

## CAPÍTULO V

# JUSTICIA Y DERECHO

En la introducción de este trabajo he señalado que si bien era posible pensar que Kelsen de haber conocido la evolución que ha tenido en la filosofía política el desarrollo de diversas concepciones sobre la justicia apoyadas en la teoría de la elección racional, la teoría de los juegos o aún en situaciones contrafácticas, que por aplicación de un procedimiento reglado, llegan a resultados que pueden concebirse como ciertos principios de justicia, hubiera modificado su idea que el ideal de justicia es irracional, de todas formas debemos admitir que nada autoriza a pensar, a pesar de los desarrollos hoy conocidos en las diversas teorías de la justicia, que hubiera cambiado su postura científicista en torno al approach que la teoría o la ciencia del derecho debe hacer a su objeto. Sintetizando podemos afirmar que ninguna teoría de la justicia ha descubierto o demostrado la factibilidad de una conexión conceptual necesaria entre justicia y derecho. Esto significa que la pretensión de legitimidad que se intenta atribuir al derecho buscando tal conexión necesaria resulta fallida, aún si se intenta vincular al derecho con la mejor o más fundamentada teoría de la justicia que se pueda reconocer.

Ya he desarrollado extensamente argumentos para demostrar que de ninguna de las teorías de la justicia puede predicarse la verdad de sus contenidos sustantivos y esto es un obstáculo ontológico y epistemológico para toda pretensión de fundar una concepción imperialista de la moral sobre el derecho. Sin embargo, en esto insisten autores modernos, pero, en mi opinión, carecen de fuerza de convicción los argumentos que vierten para abonar la tesis de la conexión conceptual necesaria entre derecho y moral.

Las teorías que afirman que las elecciones de principios como resultado de un diálogo racional (194) llevado con un alto grado de imparcialidad culminan en la verdad moral introducen una confusión en la que subyace la

---

(194) En este sentido HABERMAS ha pergeñado la idea de que: "Autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida que los procedimientos institucionalizados para la producción legislativa y para la administración de justicia garantizan una formulación imparcial del juicio y de la voluntad común y por esta vía permiten que penetre, tanto en el derecho como en la política una racionalidad procedimental de tipo ético. Cfr. ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? *Escritos sobre moralidad y eticidad* (Paidós/I.C.E.U.A.B), 1991.

finalidad de persuadir a los oyentes e interlocutores, más que lograr demostrar su objetividad.

La teoría de la justicia acorde con la hipótesis que he planteado y pretendo corroborar funcionará como un paradigma crítico de la conformación de la estructura básica de la sociedad y sus principales instituciones normativas.

### 5.1. La teoría del derecho y su approach positivista

Los rasgos característicos de toda teoría positivista del derecho pareciera que están enmarcados, aunque difieran en otros aspectos, en su approach al derecho. Los rasgos comunes consisten en que pretenden ser teorías cuyo paradigma se funda en un test empírico. El “derecho que es” es el objeto de la ciencia jurídica y determinar que es derecho en cualquier sociedad requiere de un test empírico pues la fuente originaria del derecho es social.

Si dicho test exigiera que para considerar lo que es derecho se agregara algún criterio moral al cual el orden normativo debería conformarse para ser considerado derecho, la teoría del derecho perdería gran parte de su sentido y utilidad. Las teorías positivistas del derecho entienden que identificar lo que es el derecho es una tarea descriptiva y general, incorporar criterios de justicia o evaluativos para la identificación del derecho impediría que la teoría fuera una teoría general del derecho y sería sólo una teoría particular de un derecho: aquel que se correspondiere con los criterios evaluativos o morales que la teoría en cuestión sustentara. La teoría así entendida no sería descriptiva sino justificatoria del orden jurídico normativo.

