

LA JUSTICIA COMO EQUIDAD Y EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR

Aproximación al sujeto normativo en John Rawls
y Larry Kramer

PEDRO MIGUEL MANCHA ROMERO

Resumen: La finalidad principal de este artículo es comparar y confrontar dos corrientes dentro de la filosofía jurídica contemporánea cuyo interés subyacente parece ser el mismo: el de la cuestión de la legitimidad política. Estas corrientes son, por una parte, la derivada de la Justicia como equidad formulada por John Rawls, y por otra la denominada recientemente como constitucionalismo popular. Con dicho fin, en primer lugar se realiza un esbozo del constitucionalismo popular, señalando cuáles son sus principales objetivos y características, y, más concretamente, cómo pretende devolver la soberanía a su titular legítimo, «el pueblo mismo». Una vez hecho esto, se exponen las razones que justifican relacionar dos propuestas aparentemente tan diversas con la finalidad de fijar el vínculo entre ambas: quién toma parte en la elaboración del acuerdo consiguiente y cómo luchar contra cualquier usurpación del mismo. El artículo señala a continuación las principales diferencias que se dan en lo que se viene a llamar el sujeto normativo y concluye con algunas notas acerca de las principales diferencias entre ambas corrientes.

Palabras clave: Teoría de la justicia. Justicia como equidad. Constitucionalismo popular. El Pueblo Mismo. John Rawls. Larry D. Kramer. Supremacía judicial. Constitucionalismo popular no interpretativo. Constitucionalismo popular interpretativo. Constitucionalismo popular deliberativo. Sujeto normativo. La persona moral, libre e igual. Posición original. Velo de la ignorancia.

Abstract: This article's main aim is to couple two different streams within the contemporary philosophy of law whose underlying object seems to be the same: the question of political legitimacy. These are

the one coming from John Rawls' «Justice as fairness» and the other one recently known as popular constitutionalism. In order to do so, firstly we will frame the so named popular constitutionalism stating which are its main aims and characteristics and how, in short, it pretends to give the sovereignty back to its formal owner, «the people themselves». Once this put across, it will be exposed why to couple these apparently different proposals to find out the link between them: who participates in the original constitutional agreement and how to resist any unfair usurpación. The article goes then into the difference between what I call the «law maker subject» and ends with some conclusion about its main differences.

Key words: Theory of justice, justice as fairness, popular constitutionalism, The People Themselves, John Rawls, Larry D. Kramer, judicial supremacy, imperative popular constitutionalism, non-imperative popular constitutionalism, deliberative popular constitutionalism, the law maker person, the moral, free and equal person, original position, veil of ignorance.

Sumario: I. Introducción.–II. El constitucionalismo popular.–II.1. Su delimitación conceptual.–II.2. Características del constitucionalismo popular.–II.3. Las modalidades del constitucionalismo popular.–III. De la relación entre Rawls y Kramer.–IV. El sujeto normativo.–IV.1. El sujeto normativo rawlsiano.–IV.1.A. La persona moral, libre e igual.–IV.1.B. La posición original.–IV.2. El sujeto normativo de Larry Kramer.–V. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

John Rawls publicó su *Teoría de la Justicia* en el año 1971. En el año 2004, Larry D. Kramer hizo lo propio con *El Pueblo mismo; constitucionalismo popular y revisión judicial*. Si aquel tuvo la virtud de dinamizar el pensamiento liberal —trayendo a primera línea los postulados principales del mismo y forzando un interesante y fructífero debate doctrinal— éste parece haber removido las conciencias de algunos pensadores constitucionales estadounidenses, o si no las conciencias, sí la abulia. Pues bien, lo que se pretende con este artículo es un diálogo entre dos corrientes de pensamiento cuyo objeto último viene a ser el mismo: las fuentes de la legitimidad política. Con dicha finalidad realizaré una breve descripción del llamado constitucionalismo popular, sus características y finalidades, para ocuparme seguidamente de la delimitación y contraposición en ambas corrientes de lo que he denominado el sujeto normativo.

Debo hacer unas advertencias previas de forma y estilo. En primer lugar, al referirme a la doctrina de John Rawls he preferido traducir literalmente la «posición original» antes que utilizar la más extendida «situación original». Dado que no ha existido nunca con carácter histórico, me parece más coherente no sólo con la expresión inglesa sino con el carácter hipotético e instrumental que le atribuye Rawls. También he optado por una traducción literal en lo relativo a la Corte Suprema estadounidense para evitar cualquier confusión con nuestro Tribunal Supremo. Por lo demás apelo a la benevolencia de los lectores, habida cuenta de que la totalidad de la información y de las fuentes relativas al constitucionalismo popular que voy citando está disponible sólo en inglés (con la sola excepción de los trabajos del profesor Gargarella).

II. EL CONSTITUCIONALISMO POPULAR

II.1. Su delimitación conceptual

Antes de intentar cualquier diálogo entre la teoría rawlsiana y la propuesta krameriana, se hace necesario saber qué sea ese constitucionalismo popular, ya que no cabe duda de que estamos ante un grupo tal vez difuso y desde luego reciente¹. De atender a la bibliografía propuesta por el profesor Gargarella, la primera obra que se ocupa directamente de esta materia es «Constitutional Populism: Is It Time for We The People to Demand an Article Five Convention?», conferencia editada por Sanford Levinson en 1999. Por este camino habían de seguir otros autores (M. Graber, D. Reed, J. Balkin, M. Tushnet y el propio Larry Kramer)². Naturalmente no nace esta corriente ex novo ni es tampoco una ocurrencia feliz desarrollada más o menos comanditariamente por autores ideológicamente afines. De hecho puede tener su origen inmediato en el trabajo de B. Ackerman que

¹ GARGARELLA, ROBERTO. «Diálogo con Roberto Gargarella sobre constitucionalismo popular». *Rivista di Filosofia del diritto internazionale e della politica globale* (tomado de www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freeoter.pdf). También se refiere a los contornos y modos difusos de esta corriente uno de sus fundadores, Mark Tushnet, (*Vid.* TUSHNET, MARK, «Popular constitutionalism as political law». *Chicago-Kent University Law Review*, volumen 81, número 3, 2006).

² GARGARELLA, ROBERTO, «El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The People Themselves* de Larry Kramer». *Rivista di Filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, p. 1 (tomado de www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/gargarel.pdf). También se ocupa de esta materia y en términos muy similares en «El nacimiento del «constitucionalismo popular». *Revista de libros* n.º 112, 2006.

toma su título del preámbulo constitucional estadounidense, el *We The People*, y en definitiva bebe de la larga tradición americana que ha venido desarrollando desde el triunfo de la Independencia mecanismos de participación directa al calor de las tensiones inevitables entre la pulsión aristocrática de sus élites (de cualquier élite) y el sustrato inequívocamente popular de la democracia norteamericana, ya que el origen mismo de su sistema político se encuentra en una revolución dirigida y nutrida por pequeños y grandes propietarios ajenos a toda nobleza de sangre y, por tanto, abocados a una suerte de igualdad inevitable.

Ahora bien, ¿por qué ahora, por qué hoy el constitucionalismo popular? Esta respuesta exige ya fijar el objeto de la cuestión. Así, podemos definirlo como aquella corriente dentro del pensamiento constitucional estadounidense que propugna devolver al pueblo la potestad última de elaborar, interpretar y ejecutar la Constitución. De modo parecido, Alexander y Solum señalan que «el constitucionalismo popular es la teoría según la cual la Constitución no es ni más ni menos que la voluntad del pueblo, que es el intérprete de la misma y el que la sostiene so pena de aplicarla por vía popular»³.

Como señala Gargarella⁴, a todos los autores mencionados les une «una común desconfianza frente al elitismo que distingue a la reflexión jurídica contemporánea, a la vez que críticos de la obsesiva atención que se dedica al poder judicial». Una afirmación tal puede parecer extravagante o sugerente, según el timbre que se prefiera. Las democracias occidentales se asientan en la creencia de que todo el poder emana del Pueblo o Nación, por lo que cualquier poder o Poder que se cree y desenvuelva en el seno de la sociedad política proviene del Pueblo y a él pertenece, incluido el Poder Judicial, como no podría ser menos. Esta interpretación, tan frecuente en la academia ortodoxa y unánime en el discurso político profesional, no concibe siquiera la posibilidad de que suceda lo que autores como Kramer pretenden corregir.

Por su parte, Alexander y Solum reconocen el carácter inspirador de los postulados de Kramer, pero también añaden que inspirador es una cosa, persuasivo otra y bien argumentado otra muy distinta. Sea como quiera no cabe duda de que resultan sugerentes en un momento histórico, el nuestro, en el que la participación política se encuentra en franca regresión al tiempo en que los participantes políti-

³ ALEXANDER, LARRY y SOLUM, LAWRENCE. «Popular? Constitutionalism?» En *Harvard Law Review* n.º 118, 2005, p. 1618.

⁴ GARGARELLA, vid. «El nacimiento...», p. 1.

cos (los «políticos») amplían cada vez más y con mayor desparpajo su ámbito de dominación, creando una fuerte tensión entre la legitimidad nominal que enseñoorea los sistemas políticos y la legitimidad real que anhela la ciudadanía mejor informada. Pues bien, la inspiración derivada de los postulados de estos autores dicta que se deben desmontar todas las verdades supuestas que han venido circulando como moneda de curso corriente para devolver al Pueblo, al *We The People*, la potestad última de interpretar el cuerpo constitucional. Naturalmente se entiende, ellos lo hacen al menos, que no ha de tratarse de una devolución meramente formal. Hay que destruir todos los mecanismos y subvertir las inercias que han propiciado el secuestro de la voluntad popular convirtiendo al señor en siervo —según la expresión de Kramer—, considerando al pueblo como una suerte de incapacitado o de pródigo al que se le debe nombrar un tutor, o, al menos, un curador de su capital político. Por lo demás, y no dejaré de señalarlo, el constitucionalismo popular presenta ciertas dificultades que o bien lo hacen imposible o bien lo limitan tanto que, a la postre, resulta irreconocible.

Pero no es objeto de este artículo una evaluación crítica del movimiento. En orden a fijar con claridad los contornos de la corriente voy a servirme de los trabajos ya citados de Gargarella y de Alexander-Solum para marcar las características principales de la misma y el contenido preciso que se puede dar a cada una de sus versiones.

