



FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**FORJANDO LA JUSTICIA: SOBRE LOS FUNDAMENTOS
HISTÓRICOS Y FILOSÓFICOS DEL DERECHO**

**PRESENTADA POR
RONALD ALEJANDRO REYES LOAYZA**

**ASESOR
PEDRO ALFREDO HERNÁNDEZ CHÁVEZ**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

LIMA – PERÚ

2020



CC BY-NC-SA

Reconocimiento – No comercial – Compartir igual

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE DERECHO

**FORJANDO LA JUSTICIA: SOBRE LOS FUNDAMENTOS
HISTÓRICOS Y FILOSÓFICOS DEL DERECHO**

**TESIS PARA OPTAR
EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**PRESENTADO POR:
RONALD ALEJANDRO REYES LOAYZA**

**ASESOR:
MG. PEDRO HERNÁNDEZ CHÁVEZ**

**LIMA, PERÚ
2020**

DEDICATORIA

Para Adela, Gloria y Haydee

Eine bloß empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in *Phädrus'* Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur Schade! daß er kein Gehirn hat.

(AA VI, 230)

Una doctrina jurídica únicamente empírica es (como la cabeza de madera en la fábula de Fedro) una cabeza, que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene seso.

Immanuel Kant

AGRADECIMIENTOS

Esta investigación es el resultado de un intercambio fructífero mantenido durante los últimos años con amigos, colegas y profesores, a quienes eximo de la responsabilidad de los posibles errores u omisiones que aún pudiesen permanecer en el texto. Agradezco especialmente al profesor Alessandro Caviglia Marconi, quién fue el primero en llamar mi atención sobre la filosofía moral en mis años de estudiante en la facultad de derecho; al tristemente desaparecido profesor Ciro Alegría Varona, cuyas sugerencias sobre mis pesquisas fueron siempre originales y estimulantes; y, al profesor Gonzalo Gamio Gehri, por señalarme los límites de mi propia orientación kantiana. Una mención especial merece el profesor Bernardo Haour, S.J. quién ha tenido la gentileza de revisar el capítulo final y hacerme importantes correcciones. Asimismo, quiero agradecer al profesor Pedro Hernández Chávez, cuya confianza y apoyo han sido vitales en el proceso de redacción de la tesis.

Quiero agradecer también a mis compañeros del Círculo de Estudios Filosóficos y Sociales (CÍREFS), de quienes he aprendido mucho: Michell Contreras Blancas, Astrid Cabezas Poma, Luan Sánchez Pérez, Brian Ragas Solórzano y Guillermo Romero Guerra. Agradezco especialmente las sugerencias y comentarios que he recibido de mi amigo y colega César Castillo García.

Finalmente, quiero mencionar el apoyo y cariño incondicional de mi familia; sin su generosidad y fe en mi trabajo, nada de esto habría sido posible.

NOTA SOBRE EL CITADO

En la elaboración de esta tesis se ha usado el estilo de cita de la décimo séptima edición del Manual de estilo de Chicago (2017). Sin embargo, para el tratamiento de autores clásicos se ha decidido hacer uso de abreviaturas conforme al estándar de referencia: *The Oxford Classical Dictionary* (2012). Solo para tres casos adicionales se ha usado un estilo diferente: Thomas Hobbes, John Locke e Immanuel Kant. Para Immanuel Kant se ha usado el estilo de la Akademie-Ausgabe (en tomos), excepto para la *Crítica de la razón pura* que se referencia de acuerdo a la edición de la Real Academia Prusiana de las Ciencias que contrasta las dos ediciones de la primera *Crítica* (A y B), según la indicación del traductor Mario Caimi. En todos estos casos se han colocado las traducciones consultadas en el apartado bibliográfico. El detalle de autores y textos se muestra a continuación:

Aristóteles	<i>De An.</i>	<i>De Anima</i>
	<i>Eth. Nic.</i>	<i>Ethica Nichomaquea</i>
	<i>Pol.</i>	<i>Política</i>
	<i>Protr.</i>	<i>Protreptico</i>
Cicerón	<i>Top.</i>	<i>Topica</i>
Hobbes, Thomas	<i>DC</i>	<i>De Cive</i>
	<i>Lev.</i>	<i>Leviathan</i>
Jenofonte	<i>Mem.</i>	<i>Memorabilia</i>

	<i>Lac.</i>		<i>Respublica</i> <i>Lacedaemoniorum</i>
Kant, Immanuel	AA IV	(385-463)	<i>Grundlegung zur Metaphysik der Sitten</i>
	AA V	(1-163)	<i>Kritik der praktischen Vernunft</i>
	AA VI	(203-493)	<i>Die Metaphysik der Sitten</i>
	AA VIII	(131-147)	<i>Was heißt: Sich im Denken orientieren?</i>
	AA VIII	(273-313)	<i>Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis</i>
	<i>KrV</i>	A/B	<i>Kritik der reinen Vernunft</i>
Locke, John	<i>Essay</i>		<i>An Essay concerning Human Understanding</i>
	<i>T2</i>		<i>Two Treatises of Government (The Second Treatise on Civil Government)</i>
Platón	<i>Resp.</i>		<i>Respublica</i>

ÍNDICE

Dedicatoria	ii
Agradecimientos.....	iii
Nota sobre el citado	iv
Índice.....	vi
Resumen	ix
Introducción.....	xi
Metodología.....	xxx
Capítulo Primero: Presupuestos de la Teoría de la Justicia	1
1.1. El proyecto de la justicia.....	3
1.1.1. La formación del proyecto.....	4
1.1.2. Sobre la noción de equidad	14
1.2. El trasfondo filosófico	22
1.2.1. ¿Qué es la razón práctica?	24
1.2.2. La filosofía política de la Justicia como Equidad.....	33
1.3. Sobre el liberalismo político	43
1.3.1. Neoliberalismo: estructura y racionalidad gubernamental	44
1.3.2. El liberalismo político de John Rawls.....	55
Capítulo Segundo: La Justicia como Equidad	65

2.1. Ideas Fundamentales.....	66
2.1.1. La sociedad como un sistema equitativo de cooperación.....	69
2.1.2. La idea de las personas libres e iguales.....	80
2.1.3. La idea de una sociedad bien ordenada.....	91
2.1.4. La estructura básica de la sociedad.....	102
2.2. El problema de la justificación.....	113
2.2.1. Hacia una epistemología normativa.....	115
2.2.1.1. Sobre el positivismo lógico.....	116
2.2.1.2. Quine y el giro pragmático en la filosofía analítica.....	123
2.2.1.3. La epistemología normativa de John Rawls.....	131
2.2.2. Constructivismo político: el argumento filosófico.....	140
2.2.2.1. El constructivismo moral de Kant.....	146
2.2.2.2. El constructivismo político de Rawls.....	162
2.2.3. Justificación interna: posición original y principios de la justicia.....	184
2.2.4. Justificación externa: estabilidad y razón pública.....	201
Capítulo Tercero: Las bases filosóficas de la teoría del derecho contemporáneo	218
3.1. Crisis y crítica de la teoría hegemónica del derecho.....	227
3.1.1. Problemas entorno a la teoría tradicional del derecho.....	232
3.1.1.1. Un problema práctico sobre criterios jurídicos.....	236

3.1.1.2. El problema de la eficacia en la teoría tradicional.....	245
3.1.1.3. Un problema de principios	259
3.1.2. Hacia una nueva normatividad del derecho.....	269
3.1.2.1. Un concepto sobre la normatividad	273
3.1.2.2. La normatividad en la filosofía del derecho.....	287
3.1.2.3. Constructivismo y reciprocidad de las razones.....	303
3.2. La normatividad del ordenamiento legal	320
3.2.1. El derecho como un orden de razones	321
3.2.2. El bien jurídico como un bien racional	340
3.2.3. Reconstrucción del orden legal: los derechos.....	357
Conclusiones.....	374
Recomendaciones.....	387
Bibliografía	392

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo desarrollar las bases para una nueva teoría crítica sobre el derecho; en tal sentido, se trata de un estudio sobre de las posibilidades de una filosofía crítica sobre el derecho. Las características principales de esta nueva propuesta toman partido por la interconexión entre tres esferas aparentemente irreconciliables en la teoría tradicional del derecho: el derecho, la moral y la política. Esta nueva base está modelada por el estudio y análisis de la obra de John Rawls, filósofo ineludible en el dominio de lo normativo; asimismo se abordan otras importantes posiciones de la teoría jurídica como las de Hobbes, Bentham o Kelsen. Nuestro estudio nos conducirá a formular el principio de la «reciprocidad de las razones» como el fundamento normativo del orden jurídico. De esta manera, se responde a la pregunta por la justificación moral del sistema legal; a su vez, este principio reconstruye la imagen tradicional del derecho visto como un «orden de reglas» para ahora presentarlo como un «orden de razones». El derecho se considera —en tanto visto desde la autocomprensión política de los ciudadanos— como el orden cognitivo por antonomasia de estabilización de las mejores razones disponibles en la construcción de nuestro sistema de cooperación social.

Palabras claves: Constructivismo; Razón práctica; Liberalismo político; Teoría del derecho; Orden normativo; Reglas; Principios; Razones.

ABSTRACT

The present investigation has as its aim to develop the basis for a new critical theory of law; in this regard, it is about a study on the possibilities of a critical philosophy of law. The principal features of this new proposal take sides for the interconnection between three apparently irreconcilable spheres in the traditional theory of law: law, moral, and politics. This new foundation is modeled by the study and analysis of John Rawls' work—unavoidable philosopher in the domain of normative; as well it addresses other important positions in the juridical theory as Hobbes', Bentham's or Kelsen's. Our study will lead us to formulate the principle of «reciprocity of reasons» as the normative ground of the juridical order. In this way, it is responded to the question about a moral justification of the legal system; in turn this principle reconstructs the traditional image of law viewed as an «order of rules» to present it now as an «order of reasons». Law is considered —As long as viewed from the political self-construe of the individuals— as the cognitive order *par excellence* of stabilization of best reasons at its disposal in the construction of our system of social cooperation.

Keywords: Constructivism; Practical Reason; Political Liberalism; Theory of Law; Normative Order; Rules; Principles; Reasons.

INTRODUCCIÓN

En *Las Euménides* —la tercera parte de la *Orestíada*—, Esquilo representa la ruptura del ciclo de venganza a través de la instauración del primer tribunal en Atenas. Este ciclo de venganza inicia con Clitemestra asesinando a su marido, el rey Agamenón, en venganza por el sacrificio de su hija Ifigenia que este había ofrecido buscando el favor de los dioses en su empresa de conquista de la ciudad de Troya. En retribución por este hecho, Orestes, también hijo de ambos, da muerte a su propia madre desatando así la cólera de las Erinias, diosas ancianas de la venganza, quienes lo persiguen para dar castigo al delito de sangre que se ha cometido. Finalmente, Atenea, oyendo las súplicas de Orestes y también las demandas de las Erinias, decide instaurar el primer tribunal de justicia con miembros irreprochables de la ciudad (vv. 482-485) para que decidan la suerte de Orestes. La votación del areópago se divide y solamente el voto de la diosa libera a Orestes de su delito; pero también las Erinias encuentran su correspondiente satisfacción ya que la diosa les ofrece un lugar privilegiado en la ciudad de Atenas si a cambio deponen su cólera y favorecen con bendiciones a quienes les rindan honores; así, las viejas diosas de la venganza son renombradas como las Euménides.

Los mitos de Orestes y las Erinias eran bien conocidos por los griegos del siglo V a.C.; pero Esquilo retoma este mismo relato para destacar una nueva sensibilidad en la *polis*. El contraste que surge de comparar las antiguas leyes, correspondientes a un pasado violento, con las modernas instituciones jurídicas debió resultar estremecedor a la vista de un ciudadano de la sofisticada democracia

ateniense que asistía a las festividades en honor a Dionisio donde tomaban lugar los certámenes trágicos. La función casi pedagógica de la tragedia ponía énfasis, de esta manera, en una transición desde un mundo oscuro, incierto y mítico hacia el mundo prosaico del día a día en el que la persuasión y la técnica habían logrado imponer su reino entre los hombres. En otras palabras, lo que encontramos ya en esta narración trágica es una tematización acerca de las modernas instituciones políticas, acerca del nuevo espíritu de la ciudad. Esquilo no pretende retratar una historia fiel sobre los orígenes del areópago, ni tampoco quiere hacer énfasis en las gestas de Orestes como figura heroica; lo que le interesa, en cambio, es hablarnos de Atenas y de los fundamentos de la vida política que se consolidó en el siglo ilustrado griego.

El aspecto sobre el que gravita la resolución del conflicto es la creación del primer areópago como la encarnación de la nueva justicia. Las Erinias también representan a la justicia, pero se trata de la justicia de la ley natural que prohíbe el parricidio y que se repara derramando la sangre del criminal. Esquilo, sin embargo, se aparta de esta concepción mostrando una justicia mediada por el discurso y la razón. En el tribunal que preside Atenea, Orestes puede defenderse y las Erinias pueden presentar su caso; pero el destino de Orestes solo lo pueden decidir ya las personas más juiciosas de la ciudad y no las diosas vengativas. El subtexto del drama apunta así en una nueva dirección en la forma de concebir el derecho, a saber, como un proceso mediante el cual el delito puede ser sopesado a la luz de la razón y no de la ira o el dolor. La resolución final incluso, muestra a las Erinias deponiendo su rabia y ocupando un lugar dentro de un mundo ya racionalizado; las

diosas abandonan su antiguo nombre para llamarse ahora Euménides, aunque conserven aún su figura atemorizante (vv. 990-995). Con ello, Esquilo nos indica que incluso si la violencia no puede ser erradicada del todo, esta puede ser contenida dentro de los cauces de las instituciones y los valores nuevos de la ciudad.*

La intención de introducir esta imagen traída de la tragedia griega tiene por objetivo ilustrar nuestra investigación acerca de los fundamentos normativos de la teoría del derecho. La idea central que quisiera destacar con esta imagen es que, desde los orígenes mismos de la cultura occidental, el derecho ha sido concebido conteniendo una pretensión fundamental de racionalizar la experiencia humana hasta donde sea posible. Si dejamos a un lado las lecturas religiosas y antropológicas del mito de Orestes, hoy en día concebiríamos su delito como execrable y, sin embargo, no le condenaríamos sin que haya atravesado por un juicio justo. Precisamente el proceso penal moderno, tal como lo entendemos nosotros, permite la reflexión y deliberación correspondientes desde una posición de imparcialidad, sin apasionamientos y garantizando los derechos básicos de las personas. Una segunda idea importante, también presente en el drama trágico, es aquella que se relaciona con la creación del primer areópago. Ciertamente, en el drama, esta institución es fundada por una diosa y esto podría llevarnos a considerar

* Una interpretación estimulante sobre el papel de los sentimientos morales en *Las Euménides* de cara a una reflexión sobre el derecho penal puede encontrarse en el ensayo *Furies into Eumenides* de Martha C. Nussbaum (2016, 1-13).

erróneamente que solo una fuerza divina y superior puede enseñarnos la verdadera forma de la justicia; no obstante, como apuntamos líneas arriba, ya los asistentes a estas representaciones entienden que aquello que cuentan los compositores de tragedias es ya falsedad y símbolo. Esto es especialmente evidente en los dramas satíricos que acompañaban las representaciones principales y cuyo objetivo era solo lúdico y artístico.** En este sentido, una lectura plausible sobre la formación del primer areópago es que una nueva forma de justicia ha sido introducida en la vida de la ciudad por medio de la razón, es decir, que la nueva justicia es el producto de una construcción racional.

Por construcción racional de la justicia debe entenderse un asunto muy específico: la justicia no se descubre como se descubren, por ejemplo, nuevas especies animales o nuevos continentes antes no explorados; pero tampoco se inventa como se inventan los artefactos, es decir, como por un acto deliberado de mera voluntad. Decir que la justicia se construye significa que esta aparece por un acto constitutivo de la razón humana cuando nos encontramos ante la tarea singular de definir ciertos criterios de determinación práctica (conducentes a la acción) en medio de un contexto que exige una toma de posición. Lo justo entonces, en cierto modo, parece revelárenos como la verdad del caso, y, sin embargo, no había ninguna garantía de ello antes de que valorásemos el asunto. Pero también aquello

** Los sátiros, cuya representación se asociaba con Dionisio, aparecen en estos dramas en mitos que no les corresponden. Por ejemplo, en el *Cíclope* de Eurípides los sátiros también son esclavizados por Polifemo y ayudan a Ulises a escapar del hijo de Poseidón.

que se construye en un proceso racional no queda así limitado por nosotros en el momento presente; antes bien, se eleva con una pretensión de universalidad para todo aquel que atienda a las razones del caso. Es el proceso del intercambio de razones lo que estabiliza aquello que se ha construido como criterio de justificación para los diferentes problemas de la vida práctica del ser humano.

Habíamos dicho que nuestra investigación se pregunta por los fundamentos normativos de la teoría del derecho; expliquemos de qué se trata esto. Una manera diferente de presentar este mismo asunto es considerando un problema al que llamaremos «el problema de la normatividad en el derecho». Podemos considerarlo también como el problema moral en el debate contemporáneo sobre teoría del derecho o, también, como el problema sobre la conexión entre el derecho, la política y la moral en tanto dimensiones prácticas de justificación. Estas diferentes formulaciones del mismo problema no deben distraer nuestra atención ya que apuntan a un mismo aspecto, a saber, el aspecto normativo del derecho. Los diferentes órdenes que contienen normas como la moral, el derecho o la política se constituyen como un entramado de deberes a los que estamos sometidos en tanto miembros de dichos órdenes; pero estos órdenes reclaman así una justificación suficiente de sus mandatos. Ahora bien, esta justificación debe ofrecerse en términos filosóficos ya que cualquier intento de justificación sociológica, psicológica, económica, etc. ya solo puede ser una mera explicación en tanto que solo daría cuenta de aspectos empíricos que nada tienen que hacer con conceptos como los de obligación jurídica o el de derechos.

El problema de la normatividad del orden legal no es un problema novedoso en el debate de la teoría del derecho y ha tenido algunos intentos de resolución en las últimas décadas. Este problema aparece frente a la incapacidad de la escuela iuspositivista, principalmente, de seguir articulando una base segura para la teoría del derecho. Consideraremos ahora algunos intentos de hacer frente a este problema teórico; aunque debe advertirse al lector que el orden en que presentamos estas investigaciones no se corresponde con un orden cronológico sino más bien analítico.

Una primera investigación de este género es la de Carlos Santiago Nino titulado *Derecho, moral y política*. Este texto tiene una pretensión más monográfica que propositiva, pero es un excelente ejemplo de cómo mediar entre el discurso moral, el político y el jurídico. La estrategia de Nino es presentar las irresolubles aporías en que se incurre cuando ciertas concepciones sobre el derecho o la moral son tomadas de forma aislada, criticando, por ejemplo, el supuesto carácter insular del discurso jurídico. Nino empieza su argumentación adhiriéndose a un «convencionalismo epistémico» que rechaza todo tipo de esencialismo, y esto, a su vez, le permite abrazar un pluralismo conceptual sobre el derecho (2014, 27 ss.). Este compromiso destraba el camino para una argumentación normativa de las instituciones del derecho y del Estado. En segundo lugar, se hace patente una comprensión del derecho como una práctica intersubjetiva que requiere de un punto de vista interno y no externo (2014, 47 ss.). Tal solución deriva, a su vez, en el estudio de la lógica del discurso jurídico normativo, esto significa tomar el discurso jurídico como una dimensión más del razonamiento práctico, cuyo principal material

son las normas y reglas del sistema jurídico. Por otro lado, Nino justifica la conexión entre derecho y política para evitar las paradojas de la no necesidad del derecho positivo y de la indeterminación moral. El autor considera que el derecho se encuentra inserto dentro de la práctica colectiva de la política y esto le permite sortear dichas paradojas. Adicionalmente, elabora para el concepto de democracia una distinción entre las preferencias personales e impersonales que el autor considera insoslayable para definir el carácter moral de la práctica política. La democracia se justifica, en este sentido, porque su naturaleza de práctica colectiva dialógica es la que puede dirimir de forma más imparcial entre las múltiples, y a veces, incompatibles preferencias impersonales de los ciudadanos (2014, 185). El principal aporte de este trabajo es el paciente desarrollo de las posibles conexiones entre el derecho, la moral y la política no solo en el nivel del discurso, sino también en de los procesos sociales.

Un segundo texto fundamental es *Justicia Política* de Otfried Höffe. El autor alemán —cuya producción académica evidencia un gran conocimiento de los textos clásicos de la filosofía política— tiene el objetivo de desarrollar una fundamentación para el orden jurídico y estatal en las democracias contemporáneas. El método que emplea a lo largo del libro es el de una argumentación dialéctica ya que integra, en su exposición, los principales contraargumentos de la justicia política. En primer lugar, Höffe da cuenta de la compleja situación en la que se encuentra el derecho y el Estado ante la indiferencia de la crítica filosófica desde la última parte del siglo XIX y primera mitad del XX. Sin embargo, considera que el principal aspecto que ha permanecido invariable en dicha crítica es su carácter ético (1987/2003, 46). La

justicia política se constituye, de este modo, como la medida principal del orden jurídico y estatal, pero esta afirmación debe mostrarse suficiente y necesaria para fundar el ordenamiento legal y estatal. El problema que Höffe destaca tiene relación con dos grandes enemigos de la justicia política: el positivismo y el anarquismo. Ambas concepciones atacan la justicia política de dos formas diferentes: la primera se muestra escéptica respecto de su perspectiva moral mientras que la segunda rechaza el objeto de aplicación de la justicia, esto es, el orden jurídico y estatal. Después de haber contestado a dichas objeciones, Höffe presenta su concepción de la justicia política. Se empieza por identificar aquello necesitado de legitimación, esto es, la competencia coercitiva (1983/2003, 74). Después de mostrar cómo las justificaciones de orden técnica, pragmática y utilitarista fallan, el autor considera que el carácter normativo es el único que puede fundamentar de forma categórica el derecho y el Estado (1983/2003, 87). Para mostrar de qué forma se produce esta fundamentación normativa, recurre a una forma de argumentación que media entre lo descriptivo y lo normativo, el autor denomina esta técnica como «antropología *plus* ética». Desarrollando una reformulación hobbesiana, se utiliza el recurso de un estado de naturaleza primario en el que todos los individuos poseen amplias libertades; Höffe nos dice que en un estado así, se hace evidente que las limitaciones que se imponen unos a otros perjudica su natural condición de libertad. Los individuos situados en esta posición pasan a un estadio de naturaleza secundario al hacer una renuncia e intercambio recíproco de libertades en orden a establecer una sociedad jurídica natural, esto es, de derechos naturales con una competencia natural de coacción (1983/2003, 122).

En este punto se hacen evidentes dos déficits de la realidad en la sociedad jurídica natural: la carencia de una definición del alcance de las libertades y la falta de ejecución del derecho. De ello se sigue, que se hace necesario para todos los miembros de una comunidad jurídica natural organizar el orden jurídico y estatal. Pero dicho orden, sólo tiene el sentido de garantizar las libertades positivas que se han intercambiado en el estado de naturaleza secundario con lo que la imagen del Estado no es la del *Leviathan*, sino la de *Iustitia*; el único orden jurídico y estatal legítimo es el justo (1983/2003, 155-57). Höffe realiza un brillante aporte con ello ya que ha puesto énfasis en una cuestión de suma importancia para la teoría del derecho, esto es, de dónde emana su validez originaria, una pregunta que ya se hacía Hans Kelsen, aunque con un resultado diferente. Le debemos, por ello, que haya llamado la atención sobre la categoría de lo normativo en la fundamentación originaria del derecho.

La última investigación que reseñamos aquí es *Facticidad y Validez* de Jürgen Habermas. Este es un texto complejo y difícil de sintetizar por lo cual se hará énfasis en algunos de sus aportes más significativos. También debe advertirse que el método reconstructivo que usa Habermas nos obliga a pasar por alto las discusiones en las que el autor se ha instalado y que constituyen el material principal de su respectiva propuesta; dichas discusiones van desde la filosofía del lenguaje y la semiótica hasta cuestiones relacionadas con la sociología, la antropología o la etnografía pasando también por las particularidades de la dogmática jurídica alemana.

En primer lugar, se ha de tomar en cuenta el punto de partida de Habermas, esto es, su concepto de razón comunicativa. Para Habermas, la idea de una razón práctica que tematizara los contenidos normativos de la sociedad en la primera etapa de la modernidad ha quedado ya desacreditada con el triunfo de una comprensión empírica del mundo. Contra dicha caducidad, no obstante, se vuelven aquellos filósofos que quieren hacer valer, *grosso modo*, contenidos normativos generales contra las concepciones psicologistas de la lógica, las matemáticas y la gramática (v. gr. Husserl, Frege o Pierce). Tal es la pista que Habermas toma en su articulación de razón comunicativa. A Habermas ya no le resulta satisfactorio el punto de partida del sujeto aislado que con su razón práctica trata de orientar la acción social por mera coordinación y que se ve por tanto sujeto a las condiciones sistémicas de un mundo que lo desborda. El autor considera una entrada más segura el horizonte del entendimiento recíproco en el cual los sujetos reproducen comunicaciones cargadas de idealizaciones trascendedoras; este es el vehículo de las formaciones de vínculos ilocutivos o realizaciones, esto es, se establece como punto medio entre la facticidad y la validez (1992/2010, 78 ss.). La pragmática del lenguaje permite conectar ambas exigencias, es decir, la normatividad presente en nuestras idealizaciones sobre la legitimidad de los contenidos y también las formaciones efectivas de la acción coordinada. Tal es pues el principal aporte de Habermas: comprender de qué forma la razón comunicativa juega su papel dentro del llamado mundo de la vida.

Ahora bien, el derecho se sitúa entonces como uno de los principales focos de esta tensión entre facticidad y validez debido a que se trata de la regulación

normativa de interacciones entre sujetos cuya racionalidad estratégica los empuja hacia contextos de entendimiento (1992/2010, 89). El derecho positivo permite en este sentido descargar de complejidades las interacciones sociales (v. gr la economía, la familia, el aparato burocrático) al darles una realidad artificial en el orden jurídico, pero este orden se encuentra, a su vez, en una tensión permanente respecto de las exigencias de validez de sujetos considerados autónomos y que, en principio, le han dado origen. El derecho es visto, desde esta perspectiva, como un sistema de saber y un sistema de acción. Pero este paso no queda completo hasta que Habermas no ha mostrado de qué modo quedan integrados el principio de autonomía moral de los derechos del hombre y la autonomía política de la soberanía popular. Estas dos dimensiones han estado presentes a lo largo del pensamiento político sin una resolución aparente. Habermas procede a una reconstrucción interna del sistema de los derechos haciendo manifiesta la estructura comunicativa de la autolegislación (1992/2010, 169-70). La piedra de toque que el autor alemán encuentra para resolver este problema es el principio democrático. Se trata de una especificación del principio de discurso para la forma jurídica. El principio de discurso nos dice que solo son válidas las normas a las que prestan su asentimiento todos los afectados por ellas como participantes de discursos racionales. El principio democrático tiene entonces el objetivo, más particular, de formular un procedimiento de producción legítima de normas jurídicas que goce del asentimiento de los miembros de la comunidad jurídica (1992/2010, 175). Para Habermas, el principio democrático permite comprender de qué forma son co-origenarios la autonomía moral y la autonomía política. Esta relación, en términos de teoría del discurso,

procede a reconstruir los dos aspectos que Habermas trata de salvar para el derecho: su perspectiva sociológica, esto es, su naturaleza sistémica en sociedades altamente diferenciadas, pero también su perspectiva normativa en tanto estructura intersubjetiva de exigencias de validez. Con ello, Habermas ha logrado integrar en una doble dimensión la facticidad de los órdenes positivos del derecho, así como la validez de la fundamentación normativa.

Estas tres investigaciones apuntan al problema que intentamos responder nosotros también. Parece pues que el último gran esfuerzo por ofrecer una base normativa para el derecho ha sido la teoría de la democracia procedimental de Jürgen Habermas; sin embargo, existe un filósofo que articuló, también en dichos años, una base igualmente importante de cara a este problema, a saber, John Rawls con su concepción de la Justicia como Equidad. Si bien es verdad que en este último caso nunca se hizo explícita una filosofía o teoría del derecho; no obstante, el trabajo de John Rawls, junto con el de Habermas, es una de las bases teóricas más potentes en los estudios contemporáneos de filosofía práctica. Nuestra investigación considera, por lo tanto, a Rawls como un filósofo que puede situarse junto a figuras importantes del pensamiento jurídico occidental como Hobbes, Kelsen o Hart. Más aún, considera que la Justicia como Equidad también puede ensayar una respuesta sobre el problema de la normatividad del derecho. Ciertamente es que el trabajo de Rawls suele apreciarse dentro del ámbito de la filosofía política; sin embargo, nuestra propia concepción del derecho pretende volver a retejer las conexiones entre el derecho y la política desde la tematización del problema de la justificación normativa. Con ello, no hay mayor dificultad en considerar que la

concepción política de la justicia de Rawls proporciona también ya los cimientos para una filosofía crítica del derecho.

Volvamos un poco sobre nuestra interpretación del drama trágico. Dijimos que, en *Las Euménides*, Esquilo pretende dar cuenta de una nueva concepción sobre la justicia y el derecho, a saber, que el derecho es una forma de racionalización de la experiencia y que la justicia es un producto de construcción racional. Ahora bien, estas dos ideas parecen discurrir en sentidos inciertos. Sin embargo, como se verá, estas dos tesis parecen encajar mejor cuando las relacionamos con el problema de la normatividad en el orden legal y en particular con la concepción de la Justicia como Equidad de Rawls. Si bien es cierto que los trabajos anteriormente citados han tratado de articular una base normativa para el orden legal, en cada uno de estos casos la matriz teórica ha sido una distintiva posición filosófica en el debate contemporáneo; así, el trabajo de Höffe considera una base hobbesiana, mientras que la de Habermas presupone su propia teoría de la acción comunicativa. Ahora bien, nuestro intento de contestar a este desafío representa una alternativa diferente en el debate contemporáneo. El procedimentalismo de Rawls emula un cierto proceder kantiano, es decir, nuestra concepción normativa sobre el derecho sería una de tipo transcendental. En tal sentido, si consideramos que el criterio normativo principal del derecho es el de la justicia, nuestra investigación toma partido por una estrategia constructivista de justificación. Aquello que se construye a través de un proceso racional es el criterio normativo del derecho, a saber, los principios normativos de la justicia legal. Por otro lado, la respuesta sobre la cuestión de la normatividad del derecho nos llevará

a una nueva imagen sobre el mismo, y aquí es donde nuestra apelación a Esquilo se completa: el derecho debe ser entendido como un momento de racionalidad de la experiencia humana en donde se estabilizan las razones que dan su carácter normativo al sistema jurídico; en otras palabras, el derecho es principalmente un proceso racional de estabilización de razones que sostienen y dan sentido al sistema legal.

Una de las razones para articular una nueva concepción sobre los fundamentos normativos del derecho es que el panorama en los estudios teóricos sobre el derecho se encuentra, pese a los citados esfuerzos, en un estado de gran perplejidad desde mediados del siglo XX. El viejo debate entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo parece haberse revitalizado con la polémica entre reglas y principios; entre estos dos polos parece oscilar también la respuesta tradicional sobre aquello que da sentido al derecho. Sin embargo, bien miradas las cosas, la teoría del derecho contemporánea presenta una base mucho más amalgamada de criterios que sirven de principios locales o de conveniencia para la práctica jurídica ya en concreto. La justicia constitucional, por ejemplo, echa mano del neoconstitucionalismo o de las teorías de la argumentación jurídica; el derecho civil, por otro lado, parece haber sufrido más bien la influencia del análisis económico del derecho cuyos criterios de eficiencia son normativos en sus propios términos. Así, atestiguamos el fin de las grandes teorías del derecho para que en su lugar proliferen las aproximaciones fragmentarias consideradas dogmáticas específicas de determinados ámbitos jurídicos. En este panorama de grave fragmentación teórica, el problema de la normatividad vuelve a poner acento en la unidad de la

teoría del derecho preguntándose por los principios del sistema legal. En tal sentido, una investigación por los principios nos lleva en la búsqueda de nuevos recursos teóricos que puedan organizar las ideas básicas con las que ya cuentan ciudadanos que han crecido en las democracias constitucionales contemporáneas.

Un segundo problema pertenece más bien al ámbito de la praxis jurídica. El derecho intenta contestar a una gran cantidad de problemas. Algunos de estos problemas se resuelven mediante la identificación de las normas correspondientes al caso específico, pero la mayoría de las veces los problemas jurídicos no son solo problemas de identificación normativa, sino que tienen un contenido o naturaleza ética o política. En tales casos, el derecho necesita echar mano de recursos que la teoría estándar no considera o que censura de plano. Considero que nuestra investigación también arroja luz sobre estos aspectos que interesan más a los operadores del derecho; estos funcionarios y hombres de leyes necesitan también claridad sobre los fundamentos mismos de su propia actividad de tal manera que puedan organizar mejores estrategias en la resolución de sus conflictos técnicos sin que ello los lleve a traicionar los valores de la cultura democrática de derecho. Mucho más urgente es la necesidad que tienen los jueces frente a la resolución de casos especialmente complejos. Ahí la teoría estándar favorece el uso de principios jurídicos sin que se aclare cuál es el sentido normativo de estos. También sobre este aspecto, nuestra investigación tiene algo que decirnos a propósito de los principios en la práctica judicial.

Una objeción que puede salir a nuestro encuentro en este punto es que la teoría del derecho no es ya filosofía del derecho ni mucho menos filosofía política;

esto significaría que la teoría del derecho debe comenzar ya con sus propias ficciones sin prestar atención al debate producido en otras disciplinas. Ahora bien, esta posición parece ser ya la de una escuela filosófica del derecho que identificamos sin dificultad como iuspositivismo. Para el iuspositivismo, el derecho posee un discurso propio que nada debe prestar de otras disciplinas; en tal sentido, el derecho contiene así una pretensión de purificación de cualquier elemento extraño. Sin embargo, si miramos las cosas con perspectiva histórica, podemos afirmar que el iuspositivismo no es más que un momento concreto en la larga historia de la tradición jurídica y que no tenemos ningún compromiso necesario con este postulado en particular si lo que queremos es escudriñar en los fundamentos del fenómeno jurídico que impacta de manera muy poderosa nuestras vidas presentes. Somos nosotros, los ciudadanos de las modernas sociedades democráticas y plurales quienes cuestionamos los fundamentos de las normas y de las instituciones que moldean nuestras vidas; y en nada nos sirve ubicarnos en la posición del jurista el cual puede organizar sus propios intereses especulativos de acuerdo a su propio temperamento filosófico. Por ello, nuestras pesquisas consideran principalmente la perspectiva de aquel que se encuentra sujeto a los modernos sistemas jurídicos cuyo poder ejerce una considerable injerencia en los proyectos y expectativas de vida de las personas.

También en este sentido nuestro proyecto implica una investigación sobre la estructura del razonamiento práctico y de su relación con el fenómeno jurídico. Solo remontándose hasta este punto de abstracción se hace claro cómo el constructivismo político de Rawls puede organizar una respuesta al problema de la

justificación del orden legal. Ahora bien, adentrarse en el constructivismo político supone, a su vez, que podamos entender primero el proyecto de la Justicia como Equidad como un todo. Rawls es un filósofo que pretende articular una respuesta al problema de la justicia distributiva y no debemos tratar este asunto como algo menor. Así, nuestra investigación debe conducirnos hacia una reconstrucción de sus ideas para un propósito diferente, a saber, para el establecimiento de los principios normativos del orden legal. Por esta razón, nos encontramos comprometidos con un estudio detenido del sistema de la Justicia como Equidad que representa un desafío considerable. Por otro lado, el problema de la normatividad también nos compromete a tener una cierta familiaridad con la tradición del pensamiento jurídico occidental, al menos de sus figuras centrales a partir de la modernidad. En tal sentido, este estudio considera también con cierto detalle algunas de las tesis más fuertes del iuspositivismo, el utilitarismo y el iusnaturalismo.

Por las consideraciones antes expuestas, esta investigación estará dividida en tres capítulos. El primer capítulo está dedicado a una primera introducción del marco teórico de la Justicia como Equidad; aquí explicamos de forma general, entre otras cosas: qué cosa se debe entender por equidad, qué significa razón práctica o qué es el liberalismo político. En este primer momento, nuestra intención es poder dilucidar con claridad cuáles son las nociones básicas del sistema de Rawls; no significa esto que el sistema de la Justicia como Equidad descansa en estos fundamentos, sino, más bien, que es la forma más intuitiva de aproximación al mismo (1). El segundo capítulo está dedicado al propio sistema de la Justicia como

Equidad y a su estructura de justificación; lo que nos interesa resaltar aquí son las ideas prácticas que sirven al proceso de construcción política como, por ejemplo, la idea de una sociedad equitativa de cooperación o la idea de las personas libres e iguales. Asimismo, se clarificará qué cosa significa el constructivismo político y cómo se emplea esta estrategia de justificación. Para este propósito nos serviremos de una continua comparación con el constructivismo moral de Immanuel Kant, filósofo al que el propio Rawls dedicó mucho estudio. De esta manera, podrá advertirse un paralelo entre la Justicia como Equidad y la filosofía práctica kantiana (2). El tercer capítulo se orienta a la resolución del problema de la normatividad del derecho; de lo que se trata es de poder extraer una concepción normativa sobre el derecho con las ideas expuestas de la Justicia como Equidad. Si tenemos éxito habremos dado con una respuesta satisfactoria al problema de cuáles son los criterios pertinentes que sirven de fundamento a nuestra práctica jurídica. En esta sección analizo, en primer lugar, algunas complejidades en que la teoría tradicional del derecho ha caído en su intento de resolver el problema normativo; en segundo lugar, establezco los principios normativos del derecho para lo cual me apoyo en los aportes de John Rawls y algunos de sus herederos teóricos quienes más precisamente han hecho énfasis en la estructura de las razones en relación con los problemas prácticos (3).

El enfoque metodológico que se ha empleado es el análisis de los principales textos que conforman nuestra tradición jurídica occidental, así como el estudio de las principales obras de John Rawls. La originalidad reside en una lectura crítica de tales fuentes con la intención de ofrecer una reconstrucción de concepciones como

las de obligación, norma, principio que gravitan en la mente de los juristas y que pueden llevarlos a formular determinados juicios. Una investigación de orden cualitativa como la que presentamos aquí no requiere otros compromisos epistémicos adicionales que entrampen precisamente una nueva y refrescante mirada de problemas largamente tratados.

En virtud de una investigación de esta envergadura, existen elementos que limitan nuestro estudio. En principio, la delimitación principal tiene que ver con que sus aproximaciones se encuentran en el plano de la teoría general del derecho por lo que muchas consideraciones particulares de la práctica jurídica no se estudian en detalle (excepto en un caso en el que analizamos una sentencia del Tribunal Constitucional en el tercer capítulo). En segundo lugar, debemos considerar que una indagación de este tipo puede no satisfacer a quienes poseen una mentalidad que podríamos denominar “empírica”; a ellos debemos dirigirles hacia la lectura de la sección 2.2.1 en donde se hace un análisis detallado de una nueva forma de epistemología normativa. No obstante, no abundaremos en problematizar en sentido profundo sobre si la teoría moral es o no objetiva en términos científicos. Finalmente, debe considerarse también la limitación del tiempo que hemos dedicado a nuestro estudio, lo cual nos compromete con una selección de fuentes de trabajo; hubiéramos querido introducir un mayor detalle en el análisis de las principales figuras de la teoría tradicional del derecho, pero nuestra reconstrucción de la normatividad jurídica nos exige una mayor concentración en las obras de John Rawls.

METODOLOGÍA

El procedimiento que se seguirá en un trabajo cualitativo como este es doble. Por un lado, se analizan las principales corrientes en la historia del pensamiento práctico (moral, derecho y política); así como los principales conceptos en el debate jurídico. Esta primera aproximación analítica tiene el objetivo de comprender el peso relativo de los diferentes argumentos en la resolución del problema descrito como el problema de la normatividad del orden jurídico. Asimismo, muchas de nuestras intuiciones básicas también se formulan en un lenguaje no especializado y aquí es necesario introducir un principio metodológico que podríamos denominar el de la primacía del lenguaje ordinario, esto no es más que tomar el lenguaje, tal como se le emplea cotidianamente, en serio, es decir, no debemos descartar sin más algún enunciado como un sinsentido. Algunas doctrinas morales han sostenido que el lenguaje moral es una forma desviada de describir emociones de aprobación y desaprobación; pero una atenta mirada nos permitirá sortear este prejuicio y preguntarnos qué es lo que realmente esconden juicios de este tipo.

El segundo aspecto es el de reconstruir partes de dichos argumentos en una concepción comprensiva que pueda dar cuenta no solo de los aspectos funcionales del orden jurídico, sino también de los aspectos normativos de este. Ahora bien, no debe confundirse el procedimiento reconstructivo seguido aquí con la concepción del razonamiento práctico llamado constructivismo. El procedimiento tiene que ver con las pautas de desarrollo de la tesis central, es decir, de qué modo

los argumentos que la sustentan encuentran un enlace suficiente que demuestre su verosimilitud.

Detrás de todo proceso reconstructivo se encuentra la pauta hermenéutica del comprender. Esto significa que no podemos esperar de una investigación filosófica de este tipo una demostración absoluta de las conclusiones aquí expuestas; la relación entre los argumentos y las conclusiones se ofrecen al debate de investigadores insertos en los contextos de justificación de la propia disciplina. Es este un ejercicio que busca dar sentido no solo a las prácticas que son objeto de estudio, sino también a las propias ideas que se han generado en la tradición jurídica, pero no suministran una explicación final del problema que se plantea.

CAPÍTULO PRIMERO: PRESUPUESTOS DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA

La Justicia como Equidad es el proyecto de madurez de John Rawls cuya elaboración le tomara poco más de treinta años de investigación continua desde la aparición de sus primeros artículos. Con ello debe quedar claro que el significado del concepto de equidad, por tomar un solo ejemplo, no es el mismo, en sus últimos trabajos, de aquel que le diera Rawls en sus primeros esbozos acerca de la naturaleza de la justicia; más aún, si consideramos las relaciones entre esta y otras nociones de la propuesta teórica como son la posición original o la razón pública, lo que tenemos es una teoría con varios niveles de justificación. Se percibe entonces que el desarrollo teórico que Rawls llevó a cabo para dotar de mayor verosimilitud su concepción de la justicia complejizó la idea inicial del proyecto; podemos pensar en ello como en un concurso de estructuras superpuestas cuyas partes inferiores sostienen las superiores, aunque también cabe pensar en ello como en una estructura cuyas partes ayudan a estabilizar el conjunto entre sí.

En las bases de dicha estructura se encuentran aquello que Rawls denomina «ideas fundamentales» las cuales constituyen las nociones más básicas; dichas nociones orientan decisivamente la teoría —mediando la estrategia

constructivista— hacia la síntesis de dos principios de la justicia: el principio de libertad y el de principio de diferencia. Estas ideas básicas destacan por ser altamente artificiosas si se las toma por separado; uno puede preguntarse de dónde han salido y cuál es su significado en la empresa tomada en conjunto. Sin embargo, esta dificultad puede verse aminorada si se presta atención al trasfondo filosófico de la concepción política que Rawls está perfilando. De tal modo, conviene a nuestros intereses tratar de dilucidar cuáles son los presupuestos de una teoría de la justicia, sin considerar todavía los aspectos específicos de la teoría de Rawls. Muchos de estos aspectos están presentes en otras propuestas específicas de filósofos políticos contemporáneos como son Jürgen Habermas o Michael Walzer; pero estos elementos tienen una fuerza conceptual particular en la Justicia como Equidad lo que le ha valido el reconocimiento de ser una empresa de impronta kantiana.

Habíamos dicho que ingresar en la filosofía política de John Rawls no es un asunto sencillo dada la enorme dificultad que representa el alto nivel especulativo de su propuesta y el complejo razonamiento político contemporáneo permeado por un sin número de debates sobre elementos de economía, historia o filosofía. Por ello, en esta sección, nos dedicaremos al análisis de algunos asuntos previos que aclararán cuáles son los presupuestos filosóficos en los que se asienta la Justicia como Equidad. Para ello, dividiré este estudio en tres problemas de enfoque: el primero estará dedicado a analizar los objetivos de la justicia, esto es, destacar la forma en que el concepto de equidad juega un papel central para la caracterización de la justicia (1.1); a continuación, expondré el trasfondo filosófico de la Justicia

como Equidad lo cual implicará poner de manifiesto la forma particular en que Rawls entiende su propio trabajo filosófico, es decir, cuáles fueron los compromisos filosóficos y metodológicos que adquirió en la evolución de su teoría (1.2); y, finalmente, quisiera ofrecer una delimitación del contenido de su filosofía distinguiéndola de otras formas de comprender el liberalismo, esto es, como liberalismo económico o liberalismo comprensivo; este objetivo ofrecerá además una caracterización de lo que significa para Rawls afirmar que el liberalismo político es punto de vista «independiente» que puede servir de foco para el acuerdo político razonable (1.3).

1.1. EL PROYECTO DE LA JUSTICIA

La pregunta por el significado de la justicia ha tenido una enorme vigencia en el pensamiento filosófico desde la antigüedad. El principio generalmente enunciado para describir el corazón del concepto de la justicia ha sido el de dar a cada quién lo suyo (*Resp. IV, X, 433a; Eth. Nic. V, 1, 1130a*). Sin embargo, como ya lo sabía el propio Aristóteles, el criterio por el cual damos a cada quién lo suyo está sujeto a gran controversia, ya que cada cual considerará como dignas de mayor mérito sus propias posiciones y actividades. Si preguntáramos al hombre de negocios cómo debe distribuirse la riqueza que se genera en una sociedad, probablemente nos diga que dicho criterio debe ser el de la productividad; el intelectual valorará como más dignas aquellas actividades conducentes al desarrollo de las artes y las ciencias; y la persona de fe dirá lo propio considerando como superiores los bienes que procuran la salvación del alma. Así las cosas, la pregunta por el criterio de la justicia

se vuelve altamente compleja sin una aclaración previa sobre el punto de partida desde el cual podemos emparejar las diferencias cualitativas a las que responden las diferentes formas de vida buena que los sujetos consideran.

Para John Rawls, el concepto de equidad permite analizar, decidir y organizar los criterios de acuerdo a los cuáles pueden hacerse exigencias de justicia los diferentes sujetos entre sí, mientras sostienen diferentes posiciones unos respecto de otros. Esta intuición básica estaría sometida a una gran cantidad de variaciones posteriores preservándose la idea de trasfondo, es decir, entendiendo que el problema filosóficamente relevante de la justicia se cifra en el establecimiento de los criterios de acuerdo a los cuáles debe darse a cada quién lo suyo.

En este apartado me propongo esclarecer de qué forma la Justicia como Equidad cumple este objetivo para lo cual me serviré de dos consideraciones importantes: se contextualizará, en primer lugar, la evolución de los intereses filosóficos de John Rawls con el propósito de entender cuáles son los compromisos que subyacen al desarrollo filosófico de la propuesta (1.1.1); el segundo aspecto será el de considerar el significado del concepto de equidad en las pesquisas tempranas desde las que empieza a pergeñarse el proyecto de una justicia política (1.1.2).

1.1.1. La formación del proyecto

John Rawls (1924-2002) es considerado el filósofo de la política más importante de la generación pasada. Su relectura de las principales tradiciones del pensamiento moral y político del siglo XVIII y XIX, así como su propio aporte al

debate contemporáneo en torno a la idea de justicia ha vuelto a poner en el debate contemporáneo nociones tales como las de «contrato», «razón» o «deber» después de que estas hubieran sido desplazadas del debate filosófico y político por preocupaciones relacionadas con el análisis del lenguaje moral (Stevenson 1944/1971; Hare 1952/1975). Su legado ha sido el de reabrir el debate filosófico a la empresa de reconstruir el contenido cognitivo de nuestras exigencias morales más esenciales.

Cuando hablamos de un contenido cognitivo de la moral lo que queremos expresar con ello es que la diversidad del fenómeno moral, entre los que podemos contar: los juicios de valor, los mandatos del deber o las expresiones morales de indignación o culpa, pueden fundamentarse o exponerse en términos de razones justificables para todos los participantes de un proceso de interacción social, los cuales se ven a sí mismos vinculados por tal orden de razones (Habermas 1996/1999, 29-30). Los imperativos relativos a una moral racional se vuelven pautas determinativas de la conducta social solo cuando estos reposan sobre criterios públicamente reconocidos por sujetos que pueden formular argumentos y contraargumentos vinculándose en el proceso de la práctica deliberativa.

En el mundo antiguo, la referencia a exigencias morales quedaba garantizada por un *ethos* compartido entre pequeñas comunidades unidas por los vínculos del parentesco (*v. gr.* la *polis* griega); no obstante, este *ethos* queda cuestionado ya tempranamente por el advenimiento de una filosofía racionalista que incide sobre la autocomprensión de sujetos que poseen una cosmovisión teleológica del mundo. La perspectiva del mundo moderno, por otro lado, ha echado

un velo sobre dichas intuiciones al haberse vuelto altamente complejo el sistema social, es decir, los diferentes contextos en los que se coordina la interacción social se han especializado a tal punto que dejan por fuera una autocomprensión mediada discursivamente; ya aquí lo único que interesa son los imperativos anónimos que representan las pautas funcionales de cada subsistema social. La convivencia en las sociedades modernas se encuentra, por este motivo, en permanente tensión debido a la presencia de diferentes concepciones sobre el valor y la vida buena. En contraste con esta situación, despuntan las ciencias naturales por la seguridad que nos ofrecen esas esferas de referencia, relativamente estables y autorizadas, cuyos contenidos gozan de una «objetividad» que se pone por encima del sentido común forzando una adecuación de creencias en lo tocante al mundo natural.

Pero las expresiones morales presuponen también un trasfondo público de referencias compartidas por las cuales los individuos se hacen mutuas reclamaciones; de manera tal que el fenómeno moral no soporta las simplificaciones conceptuales a las que ha sido sometido ya que su contenido desarrolla varios aspectos de la personalidad moral de los participantes del sistema social, es decir, no solo tematiza las normas que regulan la interacción social que todos respetamos y hacemos respetar, sino que además desarrolla la autoconcepción, individual y colectiva, que nos formamos de nosotros mismos respecto de nuestras valoraciones más importantes. Por esta razón, le queda a la filosofía la tarea de retejer el entramado de referencias morales con el objeto de reconstruir esa fuente de referencias compartidas; sin embargo, ya la filosofía no puede volver a la estrategia de suponer un conjunto de finalidades dadas de antemano —estrategia asumida en

el mundo clásico y medioeval—, ahora debe volver sobre cuestiones éticas y morales a partes iguales, debe poder tematizar qué tipo de autocomprensión colectiva se tiene y, a su vez, cuáles son los elementos de la convivencia justa.

De este modo, el recorrido filosófico de John Rawls está marcado por la tarea fundamental de reconstruir las bases cognitivas de este sistema público de justificación moral: se trata del esfuerzo continuo por hacer visible lo que subyace a nuestras creencias implícitas en un mundo que ha sido moldeado en la tradición del pensamiento democrático y liberal. Es cierto que sus primeros escritos se encuentran en deuda con preocupaciones más cercanas al utilitarismo y a la teoría de la decisión;¹ no obstante, también es cierto que sus intereses filosóficos sufrieron una transformación significativa que puede apreciarse en el uso más decidido de los recursos filosóficos de la tradición contractualista en su época de madurez.

No puede perderse de vista tampoco que su aproximación es la de un ciudadano norteamericano que testimonia dos eventos significativos para la vida política de los EE.UU. desarrollados en los años sesenta. El primero de ellos es la creciente presencia del ‘Movimiento por los derechos civiles’ que busca la reivindicación de derechos políticos para las comunidades afroamericanas; Rawls publicó el artículo *Constitutional Liberty and the Concept of Justice* en 1963, el mismo año en el que se pronunció el célebre discurso *I have a dream* de Martin

¹ Uno de los textos más importantes de teoría de la decisión aparecido en el contexto de la juventud de Rawls fue el de Kenneth Arrow titulado *Social Choice and Individual Values* (1963), un texto considerado como el punto de inicio de la teoría moderna de la elección social.

Luther King Jr. en Washington. El segundo acontecimiento es la Guerra de Vietnam que domina toda la escena pública de esos años y conmina a los intelectuales a tomar postura; Rawls, junto a otros filósofos importantes como Stanley Cavell, G. E. L. Owen o Michael Walzer, participó activamente desde la academia en eventos públicos manifestándose abiertamente contra la guerra y las injusticias perpetuadas a través de ella con ocasión del esquema de desigualdades económicas en los EE.UU. (Pogge 1994/2007, 19 ss.).

No sabemos hasta qué punto estos eventos comprometieron la evolución de sus ideas políticas de madurez, aunque podemos sospechar que fueron, en cierto modo, determinantes en su desarrollo académico. Sobre esto último, tenemos evidencias abundantes que apuntan a un cambio profundo y significativo en la perspectiva del filósofo norteamericano desde sus primeras concepciones teológicas y éticas de la juventud. Tal como el mismo Rawls reconoce, en el corto ensayo titulado *On my religion*: “I started as a believing orthodox Episcopalian Christian, and abandoned it entirely by June of 1945.” [Empecé como un creyente ortodoxo cristiano episcopal, y lo abandoné completamente para junio de 1945.] (2009a, 261). El Rawls de juventud tematizaba los contenidos éticos de un cristianismo ortodoxo con la capacidad de reanudar los lazos de solidaridad entre individuos que permanecen ligados por la fe dentro de comunidades religiosas.² No

² Rawls trabajó en una tesis titulada *A Brief Inquiry into the Meaning of Sin and Faith* (2009) en la que contrasta el contenido ético de la fe cristiana con aquello que representa, en su perspectiva, una

obstante, la experiencia que tuvo como miembro de infantería en la Segunda Guerra Mundial lo marcaría definitivamente haciéndole cuestionarse una ética basada en creencias religiosas y aunque estas convicciones no desaparecerán del todo en sus trabajos posteriores, se producirá en su pensamiento una rearticulación de su visión en lo tocante a las tareas que cumple la filosofía política: si la vida es valiosa en algún sentido relevante, si no estamos inexorablemente ligados a una existencia vacía y azarosa, esta debe orientarse en la consecución de un proyecto plausible que haga la vida humana digna en toda su complejidad y diferencia. Tal fue la visión que también tuvo Immanuel Kant en torno a un reino de los fines expresado con mucha concreción en sus escritos políticos;³ del mismo modo, Rawls abrazará

forma de naturalismo del bien ético cuyos representantes serían tanto Aristóteles, Santo Tomás de Aquino y San Agustín.

³ Debe aclararse que la idea de un reino de los fines debe ser tomada como una idea práctica, como un horizonte posible de nuestra determinación en tanto agentes morales; no significa que Kant estableciera un argumento de corte teleológico sobre la historia humana. “Por tanto, se me permitirá asumir que, así como el género humano se halla en constante avance con respecto a la cultura, que es su fin natural, se comprende que progresa hacia lo mejor con respecto al fin moral de su existencia, y que tal progreso, en efecto, a veces será *interrumpido*, pero nunca *roto*. No tengo necesidad de demostrar esta suposición; la demostración le corresponde a su adversario. Porque yo me apoyo en un deber innato para mí, por el que cada miembro de la serie de generaciones —en la que yo (como hombre sin más) figuro, aunque no sea tan bueno, respecto a la condición moral exigible de mí, como debería y podría ser— actúe sobre la posteridad de suerte que ésta se vuelva cada vez mejor (pues también se ha de admitir esta posibilidad), y que ese deber pueda así transmitirse legítimamente de un miembro de las generaciones a otro.” (AA VIII, 308-9)

ahora, como una tarea de la filosofía, la defensa de la fe razonable, esto es, la esperanza de construir un orden civil justo con las fuerzas de la recta razón; en palabras del filósofo norteamericano: “la posibilidad de instaurar un régimen constitucional justo.” (1993/1995a, 170).

El proyecto de un dominio justo, es decir, el de un orden democrático y constitucional en donde prima la justicia es el proyecto de una utopía realista; En palabras de Rawls:

Podemos tratar de abordar esta cuestión entendiendo la sociedad política de un determinado modo, a saber, como un sistema equitativo de cooperación a lo largo del tiempo, de una generación a la siguiente, donde los que participan en la cooperación se conciben como ciudadanos libres e iguales y como miembros cooperativos normales de la sociedad durante toda su vida. Tratamos de formular a continuación los principios de justicia política de tal modo que, si la estructura básica de la sociedad —las principales instituciones política y sociales y la manera en que encajan en un esquema de cooperación— satisface dichos principios, entonces podemos decir sin disimulo ni falsedad que los ciudadanos son realmente libres e iguales. (2001/2012, 26)

Rawls llamará a este proyecto: Justicia como Equidad; se trata de la concepción de la justicia política a la que Rawls llegará después de reelaborar varios conceptos que se encuentran ya en sus primeros artículos. El conjunto de estas ideas adquiere una primera cristalización en *Teoría de la Justicia* de 1971 (en

adelante *TJ*), una investigación considerada un punto de inflexión en la historia de la filosofía política contemporánea.

El objetivo de Rawls en *TJ* era el de desarrollar un punto de vista moral que rivalizara con el intuicionismo y el utilitarismo en su respuesta al problema de la justicia distributiva. El problema se plantea como sigue: dado un determinado esquema social que especifica reglas de distribución de cargas y beneficios para sus miembros, decimos que dichas reglas deben cumplir con ciertos criterios para que dicho esquema de distribución sea deseable. Criterios como los de orden, eficiencia o publicidad hacen que tal esquema sea racional y, por lo tanto, preferible para sus miembros a uno que no los posea; sin embargo, dichos criterios no son en modo alguno fundamentales cuando surgen disputas entorno a cuál es el mejor sistema regulativo de distribución de entre un conjunto igualmente funcional y elegible. De este modo, haría falta un punto de vista independiente que permita escoger criterios aceptables por todos los miembros de dicho esquema; así las cosas, Rawls afirma que “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento.” (1971/1995b, 17); el concepto de justicia se convierte en el núcleo heurístico de la empresa filosófica ya que sintetiza las intuiciones más esenciales que subyacen a las diferentes reclamaciones que los miembros se hacen unos a otros dado un esquema de distribución. El objetivo de Rawls, por lo tanto, será el de diseñar una teoría moral que pueda cumplir con dos tareas: en primer lugar, debe explicar de forma suficiente dichas intuiciones básicas sin sacrificar, hasta donde sea posible, la variedad del fenómeno moral; y en segundo lugar, debe servir como base para el enjuiciamiento

de las instituciones sociales, es decir, establecer criterios en la especificación de reglas justas para todos los miembros del arreglo social en cuestión (1971/1995b, 55 ss.). Esta teoría moral definiría dos principios de justicia (llamados habitualmente: principio de libertad y principio de diferencia) que pueden encajar con la mayor cantidad de nuestros juicios morales ordinarios, y también corregir nuestras valoraciones allí donde estas sean contradictorias con la teoría de la justicia.