Hart, uno de los más renombrados juristas de este siglo, ha sustentado el criterio descriptivo y general para la teoría positivista del derecho. En su postscriptum (195) al Concepto de Derecho mantiene esta tesitura en tono polémico con Dworkin. Así dice:

“El propósito de este libro —se refiere al Concepto de Derecho— era ofrecer una teoría acerca del Derecho que fuese a la vez general y descriptiva. Es “general” en el sentido de que no se encuentra atada a ningún sistema o cultura jurídica en particular, sino que busca hacer un recuento explicativo y aclaratorio del Derecho como una institución social y política compleja, que posee un aspecto gobernado por reglas y, en este sentido, “normativo”. Tal institución, a pesar de las muchas variaciones que acusa en diferentes culturas y épocas, ha asumido la misma forma y estructura general, si bien ha sido rodeada de muchas comprensiones erradas y mitos que la oscurecen. El punto de partida para esta tarea esclarecedora es el difundido conocimiento común de los principales rasgos del sistema jurídico nacional moderno que atribuyo a cualquier

---

(195) “Poscript”, *The Concept of Law* by H. L. Hart (2nd ed. 1994). Oxford University Press, 1961, 1994 (la transcripción se extrae de la obra *la Decisión Judicial. El debate HART-DWORKIN*. Universidad de los Andes, 1997, Bogotá).

persona educada. El recuento es “descriptivo” por cuanto es moralmente neutro y sus objetivos no buscan justificar ni recomendar, con base en un fundamento moral o de otra índole, las formas y estructuras que aparecen en la descripción general que hago del Derecho, aún cuando clara comprensión de ellas, es, en mi opinión, un aspecto preliminar de importancia para cualquier crítica moral del Derecho que haya de ser útil”.

### 5.1.2. El punto de vista externo e interno del derecho

Un debate todavía inacabado se ha desarrollado como consecuencia de la distinción que el propio Hart efectuara entre el punto de vista externo e interno del derecho. El derecho para el positivismo jurídico es un fenómeno social, proviene de fuentes sociales, identificable empíricamente y además es falible moralmente o lo que es lo mismo sus contenidos morales no son concluyentes. De ahí que toda conexión entre el derecho y la moral sea meramente contingente. Se advierte así que el derecho es una cuestión de hechos complejos y que no es necesario recurrir a algún criterio moral aceptado para identificar como derecho a un sistema normativo. Por otra parte afirmar que una norma forma parte del derecho no implica aceptar o reconocer que existan razones morales para actuar de acuerdo a ella. Si esto es admitido, parece cierto que los enunciados a través de los cuales se identifica lo que es derecho son meramente descriptivos y, además, como tales, susceptibles de ser calificados como verdaderos o falsos. La tarea de describir lo que el derecho sea es la de un observador externo, quien, en consecuencia, adopta un punto de vista externo al derecho y no explica —según algunos autores— todavía por qué existiría un deber jurídico de cumplir con las exigencias del derecho. Sin embargo es propio del sentido común vertido en el lenguaje ordinario, entender que el derecho no sólo se presenta como un fenómeno social que puede ser descrito en el tiempo y en el espacio sino que además su descripción incluye juicios de deber que integran las acciones y decisiones de los operadores jurídicos. Este sería el aspecto *normativo* del derecho.

Raz ha formulado una crítica al “reduccionismo semántico”, concepción a la que le atribuye la propuesta de traducir los enunciados jurídicos de lo que se debe hacer a enunciados descriptivos. Esto es un profundo error, nos dice, pues se pierde un aspecto relevante del derecho ya que las normas funcionan como parte de razonamientos prácticos justificatorios de acciones y decisiones (196).

El reduccionismo semántico sería la tesis que llevaría a algunos autores a identificar el derecho con el mandato o imperativo de un soberano o con la probabilidad de que en caso de no cumplir con ciertas reglas sea probable que aquel que las desobedezca sufra una sanción ordenada por los tribunales o finalmente que la obligación o el deber se convierta en una constricción de orden psicológico.