II.2. Características del constitucionalismo popular

Para Gargarella, el constitucionalismo popular presenta seis características sociológicas y desiderativas⁵: el desafío a la supremacía judicial; la lucha contra la sensibilidad «anti-popular»; la interpretación extrajudicial; la relectura crítica de los efectos del control judicial; la búsqueda del derecho fuera del derecho; y el énfasis en la democracia y la participación.

A fin de entender el desafío a la supremacía judicial que estos autores representan (piedra de toque de la propuesta krameriana), se hace necesario explicar algunas características propias del sistema de fuentes estadounidense que no nos resultan del todo ajenas, toda vez que es muy similar al de la Unión Europea, vigente en el caso es-

⁵ GARGARELLA, ROBERTO. Vid en «El nacimiento...» *Rivista di Filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, pp. 1 a 5 y en «El nacimiento...» *Revista de libros* n.º 112, pp. 15 y 16.

pañol, o al control de constitucionalidad de las normas anteriores a la vigente de 1978. En el ordenamiento norteamericano se distingue claramente la «judicial review» —o facultad de control constitucional— de la «judicial supremacy» —o potestad excluyente de interpretar la Constitución—. Con arreglo a la primera cualquier tribunal tiene potestad para ejercer el control de constitucionalidad de las normas e, incluso, declarar su inconstitucionalidad, sin perjuicio de que su decisión pueda ser revisada en una instancia superior. La «judicial supremacy», sin embargo, establece que la Corte Suprema tiene la potestad última de fijar la interpretación constitucional, siendo su criterio vinculante para todos los demás órganos judiciales, así como para los poderes ejecutivo y legislativo. Esta potestad, que no se encuentra recogida en el texto constitucional estadounidense, fue formulada por la citada Corte en el caso *Marbury vs Madison*, en el que se vino a mezclar y confundir el control de constitucionalidad con la supremacía judicial. Pues bien, estos autores en general y Kramer en particular señalan que dicha doctrina no fue aceptada pacíficamente ni por los dos restantes poderes públicos ni por el pueblo mismo. A decir verdad, señala Kramer que tanto en la elaboración del texto constitucional como en la primera época de la historia de su país, la supremacía judicial entendida en el sentido antes expuesto estuvo muy lejos de ser afirmada o, incluso, debatida siquiera⁶. Sea comoquiera, añade Gargarella, las soluciones propuestas para superar esta supremacía varían considerablemente de unos autores a otros. Kramer, por ejemplo, propone soluciones de compromiso que no deslegitiman a la Corte Suprema sino que más bien delimitan sus competencias. J. Waldron, sin embargo, prefiere la abolición directa de esta doctrina ya incorporada al cuerpo constitucional estadounidense al entender que es absurdo que para resolver desacuerdos profundos e importantes en el seno social se ceda toda la competencia a un órgano extraído de la sociedad misma y sujeto, por tanto, a la misma división. En todos los casos, sin embargo, se pretende devolver al pueblo la última palabra en materia de interpretación constitucional.

⁶ En este sentido los tres primeros capítulos del libro de Kramer son reveladores. En el primero de ellos, relativo a la «constitución de costumbres» se demuestra cómo los contornos difusos de un cuerpo normativo, que no legal, de tales características dificultó hasta lo imposible la atribución de la facultad interpretativa a un solo colectivo jurídico o social, pues todos creían saber claramente a qué se refería. En los dos capítulos siguientes demuestra que la regla de la supremacía judicial no fue formulada en su sentido actual ni en las discusiones previas ni en la elaboración misma de la Constitución. Antes al contrario, se entendía que la facultad puntual de invalidar una norma la tenían los tribunales sólo en su calidad de representantes electos del pueblo en la judicatura.

En segundo lugar detectan estos autores un desprecio sutil y profundo hacia todo lo popular tanto en la academia como en los poderes del Estado, el judicial incluido⁷. Por una parte, en efecto, se hipertrofia el contenido constitucional haciéndolo difícilmente abarcable incluso para quienes no son legos en la materia. Por otra, se considera que el pueblo como tal no se aleja demasiado de la infancia política, por lo que carece de los recursos técnicos e intelectuales necesarios para afrontar la siempre difícil interpretación que la Constitución requiere. Es curioso, por lo demás, que los populares imputen este defecto tanto a los llamados conservadores como a los progresistas: todos ellos, afirman, descreen por igual de la regla mayoritaria.

Como consecuencia derivada de lo anterior, este movimiento propone en tercer lugar ceder el protagonismo a la interpretación extrajudicial de la Constitución. Esto no significa que los tribunales queden excluidos del ejercicio de esa función, sino más bien todo lo contrario. Los tribunales, en efecto, deben ejercer su función (es decir, el conjunto de facultades que se les confiere para que puedan desarrollar sus tareas clásicas de mediación y solución de conflictos) pero la potestad en sí misma considerada, el poder último, la legitimación endógena para interpretar la constitución corresponde al autor y dueño de la misma: el Pueblo del *We The People* que abre el texto constitucional. No cesan estos autores de intentar demostrar que las facultades de la Corte Suprema son en este sentido exógenas, que no le corresponden *per se*, porque es el Pueblo el único y último sujeto cuya legitimación no proviene sino de sí mismo.

En cuanto a la relectura crítica del control judicial, cualquier persona medianamente interesada en la cultura estadounidense se puede dar cuenta de la importancia y prestigio que allí tiene la judicatura. Pues bien, sin negar la relevancia de su acción, señalan los

⁷ Recoge Kramer al respecto una cita de Robert Unger que por su fuerza demoladora y carácter iluminador conviene reproducir, siquiera parcialmente. Dice Kramer que para Unger la «incomodidad con la democracia es uno de los pequeños secretos sucios de la judicatura contemporánea». Añade que esta incomodidad se manifiesta, entre otras, en «la incesante identificación de limitaciones a la regla mayoritaria, antes que la restricción al poder de las minorías dominantes, como responsabilidad primordial de jueces y juristas; (...)». Y concluye que «El temor y la aversión al pueblo amenaza siempre con convertirse en la pasión dominante de esta cultura legal. Y lejos de confinarse en la doctrina legal conservadora, estas pasiones han dejado su marca en el pensamiento legal centrista y progresista». UNGER, ROBERTO MANGBEIRA, *What Should Legal Analysis Become?*, Nueva York, 1996, pp. 72 y 73, (citado por KRAMER, LARRY, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nueva York, 2004, pp. 242 y 243).

populares que la existencia de algunas sentencias de interés (como la muy famosa *Brown vs Board of Education*) no oculta la dependencia que los órganos judiciales tienen de aquellos que los nombran, lo que les lleva a poner en tela de juicio la pretendida independencia del poder judicial y, en suma, la idoneidad de la Corte Suprema para erigirse en guardián último de la esencia constitucional, esencia que, claro está, reside en el pueblo del que emana y no en un colegio reducido y elitista elegido con carácter vitalicio.

Como señala Gargarella, lo que este movimiento persigue en quinto lugar es la búsqueda del derecho fuera del derecho mismo o, si se prefiere, salir al encuentro del hecho normativo y de la fuente que lo genera. Bien es cierto que en el caso de *Kramer* no se expresa con claridad esta finalidad, lo que seguramente se debe a que es una premisa más que una pretensión. La premisa que combaten, si se me permite, es que el Leviatán no puede conformarse con tomar para sí la violencia física con el fin de proteger a sus ciudadanos en esa especie de contractualismo de mínimos o pesimista que expone Hobbes. Es de capital importancia que asuma también la violencia normativa, dado que toda norma supone o necesita de una determinada «vis» para hacerse efectiva⁸. Pues bien, el ámbito de lo normativo-legal no ha hecho sino crecer exponencialmente en los últimos tres siglos, sobre todo a partir del movimiento codificador decimonónico, mermando drásticamente la autonomía de los grupos (la capacidad de dotarse de normas a sí mismos). Sin embargo el ámbito de lo normativo no se agota ni mucho menos en la legislación promulgada. Normas son las de los juegos infantiles, en los que no deja de manifestarse el liderazgo y la sumisión, el sentido de la justicia y de la arbitrariedad, la trampa como quiebra de la confianza de los jugadores; normas, y muchas, y psicológicamente importantísimas, son las que se dan en cada grupo familiar acerca de lo que es correcto o incorrecto, lo que se debe comer y evitar, los placeres que se deben buscar y rechazar, los valores personales y grupales que hay que adoptar; normas las de cualquier grupo profesional, las de cualquier colectivo, incluso, las de cualquier «muta» o núcleo de masa en el sentido de que lo dotó E. Canetti⁹. Pues bien, Gargarella señala cómo para estos autores parece que una de las funciones principales que ejercen los juz-

⁸ En este sentido, es interesante el estudio que Alvaro D'Ors realizó acerca de la relación entre el orden normativo y la fuerza que lo dicta e impone. D'ORS ALVARO, *La violencia y el orden*, Madrid, 1987.

⁹ CANETTI, ELÍAS, *Masa y poder*, Barcelona, 2000. Especialmente importante en cuanto a la forma de organizarse y actuar la masa son las secciones primera y segunda, relativas a la masa y la muta.

gadores es la de destruir todos los cuerpos normativos ajenos al cuerpo sancionado como oficial, y sancionar, por tanto, la interpretación ortodoxa de las normas escritas. Los populares quieren romper los límites artificiales del sistema normativo, dados por la poca o mucha capacidad de aquellos que los imponen, para escuchar viva voce la interpretación auténtica de la Constitución, lo que no puede hacer sino el «autor» (a su juicio) de la misma, «The People Themselves».

Finalmente estos autores se ven abocados a reclamar una mayor participación ciudadana, un desarrollo del sistema democrático que atienda antes al gobierno del pueblo, cualquiera que sea el viento que lo impulse, que a la conservación misma de ese sistema. En este afán, añade Gargarella, llegan a discrepar de los postulados «progresistas» o liberales (léase aquí a la manera americana) que están más cerca del despotismo ilustrado que de una genuina participación popular. Patrocinan por tanto cualquier forma de intervención directa y abogan por dificultar la creación y pervivencia de élites, propugnando la rápida rotación en los cargos.

II.3. Las modalidades del constitucionalismo popular

Pero si hasta el momento hemos definido esta corriente por sus aspiraciones y presupuestos, tratemos ahora de sistematizar sus posibles contenidos. De ello dependerá, como veremos, la articulación del diálogo con la doctrina rawlsiana, ya que hay una considerable diferencia en sujeto y alcance dependiendo de la concepción que del constitucionalismo popular se adopte. Una vez más nos hemos de servir del comentario de Alexander y Solum¹⁰, quienes realizan una clarificadora y sencilla clasificación de los modelos que encierra en sí mismo este movimiento.