Tras la publicación de *TJ*, aparecieron muchas críticas acerca de diferentes aspectos de la obra de Rawls. En buena medida, la abundante literatura suscitada en dichos años se corresponde con el carácter oscuro de la propuesta de Rawls: *TJ* es un texto extenso, complejo y que responde a una variedad de objetivos, algunos de ellos relacionados con el problema de la elección racional bajo sofisticados modelos de teoría de juegos; otros, con la psicología moral de miembros que poseen una disposición a acatar los términos de la estructura básica. Tales críticas empujaron al filósofo a una nueva reelaboración de su propuesta y, en 1980, Rawls ofreció una serie de conferencias en la Universidad de Columbia que servirían de material para una publicación aparecida en 1993 con el título de *Liberalismo Político* (en adelante *LP*).

El planteamiento de *LP* mantiene el corazón de la respuesta sobre el problema de la justicia distributiva, pero adquiere una complejidad en el trasfondo filosófico de lo que implica una concepción de la justicia política, es decir, se problematiza ahora de qué manera es posible, dado un esquema de pluralismo, el consenso acerca de los principios de la justicia. El nuevo punto de partida considera además una perspectiva sobre el significado de la tolerancia política y la convivencia

democrática. En el 2001, se publicó un texto póstumo titulado *Justicia como Equidad: Una reformulación* (en adelante *JE*), el cual documenta que el autor siguió elaborando varios de los conceptos presentes en *TJ* y *LP*, añadiéndose algunos aportes más concretos sobre el sistema de instituciones sociales de una democracia constitucional regida efectivamente por una concepción pública de la justicia.

Estos dos últimos trabajos, *LP* y *JE*, deben ser consideradas las versiones finales y maduras del proyecto de la justicia política. En ellos se expresa el compromiso que Rawls mantenía con la tarea de explicar cómo es posible un orden democrático y constitucional suficientemente justo no solo en función del adecuado arreglo de las instituciones económicas, sino también y, sobre todo, en función de las bases para el acuerdo razonable entre ciudadanos que mantienen disputas aparentemente insalvables entre sus diferentes concepciones del mundo.

Puede afirmarse de este modo que el objetivo de la Justicia como Equidad es el de destacar las bases públicas de un orden democrático y constitucional intrínsecamente justo, cuyo problema más singular es el de la justicia distributiva. Esta teoría podría organizar de forma coherente el orden de razones públicamente reflexivas que le darían su primacía respecto de concepciones menos razonables como el intuicionismo y el utilitarismo y de este modo ocuparía un lugar central en el razonamiento público sobre cuestiones fundamentales. Así, la justicia política y el debate en torno a ella, ha sido posible gracias al aporte inestimable de una teoría de la justicia que articula tres conceptos: el de lo político, lo moral y el derecho —a menudo reñidos entre sí en la literatura política— los cuales organizan de forma

ambiciosa una fundamentación normativa del orden democrático constitucional de las sociedades contemporáneas.

1.1.2. Sobre la noción de equidad

Rawls llama a su concepción de la justicia: *Justice as Fairness*, que al castellano ha sido traducido a veces por “Justicia como Imparcialidad” y otras, por “Justicia como Equidad”. Considero que esta última traducción se acerca más a la idea que Rawls tenía en mente en tanto *fairness* contiene implícita dos nociones. La primera de ellas implica la existencia de un sistema de reglas que vincula las actuaciones de los participantes de un determinado esquema; a modo de ejemplo, pueden pensarse en los juegos de la variedad que sean, hasta estructuras normativas complejas como el sistema jurídico de un Estado nacional.⁴ En tales esquemas, decimos que los participantes actúan razonablemente cuando participan de tales prácticas guiándose por las reglas de juego, sin tomar ventaja de los otros al no cumplir con su parte cuando les llega el turno (igualdad en el cumplimiento). La segunda noción, relacionada con la anterior, es la de igualdad de tratamiento; las reglas de un determinado esquema ligan a todos los participantes por igual, esto es, el sistema de reglas realiza una abstracción numérica aplicándose igualmente a todos los que cumplen la condición de ser participantes en él; así, esta segunda

⁴ Los sistemas jurídicos también pueden considerarse como una clase de juego, en cuyo caso se trataría de un juego de coordinación (Binmore 2007/2009, 93 ss.)

idea contiene la noción de universalidad de la regla (equidad propiamente dicha). Ahora bien, estas dos nociones pueden sintetizarse en la idea de «seguir equitativamente las reglas de juego» destacándose coherentemente así el término de equidad.

Este término en castellano tiene un origen etimológico romano; así, Cicerón consideraba que la *aequitas*, presentada como tópico, poseía tres dimensiones: una relacionada con la ley, la segunda con la convención —es decir, el acuerdo— y la tercera con las costumbres antiguas.⁵ Si abstraemos de ellas la tercera —que todavía posee relevancia para el caso del derecho consuetudinario—, estas dimensiones capturan bien, además de la idea de justicia, las nociones de «regla aceptada voluntariamente» y «regla como obligación». Basten estas aclaraciones para preferir la traducción: Justicia como Equidad, ya que lo que está tratando de referirse con ello son dos dimensiones en los sujetos que integran una práctica social: la de sujetos activos que ingresan en relaciones vinculantes por el acto de habla performativo de aceptar o rechazar un determinado arreglo con un sí o con un no, y, por otro lado, la de sujetos pasivos que se encuentran efectivamente obligados a cumplir con el arreglo incluso si este no resulta en todo momento favorable a sus intereses particulares.

⁵ “Institutio autem aequitatis tripartita est: una pars legitima est, altera conventis, tertia moris vetustate firmata.” [Pero la institución de la equidad es triple: una parte está basada en la ley, la otra en la convención, la tercera está fundada firmemente en la antigüedad de la costumbre.] (*Top.* párr. 90).

Sin embargo, estas nociones no aclaran por sí solas la relación entre la justicia y la equidad. ¿Qué significado quiere destacarse con esta implicación mutua? Lo primero que hay que considerar es que la noción de justicia y la de equidad no son intercambiables. Por un lado, la justicia es un concepto polisémico que puede referir acciones individuales, rasgos del carácter (*v. gr.* una persona justa) e incluso un ideal social omnicomprensivo; no obstante, Rawls apunta solo a la justicia como criterio en el contexto de una «práctica» en la que uno decide entrar o no de forma voluntaria (véase 3.1.2.3). Por otro lado, la equidad supone más bien un estado de cosas en la que una interacción determinada se establece o empieza; hablamos así, por ejemplo, de una competencia equitativa cuando los competidores se encuentran en igualdad de armas al iniciarse la jugada, y no implicamos la existencia de inequidad alguna en caso que, producto de las diferentes habilidades y estrategias, el juego se desarrolle mejor para unos competidores que para otros, o en caso uno de ellos obtenga un resultado ventajoso frente a otros. Podría objetarse que este uso es bastante limitado en su alcance ya que existen otras circunstancias en las que usamos el término «equidad» para referimos a otros tipos de interacciones sobre posiciones equilibradas; sin embargo, considero bastante plausible que estos otros usos deriven su significado, al menos analíticamente, de esta primera noción.

De esta manera, el concepto de justicia adquiere una especificidad, a saber, la de ser una virtud propia de sistemas reglados en donde se hace valer un tipo particular de diseño: aquel en el que las partes se hayan en condiciones de equidad. Ahora bien, la forma en que se relacionan estas dos nociones supone examinar

dónde se ubica este concepto de justicia en el contexto de un sistema de interacciones reglado, en otras palabras, cómo debe entenderse cuándo una práctica determinada es justa en este sentido. A primera vista, parece que Rawls tiene el mismo problema que Hobbes, a saber, de qué forma puede establecerse legítimamente una práctica social específica; sin embargo, la diferencia entre estas dos posiciones se cifra en que la intuición de Rawls no apunta directamente a las condiciones sobre las cuales se ponen de acuerdo sujetos que quieren diseñar un sistema de interacción determinado, es decir, un tipo determinado de instituciones.⁶ Se asume, desde el inicio, que estas prácticas son comunes y que llevan tiempo desarrollándose en la variedad de las interacciones humanas; la pregunta surge entonces de la siguiente manera: ¿qué es lo que se establece dentro de una práctica sostenida por participantes quienes desean hacer valer un criterio de justicia en tanto equidad? Rawls nos dice en un artículo temprano:

The question of fairness arises when free persons, who have no authority over one another, are engaging in a joint activity and among themselves settling or acknowledging the rules which define it and which determine the respective shares in its benefits and burdens. A practice will strike the parties as fair if none feels that, by participating in it, they or any of the others are taken advantage of, or forced to

⁶ Con ello no quiero implicar que el contrato social hobbesiano deba entenderse como un contrato histórico. De lo que se trata aquí más bien se relaciona con el objeto del contrato o consenso de manera tal que, en el caso de Hobbes, la práctica social que se establece es la del Estado Moderno.

give in to claims which they do not regard as legitimate. This implies that each has a conception of legitimate claims which he thinks it reasonable for others as well as himself to acknowledge. (1999, 59)

[La cuestión de la equidad surge cuando personas libres, quienes no tienen autoridad unas sobre otras, toman parte en una actividad conjunta y entre ellas mismas acuerdan el reconocimiento de reglas que la definen y las cuales determinan las divisiones en los beneficios y cargas. Una práctica parecerá justa a las partes si ninguna siente que, participando en ella, ellos o alguno de los otros son defraudados por, o forzados a ceder ante exigencias que no estiman como legítimas. Esto implica que cada uno tenga una concepción de exigencia legítima que considera razonable para otros tanto como para sí mismo reconocer.]

Tres cosas pueden destacarse de esta idea de «equidad». En primer lugar, la equidad se aplica en el contexto de un sistema de reglas de acuerdo a las cuales se organiza a sí misma distribuyendo cargas y beneficios, además se establece una diferencia de posiciones que no constituye *per se* inequidad alguna; por otro lado, la equidad es un rasgo que pertenece como tal no solo a la práctica misma, en cuanto ordenamiento determinado de reglas, sino al sustrato de los principios que la informan; finalmente, decimos entonces que las partes reconocen un «lenguaje» en el que pueden plantearse exigencias legítimas que todos pueden reconocer. Un ejemplo puede ilustrar mejor este punto.

Imaginemos a un grupo de amigos que deciden unir esfuerzos para abrir un restaurante. Ellos distribuyen el trabajo y la inversión necesaria para llevar adelante el proyecto. Algunos de ellos se dedican a los aspectos administrativos y legales,

otros a los relativos a la cocina y menú, y otros a la decoración y logística. Supongamos ahora que el negocio se vuelve rápidamente próspero con lo cual deciden contratar personal adicional para la atención y dividirse ahora en tareas de publicidad y recepciones varias con la correspondiente división de cargos y salarios. Con el transcurso del tiempo los meseros contratados deciden voluntariamente emplear un nuevo sistema por el cual optimizan la atención a la clientela produciéndose un aumento significativo en el número de visitas al restaurante; a continuación, los meseros solicitan un aumento en sus pagos, pero reciben una negativa como respuesta.

Este caso, bastante típico, muestra algunos rasgos del concepto de justicia que John Rawls tiene en mente al inicio de sus investigaciones. En principio, esta práctica se desarrolla a través de reglas que distribuyen los cargos y funciones; no solo los amigos que dieron forma al proyecto inicial forman parte ahora de ella sino también los empleados y todo aquel que participe de sus beneficios. Es importante destacar aquí, como habíamos apuntado arriba, que no existe inequidad alguna en la mera división jerárquica del trabajo (cargos o posiciones distribuidas) en la medida en que esto es necesario para el mutuo beneficio de todos; cada miembro cumple un papel en la organización de la práctica siguiendo así con las reglas establecidas. Podría objetarse que tal vez los empleados no han podido formular ellos mismos la configuración de reglas que dieron origen a la actividad; sin embargo, ellos asienten a las mismas al consentir ingresar y beneficiarse de la práctica. Ahora bien, lo que el ejemplo muestra es que en algún punto del desarrollo ordinario de la actividad surgirán exigencias y reclamos que las partes se realizarán

unas a las otras cuyo contenido está referido a la distribución de beneficios y cargas. Las exigencias de mejores términos a menudo vienen acompañadas de razones justificatorias; los empleados podrían alegar que el incremento en las utilidades del restaurante se debe directamente al nuevo sistema de atención al público que ellos establecieron, mientras los dueños pueden adjudicárselo a sus inversiones en publicidad. En casos como estos, a menudo, los empleados son forzados a aceptar malas condiciones ya que se encuentran en una posición débil al momento de negociar los aumentos salariales; sin embargo —y este es el punto—, lo que Rawls quiere mostrar es que en casos como estos es posible considerar el asunto a la luz del concepto de la Justicia como Equidad.

Ahora bien, ¿de qué forma es esto posible? De lo que se trata en todo momento, es de descubrir una base que nos sirva de criterio para determinar si la práctica que hemos descrito pasa el *test* de la justicia. Rawls cree que debemos apelar a un ejercicio de representación en la que las partes se ponen de acuerdo en un conjunto de principios generales que todos pueden razonablemente consentir y que se aplicarán en el futuro a las disputas que surjan (1999, 53), a esto me he referido con la expresión de un «lenguaje» que todos pueden comprender y en el que se realizan exigencias reconocidas como legítimas. Las partes deben ubicarse en una situación general de igualdad desde la que se puedan formular principios que todos puedan reconocer como adecuados para sus reclamaciones futuras. La esperanza de Rawls es que principios así de generales derivarán en los ya conocidos dos principios de la justicia: el principio de igual libertad y el principio de diferencia en los que no entraremos por el momento.

En el caso que hemos desarrollado podemos observar —concediendo la efectividad del primer principio— que de la aplicación del principio de diferencia se hace manifiesto que los aumentos exigidos constituyen reclamaciones legítimas en tanto debemos asegurar una distribución de beneficios que convenga a los menos aventajados del arreglo social. Así, el aumento de los salarios es una manera de legitimar la práctica, esto es, hacerla justificable para aquellos menos aventajados en ella. Otro aspecto a considerar son los efectos estabilizadores del principio de diferencia, es decir, la reproducción y sostenibilidad de la práctica. Si consideráramos la práctica a la luz del principio de utilidad, este se mostraría indiferente respecto a estas diferencias en las distribuciones de ventajas en tanto la utilidad global neta de la práctica sea positiva. Pero si esto es así, las partes menos favorecidas no tendrían razones para seguir participando de la práctica, y a menos que existan obstáculos que les impidan abandonarla, su permanencia en ella no está garantizada. Por lo tanto, el principio de diferencia se muestra como superior, en este sentido, al contener las tendencias a la crisis ya que es sensible a las demandas legítimas de quienes las formulan.

Quisiera recapitular lo que hemos sacado en claro con esta introducción. La Justicia como Equidad destaca que el concepto de la justicia está relacionado con la idea de una práctica reglada a la que informan unos principios generales a los cuales partes situadas en una posición hipotética de perfecta igualdad prestan su consentimiento para examinar sus exigencias mutuas en casos de conflicto. Debe notarse aquí que estas consideraciones recuerdan en varios extremos a los experimentos hipotéticos de la larga tradición del contrato social; no obstante, la

diferencia más importante es que no se trata aquí del establecimiento de una práctica determinada (*v. gr.* la del Estado Moderno), sino de principios de la justicia cuya razonabilidad no puede dejarse de aceptar. Ahora bien, esto nos deja con un problema no resuelto, de qué manera quedan asegurados los dos principios de justicia en la posición inicial de las partes. Este es el problema del razonamiento práctico.

1.2. EL TRASFONDO FILOSÓFICO

Un elemento que representa dificultades en la exposición de la Justicia como Equidad es la manera en que debemos entender el punto de partida de la construcción teórica. A menudo se ha presentado a Rawls como un filósofo procedimentalista, y esto es correcto, aunque necesita ser precisado en qué consiste su procedimentalismo. Debe considerarse, además, que Rawls es un filósofo con una formación que oscila entre los estudios de la tradición en filosofía moral y política entre cuyos autores predilectos se cuentan Hume, Kant, Mill y Sidgwick; y la lectura del pensamiento económico neoclásico de autores como Pareto, Hicks o Samuelson; de modo tal que su forma de abordar los problemas está cargada con un compromiso por hacer que los conceptos resulten plausibles al razonamiento inferencial ya se trate del razonamiento práctico-instrumental, más cercano a la economía, o del razonamiento inferencial-holista de la empresa constructivista.

Pero también se ha afirmado que John Rawls fue el iniciador de un nuevo estilo si consideramos la matriz filosófica en la que se ubica dentro del panorama

contemporáneo. Algunos de sus críticos le han acusado de retomar una forma de fundamentación *à la Kant*, es decir, reactualizando los temas del derecho natural racional del s. XVIII (Habermas 1992/2010, 121). Esta podría considerarse una crítica severa si pensamos en las transformaciones que ha sufrido la sociedad moderna y cómo el modo de razonamiento de la Ilustración no le resulta ya aplicable. Sin embargo, al prestar una atención más cercana a estas nociones descubrimos que muchas de ellas han perdido la densidad característica con la que irrumpieron en el Siglo de las Luces.

En el trabajo de John Rawls se ponen de manifiesto con claridad las fuentes kantianas de su razonamiento, así como sus compromisos con la tradición liberal y democrática del pensamiento político. Esta síntesis ha permitido que las cargas metafísicas de la libertad kantiana queden neutralizadas en el contexto político-liberal de las razones que todos pueden libremente reconocer. Recordemos que para Kant los contenidos de esta metafísica de la libertad fundamentaban una teoría del derecho y del Estado (AA VI, 311); la empresa kantiana puede caracterizarse como un proyecto deontológico que utiliza principios *a priori*. En contraste, Rawls no puede valerse de una estrategia planteada términos de una razón determinativa: por un lado, el filósofo norteamericano todavía tratará de emular la empresa universalista del razonamiento moral kantiano, pero ya sin extraer de ello consecuencias no recursivas; por otro lado, concentrará sus esfuerzos en perfilar una teoría de los deberes —como hace Kant— sin sacrificar por ello una teoría del bien racional (véase 3.2.2).

Para explicar mejor ello me concentraré, en los dos siguientes apartados, en la descripción de dos aspectos que pueden ayudar a perfilar las nociones de la filosofía moral y política que subyace a su justicia política: en primer lugar, quiero examinar la idea de razón práctica que Rawls utiliza como plataforma para su constructivismo político, para lo cual me serviré del contraste con la idea de razón práctica en Kant (1.2.1), y, en segundo lugar, examinaré qué funciones cumple la filosofía política, en la perspectiva de Rawls, en tanto disciplina del razonamiento práctico (1.2.2)

1.2.1. ¿Qué es la razón práctica?

En *TJ*, Rawls no era consciente del alcance de los recursos filosóficos de los que estaba echando mano. Ya se nos había hecho patente el uso de algunas nociones como la idea de una «sociedad de cooperación» o la del «sentido de la justicia»; sin embargo, el argumento central parecía más bien descansar en la representación hipotética de partes que desarrollan un razonamiento deductivo, hasta donde fuera posible, para elegir principios de justicia en condiciones de equidad. La racionalidad a la que Rawls aspira aquí se expone como una “geometría moral con todo el rigor que su nombre indica.” (Rawls 1971/1995b, 121).⁷ Estas intuiciones nos muestran que Rawls suponía que su teoría se podía enmarcar

⁷ En cierto sentido el razonamiento desde la posición original permanece para Rawls como un razonamiento deductivo; no obstante, se ve ahora que el argumento desde la posición original pertenece como tal a una concepción política de la justicia (Rawls 2001/2012, 121, n. 2).

dentro del conjunto de las teorías sociales o teorías de la elección social. Naturalmente, Rawls era consciente de que su propuesta describía restricciones típicamente realizadas por la filosofía moral clásica y, en este sentido, se trataba de una propuesta con carga moral; no obstante, podemos asumir que no consideraba su trabajo como especulativo —en sentido peyorativo— sino más bien como demostrable en los términos objetivos de las teorías económicas.

Tras varias reelaboraciones,⁸ el nuevo planteamiento de la teoría de la justicia en *LP* empieza afirmando con mucha contundencia que “los principios e ideales de la concepción política se fundan en principios de la razón práctica, unidos a concepciones de la sociedad y de la persona, las cuales son, asimismo, concepciones surgidas de la razón práctica.” (1993/1995a, 15); ahora bien, ¿qué debemos entender aquí por razón práctica? La idea de una «filosofía práctica», en contraste con una «filosofía teórica», puede remontarse hasta Aristóteles (*De An.* X, 3, 433a; *Pol.* VII, 14, 1333a; *Protr.* fr. 32). Dicha filosofía práctica dirigiría su atención no hacia la búsqueda de conocimientos sino a la acción —comparándose así con un saber hacer—, y en tanto todas las acciones están dirigidas a algún bien, el mayor de ellos no puede ser otro que el de la felicidad (*Eth. Nic.* I, 3, 1095a).

Sin embargo, es Kant el que articula el concepto de razón práctica para la modernidad. Desde Kant se considera que la razón tiene dos formas de ser

⁸ Se ha dicho correctamente que el propósito inicial de John Rawls era escribir un libro parecido al de Kenneth Arrow: *Social Choice and Individual Values* (Wolff 1977/1981, 14); en esta empresa sus primeras elaboraciones eran próximas a los modelos de elección de la teoría neoclásica.

considerada: la razón teórica provee de razones para las creencias, mientras que la razón práctica son razones para la acción. Rawls tiene en mente esta distinción cuando elabora varios de sus conceptos. Con el propósito de comprender esta relación, será instructivo considerar algunas cuestiones sobre la idea de una razón práctica dentro de la perspectiva kantiana sin entrar en sus particularidades; para ello, bastará con precisar cuál es el objetivo de una razón práctica y en qué sentido se debe entender la doctrina de una voluntad pura.

El argumento, en la *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, inicia del siguiente modo: dado un determinado ser dispuesto teleológicamente para la vida, la naturaleza tiene que haberle provisto con los medios más idóneos para la consecución de sus fines. Si el ser humano tuviera como finalidad la satisfacción plena de sus deseos —o sea, la felicidad—, la naturaleza no hubiera acertado a proporcionarle el medio más idóneo para la consecución de tal fin, en cuyo caso habría provisto al hombre de los instintos necesarios que conduzcan su actividad sin dificultades o vacilaciones (AA IV, 395). Así, la presencia de razón (*Vernunft*) y voluntad (*Willen*) indican un objetivo diferente. En contraste con la doctrina del querer en general de Christian Wolff, Kant piensa que la «razón» juega un rol activo en la determinación de los objetos hacia los que se dirige la voluntad, o, dicho de otro modo: en tanto que no nos encontramos sujetos inexorablemente a nuestros deseos, nuestra razón no solo nos asiste en la búsqueda de los medios más eficaces para satisfacerlos, sino que puede proveernos también un cierto tipo de finalidades.

Si es cierto que todas las cosas en la naturaleza operan de acuerdo a leyes, el hombre no puede ser una excepción; pero Kant nos dice que “Sólo un ser racional posee la capacidad de obrar *según la representación* de las leyes o con arreglo a principios del obrar, esto es, posee una *voluntad*.” (AA IV, 412). Esta aclaración es importante: lo que Kant está tratando de destacar es que a diferencia de lo que ocurre con un objeto del mundo físico, los hombres no están sujetos únicamente a la causalidad natural, sino que además responden a otro tipo de causalidad: la libertad. Es a este otro propósito al que se muestra más provechosa una capacidad de «razón práctica», es decir, en tanto ella está presente, su objetivo no puede ser otro que el de producir, para los hombres, una «voluntad pura». Así, cuando la voluntad se encuentra orientada por las inclinaciones y deseos de nuestra naturaleza, hablamos de una voluntad empírica (*v. gr.* el deseo de beber agua cuando me encuentro sediento o el deseo de dar un paseo cuando me apetece). La voluntad puede estar condicionada de este modo, pero en tal caso no somos diferentes de los animales cuyos deseos los vinculan de manera inevitable. De modo diferente, los hombres, dotados de razón, pueden aspirar a tener una voluntad pura, en cuyo caso se trata de una voluntad que ha hecho abstracción de todo contenido empírico y se orienta únicamente por una capacidad *a priori* de la razón. En este último caso, la voluntad es «buena» de modo incondicionado; cuando la voluntad solo se determina por la mera forma de ley de una máxima del obrar, haciendo abstracción de cualquier contenido, lo que queda es el carácter universal legaliforme de cualquier principio del obrar. Esta representación supone un principio objetivo igualmente válido para cualquier ser racional, y, por lo tanto, pertenece al

mundo inteligible de la libertad, al que pertenecen todos los hombres como un «reino de los fines» (AA IV, 438).

En resumen, Kant afirma —en oposición a Wolff y Hume entre otros— una teoría moral fundada en la capacidad de la razón para «orientar» de forma independiente el obrar humano. Considera que nuestras inclinaciones —entre las cuales se hallan también los sentimientos morales— no son una base segura de la moralidad; en tal sentido, se debe empezar por formular una concepción de la ley moral y una concepción de nosotros mismos, como seres dotados de razón, con el propósito de representarnos los fundamentos de la moralidad para cualquier ser racional.

Rawls sigue en varios aspectos una ruta similar, aunque rechaza de modo categórico que la teoría de la justicia se derive de los principios de la razón práctica del idealismo transcendental kantiano. Rawls no está buscando los fundamentos de la moralidad del actuar en general, y debemos entender su empresa como un intento por articular una teoría moral coherente, hasta donde sea posible, con nuestras exigencias de justicia más fundamentales. La razón práctica no tiene ya, como en Kant, una propiedad *a priori* que pueda indicarnos algún fundamento incondicionado de la voluntad; sin embargo, todavía puede ayudarnos a elaborar un punto de vista independiente y coherente con nuestras valoraciones políticas reflexivas. Para Rawls, la razón práctica se define como:

... el razonamiento acerca de qué hacer, qué instituciones son razonables, racionales o decentes y por qué. No existe una lista de condiciones necesarias y

suficientes para cada una de estas tres ideas, y cabe esperar diferencias de opinión. Nuestra conjetura es, sin embargo, que si se despliega adecuadamente el contenido de la razonabilidad, la racionalidad y la decencia, los principios y criterios resultantes de equidad y justicia formarán un todo coherente y serán acogidos tras la debida reflexión. Pero no hay garantía de ello. (1999/2001, 102)

Puede afirmarse que Rawls ha vaciado de contenido metafísico la idea de una razón práctica. Esto se condice con otra idea, presente en la filosofía política contemporánea, que tiene connotaciones más importantes para el contexto de las democracias plurales: el rechazo de la metafísica. El siglo XVIII, siglo de la Ilustración al que también perteneció Kant, se caracterizó por una férrea convicción en la capacidad humana para encontrar la clave de todos los problemas humanos. Esta creencia según la cual, encontrada la metodología adecuada, podríamos ser capaces de contestar, de una vez y para siempre, las preguntas relativas ya no solo al mundo natural sino también aquellas relativas al espíritu —como aquellas que atañen a la moral, la religión o la política— animó a las mentes más brillantes de su tiempo en la empresa de desentrañar el orden último de todas las verdades. Como bien ha dicho Isaiah Berlin: “Their age is one of the best and most hopeful episodes in the life of mankind.” [Su época es uno de los mejores y más esperanzadores episodios en la vida de la humanidad] (2013a, 62). Sin embargo, esta creencia ha sido la causa, a su vez, de que muchos ideales originados en este momento histórico —pero sobre todo en el siglo XIX— desembocaran en cruentos proyectos políticos de dominación; porque si el hombre se encuentra en posesión de una

verdad última sobre la verdadera condición moral o política del hombre, no existe ningún costo suficientemente alto a pagar por la implantación de la sociedad ideal en donde todos los sufrimientos y precariedades de la vida serían suprimidos para siempre.

A los que abrazamos el pluralismo democrático nos queda vedado el camino de una reconstrucción de nuestras convicciones morales en términos de una concepción moral densa, esto es, que suponga la adopción de un punto de vista metafísico sobre la naturaleza última del hombre o de la razón. Tal es el punto de partida de cualquier teoría moral contemporánea que reclama un procedimiento intersubjetivo para la coordinación social se trate de la esfera de la moral, la política o la epistémica. Esta exigencia es respondida por Rawls asumiendo el punto de vista que denomina «político», en oposición a un punto de vista comprensivo (véase 1.3.2). Veamos lo que nos dice el propio Rawls:

Entiendo el liberalismo político como una doctrina que pertenece a la categoría de lo político. Se desenvuelve enteramente dentro de dicho dominio y no cuenta con nada fuera de él. La visión más familiar de la filosofía política es que sus conceptos, principios e ideales, y otros elementos se presentan como consecuencias de doctrinas comprensivas religiosas, metafísicas y morales. Por el contrario, la filosofía política tal como la entiende el liberalismo político consiste en su mayor parte en diferentes concepciones políticas del derecho y la justicia consideradas como *independientes* [freestanding]. (1995/1998, 77)

Debe entenderse aquí por «independiente» aquella concepción que no se deduce o desprende de una formulación particular de valores o principios orientados a la explicación de todos los aspectos relevantes de la vida humana (*v. gr.* una religión, una doctrina filosófica o ética sustantiva). Rawls considera que lo político es aquello que pertenece, como categoría, al punto de vista independiente de aquellos elementos que conforman la vida intersubjetiva de los individuos en las democracias plurales (*v. gr.* el principio de la igualdad ante la ley, la tolerancia religiosa o el bien público). Lo novedoso de su teoría es que se parte de una naturalización de lo político. Generalmente la filosofía política ha tratado de explicar el espacio de lo político a través de una reconducción de atributos simples, considerados como irreducibles, desde los cuales se hace necesaria la categoría de lo público. Buenos ejemplos de este proceder son: la concepción aristotélica de lo político como el medio que permite, en última instancia, la realización de una ética teleológica; y, por otro lado, la concepción hobbesiana de lo político como una dimensión en la que el autointerés de individuos en conflicto encuentra su equilibrio competitivo. Rawls, por el contrario, considera que el dominio de lo político tiene una realidad no relativa, esto es, se establece como premisa, y en tal sentido sigue los pasos de Rousseau y Kant.

Al afirmar este paso hacia lo político, el punto de vista procedimental se hace patente en toda su fuerza. El espacio de lo político apela a nuestras obligaciones no como miembros de comunidades cuyas identidades se hayan en permanente contradicción, sino como miembros de la sociedad política lo cual supone, como

condición, el establecimiento de un contexto normativo que la haga posible. Richard Rorty ha sostenido con mucha claridad sobre esto:

Un principio o una concepción pertenece a la razón práctica, en el sentido de Rawls, si apareció en el curso del proceso en el que la gente empezó siendo densa y luego se volvió tenue, desarrollando así un consenso entrecruzado y dando lugar al establecimiento de una comunidad moral más inclusiva. No pertenecería a ella, en cambio, si su aparición hubiera acaecido bajo la amenaza de la fuerza. Para Rawls, por decirlo así, la razón práctica es más una cuestión de cómo acordamos qué hacer que de qué acordamos hacer. (2000, 239-40)

Lo que Rorty quiere decir es que en la medida en que somos miembros de una comunidad determinada, cuyos recursos le han permitido una historia política —y nuestra capacidad para darnos razones es uno de estos recursos—, las dificultades de instaurar un orden normativo han sido sorteables en tanto hemos sostenido un consenso mínimo acerca de cuestiones básicas como el respeto de la dignidad humana. El concepto de razón práctica de Rawls formula las nociones básicas de este modo, en las que el acuerdo ha sido sostenible históricamente, para proceder en la construcción de un proyecto que haga posible un consenso aún más fundamental respecto ya no solo de la convivencia en tolerancia, sino de un modo de vida social que debe ser apoyado en tanto ostente la dignidad de ser un orden político justo. Así, la reflexión sobre la experiencia política cristaliza los valores de la tolerancia y de la deliberación cívica como paso fundamental en la construcción

de un orden esencialmente justo; aquí no se trata simplemente de que la historia política exhiba estadios aleatorios de paz y violencia, sino de que aquellos elementos democráticos se solidifiquen en una cultura política de igual respeto.

Como vemos, Rawls utiliza la idea de razón práctica, pero sin los compromisos metafísicos que esta idea suponía para la modernidad. Como recurso heurístico, la razón práctica permite establecer nociones ampliamente conocidas y compartidas por ciudadanos de sociedades democráticas y plurales preparándose el terreno para la determinación de principios de la justicia que todos podríamos suscribir. Dijimos también que estas nociones no son privativas de una determinada concepción social, sino que forman parte de un acervo político que está sometido a la crítica y discusión permanente. Hasta aquí llegan las semejanzas con Kant, pero ahora resta comprender de qué forma entiende Rawls la filosofía política, es decir, si no tratamos más de alcanzar una fundamentación sustantiva del orden social, qué significa la reflexión filosófica sobre la política.

1.2.2. La filosofía política de la Justicia como Equidad

Una vez se hace patente el carácter pragmático del concepto de razón práctica podemos considerar un aspecto ulterior de la Justicia como Equidad, a saber, qué circunstancias hacen necesarias un punto de vista así de matizado. Esta es una pregunta que nos remite a un hecho incontrastable relativo al pensamiento filosófico desde sus orígenes, esto es: la historicidad de la reflexión filosófica. Con ello no se quiere referir una tesis densa sobre la naturaleza de la filosofía como una

determinación histórica de algún tipo (Hegel 1917/1999, 44); sino algo mucho más modesto relativo a las características del quehacer filosófico.

John Dewey ha sido, sin duda, el filósofo contemporáneo que mejor ha expresado esta tendencia en la historia del pensamiento filosófico al urgirnos una reformulación de nuestro entendimiento acerca de la empresa filosófica. Para Dewey la tarea de la filosofía es la de “poner claridad en las ideas de los hombres en lo referente a las pugnas sociales y morales de su propio tiempo” (1920/1970, 91). Esto significa por un lado que la filosofía tiene un compromiso fundamentalmente «social» relativo al progreso del bienestar humano; pero también, que este compromiso se manifiesta en la elaboración conceptual de las mismas tendencias y conflictos sociales presentes. De este modo, la filosofía no puede pretender una neutralidad respecto del mundo social y empeñarse únicamente con la búsqueda de verdades absolutas, ahistóricas y desvinculadas; y todo esfuerzo en este sentido yerra su propósito convirtiéndose en mero divertimento de académicos.

La filosofía política como rama de la filosofía social toma en serio esta advertencia afirmando su interés por los problemas centrales de un mundo social sistémico en el que pugnan una diversidad de intereses, valores, principios y concepciones del ser humano. Pero esta preocupación debe ser precavida y no debe asumir sin conflicto que el objetivo al que apunta, a saber, un estado social justo y feliz, representa una finalidad «verdadera». Es en este talante que Rawls nos dice que la filosofía política cumple cuatro papeles centrales: a) el papel práctico, b) el papel de orientación, c) el papel de reconciliación, y d) el papel de

poner a prueba los límites de la posibilidad política practicable.⁹ Explicaré a continuación de qué se trata cada una de estas funciones y finalizaré con una reflexión acerca del peligro del utopismo.

El proceso de modernización de las sociedades europeas durante el siglo XVI y XVII estuvo marcado por las profundas diferencias religiosas —originadas con la Reforma Protestante— que dieron pábulo a un clima de inestabilidad política y, en algunos casos, guerra civil. En este ambiente de tensiones ideológicas, la filosofía política pudo llevar adelante el proyecto de la construcción del espacio público a través de obras como el *Leviatán* de Thomas Hobbes o la *Carta sobre la tolerancia* de John Locke. La significación de estas obras aclara el objetivo al que Rawls apunta cuando nos dice que la filosofía política cumple un papel «práctico». Cuando las disputas en el terreno político parecen insalvables, la filosofía cumple el rol de llevar a un mayor grado de abstracción los problemas de la convivencia política con el objeto de descubrir si existe alguna base para el acuerdo razonable (2001/2012, 23-24). Incluso si este es un objetivo demasiado ambicioso, tal vez la filosofía pueda cumplir una función más modesta al limitar el alcance de las discrepancias religiosas, filosóficas o morales situándolas en el terreno del “*reasonable disagreement* como fundamento de su convivencia pacífica.” (Habermas 1996/1998, 62).

⁹ Estas funciones pueden encontrarse en las *Lecciones sobre la historia de la filosofía política* de John Rawls (2009b, 37-39).

El segundo papel que cumple la filosofía política es el de «orientación». Este papel se hace eco de aquel que le asignara Kant a la razón en el opúsculo *Was heisst: sich im Denken orientieren?* [¿Qué significa orientarse en el pensamiento?] de 1786. En este pequeño trabajo, Kant nos dice que nuestra sola razón puede venir en nuestro auxilio cuando nos encontramos sumidos en la oscuridad del pensamiento.¹⁰ Kant pensaba que la razón podía satisfacer, por sí sola, las exigencias de la razón en el plano de lo teórico y lo práctico, esto es, que incluso con las limitaciones inherentes a nuestra capacidad teórica, la razón podía cumplimentar nuestras aspiraciones metafísicas a través de «creencias racionales» (o también postulados de la razón) que suponen, como fundamento subjetivo, la condición del proyecto completo de la moralidad (AA VIII, 139).

Ahora bien, Rawls afirma que nuestra razón nos asiste en la consideración de los fines que podemos proponernos, incluyendo los políticos; fines que responden a varios niveles: los fines que tenemos como individuos, los fines asociativos (*v. gr.* religiosos, educativos o familiares) y nuestros fines sociales (2001/2012, 25). Esta función se encuentra relacionada además con la reflexión acerca de la concepción que tenemos de nosotros mismos en tanto formamos una sociedad de ciudadanos libres e iguales. La capacidad de reflexividad se propone

¹⁰ “Y, entonces, comparece el *derecho de exigencia* de la razón, como fundamento subjetivo, para presuponer y aceptar algo que ésta no puede pretender saber mediante fundamentos objetivos; y, en consecuencia, para orientarse, solamente mediante su propia exigencia, en el pensamiento, en el inmenso, y para nosotros lleno de espesa noche, espacio de lo suprasensible.” (AA VIII, 137)

como objetivo articular una autocomprensión convincente y coherente en relación con nuestras concepciones de la sociedad y la justicia; de tal modo que estas representen las demandas sociales que consideramos irrenunciables; y, por otro lado, para que podamos hacer ajustes a los propios planes de vida de modo que sean compatibles con un ideal de justicia.

Según entiendo, estas dos nociones —la de Kant y Rawls— se relacionan de forma estrecha si las consideramos a la luz de lo que podríamos denominar, usando un fraseo de Kant, como «la primacía de la razón».¹¹ Por esta entiendo la forma en que, al margen de nuestras filiaciones empíricas, nos consideramos, en el plano de lo político —cuyo problema tenemos entre manos—, como personas «autorreflexivas». Esto significa, por ejemplo, que incluso si nos percibimos en relación estrecha con los fines de una comunidad de creyentes, debemos suponer que tenemos la capacidad para separarnos de creencias arraigadas como las religiosas con el objeto de someterlas a reflexión. En tal sentido, la capacidad reflexiva se vale por sí sola en el examen de nuestros fines en varios niveles de generalidad, es decir, no requiere en su empresa de ningún elemento derivado de los compromisos a los que estamos sujetos como individuos que pertenecen a comunidades particulares, que permanecen vinculados a ellas por el nacimiento y el afecto, y cuyos valores se adquieren por socialización.

¹¹ Al negarse la tesis de la primacía a la razón en tales cuestiones, Kant temía que en su lugar se erigieran como ordenadoras del pensamiento el *entusiasmo*, la *superstición* y el *ateísmo*, los cuales representaban, en su opinión, graves amenazas a la libertad entendida desde la recta razón.

En tercer término, la filosofía política cumple el papel de «reconciliación». El mundo social puede ocasionarnos una cierta aversión hacia él si consideramos no solo la injusticia presente, sino también las dificultades para alcanzar un acuerdo público dado el esquema del pluralismo. Tales dificultades pueden disponernos a considerar el desmantelamiento de dicha sociedad como ocurre en los fenómenos de desintegración social como la guerra civil, pero también pueden disponernos a una actitud de resignación pasiva cuando no se cuentan con las fuerzas para oponerse; bien vistas las cosas, ambas actitudes se tocan en el extremo de su escepticismo respecto de la realidad social.

Rawls supone —siguiendo en esto a Hegel— que la filosofía política cumple la función de explicarnos de qué forma nuestras instituciones sociales y políticas son racionales (2001/2012, 25-26); esto se asemeja a un proceso de autodescubrimiento por el cual los ciudadanos obtienen para sí mismos la conciencia de verse realizados en su medio social. Podemos graficar esto viendo un ejemplo más sencillo: a menudo los individuos también se hallan disociados de características que consideran *prima facie* desagradables como el color de la piel o los rasgos físicos. En tal sentido, decimos que aquellos individuos sufren un *pathos*, un tipo de enajenación, en la que su propia subjetividad está vuelta contra su ser. Esta enajenación de sí propio puede ser resuelta a través de una terapia psicológica que proporcione una forma de generar un estado de autoconciencia que valore y resuelva adecuadamente tal extrañamiento; así, por ejemplo, al tomar conciencia de las largas luchas por el reconocimiento de igual derechos, una persona afrodescendiente descubre una razón para valorarse en cuanto tal, en una historia

más grande que la suya, lo que le permite resolver el conflicto y abrazar su condición como un elemento de orgullo.

Lo mismo puede decirse *mutatis mutandis* del mundo social. La filosofía cumple el rol de destacar, a través de la reflexión de la historia de nuestras instituciones, razones adecuadas para valorar y respetar los valores políticos que compartimos, así como las formas políticas en las cuales adquirimos la conciencia de ser ciudadanos libres e iguales. No significa esto que todas las instituciones sociales pasarán el *test* de la racionalidad, pero si la reflexión es guiada de forma adecuada podrá servir para apaciguar donde sea necesario el desajuste entre las exigencias de justicia y las instituciones tal y como son.

La cuarta función de la filosofía política se relaciona con la anterior, aunque se trata de un paso hacia adelante. Si la filosofía política no puede reconciliarnos — después de la debida reflexión— con nuestras instituciones sociales porque estas se muestran demasiado irracionales e injustas, entonces la filosofía puede «poner a prueba los límites de la posibilidad política practicable». Dadas unas determinadas circunstancias políticas y sociales (*v. gr.* el pluralismo o los individuos tal como son), debemos considerar cómo y hasta dónde sería posible el proyecto de una democracia constitucional razonablemente justa (2001/2012, 26-27). Tal sistema puede mostrarse como un objetivo al que podemos acercarnos cada vez más sin que este deba realizarse plenamente; en tal sentido, la filosofía política es realistamente utópica. Esta función también se relaciona con aquello que ya Kant había considerado una tarea de la filosofía: la defensa de la fe razonable, es decir, la esperanza en que la humanidad alcance en algún grado en el futuro un «reino de

fines», un orden en el cual los hombres respeten los mandatos del deber de una voluntad pura y, a la vez, queden cumplimentados proporcionalmente con el máximo bien supremo esperable en cuanto se han hecho dignos de aquella felicidad.¹²

Quisiera considerar estas cuatro funciones como prismas desde los cuales examinar su concepción política de la justicia. A veces Rawls aborda un punto desde la perspectiva de la función de reconciliación y entonces analiza las instituciones para mostrar la racionalidad propia de una realidad que ha pasado la prueba de la historia; otras veces está tratando de considerar cuáles podrían ser los principios más razonables, dentro del contexto de una «utopía realista». En suma, el proyecto de la justicia política, tal como el filósofo norteamericano la entendió, es la de hacer verosímil una perspectiva filosófica que nos permita sortear las dificultades de una sociología política marcada por el hecho del pluralismo.

Ahora bien, la última función expuesta nos mueve a describir un aspecto esencial de cualquier teoría política contemporánea. Decimos, en primer lugar, que el proyecto de la justicia siempre ha considerado, desde Aristóteles, la relación con-el-otro como su escenario primigenio (*Eth. Nic. V, 1, 1130a*). Esta perspectiva en la que nos representamos las exigencias de justicia como razonables o válidas es el

¹² No quisiera sugerir que la idea de un reino de los fines en Kant constituya alguna clase de argumento teleológico de justificación del orden moral. Aquí el punto es que nuestra razón nos proporciona los recursos adecuados para cumplimentar nuestra experiencia moral mediante estas ideas prácticas y eso ya proporciona una psicología moral apropiada para movilizarnos en la consolidación de este ideal práctico que orienta nuestra experiencia.

«punto de vista impersonal» y ejercitamos este punto de vista en nuestra reflexión acerca de los deberes para con los otros y de los otros para con uno mismo. Es una característica conocida de la moralidad la abstracción de la perspectiva personal para representarnos condiciones de universalidad; en el caso de la moralidad kantiana, por ejemplo, se sustrae todo contenido empírico en lo tocante a la determinación de la voluntad.¹³ Adoptar el punto de vista impersonal cuando tratamos con la justicia es una intuición que nos resulta conocida y, sin embargo, no podemos dejar de notar que una moralidad cortada de esta manera representaría para nosotros un grave problema ya que existen cosas a las que estamos afiliados con gran intensidad y cuya pérdida ocasionaría un desgarró en la identidad personal.

En un ensayo titulado *Trotsky y las orquídeas silvestres*, Richard Rorty cuenta una anécdota acerca de sus años formativos. Cuando tenía 15 años, un estudiante Rorty deseaba —fraseando a Yeats— asociar en una sola imagen realidad y justicia; le preocupaba enormemente que sus intereses personales, representados entonces por su amor a las orquídeas silvestres, no pudieran convivir con su ideal trotskista de la justicia social (1992/1998, 32). La idea según la cual nuestros intereses personales no aportan nada o, más grave aún, son un obstáculo en el progresivo

¹³ Acepto que esta afirmación puede estar sujeta a debate. Hasta donde tengo noticia, Thomas Nagel ha sostenido, a propósito de este asunto, que el recurso del imperativo categórico kantiano incorpora el punto de vista personal e impersonal al preguntar si una máxima universalizable puede ser deseable (1991/2006, 52).

incremento de la justicia en el mundo, es uno de los tópicos más discutidos en la teoría política del siglo XX.

Esta paradoja a la que nos somete el concepto de justicia, en la que nuestros vínculos personales y los ideales de justicia son *prima facie* incompatibles constituye el peligro del utopismo; en palabras de Nagel: “A pesar de todo su atractivo, un ideal resulta utópico si no se puede motivar a individuos razonables para que vivan de acuerdo con él.” (1991/2006, 31). Esto significa que, si bien una teoría política debe mostrarse suficientemente coherente internamente acerca de su justificación, también debe poder tener un efecto persuasivo en las motivaciones personales de los individuos que acometen el proyecto de una sociedad más justa. La utopía constituye un peligro latente de nuestra teoría política tal como la historia testimonia en los procesos de revolución social en los que se hace omisión acerca de la importancia del apoyo que recibe un proyecto político por parte de los ciudadanos. En dichos procesos solo unos pocos se encuentran debidamente motivados ya que poseen una autocomprensión que se ve reflejada en los ideales utópicos, mientras que la mayoría de personas son más bien forzadas, por el poder político, al reconocimiento de la forma de vida que los llevará hacia dicha utopía.¹⁴

Este es un peligro que también debe sortear la Justicia como Equidad; John Rawls considera que este es un problema particular en la teoría política y habla de él como del problema de la estabilidad. No nos detendremos ahora en la solución

¹⁴ Este matiz importante acerca de la «fuerza motivacional restringida» de las utopías me fue sugerido por el economista César Castillo García.

que ofrece al problema (véase 2.2.4), pero debe describirse este aspecto como una complicación no relativa al nivel de justificación sino al nivel de la posibilidad política. Rawls considera que su punto de vista acerca de la justicia política puede ganarse el apoyo de las diversas doctrinas comprensivas que existen en una sociedad plural y esta es la razón de que considere su proyecto como el de una «utopía realista». Por ahora nos bastará con haber descrito esta cuestión presente en buena parte de la literatura política clásica.

1.3. SOBRE EL LIBERALISMO POLÍTICO

Debemos considerar ahora un asunto no menor en la comprensión de la concepción política de la justicia. En ocasiones, Rawls utiliza la expresión «liberalismo político» cuando se refiere a la Justicia como Equidad llevando a equívocos a quienes no han examinado de cerca sus puntos de vista más incontrastables. Esto sucede debido a que la noción «liberalismo» ha estado asociada, en los recientes debates, a una doctrina político-económica de amplio alcance en el mundo contemporáneo que debe llamarse mejor como «neoliberalismo», un nombre de uso común en la reciente literatura especializada.

Si bien es cierto que el liberalismo político nunca ha sido una doctrina homogénea y ha recibido interpretaciones y lecturas varias a lo largo de su historia en el pensamiento político, no puede dejar de percibirse la oscuridad circundante a esta idea dentro del contexto político-social contemporáneo. Si bien los principios e ideales del liberalismo nos pueden resultar claros a quienes estamos familiarizados con la historia del constitucionalismo inglés o francés; sin embargo, no está claro

qué forma toman estos principios en el contexto de sociedades que han sufrido procesos de modernización sistémica tras los cuales se descentran las fuerzas democratizadoras de la acción política organizada y se privilegian los mandatos de la economía y la burocracia estatal.

Tal situación, a su vez, ha producido nuevas tematizaciones en torno al concepto del liberalismo lo cual produce un panorama rico en consideraciones políticas, sociológicas, económicas y, en general, sociales que describirían las nuevas bases sobre las que es posible pensar los ideales de libertad para las sociedades contemporáneas. Todo lo cual nos conduce a una reevaluación del significado de los principios sobre los que descansa la doctrina liberal. Examinaré en el siguiente apartado, el significado más preciso de la doctrina neoliberal con la intención de mostrar las diferencias respecto del liberalismo político (1.3.1); posteriormente, me detendré en unas consideraciones generales sobre el particular liberalismo político de Rawls (1.3.2).

1.3.1. Neoliberalismo: estructura y racionalidad gubernamental

El Neoliberalismo es un concepto altamente discutido en los debates académicos de nuestros días; no solo ocupa ya a la economía, sino también la filosofía política, la sociología y la historia entre otras disciplinas interesadas en los procesos de transformación cultural. Pero el significado del concepto «neoliberalismo» sigue estando rodeado de brumas que impiden un análisis sistemático de sus orígenes, sus principios y sus consecuencias, razón por la cual algunos intelectuales de derechas reputan su existencia como un malentendido.

Estos intelectuales prefieren hablar simplemente de «liberalismo contemporáneo» implicando con ello la existencia de una continuidad entre el liberalismo político clásico de personalidades como John Locke, Thomas Jefferson o Benjamin Constant y el liberalismo económico de la posguerra cuyos rostros más conocidos son Friedrich Hayek y Ludwig von Mises.

Sin embargo, esta relación de continuidad ha sido refutada en varias ocasiones. Considero que estas críticas arrojan una luz singular sobre el concepto y nos permiten diferenciar por lo menos tres corrientes de pensamiento: el liberalismo, el libertarismo¹⁵ y el neoliberalismo. El liberalismo, en términos generales, puede considerarse como una familia de concepciones que contienen una tesis fuerte a favor de las libertades individuales, podemos considerar posiciones liberales las de Locke, Kant, Berlin, Rawls, etc. El libertarismo, por otra parte, contiene una tesis fuerte sobre la propiedad individual, para los libertarios uno es dueño de sí mismo y por tanto de su propio trabajo y así de los frutos de su trabajo; por ello, pagar impuestos constituye una especie de trabajo forzado (Sandel 2009/2012, 71 ss.). En lo que sigue me detendré con más detalle en la caracterización del neoliberalismo ya que lo que nos interesa es diferenciar a esta concepción del liberalismo político de John Rawls.

¹⁵ No me detendré en esta exposición a desarrollar las ideas del libertarismo. Se considera como representante importante de esta doctrina en el debate contemporáneo a Robert Nozick con su famoso título *Anarquía, Estado y Utopía* (1974).

El proceso por el cual se desarrolla este cuerpo de ideas llamado neoliberalismo ha sido objeto de múltiples investigaciones remitiéndose los detalles históricos y sociales de su aparición a la bancarrota social, económica y política del liberalismo clásico tras las dos guerras mundiales. La crisis de este liberalismo se gatilla con la creciente presencia del fascismo y otras formas corporativistas y antimodernas de representación política que antecedieron la Primera Guerra Mundial.¹⁶ Tras la crisis económica que representó la Gran Depresión de los años treinta, la presencia progresivamente expansiva del keynesianismo en Europa y la irrupción de algunas formas de liberalismo progresista (Dewey 1935) en los países angloparlantes eran vistos con gran preocupación por algunos intelectuales que se consideraban a sí mismos los herederos del liberalismo decimonónico; estos ensayos en las políticas económicas —vistos como colectivistas— significaban amenazas a los valores clásicos sobre el individuo y la propiedad.¹⁷ De este modo, un grupo de intelectuales —entre los cuales se cuentan a Röpke, Rüstow, Hayek y Von Mises— se reunirían por vez primera en el famoso coloquio Walter Lippmann con la intención de discutir y frenar el declive del liberalismo (Foucault 2004/2007, 159-61); estos intelectuales darían origen a un circuito de sociedades académicas

¹⁶ Una instructiva reconstrucción del proceso de desarticulación del liberalismo clásico puede encontrarse en Hobsbawm (1994/1998, 116 ss.) y Polanyi (1944/2003, 283 ss.).

¹⁷ Esta fase del desarrollo de la política económica y social de posguerra cuya expresión vendría dada por la emergencia de estados socialdemócratas, que verían un período de esplendor hasta los años 60, ha pasado a denominarse también como «liberalismo embridado» (Harvey 2005/2007, 17).

de diversa índole —entre las cuales destaca la Mont Pelerin Society, fundada en 1947— donde se exponía una nueva doctrina económica y política centrada en la competencia y en el mercado global.

Es bastante difícil definir el neoliberalismo debido a que el término refiere diferentes aspectos que deben ser considerados para una cabal comprensión del fenómeno. Pueden distinguirse por lo menos dos dominios en los cuales posee relevancia analítica: en primer lugar, se trata de un fenómeno que podemos adjetivar de «estructural», es decir, relativo al complejo de sistemas y subsistemas de acuerdo a los cuales la sociedad se reproduce a sí misma; en segundo lugar, también es un conjunto de significados, valores y normas organizados de manera tal que modelan un esquema «normativo». Una definición provisional nos la proporciona Thomas Biebricher y Eric V. Johnson: “*neoliberalism refers to a body of ideas and practices that emphasize individual responsibility and freedom (to choose); supports deregulation, privatization and fiscal discipline; and assumes that the more allocation tasks done through markets rather than states, the better.*” [el neoliberalismo refiere un cuerpo de ideas y prácticas que enfatizan la responsabilidad individual y la libertad (para elegir); apoya la desregulación, la privatización y la disciplina fiscal; y asume que cuanto más asignación de tareas realizada a través de mercados en lugar de estados, mejor.] (2012, 202-3). Destáquese de esta definición los dos dominios que hemos señalado: por un lado, se configura como conjunto de prácticas (aspecto estructural) y por otro, se despliega en un sistema cognitivo determinado (aspecto normativo).

Detengámonos primero en la dimensión estructural: el neoliberalismo se puede interpretar como un proceso histórico-político de diseño e implementación de instituciones y políticas públicas. En este primer sentido, el neoliberalismo posee una historia fragmentaria en la Europa de la posguerra, es decir, la penetración de las reformas neoliberales en las instituciones políticas y económicas europeas se produjo de forma gradual y, al inicio, estas no fueron determinantes; puede decirse así que el neoliberalismo se gestó al interior del contexto histórico-social del Estado de Bienestar y la Guerra Fría (Mudge 2008).¹⁸

Es bien conocido el éxito singular de la fórmula económica keynesiana en las décadas de los cincuenta y sesenta; la situación de los países capitalistas europeos floreció en esos años bajo un capitalismo de Estado que, más tarde, sería descrito como los años dorados del capitalismo tardío. La clave de su éxito, en palabras de Eric Hobsbawm, consistía en que se trataba de “una especie de matrimonio entre liberalismo económico y socialdemocracia (o, en versión norteamericana, política rooseveltiana del New Deal), con préstamos sustanciales de la URSS, que había sido pionera en la idea de planificación económica” (1994/1998, 273). Pero este

¹⁸ Según entiendo, la interpretación de Boltanski y Chiapello sobre este período es significativamente diferente. Los autores franceses consideran que aquello que llaman el «nuevo espíritu del capitalismo» se desarrolló a partir y como consecuencia de la crítica artística y social de los años sesenta y setenta; estas dos formas de crítica, cuyas bases morales son auténticas, se constituyen, de esta manera, como el impulso para las transformaciones del nuevo capitalismo (1999/2007, 167-202; 489). Ahora bien, esta dimensión más valorativa se engarza —esta es nuestra hipótesis— con procesos estructurales de aparición de nuevas prácticas gubernamentales.

proyecto de economía mixta agotaría todas sus posibilidades a inicios de los años setenta cuando las tasas de desempleo e inflación aumentaron de forma ostensible y empujaron a los países europeos en la búsqueda de una nueva alternativa. Algunos investigadores han apuntado que la crisis de los años setenta —cuya coincidencia con la crisis del petróleo se ha destacado especialmente— se relaciona de manera especial con la caída abrupta de la tasa de ganancia (*profitability of capital*), esto es, la forma en que la inversión de capital resulta exitosa para un determinado período (Duménil y Lévy 2000/2004, 21). Esta crisis golpeó de forma similar a los Estados Unidos, aunque en este último caso los efectos se vieron postergados por el gasto público relativo a la Guerra de Vietnam; de cualquier modo, sería este el factor que propiciaría el auge eventual de la doctrina político-económica neoliberal.