---

(196) Cfr. BAYÓN, Juan Carlos [1991], Madrid.

El punto de vista interno del derecho consiste en la aceptación de las normas como criterios de guía y evaluación de conductas. El aspecto interno separa la obligación jurídica como razón, de otras razones en las que uno se ve obligado a hacer u omitir determinadas acciones exclusivamente por la violencia física impuesta. Lo que Hart jamás admitió es que el punto de vista interno deba ser identificado con una justificación moral del derecho (197).

La concepción de Hart sobre el derecho ha sido denominada la “teoría práctica de las reglas”. Tiene dos rasgos: por un lado, las reglas son reglas sociales de un grupo que comprende patrones de conducta seguidos regularmente por la mayoría de sus miembros y a la vez una “actitud normativa” característica frente a dichos patrones de conducta que denomina “aceptación” (198). La aceptación es una disposición de los individuos a adoptar (199) estos patrones de conducta como guías de su propia conducta futura y como parámetros de crítica que pueden legitimar exigencias y diversas formas de presión para la conformidad. El punto de vista externo es el del observador y el interno es el de quien participa en dicha práctica y acepta las reglas como guías de conducta y parámetros de crítica (200).

Me parece conveniente destacar que existe una división tajante entre lo que entiende por “normativo” Dworkin y lo que significa para Hart. Este último advierte que le resulta oscuro el significado que Dworkin parece sostener, ello en razón, de que este último, habla de estados de cosas normativos o, lo que es lo mismo, que existan buenos fundamentos morales o justificaciones para hacer lo que requiere la regla. Esto lleva a Dworkin —según la interpretación de Hart— a sostener no sólo que los participantes creen que existen fundamentos morales o justificaciones sino también que existan en realidad tales fundamentos.

### 5.1.3. Reglas y hechos morales

Afirmar que las reglas se fundan en creencias sobre la existencia de hechos morales lleva a una posición poco sustentable, pues la existencia de las reglas dependería de la existencia de hechos morales o en todo caso en un

---

(197) La noción denominada “punto de vista interno” introducida por Hart dio lugar a desarrollos de diversas teorías que pretenden justificar una conexión necesaria entre la moral y el derecho. En este capítulo sólo serán consideradas tangencialmente.

(198) Un desarrollo interesante e iluminador que distingue entre aceptación y creencia por una parte e internalización de reglas y aceptación de las mismas puede verse en la obra de la profesora María Cristina Redondo, “*La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*”, CEC, 1996.

(199) La aceptación así es un acto mental intencional; cuando se refiere al contenido de una de norma es tener una actitud de tomar al contenido significativo como una premisa. La aceptación no requiere razones epistémicas.

(200) HART admite la distinción que hace Dworkin entre un consenso por convención y otro por convicción. Para Hart su teoría sólo comprende el consenso convencional. Este último significa que la práctica social compartida sólo incluye como razones de esa práctica la conformidad general de grupo. Hart no está interesado en explicar la moral individual o social.

sentido más débil de la creencia de los participantes en tales hechos morales. Hart dice que ninguna de las dos condiciones, la primera la más fuerte y la segunda la más débil, es aceptable. Bien sabido es que algunas reglas pueden ser aceptadas sencillamente por deferencia a la tradición por el deseo de identificarse con otros o por la creencia de que la sociedad sabe qué le conviene a los individuos. Todas pueden ser razones morales para objetar las reglas existentes, sin que ello haga mella en la existencia de las mismas.

La tesis más fuerte de Dworkin sobre la existencia de reglas lo lleva a una posición cercana al realismo moral (201). Esta afirmación se funda en que para el autor existirían juicios morales verdaderos pues éstos validarían la verdad de una proposición jurídica. Para que existan juicios morales verdaderos se requiere afirmar la existencia de hechos morales objetivos que serían la referencia de los juicios morales. Como ha sostenido Mackie el realismo moral no es otra cosa que expandir el yo en el mundo y creer que esta expansión transforma a lo subjetivo en objetivo. El juez llamado a resolver una cuestión sobre la base de fundamentos morales es incitado, en esta teoría normativa, a recurrir a su discreción.