Dentro del constitucionalismo popular, entendido en el sentido que se desprende de su definición, caben seis posibilidades bien diferenciadas: la de que el pueblo hace la Constitución; la de que el pueblo es el garante de que se ejecute la Constitución; la de que el pueblo es el intérprete de la Constitución; la de que las interpretaciones constitucionales del pueblo son vinculantes y normativas; la de que la interpretación constitucional del pueblo sujeta a todos los poderes del Estado; y la de que las interpretaciones constitucionales del pueblo se imponen incluso al texto escrito de la Constitución. Como claramente se puede apreciar, mientras que las tres primeras se refieren al con-

¹⁰ ALEXANDER y SOLUM, *op. cit.*, pp. 1619 ss.

tenido de las facultades interpretativas del pueblo, las tres últimas se ocupan del alcance normativo de tal interpretación. Para los autores citados Kramer puede defender los tres primeros puntos sin mayor dificultad.

Esta reside, sin embargo, en la fijación del alcance de las facultades populares. Cabría fijar una primera línea divisoria entre lo que estos comentaristas denominan como constitucionalismo popular no interpretativo (o normativo) y su antónimo, el interpretativo. Con arreglo a ello el constitucionalismo popular no interpretativo sería aquel que se sujetase como única regla a la derivada de la voluntad popular, prevaleciendo, incluso, sobre las previsiones constitucionales escritas, que es lo que se desprende de la última posibilidad inmediatamente señalada. De ser así, este movimiento desbordaría la finalidad con la que surgió (devolver al pueblo un cierto control sobre la Constitución) para ocuparse directamente de la confección constitucional, lo que explica que dicha posición no sea la defendida por tales autores; no, desde luego, por Larry Kramer.

Por otra parte dentro de la modalidad interpretativa se dan distintas gradaciones igualmente rechazables. La primera de ellas es la de un constitucionalismo popular «enérgico» en el que quedaría al cuidado del pueblo tanto la interpretación última como la ejecución del texto constitucional. Alexander y Solum la consideran «incompatible con la idea central del constitucionalismo popular» ya que sólo podría llevarse a término mediante la creación de una superestructura que «manifestase» la voluntad popular, incurriendo así en una contradicción sistemática. También ha de rechazarse una versión «modesta» del constitucionalismo popular en la que el pueblo se limite a pronunciarse acerca de asuntos en los que quepa un alto grado de consenso constitucional (asuntos a resolver mediante un sí o un no). Y debe rechazarse, dicen, porque en tal caso sólo sería operativo en situaciones de excepción, cuando lo que Kramer pretende, más bien, es reintroducir la intervención popular en la interpretación judicial. Finalmente también se debe rechazar una interpretación meramente trivial por la que el pueblo se limite a mostrar su aquiescencia con el orden establecido, tanto si se entiende que el pueblo acepta el orden constitucional como legal por el hecho, precisamente, de ser legal, como si se entiende que la aceptación tácita supone que el pueblo entiende la práctica constitucional conforme con su propia interpretación. Esto último es particularmente falso para Alexander y Solum. En primer lugar, porque no cabe suponer que una entidad heterogénea y abrumadoramente lega en derecho como el pueblo es pueda tener siquiera un conocimiento somero de todas las normas y

resoluciones de carácter constitucional¹¹. Y en segundo lugar, porque puede suceder, y así sucede frecuentemente, que las consecuencias eventualmente perjudiciales de una rebelión sean consideradas colectivamente como menos deseables que la asunción de los perjuicios derivados de la norma de constitucionalidad dudosa, sin que esto suponga la identidad de opinión y criterio que resulta de una asunción tácita. Y aún añadiría yo una razón más para rechazar esta interpretación como coherente con el movimiento suscitado por Kramer y sus colegas de academia. Con mayor o menor atrevimiento y alcance, estos autores proponen actuaciones concretas, objetivos determinados a conseguir por medio de una participación activa del pueblo. Ya se entiende por tanto que una tal concepción es incompatible con la actitud pasiva que sustenta cualquier aquiescencia, pues el silencio suele significar aquello que desee el interpelado por el silencio mismo.

Cabe hablar, por último, de una suerte de constitucionalismo popular deliberativo o dialogante. Con arreglo al mismo el pueblo interpreta la Constitución y lleva a término su interpretación por medio de la opinión pública. Dicha opinión podría influir en la formación del criterio de la Corte Suprema, por ejemplo, mediante la llamada alarma social (en los casos en los que esa alarma no fuese una capa piadosa más con la que cubrir las vergüenzas de actuaciones constitucionales dudosas). También podría hacerlo mediante la elección periódica de sus representantes legislativos y ejecutivos, quienes a su vez podrían modificar los criterios de la judicatura mediante la elección de miembros más proclives a la sensibilidad popular. Pues bien, en esta última variante vienen a coincidir tanto Alexander y Solum como Kramer o Tushnet, a pesar de que los primeros dicen discrepar radicalmente de la propuesta krameriana. El porqué de coincidencia tan llamativa es que mientras que Kramer y Tushnet no se sitúan en el peor escenario que el constitucionalismo popular podría provocar, el de una suerte de constitucionalismo sans cullotte¹², sus detractores hacen exactamente lo contrario, al imputar a Kramer el deseo secreto de subvertir el orden constitucional estadounidense.

¹¹ No es casual, por ejemplo, ni la ubicación sistemática ni el contenido del artículo 6.1 del Código civil español, para el que «La ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento». La norma se autoinvierte de totalidad en cuanto se convierte en norma legislativa. No basta con que el juzgador haya de resolver en todo caso ateniéndose al sistema de fuentes, como establece el artículo 1.7 del mismo Código, es que el sujeto paciente de dicha legislación debe sujetarse a la misma la conozca o no y, lo que es más importante, tenga medios para conocerla o no.

¹² Posteriormente nos referiremos a esta cuestión desarrollada por Tushnet.

Por mi parte, considero que el movimiento liderado por Kramer se debe encuadrar en lo puramente programático, si se me permite el uso de la terminología de nuestros colegas constitucionalistas¹³. Es una propuesta que ha de ser desarrollada posteriormente en la práctica constitucional, que debe informar esa práctica, pero que no puede pretenderse normativa ya que se enfrenta a su imposibilidad lógica y fáctica: ni el pueblo tiene capacidad orgánica de actuar como tal, ni una vez que actúa por medio de órganos se puede decir que es el pueblo mismo quien lo está haciendo. En el juego cruzado de asunciones y de representaciones que supone toda acción política en el seno de una comunidad debe aceptarse por parte de la gran mayoría la existencia de alguna suerte de diques que contengan temporalmente la inevitable e inagotable disensión acerca de toda clase de asuntos. En el caso de las sociedades democráticas, el dique más claro es el de las elecciones populares periódicas y los referenda excepcionales. El pueblo habla, se dice entonces, y los representantes políticos del mismo asumen y callan. Ya se entiende que el pueblo no habla en realidad, porque viene a decir una cosa y la contraria en, por ejemplo, un 54% y un 46%, y desde luego se sabe que los representantes derrotados ni asumen ni callan, pero lo cierto es que se acepta que esa manifestación popular tiene carácter último, siquiera temporalmente. Así las cosas, sería absurdo e impracticable pretender convertir en regla la excepción, dotar de carácter normativo a la intervención popular en toda clase de asuntos. Lo que se ha de hacer, más bien, es actuar en el campo político-constitucional no perdiendo de vista que se asume como propia la regla de que el poder pertenece al pueblo y, cuando menos, se debe una cierta cortesía a ese pueblo que cede su bien máspreciado, como es la facultad de someter su libertad a la voluntad de sus gobernantes, nunca a su capricho o a su soberbia.

¹³ En tal sentido se debe entender el valor socio psicológico que Kramer atribuye a la doctrina de la supremacía judicial en el apartado de su último capítulo que titula «Leaving the Care of Their Liberties to Their Wiser Rulers». Señala en efecto que el resultado práctico de considerar a la Corte Suprema como intérprete último de la Constitución no tiene por qué diferir necesariamente en mucho de la premisa contraria. La diferencia estriba en que desplaza el umbral de lo inaceptable por parte del pueblo en la actuación judicial, limando entonces por vía de preconcepciones la posibilidad de acciones enérgicas contra interpretaciones o atribuciones de competencia que bajo la premisa contraria pudieran resultar claramente abusivas. KRAMER, *op. cit.*, pp. 227 a 233.

III. DE LA RELACIÓN ENTRE RAWLS Y KRAMER.

Pasemos ya a desarrollar la relación entre los postulados de los dos autores que principalmente nos ocupan, John Rawls y Larry Kramer. A la vista de su libro, es evidente que Kramer prefiere la confrontación directa que le permite el ensayo para evitar así someterse a cualquier encorsetamiento académico, ya que su finalidad es mucho más modesta que la de Rawls: romper la doctrina de la llamada «supremacía judicial». En este sentido señala lo siguiente:

«Al reclamar la Constitución, nosotros reclamamos el legado constitucional que, en palabras de Franklin D. Roosevelt, hace de ella un instrumento para que gobierne el hombre corriente y no un contrato entre abogados. Sobre todo [la reclamación] significa insistir en que la Corte Suprema es nuestro servidor y no nuestro señor: un servidor cuya seriedad y conocimientos merecen mucho respeto, pero que en último término se debe someter a nuestro juicio acerca de lo que la Constitución significa y no al contrario. En nuestro país la Corte Suprema no es la autoridad más alta en asuntos constitucionales. Lo somos nosotros»¹⁴.

La finalidad de John Rawls es muy otra tanto en la forma como en el contenido. Desea este autor encontrar las claves que permitan considerar a un ordenamiento jurídico como justo, así como, por extensión, los instrumentos que aseguren la equidad de ordenamientos ya establecidos. Al contrario que Kramer, no atiende Rawls a ningún ordenamiento en particular, si bien insiste en que su sistema sólo sería aplicable en sistemas casi justos, que equipara a su vez con sistemas democráticos. Por otra parte, el objeto mismo de su reflexión hace que Rawls se ocupe de muy diversas materias y con profundidad y detenimiento que desconoce el trabajo de Kramer, más atado a la urgencia de su finalidad práctico-reformista.