El neoliberalismo se volvió hegemónico en un desarrollo bastante dinámico desde dichos años. Las fórmulas neoliberales no se han aplicado de forma perfecta en todos los países que las han ensayado; asimismo, es discutible hasta qué punto las políticas neoliberales hayan desempeñado un papel importante en el progreso de la economía global.¹⁹ A partir de los años ochenta, el credo neoliberal se expandió desde Reino Unido y Estados Unidos bajo el liderazgo de Margaret Thatcher y Ronald Reagan correspondientemente, pero no fue hasta 1990 que

¹⁹ El caso del Japón, en la década de los ochenta, puede apuntar algunas evidencias empíricas que demuestran un crecimiento económico importante aún en ausencia de políticas neoliberales (Harvey 2005/2007, 99).

todas ellas encontrarían una expresión conclusiva en el denominado «Consenso de Washington»; David Harvey apunta sobre ello:

En él se definían los modelos de neoliberalismo estadounidense y británicos como la respuesta a los problemas globales. Se ejerció una considerable presión sobre Japón y sobre Europa (por no mencionar al resto del mundo) para que adoptasen la senda neoliberal. Así pues, fueron Clinton y Blair, desde posiciones de centro-izquierda, los que más contribuyeron a consolidar el papel del neoliberalismo tanto en la esfera nacional como internacional. (2005/2007, 103)

El resultado de todo este proceso fue la grandiosa expansión del neoliberalismo en el mundo entero a partir de esos años. En los países subdesarrollados este período vino aparejado a un proceso de endeudamiento conforme las recetas de organismos financieros internacionales (Aroche Reyes y Ugarteche Galarza 2018). Hoy en día es muy común encontrar —formando parte de los gabinetes de gobierno de muchos países de Europa, Asia o Latinoamérica— asesores, técnicos o ministros neoliberales quienes abogan por políticas como la desregulación en los mercados laborales, la reducción y control del aparato estatal y la apertura al mundo de los mercados internos. Si bien, la crisis económica del 2008 ha puesto en cuestión la sostenibilidad de este modelo, lo cierto es que todavía es muy pronto para proyectar cuál será el futuro del neoliberalismo.

En lo que respecta a su dimensión normativa, el neoliberalismo representa un desafío para la teoría política contemporánea debido a la relación ambivalente

que posee respecto del concepto de lo político y la democracia. Llamamos normativa a esta dimensión con el propósito de describir en qué sentido constituye un sistema cognitivo equiparable a otros tales como el de la moralidad laica moderna o al de la razón política. La transición desde la mera ciencia económica (circunscrita a una determinada extensión de fenómenos mensurables) hacia una normatividad general tiene que ver con un complejo fenómeno por el cual la racionalidad neoliberal expande su rango de influencia hacia el sustrato de los diferentes niveles de interacciones intersubjetivas convirtiendo prácticas e instituciones en dimensiones objetivas y subjetivas de dominación. Por ejemplo, las relaciones económicas son vistas desde una perspectiva reificadora en la que los individuos ya solo pueden asociarse en los términos objetivos del binomio ganar-perder; por otro lado, las nuevas identidades —como la del emprendedor— organizan un nuevo sistema de valores para los individuos que ya solo se reconocen bajo criterios de su propia productividad. De ahí que el neoliberalismo posea una capacidad de fundamentación dentro de los contextos privados y públicos de interacción, lo que a su vez constituye una patología que a menudo ha sido caracterizada como colonización.²⁰

Generalmente se piensa el neoliberalismo, en tanto cuerpo de ideas, como el último eslabón de la cadena del pensamiento económico (escuela económica

²⁰ Habermas ha planteado en términos de la teoría de la acción comunicativa las patologías de la colonización del mundo de la vida, particularmente en lo tocante a la carencia de legitimidad de los contextos políticos de integración social (1981/1987, II: 461).

neoclásica); sin embargo, esta concepción deja fuera todos los significados, normas y valores tocantes a instituciones políticas y sociales que se entretujan dentro de la matriz conceptual del neoliberalismo. Ya no se trata, como en el viejo liberalismo, de que el Estado libere un espacio social conveniente para la realización de operaciones económicas entre privados, sino más bien “de remitir, referir, proyectar en un arte general de gobernar los principios formales de una economía de mercado.” (Foucault 2004/2007, 157). De este modo, el concepto de «Gubernamentalidad» desplaza conceptos cargados de sentido político como los de soberanía, democracia o autonomía política al quedar inmunizados frente al debate público los contenidos formales de una teoría «pura» de la competencia.

Gobierno, Gubernamentalidad o Gestión son términos intercambiables en este sentido y refieren al tipo de racionalidad operativa en el corazón del neoliberalismo, aunque es cierto que algunas de sus manifestaciones, como la de Friedman o Hayek, no invoquen esta terminología. La «gubernamentalidad» se distingue por hacer énfasis en los procesos y reglas en relación a los cuales un determinado objetivo es alcanzado de la manera más eficiente; tal como se observa, parecer ser un concepto más próximo al mundo de los negocios que al de la política, ya que deja por fuera la tematización respecto de qué objetivos son deseables y la forma en que estos objetivos son definidos. El ámbito de lo político que determina democráticamente estos contenidos queda así reducido a un mero subsistema de decisión política que coadyuva en las interacciones anónimas del sistema económico. Wendy Brown ha sostenido sobre lo mismo:

... public life is reduced to problem solving and program implementation, a casting that brackets or eliminates politics, conflict, and deliberation about common values or ends. Indeed, when this narrowing of public life is combined with the strong emphasis of governance on consensus, a hostility to politics becomes palpable. As problem solving replaces deliberation about social conditions and possible political futures, as consensus replaces contestation among diverse perspectives, political life is emptied of what theorists such as Machiavelli took to be its heart and the index of its health: robust expressions of different political positions and desires. For Machiavelli, such expressions were the very essence of political liberty and also prevented the differences and the energies inherent in the political body from becoming toxic. (2015, 217)

[... la vida pública es reducida a la resolución de problemas y la implementación de programas, una configuración que pone entre paréntesis o elimina la política, el conflicto y la deliberación sobre los valores comunes o los fines. En efecto, cuando esta reducción de la vida pública es combinada con un fuerte énfasis de la gobernancia en el consenso, una hostilidad hacia la política se hace palpable. En tanto la resolución de problemas reemplaza la deliberación sobre condiciones sociales y futuros políticos posibles, en tanto el consenso reemplaza la confrontación entre diversas perspectivas, la vida política es vaciada de aquello que teóricos como Maquiavelo consideraban su corazón y el índice de su salud: las expresiones robustas de diferentes posiciones políticas y deseos. Para Maquiavelo, tales expresiones eran la verdadera esencia de la libertad política y también impedían que las diferencias y las energías inherentes en el cuerpo político se convirtieran en tóxicas.]

Pero este desplazamiento del escenario de lo político no se produce con ocasión a una crítica *per se* de la dinámica liberal-democrática, tal como podrían hacerlo concepciones políticas tradicionalmente opuestas como el socialismo o el anarquismo; antes bien, el neoliberalismo representa un nuevo cuerpo de presupuestos que son presentados como apolíticos y cuya función permite nuclear la constitución de nuevas identidades sociales definidas por la competitividad y el éxito. Esta nueva forma de articulación identitaria se manifiesta con mucha claridad en la conocida «teoría del capital humano», que redescubre el papel del factor trabajo en la economía.²¹ El nuevo sujeto neoliberal es un individuo que tiene la suficiente inventiva y flexibilidad para convertirse en un gestor de sí mismo, cuyo objetivo principal (y también baremo) es el nivel de intervención e impacto que tiene en el sistema económico. Se redefine, más que en relación directa con sus objetivos de consumo, principalmente con sus estrategias de consumo, con su capacidad para convertir sus escasos recursos en oportunidades que le convierten a su vez en un producto más competitivo en el mercado de trabajo. De esta manera, el nuevo *homo oeconomicus* es un “empresario de sí mismo.” (Foucault 2004/2007, 264).

Considero que estas nociones son suficientes para perfilar el carácter eminentemente normativo de la racionalidad neoliberal. La inveterada crítica contra

²¹ La racionalidad neoliberal no se ocupa ya de la relación entre procesos del modo en que se tematizaba las dinámicas del capital y la producción como lo hiciera Adam Smith o David Ricardo; lo que analiza es la racionalidad de sujetos en relación con sus fines y de qué modo operacionalizan decisiones estratégicas de individuos frente a recursos escasos (Foucault 2004/2007, 261).

una supuesta crisis moral de la sociedad contemporánea a manos de una economía desenfrenada aparece así fuera de foco, antes bien, son los elementos neoliberales los que parecen nuclear las nuevas identidades sociales y colarse, a su vez, en la organización política para reemplazarla o complementarla transformándola en el proceso. La crítica debe poder revisarse en términos más adecuados de manera que pueda captar los aspectos institucionales del proceso, así como el complejo horizonte de sentido del pensamiento neoliberal. Solo de este modo, la crítica podrá desvelar los elementos que subyacen al escenario social que nos toca enfrentar.

1.3.2. El liberalismo político de John Rawls

La teoría política toma como motivo principal de análisis el fenómeno político no como un objeto cualquiera, sino con la conciencia de que su aproximación se desarrolla desde una perspectiva históricamente situada. Esta conciencia histórica —en la que se asume el punto de vista de un participante del proceso político— le permite reflexionar en términos de razones justificables sea bien para dar sentido a la práctica política o bien para criticarla buscando un estado social legítimo o justo, y esto es cierto tanto para Platón, como para Locke o Rawls. De esta manera, como fruto de esta actividad, tenemos una variedad de conceptos, ideas y principios que se organizan en familias de ideas formando parte de la cultura y pensamientos políticos de los que disponemos nosotros que somos herederos de esta tradición.

El liberalismo, como concepción política, tiene su origen, en esta actividad social de reflexión y crítica, hacia el siglo XVII²² y sus principios han inspirado, más de tres siglos después, una gran corriente de pensamiento cuya vitalidad no puede ponerse en duda. El liberalismo político suscrito por John Rawls se inspira en esta vieja tradición, aunque sus puntos de vista representan una inflexión importante en la historia de esta vieja escuela debido a su particular interpretación de los principios liberales el cual exuda un igualitarismo radicalmente novedoso y que ha sido objeto de gran controversia por parte de sus opositores. Más aún, el liberalismo político de Rawls se diferencia de otras formas de liberalismo en varios de los aspectos que han permanecido nucleares para buena parte de la tradición liberal.

El proyecto de Rawls destaca un problema latente en el corazón del pensamiento democrático, a saber, un conflicto entre una tradición cercana a Locke que atribuye un mayor peso a las libertades esenciales —libertades individuales, de conciencia, derechos de propiedad, etc.— y una tradición cercana a Rousseau que privilegia libertades positivas de la vida pública —libertades relativas a la participación política y al autodomínio— (1993/1995a, 30). Las libertades políticas negativas se garantizarían a través de límites al Estado, si se trata del uso arbitrario del poder público, y de límites a los individuos privados cuyo poder ilegítimo pondría

²² Incluso si concedemos que el liberalismo es una corriente de pensamiento eminentemente moderna, no podemos evitar mencionar sus raíces antiguas en las prácticas político-sociales de la *polis* griega; estas instituciones tempranamente democráticas, así como algunos de sus exponentes en la sofística del siglo V a.C., puede afirmarse, constituyen los antecedentes del liberalismo.

a unos bajo el dominio de otros; sin embargo, las libertades positivas de participación política solo pueden venir aseguradas por un equilibrio de las condiciones en las cuáles los ciudadanos se integran de forma activa en la vida política de una sociedad. De este modo, el papel del Estado en este último sentido, debe ser el de eliminar las barreras legales y sociales que impiden a los ciudadanos participar como iguales en los destinos colectivos, pero este nivel de intervención a menudo estará reñido con el espacio de libertad negativa que queda asegurado a los individuos. Así, el conflicto entre lo que Benjamin Constant llamó «las libertades de los modernos y las libertades de los antiguos» puede interpretarse también como un conflicto entre los principios de la libertad y la igualdad al interior de la teoría política de la democracia liberal.

No es un problema de sencilla solución. Muchos autores han decidido decantarse o bien por la libertad, como fue el caso de Locke, Kant o J. S. Mill, o bien por la igualdad como Rousseau y Marx. El equilibrio de estos principios constituyentes de las formas políticas modernas siempre ha sido de frágil tratamiento y los resultados de la experimentación política en ocasiones han llevado a situaciones de crisis sociales agudas que quisiéramos evitar. No obstante, lo que debe notarse es que estos principios han permeado el debate político y se han convertido en elementos que cristalizan los ideales de una sociedad justa en la que el ideal de libertad se ha llevado a un siguiente nivel de exigencia y compromiso políticos. No basta pues con que la libertad se traduzca a meras demandas legales o declarativas, sino que implique una libertad efectiva; su ejercicio no solo debe

poder hacer frente a las injerencias del sistema político sino del sistema social con todas sus injusticias.

Así, el pensamiento político de John Rawls puede calificarse como un «liberalismo igualitarista» cuyo reto principal constituye hacer frente ya no solo a las inequidades formales que se hacen en el marco del sistema jurídico, sino a aquellas que resultan de las diferentes interacciones sociales (elecciones individuales, transacciones) que se llevan a cabo principalmente al interior del sistema económico (Nagel 2003, 64). Este tipo de liberalismo considera que el corazón de la promesa liberal contiene altas exigencias de tipo redistributivas que deben verse satisfechas sin que ello menoscabe las libertades esenciales de cada ciudadano. Como resultado de ello, Rawls desarrolla dos principios de justicia, a saber, a) cada persona tiene un esquema de derechos y libertades básicas compatible con el mismo esquema igual para cada ciudadano del sistema social, y este esquema es garantizado en su justo valor, y b) las desigualdades sociales en un sistema social solo se justifican por la presencia de dos condiciones: los cargos y puestos públicos deben estar abiertos a todos en igualdad de oportunidades, y estos cargos se ejercerán en beneficio de los menos aventajados de la sociedad. Estos dos principios de la justicia caracterizan el enfoque igualitarista de Rawls como un tipo muy particular de fórmula liberal que ha sido rechazada tanto por posiciones de derecha como de izquierda. Comprender las razones de este mutuo rechazo nos permitirá sopesar en qué aspectos su liberalismo escapa a la tradicional visión de esta doctrina con la que la teoría política ha estado familiarizada, a saber, el liberalismo clásico de los siglos XVIII y XIX.

La primera crítica que cabe mencionar es aquella que formulan sus detractores de izquierda. Para esta posición, el esquema de la justicia de Rawls es demasiado formalista, es decir, acusan a su igualitarismo de ser superficial, de carecer de suficiente sustancia moral para operar un real compromiso con la justicia social. Esta es la posición defendida por Gerald A. Cohen, para quien la justicia no es solo una cuestión de la estructura legal, sino de elección personal (2000/2001, 20). Esta crítica es útil para clarificar una diferencia fundamental del liberalismo de Rawls; esta característica diferencia entre dos formas de liberalismo: uno político y otro comprensivo. Mientras el liberalismo comprensivo se basa en una doctrina comprensiva, un liberalismo político es un punto de vista independiente que formula solo valores políticos. Una doctrina comprensiva es un ejercicio de la razón teórica que se aplica a una variedad de elementos y temas que son relevantes para la concepción del mundo que posea un individuo; tal doctrina, puede contener también aspectos éticos sobre aquello que importa más a los seres humanos, y entonces puede desarrollar un punto de vista práctico (1993/1995a, 172). Una religión, una ideología o una concepción científica del mundo expresan doctrinas comprensivas, aunque diferentes e incompatibles. Ahora bien, el ejemplo paradigmático de liberalismo comprensivo es el de Immanuel Kant, cuya noción de libertad política como autonomía moral asumía compromisos teóricos importantes con su filosofía trascendental; pero también se puede pensar en el marxismo como en un proyecto emancipatorio, por supuesto no en el sentido tradicional, que se desprende del adecuado reconocimiento de las leyes que operan en el corazón de la economía.

Ahora bien, Rawls no se considera el iniciador del liberalismo político, pero cabe afirmar que es quién más claramente lo ha desarrollado como una concepción independiente dentro del espacio del razonamiento práctico. Este liberalismo no se desarrolla en el seno de la teoría moral como una doctrina comprensiva, sino que formula sus principios para la «estructura básica de la sociedad» y no para la vida humana en general como si se trataran de virtudes perfeccionistas; por otro lado, tampoco se desprende de puntos de vista comprensivos acerca de la naturaleza humana o de la naturaleza de la economía o algo por el estilo. Esto significa, en términos pragmáticos, que Rawls otorga un peso especial al primer principio de justicia, es decir, en tanto el primer principio consagra las libertades esenciales, la teoría política debe ser capaz de organizar sus ideas fundamentales respetando dos niveles de reflexión en los sujetos: por un lado, debe ser capaz de mantenerse neutral respecto de las concepciones privadas que sostiene cada individuo — siempre que sean razonables—, y por otro, debe poder justificarse en el espacio de la «razón pública» de un modo coherente y razonable; a esto último es a lo que se refiere con un «consenso traslapado». En este sentido, no es una debilidad que el liberalismo se mueva solo en el terreno de lo político, al contrario, manifiesta su categórico respeto por los valores del pluralismo y la tolerancia.

Los críticos de derecha han formulado, por otro lado, una crítica que incide sobre el compromiso real del liberalismo rawlsiano con valores considerados tradicionalmente liberales. Como bien se sabe, el principio de libertad consagra una serie de libertades fundamentales; Rawls llega a formular una lista con estas libertades básicas contándose entre estas la libertad de pensamiento y conciencia,

libertades políticas y de asociación, entre otras (2001/2012, 75); y dedica una atención particular al núcleo de lo que significa el derecho de propiedad (2001/2012, 158). Sin embargo, Rawls no deriva este derecho de una concepción comprensiva de talante individualista, razón por la cual este derecho está justificado por su función en el desarrollo de la autonomía y el autorrespeto — esenciales para el ejercicio efectivo de los poderes morales— y no se desprende de un supuesto derecho natural a la propiedad.

Es un lugar común del liberalismo clásico el que las libertades relativas a la propiedad, a su uso y disfrute, constituyan la piedra de toque de la fundamentación del orden político (Locke *T2* IX, 123); el liberalismo decimonónico llega incluso a afirmar que la propiedad es un requisito indispensable del ejercicio de los derechos políticos excluyendo así a quienes solo cuentan con su fuerza de trabajo (Constant 1815/1989, 65-66). Esta concepción, de fuerte carácter individualista, se basa en el presupuesto según el cual los individuos tienen alguna especie de derecho natural a la propiedad de su propia persona y su trabajo, lo que deriva en derechos de propiedad que no pueden verse afectados por otros individuos o el Estado. Al margen de estas formulaciones clásicas, una concepción más reciente en la literatura contemporánea ha vuelto a formular este presupuesto en una concepción política denominada con el nombre más particular de «libertarismo». El libertarismo suscribe, en una variedad de familias ideológicas, diferentes principios algunos que abogan por la prevalencia irrestricta de los derechos de propiedad, algunos que apuntan a la reducción del aparato burocrático dando lugar a un Estado mínimo, entre otros. Lo común a todas las formas de libertarismo es el decidido compromiso

con el individualismo político como un aspecto de sociología política que no puede pasarse por alto, que no puede soslayarse dentro de la teoría política.

La posición de Rawls es claramente distinta del libertarismo en tanto que empieza considerando la noción fundamental de una «sociedad como un sistema equitativo de cooperación» el cual cumple un papel normativo en la cultura política pública. Así, el punto de partida deja clara su postura acerca de la forma en que los individuos están profundamente interrelacionados en su medio social de donde se extrae la configuración de las nociones de justicia política —y también las nociones razonables del bien— (2001/2012, 191). Por otro lado, respecto de los alcances del derecho a la propiedad, ya se ha dicho que, si bien Rawls considera el derecho a la propiedad como un aspecto esencial de las libertades básicas, no deja de ser cierto que los alcances del derecho de propiedad están limitados. En principio, Rawls excluye que el derecho de propiedad se extienda a los recursos naturales, y más significativo aún, a los medios de producción en general (2001/2012, 158); esto en atención a que en una sociedad bien ordenada las instituciones económicas y sociales están organizadas de tal modo que hacen efectivas las libertades iguales para todos y esto significa la introducción de ajustes en el sistema económico que impiden la concentración de la riqueza en manos de unos pocos que pueden interferir con la capacidad para la participación política de aquellos menos favorecidos (por ejemplo, a través de redes de clientelismo, etc.).

Otro aspecto relevante es el que atañe a las dotaciones naturales. Para el libertarismo, siguiendo en esto a Locke, la propiedad empieza por la indiscutible propiedad sobre la propia persona, sobre el cuerpo y el trabajo que ella puede

producir, de tal modo que el Estado al imponer un impuesto sobre el trabajo de los individuos estaría conculcando los frutos de aquello que no le pertenece; de este modo, es una realidad el que algunos mejor dotados que otros se favorezcan más por su posición ventajosa en la lotería natural. La opinión de Rawls sobre este aspecto es que la distribución de las dotaciones innatas debe ser considerada como un activo común (*common asset*) (2001/2012, 110-11); esto no significa que las dotaciones innatas sean *per se* un activo común a la sociedad lo que legitimaría que fueran empleadas bajo el concepto de propiedad social, de lo que se trata más bien es que esta distribución de habilidades naturales se hace legítima solo cuando es efectivamente regulada por el principio de diferencia permitiendo que su articulación en el esquema de cooperación genere ventajas compensatorias para los menos favorecidos del sistema social. Rawls considera que las habilidades naturales no pueden ser evaluadas bajo el criterio de merecimiento moral ya que no hay nada moral en la posición social en la que uno nace ni en las dotaciones naturales que se posee (1971/1995b, 103 ss.); así, el esquema de una distribución justa tiende a una igualdad mucho más sustantiva que la del liberalismo clásico.

Tal y como se ha dicho, el liberalismo de Rawls representa una importante contribución en el debate contemporáneo acerca del contenido esencial del liberalismo para las sociedades democráticas constitucionales contemporáneas. Thomas Nagel ha dicho que el liberalismo rawlsiano combina principios típicos del socialismo europeo con los principios del pluralismo y la tolerancia más presentes en el liberalismo norteamericano (2003, 63); esto caracteriza el liberalismo de Rawls como un esfuerzo teórico por fundamentar un orden social que equilibra los

principios de libertad e igualdad para sociedades que han sufrido las consecuencias de la modernización sistémica de órdenes económicos y burocráticos. En *JE*, Rawls formula conceptualmente algunas instituciones que pueden realizar mejor los principios de la justicia negando que estos puedan alcanzar su perfecto equilibrio tanto en un Estado Capitalista del Bienestar como en un Estado Socialista; de esta manera, el orden legítimo vendría dado por lo que Rawls denomina una Democracia de Propietarios (2001/2012, 189-90), en la que los dos principios garantizan que los desórdenes producidos por la acumulación de riqueza no deriven en una disminución de libertades básicas en desmedro de los menos aventajados del arreglo social. Podemos afirmar que se trata de un «liberalismo de izquierdas», una *rara avis* en la tradición liberal norteamericana.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA JUSTICIA COMO EQUIDAD

El argumento central de la Justicia como Equidad solo se hace plausible al considerar un tipo particular de proceder en filosofía moral, a saber, el «constructivismo». Por teorías constructivistas se entienden aquellas que hacen uso de determinados postulados prácticos desde los que se derivan —a través de un determinado procedimiento— principios prácticos que fundamentan el actuar en general. La estrategia constructivista ha tenido su cenit en la filosofía moral de Immanuel Kant, pero también existen otros notables esfuerzos constructivistas igualmente destacables como el de Hobbes, Locke o Rousseau, incluyendo a los utilitaristas en el siglo XIX. Esta estrategia estuvo asociada entonces —sobre todo en la modernidad temprana— a un tipo particular de metafísica naturalista cuyo objetivo era dotar de validez universal a los principios que se extraían de dicho procedimiento. En este sentido, el constructivismo kantiano constituye ya un avance importante al limitar la razón teórica al ámbito exclusivo de los conocimientos dejando espacio suficiente para una filosofía práctica crítica, esto es, una filosofía del derecho y de la virtud no dogmáticas, enderezadas conforme a una subjetividad racional autónoma (*KrV* BXXV ss.).

Pero la metafísica inherente a la filosofía crítica resulta ya demasiado anticuada en relación a una fundamentación filosófica de la práctica político-jurídica

de sociedades democráticas y plurales. Así, el constructivismo de Rawls debe echar mano solo de recursos disponibles de una autocomprensión social mediada por la propia lógica de la práctica política históricamente establecida, sus formas de interpretación y los principios de una historia política contextualizada; a este interés responden las ideas fundamentales que Rawls encuentra en el medio que representa una cultura política pública (2.1). No obstante, una teoría de la justicia no puede servir a su propósito si estrecha demasiado el ámbito de validez de sus principios; si bien los recursos teóricos se deben tomar una práctica social ya establecida, la justificación de su validez universalista debe elevarse por encima de la práctica y situarse al nivel de las mejores razones disponibles; por esta razón, Rawls considera como pieza importante del constructivismo el papel que juega la justificación pública que ya no solo tiene pretensiones cognitivistas sino también motivacionales (2.2). La consecuencia de una teorización pragmática-universalista (si algo así es posible) es la del establecimiento de los criterios de justicia más razonables para la organización de la vida política.

2.1. IDEAS FUNDAMENTALES

El punto de partida de la Justicia como Equidad lo constituyen las ideas fundamentales. Con el paso de los años, Rawls empezó a considerar que estas ideas no tenían una naturaleza únicamente instrumental en la exposición del proyecto de la justicia, sino que ellas mismas eran en buena medida quienes hacían posible una teoría de la justicia política, es decir, que la propiedad de dichas ideas era la de estructurar una concepción política de la justicia que ciudadanos

considerados libres e iguales pudieran razonablemente aceptar. Sin embargo, estas ideas constituyen *per se* uno de los mayores escollos en la comprensión de la teoría en general, ya que Rawls desarrolló solo parcialmente las mismas en sus escritos destacándose más bien sus consecuencias y características. Esto se debe a que hasta *TJ*, la formulación de ellas no constituye en sí mismo un problema para la teoría, cuyo objetivo se cifra, más bien, en una concepción de la justicia que pudiera rivalizar con el utilitarismo y con el intuicionismo en la respuesta al problema de la justicia distributiva. Dicha situación cambia cuando se considera que una teoría presentada de tal forma no podría ganarse el apoyo suficiente en sociedades altamente plurales. Rawls necesitaría un fundamento más sólido que pudiera convertirse en el foco de las exigencias de justicia de ciudadanos que se encuentran divididos por sus creencias religiosas, filosóficas y morales.

Este fundamento lo encuentra Rawls en ideas prácticas que circulan en el trasfondo de una cultura política compartida. Ahora bien, ¿qué cosa es una idea práctica? Este es un asunto que requiere una cierta clarificación. Una idea práctica es, en términos generales, un fundamento de la voluntad —en el sentido de Kant—, es decir, es aquello que constituye una condición de la acción. Pero no se trata aquí de una condición psicológica del obrar, sino de una condición que dota de sentido el obrar humano en general. Pongamos un ejemplo: imaginémonos que caminamos a lo largo de una calle y que al doblar una esquina alguien se nos echa encima, por la prisa que lleva, arrojándonos al suelo en el proceso; nuestra reacción es de indignación, pensamos que no es correcto echar a correr sin cuidado de hacerle daño a un tercero, de tal manera que increpamos esta conducta al sujeto

con el fin de obtener una justificación de su obrar. Lo que está sucediendo en este ejemplo parece bastante obvio, es algo con lo que podríamos toparnos en la vida cotidiana; sin embargo, lo que no estamos notando es que en este evento ordinario hemos hecho uso de ideas prácticas de distinto tipo. Una de las ideas centrales es tal vez la de «libertad»; entendemos que el sujeto que venía corriendo era libre y esto significa que pudo haber optado por un curso de acción diferente del que eligió. Esto es evidente si en nuestro ejemplo imaginario reemplazamos a esta persona por un objeto cualquiera, digamos un balón; en este caso, no nos indignamos con el balón, tal vez buscásemos a una «persona» responsable de arrojarlo, pero entendemos que el balón no tiene autonomía y se mueve por causalidad natural.

Una idea práctica tiene la función, para la filosofía, de capturar en conceptos los elementos más básicos de nuestra vida moral. Empleamos estas intuiciones cuando nos preguntamos quienes somos y quiénes queremos ser. De tal manera, que constantemente vivimos haciendo uso de estas ideas en diferentes esferas de nuestra vida; ahora bien, una idea práctica puede ser dogmática o crítica dependiendo del nivel de reflexividad a la que ha estado expuesta. Podemos, por ejemplo, considerarnos miembros de una nación política y eso puede darnos el suficiente orgullo para participar críticamente de la vida política de mi sociedad, pero también puede ser motivo de ceguera y chauvinismo. Las ideas prácticas no tienen una propiedad intrínseca que las vuelvan idealizaciones edificantes de la personalidad moral, pero se constituyen como el núcleo de nuestro obrar y por lo tanto se les debe prestar una cuidadosa atención.

En *JE*, Rawls nos dice que existen seis ideas fundamentales; sin embargo, algunas de estas ideas son normativamente relevantes, mientras otras constituyen más bien recursos del razonamiento práctico. En la exposición que sigue he elegido destacar cuatro de estas ideas, dejando para otro momento la idea de la posición original y la de justificación pública. El motivo de esta omisión es que ellas juegan un papel más importante en la explicación acerca de cómo funciona el constructivismo político que en la presentación de los postulados prácticos. Ahora bien, Rawls considera como el núcleo de la teoría la «idea de una sociedad como un sistema equitativo de cooperación» con el propósito de destacar el rasgo de reciprocidad de una concepción de la sociedad que rivalice con los enfoques economicistas (2.1.1); nos dice también, que esta idea está articulada por otras dos: por un lado, una «idea de las personas como libres e iguales», interpretación que retoma los temas clásicos de la modernidad cultural (2.1.2); y, en segundo término, la «idea de una sociedad bien ordenada», en la que se precisa su nivel de plausibilidad respecto de otras concepciones rivales (2.1.3). Adicionalmente, debe explicarse de qué se trata cuando se habla de la «estructura básica de la sociedad» y cuáles son sus principales características (2.1.4)

2.1.1. La sociedad como un sistema equitativo de cooperación

La idea fundamental sobre la cual Rawls construye la estructura de su concepción de la justicia es la «idea de la sociedad como un sistema equitativo de cooperación», y se la puede rastrear hasta *TJ*, pero es recién en *LP* en donde encontramos una primera versión de ella con un cierto desarrollo sistemático

correspondiéndose, a su vez, con un cambio importante en el pensamiento político de Rawls. Veamos primero lo que el filósofo norteamericano nos decía en *TJ*:

Supongamos (...) que una sociedad es una asociación más o menos autosuficiente de personas que en sus relaciones reconocen ciertas reglas de conducta como obligatorias y que en su mayoría actúan de acuerdo con ellas. Supongamos además que estas reglas especifican un sistema de cooperación planeado para promover el bien de aquellos que toman parte en él, ya que, aun cuando la sociedad es una empresa cooperativa para obtener ventajas comunes, se caracteriza típicamente tanto por un conflicto como por una identidad de intereses. (1971/1995b, 18)

Como puede apreciarse, la caracterización que da Rawls a la sociedad es la de ser una asociación de personas, además, no se nos advierte que estamos ante un «presupuesto práctico», y en tal sentido, los elementos normativos son todavía ambiguos. La preocupación inicial de Rawls en *TJ* era la de articular una concepción de la justicia que pudiera proporcionar un criterio para la distribución de derechos y deberes; de tal modo, la idea de una asociación reglada constituye el ejemplo característico de una práctica cualquiera. No será hasta *LP* y *JE* cuando esta formulación se volverá más compleja desplazándose hacia una concepción más sugerente acerca del papel que cumple la razón práctica y por ello precede a esta nueva caracterización la descripción de un problema no advertido antes, a saber, la búsqueda de una base para el acuerdo público (1993/1995a, 34). Si el problema más urgente deja de ser la búsqueda de criterios para la distribución y ahora se

enfoca más bien en la búsqueda del procedimiento más razonable para la obtención de dichos criterios, lo que tenemos es un desplazamiento hacia el problema de la justicia política.

En esta nueva aproximación, Rawls nos introduce en un lenguaje diferente. *TJ* nos dejaba, tal como estaba diseñada la propuesta, con un problema relativo a la estabilidad: el desafío radica en la dificultad conceptual que representa el que una concepción de la justicia, expuesta como una doctrina comprensiva, pueda ganarse el apoyo de diversas doctrinas comprensivas filosóficas, morales o religiosas dado un esquema de pluralismo razonable (1993/1995a, 12); en otras palabras: ¿de qué forma personas con diferentes sistemas de creencias sobre la vida buena podrían de pronto apoyar solo un conjunto de ellas? Rawls había asumido que una concepción de la justicia implicaba un ejercicio de reflexión comparativa entre las concepciones morales disponibles (equilibrio reflexivo); con ello el problema de la estabilidad se resolvía allí persuadiendo al agente moral acerca de la superioridad explicativa de una concepción de la justicia en relación con el fenómeno de los sentimientos morales o, como más apropiadamente dice Rawls: nuestro sentido de la justicia. A través de este procedimiento, la concepción de la Justicia como Equidad se mostraría preferible al utilitarismo y al intuicionismo. Sin embargo, una vez introducido el hecho del pluralismo, el análisis se vuelve más complejo, orientando al filósofo en una dirección nueva.

La idea de una sociedad como un sistema justo de cooperación se vuelve necesaria como consecuencia del nuevo punto de vista que Rawls introduce en *LP*. El constructivismo político juega ahora un papel mayor ya que tiene la función de

dotar de mayor realismo a la concepción de la justicia.²³ Para ello se distingue ahora, con mucho mayor énfasis, dos ámbitos de la razón práctica: el moral y el político (2001/2012, 38). Estos ámbitos no son completamente diferenciados ya que Rawls entiende lo político como un aspecto específico de lo moral.²⁴ Esta comprensión en dos niveles parece ser una deuda contraída con Isaiah Berlin.²⁵ Para decirlo

²³ Los términos «constructivismo» y «constructivo» están presentes ya en *TJ* y podemos imaginar que fueron sugeridos a Rawls por su lectura de la obra de Kant; no obstante, este primer constructivismo se encontraba restringido a los principios de la justicia solamente en relación con la forma de su generación en la posición original (1971/1995b, 60). Lo que se destaca ahora es que la propia concepción política de la justicia se presenta como un ejercicio del constructivismo político.

²⁴ Ya en *TJ* se manifestaba una diferencia entre el plano de la justicia y el plano moral. Una concepción de la justicia se ocupa solamente de los principios de la estructura básica; mientras que un ideal social presenta principios para todas las otras virtudes de la estructura básica (1971/1995b, 22; 462).

²⁵ "Ethical thought consists of the systematic examination of the relations of human beings to each other, the conceptions, interests and ideals from which human ways of treating one another spring, and the systems of value on which such ends of life are based. These beliefs about how life should be lived, what men and women should be and do, are objects of moral enquiry; and when applied to groups and nations, and, indeed, mankind as a whole, are called political philosophy, which is but ethics applied to society." [El pensamiento ético consiste en el examen sistemático de las relaciones de los seres humanos unos con otros, las concepciones, los intereses y los ideales de los cuales formas humanas de tratarse unos a otros brotan, y los sistemas de valor en los cuales tales fines de vida están basados. Estas creencias acerca de cómo la vida debe ser vivida, qué es lo que hombres y mujeres deben ser y hacer, son objetos de investigación moral; y cuando esto se aplica a los grupos

claramente, lo que se destaca ahora es el «dominio de lo político»: lo político es visto ahora como un conjunto de relaciones específicas diferenciadas de otras relaciones como las asociativas, familiares o personales, entre otras. Resaltemos este punto ya que, como hemos visto, en *TJ* se consideraba todavía a la sociedad como una asociación: esto significaría que existen fines previos al ingreso en sociedad y que toda la organización social apuntaría hacia estos; además, una asociación puede asignar reglas especiales para beneficiar a los miembros que contribuyan más, lo cual rompería el esquema de equidad. Por lo tanto, una sociedad no puede considerarse sin más como una asociación, sin que ello represente problemas considerables para la teoría (1993/1995a, 60 ss.).

Ahora bien, el dominio de lo político viene caracterizado por dos rasgos principales. En primer lugar, se trata de una relación entre personas dentro de la estructura básica de la sociedad a la cual entramos con el nacimiento y salimos con la muerte; es un sistema cerrado en virtud del cual no aceptamos la pertenencia a ella de manera voluntaria, no podemos renunciar a la comunidad en la cual hemos vivido, al menos no sin vernos afectados gravemente. En segundo lugar, el poder político es poder coercitivo y tiene el respaldo del Estado para hacer cumplir las leyes; sin embargo, cuando el régimen político es el de una democracia constitucional, el poder es una expresión de la voluntad ciudadana, esto significa que el poder emana de una sociedad igualitaria de ciudadanos y se impone a los

y naciones, y, en efecto, a la humanidad como un todo, es llamado filosofía política, el cual es nada más que ética aplicada a la sociedad.] (Berlin 2013b, 1-2).

individuos pese a su eventual negativa a someterse al imperio de la ley (2001/2012, 243). Considerando estos rasgos, decimos que lo político formula valores políticos porque estos se originan en las relaciones políticas y no en otras; pero no debemos perder de vista que estos valores, como principios de la justicia, son valores morales ya que las relaciones políticas, en las cuales se originan, se reproducen en el trasfondo de diversas relaciones humanas a las cuales les son asignables otras virtudes diferentes de la justicia. Podemos afirmar, en este sentido, que todos los valores políticos son también valores morales; pero no de modo inverso, que todos los valores morales sean valores políticos. Vemos ahora con más claridad por qué la Justicia como Equidad es introducida en *LP* como una concepción «política» de la justicia diferenciándose de su tratamiento anterior; ya no es vista como una doctrina moral dentro de la variedad de doctrinas morales que han florecido en una sociedad. A esto se refiere Rawls cuando menciona que la Justicia como Equidad representa un punto de vista libremente aceptado, esto es, que no depende de ninguna doctrina comprensiva para su justificación (2001/2012, 244).

Volvamos ahora a la idea de una sociedad: ¿qué es lo que a Rawls le interesa de una concepción de la sociedad? Se nos dice en *TJ*:

Las diversas concepciones de la justicia son el producto de diferentes nociones de sociedad ante el trasfondo de opiniones opuestas acerca de las necesidades y oportunidades naturales de la vida humana. Para entender plenamente una concepción de la justicia tenemos que hacer explícita la concepción de cooperación social de la cual se deriva. Sin embargo, al hacerlo, no debemos perder de vista ni

el papel especial de los principios de la justicia, ni el tema principal al que se aplican.
(1971/1995b, 23)

El que una concepción de la justicia dependa de una concepción de la sociedad es una idea que Rawls mantendrá en sus siguientes trabajos, aunque añadiéndose un cambio en su sentido. En *TJ* las diferencias entre las concepciones de la justicia (*v. gr.* el utilitarismo, el intuicionismo y la Justicia como Equidad) expresan a su vez las diferencias que subyacen sobre las distintas concepciones de la sociedad (1971/1995b, 44). Pero ello implica, todavía ahí, la elección de solo una de dichas concepciones sobre la sociedad siguiendo el punto de vista moral; mientras que el nuevo sentido que adquiere esta relación, en *LP*, se manifiesta en la manera en que el constructivismo político es presentado: la sociedad como un sistema equitativo de cooperación es una idea política, y esto significa que se trata de la hipótesis más razonable, dentro del proceso de construcción política en relación con los principios de la justicia que de ella se extraen (1971/1995b, 101). Esto mantiene un paralelo con el constructivismo kantiano, es decir, como la forma particular en la cual se determinan los objetos morales —o sea su fundamento— a partir de la ley moral misma (Rawls 2000/2007, 295); de este modo, el constructivismo libera la teoría de la justicia del orden de la justificación moral y la ubica en el terreno de lo político; los principios de la justicia están sometidos a un proceso de construcción —en el que interviene determinada concepción política de la sociedad— fuera del cual las personas pueden poseer y afirmar diferentes creencias acerca de la sociedad y su funcionamiento.

Ahora bien: ¿qué hace que la idea de una sociedad como un sistema equitativo de cooperación sea una idea política? ¿Por qué otras ideas sobre la sociedad que subyacen, por ejemplo, al utilitarismo o al intuicionismo, a una doctrina religiosa o a una positivista, no pueden considerarse como ideas políticas igualmente? La razón de esto estriba en que Rawls parte de ideas implícitas en la cultura política pública de las democracias constitucionales tal y como las conocemos hoy en día (1993/1995a, 39); esto significa que el dominio de lo político está integrado, entre otros elementos, por el conjunto de ideas implícitas en las relaciones políticas más importantes como son: las discusiones políticas, las leyes fundamentales del ordenamiento jurídico, las tradiciones de interpretación constitucional, etc. En estas prácticas políticas se encuentran una variedad de principios o creencias entre las cuales destacan algunas por su mayor peso para determinar el sentido de algunas instituciones (*v. gr.* la forma republicana de gobierno, la igualdad política, la dignidad intrínseca del ser humano). Es por ello que otras concepciones de la sociedad disponibles no juegan un papel importante en la Justicia como Equidad al contener ideas contradictorias respecto de las referencias más fundamentales de nuestra convivencia social; para el utilitarismo, por ejemplo, la sociedad es un sistema de administración eficiente de recursos en orden a la maximización de la satisfacción neta de los deseos de las personas, y esto no se condice con nuestra autopercepción como ciudadanos libres e iguales.

Ahora bien, el punto de referencia que toma Rawls, en esta nueva caracterización, evita que pensemos en ella como en una petición de principio, es decir, que partamos precisamente del punto que queremos demostrar; lo que se

halla implícito en esta formulación es que nuestras intuiciones y compromisos más profundos puedan ser expresados con toda su fuerza explicativa al hacer uso de tales intuiciones. Rawls nos dice:

Que una sociedad democrática a menudo se entiende como un sistema de cooperación social lo sugiere el hecho de que, desde un punto de vista político y en el contexto de la discusión pública de cuestiones básicas de derecho político, sus ciudadanos no conciben su orden social como un orden natural fijo o como una estructura institucional justificada sobre la base de doctrinas religiosas o principios jerárquicos que expresan valores aristocráticos. Ni piensan que un partido político puede propiamente, declarándolo en su programa, proponerse conculcar sus derechos y libertades fundamentales a cualquier clase o grupo reconocido. (2001/2012, 28)

Para Rawls, la sociedad democrática y constitucional en la que hemos crecido opera con la noción básica de una sociedad como un sistema equitativo de cooperación entre ciudadanos que se consideran libres e iguales. Sin este fundamento, la práctica política no podría ser comprendida en sus justos términos. Lo dicho hasta ahora sirve para aclarar cuál es el origen de esta intuición; más adelante se volverán sobre algunos puntos pendientes sobre la relación entre esta y otras ideas políticas que deben tomarse en la elaboración de la Justicia como Equidad. Presentamos ahora la caracterización de esta idea política a través de tres de sus rasgos más destacables.

En primer lugar, debemos empezar diferenciando la cooperación social de la mera actividad social coordinada ya que la primera implica un mutuo reconocimiento público sobre reglas que conducen la vida social, siendo así que se hacen valer las libertades de los ciudadanos frente a los mandatos absolutos de una autoridad central que los ve como instrumentos en la consecución de un fin ulterior. En este sentido, no solo son opuestos a la idea de cooperación los regímenes políticos de planificación central sino también aquellas sociedades cuyo diseño estructural de las prácticas principalmente sociales y económicas impongan graves diferencias entre sus miembros.²⁶

En segundo lugar, la noción de la cooperación incluye la idea de términos equitativos que garantizan un esquema de cooperación razonable que los ciudadanos aceptan siempre que todos los demás hagan lo mismo. Esta correspondencia entre los miembros de la sociedad perfila una idea de «reciprocidad»: todo aquel que cumple su parte del arreglo debe poder obtener una ventaja razonable de acuerdo con los criterios públicamente aceptados. Esta reciprocidad se sitúa entre la imparcialidad y la ventaja mutua, siendo la

²⁶ El último Rawls introduce consideraciones muy precisas sobre el tipo de regímenes políticos que no se conducirían bajo la idea de un esquema de cooperación. De los cinco regímenes que advierte en su análisis: a) capitalismo de *laissez-faire*, b) capitalismo del Estado de bienestar, c) socialismo de Estado con economía planificada, d) democracia de propietarios, y e) socialismo liberal democrático; considera que los tres primeros vulneran los dos principios de justicia quedando el análisis pendiente sobre las dos últimas (2001/2012, 186 ss.).

imparcialidad un ideal altruista que apunta al bien común, mientras que la ventaja mutua se constituye por el punto de equilibrio al que se llega naturalmente entre sujetos autointeresados y que comprenden que un arreglo cooperativo les beneficia.²⁷ Por lo tanto, la reciprocidad, así entendida, no se reduce a un intercambio recíproco de bienes, o a un beneficio distributivo paritario producto de la cooperación; de lo que se trata en todo momento es que las reglas que rigen la distribución puedan reproducir el ideal de reciprocidad dando origen al esquema de una sociedad bien ordenada lo cual significa, a su vez, que acaso los ciudadanos puedan juzgar desventajosa una distribución de bienes, y sin embargo, la consideren equitativa si en sus actitudes han incorporado los principios de la justicia. Ahora bien, un esquema de distribución percibido como demasiado injusto no cumpliría la pauta de la reciprocidad ya que, en efecto, los miembros esperan obtener una ventaja de ella. La idea de reciprocidad implica por ello «tensiones de compromiso», esto es, las tensiones que surgen entre las expectativas deseables de cada miembro cooperador y los principios de la justicia que expresan a su vez sus compromisos con el esquema de cooperación.

En tercer lugar, la idea de cooperación exige una idea de ventaja racional en virtud de la cual se garantiza la satisfacción de las expectativas sobre los bienes deseables que cada cooperador posee. La idea de ventaja o bien racional también

²⁷ La idea de la justicia como reciprocidad como una concepción intermedia entre la justicia como imparcialidad y la justicia como mutua ventaja ha sido comentada con especial cuidado por Allan Gibbard (1991).

determina aquello que persiguen aquellos que participan de la cooperación (2001/2012, 29). Vemos así que la mutualidad está restringida, a diferencia de lo que sucede con la concepción de sociedad que vimos en *TJ*; el que esto sea así se debe a que la concepción de la sociedad está delimitada por el marco de lo político cuyo énfasis no está puesto en un supuesto *homo oeconomicus*, sino en el ideal de ciudadanía. Adicionalmente, tampoco debe entender la idea de una ventaja racional en términos puramente económicos ya que lo que se expresa con ella es la concepción del bien que los miembros de una sociedad justa están tratando de satisfacer, y ello incluye planes de vida diversos, aunque razonables en la medida en que se encuentran bajo las reglas justas de la cooperación.

Habíamos dicho que esta concepción política de la sociedad se encuentra implícita en la cultura política pública. Se empieza considerando las ideas más básicas en las cuales se fundan las principales prácticas políticas. Esta es la más importante de todas las ideas políticas ya que organiza las demás y expresa un procedimiento denominado constructivismo político que Rawls emula del constructivismo kantiano. Ahora bien, esta idea de sociedad se construye a partir de otras dos ideas: la idea de los ciudadanos como libres e iguales y la idea de la sociedad bien ordenada. Continuaremos explicando de qué manera se entiende una concepción política de la persona.

2.1.2. La idea de las personas libres e iguales

La «idea de las personas libres e iguales» es el segundo elemento que aparece en el desarrollo de las ideas políticas de Rawls. Tal concepción es el

resultado de una serie de caracterizaciones acerca de cuáles individuos participan dentro del esquema de la Justicia como Equidad. El Rawls de *Justice as Fairness* de 1958 —donde aparece el primer modelo de su concepción— definía el término persona de una forma muy ambigua: “On some occasions it will mean human individuals, but in others it may refer to nations, provinces, business firms, churches, teams and so on.” [En algunas ocasiones significará individuos humanos, pero en otras puede referirse a naciones, provincias, empresas, iglesias, equipos, y así sucesivamente.] (1999, 49). En dicho texto, Rawls pretende explicar de qué manera la equidad puede comprenderse como la pieza fundamental que permite caracterizar la justicia, para ello recurre a una representación (o modelo) de cómo podrían obtenerse principios de justicia desde una determinada situación de elección. La forma en la cual esa situación está diseñada permite comprender por qué se elegirían dos principios de justicia a través de una actividad parecida a la de un juego de negociación (*bargaining game*) entre los participantes de una determinada práctica.²⁸ Pero aquí la idea de una «práctica» refiere las de un tipo particular muy cercano a los que la economía neoclásica o la teoría de juegos

²⁸ El problema de la negociación (*bargaining game*) es uno de los tópicos que conectan dos esfuerzos interdisciplinarios importantes, a saber, la teoría de juegos y la teoría moral. Este problema, conocido como el problema de la negociación, tiene por objeto dilucidar cuáles son las condiciones en las que el juego de la negociación se resuelve o debería resolverse. Parte del interés de la teoría moral por usar modelos de teoría de juegos es poder explicar de forma más o menos concluyente cuál es la naturaleza de la moralidad (Verbeek y Morris 2018).

esboza en la elaboración de sus modelos. En ese sentido, los individuos situados en dichas prácticas son caracterizados del siguiente modo: a) se trata de sujetos autointeresados;²⁹ b) son racionales, aunque no están afectados particularmente por la envidia; c) sus intereses o necesidades son complementarias; y, d) son iguales en poder y aptitudes de tal modo que no pueden dominarse entre sí (1999, 52-53). Estas condiciones resultan evidentemente similares a las planteadas por la economía neoclásica y formarán parte de la primera aproximación de Rawls a la discusión sobre la justicia;³⁰ dicho marco teórico irá adquiriendo una naturaleza accesoria conforme el Rawls maduro desplace su centro de atención hacia el problema del razonamiento práctico.

Hacia 1963, aparece un segundo texto llamado *The Sense of Justice*, en el que Rawls introduce la noción del «sentido de la justicia» presentándonos una formulación del tipo de restricciones que implica la moralidad. Al parecer, Rawls percibió un problema presente en su primera tesis: existe una diferencia entre obtener principios de justicia a partir de una determinada situación de elección y, por otro lado, actuar de acuerdo con dichos principios; se trata de dos asuntos que

²⁹ Rawls no descarta el que las personas humanas puedan estar movidas por otros lazos diferentes del autointerés, pero insiste en que puede seguir siendo cierto que aun cuando mantengan relaciones como las afectivas (*v. gr.* los lazos familiares o amicales), se puede seguir afirmando que las relaciones entre unos agentes y otros sean de autointerés.

³⁰ No debemos olvidar que Rawls había estudiado rigurosamente textos como *Valor y capital* de J. R. Hicks y *Fundamentos del análisis económico* de Paul Samuelson (Pogge 1994/2007, 16).

implican dos facultades diferentes, de manera tal que puedo concebir reglas para un acuerdo equitativo junto con otros individuos, y, sin embargo, tener la intención de defraudar tal acuerdo si puedo maximizar la satisfacción de mis deseos. En este sentido, Rawls introduce la noción de una «psicología moral» la cual explica de qué forma los sujetos insertos en dicha posición inicial estarían inclinados a respetar las restricciones impuestas conforme al sentido de la justicia (1999, 96-97).

Ahora bien, podemos preguntarnos a qué se debe la introducción de lo que Rawls llama sentido de la justicia y por qué se hace necesaria en la explicación de la teoría. El sentido de la justicia es un concepto que Rawls toma de Rousseau (1762/2011, 370), para quien el desarrollo moral de un individuo tiene su origen en una inclinación natural del ser humano, Rousseau llama «afecciones primitivas» a este tipo de inclinaciones, y es el «amor de sí mismo» la afección primitiva fundamental. El filósofo ginebrino entiende que es la identificación de mi persona con la persona de otro individuo, es decir, la posibilidad de encontrarme en el lugar del otro, lo que vuelve de mi interés su bienestar; pero no es el entendimiento —en tanto facultad que comprende esta relación— lo que justifica este sentido moral sino mi propia inclinación natural de conservación lo que le da su fundamento. En todo momento, sin embargo, se trata de un desarrollo moral en el que la razón ilumina y fortalece esta inclinación natural y cuyo cuidado tiene que ver más con no obstruir su decurso natural que con forzar una práctica moral determinada.

Rawls tomará un camino similar y describirá un desarrollo moral en tres estadios correspondiéndose con los sentimientos de culpabilidad: a) frente a la autoridad, b) frente a asociaciones, y c) frente a principios. Estos sentimientos

corresponden, en cada caso, a los afectos que se manifiestan en las relaciones que tenemos en los círculos familiares, las relaciones asociativas y, finalmente, relaciones que se establecen con personas con quienes no nos unen vínculos de simpatía o amistad (1999, 100 ss.). Esta formación del sentido de la justicia le permite a Rawls contestar a la pregunta sobre por qué los hombres actúan conforme a su deber de justicia y no solo respecto a su propio autointerés: si un agente posee un sentido de la justicia, su psicología moral le permite no solo aceptar principios de justicia, sino vincularse por estos; de otro modo, el resentimiento y la indignación serían completamente ajenos a individuos que solo actúan por autointerés y, en tal sentido, no podrían manifestar tales sentimientos (1999, 107).

Llegamos así a la definición de la personalidad moral que expone Rawls en *TJ* describiéndose una idea completa sobre qué significa ser sujeto de justicia, esto es, por qué determinados individuos merecen las garantías de una igual justicia:

Las personas morales se distinguen por dos características: la primera, que son capaces de tener (y se supone que de adquirir) un sentido de su bien (expresada por un proyecto racional de vida); y segunda, que son capaces de tener (y se supone que de adquirir) un sentido de la justicia, un deseo normalmente eficaz de aplicar y de actuar según los principios de la justicia, por lo menos en cierto grado mínimo. Utilizamos la caracterización de las personas en la situación original para indicar la clase de seres a los que se aplican los principios elegidos. Después de todo, se considera que los individuos adoptan estos criterios para regir sus instituciones comunes y sus comportamientos recíprocos; y la descripción de su naturaleza forma parte del razonamiento mediante el cual se seleccionan esos principios. Así, la

igualdad de la justicia se debe a los que tienen la capacidad de tomar parte en la pública comprensión de la situación inicial, y de actuar de acuerdo con ella. (1971/1995b, 456)

Aquí ya están enunciados los dos poderes morales, aunque su sentido no está del todo claro. Por un lado, Rawls dice que esta descripción pertenece al razonamiento por el cual se seleccionan los principios de acuerdo a la estrategia constructivista; por otro lado, sin embargo, parece asumir una concepción densa de la naturaleza humana en la forma de una teoría de los derechos naturales: “Así, pues, la justicia como imparcialidad tiene los sellos distintivos de una teoría de derechos naturales” (1971/1995b, 457, n. 30). El problema se plantea como sigue: si los seres humanos comparten una naturaleza determinada, esto es, la personalidad moral, entonces existe un derecho natural que se funda en dichos atributos lo que justificaría buena parte de los recursos normativos empleados. Rawls cree que puede fundamentar esta descripción apelando únicamente a la fijación de una condición específica cuya satisfacción constituye causa suficiente para la observancia de una igual justicia (1971/1995b, 459-60).

Sin embargo, existe un problema con esta formulación: aunque sea posible adecuar una caracterización respecto de la cual se cumpla una condición específica, debemos preguntarnos por qué hemos de escoger la de «sujetos con dos poderes morales» y no alguna otra que cumpla un rol similar (*v. gr.* la de sujetos sintientes que se mueven por el placer o el dolor); esto significa que diferentes concepciones sobre el ser humano presentes en una sociedad plural estarían forzadas a coincidir

casi exactamente con el contenido de esta caracterización si queremos que la Justicia como Equidad tenga éxito. Así la descripción de la persona en este punto parecer requerir de una comprensión metafísica del ser humano, de sus atributos esenciales como determinativos del arreglo social cuya especificación escapa a la convención.

Por ello, la respuesta de Rawls, de *LP* en adelante, será tomar un punto de partida diferente, se hablará ahora de una concepción «política» de la persona (2001/2012, 44). Se trata desde el inicio de una concepción práctica, esto es, su valor es relativo al proceso de construcción de una teoría de la justicia. En esta reelaboración de la idea de las personas como libres e iguales no se considera necesario hablar de atributos esenciales, o de una teoría del derecho natural, sino solo del particular enfoque normativo que implica considerar a los individuos con dos poderes morales. Una concepción metafísica de la persona haría imposible sortear el problema del pluralismo, estaríamos enfrascados en una disputa permanente sobre el estatuto ontológico del ser humano y cómo este puede determinar el orden de las prácticas sociales; pero, si nuestra pretensión no es describir la naturaleza intrínseca del ser humano sino solo articular un punto de vista para la justicia política, eso nos llevaría en una dirección diferente. El punto de vista normativo del cual nos habla Rawls, es una construcción de nuestra razón práctica cuyo único objetivo es trascender el punto de vista moral y ubicarse en el plano de nuestras mutuas exigencias de justicia, es decir, que pertrechados de los conceptos básicos de la cultura política en la que hemos crecido diseñamos esta concepción

política con el único objetivo de resolver el problema especificado, a saber, cómo es posible la justicia política.

El resultado final de este proceso de reelaboración es la «idea de las personas como libres e iguales». Esta idea caracteriza a las personas como poseedoras de dos poderes morales: a) la capacidad de tener un sentido de la justicia y b) la capacidad de adoptar una concepción del bien; y, por otro lado, de poseer poderes relativos a la razón (juicio, inferencia, etc.). Dichas capacidades son el contenido de la noción de libertad de las personas, y lo que hace que sean iguales es que poseen estas capacidades en un grado mínimo necesario para la cooperación social (1993/1995a, 42). Los poderes morales describen las capacidades implícitas con las que los sujetos interactúan en sus prácticas políticas normales ya establecidas; relacionado con ello, la idea de una sociedad equitativa de cooperación expresa la forma en que los individuos entienden su medio social como no fijo o inalterable, ellos mismos se entienden con la capacidad para autodeterminarse en la elaboración de sus propias instituciones y el diseño de sus objetivos comunes. Por otro lado, también se puede considerar la distinción entre los poderes morales planteándola en términos acerca de lo razonable y lo racional. Decimos que un agente es razonable cuando está dispuesto a proponer y a guiar su conducta por términos igualmente justos para todos los miembros cooperadores de una sociedad; mientras que se comporta de forma racional cuando busca los medios más adecuados para la satisfacción de aquello que considera bueno o valioso (1993/1995a, 67 ss.). El sentido de la justicia expresa de este modo una facultad relacionada con la razonabilidad con la que operan los individuos

comprometidos con el esquema de cooperación; mientras que la capacidad para concebir una idea del bien expresa la facultad relacionada con la racionalidad instrumental y práctica.