Por eso Hart asevera que la teoría del derecho deja abierto el problema del carácter objetivo de los juicios morales y, siguiendo a Raz, señala que el derecho concede a los jueces discrecionalidad cuando los autoriza a usar su mejor criterio moral para crear intersticialmente una solución para el caso. En ese caso la moral no debe entenderse como una ley preexistente.

#### **5.1.4. La concepción de justicia en John Rawls y la posible conexión con el derecho**

La teoría del derecho que nos propone Hart, como vimos, hace una división tajante desde el punto de vista conceptual entre derecho y moral o también entre derecho y justicia, no existe una conexión necesaria, a lo sumo la identidad de contenidos es meramente contingente.

Así el punto de vista interno del participante no obliga a reconocer una conexión necesaria entre derecho y moral, lo contrario nos obligaría a admitir, como algunos autores han sostenido, un imperialismo de la moral sobre el derecho.

El interrogante que planteo en este capítulo es: ¿si desde la Teoría de la Justicia es menester proponer una conexión conceptual necesaria entre derecho y justicia? Ello me lleva a analizar si ese supuesto subyace en la concepción de la justicia como equidad de John Rawls.

El título mismo de la obra “Teoría de la Justicia” desplaza la vieja noción de Derecho natural. Esto no tiene una importancia menor. La teoría de la

---

(201) Dejo de lado la diferenciación, que Dworkin efectúa, entre derecho preinterpretativo e interpretativo por exceder el límite que me he fijado para este trabajo.

justicia no se presenta ya con una pretensión ontológica de origen divino o racional superior al fenómeno jurídico positivo.

Este desplazamiento de esta pretensión ontológica diluye en gran parte la afirmación metafísica de la existencia de un orden moral o jurídico trascendente o inmanente que tiene la pretensión de dar autoridad moral a todo el sistema jurídico positivo. Así Rawls en su Teoría de la Justicia, compara a la misma con una teoría científica y hace el siguiente paralelo:

“La justicia es una virtud de las instituciones sociales como la verdad lo es a los sistema de pensamientos. Por más atractiva que sea una teoría científica tiene que ser rechazada si no es verdadera, de igual modo no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas o sean eficientes, si son injustas han de ser abolidas o reformadas” (202).

La noción es clara: el derecho no deja de ser tal por ser injusto, la propuesta es reformarlo o abolirlo, esto es compatible con una teoría descriptiva del derecho.

### **5.1.5. Los principios de justicia son normativos, pero no encuentran su fundamento en hechos morales**

Hemos visto cómo Hart pone en duda la normatividad del derecho fundada en la existencia de hechos morales. Podría pensarse que una Teoría de la Justicia requeriría recurrir a hechos morales y a sus correspondientes juicios morales verdaderos para fundamentar racionalmente sus principios de justicia. Sin embargo no es así, Rawls sostiene:

“Las partes en la posición originaria no se ponen de acuerdo sobre cuáles son los hechos morales como si ya existieran tales hechos. No es que estando situadas imparcialmente tengan un visión clara y sin distorsiones de un orden moral previo e independiente” (203).

Para el constructivismo político no hay tal orden y por consiguiente no hay tales hechos fuera del procedimiento de construcción como un todo. Los hechos en todo caso son identificados por los principios resultantes. La noción de objetividad en Rawls se vincula a la posición original con la idea de “equilibrio reflexivo”, ello se infiere de lo que afirma:

“... Semejante construcción proporciona los primeros principios de una concepción de justicia que casa más fielmente que otras visiones con nuestras convicciones consideradas en equilibrio reflexivo general y amplio, entonces parecería que el constructivismo proporciona una adecuada base para la objetividad” (204).