De ser todo esto cierto, ¿qué sentido tiene intentar un diálogo entre ambos? ¿Qué puntos de conexión puede haber para que se acometa ese intento? Puesto que parecen ocuparse de asuntos diferentes y con métodos encontrados, toda conversación entre ambos parece condenada a repetir el viejo diálogo que Armstrong y Fitzgerald tenían de la mano de Gershwin para concluir que lo mejor era dejar estar las cosas. Nada más lejos de la realidad, sin embargo. Kramer se ocupa de dos cuestiones acerca de las cuales se ha de pronunciar ineludiblemente la teoría rawlsiana, ya que se encuentran en el origen mismo de cualquier sistema político en general, y del es-

¹⁴ KRAMER, *op. cit.*, p. 248.

tadounidense en particular: quién es el dueño de la Constitución, entendida ésta en sentido amplio, así como qué facultades corresponden al constituyente¹⁵ una vez concluida la fase de elaboración y aprobación constitucional.

La contestación de la primera pregunta no ofrece dudas ni siquiera para aquellos que defienden posiciones conservadoras dentro de los límites y la lealtad a un sistema democrático: la legitimidad constitucional reside en el pueblo mismo. Mayor discusión habrá al tratar de las facultades reales del mismo, aunque la tesis de Kramer es meridianamente clara: en el pueblo residen todas las facultades constitucionales y sólo por delegación pueden éstas ser ejercitadas por entidades diferentes al mismo. No cuesta en este caso establecer una conexión con las partes de la posición original rawlsiana, así como con las características y facultades que presume a las mismas.

Resuelto, que no lo hace, este problema, también se ocupa Kramer de otro derivado que es el que verdaderamente informa su tesis y preocupa al autor: en qué modo se puede afrontar la usurpación de facultades constituyentes por parte de los poderes constituidos, o, si se prefiere, cómo hacer frente a la doctrina y opinión que sostienen que la interpretación última de la Constitución pertenece a la Corte Suprema y no al pueblo mismo. Larry Kramer insinúa lo que desea y expone lo que propone: de una suerte de «Constitution by mob», según la expresión de Alexander y Solum, en la que asambleas espontáneas de ciudadanos manifiestan su disconformidad con resoluciones judiciales de constitucionalidad dudosa¹⁶, a una propuesta de tímida reforma constitucional en la que se adopte el modelo germano continental¹⁷, Kramer transita sin duda por los lindes de la legitimidad constitucional y la desobediencia civil. Sabido es que John Rawls también se ocupa de esta materia y lo hace de una forma que se pretende sistemática. Esta cuestión, sin embargo, no es objeto del ar-

¹⁵ Al tratar del constituyente, no me refiero al organismo político que elabora el texto constitucional para someterlo posteriormente a la ratificación del referéndum popular. A lo que me refiero, naturalmente, es al depositario mismo de la legitimidad política, papel éste que en las democracias desempeña el llamado pueblo (We the people o The People Themselves).

¹⁶ Así podemos señalar los tres ejemplos que Kramer incluye en la introducción de su ensayo, el tercero de los cuales lo reproduzco en la sección relativa al sujeto normativo en Kramer. KRAMER, *op. cit.*, pp. 3 a 5.

¹⁷ En nuestro caso hay una clara disociación jurisdiccional por razón del objeto y la vigencia de los mandatos de los magistrados está delimitada en el tiempo, siendo éstas las dos diferencias fundamentales que Kramer parece echar en falta en su propio ordenamiento.

título presente cuya finalidad es confrontar las aproximaciones que uno y otro hacen al depositario de la legitimidad política, lo que vengo en llamar el sujeto normativo, es decir, la persona o personas autoras de la construcción normativo-constitucional al mismo tiempo que pacientes del resultado de esa misma elaboración normativa.

IV. EL SUJETO NORMATIVO

IV.1. El sujeto normativo rawlsiano

En el caso de Rawls y de acuerdo con su modo de expresarse, se puede afirmar que el sujeto normativo son las partes en la posición original. Ya se entiende sin embargo que esto no es más que el epígrafe que encabeza un largo y complicado desarrollo doctrinal acerca de lo que sean esas partes y la posición original misma. A modo de introducción a este asunto en particular, Rawls afirma que las partes son «las personas morales, libres e iguales», mientras que D'Agostino define adecuada e intuitivamente la posición original como «una situación hipotética en la que sujetos racionales, que actúan como agentes o fiduciarios de los intereses de individuos concretos, son imaginados en el acto de elegir aquellos principios de las relaciones sociales que permitirían a sus representados la mayor satisfacción de sus intereses individuales»¹⁸.

IV.1.A. *La persona moral, libre e igual*

Seguramente podemos afirmar que Rawls no tiene mayor dificultad en la determinación de esas partes, en su identificación subjetiva, ya que al servirse de la fórmula personas morales, libres e iguales pretende incluir a la totalidad de las personas que forman una comunidad. Intuitivamente, al pueblo mismo, lo que seguramente le acerque a las posiciones de Larry Kramer. Esto no obstante, el desarrollo del concepto nos aleja de la primera conclusión intuitiva que se desprende del mismo tal y como se ha de ver al tratar acerca de lo que sean esas personas morales, libres e iguales.

Las personas morales son a juicio de Rawls aquellas que tienen capacidad para albergar una concepción del bien. Esta configuración

¹⁸ D'AGOSTINO, FRED, «Original Position», Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2003.

o requisito previo es altamente interesante a la luz de una doctrina contractual¹⁹, como se reclama la rawlsiana, ya que tener una concepción del bien se convierte en el presupuesto de capacidad para ser parte del contrato social. De ser enteramente así, quedaría desmentida la vocación universal de la teoría, ya que no tendrían esa consideración todos aquellos sujetos incapaces de albergar una tal concepción del bien, como por diversas razones acontece en los casos de un enfermo mental, de un niño o de un enfermo en estado vegetativo. A diferencia de lo que sucedería de seguirse un presupuesto comunitarista o grupal, los casos citados lo serían de sujetos excluidos de la posición original o negocio fundacional de la sociedad, lo que constituye sin duda una disfunción del modelo rawlsiano en particular y contractualista en general.

Aplicado ese primer barrido conceptual, que excluiría del sujeto normativo a las personas indicadas, se ha de decir que no todas las demás serían igualmente partes del negocio fundacional, entendido éste en el sentido extenso que se desprende de la tesis contractualista. Concepciones del bien, al igual que de la justicia, hay muchas, pero tanto en la *Teoría* como en *Liberalismo Político* John Rawls hace uso repetidamente de un adjetivo fundamental y del adverbio correspondiente para fijar las concepciones aceptables: razonable y razonablemente. Con arreglo a ello se puede decir que las concepciones del bien razonables son aquellas que aceptan la convivencia con otras concepciones en el seno de una misma sociedad, aun a pesar de su vocación comprehensiva. De este modo se produce una nueva delimitación de las partes en la posición original, ya que sólo tendrían aquella consideración las personas que no profesasen doctrinas comprehensivas excluyentes de cualquier otra concepción moral, religiosa, económica o social.

¹⁹ La capacidad de los contratantes es uno de los tres elementos esenciales comunes del contrato en la doctrina civil, i.e. uno de los cuales suponen la inexistencia del contrato en caso de no concurrir o hacerlo simuladamente, tal y como se desprende del artículo 1261.1, del artículo 1263 y de otras previsiones añadidas por el Código para salvaguardar la integridad de la formación de la voluntad, de las que, en lo que a la existencia de la voluntad misma se refiere, es evidente que el legislador toma como dato objetivo la mayor edad y sólo con carácter particular va desgranando las incapacidades especiales. Esta brevíssima nota legislativa nos ha de ayudar a comprender que la posibilidad de albergar una concepción del bien a fin de ser calificado como persona moral no es ni mucho menos baladí. En un esquema contractual como el de nuestro autor se convierte en la piedra de toque para determinar si hay o no un elemento subjetivo que permita hablar de algo parecido a un contrato. CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil Español común y foral*, tomo 3, pp. 506 y 507, Madrid, 1988.

Como hemos avanzado, las partes en la posición original no son tan sólo personas morales, en el sentido recién delimitado, sino también personas libres e iguales. Grosso modo, caben dos formas de entender la libertad personal: individual o socialmente. Rawls no se ocupa de la primera, sino de la segunda acepción. Así resulta, en primer lugar, de que el ámbito de su estudio se circunscriba a lo que denomina la estructura básica de la sociedad y, en segundo lugar, de la calificación especial que hace de la persona libre el hecho de que indisociablemente deba ser también una persona igual, lo que de por sí tiene carácter relacional y no individualista. Así las cosas, las partes en la posición original han de ser partes socialmente libres, partes que disfruten no sólo de las libertades de los antiguos, sino también de las libertades de los modernos²⁰. Aquí de nuevo se delimita —si se prefiere se restringe— el ámbito subjetivo de la posición original, dado que al ser necesario que las partes se desenvuelvan en un ámbito social libre la *Teoría* deja de ser aplicable a buena parte de la humanidad. De hecho el propio Rawls advierte siempre que puede que su *Teoría* se ha de aplicar en sociedades bien ordenadas, casi justas, etc, lo que identifica con sociedades democráticas, haciéndose con ello evidente que la doctrina rawlsiana sólo puede alcanzar a explicar la justicia en un ámbito sociocultural determinado, el occidental, siendo ineficaz en cualquier otro.