Ahora bien, las personas se consideran libres e iguales como consecuencia del ejercicio de tales poderes, por ejemplo, tener una capacidad para adoptar una concepción del bien expresa la libertad positiva que tienen los individuos de considerar, a la luz de sus experiencias, qué concepción del bien es preferible, es decir, no se encuentran ligados de forma inevitable a una sola de ellas, pueden revisarlas como normalmente sucede en el transcurso de la vida sin que ello signifique una pérdida de sus derechos básicos. Esto determina una consecuencia importante en la Justicia como Equidad: que los sujetos posean dos tipos de identidades: una identidad pública, ligada sus compromisos políticos básicos que los ubican a todos en una posición de igualdad básica; y una identidad moral, ligada a los compromisos relativos a sus vínculos personales (2001/2012, 46-47). Otro rasgo relativo a la libertad es que los individuos se ven a sí mismos como fuentes autenticatorias de exigencias válidas, esto es, se consideran con derecho a formular reclamaciones y a plantear exigencias a sus instituciones para hacer valer sus concepciones del bien en el marco de la concepción política de justicia. Las idealizaciones que llevamos a cabo en este tipo de prácticas, nos representan como personas libres e iguales las cuales pueden comprometerse en el marco de las instituciones políticas para generar un esquema de cooperación social (Reyes Loayza 2016, 25).

Ahora bien, se ha prestado poca atención a la forma en que Rawls ha naturalizado este sentido de la justicia en su filosofía moral, y este paso marca un punto de inflexión en la historia del pensamiento moral. La tradición contractualista clásica siempre dio un peso superior al carácter subjetivo de derechos naturales preestatales que fundamentan el orden político (Hobbes *Lev.* I, XIV, 66; Kant AA VI, 237-38). Esta prioridad se relaciona con el principio metodológico de la filosofía de la conciencia, en otras palabras, la subjetividad es elevada ahora a baremo o referencia fundamental desde la que podemos articular nuestro entendimiento del mundo en la diversidad de sus formas. Esta subjetividad, peraltada ahora a fundamento de la moralidad por los contractualistas, nunca vio menguada su promesa acerca de la autonomía moral incluso en los tiempos del expresivismo en los cuáles más bien se articuló en términos de autoafirmación o autodespliegue (v. *gr.* Herder o Schelling). Así, la filosofía política ya solo puede reconstruir el sentido de la sociabilidad a partir de los recursos con que cuenta un sujeto atomizado.

Tanto la «idea de una sociedad como un sistema justo de cooperación» como la «idea de las personas como libres e iguales» por los dos poderes morales, dejan de contar con los presupuestos introducidos por la filosofía de la conciencia y se desplazan más bien hacia el terreno de la normatividad intersubjetiva de individuos que no pueden comprender los modos en que se relacionan sin contar ya de antemano con los recursos de su naturaleza social. Esto tiene como consecuencia que no sea extraño empezar por caracterizar los elementos que nos disponen hacia la cooperación social, se trata de una nueva forma de «antropología relacional» si debemos describirla de alguna manera, es decir, nuestras concepciones prácticas

acerca de lo que es una persona no pueden derivarse únicamente de atributos internos (razón, sensibilidad, etc.) sino que deben asumir como mínimo una disposición interna a la sociabilidad; en otros autores esta pauta de intersubjetividad se ha radicalizado como en las teorías del discurso de Habermas.³¹

Recapitulemos lo analizado hasta ahora. En principio la idea de una sociedad como un sistema equitativo de cooperación nos ha puesto ya sobre la pista acerca de sujetos que reconocen las reglas y procedimientos de un sistema bajo términos de «reciprocidad» cuando esta incluye una idea de «ventaja racional». La idea de las personas como libres e iguales, retienen estas nociones adecuando el contenido de estas a la capacidad del ejercicio de dos poderes morales que describen, a su vez, dos puntos de vista: la de sujetos que son racionales en la búsqueda de lo que consideran bueno y razonables cuando aceptan términos justos que todos pueden aceptar. Ahora bien, estos elementos describen una las potencialidades desde las que los sujetos pueden articular un orden justo, veremos ahora cuáles son las características de un orden justo operante bajo dos principios de la justicia.

³¹ “Cuando se abandona la conceptualización articulada en términos de «filosofía del sujeto», la soberanía no necesita, ni quedar concentrada en el pueblo entendido éste en términos concretistas, ni tampoco ser desterrada al anonimato de las competencias articuladas en términos de derecho constitucional. El «sí misma», el *self* de la comunidad jurídica que se organiza a *sí misma* desaparece en las formas de comunicación, no susceptibles de ser atribuidas a ningún sujeto, ni en formato pequeño ni en formato grande, en las formas de comunicación, digo, que regulan el flujo de la formación discursiva de la opinión y la voluntad de forma que sus resultados, siempre falibles, tengan a su favor la presunción de racionalidad.” (Habermas 1992/2010, 377)

2.1.3. La idea de una sociedad bien ordenada

La idea de una sociedad bien ordenada es introducida en *TJ* con el propósito de explicar el modo en que una concepción pública de la justicia genera en los miembros de la sociedad un deseo de actuar según lo requieren los principios de la justicia (1971/1995b, 410-11). Esta idea acerca de cómo son posibles las actitudes adecuadas respecto de la justicia política describe lo que Rawls llama el problema de la estabilidad. Este problema irá ganando una mayor complejidad en las formulaciones posteriores de *LP* y *JE*. La estabilidad de un sistema social es definida en el siguiente sentido:

Los sistemas son más o menos estables según la intensidad de las fuerzas internas de que disponen para recuperar el equilibrio. Como en la práctica todos los sistemas sociales se hallan sometidos a perturbaciones de algún tipo, son realmente estables, por ejemplo, si las desviaciones de sus posiciones de equilibrio preferidas, causadas por perturbaciones normales, liberan fuerzas lo bastante intensas para restablecer estos equilibrios, tras un lapso razonable, o, en otro caso, para permanecer lo bastante próximas a ellos. (1971/1995b, 413)

Este problema cobrará una caracterización más política conforme Rawls identifique las fuerzas desestabilizadoras no ya principalmente con las actitudes de la envidia o la aversión al riesgo, sino por los rasgos de una cultura política plural. En este primer estadio de la cuestión, sin embargo, el problema de la estabilidad

tiene su respuesta principalmente en una familia de disposiciones psicológicas que se desarrollan dando lugar a un sentido de la justicia efectivo. “Para asegurar la estabilidad”, dice Rawls, “los hombres deben tener un sentido de la justicia o un interés por aquellos que resultarían perjudicados por su defección, (...). Cuando estos sentimientos son lo bastante fuertes para superar las tentaciones de violar las normas, los esquemas justos son estables.” (1971/1995b, 449). Como se ha dicho ya, el sentido de la justicia es uno de los poderes morales que facultan a las personas a actuar según términos justos de cooperación. No se trata, sin embargo, de un mero deseo o tendencia; el sentido de la justicia es “una habilidad para juzgar las cosas como justas e injustas y para apoyar estos juicios en razones.” (1971/1995b, 55). En una sociedad bien ordenada, el sentido de la justicia es efectivo cuando ha logrado desplegarse en los sujetos como los «sentimientos correctos» que son necesarios para sostener de forma voluntaria los términos justos de la cooperación, es decir, se trata de una psicología moral.

Una psicología moral —en lo que compete a la teoría moral— no es una explicación acerca de los procesos psíquicos por los cuales una persona presenta disposiciones relativas a los deberes morales. Más bien, lo que intenta mostrar es que estas disposiciones y actitudes naturales no pueden explicarse sin una referencia necesaria a los deberes morales en sí mismos, en otras palabras, las actitudes naturales de amor y confianza, así como los sentimientos de indignación, vergüenza o culpa son expresiones de nuestras creencias éticas más profundas. La teoría moral no puede dejar de referirse a este tipo de emociones morales sin pagar el precio de deformar la imagen que tenemos de los compromisos, relaciones y

lazos que entablamos en la vida cotidiana (Williams 2006, 69). Así, la psicología moral tiene el objetivo de relacionar en un todo coherente estas respuestas psicológicas con los principios normativos que responden a dichos procesos, de tal manera que sea comprensible la relación bidireccional entre las afecciones y las razones en el contexto ético.

La idea de un desarrollo de cierta psicología moral ha venido sugerida fundamentalmente por tres figuras: Jean-Jacques Rousseau (1762/2011), en el siglo XVIII, así como Jean Piaget (1932/1965) y Lawrence Kohlberg (1984/1992), en el siglo XX. Ahora bien, el esquema de una psicología moral en tres estadios se inspira —como expresa el propio Rawls— en el esquema de Piaget (1999, 100). Rawls considera que el desarrollo de una psicología moral —bien se trate de un despliegue de actitudes innatas en el ser humano o bien de una formación que provee los estímulos psicológicos correctos— garantizará que los individuos apoyen los principios de la justicia (1971/1995b, 416-17). Este desarrollo moral se produce del siguiente modo: a) la moral de la autoridad, b) la moral de la asociación, y c) la moral de los principios. Debe tenerse cuidado con la interpretación que se da a este esquema, Rawls no lo considera una explicación acerca del modo en que se genera la conciencia moral en general en los individuos, sino algo más bien específico, es decir, la forma en que los principios de la justicia cuando son efectivamente aplicados a la estructura básica de la sociedad generan en los sujetos disposiciones favorables a los mismos principios de manera tal que el sistema persiste en su estabilidad reproduciéndose de una generación a la siguiente bajo términos justos de cooperación.

El primer estadio del desarrollo moral viene dado por la figura de la autoridad parental. Rawls considera que la familia es una institución de la estructura básica de modo que esta formación moral tiene su inicio en la educación de los hijos. Para Rawls, el aprendizaje moral requiere las siguientes condiciones: a) los padres quieren a sus hijos y son objetos de su admiración, b) los padres disponen de reglas claras que los hijos pueden comprender, c) los padres deben exponer las razones que subyacen a tales reglas y cumplirlas a su vez (1971/1995b, 421). El razonamiento que sigue Rawls es que los hijos presentarán, dadas estas condiciones, un deseo por guiar su conducta bajo las mismas pautas de aquellas figuras de autoridad a las que quiere y con las que se siente identificado; no debe confundirse aquí la noción de autoridad con el temor que puede despertar en los hijos el castigo o la coerción —factores excluidos de la formación moral—, de lo que se trata en todo momento es de una interiorización en el niño de normas y reglas que considera razonables en función de las relaciones afectivas y de confianza que ha entablado con sus padres.

En el segundo estadio se desarrolla la moral de la asociación. Rawls nos dice que conforme el niño crece también se desarrollan las correspondientes facultades intelectuales que permiten hacer las idealizaciones y las discriminaciones correspondientes a las posiciones sociales de otros individuos; esto significa que, al entrar en relaciones con otros sujetos, puede adoptar otros puntos de vista. Puede ejercitar estas otras perspectivas de forma ideal, es decir, puede representarse el contenido, los derechos y funcionamientos de lo que significa ser un buen amigo, estudiante, esposo, empleado, jefe, etc. (1971/1995b, 423). Pero esto por sí solo no

basta. Lo que se requiere es que estas capacidades intelectuales junto con las relaciones asociativas en las que se encuentra generen en el individuo los sentimientos adecuados de amistad, lealtad y confianza a partir de la constatación de que otros individuos cumplen con los deberes relativos a sus respectivas posiciones sociales (1971/1995b, 425). Tampoco aquí se trata de una coacción interna de tipo patológica —como alguna forma de ansiedad social que determina la conformidad con las reglas—, sino de una interiorización de las normas que regulan una justa disposición de funcionamientos que beneficia a todos los participantes por igual, esto genera una disposición interna para actuar de forma provechosa en beneficio de todos. Un elemento adicional que Rawls incorpora en este estadio es el principio aristotélico según el cual al observar en otros funcionamientos más complejos se despierta en nosotros el deseo de emular tales actividades; todo ello deriva en la adquisición de un deseo de actuar conforme a las pautas cooperativas sobre las que descansan estas relaciones asociativas.

El tercer estadio corresponde a la aparición de una moral de principios. El sentimiento de justicia, que aparece en el tránsito desde la moral de la asociación a la moral de principios, se desarrolla de forma natural de acuerdo a Rawls; una vez que entendemos el modo en que tanto nosotros como aquellos con quienes estamos relacionados por la estima y la confianza obtenemos un beneficio de las instituciones justas entonces desarrollamos un deseo de favorecer el esquema de la cooperación justa (1971/1995b, 428). Ahora bien, este resultado arroja un contrasentido, es decir, ¿cómo es posible que existan sentimientos que apoyen deberes de justicia cuya forma es la de mayor abstracción en la escala del desarrollo

moral? Rawls cree que este es un problema aparente; se explica si entendemos que los principios de justicia tienen un cierto contenido en tanto son escogidos de modo que garanticen ciertos objetivos que toman en cuenta los intereses humanos, de tal modo que “el deseo de actuar justamente no es una forma de obediencia ciega a unos principios arbitrarios, ajenos a unas aspiraciones racionales.” (1971/1995b, 431). Todo ello se relaciona, como ya hemos dicho, con la naturaleza normativa del sentido de la justicia, se trata de una facultad reflexiva por la cual los individuos se vinculan con otros a través de buenas razones; en este grado de generalidad, el sentido de la justicia no se vincula con vínculos personales o de simpatía, sino que refieren directamente a las normas justas de la cooperación.

Ya en *The Sense of Justice* (1963), Rawls había explorado el desarrollo de una psicología moral basada en los sentimientos de culpa que se generan a partir de las relaciones que entablamos en aquellos contextos en donde nos vemos involucrados en esquemas reglados. A este respecto, la explicación proporcionada en *TJ* no introdujo grandes modificaciones; sin embargo, sí hay un cambio de énfasis. La referencia a los sentimientos de culpa en la formación del sentido de la justicia deja de ser central para favorecerse ahora una noción de «reciprocidad». Se trata ahora de una tendencia natural en la sociabilidad humana hacia la cooperación. Rawls considera que esto es un hecho básico de la naturaleza humana:

Así, adquirimos afectos a unas personas o a unas instituciones según percibamos la forma en que ellas se preocupan de nuestro bien. La idea básica es una idea de

reciprocidad, una tendencia a “pagar en la misma moneda”. Pero esta tendencia es un profundo hecho psicológico. Sin ella, nuestra naturaleza sería muy diferente, y la beneficiosa [cooperación] social sería frágil, cuando no imposible. (1971/1995b, 447)³²

El sentido de la justicia, en la última etapa del desarrollo moral, descansaría en última instancia en un ideal de reciprocidad en la que nuestras ideas del bien intervienen despertando en nosotros un interés en la conservación no solo de dichas prácticas sino también de las actitudes naturales como las de confianza y afecto que resultan en provecho de los demás como de nosotros mismos. Rawls no presupone que los individuos posean una tendencia al altruismo, pero lo contrario —una naturaleza egoísta— tampoco es cierta. La idea de fondo es que la vida humana, en la diversidad de las relaciones regulares que forjamos y mantenemos normalmente, no puede ser comprensible si no tomamos en cuenta nuestra natural disposición hacia la cooperación y esto introduce una pauta novedosa en la antropología moral contemporánea.

En el transcurso que va desde *TJ* hasta *LP*, la idea de una sociedad bien ordenada cobrará un significado mucho más amplio y se formulará como una idea fundamental del sistema rawlsiano; se introducirán a ella consideraciones respecto de lo bueno y de su relación con la idea de la justicia además de una nueva lectura

³² La versión de María Dolores González traduce erróneamente «social cooperation» por la expresión «operación social».

acerca del pluralismo político. En 1975 aparece un ensayo titulado *A Kantian Conception of Equality* en el que Rawls revisa varios puntos acerca de la idea de una sociedad bien ordenada. Se precisa ahora que la idea de una sociedad bien ordenada “is an extension of the idea of religious toleration.” [es una extensión de la idea de tolerancia religiosa.] (1999, 256), destacándose así el papel que juega dentro de una sociedad pluralista como el foco del acuerdo razonable.

La explicación en torno a la psicología moral no vuelve a reseñarse ni en *LP* ni en *JE*, pero no debe entenderse por ello que Rawls haya eliminado este aspecto de su teoría. Lo que ocurre, más bien, es que Rawls da por sentado que estamos ya familiarizados con las nociones relativas a una psicología moral —que se ha mostrado efectiva— lo cual hacen innecesarias mayores aclaraciones acerca de elementos de convicción internos. Lo que sí necesita una mayor explicación, por otro lado, es el modo en que las concepciones del bien intervienen en el problema de la estabilidad, esto es, de qué forma la Justicia como Equidad es sensible a las concepciones sobre la vida buena de los individuos (véase 3.2.2).

En *LP*, Rawls nos dice que una sociedad bien ordenada se caracteriza por tres elementos: a) todos los miembros de una sociedad aceptan los mismos principios de justicia, lo cual significa que la concepción pública de la justicia es reconocida ampliamente, b) la estructura básica de la sociedad se conforma efectivamente con dichos principios de la justicia, y, c) los ciudadanos tienen, a su vez, un sentido efectivo de la justicia y por eso cumplen con las reglas de sus instituciones más básicas (1993/1995a, 56). En esta reformulación lo que queda implícito es la introducción desde el inicio de la noción de una «concepción política

de la justicia» en un dominio de lo político. La pregunta que se abre es de qué forma una concepción política puede ganarse el apoyo de diversas doctrinas comprensivas dado el hecho de un pluralismo razonable.

Explicemos con más detalle este nuevo problema. Si bien el sentido de la justicia puede proveer los estímulos psicológicos necesarios que favorecen las acciones orientadas bajo términos de justicia que suscriben personas libres e iguales, lo que queda sin explicar es de qué modo la Justicia como Equidad se constituye como la concepción de la justicia favorecida por esa psicología moral. Aquí existe una cierta circularidad en la explicación que ofrece Rawls. Por un lado, se nos dice que este sentido de la justicia se desarrolla cuando los principios de la justicia se hayan aplicados a la estructura básica de la sociedad; y, por otro lado, se nos dice que la concepción de la justicia debe ser el foco de un consenso entrecruzado entre individuos que poseen diferencias insalvables respecto de sus doctrinas morales de más amplio alcance. Creo que esta circularidad puede salvarse si entendemos la estrategia de una psicología moral en términos descriptivos, mientras consideramos el recurso a un consenso entrecruzado en términos normativos; en otras palabras, Rawls quiere ofrecer una «explicación» acerca del modo en que es posible la estabilidad de acuerdo con elementos que forman parte de una antropología moral plausible (psicología moral), pero también quiere ofrecer una «justificación» acerca de cómo es posible la estabilidad desde el punto de vista de los participantes del sistema social. El sentido de la justicia es una característica de la psicología humana que puede discriminar buenas razones; así

esta aparece como una base adecuada que apoya términos justos de cooperación de acuerdo con buenas razones, y estas las proporciona la Justicia como Equidad.

Así pues, Rawls considera que el problema de la estabilidad es un segundo momento de la argumentación en favor de los dos principios de la justicia, mientras que el primero se corresponde con la justificación de los dos principios de la justicia desde la posición original (2001/2012, 241). El problema de la estabilidad, en este nuevo sentido es el de si, dado los hechos que caracterizan la cultura política pública, la Justicia como Equidad en tanto concepción política de la justicia puede ser el foco de un consenso entrecruzado (2001/2012, 242); en otras palabras, de qué forma es posible una base pública de la justificación.

La cultura política pública viene caracterizada por cuatro hechos generales. En primer lugar, el hecho del pluralismo razonable dentro de una cultura pública representa el modo en que la razón humana dentro de instituciones libres genera concepciones diversas sobre diferentes aspectos de la vida humana en general. A diferencia del mero pluralismo de intereses, lo que se considera aquí es la diversidad de doctrinas que surgen de modo espontáneo cuando existen circunstancias apropiadas para el uso de la razón libre; de tal modo que este hecho no constituye un rasgo negativo de insociabilidad que debamos lamentar, antes bien se trata del ejercicio espontáneo del pensamiento humano. En segundo lugar, es imposible para una sola doctrina convertirse en la base de la unidad social sin usar la violencia, este es el «hecho de la opresión», es decir, una doctrina filosófica, moral o religiosa solo puede ser ampliamente compartida en una sociedad pluralista a través del uso ilegítimo del poder político. En tercer lugar, un régimen democrático

suficientemente estable debe ser apoyado por la mayoría de individuos los cuales no comparten las mismas creencias filosóficas, religiosas o morales y esto es lo que trae a la colación el problema sobre cómo una concepción política de la justicia se puede ganar el apoyo de ellas. Finalmente, se considera como un cuarto hecho general el elemento de una cultura política pública que viene articulada por ideas fundamentales compartidas a lo largo de la historia política de un pueblo y que sirve como punto de partida en la construcción de la justicia política (1993/1995a, 57-58).

Ahora bien, la conjetura de Rawls es que ciudadanos que se mantienen divididos profundamente por sus creencias morales pueden suscribir un «consenso entrecruzado» cuyo punto de referencia sea una concepción política de la justicia. El modo en que esto es posible se relaciona con otras dos ideas que se explicarán adecuadamente más adelante, aquí nos basta con reseñarlas por el momento. La primera idea es la de un índice de «bienes primarios» los cuáles articularían las necesidades básicas de personas libres e iguales; se trata de una idea del bien formal en tanto solo contiene aquello que permitiría a los individuos integrarse como miembros plenamente cooperadores de la sociedad (1993/1995a, 183). La segunda idea es la de una «razón pública» en la que se solventan cuestiones de justicia básica a través de razones que todos pueden aceptar. La idea de una razón pública constituye así la respuesta al problema de la estabilidad ya que, en última instancia, la base de la unión social es un consenso traslapado de doctrinas comprensivas que se relacionan a través del medio que representan las razones públicamente aceptadas, una concepción política de la justicia sirve para construir la base de tal medio (1993/1995a, 213).

La idea de una sociedad bien ordenada es otra de las características kantianas de la concepción rawlsiana de la justicia. Rawls considera que esta noción es una interpretación de la idea kantiana sobre un reino de los fines (1999, 264). Como Kant, Rawls entiende que la idea de justicia no depende —hasta donde sea posible— de las contingencias, sino de nuestra razón; así la idea de la sociedad bien ordenada expresa un ideal de autonomía de personas que se entienden como libres e iguales en el marco del diseño social.

2.1.4. La estructura básica de la sociedad

Hemos visto sumariamente que la «idea de una sociedad bien ordenada» determina el modo en el que una concepción de la justicia se establece dentro de un esquema social con efectos estabilizadores; sin embargo, habíamos dejado pasar por alto una de sus características relativa al objeto de la justicia que ahora analizamos en detalle. Rawls considera que “el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad...” (1971/1995b, 20). A pesar de que la afirmación de Rawls es bastante categórica, la estructura básica ha sido objeto de grandes malentendidos que han llevado a sus críticos a deformar los objetivos de la justicia política de Rawls (Pogge 1989, 15 ss.).

Conforme a una larga tradición en el pensamiento moral, se puede decir que la justicia es una virtud que predicamos sobre una variedad de elementos tales como las acciones individuales, el carácter o disposición subjetiva, los hombres o incluso sobre las relaciones entre ellos (*Eth. Nic. V*, 1, 1129a-1130b). La pregunta por la justicia, como lo hace notar Sócrates, se entreteje con la cuestión acerca de

cómo hemos de vivir nuestras vidas (*Resp.* I, XXIII, 352d). Pero lo que a Rawls le interesa particularmente es aquello que llama justicia social y por ello su foco de atención se concentra en la «estructura básica de la sociedad». Por ello debe entenderse:

el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Por grandes instituciones entiendo la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales. Así, la protección jurídica de la libertad de pensamiento y de conciencia, la competencia mercantil, la propiedad privada de los medios de producción y la familia monógama son ejemplos de las grandes instituciones sociales. Tomadas en conjunto, como esquema, las grandes instituciones definen los derechos y deberes del hombre e influyen sobre sus perspectivas de vida, sobre lo que puede esperar hacer y sobre lo que haga. (1971/1995b, 20)

La noción de la estructura básica de la sociedad es significativa porque nos obliga a poner bajo análisis el arreglo social básico que determina, de forma sutil pero efectiva, no solo nuestras expectativas de vida, sino además los deseos, intereses y la clase de persona que queremos ser (1971/1995b, 244). Son los efectos acumulados de este condicionamiento anónimo lo que explica por qué para Rawls es importante tomar la estructura básica como el objeto principal de la justicia política. Los individuos pueden actuar de acuerdo a criterios que consideran morales o incluso altruistas, pero una ética de las virtudes sirve solo para integrar sociedades

que no han atravesado la modernización sistémica ya que el impacto potencial que tienen las decisiones individuales es mucho mayor en el modo en que los individuos se relacionan entre sí. Esto puede explicar en parte el hecho de que la literatura clásica esté llena de alabanzas a personajes ilustres como el legislador de los lacedemonios Licurgo cuyo genio particular pudo organizar una sociedad para la mayor prosperidad de su gente (Jenofonte *Lac. I, 2*); y todavía Montaigne, en el siglo XVI, puede ensalzar con nostalgia histórica la memoria de Catón el Joven por su gran virtud y firmeza (1595/2007, 311 ss.). Sin embargo, una sociedad que sufre la diferenciación sistémica de los órdenes administrativos de la política y económicos del mercado representan un desafío fundamentalmente moderno relacionado con las nuevas estructuras de relación que son el Estado moderno y el sistema capitalista de mercado.

Hasta Kant, la disciplina ética se ocupa de tematizar los contextos de una voluntad que está determinada únicamente por la conciencia subjetiva y que debe arreglárselas para producir por su cuenta los contenidos de una moral universalista. Hegel será el primero en introducir, en el curso de la tradición filosófica, el recurso a una razón histórica que da cuenta de una experiencia social que impone a la subjetividad una conformidad y nueva unidad; en este nuevo decurso se encuentra también Marx quién estudia las relaciones de producción buscando en ellas las leyes históricas del desarrollo social. Este desplazamiento hacia un nuevo tipo de filosofía social encuentra un paralelo en la emergencia de la nueva disciplina sociológica en el siglo XIX, pero este giro importante operado en las ciencias

sociales sería abandonado por la filosofía práctica durante la primera mitad del siglo XX.

A contracorriente de ello se encuentra el nuevo tipo de análisis que Rawls efectúa de los contextos sociales cuyos imperativos anónimos fueron objetos de estudio en la perspectiva de una metodología positivista de la economía y de la sociedad que fue acentuándose hacia los años cincuenta y sesenta. Para Rawls, el orden social no es un orden natural o fijo, o al menos, así lo entienden personas que se relacionan unas con otras bajo la premisa de ser libres e iguales. El concepto que permite a Rawls trazar las nociones de un sistema de «legaliformidades» anónimas pero permeable al cambio social racionalizado de los participantes es el concepto de «práctica». Una práctica es una actividad de cualquier tipo que funciona bajo un sistema de reglas que define las posiciones, roles, movimientos, penalidades, etc. (1999, 20). Son prácticas igualmente el ajedrez, las discusiones parlamentarias o el mercado bursátil. Ahora bien, Rawls había considerado ya tempranamente el modo en que una práctica puede ser justificada, esto es, el modo en que pueden darse razones para preservarla o sostenerla. De este modo, Rawls distingue la justificación de una práctica de la justificación de una acción inserta en esa práctica (1999, 33);³³ pero el acto de justificarla tiene un sentido ya cargado

³³ En *The Two Concepts of Rules* (1955), Rawls ensaya una defensa del utilitarismo como una forma legítima de justificar una práctica, el joven Rawls ha diferenciado así dos contextos de justificación, aunque en esta aproximación aún no haya sintonizado con las preocupaciones relativas al concepto

normativamente. No justificamos el orden natural hasta que creímos que una voluntad racional dirigía los eventos de la naturaleza cuyas consecuencias nos impactaban —antes de ello ni siquiera poseíamos el mito—. Las formas de religiosidad animista pueden emplear, en este sentido, «justificaciones» sobre los fenómenos naturales que enlazan, en relaciones de causalidad, las acciones humanas y el mundo natural. De un modo diferente, el orden social no se encuentra inserto en el decurso de los acontecimientos naturales, aunque le son propias un tipo de normas que discurren sobre las elecciones particulares de los individuos y generan consecuencias que ellos no pueden percibir a primera vista.

Para asir el concepto de un orden que se manifiesta bidimensional en la forma descrita, Rawls distinguirá entre las nociones de «equidad» y «justicia» para referirse a dos formas diferentes de prácticas que se relacionan entre sí en último término. Equidad (*fairness*) refiere prácticas en las cuales podemos entrar —o constituir— por elección personal libre; así hablamos de *fair game* o juego limpio cuando se le da cumplimiento de acuerdo a las reglas establecidas sin que nadie saque una ventaja indebida. Por otro lado, justicia (*justice*) refiere prácticas en las que estamos involucrados sin poder prestar o no nuestro consentimiento; de este tipo son las prácticas del mercado capitalista o del derecho penal, no podemos asentir a ellas de forma directa de modo tal que nos encontramos en, cierto modo, sujetos a ellas. Sin embargo, Rawls cree que las prácticas que distinguimos como

de justicia. Cabe mencionar además que esta misma definición de práctica aparecerá de *Justice as Fairness* (1958) en adelante y se mantendrá como un sinónimo de «instituciones sociales».

justas/injustas pueden mostrarse susceptibles de algún tipo de elección cuando son bien entendidas:

The element of necessity in justice does not render the conception of mutual acknowledgment any less applicable than in cases where there is choice, although it does, other things being equal, make it more urgent to change unjust than unfair institutions. One activity in which persons participating in a practice can always engage is that of proposing and acknowledging principles to one another supposing each to be similarly circumstanced. To judge practices by the principles so arrived at is to apply to them the principle of reciprocity. (1999, 209)

[El elemento de la necesidad en la justicia no hace que la concepción del reconocimiento mutuo le sea menos aplicable que en aquellos casos en donde existe elección, aunque sí hace, siendo otras cosas iguales, más urgente cambiar instituciones injustas que las inequitativas. Una actividad en la cual personas que participan en una práctica siempre pueden involucrarse es la de proponerse y reconocerse principios unos a otros suponiendo que cada uno está en similares circunstancias. Juzgar prácticas por los principios a los que se ha llegado es aplicarles el principio de reciprocidad.]

Es importante destacar que Rawls entiende los conceptos de justicia y de equidad como dos conceptos diferentes pero relacionados en tanto en ellos se expresa el principio de reciprocidad en la forma de una mutua concesión de términos de cooperación a los que se reconoce libremente. En este sentido, aunque el sistema económico y social posea una fuerza inercial por la rutina de sus propias

operaciones, es posible juzgarlos a partir del establecimiento de consuno de principios de justicia, con lo cual se admite, desde la perspectiva del participante, la posibilidad de su transformación razonable. La idea de reciprocidad permite conectar ambos conceptos y es lo que subyace a la concepción de Justicia como Equidad; la justicia, aplicada a las principales instituciones sociales, es entendida como una medida producida desde la práctica intersubjetiva del acuerdo razonable y libre entre individuos.

Desde *LP*, Rawls prestará una mayor atención al papel que cumple la estructura básica de la sociedad en el marco general de su teoría de la justicia. “El papel de las instituciones que forma parte de la estructura básica”, nos dice Rawls, “es asegurar condiciones de trasfondo justas, en cuyo contexto puedan llevarse a cabo las acciones de los individuos y de las asociaciones.” (1993/1995a, 250). Cuatro elementos pueden aclarar aquí en sentido de la justicia de trasfondo: a) las acciones individuales no pueden dar cuenta de la justicia global de los arreglos sociales, b) las condiciones de justicia pueden degenerar, aunque nadie actúe de forma injusta miradas las cosas en el contexto local, c) no es posible imponer reglas demasiado específicas que prevengan la erosión de un sistema justo, y d) existe una división entre reglas que estructuran y corrigen el trasfondo social y otras reglas locales sobre transacciones y acuerdos entre individuos (1993/1995a, 251-52). Estos puntos precisan que existe una diferencia fundamental entre la práctica social general que tiene consecuencias en las expectativas generales de vida de los individuos y, por otro lado, prácticas sociales particulares en la que los individuos pueden actuar de forma justa unos con otros.

Esta diferenciación arroja una consecuencia adicional. La consideración de la justicia de trasfondo permite delimitar hacia arriba los órdenes globales de las prácticas del mercado mundial y las relaciones entre los estados; y, hacia abajo, permite describir prácticas específicas como las de las escuelas o iglesias. En *JE*, Rawls habrá sistematizado esas diferencias y ahora nos presenta un esquema tripartito de la justicia. En primer lugar, la justicia local considera principios aplicados a instituciones y asociaciones (*v. gr.* escuelas, universidades, iglesias, etc.); estos principios son distintivos a propósito de cada tipo de organización social, por ejemplo, la universidad no puede aplicar —ni directamente, ni únicamente— un principio de igualdad en su esquema de distribución porque su propósito es el desarrollo cultural con lo cual necesita intervenir algún principio meritocrático. En segundo lugar, la justicia doméstica caracteriza el caso de las sociedades políticas a las que se les aplica los dos principios de la Justicia como Equidad; en este sentido, la estructura básica de la sociedad viene articulada por las principales instituciones económicas, políticas y sociales que determinan las expectativas de vida de los individuos en términos generales. Finalmente, la justicia global tiene por objeto el derecho internacional y las relaciones entre los diferentes sujetos del derecho de gentes (2001/2012, 35). El punto que Rawls quiere hacer valer es que existen diferentes principios para diferentes arreglos sociales; es decir, a diferencia del utilitarismo para el cual existe solamente un principio —el de utilidad— que se aplica en diferentes contextos con diferentes consecuencias, la Justicia como Equidad formula los principios de la justicia para la estructura básica y desde ahí se pueden examinar los casos de la justicia global y local. En otras palabras, Rawls

defiende frente al monismo moral del utilitarismo una especie de pluralismo moral (Freeman 2014, 90).

Quisiera hacer una consideración adicional respecto de la estructura básica y su caracterización. Hemos dicho que por estructura básica entendemos las principales instituciones económicas, políticas y sociales sin precisar en un listado fijo cuáles de estas corresponden a ella y cuáles quedan excluidas. El propio Rawls desea ser ambiguo en la delimitación de tales instituciones sociales que asegurarían la justicia de trasfondo con la intención de que se puedan ir delimitando para casos particulares (2001/2012, 35). De este modo, una interpretación conservadora no haría justicia al potencial normativo de esta idea fundamental. Existen dos interpretaciones conservadoras de la estructura básica a las que quisiera dedicar atención ahora. La primera de ellas puede denominarse la «interpretación estatista» de acuerdo a la cual la justicia política es un asunto únicamente de justicia constitucional cuyo propósito fundamental es la distribución de libertades básicas de forma igualitaria, de manera tal que los ciudadanos tengan mecanismos de protección ya no solo frente al Estado sino también frente a otros individuos o personas corporativas que puedan vulnerar las expectativas legítimas de vida que tuviera. Esta primera interpretación, aunque no sea equivocada, sí se muestra parcial, restrictiva y contraria a la forma en que Rawls entiende la aplicación de los principios de la justicia. Rawls considera que el primer principio de justicia determina las esencias constitucionales, mientras que el segundo asegura la justicia de trasfondo, es decir, las instituciones de la justicia económica y social (2001/2012, 79). Esto nos lleva a la segunda interpretación que podemos denominar

«interpretación economicista» según la cual la justicia política es un asunto de justicia distributiva principalmente que asegura posiciones distributivas relativamente igualitarias. Sin embargo, esta perspectiva asume sin más mediaciones que las desigualdades económicas tienen origen en las relaciones de mercado, es decir, vienen dadas principalmente por el sistema económico capitalista. Esta interpretación ha sido duramente criticada ya por la teoría feminista en relación a la pertinencia de las consideraciones de género en la asimétrica distribución económica de hombres y mujeres; por otro lado, también se ha resaltado el problema particular que representa la familia en la manera en que los principios de la justicia se aplican a ella (Nussbaum 2003, 499 ss.). En tal sentido, si bien es verdad que Rawls no desarrolla en detalle una exposición acerca de cómo la Justicia como Equidad puede resolver las injusticias de género, tampoco es cierto que no se ocupe de ellas en ningún sentido.

Si, por ejemplo, existen derechos básicos desiguales fundados en características naturales fijas, estas desigualdades determinarán posiciones pertinentes. Dado que estas características no pueden ser modificadas, las posiciones que definen contarán como lugares iniciales en la estructura básica. Las distinciones basadas en el sexo son de este tipo, así como las que dependen de la raza y la cultura. Así, pues, si por ejemplo, los hombres resultan favorecidos en la asignación de derechos básicos, esta desigualdad estaría justificada por el principio de diferencia (en su interpretación general) sólo si fuera en beneficio de las mujeres y aceptable desde su punto de vista. (...) Por otro lado, estas desigualdades rara vez o nunca producen ventajas, para los menos favorecidos, y por tanto, en una sociedad justa,

normalmente bastará el menor número de posiciones pertinentes. (1971/1995b, 101-2)

Rawls era consciente de que algunos derechos y posiciones en la estructura económica estaban asociados a lo que llama «características naturales fijas» que, así como los talentos naturales, no pueden ser considerados objeto de una mayor o menor asignación de derechos y beneficios. El lenguaje que usa Rawls para hablar de estos temas oscurece la importancia que daba a estos temas, sin embargo, bien entendidos términos de la justicia estamos ante una propuesta que responde bien las exigencias y desafíos de la crítica feminista.

Recapitulando lo que hasta aquí hemos dicho, podemos entender la estructura básica de la sociedad como una idea que pone en primer plano la importancia de los términos en que se desarrolla la vida social, económica y política de una sociedad democrática. Así, Rawls no simplemente desarrolla una teoría moral en el sentido clásico, es decir, una teoría sobre cómo hemos de vivir la vida o sobre los deberes morales; su intención es más bien desarrollar un punto de vista para evaluar las instituciones sociales más importantes y cuyos efectos son determinantes en las expectativas de vida de los individuos. Sin embargo, dichas instituciones no pueden comprenderse de forma restrictiva sino como un entramado de reglas que determinan las posiciones y las cargas de individuos que se ven afectados por la contingencia de la vida social.

2.2. EL PROBLEMA DE LA JUSTIFICACIÓN

Cada teoría, dentro de lo que podemos entender *grosso modo* como el variado espectro del conocimiento humano, no solo debe ofrecer una explicación acerca de algún fenómeno relevante del mundo sino también una justificación del mismo. En este sentido, la justificación no es un problema que solo atañe a las disciplinas normativas como la ética o la política sino también a la ciencia *sensu stricto*. Sin embargo, el modo de proceder con dicha justificación varía enormemente entre las ciencias descriptivas y las disciplinas normativas.

Una forma de plantearse esta diferencia es definiendo la actividad de justificación como una actividad relativa al razonamiento humano. Decimos entonces que cuando hacemos ciencia y contrastamos nuestros juicios descriptivos con los datos de la naturaleza lo que tratamos de hacer no es más que justificar la pertinencia de nuestras creencias; por otro lado, cuando hacemos juicios normativos debemos poder justificar asimismo nuestra actividad o nuestras prácticas sociales si queremos conservar el peso que tienen en nuestras vidas. En términos generales, la primera es una justificación de las razones que tenemos para creer y la segunda, una justificación de las razones que tenemos para actuar. Aunque estas dos actividades refieran objetos diferentes, ambas quedan asimiladas al mismo contexto de determinación, es decir, ambas están conectadas con la estructura del razonamiento humano, la primera con el razonamiento teórico y la segunda con el práctico.

Pero esta diferencia ha sido percibida, por algunos autores, como una diferencia cualitativa insalvable. Tal diferencia radicaría en una dimensión

conceptual y otra ontológica. La diferencia conceptual es aquella referida a la noción de verdad. Los enunciados descriptivos pueden ser reputados como verdaderos o falsos de acuerdo a reglas de verificación, no así los enunciados normativos que no son susceptibles de verificación: los mandatos, órdenes, sugerencias del lenguaje moral no pueden ser analizados en términos de su verdad o falsedad. En segundo término, el aspecto ontológico está relacionado con el anterior en tanto el objeto de las ciencias descriptivas posee una dimensión «sensible», los objetos del mundo natural impactan nuestra sensibilidad y esta es la razón por lo cual el sentido común les concede una «realidad»; esta dimensión sensible permite que los enunciados referidos a la experiencia puedan ser tratados en términos verificables de acuerdo con algún método generalmente reconocido. En contraste, el fenómeno moral no puede ser aprehendido del mismo modo, sus manifestaciones acontecen con mayor claridad en relaciones sociales que no pueden dar cuenta por sí mismas de su carácter normativo. Para esta forma de entender la epistemología de las ciencias de la naturaleza, estas diferencias volverían inviables las justificaciones de orden práctico ya que no refieren objetos de la naturaleza sino deseos o intenciones cuya explicación, si es bien entendida, se asemejaría a una forma de psicología empírica.

Esta ha sido la posición de la filosofía analítica en el período de entreguerras. La justificación de los juicios normativos se cuestiona en tanto estos representarían enunciados carentes de significado ya que o bien pueden ser asimilados a enunciados descriptivos susceptibles de verificación o falsación con lo cual no se tratarían más de enunciados normativos, o bien no son susceptibles de reducción alguna y entonces carecen de contenido cognitivo relevante. Así, la concepción

científica del mundo contemporáneo agudiza el problema de la justificación normativa en la filosofía moral.

En este capítulo me propongo desarrollar algunos aspectos entorno al problema de la justificación normativa desde la perspectiva de la Justicia como Equidad. Este estudio estará dividido en cuatro secciones. En primer lugar, me ocuparé de la relación entre la epistemología y la moralidad a partir del giro que representó la filosofía de W. V. O. Quine y sus influencias en el trabajo de John Rawls (2.2.1); en segundo lugar, me ocuparé de desarrollar el argumento central del constructivismo político de Rawls (2.2.2). Como resultado obtendremos una imagen compleja de la justificación normativa en dos niveles: al primer nivel lo llamo la justificación interna de la teoría y viene representada por la idea de la posición original y los principios de la justicia (2.2.3); al segundo nivel lo llamo la justificación externa y analizo la cuestión de la estabilidad y la idea de razón pública (2.2.4).

2.2.1. Hacia una epistemología normativa

Los años cincuenta del siglo pasado marcaron el inicio del itinerario filosófico de un joven John Rawls. Sus primeros escritos estarían marcados por una concepción de la ética como una disciplina que pretende ofrecer una explicación sistemática del fenómeno moral a través del recurso de los principios apropiados para explicar los juicios madurados. Podemos calificar este primer intento como una especie de «conductismo normativo». Probablemente Rawls ganaría una mejor comprensión acerca de su propio proceder conforme adquiriese una cierta

familiaridad con el clima intelectual de Harvard.³⁴ Ya en esos años, Willard Van Orman Quine era una celebridad consolidada de la filosofía analítica, y Rawls habría de arreglar cuentas con su perspectiva. Sin embargo, antes de entender a qué nos referimos con este nuevo procedimiento en ética debemos esbozar cuál era el estado de la cuestión en una retrospectiva que haga comprensible el giro que constituye la propuesta de Quine. En primer lugar, abordaré la naturaleza de la empresa del positivismo lógico (2.2.1.1); luego me ocuparé de desarrollar el giro en la epistemología que representó Quine (2.2.1.2); finalmente, me ocuparé de cómo Rawls entiende este giro para su propuesta acerca de una justificación conductista de la ética (2.2.1.3).

2.2.1.1. *Sobre el positivismo lógico*

El inicio del siglo XX estuvo marcado por un período de profundas turbulencias. El auge de los nacionalismos, así como la expansión del socialismo en Europa agudizaron las confrontaciones en el terreno político de una sociedad aún tradicional y burguesa. En medio de este clima contradictorio de aparente aletargamiento cultural y agitación social, irrumpen acontecimientos que imprimen una nueva dinámica intelectual. En la Viena de inicios de siglo, se sucederán acontecimientos de gran importancia cultural: la escuela psicoanalítica en torno a

³⁴ Tras su regreso de Oxford, Rawls fue profesor en la universidad de Cornell (1953-1959), en el MIT (1960-1961) y finalmente en Harvard (1962-1991).

Sigmund Freud, el modernismo de Gustav Klimt o la música dodecafónica de Arnold Schönberg fueron algunos de estos movimientos que sacudirían el espíritu europeo de su adormecimiento.

Es en este contexto que una nueva forma de hacer filosofía aparece como una respuesta a cierta herencia alemana de pensamiento especulativo. Sin duda, es con *Principia Mathematica* (1910-1913) de Bertrand Russell y Alfred North Whitehead que este modelo de filosofía analítica queda consolidado como la actividad filosófica por excelencia. Sin embargo, esta obra en lengua inglesa solo constituye una de las manifestaciones de un clima que ya adquiere presencia en toda Europa. Es en Viena precisamente en donde un grupo de intelectuales (al principio Philipp Frank, Hans Hahn, Otto Neurath y Richard von Mises)³⁵ empieza a reunirse en torno a 1907 con el objetivo de articular el empirismo y la lógica simbólica en una nueva concepción de la filosofía a partir de las obras de Brentano,

³⁵ La historia del Círculo de Viena puede dividirse en cuatro etapas: la primera (1907-1914) cuyos miembros cuentan a Philipp Frank, Hans Hahn, Otto Neurath y Richard von Mises; la segunda (1918-1924) bajo la conducción de Moritz Schlick; la tercera fase, llamada no pública (1924-1928) con la participación de Herbert Feigl, Friedrich Waismann, Rudolf Carnap, Bela Juhos, Heinrich Neider, Josef Schächter, Edgar Zilsel, Robert Neumann, Karl Menger, Kurt Gödel, Gustav Bergmann, Heinrich Löwy, Theodor Radakovic, Felix Kaufmann y los jóvenes Egon Brunswik, Rose Rand, Marcel Natkin, Walter Hollitscher y otros; y la cuarta pública (1929-1939) con la participación de visitantes extranjeros como Tscha Hung, Ludovico Geymonat, Eino Kaila, Georg Henrik von Wright, Arne Naess, Carl Gustav Hempel, Alfred Jules Ayer, Willard Van Orman Quine así como Karl Popper (Stadler 2001).

Husserl, Helmholtz e incluso Freud. Esta escuela se denominó a sí misma como El Círculo de Viena (*Der Wiener Kreis*) y la concepción que desarrollaron se expandió por el mundo bajo el rótulo de Positivismo Lógico. Estos filósofos se sintieron profundamente admirados por los descubrimientos recientes en el terreno de la física teórica. La aparición de la teoría general y especial de la relatividad de Einstein y la teoría cuántica fueron acontecimientos de singular importancia para el desarrollo de las preocupaciones filosóficas de los miembros del Círculo. De esta forma, estos intelectuales entendieron su propio trabajo como el compromiso con la tarea acerca del esclarecimiento de los conceptos y principios que permiten a las ciencias una mejor comprensión de los fenómenos del mundo. La filosofía se convierte así en una disciplina de segundo orden respecto de la ciencia que sería la única legitimada para hacer afirmaciones verdaderas, es decir, cognitivamente significativas.

Ahora bien, el positivismo lógico tenía tres tesis fuertes: a) la distinción analítico-sintético, b) la tesis del reductivismo y c) el principio de verificación. Estas tres tesis imprimieron una profunda huella en la comprensión de la epistemología del siglo XX; más aún, han pasado a formar parte de una especie de concepción ingenua de la epistemología contemporánea pese a que han sido rebatidas por la filosofía de la ciencia posterior. Digamos algunas cosas acerca de cada una de estas tesis.

La primera tesis establece una distinción fuerte entre dos tipos de enunciados llamados analíticos y sintéticos. Esta distinción ya había sido formulada por David Hume quien consideraba a los conocimientos dividibles en dos clases: por un lado,

están aquellos establecidos por «relaciones de ideas», y por otro, aquellos establecidos por «cuestiones de hecho». Al primer grupo pertenecen las matemáticas (geometría, álgebra, aritmética, etc.); al segundo grupo pertenecen las disciplinas fundadas en la experiencia (1748/1980, 47 ss.). De manera similar, Ayer diferencia entre enunciados analíticos y sintéticos de acuerdo con la siguiente fórmula: “...a proposition is analytic when its validity depends solely on the definitions of the symbols it contains, and synthetic when its validity is determined by the facts of experience.” [...una proposición es analítica cuando su validez depende solamente de las definiciones de los símbolos que contiene, y es sintética cuando su validez es determinada por los hechos de la experiencia.] (1952, 78). Así, por ejemplo, los enunciados «todos los casados no son solteros» y « $5 \times 3 = 30/2$ » son ejemplos de enunciados analíticos; mientras «todos los casados son mortales» o «el sol sale todos los días» serían enunciados sintéticos que dependen de la experiencia verificable.

La tesis del reductivismo se relaciona, a su vez, con la relación analítico-sintético. En primer lugar, los enunciados analíticos son enunciados que pueden calificarse como tautológicos, es decir, que no expresan nada más que aquello que está contenido ya en sí mismo. Las verdades matemáticas o lógicas pueden reducirse a verdades tautológicas en este primer sentido.³⁶ Por otro lado, los

³⁶ Es importante hacer aquí dos menciones. En primer lugar, ya Kant, a diferencia de Leibniz y Hume, entendía que los enunciados lógicos, matemáticos y otros tipos de enunciados —incluyendo los metafísicos— son sintéticos *a priori* y no analíticos; esta tercera categoría es de radical importancia

enunciados sintéticos son enunciados que se reducen solamente a enunciados acerca de datos de la observación (Stroll 200/2002, 84).³⁷ En este sentido, la tesis reductivista tiene un aspecto negativo y otro positivo. El aspecto negativo es que permite descartar como enunciados sin significado —al menos el tipo de significado cognitivo del que estamos hablando— a una serie de enunciados que se hacen dentro del terreno de la metafísica, la teología, la ética, etc. El objetivo no solo es una simplificación sobre el sentido de nuestro lenguaje, sino el de una demarcación de los límites de cualquier empresa cognitiva. El aspecto positivo tiene que ver con una nueva manera de tratar problemas que habían sido hasta entonces terreno poco convincentes. Ayer, por ejemplo, desarrolló una teoría emotivista de la ética que reduce los enunciados normativos a expresiones sobre sentimientos o mandatos aunque en ningún caso estos tendrían un significado cognitivo determinable (1952, 108). Lo importante de este proceder es que permite una clarificación sobre el objeto

en la filosofía kantiana, aunque no haya tenido ninguna influencia en la filosofía analítica del siglo XX. Esta lectura acerca de cómo la lógica es analítica porque se trata de una tautología es una lectura que el positivismo lógico toma del *Tractatus* de Wittgenstein, según el cual las proposiciones lógicas no contienen condiciones de verdad porque son siempre verdaderas; además, estas proposiciones no describen la realidad sino que delimitan el rango de posibilidades para los hechos (2001, párr. 4.462-4.463).

³⁷ La tesis reductivista ha tenido también diversas formulaciones fenomenalistas o fiscalistas dependiendo del rango de elementos a los que apuntara el concepto de experiencia sensible; algunos filósofos —como es el caso de A. J. Ayer— han entendido que esta tesis tiene serios problemas de claridad.

del análisis filosófico que puede llevarnos con seguridad hacia adelante en la empresa cognitiva de la ciencia.

Finalmente, el principio de verificación nos dice *grosso modo* que el significado de un enunciado es su método de verificación (Magee et al. 1978/1986, 128); con ello lo que se quiere decir es que ningún enunciado que vaya más allá de la experiencia sensorial tiene un significado cognitivo. Una expresión del tipo «el mundo tiene un final» es una expresión cuya verificación no puede traducirse, en modo alguno, por alguna experiencia sensorial ya que no existe ningún método de verificación para la misma; en tal sentido, se trataría de un enunciado absurdo. Solo enunciados del tipo «está lloviendo ahora» tendrían significado porque podemos entender qué reglas de verificación podemos aplicarles, por ejemplo, puedo salir al patio de mi casa y extender la mano para que las gotas de la lluvia me humedezcan la palma con lo cual se producirían estímulos sensoriales que el cerebro captaría y que me harían comprobar que está lloviendo ahora. Por otro lado, enunciados del tipo «Filipo II fue rey de Macedonia» constituyen un reto para este principio ya que si la prueba de su verificación fuese que si consulto ahora en un libro de historia — y de estas reglas está llena la ciencia historiográfica— podré obtener esta información; ello, digo, evidentemente no constituye como tal una evidencia empírica del hecho mismo sino que ingresaría junto con un abanico de otros elementos al conjunto de probabilidades de acuerdo a las cuales no sería razonable concluir que Filipo II no fuera rey de Macedonia. Esto constituía un profundo problema ya que todos los enunciados acerca del pasado debían retraducirse a enunciados acerca del presente; sin embargo, los enunciados sobre el pasado

manifiestamente no pueden significar las pruebas que puedan aducirse en el presente para creer en ellas ya que aquí no hay una implicación lógica, es decir, lo que significa un enunciado sobre el pasado no puede verificarse en el presente sin que alteremos nuestro concepto acerca del significado de un evento pasado.

Estas tres tesis se apoyan mutuamente creando así una concepción científicista del mundo y de la filosofía. Como ya habíamos dicho, esta concepción ganó un respaldo importante en gran medida gracias a sus difusores en habla inglesa —en particular Alfred J. Ayer— y a la emigración de buena parte de estos intelectuales a causa del nazismo. Sin embargo, tan pronto como fue ampliamente difundida sus tres puntos cardinales empezaron a ser objeto de revisión por parte no solo de críticos al positivismo lógico sino también desde el interior del movimiento. El principio de verificación, por ejemplo, fue revisado constantemente entre los filósofos analíticos ingleses algunos de los cuales afirmaban que era un principio demasiado reductivo únicamente aplicable a enunciados singulares y presentes (Berlin 1983, 48-52); y en cambio otros lo consideraban impreciso en cuanto al significado de sus condiciones (Ryle 1936). Los defensores del positivismo lógico buscaron nuevas interpretaciones para cada una de estas tesis sin alcanzar la estabilidad de la teoría. Pero, con mucho, el golpe definitivo hacia este científicismo vendría de manos de uno de los filósofos que participara en sus años formativos del propio Círculo de Viena y que consiguió hacerse, en esta suerte de parricidio intelectual, con una posición destacada dentro de la historia de la filosofía; este filósofo se llamaba Willard Van Orman Quine.

2.2.1.2. Quine y el giro pragmático en la filosofía analítica

No es este el lugar para exponer en detalle los puntos de vista de Quine. Mi objetivo es mostrar de qué forma Quine opone al positivismo lógico algunas tesis que serán el germen de una comprensión pragmática sobre la ciencia, aunque no del mismo estilo radical como puede ser la de Richard Rorty; además, no debemos perder de vista que nuestra finalidad es entender el hilo conductor en esta transición intelectual que permitirá a Rawls desarrollar una suerte de epistemología normativa en términos de un conductismo normativo.

El ataque de Quine contra el positivismo lógico tiene uno de sus momentos más destacados en el famoso ensayo titulado *Two Dogmas of Empiricism* publicado en 1951. El tema central del ensayo es un ataque directo a dos de los principios del positivismo lógico antes mencionados, en particular, la distinción entre verdades analíticas y sintéticas y la tesis del reductivismo (aunque también el principio de verificación se verá comprometido, en consecuencia). El argumento de Quine es bastante técnico de manera que no lo reproduciré aquí y más bien subrayaré algunas de sus conclusiones. Quine entiende que los términos analítico y sintético deben dar cuenta de la función que cumplen para ser herramientas filosóficamente relevantes y cuando se las examina de cerca estas no pueden sostenerse sino se apoyan en los recursos de un lenguaje suficientemente rico que puede dar cuenta de ellos por relaciones lingüísticas que no pueden tomarse fuera del contexto de ese propio lenguaje. De tal modo, el concepto de analiticidad se termina apoyando circularmente en otras nociones como las de significado, sinonimia, sustituibilidad *salva veritate* o en el de regla semántica (concepto tomado de Carnap) sin que

ninguna pueda explicarse sin referencia a las otras. Si esto es así, la analiticidad no explica nada por sí misma de modo que la separación entre enunciados analíticos y sintéticos se realiza de forma arbitraria. Quine afirma así que la “convicción de que esa línea debe ser trazada es un dogma nada empírico de los empiristas, un metafísico artículo de fe.” (1953/2002, 80). Ahora bien, si esta distinción es arbitraria, el dogma del reductivismo cae a su vez y por razones similares. El dogma del reductivismo nos dice que solo un tipo de experiencias confirmatorias daría sentido a nuestros enunciados sintéticos, pero el enunciado “la luna tiene fuerza gravitacional” no puede determinar su valor veritativo —al menos no en un sentido epistemológicamente prioritario— solo por la experiencia sensible, por ejemplo, aunque un hombre puesto de pie en la luna pueda experimentar el peso de su propio cuerpo sobre la superficie lunar, esto no constituye aisladamente el tipo de prueba confirmatoria que requiere el enunciado.³⁸ El positivismo lógico yerra en su concepción acerca del modo en cómo los enunciados obtienen una confirmación o invalidación ya que, de acuerdo a Quine, el conjunto de elementos concurrentes para reputar un enunciado como verdadero estará siempre referido a la ciencia

³⁸ Los enunciados de la física teórica o de la astronomía constituyen claros ejemplos de cómo falla el dogma reductivista. Muchos de los enunciados que se usan en estas ciencias requieren de complejas teorías que invocan nociones como la de constantes universales, partículas subatómicas, interacción electromagnética, etc. ninguna de las cuales puede tomarse de forma aislada para hacer progresos en ellas.

como totalidad, es decir, toda la teoría científica es la que proporciona el marco de referencia para validar o invalidar este tipo de enunciados (1953/2002, 85).

