealth brought him by surrender.
- B. If there is a priority rule, the worst position will be that of a person living at the bottom economic level of society, just prosperous enough to bring the priority rule into operation, and who would gladly surrender the political liberties for a greater advance in material prosperity.

It must, I think, be part of Rawls' argument that for any rational self-interested person B is the best worst position and for that reason the parties in the original position would choose it. I am not sure that this is Rawls' argument, but if it is, I do not find it

convincing. For it seems to me that here again the parties in the original position, ignorant as they are of the character and strength of their desires, just cannot give any determinate answer if they ask which of the positions, A or B, it is then, in their condition of ignorance, most in their interests to choose. When the veil of ignorance is lifted some will prefer A to B and others B to A.

It may be that a better case along the line of argument just considered could be made out for some of the basic liberties, for example, religious freedom, than for others. It might be said that any rational person who understood what it is to have a religious faith and to wish and practise it would agree that for any such person to be prevented by law from practising his religion must be worse than for a relatively poor man to be prevented from gaining a great advance in material goods through the surrender of a religious liberty which meant little or nothing to him. But even if this is so, it seems to me that no *general* priority rule forbidding the exchange, even for a limited period, of any basic liberty which men might wish to make in order to gain an advance in material prosperity, can be supported by this argument which I have ascribed, possibly mistakenly, to Rawls.

I think the apparently dogmatic course of Rawls' argument for the priority of liberty may be explained by the fact that, though he is not offering it merely as an ideal, he does harbour a latent ideal of his own, on which he tacitly draws when he represents the priority of liberty as a choice which the parties in the original position must, in their own interest, make as rational agents choosing from behind the veil of ignorance. The ideal is that of a public-spirited citizen who prizes political activity and service to others as among the chief goods of life and could not contemplate as tolerable an exchange of the opportunities for such activity for mere material goods or contentment. This ideal powerfully impregnates Rawls' book at many points which I have been unable to discuss here. It is, of course, among the chief ideals of Liberalism, but Rawls' argument for the priority of liberty purports to rest on interests, not on ideals, and to demonstrate that the general priority of liberty reflects a preference for liberty over other goods which every self-interested person who is rational would have. Though his argument throws much incidental light on the relationship between liberty and other values, I do not think that it succeeds in demonstrating its priority.

11 Equal Liberty and Unequal Worth of Liberty

NORMAN DANIELS*

I

Liberal political theory has traditionally attempted to provide a two-fold justification. On the one hand, liberal theorists have argued for the equality of various political liberties. Of course, different theorists were concerned with different sets of equal basic liberties. Hobbes justified only a narrow set of equal liberties of the person, for example, the liberty to refuse to testify against oneself.¹ Locke argued for a broader set of equal liberties of political participation, and Mill tried to defend broad, equal liberties of thought and expression. On the other hand, while justifying some degree of equality in the political sphere, these liberal theorists at the same time accepted and justified significant inequalities in income, wealth, powers, and authority between both individuals and classes.² Usually, they viewed these inequalities as the necessary or fair outcomes of differences in skill, intelligence, or industriousness operating within the framework of a competitive market. Despite the highly divergent theoretical frameworks used to justify these political equalities and socio-economic inequalities, including appeals to natural rights, to social contracts, and to different forms of utilitarianism, there was always a shared assumption. Liberal theorists uniformly assumed that political equality is compatible with significant social and economic inequalities, that they can exist together.

A similar assumption is implicit in John Rawls' 'special conception'³ of justice as fairness and in his powerful and sophisticated

* Assistant Professor, Tufts University.

¹ Thomas Hobbes, *Leviathan: or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil* (New York: E. P. Dutton & Co., 1950), Everyman Edition, Chapter XXI.

² Rawls tends to define classes as in contemporary stratification theory, in terms of weighted parameters of income, prestige, etc. Though I prefer the Marxist treatment, in which classes are defined in terms of relations to production, I shall here follow Rawls' usage unless otherwise indicated.

³ The *Special* conception of justice as fairness, which gives priority to