Finalmente es necesario que las personas que alberguen una concepción moral y sean libres sean además iguales para poder tomar parte en el negocio fundacional. Vaya por delante mi consideración de que esta tercera característica no delimita como tal el ámbito de los sujetos que hipotéticamente podrían participar del contrato social, ya que de hacerlo así, no habría partes con las que celebrar el negocio citado. A pesar de los esfuerzos reiterados de mostrarse imparcial respecto de las diversas doctrinas comprensivas en liza, lo cierto es que Rawls se adscribe a lo que difusamente podríamos describir como programa humanista ilustrado. En él la igualdad es un valor moral, no un hecho descriptivo, una aspiración programática, puesto que en sentido estricto no existe como tal. Dos siglos de revoluciona-

²⁰ Así lo expone Rawls al señalar que existe «un conflicto interno de la tradición del pensamiento democrático mismo, un conflicto entre la tradición vinculada a Locke, que concede mayor peso a lo que Constant llamó «las libertades de los modernos» (libertad de pensamiento y de conciencia, ciertos derechos básicos de la persona y de la propiedad, y el imperio de la ley), y la tradición vinculada a Rousseau, que da más importancia a lo que Constant llamó las «libertades de los antiguos» (la igualdad de libertades políticas y los valores de la vida pública)». RAWLS, JOHN, *Liberalismo Político*, p. 34, Barcelona, 2006.

rismo burgués y obrero nos han hecho creer firmemente que la igualdad reside en el centro mismo del ser de las relaciones sociales y que sólo la acumulación de azares lamentables y egoísmos inconfesables la han ido oscureciendo hasta hacerla casi desaparecer. El programa humanista ilustrado pasa entonces por recobrar la igualdad perdida. Una concepción tal se entiende al calor del sustrato histórico en el que nace, pero desconoce un detalle sin importancia: nada es igual en el mundo físico (al que pertenecemos en tanto que animales), acaso meramente parecido, ni lo es desde luego en el mundo social (en el que nos desenvolvemos en tanto que animales gregarios). Descontada la estricta desigualdad física de todo, por la que incluso un miembro de un cuerpo no es igual a su parejo, es evidente que la desigualdad es la norma en el ámbito social. Somos desiguales en nuestras capacidades físicas, intelectuales, espirituales, prácticas y artísticas. Somos desiguales por razón de nuestro origen familiar, de nuestra raza, de nuestras circunstancias de fortuna en suma. Somos estrictamente únicos, y ésta sería la única clase de igualdad inversa que cabría aducir, la igualdad en nuestra estricta desigualdad. En puridad, el respeto a las personas habría de hablar de fraternidad o de compasión, en el sentido budista del término, pero no de igualdad, concepto que en el mejor de los casos tiene carácter neutro y en el peor conduce a nivelaciones odiosas de las que el siglo XX ofreció cumplidos ejemplos de uno y otro signo político. En definitiva, no creo que la igualdad se pueda utilizar como elemento descriptivo de las partes en la posición original, sino del método que esas partes utilizan en la misma para determinar los principios de justicia, método que se reduce a la elaboración y desarrollo de la doctrina del velo de la ignorancia.

IV.1.B. La posición original

Como avanzamos en el comienzo de este epígrafe, las partes en la posición original no se definen tan sólo por lo que son (personas morales, libres e iguales) sino también por lo que hacen (elegir los principios de justicia en la posición original). Por otra parte merece destacarse que, según lo señalado anteriormente, la posición original es una situación «hipotética» en la que las partes actúan por medio de representantes para elegir sus reglas de convivencia. Ambas circunstancias, el lugar y el cómo, las retomaremos al ocuparnos del sujeto normativo que opera en el modelo de Kramer.

Pues bien, dado que el contractualismo pretende servirse del modelo clásico del contrato inter partes para justificar la estabilidad

social, si la hubiere, y la justicia de una sociedad dada, hay una circunstancia temporal ineludible con dos manifestaciones bien diferenciadas: cuándo comienza y cuándo concluye el contrato en cuestión. El asunto de su término no plantea mayor dificultad. Aunque es doctrina consolidada en el ámbito civil que nadie puede comprometerse indefinidamente o, mejor, ser compelido a cumplir su compromiso de obligarse indefinidamente (con el fin de eludir situaciones cercanas a la esclavitud), lo cierto es que de facto ese compromiso puede durar tanto como las partes deseen y manifiesten expresa o tácitamente. Ahora bien, todo contrato tiene un comienzo, responde a una fecha en la que las partes decidieron comprometerse y dotar de eficacia vinculante a esa decisión. Aquí debemos plantearnos lo siguiente: en primer lugar, si el hecho fundacional se refiere a la existencia de la comunidad política como tal o al nacimiento de un régimen determinado; y en segundo lugar, si se trata de un hecho histórico o no.

A mi juicio, los «padres fundadores» del contractualismo quisieron creer en una Arcadia mítica y originaria, aunque histórica, que alumbró el convenio social²¹ en una suerte de actualización de la doctrina de la naturaleza caída propia de la teología judeo cristiana y, en definitiva, común a otros muchos credos. Sin embargo, la posición original «histórica» o adánica fue desmentida por la fuerza de los hechos, al menos en lo que a su exposición roussoniana se refiere. El salvaje existió sin duda, pero nunca fue bueno. Cuando Rawls alumbró su *Teoría* en 1971 ni creía ni podía creer en la existencia de algo parecido a una situación original histórica en la que se hubiese alcanzado un acuerdo fundacional. Además, él estaba interesado en desarrollar un instrumento que facilitase la evaluación de los sistemas políticos desde el punto de vista de la justicia, así como las correcciones pertinentes cuando éstas fueran necesarias. De este modo concluyó que la posición original sólo podía ser hipotética. Así las cosas, no podría explicar el contractualismo el nacimiento de las comunidades políticas, ya que su existencia se desprende de la pura evidencia de existir, si es que se disculpa el pleonismo. Sin embargo no significa esto que se ocupe del alumbramiento de un régimen político determinado, no al menos en el caso de Rawls. Él tan sólo pretende, según acabo de indicar, evaluar la justicia de la estructura básica de

²¹ El ejemplo paradigmático, sin duda, es el que nos ofrece Rousseau al ocuparse del origen de la desigualdad de los hombres. En la obra correspondiente hace una suerte de recapitulación general que carece de hitos pero se pretende histórica. ROUSSEAU, JEAN JACQUES, Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad de los hombres, Barcelona, 1984.

una sociedad a la vista de los dos principios que enumera y ordena lexicográficamente, cualquiera que esa sociedad sea.

Hasta este punto, no se distingue este autor gran cosa de sus precedentes ni se podría explicar por qué ha supuesto un revulsivo en la filosofía política contemporánea²², pues se proclama deudor del pensamiento kantiano y abierto defensor del modelo contractualista. Su verdadera originalidad y lo que nos interesa a los efectos de confrontarlo con el ensayo de Kramer reside en la configuración que presenta de la posición original²³. Será ahora cuando se entienda por qué el sujeto normativo rawlsiano se define no sólo por lo que es (una persona moral, libre e igual), sino por lo que hace también.

Aunque no es algo acerca de lo que se pronuncie directamente, es del todo evidente que Rawls rechaza los criterios y los modos de la democracia directa en la determinación de los principios y en la evaluación de la justicia de un sistema. Se podrá decir que nuestro autor tan sólo se sirve de un método, el más racional, para la consecución de un resultado; que no se ocupó de la democracia directa por motivos puramente prácticos, como el de la imposibilidad de reunir a la totalidad de los ciudadanos durante jornadas interminables para crear, o evaluar o corregir principios marcadamente abstractos. Se podrá añadir que no se decanta Rawls por soluciones elitistas cuando nos presenta a las partes actuando en la posición original o, incluso, que todo elitismo queda excluido por la enérgica defensa que hace de la igualdad de todos los ciudadanos. Todo esto y aún más no evita, sin embargo, concluir que el ciudadano Rawls nunca consideró la posibilidad de que sus conciudadanos anónimos deliberaran directa y personalmente acerca de los asuntos señalados por entender que esto bloquearía la adopción de cualquier acuerdo justo. Y que es así lo demuestra la interesantísima doctrina del velo de la ignorancia.

Sucintamente podemos decir que en virtud del citado velo, las partes en la posición original desconocen deliberadamente cualquier circunstancia que pueda mover su elección final a la conservación y aumento de las ventajas que pudieren tener sobre las partes restantes. De este modo la determinación de los principios de la justicia no sería objeto de negociación sino más bien de elección. Es evidente que ni

²² Vid. artículo «A Theory of Justice», *Nonfiction Classics for students*, volumen 3, Farmington Hills, 2003, p. 304.

²³ D'Agostino señala que «La idea de la posición original es quizás la contribución de más largo alcance de John Rawls a los esfuerzos teóricos en torno a la justicia social». D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 1.

en el mejor, ideal y más cortés de los mundos se podría encontrar una asamblea de ciudadanos dispuestos a pasar por alto tan desinteresadamente sus fines particulares; como lo es también que incluso si encontráramos tan educada asamblea nunca podrían sus miembros omitir lo que en definitiva son, ya que la identidad es un agregado de factores que se forma lenta, compleja y trabajosamente sin que nos sea posible prescindir de lo que somos a la hora de tomar nuestras decisiones²⁴. Pues bien, este hecho constituye una diferencia no menor con el presupuesto de la doctrina que defiende implícitamente Kramer, dado que el constitucionalismo popular sólo se entiende desde una invocación al pueblo mismo, y no a la suma más o menos aleatoria de los individuos que conforman ese pueblo.

Pero ahondemos algo más en la comprensión de la posición original y del velo de la ignorancia, puesto que de ello ha de depender la configuración misma del sujeto normativo. Tal y como indica D'Agostino, la posición original admite una interpretación epistemológica y otra meramente política²⁵.

Epistemológicamente, señala D'Agostino que la posición original «es un instrumento metodológico para evitar al observador ético-político todos los estorbos que dificultan una percepción clara y diferenciada de los hechos político-sociales». Esta teoría se encuadraría por tanto en las llamadas del observador imparcial, ya que su finalidad principal es preservar el recto juicio de aquel que debe tomar una decisión. Habida cuenta de que hasta *Liberalismo Político* Rawls no manifestó abiertamente que pretendía exponer una teoría «política» acerca de la justicia, en un primer momento prevaleció esta interpretación epistemológica. A ello contribuyeron no poco los primeros capítulos de la Teoría y su afán por suprimir las cargas del entendimiento derivadas de todas las circunstancias que individualizan a las personas y las hacen claramente desiguales. El propio D'Agostino insinúa que esta concepción encontró el rechazo de muchos autores, cosa que no debe extrañar por diversas razones, como, por ejemplo, el aroma de diletantismo intelectual que desprende una teoría que para acercarse a la realidad precisa de conformarla a su gusto y medida, dicho sea esto con el respeto y admiración sinceros que siento hacia el genio teorizador de John Rawls.

²⁴ En este sentido me remito al libro del fundador de la psicología transpersonal, Ken Wilber, *La conciencia sin fronteras*. En él se realiza un estudio detallado de los agregados que componen la identidad y cómo influyen en el conocimiento. WILBER, KEN, *La conciencia sin fronteras*, Barcelona, 1999.

²⁵ D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 2.