---

(202) Op. cit., p. 3 [1999].

(203) El constructivismo kantiano en la teoría moral, op. cit. [1986].

(204) Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la Justicia, 1986, p. 183.

Las coincidencias que advierto, en este aspecto, entre teorías del derecho como la de Hart y Kelsen, con los pensamientos rawlsianos, no me parece una excentricidad. Acorde con Kelsen la cuestión de la justicia reviste para la Teoría Pura un obstáculo epistemológico. En Rawls la noción de justicia es un problema práctico y no tiene tampoco solución epistemológica.

### 5.1.6. El derecho y el gobierno de la ley

Todavía podría existir el interrogante sobre si Rawls no introduce en alguna parte de su obra alguna tesis que implique admitir una conexión necesaria entre derecho y justicia. Conviene efectuar un breve análisis de su trabajo para dar respuesta al interrogante.

En “Teoría de la Justicia”, Rawls intenta conciliar dos ideales en tensión como son la libertad y la igualdad. Los principios que surgen como resultado del procedimiento llevado a cabo en la posición originaria no son presentados como principios que tienen validez universal y absoluta. Por el contrario, en sus últimas obras, afirma que son aplicables a sociedades con una larga tradición democrática. Acordados los dos principios, Rawls argumenta sobre cómo podrían instrumentarse en las instituciones sociales. ¿Significa esto que se propone establecer una conexión necesaria entre el derecho y los principios de justicia?

La secuencia de cuatro etapas por la cual el primer principio se instrumenta en la constitución y las dos partes del segundo en la legislación no constituyen una exigencia de la teoría para fundar la validez del orden jurídico. La secuencia que Rawls instrumenta forma parte de una teoría moral y no pertenece a la descripción del funcionamiento de constituciones reales, excepto, nos dice:

“en lo que los agentes políticos pudieran estar influenciados por su concepción de justicia”.

Si una constitución y la legislación real no instrumentan tales principios podrá decirse que las instituciones son injustas, que tienen que ser abolidas, mas no se deriva de ello que el derecho sea inválido. Esto es compatible con una teoría descriptiva del derecho.

Más adelante Rawls considera necesario para preservar la prioridad de las libertades básicas que se cumpla el ideal del gobierno de la ley cuyos rasgos específicos son: 1) Deber implica poder: las normas han de ser tal clase que los hombres las puedan cumplir razonablemente. Ello supone la idea de que aquellos que legislan lo hacen de buena fe y que además las leyes pueden ser obedecidas. 2) Casos similares deben ser tratados de manera similar. 3) Nullum crimen sine lege. 4) Integridad y debido proceso legal. Sin juicios justos que no dependan del clamor popular las libertades del primer principio se tornan inciertas. 5) El establecimiento de sanciones debe ser para garantizar la estabilidad. No deben ser graves y no sólo debe medirse el costo tributario de las mismas, sino la interferencia con la libertad. Todos estos valores son el soporte de un Estado de derecho y, no deben interpretarse

—en la teoría de Rawls— como condición necesaria de la validez del derecho. Vale la pena recordar lo que el propio autor sostiene al respecto lo que confirma la hipótesis que he conjeturado:

“Lo que distingue a un sistema jurídico es su amplio alcance y sus poderes reguladores respecto de otras asociaciones. Las acciones constitucionales que define tienen, generalmente, el derecho exclusivo a las formas más extremas de la coacción. Las clases de coacción que las asociaciones privadas pueden emplear están estrictamente limitadas”

Claramente, como se advierte, Rawls introduce la nota de orden coercitivo para definir el derecho y no pretende, como puede derivarse de lo que sostiene Dworkin, que el derecho debe justificar la coacción apelando a razones morales justificativas. El gobierno de la ley, en la tesis de Rawls, sólo concierne y se vincula con una noción ideal, las desviaciones de este ideal deben ser corregidas. Esta tesis es compatible con una teoría descriptiva del derecho.