La distinción entre analítico y sintético fue importante para el positivismo lógico porque permitió concebir a la filosofía como un campo de análisis prioritariamente lógico mientras las ciencias se encargaban de la experiencia sensible; en muchos sentidos, se trataba de la misma operación kantiana acerca de una crítica filosófica sobre el conocimiento posible. Los filósofos analíticos se ocupaban de analizar los conceptos de las ciencias para clarificarlos y coadyuvar a la empresa del conocimiento seguro descartando toda la charlatanería filosófica. Sobre este aspecto, la posición de Quine es bastante compleja. Quine era un empirista o, mejor dicho, quería serlo tanto como pudiera. Su ataque contra la distinción analítico-sintético no tenía por objetivo destruir la empresa del empirismo sino la de desarrollar una comprensión diferente del modo en que se toman nuestras creencias acerca del mundo, una en que no tuviéramos deudas con conceptos oscuros como los de «experiencia», «significados» o «analiticidad»; puede afirmarse que su objetivo no era acabar con la epistemología sino complejizarla para que no cayera en contrasentidos. Ahora bien, al acabar con la distinción analítico-sintético podemos preguntarnos ¿cómo queda el panorama? ¿de qué lado cae la filosofía, las matemáticas y la ciencia respectivamente? La respuesta de Quine fue la doctrina conocida como «naturalismo»; en sus propias palabras: “the recognition that it is within science itself, and not in some prior philosophy, that reality is to be identified and described.” [el reconocimiento de que es dentro de la ciencia misma,

y no en alguna filosofía primera, que la realidad debe ser identificada y descrita.] (1981, 21).

El naturalismo es, para Quine, la única alternativa posible si queremos darle sentido a la empresa filosófica. La filosofía, las matemáticas y las ciencias naturales no difieren cualitativamente, no son unas analíticas y otras sintéticas; se trata más bien de una diferencia de grado que llega hasta el sentido común. Nuestras creencias acerca del mundo —Quine gusta de llamar a esto simplemente como *nuestra teoría*— forman un conjunto unificado y, a su vez, ramificado en una gran cantidad de disciplinas, pero todas apuntan hacia lo mismo: el conocimiento de nuestro mundo. Este conocimiento incluye una gran diversidad de empresas como las de la física, la química, la biología, la antropología, la sociología, la economía o la historia. Pero también incluye a la filosofía. Los positivistas lógicos creían que la filosofía podía mostrarles que había un tipo de representaciones privilegiadas que determinaban la estructura del conocimiento seguro, a esta actitud se la conoce como «mentalismo», la idea según la cual nuestra mente puede albergar un tipo de entidades (*v. gr.* los significados) que nos aseguran un conocimiento apodíctico fundacional. En contraste, para Quine, la empresa filosófica debe entenderse como «epistemología naturalizada», es decir, la actividad filosófica no es diferente de la actividad científica, y en este sentido nunca podemos salir de la red de *nuestra teoría* para validar nuestra representación científica del mundo; la filosofía forma parte también de ese conjunto de elementos desde los que partimos ya en nuestra empresa cognitiva y no nos proporciona una posición más allá de la teoría: no hay tal filosofía primera. Además, la filosofía no puede hacer un uso cualquiera de los

conceptos, sino que debe poder ser tan precisa y clarificadora como lo es la ciencia y en este sentido debe prescindir de ideas y formas de hablar que sean confusas y oscuras.

Junto con el naturalismo, la segunda posición importante que Quine abraza es el conductismo. Para entender este punto, debe considerarse lo que hemos dicho sobre el naturalismo: no podemos salir de nuestra teoría para hacer progresos en la empresa cognitiva; pero si no existe una disciplina privilegiada, ¿cómo sabemos que nuestra teoría es adecuada?, ¿cómo sabemos que si vemos una pelota roja no nos estamos engañando? El empirismo de los filósofos modernos había establecido que nuestro conocimiento de los objetos exteriores se da a través de representaciones mentales que nos hacemos de dichos objetos, por ejemplo, para Locke los objetos del mundo externo poseen «cualidades» que pueden ocasionarnos «ideas» en nuestra mente y eso es todo a lo que puede extenderse nuestro conocimiento (*Essay* 2.8.8; 4.1.1). Al mirar una pelota roja, la pelota posee la cualidad de la «rojez» que hace que yo perciba lo rojo en ella; mi representación de lo rojo es por lo tanto una imagen mental. Quine cree que esta forma de explicar nuestro conocimiento hace uso de recursos innecesarios (*v. gr.* atributos, representaciones, etc.); del mismo modo en que se nos dice que tenemos representaciones que constituyen la «experiencia sensible», se nos dice también que los enunciados analíticos tienen «significados» que habitan el espacio de nuestra mente, pero en ningún caso podemos entender con claridad qué se quiere decir con ello, ¿de qué naturaleza son estas entidades mentales? Por esta razón, Quine considera que, en lugar de postular este tipo de entidades especiales,

podemos dar cuenta de nuestro conocimiento observando las respuestas externas de los sujetos cuando reaccionan a estímulos sensoriales y no sensoriales. Tómese nota de que Quine afirma que nuestro conocimiento refiere a nuestros estímulos sensoriales y en este sentido es un empirista; lo que niega, por otro lado, es que existan cosas así como «representaciones». De esta manera, el aprendizaje de nuestra teoría se da del siguiente modo: cuando nuestra retina produce los efectos fotoquímicos al recibir el impacto de la luz roja y nosotros llamamos a eso 'rojo' frente a otros observadores, la sociedad nos entrena premiando esa respuesta en las ocasiones adecuadas y penalizándonos cuando en realidad vemos una cosa distinta (Quine 2013, 5).

Una última característica de la epistemología de Quine que mencionaremos aquí es su holismo. Habíamos dicho que su conductismo refiere el conocimiento como un tipo de práctica intersubjetiva en la que intervienen estímulos sensoriales y no sensoriales, así como una disposición social —intersubjetiva— que discrimina entre casos de éxito y fracaso en el uso de tales expresiones. Prestemos ahora atención a lo que se refiere Quine cuando habla de estímulos no sensoriales. Quine llama a aquellas oraciones que se refieren a estímulos sensoriales —en aquellos casos en los que los hablantes están de acuerdo— como oraciones de observación (*observation sentences*), pero existen otro grupo de oraciones que no refieren directamente a los estímulos sensoriales, pero sí a las oraciones de observación; estas últimas están correlacionadas con los estímulos sensoriales, aunque no directamente. Sin embargo, Quine no traza una división aquí ya que las oraciones correlacionadas a estímulos sensoriales tienen un lugar también en nuestra teoría

porque nos permiten estar dispuestos en mayor o menor medida a aceptar oraciones de observación. Existe una codependencia entre oraciones de ambos tipos y esta unicidad es lo que determina el progreso de la empresa cognitiva. En palabras del propio Quine:

The intervening theory is composed of sentences associated with one another in multifarious ways not easily reconstructed even in conjecture. There are so-called logical connections, and there are so-called causal ones; but any such interconnections of sentences must finally be due to the conditioning of sentences as responses to sentences as stimuli. If some of the connections count more particularly as logical or as causal, they do so only by reference to so-called logical or causal laws which in turn are sentences within the theory. The theory as a whole — a chapter of chemistry, in this case, plus relevant adjuncts from logic and elsewhere — is a fabric of sentences variously associated to one another and to non-verbal stimuli by the mechanism of conditioned response.

Theory may be deliberate, as in a chapter on chemistry, or it may be second nature, as is the immemorial doctrine of ordinary enduring middlesized physical objects. In either case, theory causes a sharing, by sentences, of sensory supports. In an arch, an overhead block is supported immediately by other overhead blocks, and ultimately by all the base blocks collectively and none individually; and so it is with sentences, when theoretically fitted. The contact of block to block is the association of sentence to sentence, and the base blocks are sentences conditioned in the modes (1) and (2) to non-verbal stimuli. Perhaps we should think of the arch

as tottering on an earthquake; thus even a base block is supported, now and again, only by the other base blocks via the arch. (2013, 10)

[La teoría intermedia está compuesta de oraciones asociadas entre sí de múltiples maneras que no se reconstruyen fácilmente incluso en conjetura. Existen las llamadas conexiones lógicas y las llamadas causales; pero cualquiera de estas interconexiones de oraciones se debe finalmente al condicionamiento de las oraciones como respuestas a las oraciones como estímulos. Si algunas de las conexiones cuentan más particularmente como lógicas o causales, lo hacen solo por referencia a las llamadas leyes lógicas o causales que a su vez son oraciones dentro de la teoría. La teoría en su conjunto, un capítulo de la química, en este caso, más los adicionales relevantes de la lógica y de cualquier otra parte, es un tejido de oraciones asociadas entre sí y con estímulos no verbales por el mecanismo de respuesta condicionada.

La teoría puede ser deliberada, como en un capítulo sobre química, o puede ser una segunda naturaleza, como lo es la doctrina inmemorial de los objetos físicos medianos, duraderos y ordinarios. En cualquier caso, la teoría provoca una compartición, por oraciones, de apoyos sensoriales. En un arco, un bloque superior es soportado inmediatamente por otros bloques superiores, y finalmente por todos los bloques base colectivamente y ninguno individualmente; y lo mismo ocurre con las oraciones, cuando se ajustan teóricamente. El contacto de bloque a bloque es la asociación de oración a oración, y los bloques de base son oraciones condicionadas en los modos (1) y (2) a estímulos no verbales. Quizás deberíamos pensar que el arco se tambalea en un terremoto; por lo tanto, incluso un bloque base es apoyado, una y otra vez, solo por los otros bloques base a través del arco.]

El holismo es la tesis según la cual todos los elementos que integran el sistema de *nuestra teoría* intervienen en conjunto en la tarea de emitir predicciones acerca de oraciones de observación. Este holismo, como hemos visto, está en clara oposición al reduccionismo del positivismo lógico porque considera que la evidencia empírica, sea lo que sea que signifique esto, nunca es suficiente para validar o invalidar un enunciado u oración de observación. Lo que se requiere es el conjunto de la teoría de tal forma que algún enunciado contará como cognitivo si, tomado en conjunto con la *teoría* disponible, permite establecer predicciones exitosas acerca de oraciones sobre estímulos sensibles (Hylton 2007, 14).

2.2.1.3. *La epistemología normativa de John Rawls*

La digresión que hemos tomado es pertinente porque nos permitirá abordar la concepción acerca de la justificación en Rawls. Considero que esta relación no ha sido señalada de forma adecuada por sus principales estudiosos,³⁹ y de su examen obtendremos una mayor claridad acerca de la forma en que Rawls comprendía su propio trabajo filosófico. También quiero destacar que Rawls fue principalmente un filósofo práctico que nunca dedicó atención en sus escritos a los problemas de la epistemología, la filosofía analítica o la filosofía del lenguaje; sin embargo, su trabajo evidencia una cuidadosa atención al detalle en estos debates.

³⁹ Los dos estudios más importantes de su obra pertenecen a dos de sus discípulos Thomas Pogge con *John Rawls: His Life and Theory of Justice* (2007) y Samuel Freeman con *Rawls* (2007).

Mi conjetura es que Rawls conocía el desarrollo de la filosofía en estos campos — en particular la que se hacía en Harvard— y que ello le permitió articular, a su vez, una concepción normativa de la justicia que no fuera del todo indiferente a dichos aspectos.

Creo que no es arriesgado llamar a la postura de los primeros años de Rawls una «epistemología normativa». Este término tiene la desventaja de parecer un absurdo como las expresiones «círculo cuadrado» o «sombra clara»; pero creo que esta expresión logra, en cierto modo, capturar a su vez dos extremos metodológicos que Rawls toma para el desarrollo de su teoría moral. Considero que hay evidencias de ello en varios de sus textos y principalmente en *TJ*. Estos dos extremos son: por un lado, la idea de que toda teoría debe “explicar” un fenómeno particular, y por otro, la idea de que la moral, en tanto normativa, debe “justificar” unos determinados deberes. Desde Kant, estos dos momentos de la razón han corrido en dos paralelos; más adelante, la filosofía de inicios del s. XX trató de reducir el segundo momento al primero. Rawls, en contraste, parece intentar nivelar esta relación a través de una interpretación holista de la teoría moral. Veremos cómo es esto posible.

En *TJ*, Rawls sostiene que habitualmente se han esgrimido dos formas diferentes de justificar teorías éticas; llama a estas cartesianismo y naturalismo. Mientras que el cartesianismo postula primeros principios que son de suyo evidentes, es decir, verdaderos por definición para luego deducir un sistema normativo, el naturalismo traduce conceptos morales a conceptos no morales para luego demostrar que estas equiparaciones son verdaderas declaraciones acerca del mundo (1971/1995b, 521-22). El cartesianismo se corresponde con las formas

del intuicionismo moral como la de G. E. Moore o H. A. Prichard; mientras que, por otro lado, el naturalismo se corresponde bien con algunas versiones del utilitarismo y del emotivismo. Rawls se aparta de estas dos habituales maneras de justificar la moralidad porque encuentra problemas para sostener este tipo de argumentos. El cartesianismo no puede explicar qué cosa debe entenderse por la verdad de un principio moral de suyo evidente, y el naturalismo parece descansar en una compleja teoría de la significación lo cual solo desplazaría el problema a un nivel ulterior. ¿Cuál es entonces el método de justificación que utiliza la Justicia como Equidad?

Empecemos diciendo que se trata de una aproximación holista. El propio Rawls afirma lo siguiente: “Hay elementos fundamentales y recursos teóricos, pero la justificación descansa en la concepción total y en la forma en que ésta se ajusta y organiza nuestros juicios en un equilibrio reflexivo.” (1971/1995b, 523). Aquí hay dos pistas importantes. El holismo nos obliga a ver el conjunto de la teoría como un sistema que se soporta a sí mismo. Si recordamos la metáfora del arco de bloques de Quine podemos entender qué quiere decirnos Rawls; las ideas fundamentales no constituyen todo el apoyo de la teoría moral, solo forman parte de un conjunto sistemático que debe contrastarse con el fenómeno moral en toda su complejidad. El otro elemento importante es la idea de nuestros juicios en equilibrio reflexivo. Esta es una idea que aparece ya en un texto titulado *Outline of a Decision Procedure for Ethics* de 1951 en el que Rawls desarrolla un esquema para validar o invalidar reglas morales y las decisiones basadas en ellas.

Consideremos una clase de jueces morales los cuales reúnen los requisitos de tener una inteligencia promedio, tener un entendimiento sobre cómo funciona el mundo, son además personas razonables y tienen una inteligencia simpatética, es decir, comprenden el valor de los intereses en conflicto. Estos jueces formulan juicios morales considerados (*considered moral judgments*); estos se definen por ser formulados bajo determinadas condiciones tales como que los jueces no sufrirán las consecuencias de estos, o que no involucran sus intereses personales; por otro lado, se trata de juicios acerca de reales —y no solo aparentes— conflictos de interés ético en donde cada parte ha tenido la oportunidad de exponer su caso de tal forma que este juicio se determina tras un cuidadoso procedimiento. Rawls dice que estos juicios deben ser considerados como dados bajo la condición de «certitud» —en lugar de certeza que es un criterio más funcional para contextos lógicos—, es decir, apelando a la seguridad de que, en cada caso relevante, se corresponden con soluciones correctas. Estos juicios deben ser además estables en el tiempo lo cual significa que otros jueces igualmente competentes llegarán a soluciones similares frente a casos similares en diferentes momentos. Finalmente, estas decisiones no deben descansar en el uso consciente de principios éticos sino más bien en intuiciones acerca de la mejor manera de resolver este tipo de conflictos (1999, 2-6).

Una vez se tienen tales juicios considerados los cuales han sido emitidos por este tipo de jueces morales, lo que se requiere es una explicación del rango total de estos juicios, en otras palabras, una sistematización de tales resoluciones en

función de los principios que pueden explicarlos. Veamos lo que dice el propio Rawls:

The term “explication” is given meaning somewhat graphically as follows: Consider a group of competent judges making considered judgments in review of a set of cases which would be likely to arise in ordinary life. Then an explication of these judgments is defined to be a set of principles, such that, if any competent man were to apply them intelligently and consistently to the same cases under review, his judgments, made systematically nonintuitive by the explicit and conscious use of the principles, would be, nevertheless, identical, case by case, with the considered judgments of the group of competent judges. The range of an explication is specified by stating precisely those judgments which it is designed to explicate, and any given explication which successfully explicates its specified range is satisfactory. (1999, 7)

[El término “explicación” tiene un significado de la siguiente manera: Consideremos un grupo de jueces competentes que hacen juicios considerados en la revisión de un grupo de casos los cuales sería probable que surjan en la vida ordinaria. Entonces una explicación de estos juicios es definida como un conjunto de principios, los cuales, si cualquier hombre competente fuera a aplicarlos inteligente y consistentemente para los mismos casos bajo revisión, sus juicios, hechos sistemáticamente de forma no intuitiva por el uso explícito y consciente de los principios, serían, sin embargo, idénticos, caso por caso, con los juicios considerados del grupo de jueces competentes. El rango de una explicación es especificado indicando precisamente aquellos juicios que han sido diseñados para

explicarse, y cualquier explicación dada que explique exitosamente su rango específico es satisfactoria.]

Un procedimiento del tipo descrito es una forma de conductismo moral. Por conductismo moral debe entenderse un tipo de procedimiento heurístico cuyo objetivo es la articulación de una base normativa. El procedimiento es una forma de indagación empírica particular, análoga a la lógica inductiva, en la que tomamos un tipo de experiencia —los juicios morales considerados de jueces morales que cumplen ciertas condiciones— y hacemos lo posible para sistematizar principios que puedan explicar la normatividad subyacente para el rango de casos bajo análisis.⁴⁰ Rawls deja claro que no hablamos de «explicación» como si se tratara del análisis del significado de términos éticos, tampoco se trata de una investigación acerca de las causas de tales juicios en tanto explicación psicológica o sociológica. En este sentido, una investigación «empírica» de la moral no es una investigación sobre las relaciones causales de tales juicios, sino una concepción acerca del tipo de justificación que precisa la moralidad.

Hemos explicado hasta ahora en qué sentido la aproximación de Rawls es holista y conductista; sin embargo, no queda claro en qué sentido se trataría de una investigación empírica. No debe entenderse aquí empírico como opuesto a mental o intelectual, Rawls hace uso de conceptos que no forman parte del mundo exterior. Concedemos algún sentido a tales expresiones porque nos permiten hacer

⁴⁰ Esta sistematización sería el germen de la idea de la posición original (véase 2.2.2).

movimientos aceptables en la práctica lingüística. Pues bien, podemos ahora ver por qué Rawls relaciona su trabajo con el de Quine. Ya habíamos señalado que Quine no tiene la intención de atacar el empirismo sino la de abonar en favor de una concepción a la que denomina epistemología naturalizada según la cual no existen límites precisos entre el tipo de investigación científica y otras como las lógicas o las filosóficas si el propósito de estas se relaciona con la predicción de oraciones de observación —o sea, relativas a los estímulos sensoriales—; ahora bien, el propio Quine no está interesado en el campo normativo ya que considera que el lenguaje moral no es cognitivo en el preciso sentido que le interesa ya que, según entiende, no se pueden plantear con claridad en qué sentido los enunciados normativos juegan un papel en la descripción del mundo.

Sin embargo, ya otros filósofos han articulado, desde una perspectiva abiertamente más pragmática, de qué forma es posible hablar de una epistemología normativa a partir de la obra de Quine; este es el caso de Morton White. De acuerdo a Quine, el proceso de acuerdo al cual modificamos nuestras creencias sobre el mundo tiene la siguiente estructura: en ocasiones nos encontramos frente a un tipo de estímulos sensoriales que se muestran «recalcitrantes» respecto a enunciados que pueden desprenderse de ciertas premisas que damos por sentadas; en tal tipo de situaciones nos vemos forzados a revisar nuestras creencias de modo tal que podamos restablecer la uniformidad entre nuestras creencias y dichos estímulos. Para White, dicha estructura no difiere, más que en grado, de aquella por la cual modificamos nuestras creencias —descriptivas y normativas— cuando tenemos ciertos sentimientos recalcitrantes; así, “just as we ought to test chunks of

descriptive science by appealing to what is observed, we ought to test chunks of what I am prepared to call normative science by appealing to what is observed and what is felt.” [así como debemos probar trozos de ciencia descriptiva apelando a lo que es observado, debemos probar trozos de aquello que estoy preparado para llamar ciencia normativa apelando a lo que es observado y sentido.] (2005, 191). White considera nuestros sentimientos de obligación y nuestras respuestas a tales sentimientos no difieren en ningún sentido significativo de aquellas respuestas asociadas a otro tipo de estímulos sensoriales; y ello es razón suficiente para no eliminar o descartar el lenguaje normativo de nuestra práctica lingüística como una actividad sin contenido cognitivo.

Si bien es cierto que Rawls no apela directamente a sentimientos de obligación —aunque sí esboza una psicología moral—, el punto de vista que destaca es el de los juicios morales considerados como un hecho empírico particular que los involucrados en determinado sistema moral no pueden negar. Para que un sistema moral funcione debe existir un cierto acuerdo acerca de los modos en los cuales empleamos expresiones como «hacer x es incorrecto» o «no debes hacer x». Entendemos que tales asuntos estarán sujetos a cierta disputa, pero también estamos seguros de que un rango de tales casos estará sujeto a cierto consenso o la convivencia se haría imposible. La cultura liberal de derechos, por ejemplo, condena la esclavitud y el homicidio en casi todos los casos relevantes, el punto de partida de Rawls es darles a tales juicios una sistematización normativa, es decir, aplicarles principios que puedan explicar tales juicios considerados. En ello consiste

principalmente su epistemología normativa, aunque ésta solo es una parte de la teoría.

La filosofía moral ha sido una disciplina generalmente asociada a un determinado tipo de normatividad *a priori*. Los objetos morales —valores, principios o virtudes— no poseen ninguna propiedad extensional, no refieren ningún tipo de entidades que puedan ser aprehendidos por los sentidos y ello ha llevado a los filósofos a considerar que su naturaleza es misteriosa. Esta concepción acerca de la ontología de la moral ha generado que se la trate como a una disciplina metafísica que nos compromete con determinados procedimientos no empíricos (intuiciones intelectuales, ideas innatas, etc.) para su articulación. La historia de la filosofía muestra que tales explicaciones han formado parte de tradiciones bien asentadas en el pensamiento occidental. Se suele considerar que la única deuda que tienen los sistemas de pensamiento es para con la «verdad» como si tal cosa fuera evidente en sí misma. Ha sido solo hasta hace poco que hemos empezado a mirar nuestro desarrollo cultural en relación estrecha con su contexto histórico, con las necesidades morales y sociales de cada tiempo; y la filosofía no ha escapado a este cambio de paradigma. Esta es una razón de peso para considerar la historia de la filosofía no como un mero recuento de los logros de hombres singulares sino como la expresión de nuestra capacidad, como especie, para asumir un rol activo en nuestro propio desarrollo social. Así, al abordar también la pregunta por el método de justificación moral ha valido la pena repasar la situación de la filosofía a inicios del s. XX.

Como ya se dijo, la profunda huella del positivismo lógico no puede pasarse por alto. No se puede regresar sin más al tipo de filosofía moral que se hacía en los siglos XVIII o XIX. El rechazo de la metafísica alemana no es un tema filosófico superado por la crisis del cientificismo filosófico en los años sesenta; en cierto modo, esta situación ha precipitado el desplazamiento del debate a una salida nueva. Rawls empezó sus investigaciones filosóficas sobre la justificación moral tomándose en serio este desplazamiento del debate y en cierto modo reactualizó una serie de tópicos en torno a la normatividad en una nueva concepción a la que entendió como una forma constructivismo político. Ya hemos visto, que este constructivismo empieza considerando que ciertos principios no se toman como evidentes o conceptuales, sino como piezas explicativas del fenómeno moral; sin embargo, esta explicación no estaría completa sin una justificación normativa que ya no solo nos muestre de qué forma la moralidad es una parte del mundo, sino por qué esa moralidad es mandatoria.

2.2.2. Constructivismo político: el argumento filosófico

La exposición relativa a la epistemología normativa de Rawls puede haber parecido suficiente respecto a todo lo que se necesita decir sobre la justificación; sin embargo, la idea de una epistemología normativa por más sugerente que pueda resultar solo permite establecer una primera premisa para un argumento completo. Aquello que ganamos con esa exposición es la certeza de que la normatividad moral no es una ilusión proyectada a partir de un deseo por un orden racional de deberes universales; no se trata simplemente de nuestras buenas intenciones o anhelos,

sino de que unos determinados principios morales, así como unas determinadas ideas prácticas, muestran, por decirlo así, su propia carta de ciudadanía en el reino de nuestra teoría racional del mundo. Esta es una imagen más amplia y matizada pero que se corresponde con nuestra concepción científica del mundo o, mejor dicho, la abarca. En el debate contemporáneo, por otro lado, el concepto de normatividad parece haber ganado mucho más terreno del que prometía a mediados de los años cincuenta, esto es, se habla ahora de una justificación no solo de las razones para la acción, sino también de las razones para creer (Scanlon 1998/2003). Pero fue el propio Rawls el que giró en una nueva dirección en su propia búsqueda acerca de un mejor esquema de justificación.

Pues bien, partimos entonces de una primera validación de aquellos elementos normativos que parecen explicar mejor nuestra experiencia moral cotidiana. ¿Qué más necesitamos? Rawls no parece dar una respuesta completa en *TJ*, aunque introduce el concepto de equilibrio reflexivo al que quiero dedicarme brevemente. La idea de un equilibrio reflexivo es introducida para justificar el contenido de la concepción de justicia, es decir, los dos principios de la justicia. El equilibrio reflexivo, en este sentido, apela a un tipo de estrategia inductiva que tiene dos características principales: a) introduce ajustes —inductivos y deductivos— en la estructura de la justificación; y, b) establece comparaciones entre teorías morales sustantivas.

La primera característica debe leerse como un movimiento en dos direcciones en la formulación del esquema de justificación. Empecemos tomando los juicios morales considerados de personas razonables para los cuales tratamos

de establecer un procedimiento que pueda articular principios que expresen nuestro sentido de la justicia; Rawls considera que este procedimiento debe ser algún tipo de teoría de la elección racional que introduzca restricciones apropiadas para alcanzar términos justos de cooperación y a este procedimiento lo llama la «posición original». En segundo lugar, una vez alcanzados determinados principios, desde esta situación hipotética, debemos considerar si estos coinciden con nuestros juicios morales considerados; de haber discrepancias, debemos hacer los ajustes necesarios para que nuestros juicios considerados puedan ser abarcados por los principios aplicados al mayor número del rango de casos posibles. Sin embargo, de subsistir las discrepancias, debemos introducir modificaciones a las condiciones de elección de acuerdo a las cuales se deciden los principios de tal forma que se salve el mayor número de juicios considerados posibles que se han mostrado conformes con los principios así obtenidos. En este proceder se va hacia abajo (juicios morales considerados) y hacia arriba (situación de elección) hasta alcanzar una situación de estabilidad en ambos extremos (1971/1995b, 32). La segunda característica es un ejercicio de reflexión comparativa entre las principales tradiciones del pensamiento moral. El objetivo es que se pueda tener acceso al mayor número de esquemas morales disponibles con el objetivo de obtener la teoría más coherente posible con nuestra experiencia de la moralidad. En *TJ*, Rawls contrasta la Justicia como Equidad en mayor medida con el utilitarismo, aunque principalmente por razones expositivas. Lo importante, es que cada persona pueda desarrollar este tipo de reflexión crítica acerca de los principios morales que está dispuesto a asumir y las

consecuencias de dichos principios en la forma de juicios morales. Si el ejercicio es exitoso entonces se habrá llegado al equilibrio reflexivo.

Como se ha visto, la estrategia de justificación en *TJ* no apela a una concepción clara del constructivismo. Es cierto que Rawls habla a veces de los «criterios constructivos» o de «teoría constructiva» en relación a la Justicia como Equidad (1971/1995b, 44, 60); pero la idea de lo que ello pueda significar nunca queda realmente claro. Es perfectamente posible pensar que se refiere al procedimiento, desde la posición original, como un tipo de recurso constructivista en oposición a la estrategia del intuicionismo; sin embargo, no está claro que Rawls esté tratando de desarrollar una perspectiva particular de justificación para la justicia política. Así, la posición original es aquí principalmente un recurso de representación que nos permite llegar al equilibrio reflexivo de nuestros juicios morales considerados; de tal manera, podemos hablar solo aquí de contractualismo moral —aunque en un sentido muy específico— o de un procedimentalismo puro (1971/1995b, 89). El punto principal del equilibrio reflexivo, como hemos observado, tiene que ver aún con la estrategia de una cierta epistemología normativa, esto es, con las razones que tenemos para considerar como aceptable una determinada concepción de la justicia que explique de forma suficiente nuestro sentido de la justicia. Pero el defecto principal que tiene esta posición es que adolece de una perspectiva intersubjetiva. Rawls considera aquí suficiente el punto de vista de una persona educada, además nos dice claramente que su teoría solo toma en cuenta los puntos de vista del lector y el autor, “[I]as opiniones de otros son utilizadas únicamente para aclarar nuestras propias ideas.” (1971/1995b, 58-59); de tal

manera, parece sensato que tal estrategia se corresponda con una justificación sobre las mejores «razones para creer» disponibles en el establecimiento de la prioridad normativa de determinados principios para la justicia social. Ahora bien, tal estrategia falla una vez que hemos considerado el hecho del pluralismo razonable como bien lo señala Rawls en *LP*; nos enfrentamos ahora a un nuevo desafío, a saber, el de cómo es posible que una concepción determinada de tales principios pueda ganarse el apoyo de doctrinas políticas que son no solo diferentes sino incompatibles entre sí. A la pregunta sobre qué concepción de la justicia debemos adoptar se le añade la pregunta por la tolerancia, es decir, cómo es posible una sociedad justa si los ciudadanos están divididos por doctrinas comprensivas razonables religiosas, filosóficas y morales (1993/1995a, 29).

Rawls adopta la idea de un «constructivismo político» a partir de *Kantian Constructivism in Moral Theory* en 1980. Esta estrategia —declara el propio autor— se encontraba ya presente en *TJ*, pero su intención es ahora desarrollar en mayor detalle sus implicancias. Dicha estrategia no dejará de perfeccionarse hasta adoptar la forma de un esquema altamente especulativo en *LP* y en *JE*, razón por la cual ha llevado a sus estudiosos a muchos puntos muertos o malentendidos. Ahora bien, tal como el título indica, el constructivismo político toma muchos elementos del constructivismo kantiano. Rawls se ve a sí mismo como un lector atento de Kant cuya tarea es la de someter a un *aggiornamento* los instrumentos de la filosofía moral kantiana con el objetivo de aplicarlos a un caso diferente de justificación práctica. Esta razón exige que nuestro estudio considere por separado y con cierto detalle el constructivismo moral kantiano (2.2.2.1) para, a continuación, proceder

con el examen del argumento general del constructivismo político rawlsiano (2.2.2.2).

Debemos plantearnos una consideración previa acerca de la interpretación filosófica. La lectura que Rawls hace de Kant, puede parecer a algunos tan solo como una más entre otras muchas disponibles; así, parece natural preguntarse por qué es la correcta y en qué sentido. Considero que es muy cuestionable hablar de interpretaciones correctas, sobre todo cuando las cuestiones disputadas llegan a niveles de gran sutileza; en tales casos, solo si alguien ya ha aceptado de antemano una concepción sobre la verdad hermenéutica, en algún sentido categórico, es posible considerar que tan solo unas interpretaciones son «verdaderas» en este preciso sentido. En general, la filosofía contemporánea no echa mano de tales tesis; por el contrario, el interés mostrado en la tradición filosófica tiene por objetivo la elaboración de nuestros problemas actuales a la luz de lo que dijeron hombres mucho más sagaces e inteligentes que nosotros y que respondieron a las cuestiones propias de sus respectivos contextos. Ello me inclina a favorecer, en la medida de mis posibilidades, la interpretación que hace Rawls de Kant porque no estamos buscando aquí una interpretación sistemática o completa de la filosofía de Kant, sino un marco desde el cual la teoría sobre la justicia política que Rawls nos ofrece se muestre razonable. En tal sentido, es Kant quien debe ayudarnos a comprender lo que trata de mostrar Rawls y no a la inversa; y mi exposición sobre el constructivismo moral en Kant tendrá ese objetivo. Un ejemplo de lo que quiero decir se relaciona con la propia idea de un «constructivismo moral kantiano». El propio Kant nunca usó esa terminología exactamente, así que esta no debe tomarse

como una interpretación final del idealismo trascendental; no obstante, parte de nuestra tarea es reconstruir en qué sentido el idealismo trascendental kantiano es una forma de constructivismo. Con estas consideraciones en mente, exploremos a continuación algunos aspectos de la filosofía moral kantiana.

2.2.2.1. *El constructivismo moral de Kant*⁴¹

El idealismo trascendental kantiano es uno de los sistemas filosóficos de mayor complejidad y profundidad en la historia de la tradición filosófica. El proyecto de la filosofía crítica es el de someter a examen los diferentes usos de nuestra facultad de la razón con el objetivo de clarificar cuales son nuestras posibilidades de éxito frente a preguntas que pertenecen por su naturaleza al campo de la metafísica, esto es, que trascienden el territorio de la experiencia sensible. En la *Crítica de la razón pura*, Kant ha defendido ya la legitimidad del uso de principios y conceptos *a priori* del entendimiento, ahí la función de la razón teórica es la de producir una síntesis de la multiplicidad de la intuición sensible permitiendo, en

⁴¹ Existe un debate en curso a propósito de Kant y el constructivismo en el que no entraremos en este trabajo. Las posiciones en este debate se dividen en dos, a saber, que es posible hablar de un constructivismo moral ya en Kant (Bagnoli 2015; Korsgaard et al. 2000); o, por otro lado, que lo que existe en Kant es una forma de constitutivismo moral que toma pie en otras consideraciones como «el hecho de la razón» (Hildt 2016). La posición que tomaremos en nuestro análisis será que en Kant podemos encontrar una forma de constructivismo moral. Para una mayor consideración de estas nociones véase la exposición de Carla Bagnoli (2017).

último término, disponer de conocimiento objetivo (*KrV* A92 ss. = B124 ss.). Pero tal crítica de la razón tiene, hasta este punto, solo un valor negativo, es decir, su valor reside en indicar aquellos linderos de toda la experiencia posible más allá de la cual nos está vedado el conocimiento de objetos metafísicos. De acuerdo a Kant, solo podemos conocer un objeto por la operación que efectúa el concepto puro del entendimiento de referirse a la intuición sensible enlazando lo múltiple en ella, por ejemplo, «todos los cuerpos son pesados» no puede afirmarse objetivamente sin las categorías correspondientes y sin la actividad sintética de nuestra facultad de juzgar; nuestro acceso a dichos objetos de la experiencia tendría solo la forma: «percibo un peso relativo en una cierta cantidad de cuerpos», perdiéndose así el punto de todo conocimiento objetivo; por ello, el conocimiento es el resultado de ciertas estructuras del sujeto y de la actividad espontánea del entendimiento.

Ahora bien, como habíamos dicho, Kant entiende que la razón tiene dos usos: el uso teórico, antes referido, y el uso práctico. El uso teórico de la razón se ocupa del conocimiento de objetos que nos son dados a los sentidos; mientras que el uso práctico, se relaciona con la determinación de unos objetos. En palabras de Kant:

En éste [uso práctico] la razón se ocupa de los fundamentos que determinan la voluntad, la cual es la facultad o de producir objetos correspondientes a las representaciones o, por lo menos, de determinarse a sí misma, es decir su causalidad, a la realización de esos objetos (sea o no suficiente la facultad física); porque en él la razón puede al menos llegar a determinar la voluntad y siempre tiene realidad objetiva, en cuanto se trata solamente del querer. (AA V, 15)

En la *Fundamentación*, Kant ha usado la siguiente fórmula: “Cada cosa de la naturaleza opera con arreglo a leyes. Sólo un ser racional posee la capacidad de obrar *según la representación* de las leyes o con arreglo a principios del obrar, esto es, posee una *voluntad*.” (AA IV, 412). ¿Qué quiere decir Kant cuando afirma que la voluntad es la facultad de producir objetos de acuerdo a representaciones de tales objetos? Si se suelta una piedra desde cierta altura esta caerá indefectiblemente hacia el suelo siguiendo la ley de la gravitación universal; un animal hambriento atacará incluso a sus propias crías obedeciendo el instinto de supervivencia como una necesidad natural; pero solo el hombre —en el uso de su razón— puede actuar de acuerdo a la representación de tales cosas, es decir, puede comprender tales leyes y considerar —como en una ucronía— la serie causal de su propio actuar. Un animal al que le apuntan con un arma no comprende los mecanismos del instrumento que puede producirle la muerte; por el contrario, un hombre —incluso un bobalicón— puede representarse perfectamente lo que le ocurriría ante tal amenaza y, entonces, elegir un curso de acción racional (Tugendhat 1993/1997, 130-31). Lo que esta facultad produce son, por un lado, los principios fundamentales de la determinación de la voluntad de acuerdo con una representación o concepción de estos mismos; y, por otro, las acciones conforme a estos principios, es decir, la actividad «voluntaria». De acuerdo a Kant, estos principios pueden ser subjetivos u objetivos. Serán subjetivos si el fundamento de la voluntad determina la causalidad del sujeto solo como causa eficiente en relación con su efecto, en cuyo caso se tratará solo de preceptos prácticos o de habilidad; por otro lado, son objetivos los

principios que expresan una determinación objetiva y universal, esto es, necesaria en relación únicamente con la acción, en este último caso hablamos de imperativos o leyes prácticas (AA V, 20).

Hemos hablado ya de la doctrina de la voluntad pura (véase 1.2.1); lo que interesa ahora es saber qué podemos entender por constructivismo moral dentro de esta doctrina. Para ello examinaremos el argumento que ofrece Kant en la *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* y sobre todo la primera formulación del imperativo categórico, a saber, la fórmula de la ley universal.

La estrategia que sigue la *Fundamentación* es la de desarrollar analíticamente cuáles serían las condiciones de aquello que entendemos como un «deber» en términos generales, concepto que Kant considera implícito en la noción de una «buena voluntad». La primera distinción que precisa el concepto del deber es en relación con las inclinaciones; para Kant, las acciones que toman como determinación una inclinación no son acciones por deber en ningún caso. Estas acciones pueden ser de dos tipos: por un lado, tenemos aquello que podemos llamar inclinaciones mediatas, esto es, inclinaciones no directamente referidas a la acción; por ejemplo, en el caso del comerciante prudente que no engaña al niño porque ello podría reportarle un perjuicio futuro, el interés del sujeto está puesto no en la acción misma sino en su deseo de no verse perjudicado por una mala fama. Un caso más difícil de elucidar es el de las inclinaciones inmediatas o referidas directamente a la acción; estas acciones son más difícilmente distinguibles porque en ellas el sujeto posee una «tendencia» hacia la acción misma, por ejemplo, en el caso de un hombre caritativo que se complace en mitigar las penas de los menos favorecidos

a través de ayudas desinteresadas, el interés del sujeto está puesto directamente en la acción como si se tratara de una disposición natural hacia ella y esa es la determinación de su actuar, no el respeto por el deber (AA IV, 397-98). En ambos casos, Kant no ve valor moral en tales ejemplos ya que, pese a coincidir el resultado con la acción que prescribe el deber, no se incorpora en ellos la determinación de la voluntad correcta. El principio del obrar en tales casos es subjetivo, es decir, está relacionado con nuestras disposiciones naturales, dicho en otras palabras, pertenece a nuestra naturaleza: en ambos casos se trata del principio del amor propio o felicidad por el cual solo se afecta nuestra sensibilidad. La objeción fundamental de Kant en este punto es que no hay aquí ningún principio *a priori* que garantice su objetividad; de esta manera, Kant rechaza lo que una parte de la tradición filosófica había denominado hasta entonces como sentimientos morales (Hume 1751/2014, 195).

Una segunda distinción importante es aquella que atiende a la relación de la acción por deber con su propósito. Kant considera que el valor moral de una acción no se cifra en el efecto querido sino en la máxima que determina la voluntad. La acción moral puede fallar en la consecución de su efecto ya que esta realización depende de factores empíricos; por ejemplo, un socorrista puede fallar al intentar salvarle la vida a un bañista en apuros sin que ello vuelva la acción menos valiosa moralmente (AA IV, 399-400). En la *Crítica de la razón práctica*, Kant señalará de manera más categórica: “Todos los principios prácticos que presuponen un *objeto* (materia) de la facultad de desear como fundamento determinante de la voluntad son empíricos y no pueden proporcionar leyes prácticas.” (AA V, 21). De lo que se

trata es que un objeto del deseo no puede ofrecer una determinación *a priori* para la voluntad, ya que, para desear un estado de cosas, esta debe ser experimentada de antemano de tal forma que el placer unido a su realización asegure su fijación como propósito para ulteriores ocasiones, y eso convertiría la moralidad en dependiente del placer que nos ocasiona tal estado de cosas. Como ya se advierte, aquí Kant está oponiéndose a las doctrinas teleológicas y, en particular, al utilitarismo en todas sus versiones ya que no solo los placeres inferiores serían rechazados por esta razón, sino también aquellos que pueden considerarse como placeres intelectuales; esta será la misma crítica que Kant realizará contra los epicúreos y los estoicos correspondientemente (AA V, 23 ss.).

Si la acción moral no puede estar referida a una inclinación en tanto móvil — sea esta sensible o intelectual—, y tampoco puede estar referida a su objeto como efecto, la única opción disponible es que se vincule con el puro principio de la razón (por ello la razón es práctica); “*el deber*”, dice Kant, “*significa que una acción es necesaria por respeto hacia la ley.*” (AA IV, 400). El respeto por la ley moral no es lo mismo que tomar la ley como inclinación, esta diferencia es sumamente importante ya que impide que se caiga en una mala interpretación de la doctrina de la voluntad pura. Respetar la ley moral es la posibilidad que tiene un individuo de ser libre, es decir, se trata de la posibilidad de la autonomía por el reconocimiento libre de la prioridad de la ley sobre nuestros deseos; pero no tenemos, en ningún caso, la posibilidad de abandonar por completo nuestra naturaleza humana y por esta razón experimentamos la ley moral como un mandato. Como seres naturales estamos sometidos a las mismas leyes que todos los objetos del mundo natural: no

solo experimentamos hambre y frío, también deseamos cosas que nos constituyen psicológicamente (*v. gr.* proyectos profesionales, familiares, etc.); pero en tanto seres libres podemos representarnos leyes morales que son objetivamente obligatorias para nuestra razón y que se nos aparecen, la mayoría de las veces, como contrarias a nuestras inclinaciones naturales. Kant llama «fanatismo moral» a todo intento por traspasar los límites de la razón pura práctica, es decir, al intento por poner el móvil de la acción moral no en la ley moral, como obligación, sino en una (supuesta) disposición innata de la naturaleza humana, así los hombres terminan “vanagloriándose de una espontánea bondad de su ánimo que no necesita ni de espuela ni de freno ni tampoco siquiera un mandamiento y olvidan en esto su obligación, en la cual deberían pensar antes que en el mérito.” (AA V, 85). A modo de conclusión podemos decir que la ley moral no activa en nosotros un impulso natural hacia ella y nos engañamos con ilusiones al considerar que esta debe ser la actitud requerida por la moralidad.⁴²

Ahora bien, ¿cómo es que escapamos —aunque solo sea parcialmente— a nuestra naturaleza y somos libres a través de la ley moral? Esta es la pregunta que nos conecta con el constructivismo moral en Kant. Si la razón puede determinar por sí sola la voluntad, esto tiene como condición que la voluntad sea ya puramente

⁴² La idea de que la moralidad requiere una disposición natural es propia de la ética aristotélica. Aunque es cierto que las virtudes éticas, para Aristóteles, no son productos naturales sino que se requiere la costumbre; lo que sí es cierto es que se precisa de un componente natural que pueda perfeccionar las virtudes (*Eth. Nic.* II, 1).

racional. Lo que se quiere decir es que, para Kant, «razón» no solo refiere la aptitud instrumental de considerar los mejores medios para nuestros fines en cuyo caso la voluntad se determina por sus objetos o materia, es voluntad empírica en la que la razón solo presta un auxilio en relación a los mejores medios; pero la voluntad puede ser puramente racional al establecer, por sí sola, leyes prácticas objetivas, aquí la razón es razón legisladora (autónoma) en tanto «facultad superior de desear» (AA V, 25; VI, 213). Al no estar determinada por su objeto, la voluntad pura ya solo depende “del *principio del querer* según el cual ha sucedido tal acción...” (AA IV, 400); un principio del querer que abstrae de sí cualquier materia solo conserva para sí su forma de ley, pero ¿cuál es este principio meramente formal del querer en general que puede constituirse como un principio *a priori* determinativo de la voluntad? Kant ofrece la siguiente explicación:

Como he despojado a la voluntad de todos los acicates que pudieran surgirle a partir del cumplimiento de cualquier ley, no queda nada salvo la legitimidad universal de las acciones en general, que debe servir como único principio para la voluntad, es decir, yo nunca debo proceder de otro modo salvo *que pueda querer también ver convertida en ley universal a mi máxima*. Aquí es la simple legitimidad en general (...) lo que sirve de principio a la voluntad y así tiene que servirle, si el deber no debe ser por doquier vana ilusión y un concepto quimérico; con esto coincide perfectamente la razón del hombre común en su enjuiciamiento práctico, ya que siempre tiene ante sus ojos el mencionado principio. (AA IV, 402)

Lo que Kant está tratando de destacar en esta fórmula de la «legitimidad universal» es la forma mandatoria de la máxima. Todas las máximas de la voluntad incorporan un mandato; por ejemplo, si tengo por objetivo viajar a un país vecino para encontrarme ahí en las próximas horas, deberé tomar un avión y no realizar un trayecto por tierra; el fin propuesto vuelve determinados medios como obligatorios dadas unas determinadas circunstancias. La forma del imperativo hipotético, en este caso, es la siguiente: “si quiero A, debo hacer B en las condiciones C”. Por el contrario, la forma de una máxima que no tiene un objeto será la siguiente: “debo hacer B” sin más; en un lenguaje impersonal se puede reformular como: “se debe hacer B”. En este último caso, lo único que tenemos es la forma de ley de la máxima sin contenido; pero esta mera forma ofrece ya una pauta la cual consiste en su legaliformidad incondicionada, es decir, en su carácter de necesidad universal en tanto ley. En los imperativos hipotéticos esta mera forma también subsiste, pero solo en relación al objeto del querer: podemos expandir el universo de nuestro ejemplo e imaginarnos a un conjunto de sujetos que tienen el mismo propósito, la forma de la máxima antes introducida quedaría de la siguiente manera: “todos los que quieran A, deben hacer B en las condiciones C”. No debemos olvidar que los imperativos hipotéticos son analíticos, esto es, que no podemos querer el fin sin querer ya el medio (AA IV, 417); su carácter mandatorio depende de nuestra naturaleza sensible —y en particular del objeto—, solo por esta razón esta clase de imperativo es válido para todo el universo de sujetos empíricos con la misma naturaleza.

En los imperativos categóricos, por el contrario, al haberse sustraído el objeto de la acción, se ha descentrado a todo sujeto empírico de su referencia; el sujeto del mandato es, en primer lugar, el ser racional en mí, pero de esta manera su universo lo conforman ahora también todos los seres racionales de modo tal que al reformular su estructura tenemos el siguiente enunciado normativo: “todos los seres racionales deben hacer B” o lo que es lo mismo “Es obligatorio para todo ser racional hacer B”. Ahora bien, el imperativo categórico, dice Kant, es una proposición sintética *a priori*, es decir, a diferencia de lo que ocurre con un imperativo hipotético, no hay objeto en la moralidad y la acción moral no se deduce analíticamente de ningún elemento. Kant considera que su naturaleza sintética *a priori* se manifiesta en que siempre se trata ya de la “voluntad afectada por apetitos sensibles [a la que] se añade todavía la idea de esa misma voluntad, pero pura en cuanto perteneciente al mundo inteligible...” (AA IV, 454). La conclusión que podemos sacar de todo esto es que Kant entiende su regla de la legitimidad universal tanto como una restricción de nuestro ser sensible, así como una manifestación de nuestro ser inteligible; nuestros diferentes fines en la vida solo pueden perseguirse cuando se muestran conformes con los mandatos de la moralidad porque son éstos últimos los que nos realizan como seres libres. Por esta razón, aquí hay una operación sintética de la razón: la voluntad empírica y la voluntad pura se hacen una a través de la determinación por un principio objetivo del obrar. Todo ello nos conduce a la ley fundamental de la razón pura práctica: “Actúa de modo que la máxima de tu voluntad pueda, al mismo tiempo, valer siempre como principio de una legislación universal.” (AA V, 30).

Debemos distinguir ahora algunos conceptos que servirán para perfilar los pasos del constructivismo moral. En primer lugar, se debe distinguir la ley moral, el imperativo categórico y el procedimiento de la primera formulación de este.⁴³ La ley moral debe entenderse como una idea de la razón, nos representamos esta ley moral en relación directa con una voluntad que está determinada tanto objetiva como subjetivamente por la razón, es decir, desde el punto de vista de una «voluntad santa» la ley no constituye deber alguno, todo el querer coincide siempre con la ley objetiva o, dicho más apropiadamente, la ley moral es lo único que quiere una voluntad buena de suyo (AA IV, 412). Pero los seres humanos poseemos además una voluntad empírica y solo podemos tener ya experiencia de la ley moral en tanto mandato, el imperativo categórico consiste por ello en “la relación de una ley objetiva de la razón con una voluntad cuya modalidad subjetiva no se ve necesariamente determinada merced a ello (un apremio).” (AA IV, 413). En tercer lugar, el procedimiento de la primera formulación del imperativo categórico es aquello que denominamos propiamente como constructivismo moral. Kant no es explícito en la secuencia del procedimiento así que todo lo que puede hacerse es reconstruirlo para que pueda clarificarse la regla de la legitimidad universal. Kant desarrolla este procedimiento de forma bastante escueta en la segunda sección de la *Fundamentación*; aquí, además de la primera formulación del imperativo categórico, Kant agrega una nueva fórmula: “*obra como si la máxima de tu acción pudiera convertirse por tu voluntad en una ley universal de la naturaleza.*” (AA IV,

⁴³ Sigo aquí las distinciones que plantea el propio Rawls (2007, 216).

421). Dejaremos de lado las otras dos formulaciones del imperativo categórico ya que estas no aportan nada al procedimiento constructivista, sino que aclaran algunos de sus aspectos. Aquellas fórmulas, decíamos, sirven para organizar el procedimiento en algunos pasos que pueden enumerarse del siguiente modo:

1. Considera una máxima de tu obrar (basta un imperativo hipotético genérico).
2. Considera dicha máxima como si fuera una ley universal que guiara la conducta de todas las personas.
3. Considera dicha ley práctica como si se tratara de una ley de la naturaleza.
4. Considera si tu voluntad se mantiene conforme con un mundo regido por un sistema natural así ordenado.

Debemos comentar algunas cosas sobre este esquema. En primer lugar, el paso 1 y 2 están basados en la primera formulación del imperativo categórico, esta primera parte del procedimiento incorpora una cláusula de universalización. Sobre el paso 1 es importante precisar que se requiere de un imperativo hipotético y no de la enunciación de cualquier acción; las acciones, en sí mismas, no son imperativos hipotéticos completos, solo lo son las acciones referidas a una finalidad. Es cierto que generalmente se piensa una acción en relación a una finalidad; pero esta relación no es analítica, solo lo es la relación de la finalidad con el medio.⁴⁴ Podría

⁴⁴ Existe un cierto argumento conservador según el cual el imperativo categórico volvería inmoral las prácticas sexuales entre homosexuales ya que su universalización acabaría con la especie humana

preguntarse en este punto, por qué no tomar la mera forma de la ley para empezar el procedimiento. La explicación de esto se relaciona con dos aspectos. Recordemos, en primer lugar, nuestra distinción antes hecha entre la ley moral y el imperativo categórico. La posición del ser humano no es la de una voluntad pura de suyo, somos sujetos empíricos y el único acceso que tenemos con la ley moral se produce a través de la experiencia de un «apremio», no estamos inclinados a la ley moral naturalmente, y nuestro reconocimiento de la misma produce en nosotros «respeto», esto es, el reconocimiento de su prioridad; por esta razón, no podemos representarnos directamente el contenido de la ley moral ya que esto supondría que tenemos intuiciones intelectuales (tesis sostenida por filósofos como Samuel Clarke o Richard Price en los siglos XVII y XVIII). En segundo lugar, la mera forma de ley no ofrece ningún contenido para la moralidad; nuestra razón es consciente de la ley

y, por consiguiente, con la posibilidad de la práctica misma. Esta interpretación falla en el primer paso del procedimiento ya que no considera un imperativo hipotético completo sino solo la acción sin la finalidad que persigue, es decir, enuncia la práctica homosexual en general, sin relacionarla con finalidad alguna. No hay aquí principio de la voluntad, sino tan solo un medio. Ahora bien, no hay contradicción en la universalización de una máxima que toma a la práctica homosexual como uno de los medios disponibles respecto del objetivo de amar a alguien del mismo sexo; dicha máxima incorpora la circunstancia en que se encuentra la persona homosexual y, al universalizar la regla, esta exigiría la misma conducta para todos aquellos que persiguen el mismo objetivo (amar a otra persona). Una máxima de usar los medios disponibles para amar a otra persona es perfectamente universalizable sin contradicción y se extendería al caso tanto de personas homosexuales como heterosexuales.

moral en tanto imperativo, y ello nos proporciona una forma de representarnos dicha ley y de articular su contenido; en relación con lo anterior, no tenemos intuición intelectual directa de ningún deber particular —como si se tratara de alguna «verdad revelada»—, nuestra razón nos proporciona una pauta para la construcción de dicho contenido a través del examen de nuestros objetivos o máximas.

Sin embargo, el paso 3 y 4 representan una dificultad peculiar en el procedimiento; ¿a qué se refiere Kant aquí cuando nos pide que evaluemos nuestras máximas como si estas fueran leyes universales de la naturaleza? Algunos filósofos han interpretado el imperativo categórico como si este tratara de clarificar el interés desde la perspectiva de un agente colectivo conduciéndonos a una especie de utilitarismo de las reglas (Mill 1863/2014, 54-55); esta mala interpretación se basa en que el imperativo categórico nos pide que evaluemos si podríamos querer un escenario en el que nuestra máxima se ha convertido en ley universal; pero dicha interpretación encuentra problemas cuando se introduce la exigencia según la cual debemos considerar la máxima subjetiva dentro de un sistema natural ya que ello nos obliga a enfocarnos en la imposibilidad práctica de la misma y no en el estado de cosas resultante. Cuando Kant introduce la cláusula del sistema natural nos pide considerar un mundo en el cual nuestra máxima no solo forma parte de las leyes naturales en conjunto, sino que ha surtido sus efectos en dicho mundo llevando a un ordenamiento particular desde el cual debemos evaluar si no hay contradicción en nuestra voluntad. El ejemplo en el que más inmediatamente resalta la contradicción es el de la promesa falsa. Tal vez pueda desear aprovecharme ocasionalmente de una promesa falsa, pero en un mundo en

el que esta máxima fuera universal no existiría la institución de la promesa ya que todos sabrían que aquel que promete lo hace falsamente; así, no podría obrar conforme a una máxima tal y mi voluntad sería contradictoria (AA IV, 403). El caso de instituciones como la de la promesa evidencian casi automáticamente la contradicción, pero un caso más difícil de analizar es el de otro tipo de acciones cuya universalización es concebible, aunque no deseable; en este último escenario nos encontramos frente a acciones como las del homicidio. Acaso pueda desear matar a mi vecino con la finalidad de dejar de oír sus ensayos con la batería; esta acción por sí sola es perfectamente concebible y siempre alguien podría determinarse a matar a todo aquel que le resultara molesto sin que la acción en sí misma se volviera insostenible. Ahora bien, en relación con la finalidad que espero conseguir, un sistema natural —en el que matar para aliviarse del ruido del vecindario fuera una ley— habría ya puesto un remedio para dicha eventualidad, por ejemplo, dicha circunstancia habría abaratado tanto los costos para insonorizar las paredes que este asunto no representaría ya un problema o se habrían creado espacios dedicados a la práctica musical lejos de las zonas urbanas; entonces, decimos, no podría actuar ya de acuerdo a mi máxima y se produciría una contradicción con el principio de mi voluntad.⁴⁵ Estas consideraciones bastan para

⁴⁵ Debe observarse aquí la diferencia fundamental entre la acción y la máxima de mi acción; porque ya no se podría actuar de acuerdo a la máxima del homicidio, aunque se podría seguir matando (en relación a otros objetivos). Esta interpretación del sistema natural y de la contradicción práctica sigue

comprender qué clase de argumento está esbozando Kant; se trata de un típico argumento trascendental, esto es, sobre las condiciones de posibilidad de la acción moral y no sobre sus consecuencias.

Este esquema aproximado muestra la secuencia de acuerdo a la cual el procedimiento determina un contenido para la ley moral. Kant consideraba la razón práctica mucho más eficaz en sus facultades que a la teórica, el juicio moral es más exacto de suyo aún en el hombre más común y la filosofía solo presta ya un sistema de todo lo que ella contiene de forma innata. De esta manera, este procedimiento solo organiza el juicio moral común en la determinación del fundamento *a priori* de su voluntad; cuando ésta se guía por el imperativo categórico, no se guía por un mandato externo (*v. gr.* la voluntad de Dios) sino por una determinación interna en la cual la razón produce el contenido de una ley moral que se constituye de esta manera como el fundamento objetivo y autónomo de la voluntad. Esto último levanta una cuestión importante en la filosofía moral kantiana; la facultad general del querer no está dirigida a un querer determinados objetos, sino a cómo quiero considerarme a mí mismo (Tugendhat 1993/1997, 121-22). Con la evaluación de las máximas, Kant libera el potencial de una razón que no se halla sometida inexorablemente a las inclinaciones naturales y que puede autodeterminarse; el hombre es un ser libre no porque ostenta una voluntad pura, sino principalmente porque la ejercita en la práctica moral, dicho en otras palabras, la dignidad humana no se cifra en una

de cerca el estudio que Christine Korsgaard ha realizado sobre la primera formulación del imperativo categórico (1996, 92 ss.).

característica esencial de la naturaleza humana sino en la propia estructura del razonamiento y ya solo en su ejercicio activo.