Pues bien, aunque la teoría de Rawls no alcanza a despegarse de tales recriminaciones, se entiende que lo intente al menos proclamando que la posición original no debe interpretarse desde un punto de vista epistemológico, sino político más bien. Con arreglo al mismo, señala D'Agostino «la posición original es un instrumento de representación. Más concretamente, representa, mediante el velo de la ignorancia, todas las limitaciones que son aceptadas ampliamente en la elección de los principios de justicia. Y, más concretamente, el velo de la ignorancia encierra en sí mismo el concepto [*no la concepción*²⁶] de la justicia: i.e., la idea de que el reparto no se debe basar en circunstancias o rasgos irrelevantes desde el punto de vista moral»²⁷. Así entiende este autor que estamos ante un criterio político y no meramente epistemológico porque lo que se pretende es determinar qué concepción de la justicia es la más adecuada para regular una concurrencia de intereses en una situación de escasez de recursos y que resulte mutuamente beneficiosa para las partes. Además insiste en que la propia elección no es neutra desde un punto de vista moral, porque si bien se elige omitiendo ciertos conocimientos esa omisión obedece a la finalidad moral de que haya imparcialidad.

La finalidad de este procedimiento es alcanzar lo que Rawls denominó equilibrio reflexivo, situación en la que la concepción de la justicia de cada individuo está en equilibrio con la de otros individuos, ya que todos comparten el concepto abstracto de la justicia que presupone el velo de la ignorancia que se adopte en particular, así como una concepción pública de la justicia más operativa. Ahora bien, si atendemos a la forma en la que esto se logra, nos podemos dar cuenta de que el velo de la ignorancia tiene mayor carga epistemológica que política, ya que relaciona directamente la elección de los principios con la extensión del conocimiento que las partes manejan en la posición original. Puede decirse que el sustrato de la elección es social, o si se quiere político en sentido amplio, ya que el acuerdo presupone que los principios y logros básicos de una determinada concepción hayan sido asumidos ampliamente por el cuerpo social. Sin embargo la gestión de ese presupuesto tiene mucho que ver con un método de aprehender la realidad más pendiente del método que de la realidad misma, tal y como ya indiqué con anterioridad.

Así las cosas, no queda otro remedio que traer de nuevo a consideración las objeciones que la doctrina del velo merece desde un punto de vista teórico que tenga en cuenta el conocimiento y la forma

²⁶ El añadido es mío.

²⁷ D'AGOSTINO, *op. cit.*, p. 3.

de alcanzarlo. Pero se deben añadir otras consideraciones más cercanas, desde luego, ya que la *Teoría* dice tener por objeto la evaluación de situaciones concretas que, naturalmente, sólo se pueden dar en sociedades reales, no imaginarias. Aunque no seré original y otros muchos lo habrán señalado ya, no puedo dejar de preguntarme en qué medida es viable una teoría como ésta en una sociedad que recibe la denominación de sociedad de la información.

Es evidente que cuando John Rawls publica su *Teoría* aún faltan diez años para que salga a la luz el libro de Yoneji Masuda y comience a popularizarse la marca de «sociedad de la información»²⁸. Esto no obstante, ya hacia 1971 se habían hecho algunos estudios que incidían directa o indirectamente en el asunto de la información²⁹, por lo que la perspectiva permitía augurar un aumento de la información o de su posible conocimiento al menos. Pues bien, es más que evidente que no llegaron a fijar el alcance real del cambio que se estaba gestando, ya que si bien es cierto que no se ha democratizado especialmente la producción de la información (que continúa en manos de los poderosos en lo fundamental, hasta el punto de concentrarse cada vez más) no lo es menos que sí que se ha universalizado el acceso a la misma. Por medio de puntos públicos o privados, gran parte de nosotros somos capaces de conocer todo (si por todo se entiende todo lo que está colgado en la red). No sería honesto por mi parte poner en pie de igualdad el objeto de la llamada sociedad de la información y de la *Teoría* de la Justicia, ya que aquella se ocupa fundamentalmente de la información como mercancía económica así como de los modos de producirla y explotarla. Hecha esta salvedad, sin embargo, no se puede negar sin hacer una pirueta individualista que este fenómeno ha modificado profundamente nuestra relación con el mundo así como nuestro conocimiento acerca de lo que somos o podemos llegar a ser como sujetos.

Esta es la realidad. En una realidad tal, ¿cómo operará el velo de la ignorancia? ¿Qué bisturí habrá de utilizarse y quién podrá hacerlo para señalar qué es un interés aceptable y qué no? ¿Se considerará un derecho el acceso a la información? ¿Cómo en la época del continuo informativo se podrá pedir, primero, y lograr, después, que alguien renuncie a sus conocimientos acerca de sí mismo cuando las más de las veces los

²⁸ MASUDA, YONEJI, *La sociedad de la información como sociedad post-industrial*, Tokio, 1980.

²⁹ El propio Masuda ya había avanzado una introducción en 1968 mientras que ya se encuentra una primera utilización del término en MACHLUP, FRITZ, *The production and distribution of knowledge in the United States*, Princeton, 1962.

ha ido adquiriendo de forma subconsciente? Se entiende perfectamente qué pretendía Rawls al elaborar la doctrina del velo, pero a mi juicio ésta resulta ineficaz no sólo por las dificultades teóricas que suscita, sino también por la imposibilidad práctica de ser llevada a cabo en las sociedades para las que se pensó, las democráticas occidentales.

IV.2. El sujeto normativo de Larry Kramer

Pasemos ahora a ocuparnos del sujeto normativo que toma en consideración Kramer en *The People Themselves*. Como ya he adelantado, con este libro ni pretende conseguir ni ofrece de hecho una construcción sistemática que aplicar para resolver cualesquiera problemas constitucionales que pudieren plantearse. Antes al contrario, parte de una tesis (que la Constitución proviene del pueblo y pertenece a él, siendo el pueblo mismo quien ostenta la potestad última de interpretarla y ejecutarla) y la justifica sirviéndose de numerosos argumentos de carácter histórico y local. En este sentido no debe olvidarse que Kramer plantea y resuelve una cuestión propia al sistema y la práctica constitucional estadounidenses. Esto no obstante el vigor de su defensa y el objeto mismo del debate, que no es otro que la legitimidad política en el seno de las sociedades democráticas contemporáneas y su ocupación, permite contrastar su trabajo con el de John Rawls, como venimos haciendo³⁰.

Si Rawls sitúa en el centro del negocio constitucional a las partes en la posición original (y ésta se convierte, casi, en una categoría mántrica) Kramer concede esa posición al pueblo o, por mejor escribirlo, al Pueblo. Así lo hace incluso antes de comenzar la exposición, en virtud de la cita que abre el volumen y da título a su propia obra. De acuerdo con el diálogo representado por Madison³¹ se dice lo siguiente:

«¿Quiénes son los mejores guardianes de las libertades del Pueblo?

Republicano.—El Pueblo mismo. El sagrado fideicomiso no encontrará lugar más seguro que el de las manos de los más interesados en preservarlo.

³⁰ En sentido similar, R. Gargarella señala que si bien no comparte la parte normativa del constitucionalismo popular (aquello que sus defensores propugnan para devolver el pueblo a su posición original) sí lo hace con la parte descriptiva. Así señala que «lo que me importa de esta corriente es su crítica a la impronta elitista del derecho actual, más que su propuesta normativa». GARGARELLA, «Diálogo...», pregunta quinta.

³¹ KRAMER, *op. cit.* La cita figura antes de los reconocimientos y proviene de la National Gazette del 22 de diciembre de 1792.

Anti-republicano.—El pueblo es estúpido, suspicaz y licencioso. No puede confiar con seguridad en sí mismo. Una vez que ha elegido su gobierno no debería pensar en otra cosa que en obedecer, dejando el cuidado de sus libertades a la mayor sabiduría de sus gobernantes».

Esta cita resume sin duda el aspecto subjetivo de la cuestión suscitada por Kramer, ya que Madison juega con dos acepciones vecinas pero diferentes. El contertulio republicano habla de *The People*, es decir, del Pueblo, mientras que su oponente le quita la mayúscula inicial para referirse tan sólo al *people* o pueblo, aunque también podría traducirse por la «gente», que es lo que probablemente quería señalar.

Desgraciadamente Kramer no muestra demasiado interés por afinar un concepto tan importante en su obra³², limitándose a servirse del término según conviene a su interés expositivo en cada caso. Queda claro, sin embargo, que simpatiza con la acepción más formal y que la dota de un matiz claramente popular que lo aleja de las invocaciones etéreas a las que la práctica política nos tiene acostumbrados. Tomemos como ejemplo una muestra:

2 de julio de 1798. Durante el debate en el Congreso acerca del Acta de Extranjeros —que concedía al Presidente la facultad unilateral de enviar a prisión o deportar a extranjeros incluso en tiempos de paz— Edward Livingston se enfrentó a los defensores del Acta. «Si estamos preparados para violar la constitución que hemos jurado defender», advertía, «¿se someterá el pueblo a nuestros actos no autorizados? ¿Sancionarán los estados [de la Unión] la usurpación de nuestros poderes? No deberían hacerlo, Señoría. Si no se resistiesen merecerían entonces las cadenas que estas medidas suponen para ellos». La respuesta a la admonición de Livingston fue inmediata y generalizada. Asambleas públicas celebradas en Kentucky, Virginia y a lo largo de los estados del Atlántico denunciaron las Actas de Sedición y de Extranjeros declarándolas nulas de pleno derecho. Una compañía de la milicia de uno de los condados de Virginia anunció que no prestaría su auxilio para hacer cumplir estas normas, mientras que un regimiento del Condado de Madison, Kentucky, señaló que tales normas «vulneran la Constitución y los derechos naturales, y (...) no podemos aprobarlas ni someternos a ellas». Los Federalistas contestaron a estas declaraciones y a otras similares defendiendo que se dejase a los tribunales los juicios acerca de la constitucionalidad de las normas, una posición que fue rechazada con fiereza por sus oponentes. Decir que «la decisión acerca de la constitucionalidad de todos los actos legislativos descansa exclusivamente en el poder judicial», escribió un corresponsal en el *Albany Register*, «supone quitar la piedra angular

³² ALEXANDER y SOLUM, *op. cit.*, pp. 1606 y 1607.

sobre la que descansa el edificio federal. Es quitar al pueblo la soberanía última»³³.

A esta referencia intuitiva de lo que el propio Kramer entiende por pueblo, añade otra mucho más clara apenas un par de páginas después. Glosando a St. George Tucker, dice así:

«Escuchemos a St. George Tucker, en el apéndice de su edición de 1803 de los *Comentarios de Blackstone*:

«(...) Las facultades de los diversos poderes del estado están delimitadas, y cualquier extralimitación de las mismas, tanto por parte del poder legislativo como de los demás poderes está igualmente sujeta a límites que no pueden ser transgredidos sin ofender al poder superior del que deriva entre nosotros toda autoridad; i.e., el PUEBLO».