### 5.1.7. La desobediencia civil

La teoría de la desobediencia civil en Rawls se define como un acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido con el propósito de ocasionar un cambio de la ley o en los programas de gobierno. Para justificar la desobediencia se recurre a principios de justicia subyacentes o comúnmente compartidos. Pero la ley se acepta y el desobediente está dispuesto a aceptar las consecuencias de la propia conducta. La actitud no es desconocimiento de la validez o existencia de la ley injusta. Es una desobediencia moral a la que el positivismo conceptual nada tiene que objetar pues no afirma, como podría hacerlo un positivista ideológico, la obligación estricta de obedecer la ley.

La tesis, que sigue el autor que analizamos, entiende que la desobediencia civil se debe restringir a graves infracciones del primer principio de justicia, como también aquel que prescribe la justa igualdad de oportunidades. Las infracciones al principio de diferencia son más difíciles de reconocer. De ahí que Rawls no incorpore como una noción esencial a las dos partes del segundo principio en la constitución. No deja Rawls, como es dable advertir, de reconocer que el derecho es válido aunque sea injusto. Cabe observar, que el propio Dworkin se vio forzado a reconocer que el derecho preinterpretativo, obligaría jurídicamente a pesar de su iniquidad en aquellas obligaciones, que por ejemplo, nacen de los contratos y que serían ajenas a la injusticia global del sistema jurídico en cuestión.

Puedo agregar que la teoría de la desobediencia civil en sí misma no sería aceptable si no se reconociera al derecho injusto como derecho. La teoría de la desobediencia civil es compatible con una teoría descriptiva del derecho y no con una teoría normativa que establezca como condición necesaria una conexión estricta entre moral y derecho. Acorde con la noción de conexión necesaria sólo cabría admitir la resistencia militante.



### 5.1.8. Justicia y derecho en el “Liberalismo Político”

En esta obra Rawls se desliza ambiguamente entre la tesis de la teoría descriptiva de Hart y ciertas teorías normativas como la de Soper, esto lo podemos observar en la manera como interpreta ciertas cláusulas de la constitución americana en tanto algunas de ellas, en su opinión, estarían *blindadas*. Pensar en cláusulas constitucionales blindadas presupone una tesis más cercana a la conexión necesaria entre derecho y justicia, aunque esta apreciación que hago no sea concluyente, en tanto Rawls no recurre para ello a sus propios principios de justicia.

Como es sabido, Rawls distingue entre lo que denomina “esencias constitucionales” y problemas de “justicia básica”. Para él son esencias constitucionales aquellas que se refieren a la estructura general del estado, al proceso político y las que definen la igualdad de derechos y libertades básicas de los ciudadanos. No quedan incluidas en las cuestiones referidas a la justa igualdad de oportunidades y el principio de diferencia. Si bien entiende que un mínimo social para todas las personas debería ser garantizado y ser parte de las esencias constitucionales.

¿Cuáles son las razones para que las libertades básicas sean parte de las esencias constitucionales y no así las desigualdades sociales y económicas? Razones de urgencia para las libertades básicas. Es más fácil saber si esas esencias, las libertades han sido satisfechas, que las que son cuestión de la justicia básica. Es mucho más fácil conseguir un acuerdo acerca de lo que deberían ser los derechos y libertades básicos en líneas generales. Es muy importante nos dice, además, que la ley suprema, i.e. la constitución, tenga un apoyo muy amplio y no introducir demasiados detalles y calificaciones. Por último afirma que en el Estado constitucional, el poder último no puede dejarse al legislativo ni tampoco al tribunal supremo de la constitución. Recordemos que una decisión última del tribunal supremo que establezca la interpretación de una norma constitucional no necesariamente es final, porque puede ser revisada por una reforma constitucional.