2.2.2.2. *El constructivismo político de Rawls*

El constructivismo político de Rawls introduce muchos conceptos que son *prima facie* contraintuitivos, por lo tanto, mi estrategia en este apartado será desarrollar el argumento completo sin detenerme en dichos núcleos conceptuales a los que me dedicaré con cierto detalle en las secciones siguientes. Esta razón es la que me lleva a priorizar la exposición del constructivismo que Rawls realiza en *Kantian Constructivism in Moral Theory* de 1980 (en adelante *KCMT*) ya que este mismo argumento parece perderse en la extensa exposición que se hace de ella en *LP*; ayudados además de la parte expositiva ya introducida (véase 2.1) aquí solo resta reconstruir el procedimiento. La exposición previa relativa a Kant servirá además para proveer de un contraste y guía en la elaboración del tipo de «justicia procedimental pura» que Rawls tiene en mente.

Cuando hablamos de constructivismo en ética nos referimos a una posición particular acerca del problema de la justificación normativa; el constructivismo, por la naturaleza de su argumento, se diferencia de otras posturas tales como el realismo. El realista moral cree que existe un determinado orden de valores los cuales constituyen los hechos morales básicos que no pueden ser descompuestos en otros diferentes; este orden independiente de valores, se presume, representa la referencia para la justificación en el uso que hacemos del lenguaje moral, dicho de otro modo, el realista es un naturalista en moral (Boyd 1988, 181 ss.). El

constructivista no solo se diferencia del realista en que niega que exista tal orden de hechos morales básicos, sino que considera los principios morales como producidos a partir de un determinado esquema de construcción; en tal sentido, son posturas constructivistas el iusnaturalismo racional (Hobbes, Locke, Kant, etc.) y también el utilitarismo (Bentham, J. S. Mill). Por otro lado, el constructivismo se diferencia también de otras posiciones antirrealistas que o bien no conceden ningún lugar para la justificación normativa (emotivismo), o bien, no conceden a la estrategia justificativa suficiente peso de tal manera que sus resultados no pueden reputarse de objetivos o universales (relativismo, comunitarismo) (O'Neill 2003, 348).

Ahora bien, el constructivismo político de Rawls es un ejemplo del constructivismo moral para el caso específico de la justicia política. Más específicamente, Rawls nos dice que su constructivismo es “one Kantian variant of this notion” [una variante kantiana de esta noción] (1999, 303); de tal modo que debemos comprender que Rawls no entiende su procedimiento simplemente emulando un cierto tipo de argumento en filosofía moral —a saber, el procedimentalismo— sino que tiene en mente un procedimentalismo mucho más específico: un procedimentalismo kantiano. Pero ¿qué rasgo hace del constructivismo uno de tipo kantiano? Rawls nos da la siguiente respuesta:

What distinguishes the Kantian form of constructivism is essentially this: it specifies a particular conception of the person as an element in a reasonable procedure of construction, the outcome of which determines the content of the first principles of

justice. Expressed another way: this kind of view sets up a certain procedure of construction which answers to certain reasonable requirements, and within this procedure persons characterized as rational agents of construction specify, through their agreements, the first principles of justice. (1999, 304)

[Lo que distingue la forma kantiana de constructivismo es esencialmente esto: especifica una particular concepción de la persona como un elemento en un procedimiento razonable de construcción, el resultado del cual determina el contenido de los primeros principios de la justicia. Expresado de otra manera: este tipo de perspectiva establece un cierto procedimiento de construcción el cual responde a ciertos requisitos razonables, y dentro del procedimiento las personas caracterizadas como agentes racionales de la construcción especifican, a través de sus acuerdos, los primeros principios de la justicia.]

El constructivismo kantiano, nos dice Rawls, utiliza una concepción de la persona, pero más específicamente, una concepción de la persona como un agente racional. Sin embargo, aquí se pierde de vista algo elemental; también para Hobbes y Locke, las personas son agentes racionales, así que la diferencia debe radicar en un elemento adicional. Mirando bien las cosas, parece ser que la racionalidad debe estar dirigida a producir principios de la justicia a través de determinados «acuerdos». Pero esto nos deja en una cierta perplejidad ya que Kant adolece de una perspectiva intersubjetiva, no hay para Kant la posibilidad de un acuerdo recíproco en el establecimiento de los principios morales. Este impase podría solucionarse apelando a lo que Rawls nos dice líneas después cuando comenta que “the adjective “Kantian” expresses analogy and not identity...” [el adjetivo “kantiano”

expresa analogía y no identidad...] (1999, 304); es decir, podríamos interpretar el procedimiento de Rawls como introduciendo una cláusula intersubjetiva que Kant no contempla. Pero esto nos devuelve al problema de no poder diferenciar el constructivismo kantiano de otros constructivismos racionalistas; así, una mejor estrategia es tratar de interpretar a Kant de modo que podamos ver su paralelo con Rawls.

Podemos establecer el paralelo si nos fijamos en algunos de los elementos introducidos en la sección previa. Para Kant, un agente racional no es un agente que elige siempre los medios más eficaces para alcanzar sus propósitos, sino un individuo que actúa en función de reglas; en tal sentido, la persona posee razón porque puede determinarse de acuerdo a leyes del obrar. Algunas de estas leyes se corresponden con un objeto, pero algunas se corresponden con una concepción de estas mismas leyes. Cuando un individuo se determina por el imperativo categórico, lo que hace es actuar de forma autónoma, porque tal imperativo modela lo que querría una voluntad pura. En segundo término, Kant entiende a la voluntad como una facultad que está dirigida a producir una voluntad buena lo cual significa, en otros términos, una voluntad puramente racional; la facultad de desear, no es principalmente aquí una facultad orientada a determinados objetos, sino una capacidad para autodeterminarse. Este último paso, nos permite interpretar a Kant como modelando, en un escenario hipotético, un cierto tipo de situación. Si la razón (pura) no contiene ninguna materia que deba servir de premisa para la deliberación sobre principios morales (*v. gr.* sentimientos morales, una idea del bien, creencias, etc.) solo contamos con la mera caracterización de sujetos con una capacidad de

elegir libremente, en tanto seres racionales, principios del obrar en general desde una posición de igual prioridad; así el único recurso disponible en dicha posición es la universalización de una regla del obrar que no pueda ser rechazada por ninguno de los agentes por buenas razones.⁴⁶ Resaltemos que, en tal circunstancia, los principios morales así adquiridos no expresan nada más que la carencia de criterios previos de dichos sujetos; lo que los vuelve racionales, como habíamos dicho es que se orientan por reglas del obrar y esa es la información que tienen disponible para autorreglarse. Abona a esta interpretación, el ideal kantiano acerca de un «reino de los fines» como “la conjunción sistemática de distintos seres racionales gracias a leyes comunes” (AA IV, 433); en este reino de los fines todos los agentes son igualmente legisladores de un mundo en el que tanto ellos como sus objetivos se encuentran en perfecta armonía.

El constructivismo rawlsiano comparte, tal como hemos visto, la misma estrategia kantiana pero su objetivo es diferente. Al no tratarse de una doctrina comprehensiva, su tarea se constriñe al establecimiento de principios para la convivencia política razonable. Una idea común, aunque equivocada, sobre la filosofía política es que esta se limita a la tarea de reorganizar nuestras creencias acerca de la tradición democrática con el objetivo de tamizar los argumentos

⁴⁶ Sigo en este argumento la interpretación del constructivismo kantiano de Onora O’Neill. Para la filósofa irlandesa, agentes que no se hayan coordinados y que no tienen ante sí elementos dados para guiar su pensamiento y conducta, deben poder construir una autoridad común estableciendo principios que sean abiertos y aceptables para todos en la misma posición (2003, 358).

esgrimidos en la esfera pública y discernir entre premisas válidas o inválidas. Esta es una tarea necesaria en el espacio público, pero Rawls considera su empresa como una que apunta a un objetivo más fundamental. El objetivo de la Justicia como Equidad es el de articular las bases fundamentales del acuerdo político (1999, 306), es decir, la tarea es la de elaborar principios de justicia que sirvan como premisas públicamente compartidas en la deliberación pública, las cuales son aceptadas por todos los miembros de una sociedad caracterizada de una cierta forma.⁴⁷ En *LP*, esta reelaboración del objetivo de la justicia, se presenta ahora como una «concepción política de la justicia» la cual posee tres características. En primer lugar, una concepción política de la justicia se refiere a la «estructura básica de la sociedad», esto es, a las principales instituciones políticas, sociales y económicas (véase 2.1.4). En segundo lugar, dicha concepción se presenta como un punto de vista libremente aceptado, esto es, que no depende de ninguna doctrina comprensiva particular y por tanto puede ser apoyada con total independencia de la concepción general del mundo que una persona abraza. Finalmente, dicha concepción política se presenta en ideas fundamentales implícitas en la cultura política pública lo cual implica que dichas ideas son familiares y afines a la convivencia democrática; dichas ideas, nos dice Rawls, son principalmente tres: la

⁴⁷ En tal sentido, la Justicia como Equidad establece una teoría de los deberes morales. Esta idea es importante porque la aproxima al tipo de filosofía práctica kantiana y la aleja de otros modos de hacer filosofía práctica cuyo objetivo principal es la hermenéutica de los conceptos políticos en cuyo caso las posiciones representativas las constituyen las doctrinas comunitaristas de los años noventa.

«idea de una sociedad equitativa de cooperación», la «idea de las personas como libres e iguales» y la «idea de una sociedad bien ordenada» (1993/1995a, 36 ss.).

La idea una sociedad equitativa de cooperación es una idea marco; esto significa que dicha idea sirve principalmente para organizar el proceso constructivo. En *KCMT*, Rawls presentará, en primer lugar, dos nociones básicas como las concepciones modelo (*model-conceptions*) de la Justicia como Equidad, a saber, la idea de la personal moral y la idea de una sociedad bien ordenada; huelga decir que ambas sufrirán reelaboraciones importantes hasta que el Rawls maduro presente su sistema final en *LP*. Esto anterior es importante porque nos permite comprender por qué Rawls nos dirá luego que esta idea se elabora tomando en cuenta dichas concepciones modelo (2001/2012, 28); la estrategia detrás de esta reformulación de su propia teoría es simplificar la exposición del argumento normativo que está tratando de subrayar. Lo que a Rawls le interesa de una concepción «ideal» de la sociedad es que, por un lado, esta deja de lado algunos rasgos empíricos de las sociedades democráticas contemporáneas, es decir, permite debilitar el peso de los factores sistémicos en la reconstrucción de nuestra teoría de la justicia. Si no pudiéramos disponer de una concepción ideal de la sociedad, entonces nos veríamos atrapados con todas las limitaciones que ofrece la sociología política. Dicho de otra manera, el problema de la justicia política es un problema normativo y no uno sociológico, no buscamos aquí las condiciones posibles de un mundo social justo, sino las condiciones legítimas de la democracia constitucional (2001/2012, 31). Por otro lado, también se excluyen del foco de atención problemas que, si bien son normativos por su naturaleza, no son tematizados por la concepción

ideal. Algunos problemas éticos de las sociedades contemporáneas incluyen los casos de discapacidad humana, la justicia transnacional o nuestra relación con el medio ambiente; tales interrogantes constituyen asuntos legítimos en la indagación normativa de largo alcance, pero Rawls excluye tales asuntos con el propósito de sacar a la luz el problema central de la justificación pública (1993/1995a, 45). Aquí conviene subrayar por ello el título *Teoría de la Justicia*; una teoría establece relaciones no evidentes entre factores que se presentan como asistemáticos *prima facie*. El éxito de una teoría se cifra en si esta puede relacionar de manera coherente y razonable dichos elementos de modo que se puedan exhibir con claridad sus conexiones en un orden sistemático.

Ahora prestemos atención al rol que cumplen las dos concepciones modelo. La idea de la persona moral y la idea de una sociedad bien ordenada, nos dice Rawls, expresan los aspectos esenciales de nuestra autoconcepción como personas morales y nuestra relación con la sociedad como libres e iguales; en otras palabras, describen cómo se vería una sociedad en la que sus miembros se ven públicamente a sí mismos y a sus relaciones sociales de cierta manera (1999, 308). El argumento que parece esgrimir Rawls es el siguiente: si tomamos una concepción determinada del tipo de personas que somos y una concepción determinada del tipo de sociedad justa implicada, obtenemos una «descripción» del tipo de relaciones fundamentales que mantienen y reproducen ciudadanos considerados a sí mismos como libres e iguales. Sin embargo, cómo podemos asegurar que tales relaciones se correspondan efectivamente con dicha concepción moral de la persona. Aquí entra en juego, *mutatis mutandi*, el tipo de razonamiento

inductivo de su primera estrategia epistémico-normativa: lo que tratamos de conseguir es el tipo de premisa que funciona como una regla del tipo de relaciones sociales fundamentales en cuestión; para Rawls, esta regla no es más que el principio normativo que expresa, por un lado, el tipo de persona que somos, pero también, el sistema social que deberíamos tener y apoyar dada dicha concepción de la personalidad moral. Notemos que este es un problema nuevo: a diferencia de lo que ocurría en la estrategia epistémico-normativa, aquí no tratamos de definir principios a partir de juicios morales considerados, sino de obtener principios que puedan organizar de manera sistemática el tipo de relaciones sociales entre personas consideradas libres e iguales. Para resolver este problema Rawls introducirá una tercera concepción modelo: la idea de la posición original; en palabras del autor:

The *original position* is a third and mediating model-conception: its role is to establish the connection between the model-conception of a moral person and the principles of justice that characterize the relations of citizens in the model-conception of a well-ordered society. It serves this role by modeling the way in which the citizens in a well-ordered society, viewed as moral persons, would ideally select first principles of justice for their society. (1999, 308)

[La *posición original* es una tercera e intermedia concepción modelo: su rol es el de establecer la conexión entre la concepción modelo de la persona moral y los principios de la justicia que caracteriza las relaciones de los ciudadanos en la concepción modelo de una sociedad bien ordenada. Cumple su rol al modelar la manera en la cual los ciudadanos de una sociedad bien ordenada, considerados

como personas morales, seleccionarían idealmente primeros principios de la justicia para su sociedad.]

La posición original es un dispositivo de representación que permite modelar las condiciones en las cuales personas consideradas libres e iguales deliberan acerca de los principios de la justicia que determinarán el tipo de instituciones sociales que desean apoyar y mantener. Este dispositivo emula el constructivismo kantiano en dos sentidos. Primero, de acuerdo a la doctrina de la voluntad pura, el imperativo categórico basta para determinar el contenido de la ley moral al modelar las condiciones de una voluntad racional (en general) postulando para ello la regla de la universalidad de la propia máxima. Para Rawls, el procedimiento establece las condiciones ideales que contienen “todos los criterios pertinentes de razonabilidad y racionalidad que se aplican a los principios y a las normas de la justicia política.” (1993/1995a, 112); esto significa que los principios así obtenidos son compatibles con la razón instrumental, así como con la razón práctica, es decir, se trata de principios racionales y razonables o, dicho de otro modo, que tales principios no podrían ser rechazados por agentes que son al mismo tiempo racionales y razonables. Segundo, así como la voluntad racional kantiana expresa la autonomía moral de las personas que ya solo se determinan por una ley de su razón, Rawls entiende que su procedimiento modela el ideal de la autonomía, racional y política, de los ciudadanos. En cierto modo, el ideal de la autonomía se desglosa en dos pasos del procedimiento (véase 2.2.3 y 2.2.4); sin embargo, lo importante es que los ciudadanos retienen el mismo papel como agentes morales en el procedimiento

de construcción, es decir, las partes están libres de criterios independientes quedando garantizado así su máxima prioridad en la elección de los principios (Freeman 2007, 290). Debemos resaltar este último punto porque esto nos permite entender una de las características más importantes del constructivismo rawlsiano. En el utilitarismo de las reglas —el tipo de utilitarismo defendido por Mill— el procedimiento consiste en evaluar si la institución en cuestión satisface el criterio del máximo bienestar social neto, de esta manera el tipo de estrategia que se sigue aquí es el de diseñar un procedimiento que pueda acercarnos al criterio deseable; por ejemplo, tomemos el caso de una ley de tributación, si se debe optar entre dejar que su aprobación se decida por voto popular o por un grupo de expertos en la materia dentro de un órgano político, parece más recomendable el segundo proceder ya que cada individuo desearía no pagar ningún tributo de ser posible ocasionando así un resultado final menos ventajoso en términos sociales, así el segundo mecanismo nos acerca más al criterio preestablecido, a saber, la mayor utilidad social neta. Rawls llama a este primer enfoque como «procedimentalismo perfecto», en este ya disponemos de un criterio anterior con el cual tratamos de hacer conformar nuestro método. Por el contrario, en la Justicia como Equidad lo que tenemos es un «procedimentalismo puro» del más alto nivel, esto significa que no contamos con criterios disponibles previos y que solo las condiciones del procedimiento garantizan su resultado como justo; el ejemplo que puede ofrecerse para ilustrar este tipo de procedimentalismo es el de los juegos de azar en los cuales no existen criterios independientes de tal forma que, siempre que se hayan seguido las reglas, su resultado se considera imparcial o correcto (1971/1995b, 90-91).

Ahora nos concentraremos en el argumento principal de Rawls acerca de su constructivismo. Robert Paul Wolff ha dicho que este argumento es “una de las más bellas ideas de la historia de la teoría social y política.” (1977/1981, 23); veremos por qué. Dicho brevemente, el punto que Rawls está tratando de probar es que tomados todos los criterios formales pertinentes podemos establecer principios sustantivos de acuerdo a una concepción del tipo de agencia. Para entender esto fijémonos un momento en Hobbes. En el estado de naturaleza, nos dice el filósofo inglés, sin un poder que garantice la convivencia segura, el orden social degenera en un estado de guerra; pero esta situación no es la de una lucha efectiva sino la de una disposición a la discordia (*Lev. I, XIII, 63*). Hobbes no nos dice que en un estado de naturaleza todos se harán la guerra necesariamente, sino que en un escenario tal nos encontraríamos a merced de nuestro enemigo. Pero también nos dice que en un estado tal cada hombre posee un derecho a “usar su propio poder como quiera, para la conservación de su propia naturaleza (...), para hacer todo aquello que su propio juicio y razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin.” (*Lev. I, XIV, 65*). Podemos reformular lo que Hobbes quiere decirnos de la siguiente manera: ¿qué elegiríamos hacer si estuviéramos en una situación en la que nuestra vida corriera un peligro constante y tuviéramos la capacidad de emplear todos los medios para conservarla? El estado de naturaleza es un dispositivo de representación que trata de eliminar las características irrelevantes de la situación hipotética como la solidaridad o la simpatía natural entre los hombres; se entiende que tales cosas existen en el mundo social real, pero son irrelevantes desde el punto de vista de la agencia, es decir, no constituyen móviles adecuados

o suficientes. Este es un tipo de procedimentalismo porque Hobbes no cree como Aristóteles que la vida política se encuentre en un continuo con la naturaleza del hombre, es decir, que sea algo a lo que estamos inclinados por disposición natural (*Pol.* I, 2, 1252b); así que entrar en ella es siempre una cuestión de elección, una elección racional. Pero este tipo de procedimiento es perfecto y no puro, ya que al asociarse lo que se busca es garantizar la paz y la seguridad de los hombres; por esta razón es que los individuos deciden pactar la constitución de un Estado absolutista que tenga el poder suficiente de garantizar la convivencia armónica, se trata del mecanismo más apropiado de acuerdo a la finalidad querida. De cualquier modo, quedan aquí fijados los elementos centrales de este tipo de razonamiento; los criterios del procedimiento vienen dados por: a) la capacidad que tienen los hombres para gobernarse a sí mismos, así como sus poderes naturales de razón y juicio; b) la posibilidad de servirse de cualquier medio para procurar su conservación; y c) la situación de guerra latente en la que se hallan en el estado de naturaleza. Estos criterios son parcialmente formales porque si bien no nos dicen cómo debe ser la vida política, sí nos señalan un criterio de éxito: la seguridad y paz de los hombres.⁴⁸ El argumento funciona porque de la forma en que actúan regularmente sujetos con una capacidad de agencia determinada se sigue, como

⁴⁸ Puede seguir afinándose este argumento ya que de la situación hipotético del estado de naturaleza puede decirse que se derivan los principios políticos de la soberanía absoluta y el de la legalidad (Hampton 1986, 97 ss.).

conclusión del procedimiento, una conducta que no está presente en la premisa del argumento: la «asociación civil» que deriva en el Estado Absoluto.

Esta breve digresión sobre Hobbes nos permitirá entender mejor el valor de la posición original. Tal como hemos dicho, se trata de un recurso de representación en el que se modelan las condiciones de racionalidad y razonabilidad que desembocan en los dos principios de la justicia. La pregunta que nos hacemos ahora es de qué forma funciona este argumento. Antes de nada, debemos decir que el argumento no estará completo hasta desarrollar la forma en que una «sociedad bien ordenada» es estable por buenas razones. Así tenemos dos partes de un mismo argumento que pueden separarse en la justificación interna y externa del procedimiento de construcción. Mientras el primer paso del argumento toma a la posición original como su centro heurístico, el segundo lo hace con la idea del consenso entrecruzado; estas dos partes del argumento se desarrollarán más adelante. Ahora sin embargo volvemos a la posición original para desarrollar sus puntos centrales.

Decir que la posición original es un recurso de representación significa decir que se trata de una circunstancia de laboratorio en la que introducimos una cláusula *ceteris paribus*; es decir, por esta cláusula damos por sentado que las circunstancias restantes permanecen iguales. Empezamos entonces diciendo que en la posición original deliberan partes que son representantes de las personas morales; una forma de interpretar esto es diciendo que en la posición original las personas

morales son vistas como partes.⁴⁹ Pero la situación se vuelve aún más compleja ya que Rawls introduce lo que llama el «velo de la ignorancia» que tiene el objetivo de eliminar las contingencias del mundo social real las cuales se constituirían como obstáculos frente a la posibilidad de un acuerdo justo (1993/1995a, 46). Ahora bien, cuando examinamos la concepción política de la persona (véase 2.1.2) dijimos que estas poseen dos poderes morales: a) la capacidad de perseguir una concepción del bien, y b) la capacidad de tener un sentido de la justicia. Estas son las características que representan el tipo de agencia moral que tienen las personas, esto es, son capaces de ser racionales así como de ser razonables (1993/1995a, 67). Aquí Rawls introduce un paso más del argumento:

Corresponding to the moral powers, moral persons are said to be moved by two highest-order interests to realize and exercise these powers. By calling these interests “highest-order” interests, I mean, that, as the model-conception of a moral person is specified, these interests are supremely regulative as well as effective. This implies that, whenever circumstances are relevant to their fulfillment, these interests

⁴⁹ La única razón importante que advierto acerca de la idea acerca de «partes» en la posición original y no llanamente de las mismas personas morales es que un acuerdo entre las últimas, dadas las condiciones de un determinado sistema social, implicaría que cientos de ellas formarían parte del acuerdo sobre tales principios y sus deliberaciones se tornarían inmanejables; así, imagino que Rawls considera estas partes como representantes adecuados que pueden llevar el proceso de decisión a término. Una idea similar es introducida por Ronald Dworkin acerca de un «juez hércules» que puede llevar a término el proceso de interpretación en un determinado caso.

govern deliberation and conduct. Since the parties represent moral persons, they are likewise moved by these interests to secure the development and exercise of the moral powers. (1999, 312)

[Correspondiendo a los poderes morales, las personas morales se dicen que están movidas por dos intereses de orden superior de realizar y ejercitar estos poderes. Al llamar a estos intereses como intereses de orden superior, quiero decir, que, como la concepción modelo de una persona moral es especificada, estos intereses son supremamente regulativos así como efectivos. Esto implica que, siempre que las circunstancias sean relevantes para su satisfacción, estos intereses gobiernan la deliberación y la conducta. En tanto que las partes representan a las personas morales, ellos están igualmente movidos por estos intereses para asegurar el desarrollo y ejercicio de los poderes morales.]

Esto significa que las partes tienen dos intereses de orden superior —una clase especial de interés— que se relaciona con el deseo de ejercitar sus capacidades para ser racionales, así como para ser razonables. Más adelante nos dirá que existe un tercer interés de orden superior, a saber, proteger y promover la concepción del bien que se tenga, cualquiera sea esta (1999, 313). Con ello tenemos tres intereses de orden superior: a) realizar y ejercer la capacidad para formar y perseguir una concepción del bien; b) realizar y ejercer la capacidad para tener un sentido de la justicia; y c) proteger y promover en la medida de lo posible una concepción del bien al margen de su contenido. De este paso podemos decir que introduce una versión muy original de un argumento kantiano antes visto. Los intereses generalmente están asociados a una concepción de lo bueno, nos

interesan las cosas que procuran nuestra felicidad; sin embargo, ya vimos como en Kant, la facultad de desear es principalmente una facultad para considerarse de una determinada manera, es decir, se trata de una facultad para autodeterminarse como ser racional. Aquí Rawls nos dice algo similar, como personas morales estamos interesados en ser un determinado tipo de sujetos y en ejercitar un determinado tipo de agencia; por un lado, nos interesa ser sujetos racionales que tienen la capacidad para formarse, evaluar, modificar y perseguir una concepción del bien; en segundo lugar, nos interesa ser sujetos razonables que pueden comprender, aplicar y actuar por un sentido de la justicia; finalmente, en tanto abrazamos una concepción del bien, nos interesa favorecer hasta donde sea posible dicha concepción del bien aunque no conozcamos su contenido.⁵⁰ Ahora bien, este paso es bastante arduo; lo que tenemos ahora es que las partes tienen intereses del más alto orden pero solo se trata de «intereses formales» (1993/1995a, 89). La mejor explicación que puede ensayarse aquí para aclarar esto es que se trata de intereses sobre el tipo de intereses que deseo tener: una persona puede tomar interés en una actividad compleja como la de escalar una montaña y verse de pronto desanimada por las

⁵⁰ Quiero resaltar un aspecto acerca de estos intereses en el que no entraré en más detalle. En *KCMT*, Rawls dice que el tercer interés aquí señalado es solo de un orden superior (*higher-order interest*), mientras que los dos primeros son del más alto orden (*highest-order interest*) (1999, 313); esto ya que el tercero debe quedar subordinado a los dos primeros. Esta diferencia es luego omitida en *LP*, en donde los tres intereses son considerados del más alto orden (1993/1995a, 88). Este es un aspecto que merece una mayor atención que no puedo procurarle aquí, así me limito a dejar constancia del mismo.

dificultades inherentes a tal actividad, de tal modo que, si persiste su deseo, puede formarse un segundo orden de intereses, por ejemplo, el interés en ser un alpinista; de este modo, este interés de segundo orden se encuentra en relación con el tipo de intereses que debe abrazar un sujeto así determinado: un alpinista será, digamos, el tipo de persona que adquiere un disfrute particular al vencer los retos que supone escalar una montaña; así, tener un interés de este tipo es tomar interés en un modo de ser, en una identidad que se despliega en una serie de funcionamientos. Considero, que esto es, en buena cuenta, lo que pretende señalar Rawls con esta idea; tener intereses del más alto nivel significa tener el deseo de ser una persona moral, se trata de la fijación del deseo por ser un individuo con dignidad.

El siguiente paso en el argumento es decisivo. Las partes solo tienen estos intereses de orden superior para decidir los principios de la justicia, pero el velo de ignorancia les impide conocer las circunstancias particulares que las personas morales poseen en la vida social ordinaria. ¿De qué forma pueden llegar a un acuerdo racional de este modo? Aquí Rawls introduce la idea de los bienes primarios. Los bienes primarios vienen dados de acuerdo a la siguiente enumeración (2001/2012, 91-92):

- a) Derecho y libertades básicas: libertad de pensamiento y conciencia. Además de las condiciones institucionales para el desarrollo y el pleno ejercicio de las dos facultades morales

- b) Libertad de movimiento y libre elección de empleo en un marco de oportunidades variadas que permitan perseguir diversos fines.
- c) Poderes y prerrogativas que acompañan los cargos y posiciones de autoridad y responsabilidad.
- d) Ingresos y riqueza (con un valor de cambio) que se requieren para lograr un abanico de fines.
- e) Las bases sociales del autorrespeto que aseguran la conciencia que tienen los individuos de su valor y que son fuente de la autoconfianza para promover sus fines.

Esta lista, nos dice Rawls, se elabora principalmente tomando en consideración la concepción política de la persona, esto es, se trata de una lista de bienes que asegura el pleno ejercicio de los poderes morales de los ciudadanos que como ya vimos constituyen el interés de orden superior más alto de las partes en la posición original. La apuesta de Rawls es que las partes en la posición original conociendo los intereses de índole superior de sus representados evaluarán las concepciones de la justicia en relación a su capacidad para asegurar los bienes primarios. La idea es que un procedimiento altamente formalizado facilite la elección de una concepción suficientemente general de la justicia desde el punto de vista de cualquier ciudadano suficientemente racional. El proceso de decisión es aquí solo racional, es decir, los principios que se eligen para la estructura básica de la sociedad son aquellos que satisfacen de mejor manera el mayor disfrute de la lista de bienes primarios; de este modo, este es un mero razonamiento instrumental. En

LP, Rawls nos dice que aquí el razonamiento es «artificial» y no político ya que se trata de un artificio de la razón (1993/1995a, 89).

Como conclusión de dicho procedimiento se obtienen los dos principios de la justicia. Estos principios se han reelaborado desde *TJ*; su formulación final en *JE* es la siguiente (2001/2012, 73):

- a) Principio de libertad: cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos; y
- b) Principio de diferencia: las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades; y, en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad.

Para Rawls, estos principios de la justicia determinan lo que constituye el ideal de una «sociedad bien ordenada», este tipo de sociedad está caracterizada principalmente porque toma como foco una concepción política de la justicia que todos sus miembros consideran la más razonable y, por tanto, digna de apoyo. Los principios no hacen más que expresar un ideal profundamente democrático, a saber, su posición paritaria en el arreglo social. No estamos aquí frente a un liberalismo sustantivo o comprensivo que considere la naturaleza humana como libre en un sentido metafísico; la pretensión de Rawls es establecer las bases del igual respeto entre personas que se ven desde el inicio como libres e iguales porque son capaces

de ejercer las capacidades del razonamiento y el juicio; esto significa que las libertades no son inherentes a una naturaleza humana sino que se establecen como esenciales a partir de nuestro reconocimiento como sujetos de igual respeto.

A modo de resumen enumeremos los pasos del constructivismo rawlsiano. Debe tomarse en cuenta que el punto de vista que tomamos aquí es el de usted y el mío que examinamos la concepción de la Justicia como Equidad (1999, 320-21); decimos así que los pasos son los siguientes:

1. Consideremos una concepción de la persona con dos poderes morales (adoptar una concepción del bien y poseer un sentido de la justicia).
2. Consideremos estos poderes morales como intereses de índole superior que tienen las personas; además del interés de índole superior de favorecer en la medida de lo posible nuestra concepción del bien.
3. Consideremos una situación hipotética (posición original) en la que las partes — que representan a las personas morales— pueden elegir qué tipo de principios pueden aplicarse a la estructura básica de la sociedad para considerarla justa. Esta situación hipotética introduce un velo de ignorancia que impide conocer la situación particular de las personas en el arreglo social real.
4. Consideremos una lista de bienes primarios que constituyen las condiciones sociales básicas que permiten a las personas ejercitar sus dos poderes morales.
5. Consideremos un conjunto de concepciones de la justicia (intuicionismo racional, utilitarismo, Justicia como Equidad, etc.) así como sus contenidos (principios morales inanalizables, principio de utilidad, dos principios de justicia, etc.).

6. Consideremos qué concepción de la justicia elegirían racionalmente las partes en función de qué tipo de principios aplicados a la estructura básica de la sociedad podrían asegurar una mejor distribución de los bienes primarios para sus representantes (dos principios de la justicia).
7. Consideremos una concepción de la sociedad bien ordenada como aquella efectivamente regulada por una concepción política de la justicia.
8. Consideremos si la Justicia como Equidad puede ajustarse así a la descripción de una sociedad bien ordenada entre personas consideradas libres e iguales una vez se ha levantado el velo de la ignorancia.

El argumento no requiere mayores aclaraciones excepto los puntos 7 y 8 que son especialmente importantes en relación con la concepción de una democracia deliberativa. Originalmente, la posición original estuvo pensada para articular un procedimiento de razonamiento deductivo desde el cual se pudieran desprender los dos principios de la justicia formulando una situación artificialmente caracterizada; sin embargo, el problema de la estabilidad hará necesario que se adopten algunos matices en la función que cumple este recurso. Los detalles se desglosarán más adelante; aquí lo importante es reconocer que los últimos pasos corresponden no ya al ámbito de la posición original, sino al de una democracia constitucional marcada por el hecho del pluralismo. Esto tiene el significado de que el constructivismo político se extiende no solo al ámbito individual desde la que se puede ingresar en cualquier momento a la posición original, sino también al ámbito

de lo público en el que los ciudadanos llevan adelante el proyecto de implementar los principios de la justicia a sus instituciones sociales reales.

Hasta aquí hemos elaborado la tesis central del constructivismo político; como puede observarse se trata de un procedimiento relativamente intrincado en el que se modelan aspectos relativos a la autonomía y a la equidad. A continuación, evaluaremos las dos partes en los que se desglosa el argumento, así como la paulatina transformación de la Justicia como Equidad en el segundo momento. En este último estadio tendremos el desarrollo de una concepción sobre la democracia deliberativa que completará el panorama general.

2.2.3. Justificación interna: posición original y principios de la justicia

Habíamos considerado que el problema de la justificación de la Justicia como Equidad constaba de dos partes, una primera relacionada con la elección de los dos principios de la justicia en la posición original y una segunda relativa a la estabilidad política por buenas razones. Esta sección tiene por objetivo desarrollar algunas de las características del primer paso del argumento constructivista, a saber, la idea de la posición original y los principios de la justicia que así son construidos. Cuando hablamos de una justificación interna a lo que nos referimos es a un primer nivel de justificación al interior de la concepción de la Justicia como Equidad. En *TJ*, Rawls consideraba que el problema de la justificación solo concernía a este primer nivel, pero esta posición cambiará en *LP* y *JE* en donde ya el problema de la razón pública ocupa un lugar más destacado en relación con las posibilidades de la Justicia como Equidad como el foco de un consenso entrecruzado. Una justificación interna

también puede entenderse en relación al modo en que una doctrina práctica es coherente internamente, mientras que una justificación externa puede asociarse a si es suficientemente persuasiva para motivar a los individuos a actuar de acuerdo con ella. Naturalmente, el segundo paso no trata solo de la motivación, sino de si esta motivación viene respaldada por buenas razones desde el punto de vista de aquellos que evalúan la doctrina en relación con su perspectiva históricamente situada.

Existen algunas consideraciones preliminares que permitirán destacar mejor el papel que cumple la posición original. En primer lugar, un recurso de representación tan sofisticado no sería necesario de no existir un problema que se quiere resolver; dicho problema no puede enunciarse de manera tan general como el problema de la justicia distributiva, sino que debe asociarse al tipo de respuesta que espera alcanzarse con dicho recurso, a saber, términos equitativos de cooperación para la estructura básica de la sociedad. Así, el problema que Rawls tiene en mente cuando plantea la posición original se puede entender en términos generales como las «circunstancias de la justicia». Estas circunstancias son de dos tipos en relación a aquello que se construye en la posición original. Por un lado, existen circunstancias objetivas que incluyen una natural similitud en capacidades entre los hombres, así como las circunstancias de escasez moderada, es decir, los recursos disponibles no son ilimitados con lo cual existe un natural conflicto por ellos; también existen circunstancias subjetivas que vienen dadas por los diferentes fines que tienen los individuos, poseen además carencias en sus capacidades de conocimiento e intelecto, así como falencias en sus juicios (1971/1995b, 126-27).

Por otro lado, tenemos el hecho del pluralismo razonable, es decir, en una sociedad democrática existirá de manera permanente una pluralidad de doctrinas filosóficas, morales y religiosas cuyas divisiones ponen en una situación de tensión permanente los asuntos relativos a las esencias constitucionales; así, se requiere de un acuerdo fundamental acerca de cómo tratar estos asuntos de forma razonable para todos los implicados (2001/2012, 123-24).

En segundo lugar, existen algunas restricciones formales del concepto de lo justo que son importantes de considerar. En *TJ*, Rawls considera que estas restricciones son cinco;⁵¹ la lista completa es la siguiente: a) generalidad, b) universalidad, c) publicidad, d) jerarquía y e) definitividad. La generalidad está asociada a que los principios de la justicia deben formularse sin referencia a particularidades contingentes o asociadas a determinadas personas o grupos, por ejemplo, un principio de la justicia nunca podría tener la forma: “no se debe mentir cuando llueve” o “se debe hacer lo que Juan quiere”, tales expresiones no son generales y no sirven para cualquier momento o lugar. La universalidad refiere el universo de aplicación de los principios, estos deben ser válidos para todos y no solo para algunos o para algún grupo; además, deben poder ser cumplimentados

⁵¹ En *JE*, ya solo introduce las tres primeras condiciones; sin embargo, no parece haber razón para la omisión ya que no existe ninguna diferencia fundamental en la función que cumplen tales condiciones.

sin contradicción, ya que esto entrañaría que no pueden ser universales.⁵² La publicidad se relaciona más estrechamente con el problema de la justicia política, esto es, con que tales principios se aplican a la estructura básica de la sociedad y por tanto constituyen los valores políticos fundamentales; así, esta condición requiere que los principios puedan generar suficiente apoyo por parte de los miembros de la sociedad para su sostenimiento. La condición de la jerarquía establece que los principios de la justicia tengan la capacidad para establecer ordenaciones sobre las demandas en conflicto; esta condición supone que si un principio no puede jerarquizar exigencias enfrentadas no constituye un principio satisfactorio, por ejemplo, el principio según el cual el más fuerte tiene derecho a una porción distributiva mayor no establece ninguna jerarquía aceptable ya que simplemente expresa una contingencia natural arbitraria. Finalmente, la condición de definitividad establece que dichos principios resuelven de forma definitiva los problemas concernientes a las exigencias razonables que se puedan hacer, no existe un orden de apelación superior en el cual puedan volver a ventilarse aquellas cuestiones resueltas por los principios de justicia (1971/1995b, 130-34).

Las circunstancias de la justicia y las restricciones formales al concepto de lo justo son modeladas en la posición original, esto significa que dicho artificio incorpora tales elementos para que el resultado obtenido exprese sus consideraciones. Así, por ejemplo, las partes en la posición original conocen cuáles

⁵² Esta condición la estipula también Kant en su formulación de la ley universal para el imperativo categórico (véase 2.2.2.1)

son las circunstancias de la justicia en la cual se hayan sus representados. Ahora bien, el elemento central que permite introducir las condiciones formales del concepto de lo justo es el velo de la ignorancia; en *TJ*, Rawls nos dice lo siguiente:

Ante todo, nadie conoce su lugar en la sociedad, su posición o clase social; tampoco sabe cuál será su suerte en la distribución de talentos y capacidades naturales, su inteligencia y su fuerza, etc. Igualmente nadie conoce su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología, tales como su aversión al riesgo, o su tendencia al pesimismo o al optimismo. Más todavía, supongo que las partes no conocen las circunstancias particulares de su propia sociedad. Esto es, no conocen su situación política o económica, ni el nivel de cultura y civilización que han sido capaces de alcanzar. Las personas en la posición original no tienen ninguna información respecto a qué generación pertenecen. Estas amplísimas restricciones al conocimiento son apropiadas en parte porque entre las generaciones y dentro de ellas se plantean cuestiones de justicia social, por ejemplo la cuestión de cuál es la cantidad de ahorros apropiada o la cuestión de la conservación de los recursos naturales y del medio natural. Existe también, al menos teóricamente, la cuestión de una política genética razonable. Con objeto de completar la idea de la posición original, tampoco en estos casos deberán las partes saber cuáles son las contingencias que les llevarán a oponerse entre sí. Tendrán que escoger aquellos principios con cuyas consecuencias estén dispuestas a vivir, sea cual sea la generación a la que pertenezcan. (1971/1995b, 135-36)

El velo de ignorancia impide que los ciudadanos se traten de otro modo que no sea el de personas libres e iguales. La idea central es que el velo de ignorancia permite eliminar las diferencias tocantes al poder de negociación en una situación social real; ni las ventajas que ofrece la posición social o el poder económico, ni aquellas que se desprenden de los talentos naturales son aquí importantes; lo único que se toma en cuenta en la posición original son los poderes morales de las partes.

Otra forma de interpretar el velo de ignorancia es tratarla como una manera de elevar las exigencias de universalización como condición de juicios morales justos. John Mackie considera que estas exigencias de universalización pueden dividirse en tres niveles. El primer nivel de universalización es el de la «indiferencia numérica», esto significa que un juicio moral universal no considera las diferencias entre personas por el simple hecho de tratarse de dos o más individuos particulares; un juicio moral hace abstracción de la condición de ser personas individuales y establece una pauta para un conjunto social de tal modo que si un juicio tuviera validez para solo uno o un grupo reducido de individuos por el mero hecho de ser particularizables, este probaría ser una pauta arbitraria; por ejemplo, de este tipo son las éticas nacionalistas cuyos mandatos de respeto mutuo solo se extienden al subgrupo considerado parte de la nación; estos mandatos consideran relevante el simple hecho de ser susceptibles de una caracterización relativa a una identidad (v. *gr.* alemanes, serbios, estadounidenses, etc.), pero la importancia de esta es la misma que si se caracterizaran en relación a su altura o a su peso (1977/2000, 95 ss.).

Al segundo nivel de universalización podemos llamarlo el de la «indiferencia objetiva», aquí lo importante es que los juicios morales no tomen en cuenta las particulares posiciones de riqueza, poder o clase; así también se es indiferente a la llamada lotería natural, esto es, se omiten las características físicas o mentales cuya naturaleza desvirtuaría las reglas que están dispuestos a darse individuos así situados. Para un hombre rico puede parecer razonable que todos asuman los costos de vida a cambio de pagar menos impuestos; sin embargo, desde el punto de vista de un hombre con recursos escasos tal máxima solo expresa una posición privilegiada. Así, los juicios deben poder sostenerse al margen de las condiciones objetivas de vida en las que uno se encuentre (1977/2000, 104).

El tercer nivel de universalización es el de la «indiferencia subjetiva»; esto implica que los juicios morales deben hacer abstracción de las preferencias, los ideales y los valores personales que cada individuo o grupo posee. Este último punto debe diferenciarse apropiadamente del primero. Cuando decíamos que el nacionalismo implica juicios morales que hacen diferencias numéricas, este puede parecer un caso más bien de diferencia subjetiva; pero el punto que marca la distinción entre estos dos niveles es que en el primer caso el rasgo sobre el cual incide la diferencia no se centra en un ideal comprensivo de vida, sino en una diferencia externa arbitraria que no guarda relación alguna ni siquiera con el bienestar racional. Una persona puede verse inclinada a guiarse por máximas que favorezcan su situación personal, por ejemplo, siendo un aristócrata utilitarista, pero eso no le impide reconocer que si se encontrara en una posición social menos ventajosa se guiaría por una máxima igual; así lo hace de hecho Julien Sorel, el

personaje de *Rojo y Negro* de Stendhal, cuya ambición personal le lleva a despreciar sus orígenes humildes y a tratar de subir en la escalera social por cualquier medio en la Francia de la Restauración. En el caso del nacionalismo esto no ocurre, las personas que abrazan este tipo de normatividad no pueden salir de su propia perspectiva porque esta es la que constituye la fuente del valor. Un ejemplo de esto lo ilustra la biografía del profesor Ernst Kantorowicz, famoso medievalista de origen polaco, cuyo entusiasmo con el nacionalismo alemán le llevó a participar activamente de esta ideología —incluso como soldado en diferentes campañas alemanas de mediados del siglo XX—; él se consideraba un alemán verdadero y, sin embargo, una vez que el nazismo se tornó virulento, tuvo que huir de Alemania ante el peligro de ser apresado y muerto. Para Kantorowicz esta contradicción no apareció hasta el ascenso del nazismo al poder porque siempre consideró que ser alemán era una cuestión ética y no una natural. Ahora bien, el tercer tipo de universalización apunta precisamente a la sustracción de una concepción sistemática sobre lo bueno; esto se puede decir también en términos positivos, por ejemplo, si una persona puede conceder un igual peso a las diferentes concepciones sobre lo bueno tal vez puede ingresar en la perspectiva de un orden moral tal que pueda comprender los más amplios y variados puntos de vista. El principio de la tolerancia cumple con esta elevada exigencia de universalización al tratar en pie de igualdad a todas las concepciones religiosas dentro de una sociedad democrática; en otras palabras, el principio de tolerancia pasa el tercer *test* de universalización.

El velo de ignorancia, decimos así, puede considerarse como incorporando las más altas exigencias de universalización de los juicios morales, ya que no solo es indiferente objetivamente (no considera la posición social o los talentos naturales), sino también subjetivamente (no concede relevancia a concepciones sobre lo bueno). Esto termina por acercar el procedimiento rawlsiano al tipo de perspectiva que abraza Kant. La posición original y el velo de ignorancia tiene por objetivo reproducir la misma posición de autonomía de los sujetos morales como seres libres. Para Kant, actuar conforme a la ley moral es actuar de forma autónoma como seres racionales; de acuerdo a esta naturaleza inteligible somos seres libres que podemos darnos a nosotros mismos leyes de libertad. Rawls interpreta de este mismo modo la idea de la posición original:

Sugiero que concibamos la posición original como el punto de vista a través del cual seres noumenales contemplan el mundo. Los grupos compuestos de seres noumenales tienen completa libertad para elegir los principios que deseen; pero también tienen un deseo de expresar su naturaleza de miembros racionales del reino de lo inteligible con esta libertad de elección, es decir, como seres que pueden contemplar el mundo de este modo, y expresar esta perspectiva en su vida como miembros de la sociedad. Deben decidir qué principios, cumplidos conscientemente en la vida diaria, manifiestan del mejor modo posible esta libertad en su comunidad y revelan más claramente su independencia de las contingencias naturales y de los accidentes sociales. (1971/1995b, 240)

Estas consideraciones permiten comprender de una manera más cabal el hecho de que Rawls siempre considerara su procedimentalismo como una variante de la filosofía moral kantiana. En *LP*, Rawls abrazará más decididamente una formulación acerca de este punto de vista en la idea acerca de un constructivismo político. Sin embargo, la diferencia que se establece de *LP* en adelante no tiene que ver ya directamente con el problema distributivo. Para comprender esto debemos hacer una pequeña atinencia en relación con la condición del velo de la ignorancia. La primera vez que esta restricción es incorporada al *corpus* teórico de la Justicia como Equidad es en *Distributive Justice* (1967); aquí se tiene por objetivo corregir las deficiencias de la estrategia empleada en *Justice as Fairness* (1958) referida a una situación de elección muy parecida al de un problema de negociación (*bargaining problem*). En dicho escenario, cada parte enuncia de antemano sus preferencias por principios de justicia que entienda se aplicarán ya no solo a sus propias demandas, sino a las de todos; la convicción de Rawls en este momento se cifra en su esperanza de que una situación así forzaría a las partes, en su ejercicio teórico, a tomar partido por principios tan generales que pudieran ser caracterizados como morales por sus altas exigencias de igual tratamiento. Sin embargo, esta situación de elección adolecía de los problemas, arriba mencionados, al no incorporar mayores exigencias de universalización. Lo que debemos notar aquí es que Rawls pensaba que se trataba principalmente de un problema distributivo y por ello su modelo inicial es el de un juego de negociación en el que debe distribuirse un excedente social (*social surplus*) que es el producto de una práctica en la cual existe y se justifica una cierta desigualdad (Wolff 1977/1981, 35 ss.).

En *LP* y *JE*, Rawls ya no solo tiene en mente que su situación hipotética tiene por objetivo únicamente la elección de los dos principios de justicia relativos al problema distributivo, sino también aquello que se denominará como «las cargas del juicio» (*burdens of judgement*); de esta manera el acuerdo original tiene ahora dos partes: a) un acuerdo sobre los principios de la justicia política para la estructura básica, y b) un acuerdo sobre los principios del razonamiento y sobre reglas de evidencia que permitan decidir a los ciudadanos de qué forma, cuando y en qué medida los principios se han satisfecho, y qué leyes y políticas los realizan mejor (2001/2012, 129-30). Las cargas del juicio son un recurso para delimitar el marco de la deliberación pública sobre cuestiones fundamentales de la vida política; podríamos pensar en ellas como en las garantías normativas de la libertad de expresión. Generalmente se entiende el espacio público como el foro libre del intercambio de opiniones; sin embargo, es cierto que ciertas creencias o informaciones pueden generar un efecto nocivo en la formación del juicio político (v. gr. los discursos de odio, *fake news*, la pseudociencia, etc.); por esta razón, las cargas del juicio se consideran como límites a las posibilidades del desacuerdo razonable, dicho de otra forma, no existe una igualdad de opiniones, éstas deben filtrarse con el objeto de considerar solo aquellas razonables desde el punto de vista de las cargas del juicio.⁵³ Esta expansión del contenido de la justicia marca un primer movimiento hacia una teoría de la democracia deliberativa.

⁵³ En *LP*, Rawls considera las cargas del juicio en su función negativa, esto es, como aquellos elementos que establecen el desacuerdo razonable; en *JE*, su función está descrita de forma

Ahora bien, la justificación interna es principalmente un ejercicio de la razón instrumental sujeta a inferencia deductiva en la que hacemos comparaciones entre principios (de la justicia) disponibles para las partes de la posición original; esto ha llevado a confusión a algunos de sus críticos, por ejemplo, Höffe ha señalado sobre Rawls que “sólo indirectamente mantiene una postura utilitarista.” (1987/2003, 48); sin embargo, no debemos perder de vista que la justificación interna no agota sus pretensiones de ofrecer una justificación normativa de la justicia. Por otro lado, esta primera forma de justificación tiene el objetivo de solucionar el problema de la justicia de trasfondo que consta de dos partes: las esencias constitucionales y la justicia distributiva. En este sentido, el argumento de Rawls consta de dos comparaciones fundamentales.

La primera comparación fundamental se da entre los dos principios de la justicia y el principio de utilidad; sin embargo, Rawls evalúa particularmente aquí las razones que apoyan el primer principio de la justicia, esto es, un esquema compatible e igual de libertades para todos los miembros de la sociedad. El argumento es que dadas unas determinadas condiciones en la posición original siempre será preferible elegir el primer principio al principio de utilidad para garantizar la prioridad de las libertades básicas iguales. El tipo de razonamiento que se desarrolla aquí emula las directrices del llamado criterio «maximin», aunque no

positiva, esto es, como los elementos que permiten fijar los razonamientos políticos válidos en materia de justicia básica (1993/1995a, 72-73; 2001/2012, 132).

las incorpora directamente.⁵⁴ El criterio maximin nos dice que, en una situación de incertidumbre, dadas unas determinadas alternativas disponibles, debemos adoptar aquella estrategia cuyo peor resultado sea el mejor entre los peores resultados del conjunto. Rawls argumenta que si los dos principios de justicia pueden asegurar las libertades básicas iguales para todos a un nivel mínimamente satisfactorio, las partes no se arriesgarían a escoger el principio de utilidad de acuerdo al cual algunas libertades podrían verse sacrificadas en función de un mayor bienestar social; al no tener opción de calcular las posibilidades reales de sus alternativas debido al velo de ignorancia, las partes no pueden hacer más que escoger una estrategia conservadora y elegir el mínimo resultado más ventajoso posible, es decir, los dos principios de la justicia (2001/2012, 143-44). En un orden de razones distinto, Rawls ofrece otro argumento referido al papel que juegan las libertades básicas en un esquema constitucional dado el hecho del pluralismo.⁵⁵ En una

⁵⁴ Rawls es bastante cuidadoso al señalar que no se trata de la aplicación misma del criterio maximin, ya que este criterio se aplica conservadoramente a los modelos de la teoría de decisión bajo condiciones de incertidumbre; esta regla presenta desafíos importantes en la teoría económica ya que se llega, a través de ella, a resultados irracionales (Harsanyi 1975, 595-97). Por esta razón, Rawls introduce en *JE* condiciones explícitas para complementar su posición; de este modo, la solución maximin representa ya solo un método heurístico de pensar esta solución (1971/1995b, 150; 2001/2012, 139).

⁵⁵ Esta segunda razón no está claramente elaborada en *TJ*, ya que solo se ofrece ahí una explicación acerca de cómo es mucho más claro, para los ciudadanos, el primer principio de justicia que los cálculos de utilidad que deberían llevarse a cabo; en tal sentido, el primer principio satisface mejor

democracia constitucional, las esencias constitucionales corren el riesgo de estar en disputa por las diferentes concepciones sobre lo bueno; así, el primer principio garantiza que estas cuestiones salgan de la agenda política al asegurarles su primacía respecto al segundo principio. Este segundo razonamiento es sumamente relevante ya que acentúa la naturaleza política de la situación de elección; puede decirse que las partes entienden su tarea como una que define una segunda naturaleza para sus representados, la del reino o dominio de lo político:

Las partes tratan, en efecto, de dar forma a un determinado tipo de mundo social; no conciben el mundo social como un mundo fijado por la historia sino, al menos en parte, como un mundo que depende de ellos. Entienden que el mejor acuerdo es aquel que garantiza la justicia de trasfondo para todos, alienta el espíritu de cooperación entre ciudadanos sobre una base de respeto mutuo, y admite dentro de sí un espacio social suficiente para formas (permisibles) de vida enteramente dignas de la fidelidad de los ciudadanos. (2001/2012, 163)

Ahora pasaremos a la segunda comparación fundamental; esta se realiza entre los dos principios de justicia y el principio de utilidad restringida. Este principio de utilidad restringida está constituido por el principio de libertad (de la Justicia como

la condición de publicidad. Las consideraciones acerca del pluralismo democrático y de la indisponibilidad de las esencias constitucionales parecen engarzarse mejor con la reformulación introducida por Rawls en sus revisiones posteriores.

Equidad) y el principio de utilidad media considerando un mínimo social adecuado; esto significa que el principio de utilidad restringido opera garantizando las libertades básicas iguales y un mínimo social —sea este psicológico o biológico— dejando así un margen en el que puedan establecerse políticas que generen el mayor bienestar social dentro de estos límites. Así descrito, el principio de utilidad restringida parece un duro contendiente de los dos principios de la justicia y esta es una situación de elección que debe poder destacar las razones de fondo que respaldan el segundo principio. Rawls ofrece tres clases de razones para contestar al principio de utilidad restringida, estas son las razones de publicidad, reciprocidad y estabilidad; sin embargo, me concentraré en las razones de reciprocidad ya que contrastan de manera más directa un ideal de igualdad que Rawls quiere resaltar.

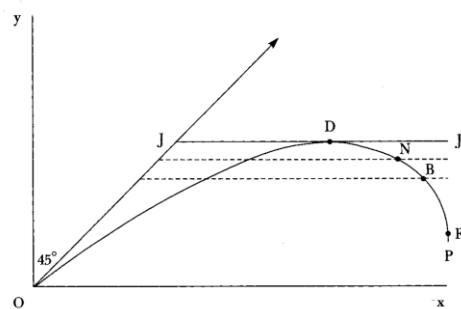
Si se evalúan el principio de diferencia y el de utilidad restringida por sus resultados salta a la vista que estos no serían radicalmente diferentes. Quedando las esencias constitucionales fuera de todo debate y un mínimo social garantizado —cualquiera que este sea—, puede entenderse que, en términos únicamente instrumentales, las partes podrían verse inclinadas a preferir una situación social en la que se maximice el bienestar social dentro de estos parámetros; finalmente, uno podría considerar que, así las cosas, la estructura básica debe ser eficiente en la asignación de sus recursos en orden a incrementar los excedentes sociales a distribuir. Este es un razonamiento válido dentro del orden de razones que hemos venido describiendo; Rawls considera que este esquema muy bien puede corresponderse con el de un Estado capitalista del bienestar (2001/2012, 176). Sin embargo, esto deja fuera la noción de fondo del principio de diferencia, a saber, una

tendencia hacia la igualdad y a la reciprocidad. En un determinado esquema de distribución en el que se han garantizado mínimos, las instituciones pueden organizarse para que se obtenga un resultado más eficiente a costa de una mayor distribución igualitaria con los recursos que quedan disponibles, esto es, este excedente es considerado *plus* si se usa para el incremento de la porción distributiva de los menos aventajados. Pero desde la perspectiva de la Justicia como Equidad no hay tal *plus*; la igualdad en la distribución tiene —luego del principio de libertad— una prioridad especial lo cual significa alcanzar el más alto nivel disponible de igualdad.⁵⁶ La razón de ello estriba en que para entender cómo se determina el

⁵⁶ El más alto nivel disponible de igualdad no significa de manera necesaria un esquema ineficiente de distribución. Rawls grafica de la siguiente manera su esquema. El eje *y* expresa los pagos —en bienes primarios— al grupo de los menos aventajados, mientras el eje *x* expresa el pago al grupo de los más aventajados. La línea OJ (cuyo ángulo es de 45°) representa la situación de perfecta igualdad. La curva OD con el punto D, tocando la paralela JJ, es el punto más alto que puede alcanzarse en términos de igualdad y eficiencia dentro de un esquema de cooperación en el que existen desigualdades aceptables. Los puntos N (equilibrio de Nash) y el punto B (punto de Bentham) representan soluciones menos igualitarias y más eficientes en términos de utilidades globales. Rawls considera que el principio de diferencia garantiza el mayor nivel de igualdad disponible y que este resultado sería preferible en la posición original (2001/2012, 96).

mínimo social garantizado por el principio de utilidad restringida debemos echar mano de algún criterio normativo con el que no se cuenta. La Justicia como Equidad, por el contrario, establece este criterio en relación con una idea de reciprocidad que se perfila a nivel de la concepción política de la justicia; se toman en consideración las ideas fundamentales de la persona y de la sociedad como un sistema equitativo de la cooperación para considerar que los ciudadanos se reconocen como iguales y por lo tanto no pueden aceptar una distribución menos equitativa de la que podrían obtener aún si el resultado fuera más eficiente globalmente.

Para finalizar esta sección debe dejarse constancia de que a lo largo de los años han aparecido críticas severas a la solución ofrecida por Rawls al problema que modela la posición original; muchas de ellas insisten en que los dos principios de la justicia no se seguirían de la situación hipotética planteada o que, más particularmente, el principio de diferencia conlleva soluciones inaceptables desde el punto de vista social. Cualquiera que sea el balance que se haga, no puede dejar de considerarse a Rawls como un filósofo de primera importancia para ventilar los asuntos relativos a la justicia distributiva; aunque sus soluciones no sean todo lo



(gráfico tomado de JE: 96)

concluyentes que quisiéramos, nos encontramos en un debate muy diferente del que se planteaba en los años setenta, ya que hoy tenemos muchas más esperanzas de encontrar una solución alternativa a los criterios utilitaristas que siguen dominando la disciplina económica. Esta sola contribución ha asegurado a Rawls un puesto permanente en la historia de la filosofía práctica.