Cuando Tucker y sus contemporáneos invocaban al «pueblo», además, no estaban conjurando una entidad abstracta o describiendo una justificación mítico filosófica del gobierno. «El pueblo» que ellos conocían podía hablar y así lo había hecho. «El pueblo» que ellos conocían había combatido en una revolución, manifestado su desacuerdo con los primeros frutos de la independencia, así como debatido y adoptado una nueva carta para gobernarse a sí mismo. Desde luego los Fundadores estaban preocupados acerca de los peligros de un gobierno popular, algunos de ellos de forma obsesiva. Pero también cautivados por sus posibilidades e intimidados ante su importancia. Su Constitución fue fundamentalmente un acto de voluntad popular: la carta del pueblo, hecha por el pueblo. Y, como veremos, fue «el pueblo mismo» —actuando por medio de sus agentes en el estado y respondiendo o enfrenándose a los mismos— quien era responsable de lo que debía ser adecuadamente interpretado y puesto en práctica»³⁴.

Son muchos los ejemplos que pueden expurgarse a lo largo del libro y, a diferencia de lo que sucede en el caso de la *Teoría de la Justicia*, su sentido es muy claro. Si en ésta es conveniente realizar un estudio pormenorizado de lo que las partes rawlsianas son y suponen, en el caso de Kramer nos estamos refiriendo sin duda al Pueblo en la acepción que resultó de las revoluciones del siglo XVIII, al Pueblo-Nación. Es evidente que ese Pueblo no constituye una categoría abstracta y así lo acaban de recordar las citas señaladas; es un pueblo formado por ciudadanos dueños de su vida y libertad, responsables de su futuro. Pero el hecho de constituir una entidad colectiva no res-

³³ KRAMER, *op. cit.* p. 4, quien a su vez toma los ejemplos de Robert H. Churchill, «Popular Nullification, Fries' Rebellion and the Waning of Radical Republicanism, 1798-1801», *Penn. History*, n.º 67, 2000.

³⁴ KRAMER, *op. cit.*, p. 6.

ta un ápice de fuerza a su capacidad de influir, hasta el punto de que en la práctica la importancia política se desplaza desde la suma de los ciudadanos al resultado mismo de esa suma, el Pueblo. Para decirlo con toda claridad: en una concepción como la defendida por Kramer importan más los derechos colectivos usurpados o usurpables por las élites que los individuales de los sujetos que forman el colectivo, ya que esto es lo más adecuado a una concepción de la soberanía que la hace descansar en la nación como cuerpo antes que en los sujetos que la componen.

Con arreglo a esto y refiriéndose a la cuestión de la vigencia de la constitución no escrita previa a la carta constitucional, señala Kramer que

«El concepto de ley fundamental en la metrópoli y en las colonias fue diferenciándose, evolucionando en Inglaterra hacia el sistema de soberanía legislativa que celebrara Blackstone. Dicha evolución no fue pasada por alto ni asumida sin más, y de hecho todavía podían encontrarse en Londres bolsas de resistencia a la misma bien entrado el siglo XIX. Sin embargo los actos de resistencia fueron escasos, y hacia mediados del siglo XVIII la versión ortodoxa en Inglaterra situaba la soberanía en el Parlamento antes que en el pueblo que permanecía más allá de sus puertas. (...)

Los Liberales Americanos jamás aceptaron la idea de que la soberanía residiese en el Parlamento. Para ellos la Revolución Gloriosa fue tanto un acto de reafirmación de la voluntad popular como la confirmación de la viabilidad de la constitución no escrita como medio de control del gobierno»³⁵.

Así las cosas, se entiende que en el sistema dibujado por Kramer no pueda encontrarse algo parecido a la posición original rawlsiana. En primer y evidente lugar, porque la posición original que se presenta en el ensayo de Kramer dista mucho de ser hipotética. La Revolución Americana supone uno de los escasos ejemplos en los que se dan la mano en un momento histórico concreto tanto el alumbramiento de un régimen político como el de una Nación. Si se desea ver así, una de las raras ocasiones en las que el contractualismo podría verse ratificado por la fuerza de los hechos, ya que su idea motriz, el origen consensual del fundamento de la convivencia política, encuentra su apoyo en la Constitución americana.

Pero a esta ineludible diferencia de hecho se debe añadir, además, otra de método. Ya hemos señalado cómo la construcción rawlsiana

³⁵ KRAMER, *op. cit.*, p. 35.

descansa sobre la doctrina del velo de la ignorancia. Habida cuenta de que Rawls busca salvaguardar no sólo las libertades individuales, cosa que va de suyo en cualquier doctrina democrática, sino asegurar la igualdad de los ciudadanos como único medio de construir un sistema justo (y de ahí los dos principios y su orden lexicográfico), la *Teoría* introduce la doctrina del velo de la ignorancia como único medio de nivelar las desigualdades de todo tipo que se dan entre las personas y evitar las disfunciones de los sistemas utilitaristas a la hora de valorar los intereses de todas las partes en juego³⁶. Difícilmente podría ser considerado John Rawls como un pensador liberal si rechazase la influencia o la existencia misma de los intereses individuales en el seno de una sociedad, así como la necesidad de dar cobertura a los mismos. No lo hace. A decir verdad, pretende que el resultado último de su elaboración equilibre la justicia del sistema general con la más alta satisfacción de los intereses individuales que sea compatible con tal justicia. Sin embargo ya he señalado como para lograr una mayor imparcialidad considera necesario reducir la información puesta a disposición de los encargados de elucidar los principios de la justicia, puesto que de tener toda la información acerca de sus representados y de los sujetos representados por otros en el negocio constitucional, entiende que se daría una concurrencia de intereses cuyo resultado sería la elección de principios en virtud de una negociación antes que por la bondad ínsita de los mismos. En suma, viene a equiparar los intereses de los sujetos con la parcialidad de los mismos y, en último término, con la injusticia general del sistema.

Según lo dicho, Kramer no tiene mayor interés doctrinal en el procedimiento utilizado para elaborar la Constitución. Lo que le mueve a redactar su ensayo es señalar quién es el autor real de tal Constitución y a quién le corresponde el control último de la misma una vez aprobada. Esto no obstante, se puede afirmar que una doctrina como la del velo resulta ininteligible en el modelo general que presenta Kramer. Para él, lo que dota de mayor sentido y estabilidad a las normas es precisamente lo contrario: que éstas recojan la mayor cantidad de intereses que su coherencia interna tolere. Para este autor tanto los intereses como la información resultan especialmente útiles

³⁶ Estas disfunciones, según Rawls, tienen que ver con que se conceda la misma importancia y consideración a todas las finalidades e intereses particulares en una sociedad a la hora de valorar el nivel promedio de satisfacción general. Paradigmáticamente considera que no se puede conceder una misma atención y respeto a los intereses de aquellos que propugnan un modelo social excluyente que a los de los demás ciudadanos. RAWLS, JOHN, *Teoría de la justicia*, Madrid, 2002, apartado I, parágrafo 5.

a la hora de legislar y de interpretar las normas. Veamos, por ejemplo, qué señala acerca de los intereses³⁷.

«Consideremos el argumento según el cual los jueces pueden discurrir acerca de cuestiones de moralidad política mejor porque su independencia institucional les aísla de esa clase de sucio interés egoísta que distorsiona el pensamiento de los ciudadanos normales y los políticos. Incluso dando por sentado que los jueces permanezcan aislados de sus propios intereses de modo significativo, el argumento de que esto sea bueno choca con otros principios epistemológicos —como, por ejemplo—, que las decisiones difíciles se toman mejor por parte de aquellos que se juegan más en el asunto para decidir responsablemente. ¿Cómo resolvemos este desacuerdo? Incluso no concurrendo las circunstancias necesarias o convenientes para alcanzar un resultado moralmente correcto, cualquier argumento que considere a los jueces más capacitados para hacerlo, o bien carece de fundamento o bien constituye una falacia lógica».

En suma, nadie puede sustraerse a sus propios intereses. Pero es que en el caso de que tal cosa fuera posible, ¿es necesariamente útil? Como he adelantado, Kramer considera que no, y ofrece incluso su apoyo a la intervención de los lobbies en la elaboración de las normas siguiendo un patrón acaso ingenuo pero inequívoco en sus términos³⁸.

³⁷ KRAMER, *op. cit.*, p. 237.

³⁸ A modo de cierre de esta sección citemos al propio autor. «Los académicos que se ocupan del estudio del Congreso se muestran normalmente de acuerdo en que si bien es cierto que los legisladores persiguen normalmente su reelección, también lo es que tienen otras cosas en la cabeza —y no es de las menos importantes marcar la diferencia— y labrarse una buena reputación mediante la creación de una política pública adecuada. (...) Para conseguir algo, los legisladores deben trabajar con grupos de interés. Esto tiene ventajas importantes que los comentaristas legales tienden a pasar por alto demasiado fácilmente, como proporcionar a los legisladores mucha información necesaria, ayudarles a comprender y a anticipar cómo afectará la legislación a grupos relevantes (...) (*además*) afirmar que los legisladores no se desenvuelven en una especie de situación Habermasiana ideal no significa que el proceso legislativo no sea deliberativo o que esté desprovisto de principios. Las decisiones del Congreso todavía se toman dependiendo de que haya una justificación adecuada para el voto: justificaciones persuasivas, que el legislador considera que puede ofrecer a sus electores cuando regrese a casa, y que son coherentes con o razonablemente diferentes de otras posiciones que haya defendido. Esto resulta particularmente cierto cuando se plantean cuestiones constitucionales de alto nivel que encienden la controversia nacional —lo que significa—, como mínimo, que el Congreso es una institución mucho mejor de lo que los retratos hiperbólicos que del mismo se hacen nos podrían llevar a creer. KRAMER, *op. cit.*, p. 239.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Así sentados las premisas de uno y otro autor acerca del sujeto normativo constitucional es el momento de hacer una valoración sobre su respectiva ubicación.