Hasta aquí Rawls no parece haber variado y puede inferirse que mantiene implícitamente la tesis de una conexión contingente entre principios de justicia y del derecho. Más aún cuando sostiene que no hay un proceso real de carácter político que instituya una constitución justa. Pero Rawls manifiesta que la idea de justicia que propone puede parecer débil por ser constructivista y no comprehensiva, sin embargo aduce:

“Alguna idea de justicia de este tipo se necesita si queremos tener una sociedad con un sistema jurídico que imponga obligaciones genuinas, en vez de una sociedad que se limite a reprimir a sus miembros incapaces de resistencia” (205).

---

(205) RAWLS, J., *The Law of Peoples*, op. cit., p. 66, n. 5 (1999).

Esta aseveración no debe interpretarse en favor de la conexión necesaria, pues el propio Rawls se encarga de advertir que un sistema jurídico para ser viable debe tener un contenido mínimo de derecho natural como lo expusiera Hart en su Concepto de Derecho. En realidad debemos aclarar que el contenido mínimo de derecho natural del que nos hablara Hart, no es más que una explicación de las condiciones de viabilidad de un derecho positivo, no creo factible que de ahí se pueda deducir que Hart propusiera la conexión necesaria entre derecho y moral como él categóricamente lo ha negado. Hart tampoco hubiera admitido soslayar la guillotina de Hume.

Rawls sin embargo recurre a una teoría normativa, como la de Philip Soper, para quién —según el propio Rawls— un sistema jurídico debe respetar determinados derechos si quiere dar lugar a obligaciones moralmente vinculantes en vez de limitarse a la coerción. Aún, sosteniendo estos argumentos, no parece haberse establecido la tan mentada conexión necesaria entre derecho y moral. Ya que quienes mantienen la tesis del positivismo conceptual admiten que el sistema jurídico no da lugar a obligaciones moralmente vinculantes ni exigen una adhesión moral al derecho. Ni la viabilidad (206) del derecho ni que éste de lugar a genuinas obligaciones morales es una condición necesaria de una teoría descriptiva del derecho (207). La teoría descriptiva del derecho no desecha ni tampoco las considera parte de su esquema conceptual.

Esta argumentación que desarrollo sobre la posición de Rawls en torno a qué teoría del derecho presupone su teoría de la justicia, claramente es compatible con la de Hart pero encuentra un signo adverso en la postura que asume cuando afirma que una reforma o enmienda de la Constitución americana podría ser declarada inválida por modificar alguna cláusula que él considera blindada.

Una reforma de la Primera Enmienda sería inválida y así debería declararlo la Suprema Corte, pues estaría violentando una larga práctica histórica como es la de la separación entre Iglesia y Estado. Para Rawls no habría forma de admitir la validez de la norma constitucional que emitida acorde con el procedimiento de reforma constitucional modificara dicha situación pues sería contraria a la tradición democrática del régimen democrático más antiguo del mundo. Llamativamente este argumento de Rawls no se funda en sus principios de justicia, sino en la tradición que la considera como una constante histórica. Concluyo que Rawls con este argumento hace una concesión muy profunda a las ideas comunitarias, en contradicción con su concepción de un liberalismo de corte deontológico y universalista.

---

(206) Dejo de lado el análisis de si por viabilidad se entiende eficacia o eficiencia del derecho donde la teoría descriptiva puede introducir análisis valiosos.

(207) Cabe señalar que Rawls hace un aporte valioso que se concilia con mi posición. Admite que la Teoría del Derecho de Soper es demasiado fuerte al proponer condicionar la definición del derecho a la moral. Entiende que no puede aceptar tal posición, dice que tampoco la rechaza, pero un signo implícito de ese rechazo se encuentra en su reflexión sobre si el derecho esclavista del Sur antes de la guerra de la secesión era derecho y señala que no puede afirmar que no fuera un sistema jurídico. Cfr. op. cit. [1999], p. 66, n. 5.