2.2.4. Justificación externa: estabilidad y razón pública

La justificación externa está relacionada con la última parte del argumento constructivista, a saber, con la idea de una sociedad bien ordenada. Una sociedad está bien ordenada cuando está efectivamente regulada por una concepción política de la justicia; lo que interesa saber entonces es si la Justicia como Equidad puede efectivamente regular las relaciones entre los miembros de una sociedad de tal manera que se contengan las tendencias hacia la desintegración. El argumento no estará completo hasta que no se muestre de qué forma una sociedad democrática puede conservar su unidad y estabilidad dado el hecho del pluralismo razonable (1993/1995a, 137). Ahora bien, este paso en la doctrina de Rawls no debe confundirse con algún tipo de explicación sociológica acerca de por qué ciudadanos que pertenecen a un mundo social justo apoyan sus instituciones sociales o al menos no las desobedecen. La sociología política acaso pueda proporcionar una explicación sobre el tipo de fuerzas que mantienen una sociedad cohesionada; aquí, sin embargo, lo que se quiere mostrar es qué razones pueden tener los individuos para apoyar las instituciones políticas justas de una sociedad democrática, se trata de una cuestión normativa.

El argumento de Rawls acerca de la estabilidad puede dividirse en dos cuestiones que podemos caracterizar de forma breve como: a) el desarrollo de una apropiada psicología moral, y b) la posibilidad de un consenso entrecruzado. La cuestión acerca de una apropiada psicología moral la hemos visto anteriormente, aunque de forma escueta. En ella el problema versa acerca de cómo se forman las disposiciones internas necesarias que fortalecen el compromiso con los principios de la justicia o, dicho de otra manera, de qué forma adquirimos un sentido de la justicia (véase 2.1.3). En esta sección solo me ocuparé del problema acerca del consenso entrecruzado y de la idea de razón pública. Antes de entrar en este asunto quisiera ofrecer una caracterización más claramente normativa acerca del problema que estamos tratando.

Cuando Rawls considera el problema de la estabilidad, lo que le preocupa en cierto modo tiene que ver con el viejo problema relativo a la motivación moral, esto es, si los juicios morales nos mueven a actuar por sí mismos o si se requiere un elemento externo que represente un móvil suficiente de la acción.⁵⁷ El núcleo de este asunto problematiza la naturaleza normativa de los juicios morales, es decir, busca definir qué significa que un juicio moral sea normativo en relación a su papel

⁵⁷ Este debate se reactualizó recientemente con dos posturas claramente identificables: los internalistas consideraban que existían solo razones internas al agente que eran capaces de movilizarlo para la acción (Williams 1981, 101 ss.); por otro lado, los externalistas sostuvieron que existen, además de las razones internas, un tipo de razones externas cuya validez es objetiva y que nos proporcionan motivos para actuar (Nagel 1978, 79 ss.).

motivacional. Rawls considerará este problema en relación con la forma en que los valores políticos generan sus propias fuerzas motivacionales en los miembros de una sociedad equitativa de cooperación. Los ciudadanos pueden considerar que los principios de la justicia y los principios del razonamiento público son, en un primer sentido, justificables desde el punto de vista de la Justicia como Equidad; lo que Rawls se cuestionará a continuación es si este contenido político tiene una «fuerza normativa» que impele a los ciudadanos a conceder un peso superior a los valores políticos respecto de sus compromisos éticos no públicos. Pero el argumento de Rawls no es psicologista, no se trata aquí de qué cosas nos mueven de hecho a actuar moralmente, sino del modo en que los valores políticos ganan suficiente apoyo de las doctrinas comprensivas razonables. Por ello, el razonamiento que introduce aquí Rawls se relaciona, en términos generales, con la cuestión acerca de la forma en que la concepción política se relaciona con las concepciones comprensivas del bien. Como se verá, Rawls parece concebir una respuesta a esta cuestión muy próxima a la que proporciona el propio Kant, es decir, en la Justicia como Equidad el problema de la adecuada motivación moral se relaciona con el reconocimiento de que los principios de la justicia expresan nuestra autonomía plena en el mundo social; la forma en que se desarrolla este reconocimiento es el núcleo del argumento de la estabilidad.

Es importante destacar el continuo que mantiene el argumento desde la posición original. La cuestión de la estabilidad no es un problema ajeno al problema de la justificación desde la posición original. El punto de engarce se encuentra en la condición de la publicidad a la que está sujeta la concepción política de la justicia.

En la posición original, las partes deben evaluar si los principios de la justicia y los principios del razonamiento público pueden ser reconocidos como parte de una concepción pública de la justicia, esto es, que puedan ser reconocidos públicamente por los ciudadanos, de lo cual se desprende que, por ejemplo, no deben ser oscuros o difíciles de aprehender por el sentido común (1999, 327-28). En una sociedad bien ordenada, la concepción política de la justicia cumple con la condición de la publicidad en sus tres niveles. En el primer nivel, los ciudadanos reconocen mutuamente los principios de la justicia y los principios del razonamiento público; además consideran que las instituciones de la estructura básica están efectivamente reguladas por tales principios. En el segundo nivel, los ciudadanos reconocen los hechos generales que hacen que las partes seleccionen el contenido de la concepción política de la justicia; aquí los elementos centrales se relacionan con las circunstancias de la justicia, con el hecho del pluralismo y con los métodos de investigación aceptables, así como con las creencias generales del sentido común. En el tercer nivel, finalmente, los ciudadanos reconocen la justificación completa de la Justicia como Equidad en sus propios términos teóricos; esto no significa que todos los ciudadanos la conozcan de forma completa, sino que sus razones se encuentran disponibles para ellos; de esta manera se cumple la condición de la plena publicidad (2001/2012, 166).

Esta condición es estipulada desde el punto de vista de las partes en la posición original y tiene un papel muy específico, a saber, elevar las exigencias cognitivas que corresponden al dominio de lo político. Precisamente este es el argumento que Rawls desarrolla para la idea de un consenso entrecruzado. Para

entenderlo debemos notar, en primer lugar, que Rawls considera que la vida política es principalmente una actividad práctica cognitiva, ello significa que la actividad política queda situada principalmente en el nivel de la deliberación pública como una empresa colectiva de recíproca articulación racional. A diferencia de otras concepciones sobre lo político en las que, por ejemplo, se hace énfasis en un antagonismo irresoluble entre fuerzas coaligantes y oponentes (Schmitt 1932/1998, 56 ss.); en el Liberalismo Político, la vida democrática es vista como una actividad que se realiza en conjunto, los valores políticos no son vistos como sustancias éticas que se extienden en el horizonte de nuestra historia social, sino como prácticas actuales que fortalecen los lazos de solidaridad y confianza política entre los miembros y que ayudan en el establecimiento de soluciones razonables para problemas complejos.

Rawls diferencia el consenso entrecruzado de lo que denomina un mero *modus vivendi* a través de tres rasgos. En primer lugar, el objeto del consenso —la concepción política— es vista como una concepción moral ya que está asociada al valor de la justicia, es decir, es vista como expresando términos de justicia para los miembros de una sociedad; mientras que un *modus vivendi* solo expresa la estabilidad de intereses en competencia entre actores que consideran el acuerdo como favorable racionalmente. En segundo lugar, el consenso se apoya en fundamentos morales como las ideas de la sociedad como un sistema equitativo de cooperación o la idea de las personas libres e iguales; por otro lado, un *modus vivendi* descansa en el reconocimiento de unos términos mínimos (v. gr. autoridades electas o agendas políticas) que permitan salvar los impases políticos. En tercer

lugar, un consenso entrecruzado es estable por las razones correctas lo cual significa que, a diferencia de lo que ocurre con un *modus vivendi*, los miembros de una sociedad continuarán apoyando el foco del consenso aun cuando las circunstancias políticas hayan cambiado; los ciudadanos respetarán el contenido de la concepción política de la justicia porque hay buenas razones para hacerlo así y no porque no posean el suficiente poder para dominar a sus contrapartes (1993/1995a, 148-49).

Ahora bien, de qué forma se logra un consenso entrecruzado entre los miembros de una sociedad pluralista. En primer lugar, debe entenderse que el consenso entrecruzado es un consenso entre doctrinas comprensivas razonables, esto significa que no se trata de un consenso entre voluntades individuales, sino entre concepciones de lo que implica una vida buena, es decir, concepciones éticas. Esto tiene implicancias significativas. La teoría contractualista clásica se veía irremediamente envuelta en el problema de responder a una objeción fundamental, a saber, de qué forma individuos que se orientan solo por su autointerés adoptan, de pronto, la actitud de la primera persona del plural en su autodeterminación como un cuerpo social, en otras palabras, de qué manera se pasa de la autonomía moral a la autonomía política (Kant AA VIII, 289-90; Habermas 1992/2010, 156 ss.). Rawls se libra este escollo al desarrollar una idea de consenso situada al nivel de una autoafirmación ética, los individuos de la sociedad pluralista se hayan escindidos entre distintas concepciones filosóficas, religiosas o morales, pero ello no implica que hayan adquirido una concepción ética atomizada de acuerdo a la cual se consideren depositarios de derechos individuales que quedan

por encima de una autocomprensión colectiva, es decir, como individuos desvinculados (Taylor 1997/2005, 225 ss.); por el contrario, el natural proceso de la libertad de pensamiento da forma una pluralidad de concepciones que aglutinan una diversidad de experiencias y formas de vida las cuales son consideradas deseables para los individuos al interior de la sociedad, se trata de un tejido de ideas prácticas que cumplen una primera función de articulación social. Este plexo normativo tampoco debe entenderse como una mera pluralidad de grupos culturales que se hayan divididos por sus particulares compromisos éticos; el pluralismo comprensivo razonable es un espacio en el que se definen un rango de apuestas éticas. Una forma de explotar este concepto es atendiendo a una distinción que usa el propio Rawls. Una doctrina es plenamente comprensiva cuando elabora todos los valores y virtudes dentro de un esquema bien articulado; mientras que se trata de una doctrina parcialmente comprensiva cuando solo elabora de forma laxa algunos valores no políticos y algunas virtudes (1993/1995a, 172). Los cultos religiosos y las filosofías sistemáticas son casos de doctrinas plenamente comprensivas, también lo son ciertas formas estéticas de vida como el dandismo vitalista que Lord Henry Wotton encarna en *El retrato de Dorian Gray*, célebre novela de Oscar Wilde; por otro lado, son casos de doctrinas parcialmente comprensivas algunas concepciones que inciden solo sobre algunas dimensiones de la vida, por ejemplo, el emprendedurismo con su énfasis en la ética del trabajo o el impresionismo que elabora algunos valores del gusto estético. De esta manera, queda claro que estos diferentes esquemas de valores no identifican de forma rigurosa algún grupo social específico, sino más bien identifican una determinada

forma de ver el mundo; una persona o un grupo de personas puede abrazar alguna de estas concepciones o varias de ellas formando vínculos que se generan por la práctica de sus respectivos razonamientos no públicos.

El camino hacia el consenso entrecruzado se divide en dos pasos: a) el paso del *modus vivendi* al consenso constitucional, y b) el paso del consenso constitucional al consenso entrecruzado. La idea es que el consenso entrecruzado se consigue cuando se han logrado poner en juego, tras un periodo determinado, las fuerzas normativas que subyacen a la práctica de la democracia deliberativa. En el primer momento nos encontramos con que las fuerzas sociales han logrado estabilizarse de forma circunstancial en lo que se denomina un *modus vivendi*, esto es, una circunstancia en la que ningún grupo social puede imponer su concepción del mundo sobre los demás, es decir, existe un equilibrio de fuerzas. El consenso constitucional se consigue cuando ciertos principios liberales logran fijar un primer consenso de mínimos no negociables, por ejemplo, las garantías respecto de libertades esenciales; por otro lado, las reglas del procedimiento constitucional también definen el tipo de deliberación pública de acuerdo a la cual se deciden estas importantes cuestiones descargando así a los individuos de las enojosas tareas de dilucidar lo que sus instituciones exigen de ellos a través de recursos mucho más confusos o ambiguos.⁵⁸ Estos dos requisitos redundan en el apoyo que ganan

⁵⁸ En una sociedad confesional los criterios de acuerdo a los cuales debe conducirse la deliberación pública quedan fijados por el tipo de actividad hermenéutica que llevan a cabo los sacerdotes respecto de sus textos sagrados o de la tradición a la que pertenece determinado culto religioso; es

paulatinamente los valores de la equidad y del juego limpio entre todos los ciudadanos; en este primer consenso se refuerza el sentido de la justicia que define el tipo de relación que una sociedad de cooperación promueve entre sus miembros (1993/1995a, 161-62). Aquí debe destacarse que, aunque hayamos diferenciado al pluralismo razonable en aquellas doctrinas plenamente comprensivas y aquellas que lo son solo parcialmente, Rawls supone que en general ninguna doctrina es plenamente comprensiva de una forma cerrada o completa. Esto no implica una contradicción de la teoría, simplemente expresa un hecho evidente de la razón humana, a saber, que solo cuando nos confrontamos con problemas de difícil solución el pensamiento se activa y lleva a un nivel superior el análisis de las propias creencias y compromisos. Nadie tiene de forma natural una teoría completamente comprensiva de acuerdo a la cual viva su vida, más aún, puede afirmarse que nadie podría tenerla aún si se esforzara de forma muy activa en examinar sus propias convicciones religiosas, morales o políticas, ya que la forma natural en que esto ocurre tiene como ocasión el acontecimiento de la variedad de nuestra experiencia como seres humanos —que se extiende a lo largo de nuestra vida— y en la que juega una parte importante la fortuna. De esta manera, siempre estamos en el proceso de examinar y reexaminar nuestras creencias más profundas, las que le dan forma a nuestra autocomprensión como individuos y las que nos hacen

evidente que un individuo promedio no podría llevar adelante tales articulaciones sobre qué tipo de derechos y obligaciones pueden desprenderse de ese tipo de matriz conceptual altamente sofisticada.

valorar ciertas cosas por sobre otras. En este sentido, este primer consenso aprovecha este hecho natural de nuestra razón; a través del reconocimiento gradual de estos primeros principios liberales, las doctrinas comprensivas se conectan en un primer momento con el ejercicio de dar y recibir razones recíprocas.

En la segunda etapa, el consenso constitucional se encamina hacia un consenso entrecruzado. En *LP*, Rawls da un paso importante en la elaboración del problema de la estabilidad resolviéndose por rebajar las exigencias de su propia perspectiva. Hasta ahora nos ha dicho que el foco de un consenso entrecruzado es el contenido de la concepción política de la Justicia como Equidad; sin embargo, ahora nos dice que “existe otra posibilidad más realista y de más factible realización. En este caso, el foco de un consenso traslapado es una clase de concepciones liberales que varían dentro de un espectro más o menos estrecho.” (1993/1995a, 163). Este paso es significativo ya que rompe con el esquema con el que ha venido proyectando el problema de la justificación hasta ahora. Suele pensarse que Rawls es un filósofo contractualista precisamente porque reactualiza ciertas ideas del tipo de filosofía de la conciencia que era habitual en el siglo XVIII; sin embargo, en esta sección y en sus textos posteriores se enmarca decididamente por un tipo de salida intersubjetiva que lo aproxima a posiciones como la de Habermas. Si leemos este giro en clave intersubjetiva, podríamos considerar que Rawls es —más allá de contractualista o procedimentalista— un filósofo constructivista en el mismo sentido en el que lo fue Kant. El constructivismo es una apuesta por un tipo de solución al problema de la justificación moral que pone énfasis en la caracterización de una

estrategia de justificación (la posición original o el imperativo categórico) el cual modela un ideal de autonomía racional.

Ahora bien ¿de qué manera se expresa el constructivismo en el problema de la estabilidad? Considero que tenemos buenas razones para considerar que Rawls utiliza el recurso a la razón pública para desarrollar este punto. La forma en que llegamos a un consenso entrecruzado se relaciona con este asunto. Rawls nos dice que existen razones de profundidad y de amplitud que hacen que el consenso constitucional se muestre insuficiente para garantizar la unidad social. Los desacuerdos políticos empujan a que los grupos sociales elaboren sus posiciones sobre la base de concepciones más generales de manera que otros grupos sociales puedan responder ante sus exigencias. Una vez que los miembros de una sociedad han logrado fijar un conjunto de principios liberales mínimos y que ha logrado evitar, en consecuencia, el recurso a la violencia política, es probable que no tengan razones para rebajar el nivel de compromiso al que han llegado; por el contrario, una vez que los primeros frutos de la cooperación son considerados por dichos miembros como ventajosos para todos en términos de reciprocidad, es probable que prefieran profundizar en la dinámica democrática del intercambio de razones elevando, hasta donde sea posible, las exigencias cognitivas que son necesarias para solucionar problemas cada vez más difíciles. Por esta razón, la profundidad y amplitud del consenso se incrementan hasta que los ciudadanos puedan elaborar y apelar a concepciones políticas de la justicia que son en cierto modo altamente

sofisticadas.⁵⁹ Esto mismo ocurrirá con los respectivos órganos encargados de interpretar la Constitución los cuales necesitarán criterios para resolver las controversias que puedan ser justificables para todos los miembros de la sociedad (1993/1995a, 164).

La idea de razón pública cumple, por lo tanto, un papel muy importante en el argumento de la estabilidad. Rawls define del siguiente modo este concepto:

La idea de razón pública especifica al nivel más profundo los valores morales y políticos básicos que determinan las relaciones de un gobierno democrático con sus ciudadanos y de éstos entre sí. Dicho en pocas palabras, concierne a cómo se ha de entender la relación política. Quienes rechazan la democracia constitucional con su criterio de reciprocidad, rechazarán obviamente la idea misma de razón pública. Para ellos, la relación política puede ser de amistad o enemistad, según si se pertenece a una comunidad religiosa o secular determinada o no; o puede ser una lucha incesante para imponer la verdad absoluta al mundo entero. El liberalismo

⁵⁹ Recuérdese que en la tercera condición de la plena publicidad los ciudadanos no necesitan elaborar ellos mismos una teoría filosófica de la justicia como la Justicia como Equidad, pero esta queda disponible para ellos; Rawls aclarará que esto se hace a través de las informaciones que se intercambian en el foro político de la razón pública, la razón de ello estriba en que es este el lugar en el que los actores sociales pertinentes —que han sido entrenados en este tipo de asuntos— ponen en práctica la discusión de estas difíciles consideraciones que dan salida a los asuntos más complejos de la justicia política como los del aborto, el control genético o los problemas de la producción humana y el medio ambiente.

político no atrae a quienes así piensan. El celo que entraña la verdad absoluta en política es incompatible con una idea de razón pública que forma parte de la ciudadanía democrática. (1999/2001, 157)

El ejercicio de la razón pública determina una relación de igual respeto entre los miembros de una sociedad democrática. Cuando Rawls se refiere a los valores morales y políticos de lo que habla es de los valores de la equidad, la responsabilidad y la confianza que surgen entre los ciudadanos cuando sus instituciones son justas y sus discrepancias se resuelven apelando a principios de justicia. Ahora bien, la razón pública se aplica a lo que Rawls denomina el foro público el cual está integrado principalmente por los discursos de los tribunales supremos, de los altos funcionarios públicos (del ejecutivo y legislativo) y de los candidatos a cargos públicos (1999/2001, 158). El foro público se diferencia de la cultura de base de una manera análoga a como se diferencia, de forma tradicional en la teoría política, entre el Estado y la sociedad civil; por esta razón, la razón pública no se aplica sobre todos los temas sujetos a controversias dentro de una democracia constitucional sino solo a las esencias constitucionales y a las cuestiones de justicia básica. Sin embargo, esto no significa que los ciudadanos no puedan ingresar en la dinámica de la razón pública. Una primera manera de hacer esto es a través de los representantes políticos a través del procedimiento constitucional preestablecido; pero todavía les queda el artificio de considerarse a sí mismos como legisladores de normas que puedan considerar justificables por razones recíprocas (1999/2001, 160).

De esta manera, Rawls proporciona una caracterización de su teoría como una forma de teoría sobre la democracia deliberativa. Su idea de democracia hace énfasis en el aspecto cognitivo del intercambio de razones:

La democracia tiene una larga historia, desde sus comienzos en la Grecia clásica hasta hoy, y existen muchas ideas diferentes sobre ella. Aquí sólo me preocupa la democracia constitucional bien ordenada, como la vengo llamando, entendida también como democracia deliberativa. La clave de esta concepción es la idea misma de deliberación. Cuando los ciudadanos deliberan, intercambian puntos de vista y exponen sus razones para sustentar las cuestiones políticas públicas. Todos suponen que sus opiniones políticas se pueden revisar a la luz del debate con otros ciudadanos; y, en consecuencia, tales opiniones no son simplemente un producto de sus intereses creados. En este punto, la razón pública resulta crucial puesto que imprime carácter a los argumentos ciudadanos en materia constitucional y de justicia básica. (1999/2001, 162-63)

Para Rawls, la razón pública asegura que las razones salgan del espectro de las razones no públicas y se transformen en razones recíprocas; una razón es recíproca cuando todos los afectados por una situación pueden asentir a ella de manera voluntaria conociendo todas las circunstancias relevantes. El mutuo reconocimiento de que existen buenas razones para todos permite que los valores políticos sean de una naturaleza especial, no son privativos de un tipo de concepción particular, se trata de aquello que valoramos en conjunto por el hecho de permitir la convivencia en términos de justicia, es decir, en términos que todos

puedan aceptar. Esto es posible porque el consenso entrecruzado que permite la razón pública es un «consenso entrecruzado razonable»; esto significa que los ciudadanos que abrazan una doctrina comprensiva razonable entienden que deben encontrar una manera adecuada de convivir con otras concepciones del mundo y esto les lleva a concertar en términos equitativos de cooperación (1995/1998, 97).

La conjetura de Rawls es que en una sociedad en la que se haya estabilizado lo suficiente el recurso a una razón pública, los ciudadanos favorecerán en mayor medida los valores políticos que se derivan de la dinámica de justificarse unos a otros sus puntos de vista. Esto es lo que se implica cuando Rawls sostiene la prioridad de la justicia respecto al bien; esta fórmula se expresa también en aquello que Rawls denomina «tensiones de compromiso» (*strains of commitment*) que surgen entre las concepciones de la justicia y los legítimos intereses de los ciudadanos (1993/1995a, 41). Estas tensiones no significan que los ciudadanos traten de maximizar sus ventajas respecto de los principios de la justicia hasta donde les resulte permisible, sino que los ciudadanos consideran con responsabilidad sus fines porque han adquirido un sentido de la justicia apropiado que les hace considerar como ventajosa la propia cooperación social, en palabras de Rawls: “[la] razón por la que la sociedad política es un bien para los ciudadanos estriba en que asegura para ellos el bien de la justicia y las bases sociales de su respeto mutuo y del respeto a sí mismos.” (1993/1995a, 196).

Al final del proceso por el cual se llega a un consenso entrecruzado, los ciudadanos habrán logrado establecer un apoyo firme al contenido de la justicia

política alcanzando un equilibrio reflexivo amplio. La razón por la cual el consenso es estable por buenas razones es que este consenso no se basa en una mera aceptación por parte de los ciudadanos, sino que se basa en “la totalidad de razones especificadas dentro de la doctrina comprensiva que profesa cada ciudadano.” [sic] (1993/1995a, 169); ello significa que cada punto de vista comprensivo ha elaborado una forma de apoyo, en términos de buenas razones, al foco del consenso. Tomemos dos casos paradigmáticos. En el primero, consideremos el caso de aquellos que profesan una religión monoteísta; para tal doctrina, los principios de la Justicia como Equidad son vistos como aquellos que expresan los mandatos de una moralidad conforme a la vivencia de la fe revelada por sus textos sagrados. En un segundo caso, consideremos a aquellos que abrazan alguna filosofía científicista altamente secularizada; para este grupo, los principios de la Justicia como Equidad son vistos como aquellos que expresan el presente estadio del desarrollo moral de la humanidad en un largo proceso evolutivo al que no subyace ningún destino divino. Estas ideas son, por supuesto, esquematizaciones de los procesos reales por los cuales se estabilizan las razones al interior de las doctrinas comprensivas. El punto, sin embargo, es que la justicia política se muestra en un continuo de razones respecto de la propia concepción de la vida buena asegurando así suficientes fuerzas motivacionales que la respaldan.

Con esto termina nuestra exposición de la justificación de la Justicia como Equidad. Muchas ideas no han sido abordadas de forma extensa o conveniente por ser de una complejidad titánica. Dicha complejidad no solo se debe a su extensión, sino a la profundidad de sus ideas y a la forma en que desarrolló una argumentación

completamente original a partir de una lectura cuidadosa de la tradición. Nuestra esperanza es que esta humilde exposición genere nuevo interés en su lectura e investigación para quienes estamos interesados en lo que Rawls todavía tiene que decirnos. Precisamente nosotros, hombres de derecho, debemos reconocer en su trabajo una fuente verdaderamente inspiradora de compromiso político y honestidad intelectual que muy pocos filósofos contemporáneos pueden ostentar.

CAPÍTULO TERCERO: LAS BASES FILOSÓFICAS DE LA TEORÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEO

La teoría general del derecho es la rama de la disciplina jurídica que se ocupa de las cuestiones más fundamentales del derecho. Su campo de acción involucra la elucidación de los conceptos más generales del derecho (v. gr. «deber jurídico», «norma», «coerción», etc.), así como cuestiones relacionadas con distintos aspectos de la filosofía: ¿qué es el derecho? ¿Cuál es la naturaleza de la autoridad del derecho? ¿Qué significan las normas jurídicas? Estas preguntas de gran importancia adquieren una respuesta diferenciada dependiendo de los compromisos filosóficos que uno abraza. Un racionalista en filosofía estará a menudo inclinado a preferir una posición ius-filosófica como la del derecho natural; por el contrario, un empirista encontrará más atractivo el positivismo jurídico. No hay nada difícil de conceder en esto. Sin embargo, esta simple constatación tiene una seria consecuencia, a saber, que no son las evidencias —cualquiera sea su clase— sino nuestro temperamento filosófico aquello que decide en último término nuestra concepción sobre el derecho; en palabras de William James: “El filósofo *confía* en su temperamento. Como desea un universo que se acomode a ese temperamento,

cree en aquella representación del universo que se le acomode.” (1970/2000, 57-58).

Esta cuestión acerca de un cierto «gusto filosófico» sería reputada de inocente si no escondiera una dimensión pragmática de gran importancia. Aquel que cree que el derecho es solo la norma positiva no está dispuesto a conceder ningún peso a exigencias morales; y el iusnaturalista, por su parte, puede abrazar creencias tan dogmáticas que le impidan otorgar ninguna importancia a la norma positiva. Así, los presupuestos filosóficos que hemos tomado juegan un papel muy importante en el modo en que el derecho es «performado». El fenómeno jurídico está condicionado en gran medida por la teoría jurídica dominante y, en último término, por los presupuestos filosóficos que la sostienen. Por ello nuestra preocupación por la teoría del derecho —y por sus presupuestos filosóficos— no significa un mero ejercicio «teórico» si entendemos por tal una indagación meramente conceptual, abstracta y lejana a la *praxis*. Antes bien, nuestro interés en sus consecuencias prácticas nos lleva a preocuparnos por sus dimensiones teóricas.

Ello nos lleva a cuestionar la situación actual de la teoría del derecho. Hans Kelsen es, sin duda, el más importante filósofo del derecho en nuestro medio. Su obra imprimió una marca fundamental en nuestra comprensión del fenómeno jurídico; su positivismo constituye un punto de inflexión en la historia del pensamiento jurídico occidental. A esto se debe que casi toda la actividad teórica sobre el derecho desde entonces haya girado en torno a la epistemología en un intento por hacer que el derecho emule las características de las ciencias naturales.

Se suele pensar que la labor del jurista es descubrir elementos no advertidos en los objetos del derecho, sean estos extensionales o no: ¿qué significa un enunciado jurídico? ¿Qué es una norma jurídica? ¿Cuál es el estatuto ontológico de los principios en el derecho? Tales preguntas están diseñadas para ser comprendidas desde una estructura teórica determinada. Así el positivismo, y su posterior desarrollo, constituyen el marco conceptual vigente en la teoría del derecho contemporáneo. No se trata, por supuesto, del positivismo kelseniano original. Con el derrumbe del mundo europeo en el proceso de las dos guerras mundiales, un sin número de convicciones sociales fueron trastocadas de forma irreparable. El derecho también tuvo que asumir un rápido desplazamiento hacia concepciones de corte iusnaturalistas; en este proceso, el segundo filósofo del derecho más influyente es H. L. A. Hart, quién pudo articular una nueva base sistemática para el positivismo suficientemente estable pero que contiene ya algunas nociones normativas.

El clima de la teoría del derecho se ha vuelto altamente disputado desde entonces. El lazo entre el derecho, la política y la moral —elaborado por el derecho natural racional en el siglo XVIII— no ha podido ser reparado tras el corte operado por el positivismo jurídico incluso ante la emergencia de múltiples teorías jurídicas consideradas no positivistas. Entre ellas destacan la Teoría de la Argumentación Jurídica y aquello que ha pasado a denominarse como Neoconstitucionalismo. Por otro lado, las teorías del derecho natural parecen haber recobrado nuevas energías y se presentan ahora como una concepción del derecho de capital importancia. El panorama arroja una imagen de profundas contradicciones en el terreno de la teoría

jurídica cuya resolución no se estima próxima. Puede parecer, en este punto, que lo que necesitamos para salir de este atolladero es desarrollar una nueva teoría del derecho que pueda mostrarse superior a las demás; sin embargo, antes de emprender este camino considero que haríamos bien en tomar una pauta metodológica previa; porque si bien la teoría del derecho se muestra en un estado de gran confusión, esto guarda relación con la naturaleza de los problemas que son objeto de dicha disputa.

En este sentido, dos posiciones son paradigmáticas respecto al problema central de la teoría jurídica contemporánea. En primer lugar, la crítica al positivismo articulada por Ronald Dworkin constituye una muestra de un nuevo giro en la reflexión jurídica. Para Dworkin el problema central de la jurisprudencia es que ha ignorado el hecho de que sus problemas centrales son problemas relativos a principios morales (1977/1989, 51). La crítica que hace contra el positivismo le lleva a postular la presencia de principios dentro del sistema jurídico: además de normas, el derecho estaría constituido por principios cuyo modo de aplicación difiere del de las normas; todo lo cual, le lleva a describir el derecho como una práctica de interpretación constructiva. En segundo lugar, también Robert Alexy coincide en este diagnóstico. Alexy también considera que el derecho contiene principios con una estructura diferente del de las reglas, estos principios están cargados ya con una pretensión de corrección lo cual vuelve compleja la naturaleza del derecho (1992/2004, 81). Estos dos ejemplos muestran que la teoría tradicional del derecho ha dejado de ser todo lo explicativa que podía y se problematizan ahora nuevas dimensiones en el derecho.

Estas contribuciones atrajeron una gran atención al problema de la relación entre moral y derecho. Sin duda, esta discusión fue un eco del debate generado en torno al problema de la justicia, en el terreno de la filosofía política y moral, a partir de los aportes de John Rawls. En este sentido, podemos decir que el problema central de la teoría del derecho contemporáneo se encuentra en la clarificación de la conexión entre el derecho y la moral. La altamente compleja situación de la teoría del derecho tiene que ver entonces con las diferencias fundamentales en las que se plantea esta conexión. Creo que podemos interpretar el período de profundas discrepancias al interior de la disciplina jurídica como uno en el que un nuevo paradigma sobre el derecho empieza a bosquejarse en desmedro de una vieja forma de interpretarlo. Esto, a su vez, es una razón para considerar que su tratamiento transformaría nuestra comprensión del fenómeno jurídico, es decir, que si podemos entender con claridad cómo se da esta relación entre la moral y el derecho muchos elementos de la teoría jurídica aparecerán bajo una nueva luz.

Ahora bien, esta relación puede presentarse de múltiples maneras; no se aclara mucho con decir que nos interesa esta relación en general. Así, tal vez corresponda acotar el problema hasta precisarlo. Dentro de las múltiples circunstancias en que la relación entre el derecho y la moral se vuelve problemática, resalta con particular importancia la naturaleza de su carácter normativo. El carácter normativo del derecho es una cuestión relativa no a su forma jurídica, es decir, no a su carácter de dispositivo mandatorio sancionado coercitivamente, sino más bien es relativo a su legitimidad o validez. Una norma jurídica puede ser eficaz, útil, conveniente, etc. pero nos interesa especialmente si es justa o no; lo mismo puede

ser extensible a los procedimientos o actos que se llevan a cabo mediante tales normas. La pregunta por la normatividad se ha planteado tradicionalmente en el campo de la filosofía política como un problema concerniente a las razones que tenemos para instaurar un determinado orden político en el que la ley desempeña un importante papel. Mi interés no es tratar directamente el problema político del orden legítimo de gobierno, este último es un problema de la filosofía política acerca de los principios que regulan las principales instituciones políticas. Me concentraré, en cambio, en la justificación del orden jurídico en tanto orden coercitivo. Puede decirse que esta es también una institución política, y en tal sentido la filosofía del derecho sería parte de la filosofía política; mi intención, sin embargo, es ocuparme solo del caso específico del derecho como concepto general y no del derecho político en específico. De todas formas, estas distinciones parecen a primera vista artificiosas, no puede negarse que el derecho y la política permanecen relacionadas entre sí, pero quiero hacer valer esta distinción analítica de tal modo que podamos prestar atención al fenómeno jurídico en específico.

Una importante objeción contra esta forma de plantear el problema de la teoría del derecho es que deja por fuera otras importantes cuestiones no solo de contenido sino también metodológicas. Por qué no empezar por discutir las categorías básicas del análisis jurídico: ¿es el derecho una ciencia social parecida a la sociología? o ¿cuáles son los presupuestos epistemológicos de la actividad judicial?; por otro lado: ¿debe el derecho estar al servicio de los objetivos políticos de una sociedad o se trata más bien de una práctica neutral políticamente? Estas importantes cuestiones parecen reclamar también cierta prioridad. Mi enfoque, sin

embargo, considera que estas cuestiones encuentran una solución más sencilla si podemos desentrañar las complejas relaciones entre el derecho y la moral. Una importante razón para creer ello es que muchas de las tesis sostenidas por aquellos que disputan entre posturas teóricas diferentes llevan aparejadas —explícita o implícitamente— consecuencias que atañen a la cuestión moral. Si se considera que el derecho es un objeto aprehensible en términos epistémicos, es decir, en términos de “lo-que-es” es probable que se descarte cualquier conexión con la moralidad cuyo objeto de análisis no viene dado por el ser sino por el “debe-ser”; asimismo, si se cree que el derecho debe coadyuvar los intereses políticamente relevantes y no ser meramente neutral, dicha creencia presupone, en último término, la tematización de los criterios y las formas en que algo se constituye como un objetivo político valioso y digno de perseguirse, y hasta qué punto es legítimo alcanzar ese objetivo a través del derecho tomando en cuenta, a su vez, los derechos individuales de los miembros de la comunidad. De este modo, la cuestión acerca de la relación entre derecho y moral aparece continuamente como el núcleo de otras problematizaciones de la teoría del derecho.

De este modo, la prioridad de lo práctico sobre lo teórico (en términos kantianos) es una de las características de este enfoque sobre el problema de la relación entre derecho y moral. Una segunda característica es el punto de vista desde el que el problema es planteado. A menudo, el discurso de las teorías no positivistas hace énfasis en el punto de vista del participante frente al punto de vista del observador que es el que toma el positivismo jurídico (Nino 2014, 47 ss.; Alexy 1992/2004, 41 ss.). No obstante, este participante es identificado en la mayoría de

los casos con el juez que decide una causa; por ejemplo, Dworkin afirma que son los jueces principalmente los que perciben los desacuerdos teóricos sobre el derecho (1986/1988, 18); por su parte, Alexy sostiene que una teoría de los principios en el derecho solo es posible si se comprende a la jurisprudencia y a la argumentación jurídica como partes del razonamiento práctico general (1993a, 20-21). No deja de ser cierto que dichos autores entienden que el punto de vista del participante puede extenderse a todos aquellos que se encuentran más bien sujetos a un sistema jurídico determinado, pero lo que les interesa en particular es la posición epistémica del juez facultado para evaluar lo que el derecho “es” en un determinado caso, un ejemplo de ello es la categórica afirmación de Dworkin acerca de que un principio es un estándar que obliga al juez su aplicación del mismo modo que lo hace una norma (1977/1989, 92), de tal manera que el juez no crea derecho, sino que precisa lo que el derecho ya manda. Sin embargo, la posición de aquel individuo que se encuentra simplemente sujeto a los diferentes mandatos del sistema jurídico provee una pista en una nueva dirección. Aquel a quien la norma obliga a hacer una conducta específica, debe evaluar en su fuero interno qué razones tiene para conformar su conducta a la norma; en ocasiones su razonamiento versará también sobre aquello que le manda la norma cuando esta no sea clara, pero, en general, esto solo será una parte de su razonamiento cuya respuesta no decide la cuestión acerca de qué razones tiene para seguir la norma. La pregunta que se hace es normativa por esta razón, cada individuo debe evaluar por qué el derecho es mandatorio para él; este problema no se soluciona apelando a la capacidad coercitiva del derecho ya que su uso es un hecho empírico del mismo

modo en que lo es la ineficacia de la norma allí donde sucede, lo que queremos comprender es de qué forma el derecho puede ser normativo para un individuo o para un grupo social.

El tercer aspecto de este enfoque será el tratamiento del problema a partir de la matriz filosófica que constituye la Justicia como Equidad. La concepción política de la justicia de John Rawls me permitirá desarrollar una base filosófica para explicitar cuál es la fuente de la normatividad del derecho, o lo que es lo mismo me permitirá desarrollar una justificación del orden coercitivo. El problema que Rawls tenía entre manos era un problema político muy particular, a saber, el problema de la justicia distributiva. Con el objeto de acometer este problema, Rawls desarrolló una teoría que pudiera rivalizar con otras dos teorías: la del utilitarismo y la del intuicionismo. Los dos principios de la justicia se aplican a la estructura básica de la sociedad como criterios de evaluación de las principales instituciones políticas, sociales y económicas. Cabría pensar entonces que el problema acerca de la evaluación normativa del derecho ha quedado resuelta; sin embargo, Rawls no es muy elocuente acerca de los alcances particulares de su propuesta. Considero, no obstante, que Rawls proporciona pistas suficientemente importantes para el establecimiento de una concepción justa del orden legal; con ello, mi interés será el de elaborar a partir de dicha concepción las nociones que acompañan ya a la cultura liberal de derechos que se encuentra instalada en las sociedades democráticas y constitucionales.

Este capítulo está dividido en dos secciones. En la primera parte expongo algunos de los principales problemas que tiene la teoría hegemónica del derecho y

por qué sus limitaciones nos llevan a paradojas en la práctica jurídica contemporánea; discuto aquí, además, cuestiones acerca de la normatividad del derecho y de cómo esta problematización nos conduce al primer principio constructivista para el orden legal, a saber, el principio de la reciprocidad de las razones (3.1). En la segunda parte mi atención estará enfocada en ofrecer una reconstrucción de la normatividad en el sistema de derechos de una democracia constitucional para lo cual se presentará, como complemento del principio de la reciprocidad de las razones, un segundo principio constructivista, a saber, el principio del bien jurídico como bien racional; con ello tendremos un esquema completo acerca de un esquema público de justificación del orden legal (3.2).

3.1. CRISIS Y CRÍTICA DE LA TEORÍA HEGEMÓNICA DEL DERECHO

Una forma de describir la situación actual en la teoría del derecho contemporánea es entendiéndola como un tipo de crisis que incide sobre los marcos de referencia desde los que se proyecta la práctica jurídica; de este modo la crisis no solo afecta a la teoría sino también al derecho mismo en su sentido performativo. El concepto de crisis —de orientación marxista y retomado por los estudios de la teoría crítica contemporánea— considera la situación crítica como una en la que se determina si las fuerzas de autoconservación superan a las fuerzas tendientes a la desintegración; pero también el que atraviesa por un estado crítico, como aquel que padece una enfermedad, lo experimenta subjetivamente como una pérdida de autonomía poniéndose en juego elementos normativos de la autocomprensión (Habermas 1973/1999b, 19 ss.).

En la teoría del derecho reconocemos la crisis en esta doble dimensión. En primer lugar, la teoría del derecho contemporánea ha renunciado a cualquier pretensión holística; esto significa que la teoría se desarrolla de forma fragmentaria porque su situación es la de un escenario en el que se han estabilizado fuerzas dialécticas. ¿Normas o principios? ¿Subsunción o interpretación? ¿Legalidad, moralidad o eficacia? Estos elementos aparentemente incompatibles se sostienen, en la teoría hegemónica del derecho, como partes explicativas y, a la vez, excluyentes entre sí, y se emplean de un modo estratégico frente a la resolución de casos judiciales. La situación de irresoluble contradicción teórica ha dado lugar al fortalecimiento de escuelas de derecho tradicionales que mantienen un debate anquilosado y contra histórico. La alta complejidad de este clima contradictorio condiciona, a su vez, que las diversas propuestas teóricas específicas, por ejemplo, para la teoría del derecho constitucional, se presenten como reapropiaciones acríicas del discurso jurídico tradicional. En segundo lugar, la crisis se experimenta hoy en día como una gran incertidumbre respecto a lo que implica ser un estudioso del derecho, un hombre de derecho, o un jurista. No existe más una cierta seguridad acerca de que el derecho sea una ciencia —aun en el sentido más laxo—, pero no se la concibe tampoco de una forma diferente. Si los juristas no son científicos profesionales —cual fuera la esperanza de Kelsen—, no está claro entonces qué tipo de actividad desempeñan.

La creciente certeza de la crisis se experimenta además con ocasión de la extraordinaria expansión que ha tenido el neoliberalismo dentro de la academia jurídica. El derecho es visto así en una perspectiva funcionalista cuya misión

principal es reducir el nivel de conflictividad social y facilitar las asignaciones económicas del mercado cuyos imperativos sistémicos discurren por encima de una autoafirmación política individual y colectiva. Quedan así entre paréntesis los aportes propios de la dogmática jurídica (civil, penal, constitucional, etc.) para favorecerse los enfoques teleológicos del discurso jurídico. Esto significa que el derecho puede ser racionalizado en atención a fines particulares que son principalmente, aunque no exclusivamente, económicos. Así, son enfoques teleológicos el Análisis Económico del derecho, el Neoconstitucionalismo y la Teoría de la Argumentación Jurídica, ya que en ellos la misión del derecho es principalmente ofrecer salidas a los problemas judiciales y de legislación, es decir, la resolución de problemas técnico-jurídicos. La forma máxima de esta forma de teorizar el derecho viene dada por Niklas Luhmann para quién el derecho posee ya principalmente la función de la estabilización de expectativas de comportamiento quedando así escindidas sus conexiones internas entre el derecho, la moral y la política (Habermas 1992/2010, 112-14; Luhmann 1993/2004, 142 ss.).

Digamos algunas cosas más sobre la teoría hegemónica del derecho. Por esta debe entenderse la esclerotización del debate teórico en el cual las teorías tradicionales del derecho —como el positivismo, el iusnaturalismo⁶⁰ o el realismo

⁶⁰ Deben distinguirse dos períodos importantes de lo que hemos de llamar —por razones expositivas— únicamente como «iusnaturalismo». Por un lado, tenemos las teorías del derecho natural que se remontan hasta Aristóteles pasando por los estoicos hasta llegar a su máximo exponente, en la Edad Media, con Tomás de Aquino. Por otro lado, tenemos aquello que

jurídico, entre otras— coexisten de forma armónica, aunque en planos diferenciados; así se han formado amalgamas teóricas como el llamado postpositivismo o positivismo inclusivo (Calsamiglia 1998), otro ejemplo es la conocida teoría tridimensional del derecho. Estas escuelas tradicionales ya solo se refieren a algún aspecto del fenómeno jurídico y se reivindican parcialmente funcionales; pero todas ellas toman su fuerza de una matriz común: la objetificación del derecho; para algunos, se trata de un objeto artificial convencional mientras que, para otros, uno trascendente, inherente al orden interno del mundo. Esta comprensión del derecho es profunda ya que ha estado presente en buena parte del pensamiento jurídico occidental, con mayor fuerza en el positivismo, pero también sus críticos — como Ronald Dworkin— la reivindican de forma sofisticada. Dicha matriz es hegemónica en tanto integra en un medio general a cada escuela tradicional e impide que otras imágenes del derecho se articulen en la discusión.

El marco teórico hegemónico, no obstante, no se relaciona más con la sociedad a la que pretende aplicar su perspectiva. Prueba de ello es la gran cantidad de problemas no-típicamente-jurídicos que exigen una atención desde la perspectiva del derecho. Por ejemplo, problemas relativos a la democracia en el

propiamente debemos llamar iusnaturalismo o iusnaturalismo racional, cuya caracterización se refiere más decididamente a una facultad subjetiva más que con una ley natural; en este último grupo puede destacarse a Hugo Grotius, Samuel Pufendorf o Thomas Hobbes. Las diferencias metodológicas son importantes en ambas, de tal manera, que apenas soportan las simplificaciones que hacemos de ellas en este trabajo.

mundo o a la justicia distributiva en marcos globales de desigualdad interpelan los sentidos comunes de una teoría pensada para el caso particular de los Estados nacional-territoriales. Como consecuencia de esta imposibilidad por abordar nuevos problemas, viejos fantasmas reaparecen en la comunidad global. El nacionalismo, la xenofobia, el populismo de derechas o de izquierdas y el autoritarismo toman formas sofisticadas y parecen aprovechar los puntos débiles de los sistemas jurídico-políticos.

Estos son los términos de la «crisis de la teoría del derecho». Tal crisis redundante en una confusión respecto de lo que implica la propia disciplina jurídica. Otro elemento que ha quedado desintegrado en esta crisis es el lugar que tiene la historia del derecho en los estudios jurídicos. Una de las características más resaltantes de la teoría hegemónica del derecho es que ha convertido las distintas dimensiones del pensamiento jurídico en investigaciones sobre determinaciones jurídicas; esto es, que ya no se presta atención a la “teoría del derecho” sino a la “teoría de los derechos”, y la “historia del derecho” se ha convertido ahora en una “historia de las instituciones jurídicas”. Se podría pensar que esto representa un avance respecto de una forma de teorización abstracta o neutral respecto de los problemas jurídicos prácticos, pero lo cierto es que estas perspectivas no son producto de una elaboración sistemática sobre cómo abordar, por ejemplo, la historia del derecho, sino que son deudoras de una comprensión específica acerca de qué elementos se toman en cuenta en la investigación jurídica. En este sentido, la crisis de la teoría del derecho determina un conjunto de problemas metodológicos para la disciplina del derecho en general. Esta crisis no es solo un asunto

especulativo, sino que posee un gran impacto en la forma en la cual se comprende y estudia el derecho.

Mi objetivo en el presente apartado es desarrollar algunas líneas generales acerca de una perspectiva diferente que nos permita salir de este debate estéril. La primera parte desarrolla algunos de los aspectos más controvertidos de la teoría jurídica contemporánea, expondré cuáles son algunas de las dificultades centrales en la teoría hegemónica del derecho (3.1.1). En segundo lugar, ofreceré una caracterización sobre el nuevo tipo de normatividad para el derecho a partir de la Justicia como Equidad de John Rawls; en tal sentido, se ofrece un primer principio constructivista para el ordenamiento legal, a saber, el principio de la reciprocidad de las razones (3.1.2).

3.1.1. Problemas entorno a la teoría tradicional del derecho⁶¹

En la literatura tradicional de la teoría jurídica suelen presentarse tres elementos como aquellos que estructuran el concepto del derecho; estos elementos son los de validez, justicia (o corrección) y eficacia (Bobbio 1958/2002, 20; Alexy 1992/2004, 21). Cada uno de estos elementos expresa un cierto aspecto del fenómeno jurídico. Por el elemento de validez entendemos la forma en que un

⁶¹ Para fines de la presente investigación uso como expresiones intercambiables «teoría hegemónica del derecho» y «teoría tradicional del derecho». El adjetivo “hegemónico” solo pretende resaltar la operación que efectúa la teoría tradicional de oscurecer o desplazar la crítica hacia la periferia del debate académico.

determinado objeto jurídico existe, es decir, de qué manera se trata de un verdadero elemento normativo de tipo jurídico (*v. gr.* una norma, un principio, una práctica); por el elemento de justicia o corrección se entiende la forma en que tal objeto se justifica, esto es, el modo en que es legítimo para los miembros de una comunidad determinada; finalmente, por su eficacia entendemos la forma en que los dispositivos, normas, prácticas, etc. poseen una observancia real en tanto pauta de conducta, es decir, de qué manera es que son vinculantes para aquellos sujetos al sistema jurídico.

Cualquier teoría del derecho debe tomar en consideración los tres elementos en la elaboración de una concepción del derecho. Pasar por alto alguno de ellos supone entonces una deficiencia injustificable desde el punto de vista de la teoría. Así lo han entendido las teorías del derecho más importantes las cuales han articulado posiciones distintivas tomando en cuenta dichos elementos, aunque haciendo énfasis en solo alguno de ellos. El iusnaturalismo, por ejemplo, basa su concepción del derecho en el elemento de la corrección; para el iusnaturalista, el derecho es el «derecho justo» principalmente, luego el derecho justo es también el único que puede existir y el que tiene fuerza vinculante para los miembros de la sociedad. El positivismo y el realismo han hecho lo propio con las variables de la validez y la eficacia respectivamente; los otros elementos se reducen a términos del primero en la configuración de cada una de dichas concepciones. Aquí, por supuesto, estamos haciendo una reducción analítica con fines expositivos; los autores iusnaturalistas, positivistas y realistas presentan matices que son

importantes, sin embargo, lo que nos interesa principalmente es considerar *grosso modo* la forma en que se conjugan estos tres elementos.

Vale la pena mencionar aquí la posición de la llamada teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale, que en nuestro medio encontró un exponente en Carlos Fernández Sessarego. Aunque esta posición no tenga ya la popularidad que ganó hacia los años setenta y ochenta es importante mencionarla porque nos permite entender el derrotero que ha tenido la teoría y la filosofía del derecho en Iberoamérica. Para Reale, el derecho es una realidad fáctico-axiológica-normativa que discurre ya siempre como proceso siendo inaprehensible desde una sola de sus dimensiones. “Considero la experiencia jurídica”, nos dice Reale, “como «*experiencia tridimensional de carácter normativo bilateral atributivo*», indicando los términos *hecho*, *valor* y *norma* los factores o momentos de una realidad en sí misma dialéctica, como es el mundo del derecho.” (1968/1997, 85). Esta concepción sobre el derecho, sin embargo, no ofrece la articulación que aquí estamos buscando. La academia jurídica hacia los años setenta y ochenta estuvo marcada poderosamente por la influencia de la fenomenología husserliana; Reale fue un exponente de esta escuela en el Brasil, pero también lo fue Carlos Cossio, en Argentina, con su teoría egológica del derecho. En ambos casos, la pretensión cognitiva, desde una fenomenología del derecho, fue desarrollar una perspectiva teórica acerca del *eidos* que subyace a la experiencia jurídica. Ello se ve con claridad en que, a pesar de que Reale afirme que su posición no es reductivista, se vea obligado a caracterizar su concepción desde el ámbito del conocimiento con la crítica expresión de «ontognoseología dialéctica» (1968/1997, 82).

De esta manera, el problema no se resuelve simplemente estipulando los tres elementos, sino que debe mostrarse de qué manera se articulan desde una perspectiva que resulte plausible a nuestro razonamiento práctico. Lo que se requiere entonces es un argumento que pueda presentarlos de forma armónica en una concepción coherente y plausible. Mi propósito a continuación no es ofrecer una concepción de tal tipo ya que eso rebasaría los objetivos del presente trabajo; para resolver este problema se requeriría una teoría del derecho completa como propuesta. Lo que sí podemos aquí mostrar, en un ejercicio de análisis, es de qué forma algunas concepciones conocidas dentro de la teoría hegemónica del derecho fallan en la adecuada configuración de estos elementos. Este análisis cumpliría una función negativa, es decir, no mostraría de qué manera habría que proceder en la articulación de estos tres elementos, sino que pondría en evidencia los contrasentidos de algunas tesis fundamentales de la teoría tradicional.

Hasta aquí, sin embargo, podría parecer que este es un problema eminentemente teórico. Pero la poca claridad de los conceptos puede jugar en nuestra contra también cuando tratamos con casos prácticos en la actividad legislativa o judicial. Por ello, ahora quisiera ofrecer algunos argumentos acerca de cómo esta crisis de la teoría impacta negativamente tanto en la actividad jurídica en sus dimensiones performativas, así como en sus dimensiones teóricas. En la primera parte, presento un análisis de una sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en la que se pusieron en tensión criterios bien establecidos y nuevos elementos de deliberación (3.1.1.1). A continuación, me dedico a desarrollar algunos aspectos teóricos controvertidos de las tesis usualmente

sostenidas desde algunas escuelas tradicionales: se estudia el caso del concepto de eficacia que ha sido altamente problemático para el positivismo jurídico (3.1.1.2); y también se analiza el problema de los principios en la teoría contemporánea sobre todo a partir de los aportes de Ronald Dworkin (3.1.1.3). La razón por la cual nos fijamos en estos problemas específicos es porque nos servirán en la elaboración de un argumento posterior; por esta misma razón tampoco repasaremos en este punto las consabidas críticas acerca de la separación entre derecho y moral. Nuestro interés es desembocar con naturalidad en el concepto de «normatividad» que nos permitirá elaborar una nueva concepción del derecho que consideramos soluciona algunos de los problemas planteados.

3.1.1.1. *Un problema práctico sobre criterios jurídicos*

En una sentencia reciente, el Tribunal Constitucional analizó un caso referido a una denuncia por violencia contra la libertad sexual de una estudiante universitaria (STC 05121-2015-PA/TC). La discusión central del tribunal se concentró en el derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales. Tanto el Ministerio Público como el Poder judicial habían concluido sus respectivos dictámenes con el archivamiento de la denuncia de la demandante quien interpuso, a su vez, recurso de agravio constitucional. La decisión del Tribunal Constitucional fue declarar fundada la demanda exigiendo la nulidad de los dos dictámenes de archivamiento.

Me propongo considerar ahora algunos de los fundamentos que sostienen la decisión final ya que no parecen corresponderse con la tipología convencional que el propio tribunal ha definido para sus decisiones en casos anteriores. En una

sentencia precedente (STC 0024-2003-AI/TC), el Tribunal Constitucional define la estructura de sus decisiones según el siguiente esquema:

- 1) Razón declarativa-axiológica
- 2) Razón suficiente (*ratio decidenci*)
- 3) Razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*)
- 4) Invocación preceptiva
- 5) Decisión

Cada uno de estos elementos, excepto el último, está relacionado con un determinado tipo de razones: la axiológica, con valores generales o principios políticos; la suficiente, con la razón principal o base de la decisión; la subsidiaria, con los desarrollos doctrinarios de instituciones jurídicas; y finalmente, la invocación preceptiva, con el conjunto de normas del bloque de constitucionalidad. Cada uno de estos elementos apoya de forma directa o indirecta la decisión final en cada caso. Se trata de razones de un cierto tipo, esto es, tienen la función de «justificar», en determinado sentido, el juicio final que permite al órgano jurisdiccional resolver la controversia. Veamos de qué clase son entonces aquellos elementos del caso antes mencionado que no parecen corresponderse con la tipología presentada. Tomemos algunos enunciados:

- a) "... la violencia contra la mujer constituye un problema estructural en nuestra sociedad que ha colocado a sus ciudadanas en una situación de especial

vulnerabilidad, por lo que exige una atención prioritaria y efectiva por parte del Estado.” (STC 05121-2015-PA/TC, FJ. 4)

b) “... el 44.1% de las mujeres violentadas pidió ayuda a una persona de confianza y solo el 27.2%, menos de un tercio del total, acudió a buscar ayuda a una institución tal como la Policía Nacional del Perú, las defensorías municipales, el Ministerio Público, el Poder Judicial o el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.” (STC 05121-2015-PA/TC, FJ. 6)

c) “... constituye una obligación constitucional para el Estado peruano de tomar acciones idóneas orientadas a lograr la eficiencia en la impartición de justicia en casos de violencia contra la mujer y, en específico, los de agresión sexual.” (STC 05121-2015-PA/TC, FJ. 13)

d) “... para formalizar una denuncia penal por violación sexual la disposición fiscal toma como criterios la demora en denunciar, la edad, la ocupación de la víctima y las circunstancias en que ocurrieron los hechos; criterios que no hacen sino obstaculizar el acceso a la justicia de quien alega haber sido sexualmente agredida, como si por estos supuestos las personas debieran tener una protección mayor o menor de la justicia frente a las agresiones sexuales. Ello, claramente, contraviene la obligación constitucional del Estado peruano para tomar acciones idóneas orientadas a lograr la eficiencia en la impartición de justicia en casos de violencia contra la mujer...” (STC 05121-2015-PA/TC, FJ. 28)

Los dos primeros ejemplos (a y b) son descripciones que bien han podido encontrarse en textos sociológicos, mientras que los segundos (c y d) son declaraciones sobre obligaciones especiales que se recogen de leyes y algunos tratados internacionales. Si bien dichos elementos son usuales en la resolución de controversias, no parecen estar asociados directamente, o al menos no en todos sus extremos, a las categorías que se han expuesto antes. Ninguno de los elementos son ya *ratio decidendi* debido a que la controversia parece resolverse analizando el derecho a la debida motivación de las resoluciones fiscales (STC 05121-2015-PA/TC, FJ. 29). Este es el argumento central de la sentencia, veámoslo con más detalle.