Metodológicamente, queda fijado que uno y otro se sirven de modelos diferentes a fin de determinar qué sea lo justo en el ámbito constitucional, ya dentro del ámbito más estricto y abstracto que delimita la llamada estructura básica de la sociedad rawlsiana, ya en el más extenso y práctico de la Constitución estadounidense abordado por Kramer. De lo inmediatamente señalado resulta que el decano de Stanford aboga por una construcción lo más compleja posible, en la que no se limiten ni los agentes ni la información a disposición de los mismos. Rawls, sin embargo, pretende evitar las confrontaciones que inevitablemente se derivan de un exceso de información acerca de los intereses propios y ajenos mediante la imposición a un número reducido de agentes del llamado velo de la ignorancia. Tanto es así que podríamos afirmar sin temor a resultar excesivamente exagerados que la valoración de la justicia constitucional puede quedar al cuidado de unas pocas personas en el modelo rawlsiano. Así resulta de que los agentes puedan representar a un número indeterminado de individuos que, además, resultan igualados en lo esencial mediante la supresión ideal de cualquier diferencia separadora entre los mismos.

Atendidas estas diferencias se da sin embargo una paradoja. El programa de Kramer, que se quiere más apegado a la realidad de los fines e intereses populares, está inevitablemente separado de la práctica jurídica y constitucional, circunstancia a la que él mismo no es ajeno, ya que en definitiva lo que pretende es revertir al pueblo, los muchos, el control e interpretación de las normas fundacionales detentado por las élites jurídicas, los pocos. La teoría de Rawls, por el contrario, está mucho más cerca de esa misma práctica a pesar del carácter abstracto de su elaboración y presentación, ya que en definitiva el cuidado de la Constitución, del negocio jurídico relativo a la estructura básica de la sociedad, corresponde a grupos reducidos de juristas que, en principio, tienen como finalidad primordial la autointegración y conservación de las normas constitucionales que rigen la comunidad. Bien es cierto que la práctica demuestra que los tribunales constitucionales, ya lo sean a la manera estadounidense o a la europea, no son en absoluto ajenos a los intereses de las grandes fuerzas políticas puestas en juego, pero no invalida esto el hecho de que se conduzcan de manera más bien elitista y que eviten en lo posible los intereses meramente particulares.

Esta confrontación metodológica resulta seguramente de la premisa subjetiva absolutamente diferente de la que uno y otro parten. Sin ánimo de ser exhaustivos, se puede afirmar que en la elaboración de Rawls la categoría de pueblo tiene un valor puramente residual. Todo lo más, es la circunstancia fáctica que delimita el contenido de las partes en la posición original³⁹. Desde luego, ni añadido ni descubro nada al afirmar que Rawls se adscribe al individualismo propio de todas las construcciones liberales. Como no se ocupa este trabajo de su relación con otras modalidades del pensamiento liberal, no tiene mayor sentido fijar si es mucho o poco liberal. Quienes afirmen que es un individualista radical o que promociona una suerte de egoísmo social insolidario sencillamente desconocen los aspectos sociales de su teoría, particularmente los derivados de la defensa constante de la igualdad real, hasta donde la abstracción de su modelo lo permita, así como de la distribución de los beneficios sociales mediante el doble principio de justicia y su configuración lexicográfica. No se debe olvidar, en efecto, que el disfrute de ventajas socioeconómicas está sujeto a su juicio a una doble limitación: que no perjudique la igualdad en derechos y libertades que proclama el primer principio, y que esté abierto a todos los individuos y aún beneficie a los menos favorecidos, tal y como proclama el segundo principio. Ahora bien, siendo todo esto cierto, no lo es menos que la Teoría parte de los individuos y se asienta en ellos. De hecho elude incluso formas clásicas de una concepción más abierta a lo social, como demuestra, por ejemplo, que las partes sean definidas como personas morales, libres e iguales antes que como ciudadanos morales, libres e iguales. No cabe dudar de que la persona tiene una dimensión social ineludible, pero esa dimensión sólo adquiere protagonismo y carácter sustantivo cuando el sujeto normativo es definido como ciudadano antes que como persona.

En vista de lo que llevo explicado hasta el momento, la premisa subjetiva de Larry Kramer es muy otra, y así se manifiesta desde el título mismo de su ensayo: «The People Themselves». Poco importa que use indistintamente la mayúscula o la minúscula inicial para referirse al pueblo, que el pueblo como tal sólo pueda ser concebido como un sumatorio de ciudadanos, o de personas o de simples indi-

³⁹ Así, por ejemplo, sin mencionar expresamente al pueblo o a la comunidad, Rawls afirma que «La justicia como equidad recupera y reformula la doctrina del contrato social (...) en la siguiente forma: los términos equitativos de la cooperación social tienen que entenderse como si fueran acordados por quienes están comprometidos con ella, esto es por ciudadanos libres e iguales, nacidos en la sociedad en la que viven». RAWLS, JOHN, *vid. Liberalismo...*, p. 53.

viduos. Lo cierto es que Kramer toma en consideración al pueblo mismo, para él elabora su teoría y a él se remite como fuente primera y última de autoridad. Así, la observación que acabo de realizar acerca del sujeto normativo en la Teoría es aplicable igualmente en el caso del libro con el que la vengo confrontando: Kramer no menciona a las personas, no se remite a ellas ni se ocupa de sus intereses particulares. Los individuos que aparecen a lo largo de los capítulos son agentes de movimientos más amplios, portavoces de posiciones colectivas enfrentadas antes que ciudadanos independientes y críticos, deudos del pueblo mismo o de las fuerzas que trabajan incansablemente en contra del mismo.

Se podría decir por tanto que el constitucionalismo popular se encuadra, según los casos, en las corrientes comunitaristas y republicanas de cuyo estudio somero en relación con la *Teoría* se ocupa R. Gargarella⁴⁰, si bien es cierto que no siendo aquellas corrientes homogéneas, como el mismo autor indica, difícilmente podremos adscribir los postulados de Kramer y sus colegas en una u otra. Poco importa, en realidad, que seamos capaces de realizar una taxonomía académica, ya que lo que resulta evidente es que mientras Rawls llama a primer término a los individuos, Kramer invoca al colectivo. Además no se limita a referirse al grupo que como tal conforma cualquier realidad social en la que los hombres se desenvuelven, sino al Pueblo que, como en la cita que anteriormente hice, se levantó contra una metrópoli, hizo una revolución y redactó una carta constitucional; al Pueblo que actualizó una constitución inveterada y consuetudinaria a fin de preservarla mediante su actualización de aquellos que se habían desviado de sus principios más sagrados; en suma, a la Nación.

En el ámbito del que nos venimos ocupando, esta invocación nacional tiene una primera consecuencia. El constitucionalismo popular puede dialogar con el liberalismo político de igual a igual, pero como sujetos diferentes de hecho. Permítaseme servirme de un ejemplo gráfico y altamente ilustrativo. En la edición estadounidense de *The People Themselves* (por otra parte, la única hasta el momento) la portada reproduce una tela de George Caleb Bingham titulada «Las elecciones del Condado». En ella aparece una fila de votantes de mediados del siglo XIX que aguardan para depositar sus votos en la urna situada a la entrada de lo que parece ser un edificio porticado

⁴⁰ GARGARELLA, ROBERTO, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, 1999. La descripción y diferencias de estas corrientes se describen en los capítulos 5 y 6.

público, mientras un grupo igualmente numeroso de personas charlan en grupos diversos. En él se pueden distinguir tanto las levitas y chisteras como las chaquetas cortas y los sombreros desfondados. El pueblo en toda su heterogeneidad. Por el contrario, en la edición de *Liberalismo Político* publicada por Crítica en España, la portada reproduce una fotografía no identificada en la que aparecen de espaldas dos hombres que visten abrigo largo y oscuro, portan paraguas negros en su mano derecha y están cubiertos con sombreros de copa. Dos, tan sólo, que son la perfecta representación del caballero decimonónico, la edad dorada del liberalismo político. Una y otra reproducen gráfica e intuitivamente lo que los respectivos autores quieren transmitir o, de no quererlo, transmiten de hecho. Esta confrontación gráfica ilustra muy poderosamente la dificultad de cuadrar una teoría, la liberal, que parte de la igualdad o llega a ella desde la reducción numérica de los sujetos iguales, y otra, la constitucionalista popular, que atiende a la unidad del grupo derivada de la existencia del grupo mismo y sin atender a la diversidad inevitable de las personas que lo componen.

Pero la anécdota no debe descuidar la mención a la categoría. La diferencia de hecho encierra y supone otra más amplia. No cabe dudar de que la tesis de Kramer y el modelo que propone parten de un modelo democrático y persiguen el perfeccionamiento del mismo. Sin embargo es, a mi juicio, incompatible con la tradición contractualista que pretende actualizar John Rawls. En último término (también podría decirse que en el primero de ellos) Larry Kramer tan sólo considera la existencia de un sujeto, de una parte en la génesis del negocio jurídico fundacional: el Pueblo mismo. Si en el caso contractual la legitimidad proviene del acuerdo entre las partes que lo celebran y de su intención y deseo de someterse al mismo, de la concurrencia de voluntades que se reconocen recíprocamente como capaces para alcanzar un acuerdo vinculante, en el de Kramer la legitimidad nace y se agota en la voluntad del pueblo. Esa unidad y unicidad de la voluntad popular excluye de por sí el uso de la estructura contractual. Se dirá que dicha voluntad es ficticia, que el Pueblo no existe como tal unidad orgánica. Pero lo cierto es que ni se conoce ni se ha dado un caso histórico en el que el contrato social se haya celebrado como tal entre personas concretas. En un intento bienintencionado de forzar las categorías podríamos llegar a afirmar que sí que existe una suerte de acuerdo fundacional cuando el pueblo actúa, puesto que el autocontrato es una más de entre las modalidades que la contratación permite. Sin embargo, la historia jurídica demuestra que el autocontrato como tal es más una elaboración doctrinal sancionada por la

ley que una figura propia de la naturaleza del contrato mismo, mientras que la práctica civil acredita que el autocontrato es las más de las veces una ficción que dota de fuerza y apariencia de derecho a la concurrencia de intereses diversos en un mismo sujeto.

En suma, si bien la obra de Kramer no persigue confrontarse doctrinalmente con la teoría de Rawls, a diferencia de lo que sucedió con los trabajos de autores comunitaristas y republicanos que respondieron a la publicación de la *Teoría*, lo cierto es que supone una nueva revisión crítica de la misma. No cabe concluir otra cosa, toda vez que en la elaboración del negocio constitucional se distingue tanto por el sujeto invocado, como por el procedimiento utilizado y la legitimación puesta en juego.

En Algeciras, a 25 de abril de 2009.