Tanto en la teoría procesalista así como en la jurisprudencia nacional, se ha hecho moneda corriente la división entre justificación interna y justificación externa de las decisiones judiciales (STC 00728-2008-PHC/TC, FJ. 7). En este sentido, los fundamentos jurídicos arriba mencionados no forman parte de la inferencia normativa central de la sentencia la cual versa sobre el derecho a la debida motivación en las resoluciones fiscales en tanto premisa del razonamiento judicial. Por lo tanto, a y b no corresponden a la justificación interna que es una justificación lógica; esto, a su vez, descarta que sean elementos de la justificación externa los cuales vendrían representados por los fundamentos normativo-jurídico típicos y/o los elementos probatorios, tratándose de hechos, que en cada caso apoyan la estructura interna del argumento (una norma debe justificarse de acuerdo al dispositivo legal vigente y pertinente; mientras un hecho debe referirse a su valor probatorio en el proceso). Todo lo anterior, sin embargo, no nos dice nada acerca

de la naturaleza de los fundamentos a, b, c y d. En cuanto a la razón axiológica, tampoco parecen presentar correspondencia con esta en tanto no expresan juicios de valor generales o principios de algún tipo. Así las cosas, podrían tratarse o bien de *obiter dicta* o bien de una invocación preceptiva. En efecto, los elementos c y d pueden asociarse a una invocación preceptiva del bloque de constitucionalidad, aunque el Tribunal no desprenda dichas obligaciones directamente de algún tratado internacional o de alguna norma en particular sino más bien reconstruya esta obligación tomando incluso algunas opiniones de organizaciones que no implican vinculatoriedad jurídica. Ahora bien, se las estaría tomando aquí como complementos no centrales de la resolución, es decir, como motivos que apoyan el argumento central. Sin embargo, los elementos a y b se resisten a nuestros intentos de clasificación. Al analizar dichos elementos se vuelve manifiesto que se trata de enunciados que corresponden a una concepción teórico-sociológica que en nuestro contexto ha sido objeto de gran controversia. Dichos elementos forman parte de las descripciones que hacen los estudios sobre el género desde hace muchos años. A pesar de la amplia literatura en las ciencias sociales, los estudios sobre el género se han prestado a profundos malentendidos en el debate político local; a ello se debe también el relativo impacto que causó la publicación de esta sentencia en la comunidad jurídica nacional.

Una atención más cuidadosa sobre el contenido de la sentencia nos impide, sin embargo, tratar estos elementos como meros incidentes sin mayor relevancia. No podemos descartar sin más estas razones porque el caso de análisis refiere un problema relativo a las dificultades que tienen las mujeres en general para acceder

a la justicia en el Perú. Al leer los antecedentes del caso, podemos notar que todos los operadores de justicia (en este caso particular: el Ministerio Público y el Poder Judicial) no han tomado en consideración precisamente dichos elementos de juicio que apuntan a un problema no evidente para la administración de justicia. Si la violencia de género es un problema estructural, ello significa que el problema se reproduce en las estructuras de socialización más básicas y se constituye como la «norma» social, es decir, la regla social de conducta que debe ser observada entre los individuos de una sociedad patriarcalmente estructurada. Ahora resulta incluso más difícil comprender a qué tipología corresponden los elementos a y b, ya que podríamos afirmar que sí nos aportan elementos de juicio valiosísimos si queremos comprender cuál es el problema que tenemos entre manos, aunque por su naturaleza no formen parte de la *ratio decidendi*.

Ahora bien, solo pueden tenerse dos opciones ante la pregunta acerca de cuál es la tipología a la que corresponden estos fundamentos. La primera salida es considerar que tanto a como b no son fundamentos pertinentes, que considerarlos «juicios jurídicos» constituye un error en el razonamiento judicial, algo que no corresponde al jurista y por supuesto tampoco al juez; se trataría de consideraciones que apelan a la sensibilidad particular de dichos actores —o a sus valoraciones subjetivas— las cuales los han llevado a insertar elementos extraños en la sentencia. Esta primera actitud está expresada en el fundamento de voto del magistrado Sardón de Taboada quién considera impertinentes ya no solo estos fundamentos, sino también las declaraciones internacionales que dan cuenta de las obligaciones especiales que hemos anotado más arriba. Este es un problema no

menor ya que, si este fuera el caso, se abre una pregunta adicional: ¿cuál es el criterio para determinar la pertinencia o no de un fundamento de juicio?

Evaluemos ahora la segunda opción, a saber, que se corresponden con algún criterio pertinente de resolución judicial. Podríamos forzar un poco más la figura y considerar los elementos a y b como parte de la razón subsidiaria o también *obiter dicta*. El Tribunal Constitucional divide en dos categorías los fines de esta razón subsidiaria: 1) permite desarrollos de instituciones con fines pedagógicos en las llamadas sentencias instructivas; y, 2) establece criterios para determinaciones futuras en casos similares. No siendo este el caso de una sentencia instructiva, podemos concluir —de forma provisional— que tanto a y b son, para el Tribunal Constitucional, una suerte de criterios que podrían tomarse en cuenta al resolver futuros casos en materia de violencia de género. Con todo, tenemos ante nosotros un problema particularmente complejo ya que, como habíamos apuntado antes, estos son elementos que corresponden a una disciplina por completo diferente de la jurídica. ¿Cómo es que juicios pertenecientes a concepciones sociológicas se han filtrado en una sentencia del más alto tribunal del sistema jurídico y se han convertido ahora en potenciales criterios jurídicos para el futuro? ¿Qué es lo que esto significa?

Me he permitido expresar con profunda extrañeza esta relación entre el derecho y la sociología con el fin de destacar el problema que representa para la teoría del derecho el que elementos aparentemente ajenos a la disciplina jurídica aparezcan de forma intempestiva en el quehacer ordinario de diferentes operadores del derecho. Sin embargo, estas relaciones son bastante habituales y las vemos en

muchos niveles del universo jurídico. Son comunes, por ejemplo, los análisis económicos, las consideraciones históricas y antropológicas, las directivas políticas, etc. Esto no significa que estas relaciones no sean problemáticas; alguno todavía podría señalarlas directamente de sospechosas como parece ser la actitud del juez Sardón de Taboada; pero a menudo estamos inmunizados contra esta sospecha en determinados contextos como, por ejemplo, en los debates parlamentarios en los cuales se discute precisamente la pertinencia de determinadas obligaciones jurídicas para todos los ciudadanos. Este no es el caso del contexto singular de la judicatura en donde el problema adquiere una gravedad peculiar. En el caso de análisis, dichos elementos extraños aparecen como «razones» de un cierto tipo que el Tribunal Constitucional ha considerado en el orden de la justificación de su fallo. Esto significa que, además de las razones jurídicas típicas —proporcionadas por leyes, principios, etc.—, existen por lo menos otro tipo de razones que se toman en cuenta en la formación de los juicios que hacen los legisladores, jueces y abogados.

Una objeción que podría salir al paso de esta conclusión es que, si bien estos elementos se han insertado en una sentencia judicial, se trata de una mercancía de contrabando que el jurista perspicaz puede sortear sin dificultad, ya que como muestra nuestra propia argumentación se trataría, en todo caso, de razones subsidiarias, que ayudan a pintar un cuadro sin ser el tema principal. Pero esta forma de minimizar la importancia de estas razones en el caso particular debe cargar con el problema de explicar por qué entonces las condiciones subjetivas que acompañan la especial circunstancia de una mujer en el Perú no son relevantes cuando acciona los mecanismos jurisdiccionales que garantizan sus derechos

precisamente cuando dos órganos jurisdiccionales no han logrado satisfacer sus exigencias de justicia a pesar de sus requerimientos y, además, por qué esta circunstancia no es aislada, es decir, por qué las estadísticas arrojan una especial asimetría en el acceso a la justicia por la condición de ser mujer. Sin ánimo de hacer del derecho una sociología jurídica, esta pregunta es pertinente precisamente porque el derecho no puede simplemente cerrarse al mundo de las razones; si debe refutar la pertinencia de una línea de razonamiento tiene que hacerlo en función de mejores razones disponibles por ella misma. Los jueces no pueden simplemente elegir, como si se tratara de una cuestión de gusto, qué razones son las que tienen prioridad epistémica; deben contrapesar argumentaciones y decidir cuál de ellas ofrece una salida que podamos calificar de razonable, o dicho con otro término: justificable.

Dejaremos por el momento esta discusión dejando constancia del particular problema práctico que ha aparecido cuando tomamos una actitud crítica sobre los criterios en la administración de justicia. Cuando nos fijamos no ya en qué normas o principios intervienen en la administración de justicia, sino en la naturaleza de los razonamientos y en los criterios propiamente salta a la vista que existe una pluralidad de justificaciones que si bien constituyen razones, no pueden ser rápidamente identificables como criterios «jurídicos»; esto nos lleva en la dirección de la problematización de la base teórica desde la cual comprendemos el derecho como proceso de deliberación.

3.1.1.2. *El problema de la eficacia en la teoría tradicional*

Las críticas más importantes contra el positivismo jurídico han tomado como foco principal de análisis el problema de la corrección normativa (Dworkin 1977/1989; Alexy 1986/1993b); sin embargo, poca atención se ha prestado a otro problema igualmente delicado para el sostenimiento de esta escuela teórica. El problema al que me refiero es aquel relacionado con la dimensión de la eficacia normativa. De forma breve podemos definir la eficacia normativa como aquella característica del fenómeno jurídico que considera no ya los aspectos formales o materiales de legitimidad de una norma jurídica, sino sus aspectos «reales», es decir, sus efectos en el mundo social al que pretende aplicarse. Las normas jurídicas, y el derecho en general, no solo deben ser identificables en términos adecuados y ser justas por buenas razones, también deben ser cumplidas por aquellos que se encuentran sujetos a tal sistema o de otro modo el sistema no cumple el rol social para el que se ha especializado. Cuando el incumplimiento de las normas es recurrente o generalizado, entonces decimos que ha ocurrido una desnaturalización de la norma —y del derecho, en consecuencia—, ya que ha dejado de ser válida por su desuso; a este fenómeno se le conoce como «desuetudo» (Kelsen 1945/1958, 140).

Al parecer, las soluciones ofrecidas por los positivistas a este problema estuvieron principalmente dirigidas a resolver una disputa con otra disciplina jurídica

entonces en emergencia, a saber, la sociología del derecho.⁶² Por tal razón, la tarea que se plantearon consistió en diferenciar el tipo de realidad social que tenía el derecho de una forma específica, esto es, su caracterización no debía relacionarse con el tipo de análisis que hacían los estudios sociológicos del derecho. Esto puede parecer un asunto menor, pero contextualiza bien qué tipo de argumento es el que están elaborando Kelsen y Hart, respectivamente. Los positivistas quieren salvar el hecho evidente de que las normas jurídicas poseen una fuerza especial sin que ello los comprometa con una condición de validez fundada en la efectividad; en otras palabras, lo que quisieron fue explicar de qué forma una norma jurídica posee una fuerza de repulsión en el caso de una «prohibición» o una fuerza de compulsión en el caso de un «mandato», sin depender de una explicación que cayera en el ámbito de los hechos sociológicos; su explicación debía basarse únicamente en la «ciencia normativa». En principio, Kelsen y Hart no están de acuerdo acerca cómo pueda resolverse este problema; no obstante, el argumento de Hart representa una evolución en esta misma línea de argumentación.

Empecemos considerando el punto de vista de Kelsen. Es bien conocida la posición kelseniana acerca de que el objeto de la ciencia del derecho es el derecho positivo; así todo derecho válido es derecho «sancionado», es decir, positivizado. Nos dice el autor:

⁶² Kelsen, por ejemplo, es bastante generoso con el citado de las ideas de Eugen Ehrlich —uno de los fundadores de la sociología del derecho— con quién contrasta sus propios pareceres acerca de la naturaleza del derecho como orden coactivo (Kelsen 1945/1958, 28).

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el derecho positivo, el que ha sido “puesto”. Su positividad reside en el hecho de que proviene necesariamente de un acto creador y es así independiente de la moral y de todo otro sistema normativo análogo. (1960/2005a, 112)

Aquí el sentido de validez está referido a las condiciones formales de la existencia de un dispositivo jurídico: una norma del sistema de derecho. Estas condiciones formales —estar sancionado por una autoridad competente de acuerdo a las formas preestablecidas— dependen en último término de una condición fundamental del sistema jurídico, a saber, una Norma Fundamental (*Grundnorm*; en adelante NF). La NF es una hipótesis que confiere sentido a la cadena jerárquica de normas válidas (1960/2005a, 113); esta norma no es parte del sistema jurídico como norma positiva, sino que está supuesta como condición de validez básica o fundamental. Este es el esquema básico con el cual Kelsen pretende responder a la pregunta sobre la validez del derecho; sin embargo, este esquema presenta matices importantes. Uno de estos matices se relaciona con el elemento de la eficacia; nos dice Kelsen: “La eficacia de una norma es, pues, una condición de su validez.” (1960/2005a, 32); ahora bien, esta relación se aplica a la norma individual en concreto. El derecho como sistema coactivo de normas, por otro lado, debe ser eficaz pero su eficacia es, en este caso, una condición necesaria (*sine qua non*),

aunque no suficiente (*per quam*). Todo esto significa que una norma tomada de forma aislada puede ser válida sin ser, a la vez, eficaz; siempre que el sistema jurídico, en su conjunto, sea eficaz (1960/2005a, 117; 1945/1958, 49).

Desglosemos lo que quiere decirnos Kelsen. Una primera forma de entender la eficacia es atendiendo a una distinción que plantea el filósofo austríaco entre la eficacia de una norma entendida como un hecho y la eficacia de una norma entendida como una compulsión. Una norma es eficaz como un hecho cuando este hecho es verificable para un observador. Digamos, por ejemplo, que soy un policía de tránsito; a menudo tengo ante mi vista a aquellos que cumplen con la disposición de respetar las luces del semáforo; imaginemos que puedo constatar de este hecho que en promedio 8 de cada 10 personas cumplen con la norma, lo cual me lleva a formular el juicio de que dicha norma es eficaz. Este sería el caso en el que una norma es eficaz desde este primer punto de vista. La otra concepción de la eficacia es aquella que la entiende como una forma de compulsión interna. Digamos, por ejemplo, que una mañana me encuentro manejando el auto camino a la universidad cuando, de pronto, recuerdo haber programado una clase a la que llegaré tarde si no apuro el paso; al incorporar mi vista a la carretera me doy cuenta de que el semáforo está en rojo y, sin embargo, sé con certeza que podría tomar un atajo si adelanto a los autos que esperan en la vía perpendicular; aun así, mi habitual impulso interno de respetar la luz roja se activa y decido no cruzar la calle. En este último caso, la norma jurídica es eficaz para mí que estoy evaluando entre diferentes cursos de acción, la eficacia aquí es vista desde la perspectiva de la primera persona.

Kelsen niega que la eficacia deba tener esta última forma; decir que una norma es coercitiva no implica decir que se trata de un tipo de compulsión psíquica, relacionada con los motivos de un agente al cumplir la norma social (1945/1958, 28); dichos motivos pueden ser de índole muy diferente (v. gr. religiosas, morales, económicas, etc.), así estos motivos no corresponden a la «ciencia jurídica». Podría parecer plausible que esta diferencia permita explicar por qué una norma jurídica ineficaz desde un punto de vista (personal) siga siendo eficaz desde otro punto de vista (impersonal), es decir, si una norma es incumplida porque no existen disposiciones internas en algunos agentes, aún podría ser eficaz por su regularidad en un universo de ocasiones en que se supera un número promedio de casos; pero Kelsen, tiene en mente algo mucho más radical: “La única connotación que en este trabajo atribuimos al término “eficacia”, es, por ende, la de que la conducta real de los hombres concuerda con esas normas.” (1945/1958, 47); dicho de otro modo: la eficacia se refiere solo a aquella conducta verificable desde el punto de vista del observador; sin embargo, ¿de qué conducta hablamos aquí?

Es importante distinguir ahora dos problemas referidos a la eficacia. En primer lugar, tenemos un problema relacionado con el significado que atribuye Kelsen a la eficacia de una norma individual; en segundo lugar, tenemos el problema relativo a la eficacia de un orden normativo. El primero de estos problemas parece consistir en un problema de lógica jurídica. Kelsen es mucho más explícito sobre esto en una obra que apareció de forma póstuma a la que denominó *The General Theory of Norms* (1979); en consideración de algunos estudiosos, se trata de la

versión final de la Teoría Pura del derecho. Veamos lo que nos dicen aquí Kelsen sobre la eficacia de una norma específica:

The effectiveness of a norm—which is an *Is*—is the condition for the validity of a norm—which is an *Ought*—in the sense that a norm loses its validity when it loses its effectiveness or the possibility of effectiveness, but not in the sense that a norm has to be effective in order to be valid, since a norm becomes valid before it is effective and it can become effective only once it has become valid (...). But in order to become valid, it must have the *possibility* of being effective, for a norm which decrees something *impossible* to be obligatory—such as a norm that human beings are not to die—cannot be valid since it cannot be effective from the very beginning. For a norm to decree something impossible to be obligatory means that it cannot be observed or applied by *anyone*. Thus it is irrelevant to object that a norm which is not observed by a specific individual in a concrete case always decrees something impossible to be obligatory, since the subject's violation of the norm—just like all behavior—is causally determined and it was impossible for him to act in any other way (i.e. to observe the norm) *in this concrete case*: as long as the norm can be observed in other cases, the *possibility* of observance exists. (1979/1991, 140)

[La eficacia de una norma —la cual es un «ser»— es la condición para la validez de una norma —la cual es un «deber»— en el sentido de que una norma pierde su validez cuando pierde su eficacia o la posibilidad de su eficacia, pero no en el sentido de que una norma tiene que ser efectiva en orden a ser válida, ya que una norma se vuelve válida antes de ser efectiva y puede ser efectiva solo cuando se ha vuelto válida (...). Pero en orden a convertirse en válida, esta debe tener la *posibilidad* de

ser efectiva, ya que una norma que dispone algo *imposible* de ser obligatorio —tal como una norma según la cual los seres humanos no pueden morir— no puede ser válida en tanto que ella no puede ser efectiva desde el mismo comienzo. Porque una norma que dispone algo imposible de ser obligatorio significa que no puede ser observada o aplicada por *nadie*. Así es irrelevante objetar que una norma que no es observada por un individuo específico en un caso concreto siempre dispone algo imposible de ser obligatorio, ya que la violación del sujeto de la norma —así como todo comportamiento— está causalmente determinado y fue imposible para él actuar de cualquier otra manera (p. ej. observar la norma) *en este caso concreto*: en tanto que la norma puede ser observada en otros casos, la *posibilidad* de su observancia existe.]

Cuando hablamos de normas individuales, nos dice Kelsen, el significado de la eficacia tiene que ver con la condición lógica de posibilidad de su validez específica. Una norma —que ha sido promulgada por una autoridad competente de acuerdo a las normas preestablecidas— puede no ser válida si su objeto es imposible; por ejemplo, si una norma prohíbe la caza de un animal en peligro de extinción, esta puede devenir inválida por ineficacia si la especie animal en cuestión termina finalmente por desaparecer; nadie podría «observar» una norma cuyo objeto ha dejado de existir. En este sentido, la eficacia es una condición de validez suficiente, pero no necesaria; lo que le hace válida es su referencia a la NF (2003/2005b, 73). Sin embargo, parece un poco extraño hablar de esta condición como del problema de la eficacia normativa. Asociamos muy naturalmente que la conducta que prescribe una norma debe ser posible para que tenga validez, así que

esto solo parece aclarar una noción previa que ya teníamos. Lo que queremos saber es si la eficacia, en un sentido menos específico, puede ser una condición de la validez normativa en general.

El segundo problema, a saber, el caso de la eficacia de un orden coactivo parece prometer una pista más sustanciosa a este respecto. En el caso de una norma, decíamos, la eficacia es condición necesaria pero no suficiente, pero en el caso de un orden coactivo las cosas son por entero diferentes:

Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden. Se trata de una condición *sine qua non*, pero no de una condición *per quam*, un orden jurídico es válido cuando sus normas son creadas conforme a la primera Constitución, cuyo carácter normativo está fundado sobre la norma fundamental. Pero la ciencia del derecho verifica que dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera Constitución es, en cierta medida, eficaz. (1960/2005a, 115-16)

Más adelante, señala:

Si en lugar de realidad o de efectividad hablamos de fuerza, la relación entre la validez y la eficacia de un orden jurídico no es otra cosa que la relación entre el derecho y la fuerza. De esta manera, nos hemos limitado a formular en términos científicamente exactos la vieja verdad de que el derecho no puede subsistir sin la

fuerza, sin que sea, empero, idéntico a ella. Consideramos al derecho como un modo de organizar la fuerza. (1960/2005a, 116)

Si somos caritativos con el autor, la relación implícita entre eficacia y validez es una relación de orden descriptivo pero ajeno a la ciencia normativa. Lo que parece sugerir Kelsen es que el elemento de la eficacia no incorpora nada adicional al de validez porque se trata de una condición implícita en la idea misma de una NF. Un sistema de derecho en marcha es aquel en el que existe una NF como primera condición de validez normativa; ello implica, al mismo tiempo, que es un orden jurídico efectivo, pero esto es un hecho que la ciencia jurídica constata sin que este aporte nada a la cadena de validez. En otras palabras, la NF solo aparece ahí donde un sistema jurídico ya es efectivo, pero su eficacia no es condición de validez; la NF es válida de forma autocontenida porque se trata de la condición de posibilidad del propio sistema normativo, o en términos kantianos, se trata de un presupuesto transcendental. Ahora bien, esta argumentación es bastante débil, ya que, bien examinadas las cosas, de lo que se trata aquí es de un problema político acerca de la organización del poder que ha sido planteado por el propio Hobbes cuando sostiene que es el «poder» aquel elemento que ofrece legitimidad al orden jurídico. El intento de Kelsen de salvar un tipo de validez científica tropieza, de esta manera, con una concepción realista del derecho para la cual no hay una mejor respuesta que diferenciar entre las cosas como son y las cosas como deben ser en tanto órdenes cognitivos diferenciados, es decir, entre el derecho como un orden cognitivo teórico y la política como un orden cognitivo práctico. Una concepción del derecho,

sin embargo, al plantear el problema de la validez de un sistema normativo podría saltarse este paso sin mayores dificultades y referir directamente la validez a la eficacia; el propio Kelsen ha mostrado que este es un camino transitable.

Pasemos ahora a la posición de Hart la cual permite resolver una serie de cuestiones que han quedado problematizadas. En primer término, tomemos la idea de una Regla de Reconocimiento (*Rule of Recognition*; en adelante RR). La RR, según Hart, permite poner fin a la falta de certeza sobre qué tipo de reglas primarias poseen un estatus diferenciado como reglas del sistema jurídico. En un mundo social en el que solo existen reglas primarias, las instituciones jurídicas no se han desarrollado lo suficiente para hablar todavía de un Estado de Derecho, de tal modo que son las reglas secundarias —en particular la RR— aquellas que confieren su carácter específicamente jurídico a un sistema normativo (1961/2012, 117). La RR posee algunas características:

- a) La RR puede asumir más de una forma concreta (*v. gr.* un texto normativo, la práctica consuetudinaria, la autoridad de un gobernante, etc.); en un sistema normativo con muchas fuentes del derecho, la RR es altamente compleja (1961/2012, 126).
- b) La RR se articula como una actitud de aceptación, interna al sistema; se está en posesión de una RR cuando los sujetos a un sistema normativo pueden realizar «enunciados internos» acerca de su aplicación para reglas particulares (1961/2012, 128).

- c) La RR ofrece el criterio supremo y último para determinar la validez de las reglas primarias; sin embargo, ella misma no puede ser calificada de válida o inválida. La existencia de la RR es una cuestión de hecho (1961/2012, 132; 137).

Varias cuestiones son interesantes acerca de la RR, pero me voy a referir en particular al problema de la eficacia normativa. En primer lugar, parece que Hart funde en su concepto de RR dos aspectos que en Kelsen estaban diferenciados: por un lado, tenemos que la RR es un mecanismo de validez que confiere carácter «jurídico» a las reglas primarias del mismo modo que lo hacía la NF; pero, por otro lado, la RR debe ser aceptada por los propios miembros dentro del sistema al que confiere validez, es decir, la actitud interna de los participantes sí es una condición a tomar en cuenta. Además, el tipo de eficacia aquí no es aquel que toma la perspectiva de un observador externo, sino la de aquellos que participan en el sistema jurídico. La NF no necesitaba validación por parte de los agentes sujetos al orden coactivo, se trataba de una hipótesis básica; pero la presencia de la RR sí depende, en este sentido, de que los agentes del sistema apliquen la RR, en las diferentes circunstancias en que se encuentran, aunque la RR no sea una norma expresa. A pesar de estas diferencias, creo que Kelsen y Hart están bastante cerca en su caracterización de la conexión entre eficacia y validez, pero la ventaja de la posición de Hart es que el vínculo entre eficacia y validez se da en un continuo, es decir, mientras Kelsen considera que la eficacia es una condición no necesaria llevándonos a un callejón sin salida, Hart sostiene que se trata de una condición

necesaria, pero «informal» en el esquema que presenta. Solo la RR confiere validez jurídica, pero la RR es un hecho social y no una hipótesis primera.

Ahora bien, sobre la posición de Hart recaen dos objeciones que pueden considerarse decisivas. La primera de ellas considera la segunda característica arriba mencionada, esto es, la actitud interna de aceptación por parte de los participantes en un sistema normativo. Ronald Dworkin ha llamado la atención a propósito de este asunto así que me limitaré a exponer su argumento (1977/1989, 108 ss.). Dworkin llama a la tesis sostenida por Hart acerca de una RR como la «teoría de la norma social»; de acuerdo con esta teoría cada vez que un determinado sujeto hace un enunciado interno acerca de un deber en general, entonces es probable que exista una norma social. En la versión fuerte, la teoría de la norma social afirma que siempre que se hacen enunciados de este tipo la norma social existe; la versión débil, en cambio, afirma que solo a veces se da el caso de que exista tal norma social ante la ocurrencia de estas declaraciones. En primer lugar, la versión fuerte de esta teoría es inviable ya que no todos los juicios normativos que hacemos tienen como correlato la existencia de una norma social; por ejemplo, cuando alguien afirma que no debemos usar bolsas de plástico no existe como correlato de su enunciado una norma social de ese tipo, este individuo simplemente está expresando su propia convicción de que todos deberíamos obrar de esta manera. La versión débil, por otro lado, enfrenta un problema insalvable ya que incluso cuando diferentes personas realicen juicios normativos similares es altamente improbable que estén afirmando la misma norma social ya que en cada caso el alcance y las particularidades a las que apelan —una vez elaborásemos

expresamente las reglas sociales que se supone invocan los sujetos— nos llevarían a una pluralidad de normas sobre el mismo tipo de juicio que han expresado. Esto es evidente en el caso del derecho consuetudinario ya que incluso cuando una práctica pueda ser sostenida por la mayoría de miembros de una comunidad, cada persona entiende sus alcances de una manera peculiar; por ello el derecho consuetudinario, considerado como fuente del derecho, aún debe esperar una determinación ulterior por parte de un órgano dotado de legitimidad para ser plenamente válido. De esta manera, la RR no puede ser un criterio compartido por todos los miembros de un determinado sistema social; la RR falla así en ser un criterio reconocido para servir como pauta de segundo orden en la determinación de otros deberes.

La segunda objeción toma como base la conclusión que acabamos de presentar. Si los participantes que enuncian reglas normativas no refieren una misma norma social, es altamente improbable que la norma social supuesta por Hart como una RR exista, la razón de ello es que esta regla sería una norma altamente compleja en un sistema jurídico desarrollado. Hart tropieza con este problema en su intento de escapar a otro tipo de objeción, a saber, que una RR debe poder contemplar una pluralidad de criterios de determinación jurídica en las que los operadores del derecho toman en cuenta reglas de prelación, reglas de costumbre, métodos de interpretación, etc. Una RR debe poder sortear, o incluir, la gran cantidad de criterios que un sistema jurídico presenta volviéndose una norma altamente sofisticada que pueda articular casos difíciles de identificación normativa. Podríamos pensar que esta regla tomaría la siguiente forma: “Si una norma primaria

válida N satisface los criterios $C_1, C_2, C_3, \dots, C_n$, entonces la $RR = \{C_1, C_2, \dots, C_n\}$; donde, además, los criterios considerados no son solo determinativos de validez sino criterios de prioridad entre diferentes pautas. De esta manera, se vuelve todavía más difícil sostener que los individuos puedan considerar siquiera representable para ellos una norma así de compleja; el único caso en el que tal vez fuera posible algo parecido a una RR es aquella circunstancia, expuesta por Hart, de un soberano (Rex I) que hace de su voluntad el derecho legítimo, ya que en esa situación la RR es bastante simple: $RR = \text{“la ley es la voluntad de Rex I”}$. Sin embargo, esto nos devuelve nuevamente a considerar el realismo de Hobbes como un contendiente importante en la consideración de la relación entre eficacia y validez.

Las consideraciones hasta aquí presentadas han tenido por objetivo explicitar un problema latente y profundamente problemático en la teoría positivista considerada todavía como uno de los pilares fundamentales de la moderna teoría jurídica. Considerar en particular el problema de la eficacia normativa, como ya se ha visto, nos ha devuelto al terreno de la teoría política moderna, en particular a Hobbes. Creo que este orden de cosas es bastante elocuente acerca de la crisis de la teoría del derecho; a pesar de todas las sofisticaciones presentes en el positivismo del siglo XX, parece que Hobbes aún puede enseñarnos un par de cosas.

3.1.1.3. *Un problema de principios*

Uno de los tópicos más debatidos por la teoría del derecho contemporáneo es la presencia de un tipo distintivo de normas a las que llamamos «principios»; el debate gira en torno a si, además de reglas, los sistemas normativos poseen también principios que difieren cualitativamente de las reglas en una serie de características. Algunos juristas han afirmado que esta diferenciación es bastante problemática (Cianciardo 2003); aquí, sin embargo, no quiero repetir las críticas que se han elaborado sobre esta diferencia. Mi interés se centrará principalmente en discutir de qué forma esta diferencia es trazada principalmente en dos tipos de niveles: uno metodológico y otro ontológico, y si eso se condice con la forma en que operan dichas normas.

La pertinencia de esta diferenciación tiene por objetivo principal explicar de qué forma funcionan ciertos elementos presentes en el derecho y formular una nueva dinámica de la deliberación judicial en casos concretos. Así, esta diferenciación cumple una función teórica de cara a la explicación del sistema jurídico, y práctica respecto a la función judicial, es decir, posibilita un cierto proceder de los jueces en sus razonamientos. Por ello, esta distinción entre reglas y principios debe poder sortear una serie de inconveniencias para articularse como una base segura desde donde proyectar una imagen diferente del derecho y de sus procesos. Robert Alexy ha dicho que dicha diferencia es una de orden «cualitativo», es decir, entre las reglas y los principios no existe una continuidad o una gradualidad, sino que se trata de dos elementos intrínsecamente diferenciables. El autor alemán ofrece una definición de los principios que reza como sigue:

Los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.

En cambio, las *reglas* son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces [debe] hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio. (1986/1993b, 86-87)

Ronald Dworkin usa la siguiente definición sobre los principios:

En la mayoría de los casos usaré el término «principio» en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas. (...) Llamo «directriz» o «directriz política» al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo «principio» a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino

porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. (1977/1989, 72)

Llama la atención, en primer término, que las dos acepciones de principios arriba mencionadas estén imbricadas con la definición de reglas. Podría decirse que están dialécticamente interconectadas ya que no distinguiríamos apropiadamente un principio sin la definición de lo que implica una regla, se trata de una definición por oposición. En cierto modo, esto vuelve dependiente la definición de principio, ya que sin el concepto de lo que es una regla no tendríamos forma de hallar el concepto de principio. El derecho podría funcionar muy bien con una imagen de acuerdo a la cual solo tuviéramos reglas de muy diverso género (v. gr. genéricas, inciertas, o de optimización), aunque esto nos llevase a complicaciones explicativas. Esta, al menos, parece ser la posición de Raz cuando sostiene que: “They [the principles] are merely a brief allusion to a number of rules.” [Ellos [los principios] son meramente una breve alusión a un número de reglas.] (Raz 1972, 828). Esta forma de hablar, sin embargo, es solo retórica; aun así, es especialmente revelador que las concepciones sobre los principios necesiten con urgencia diferenciarse principalmente de las reglas.

Alguien podría sostener que esta interrelación tiene que ver con que ambos elementos son diferentes tipos de normas; pero aquí surge una primera complejidad. Si los principios y las reglas son dos tipos cualitativamente diferentes de normas, ¿qué es lo que las emparenta? La explicación estándar es que ambas son vinculantes, es decir, generan obligaciones en los sujetos; pero esto no explica

bien su relación directa. En el derecho existen múltiples elementos que generan obligaciones en los individuos incluyendo el concepto de «derechos» los cuales son oponibles entre los propios individuos. Así, lo que parece que les da su parentesco especial es que ambos comparten una naturaleza específica en relación con la norma jurídica. La teoría estándar habla así de una división particular —a la que suponen neutra— entre una norma y un enunciado normativo (Alexy 1986/1993b, 50 ss.). Un enunciado normativo es el aspecto literal de acuerdo al cual se expresa la norma; por ejemplo, el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú dice que: “Toda persona tiene derecho a: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”. La norma viene a ser el significado que tiene este enunciado, es decir, la variedad de reglas o principios que pueden desprenderse del mismo. Así, podemos decir que su relación deriva de su carácter semántico, es decir, reglas y principios son un tipo de significado de aquellos enunciados normativos; son tales significados los que denominamos como «normas».

Pasaré ahora a enumerar cuáles son las características que fundamentan, en la literatura tradicional, la diferencia entre reglas y principios. Existen varias formas de presentar estas diferencias, pero aquí quiero resaltar principalmente tres de ellas (Guastini 1999, 145-46):

- a) Generalidad: los principios y las reglas se diferencian por el grado de generalidad que poseen. Mientras que las reglas son bastante específicas, los principios

adolecen de una gran indeterminación por aplicarse a un rango de casos más amplio. En relación con esta característica también se encuentra su formulación (o lenguaje), los principios se formulan de manera bastante abierta, mientras que las reglas son formuladas con un lenguaje cerrado.

- b) **Peso relativo:** los principios y las reglas difieren en cuando a la dimensión del peso. Las reglas son determinativas y por eso no tienen peso, se aplican o no se aplican; de forma diferente, los principios se aplican de forma maximalista, es decir, se aplican hasta donde sea posible optimizar el interés o valor protegido por dicho principio. De aquí que los conflictos entre reglas se resuelvan de forma excluyente, es decir, dos reglas contradictorias no pueden ser válidas al mismo tiempo, una de ellas debe ser inválida. En el caso de conflictos entre principios, ambos deben ser ponderados en relación con su peso relativo.
- c) **Estructura lógica:** las reglas poseen una estructura lógica condicional en la cual, de cumplirse el supuesto de hecho, una consecuencia debe seguirse; mientras que los principios no tienen condiciones de aplicación, son mandatos expresados de forma categórica. Los principios constituyen elementos que exigen su mayor realización por lo tanto se expresan de forma incondicionada.

Estos tres aspectos elaboran una imagen bastante imprecisa acerca de dicha diferencia. Las reglas y los principios se diferencian ciertamente por su generalidad, pero existen reglas que son bastante generales y principios que, en determinadas circunstancias, son bastante específicos. Lo mismo ocurre con su estructura lógica; mientras que algunas reglas están formuladas de forma condicional, existen otras

que no tienen condiciones de aplicación porque no les siguen sanciones típicas, por ejemplo, las reglas que establecen la forma de los matrimonios o los contratos no consideran supuestos de hecho, solo establecen procedimientos de acuerdo a los que podemos «actuar» con consecuencias jurídicas deseables. Así, parece que solo la dimensión del peso es algo que les diferencia de forma precisa.

Siguiendo estas consideraciones quisiera ahora tomar esta diferencia en dos sentidos. Podríamos aceptar la diferencia entre reglas y principios si las entendemos como una distinción metodológica, es decir, una distinción que atañe al jurista que debe ofrecer una explicación acerca de cómo funcionan ciertos elementos del derecho. Esta es la posición típica del profesor de derecho el cual debe poder responder ante preguntas como: ¿qué son los derechos naturales? ¿De qué forma la Constitución es una norma jurídica? ¿Por qué los jueces deben considerar la separación de poderes o la forma republicana de gobierno como criterios prioritarios respecto a otros estatutos? En todos estos casos, el que ofrece una explicación se vale de la categoría de principios para formular juicios acerca de los fundamentos y la dinámica del sistema jurídico. Tomados en este sentido, la diferencia entre reglas y principios no desafía nuestras intuiciones jurídicas básicas, por el contrario, nos permite introducir nuestro sentido moral común que nos dice que el derecho está impregnado de elementos morales.

Existe una forma diferente de plantear esta diferencia. De acuerdo a esta segunda concepción, la diferencia entre reglas y principios es una diferencia ontológica. Esto significa que las reglas y los principios son dos tipos de objetos que poseen diferencias en su estructura. No es descabellado pensar en el derecho como

poseyendo una determinada entidad; por ejemplo, podemos pensar con bastante claridad en un número natural como poseyendo una determinada ontología. Un número no es una simple ilusión de nuestra mente —un espejismo—, es un concepto que posee una propia entidad en el orden lógico de los números naturales; no podemos cambiar a nuestro antojo aquello que le hace ser un número, por el contrario, sentimos una cierta fuerza sobre nosotros cuando realizamos una operación matemática: los números parecen revelársenos a nosotros. Lo mismo podríamos pensar acerca de los principios y las reglas. Además, nuestra concepción semántica sobre la norma apunta en esta dirección. Si los enunciados normativos poseen significados a los que calificamos de normas podemos concluir que las normas son un determinado tipo de realidad, una realidad «jurídica» relativa al enunciado en la forma de su significado.

Sin embargo, esta última forma de considerar a los principios y las reglas cae en múltiples contradicciones. Podemos diferenciar los principios y las reglas por su generalidad si pensamos esta distinción como una que atañe al ámbito metodológico; no obstante, si las pensamos como una diferencia ontológica pronto descubrimos que esto no es posible. Una razón de ello es que podemos hablar de forma esquemática de los principios, pero existen una gran variedad de ellos, es decir, no todos comparten la característica de la generalidad. Todo depende de cómo formulemos el significado que puede tener una norma de derecho fundamental. Si entendemos el numeral 2, del artículo 2 de la Constitución Política del Perú como en la forma condicional, podemos representarnos que nos dice algo así como: “Si un acto o ley es discriminatorio, entonces ese acto o ley es inválido”,

en este sentido el principio de no discriminar es bastante concreto en su aplicación. Esto también atañe —como acaba de verse— a su estructura lógica, podemos formular estos principios tanto como normas categóricas, pero también como normas condicionales.

Ahora bien, desde la perspectiva de un juez que aplica el derecho, este no puede admitir como posible que esta diferencia sea solo metodológica. Para un operador del derecho, los principios que debe aplicar a un caso concreto son ya «obligatorios» tal como lo entiende Dworkin (1977/1989, 92); los jueces no pueden dejar de aplicar principios porque constituyen piezas fundamentales del razonamiento, les indican cómo deben leer un caso concreto y esto cambia completamente la naturaleza del problema; así como ocurría en el caso de los números: los principios parecen revelársenos a nosotros. Un argumento adicional apunta en el sentido de que dicha diferencia es una de orden ontológico. Si bien las características de la generalidad y de la estructura lógica no distinguen con precisión entre reglas y principios, parece que la metáfora del peso relativo sí calza mejor con esta concepción. Solo un principio con una cierta entidad puede poseer un peso. Pero si analizamos con más detenimiento esta idea, resulta que tropezamos con más problemas que soluciones. Si el carácter ontológico es lo que hace que un principio tenga peso, de qué forma es que una regla —la cual posee también una propia ontología como significado de una norma— no tenga ya una dimensión de peso, sino que sea solo determinativa. Un segundo problema es que si un principio tiene una determinada ontología —de forma análoga al modo que un número natural— su ontología debe corresponder a un orden lógico propio, por ejemplo, al

orden de los principios jurídicos; ahora bien, si esto es así, su peso no podría ser ya relativo en cada caso, sino que vendría determinado por una relación jerárquica de acuerdo a un punto de vista impersonal emulando la naturaleza de las ideas platónicas con relaciones jerárquicas de mayor y menor importancia. Podríamos salvar estas objeciones interpretando la metáfora del peso en un sentido diferente. Habíamos considerado que las reglas eran determinativas de tal modo que si dos reglas contradictorias entraban en conflicto, al menos una de ellas debía ser inválida; pero los principios contienen pesos en función de los intereses o valores que protegen; como dice Dworkin: un principio “discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión particular.” (1977/1989, 76). En este sentido, los principios no son contradictorios de forma absoluta, sino solo relativa; implican una tensión entre intereses contrarios. Ahora bien, en el habla ordinaria hablamos de los principios de una forma bastante diferente. Imaginemos que tengo una disputa con un amigo acerca de quién de los dos juega mejor al ajedrez y eso nos lleva a pactar una partida para un día determinado; llegado el día, me doy cuenta de que a mi amigo le aqueja un terrible dolor de cabeza que le hace perder la concentración; considerando todas las cosas decido postergar la partida para cuando mi amigo se sienta mejor. Al pensar en esta circunstancia puedo decir que he orientado mi conducta bajo el principio de *fair play* o juego limpio. Imaginemos ahora que, tras muchos años, este amigo me revela que su avanzada edad le ha traído un deterioro cognitivo y que tal vez sea difícil seguirme el paso jugando al ajedrez, no obstante, aún disfruta de nuestras partidas; en esta circunstancia me decido a seguir jugando sin darle ninguna ventaja o de otro modo le estaría subestimando. Si pienso en por

qué he decidido actuar de esta forma, puedo justificarme diciendo que he actuado de acuerdo al mismo principio de *fair play* el cual me exige ser honesto con mi contendiente. Del análisis que hemos hecho resulta que el mismo principio me exige dos conductas diferentes en relación con cada circunstancia. Tal vez puedo decir que en ambos casos aquello que discurre en una misma dirección es la idea de «tratar a los demás con igual respeto» ya que en el primer caso esto me exige dejar de jugar y en el segundo seguir jugando; pero, esta forma de argumentar solo nos hace ir en círculos. La idea de «tratar a los demás con igual respeto» puede ser visto, a su vez, como un principio, no es una conducta específica, pero tampoco una conducta en general. Los jueces, por su parte, cuando tienen ante sí un conflicto entre principios están considerando dos líneas de acción opuestas, aunque genéricas, y a esto es a lo que se refiere una colisión de principios precisamente. De este modo, los jueces deben ponderar qué cosa deben resolver en concreto dentro de un curso de acción, pero entonces la interpretación del peso en relación con un interés unidireccional es algo que solo aparece para el juez, esto es, resulta del todo extraño hablar así de los principios fuera del contexto muy particular de una decisión judicial; ahora resulta que los principios en el derecho son una clase de objetos muy particulares que funcionan de una forma muy específica en el contexto jurídico.

De lo dicho hasta aquí podemos decir que tanto la interpretación metodológica como la ontológica de la diferencia entre reglas y principios resultan bastante problemáticas. Sin embargo, nuestro sentido moral nos exige que pensemos que el derecho contiene elementos que funcionan como recursos de

legitimación y por lo tanto son fundamentos del sistema de derecho. Creo que podríamos salvar bien este sentido prescindiendo de una distinción fuerte entre principios y reglas si consideramos que en todo momento ambos elementos se refieren de diferente modo a razones para hacer o dejar de hacer determinadas conductas. Pero todo esto aún debe aguardar nuestro examen de un concepto sobre el que hemos sobrevolado en las secciones anteriores: la idea de «normatividad».

3.1.2. Hacia una nueva normatividad del derecho

El derecho es un fenómeno altamente complejo cuyas dimensiones son difícilmente aprehensibles en una sola caracterización del mismo; sin embargo, podemos decir que existen por lo menos dos dimensiones que cumplen bastante bien un primer papel de aproximación al fenómeno. De acuerdo a Habermas:

El derecho es ambas cosas a la vez: sistema de saber y sistema de acción. Puede entenderse como un texto de proposiciones e interpretaciones normativas, a la vez que como institución, es decir, como un complejo de regulaciones de la acción. Y como en el derecho como sistema de acción se entrelazan entre sí motivos y orientaciones valorativas, las proposiciones jurídicas tienen una inmediata eficacia práctica, de la que carecen los juicios morales. Por otro lado, las instituciones jurídicas se distinguen de los órdenes institucionales cuasi-naturales por su racionalidad comparablemente alta; pues en ellas se encarna un sistema de saber

dogmáticamente elaborado, es decir, articulado, elevado a nivel científico y entrelazado con una moral regida por principios. (1992/2010, 145)

Estas dos esferas a las que pertenece el derecho —sistema de saber y sistema de acción— pueden asociarse a su vez a dos ámbitos desde los cuales se los puede estudiar. Desde su perspectiva institucional el derecho es un conjunto de actos que pueden categorizarse empíricamente, es decir, de acuerdo a una lectura desde la perspectiva de la tercera persona; esta tarea la lleva a cabo principalmente la sociología del derecho. Pero en tanto saber, el derecho tiene que habérselas con pretensiones y exigencias cuyos contenidos normativos solo son tematizables desde la perspectiva de la primera persona. Aquí no debe malinterpretarse el adjetivo «científico» que Habermas coloca al derecho. Lo que el filósofo alemán pretende decirnos es que el derecho, como sistema de saber, contiene una función interna de valoración de proposiciones con pretensiones de validez que pueden considerarse atendibles o no de acuerdo a los requerimientos de ese mismo sistema; de esta manera, «científico» no hace más que designar las pretensiones justificables en términos del sistema cognitivo «jurídico».

Ha sido un error frecuente de las posturas positivistas considerar que esta remisión a un medio distintivamente jurídico resuelve, como por constatación, el debate en la teoría del derecho, esto es, se cree que si se puede distinguir cuáles son las características principales de la actividad jurídica se la podrá independizar de otras prácticas o saberes, como si tuviera una lógica interna que le impidiera escapar a sus propias ficciones. No existe mayor problema en conceder que el

derecho, en tanto sistema de saber, se ha especializado de acuerdo a un mayor grado de diferenciación sistémica en el curso de la modernización social. La capacidad que tiene una sociedad para resolver problemas se relaciona estrechamente con la pluralidad de subsistemas sociales y con la especialización que cada subsistema social alcanza respecto a la finalidad que cumple. Pero esto deja intacto qué tipo de valoraciones, hechos o elementos son entendidos como poseyendo cierta prioridad epistémica en la elaboración de los criterios de acuerdo a los cuales se reordenan las pretensiones de validez: 'lícito/ilícito', 'derecho/deber', 'prohibido/permitido', etc. al interior del subsistema social llamado derecho.

Ahora bien, tal como señala Habermas, las proposiciones jurídicas que así son establecidas como criterios en la resolución de casos prácticos poseen una inmediatez con la que no cuentan otros sistemas normativos como la moral universalista o las éticas culturalistas. El derecho tiene una alta capacidad organizativa que impone, a través de procedimientos fijados de antemano, sus resoluciones valorativas. Dichas respuestas además sostienen sus pretensiones de validez en una serie de garantías preclusivas en la que distintos órganos evalúan la pertinencia de los criterios utilizados (v. *gr.* recurso a la doble instancia, procedimientos de inconstitucionalidad, garantías constitucionales). De este modo, el derecho es un sistema de acción que tiene un gran impacto en la vida directa de las personas y los grupos sociales al interior de la sociedad y, por lo tanto, el sistema jurídico —en sus extremos cognitivos— no puede estar desconectado del medio que presupone la estabilización de sus pretensiones de validez, es decir, no puede estar en cortocircuito con un saber social compartido. Esto lleva a Habermas a

afirmar, en términos de su teoría de la acción comunicativa, que el mundo de la vida con su medio de lenguaje ordinario subyace a los distintos subsistemas sociales y sus respectivos códigos, incluyendo al derecho, para que así perviva un tipo de integración social lingüísticamente estabilizado (1992/2010, 145).

Esta doble dimensionalidad del derecho hace que sus aproximaciones teóricas caigan ya generalmente dentro de diversas formas de positivismo o iusnaturalismo metodológicos. Sin embargo, esta tensión es la que permite considerar precisamente sus aspectos sistémicos a la vez que sus aspectos normativos desde dos luces diferentes. Por un lado, el derecho como sistema de interacción puede describirse como un sistema de estabilización de expectativas futuras, es decir, el derecho establece prohibiciones, sanciones, permisiones, etc. que permiten disminuir el nivel de incertidumbre en el sistema social generando que la acción social se coordine de forma no plenamente consciente por parte de los actores. También desde esta perspectiva, el derecho es un conjunto sistémico de instituciones y normas que funcionan con lógicas diferenciadas cuyos fines se relacionan con aspectos de la vida económica, social o política (*v. gr.* el derecho civil, el derecho constitucional, el derecho tributario, etc.). Una segunda dimensión del derecho apunta, por otro lado, a su naturaleza como sistema cognitivo el cual depende ya de una consideración acerca de sus fundamentos morales, éticos y políticos; esta tematización no puede pasarse por alto ya que de ella depende un tipo de integración social consciente sin la cual las personas corren el riesgo de ser alienadas de su medio como si se trataran de piezas inanimadas del engranaje social.

En las siguientes secciones me propongo aclarar esta segunda naturaleza del derecho para lo cual me valdré de tres estrategias: en primer lugar, analizaré las implicancias del concepto de normatividad que está a la base de cualquier sistema normativo (3.1.2.1); en segundo lugar, reconstruiré ciertos momentos de la historia de la teoría jurídica, a partir de la modernidad, con el objetivo de peraltar de qué forma el problema de la normatividad siempre ha estado en el corazón de la problematización sobre el derecho (3.1.2.2); finalmente, ofrezco una propuesta acerca de un nuevo punto de partida para la caracterización de la normatividad del orden legal a partir de la filosofía de John Rawls (3.1.2.3).

3.1.2.1. *Un concepto sobre la normatividad*

Desde que fue patente el declive del positivismo jurídico, nuevas formas de pensar el derecho se han elevado con la pretensión de hacerse una adecuada comprensión del fenómeno jurídico. Entre estas, son de particular importancia los enfoques de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Para Dworkin el problema central de la jurisprudencia es que ha ignorado el hecho de que sus problemas centrales son problemas relativos a principios morales (1977/1989, 51). La crítica que hace contra el positivismo le lleva a postular la presencia de principios dentro del sistema jurídico: además de normas, el derecho estaría constituido por principios cuyo modo de aplicación difiere del de las normas; todo lo cual, le lleva a describir el derecho como una práctica de interpretación que cumple a la vez un papel reconstructivo y prospectivo. En segundo lugar, también Robert Alexy coincide en este diagnóstico. Alexy también considera que el derecho contiene principios con una estructura

diferente del de las reglas, estos principios están cargados ya con una pretensión de corrección, es decir, que implica consideraciones morales y éticas lo cual vuelve compleja la naturaleza del derecho (1992/2004, 81). Estos dos ejemplos muestran que la teoría tradicional del derecho (véase pp. 232 ss.) ha dejado de ser todo lo explicativa que podía y que la teoría del derecho contemporánea problematiza nuevas dimensiones relativas a los aspectos normativos del derecho.

Cuando hablamos del carácter normativo del derecho nos referimos a un problema particular de la teoría del derecho; en términos generales se podría definir como el problema de la conexión entre el derecho y la moral y de qué forma se establece esta conexión si la hubiera. La disputa ha estado marcada por dos tendencias claramente identificables: el iusnaturalismo y el positivismo. Ambas teorías establecen *grosso modo* algunas tesis acerca de la correcta manera de entender esta relación. Para Tomás de Aquino, por ejemplo, la ley debe asegurar el bien común, aunque no del mismo modo en que lo hace la ley divina. La ley humana es relativa a la paz social, esto es, a las relaciones entre los miembros de la comunidad, y aunque debe reforzar la virtud, ésta solo puede estar limitada del modo en que realiza el bien de todos los miembros y no los bienes privados (Finnis 1998, 222 ss.). En las antípodas de esta concepción se encuentra Hans Kelsen. Para el positivismo jurídico kelseniano, el «deber» de los enunciados normativos del derecho positivo constituye una categoría epistémica; el derecho es un hecho complejo que puede ser aprehendido sin necesidad de componentes evaluativos. Más aún, solo diferenciando ambos tipos de órdenes normativos (el derecho y el moral) es posible calificar al derecho de justo o injusto (1960/2005a, 45).

El debate entre iusnaturalismo y positivismo ha oscurecido el modo en el que podemos problematizar esta relación entre derecho y moral ya que parece irremediable, en este contexto, que el problema conduzca al jurista en una de dos direcciones: o bien debe abrazar alguna forma de metafísica sobre la naturaleza humana o los valores morales, o bien decantarse por alguna forma de epistemología reductivista sobre la naturaleza social del derecho. El propio Dworkin se ha visto atrapado por este debate en el que ha preferido decantarse por una concepción matizada de naturalismo (1982, 165). Considero, sin embargo, que es posible escapar de este callejón sin salida si retrocedemos hasta considerar primero el propio concepto que está a la base de esta problematización, a saber, el concepto de normatividad.⁶³

En el habla ordinaria usamos expresiones como las de «correcto», «bueno» o «deber», entre otras, cuya fuerza particular se manifiesta en su capacidad para plantear recomendaciones, exigencias, órdenes, etc. Esta fuerza especial hace que denominemos a estas expresiones como «conceptos normativos». Quienes usamos estas expresiones aplicamos estos conceptos a cosas o estados de cosas; decimos, por ejemplo: “debes leer a Shakespeare”, “el tango fue ejecutado correctamente”, “Carlos es un buen maestro”, etc. Algunas de estas expresiones se formulan como meros enunciados descriptivos; sin embargo, estos actos del habla poseen lo que

⁶³ Mi análisis sigue la pista que proporcionan los trabajos en filosofía moral analítica de Christine Korsgaard, en particular, su estudio sobre la normatividad en filosofía moral (Korsgaard et al. 1996/2000).

Austin llama una fuerza ilocucionaria, esto es, en el uso ordinario del lenguaje, estas expresiones poseen una dimensión realizativa con la cual se formulan recomendaciones, exigencias, o mandatos (1962/2016, 146-47).

El amplio espectro del lenguaje está cargado con estos conceptos normativos y si observamos con un poco de detalle cada contexto del habla podemos apreciar que estos conceptos adquieren un significado distintivo en relación con cada uno de ellos. El crítico de arte aplica conceptos normativos como los de “belleza” o “expresividad”, el economista, el de “eficiencia”; y el filósofo, el de “verdad”. Es cierto que estos conceptos no formulan una lista precisa ni exhaustiva; lo que queda claro es que dependiendo del contexto estas expresiones designan aquello que debe ser considerado valioso, digno de perseguirse o una cualidad deseable.

En el contexto moral usamos expresiones en el mismo sentido, sobre todo expresiones como el «bien» y «deber». Aristóteles y Kant ya se habían percatado de que el bien puede ser predicable acerca de una gran variedad de cosas, acciones, circunstancias etc.; lo que ambos tratan de sacar en claro, cada uno a su manera, es la cualidad específica que designan estas expresiones, así Aristóteles plantea que felicidad (*eudaimonía*) es lo único que podría ser tomado por el bien en sentido incondicionado (*Eth. Nic. I, 7, 1097b*); por su parte, Kant hablará de la buena voluntad como lo único que puede ser tomado por bueno de forma absoluta (AA IV, 393). Lo que ambos filósofos están tratando de ganar para sí es un enfoque que les permita dar cuenta del uso particular que hacemos del lenguaje moral: cuando empleamos expresiones morales lo distintivo de ellas es que estas reclaman una dimensión de objetividad a la que es difícil renunciar (Mackie 1977/2000, 38); no

decimos que “matar es malo” con la intención de que eso posea validez solo para uno mismo, lo que se quiere es que sea válido en sentido universal.

La investigación acerca de cómo es posible este sentido categórico corresponde a la filosofía moral en la forma de una teoría de los conceptos morales. Sin embargo, como individuos que usamos estos conceptos también nos interesamos en estos asuntos ya que nuestra posición es aún más urgente que la del filósofo. Somos nosotros quienes evaluamos cómo debemos actuar moralmente en las circunstancias que surgen inevitablemente en la vida común. Cuando enfrentamos dilemas morales especialmente difíciles de resolver, nos planteamos de manera existencial la pregunta por la «normatividad» de los deberes morales: ¿Por qué debo conducirme de manera moral y no de acuerdo a mis intereses? ¿Qué implica para mi vida desoír los imperativos éticos? En estas circunstancias necesitamos ofrecer una justificación de la fuerza especial que posee la moralidad en nuestras vidas. Pero también frente a los demás estamos sujetos a exigencias similares de justificación; si acaso usamos estas expresiones en las formas: “X es bueno” o “debes hacer X”, se nos preguntará a su vez qué razones tenemos para demandar su reconocimiento. Esta exigencia acerca de la base de la normatividad, es expresada por Kant del siguiente modo:

Una filosofía práctica, que no tiene por objeto la naturaleza sino la libertad del arbitrio, presupondrá y requerirá una metafísica de las costumbres: es decir, *poseer* una tal metafísica es en sí mismo un *deber*, y cada hombre la tiene también en sí

mismo, aunque por lo común sólo de un modo oscuro; porque, sin principios *a priori*, ¿cómo podría creer tener en sí una legislación universal? (AA VI, 261)

Volveré más adelante sobre la idea de una metafísica de las costumbres. Por ahora, creo que estas consideraciones bastan para definir aquello que constituye el problema de la normatividad en la teoría moral. Nuestro sentido innato acerca de nociones morales como los de bueno y justo exigen en cierto modo que demos razones acerca de su especial fuerza en nuestras vidas. La moralidad no puede simplemente imponerse a otros sin que pierda algo de su sentido. A propósito de esto, es muy elocuente que Platón haga que un casi intransigente Trasímaco se vea obligado a justificar, frente a Sócrates y otros más, por qué sostiene que lo justo es aquello que conviene al más fuerte (*Resp.* I, 12, 338c-339b).

Ahora bien, lo que nos interesa a nosotros que estamos involucrados con el mundo jurídico es saber si el derecho posee una dimensión normativa en este mismo sentido. Una primera pista puede ofrecerse en la forma en que el lenguaje jurídico está cargado también con ciertos conceptos normativos. Un concepto de este tipo —que parece ocupar además un lugar central— es el de «legalidad». La legalidad de una norma nos dice ya algo sobre su fuerza normativa. “Debemos hacer lo que dice la ley, porque es la ley”; en esta fórmula parece cifrarse la fuerza particular de la ley jurídica. A diferencia de una norma moral o una norma religiosa, una norma jurídica viene respaldada por un elemento coercitivo que la diferencia de manera particular. Esto no quiere decir que ese elemento se encuentre ya incorporado a mi motivación interna, y, sin embargo, todos aquellos que vivimos en

los sistemas jurídicos modernos entendemos de qué forma una norma jurídica nos obliga. Por supuesto, como ya lo advirtiera Kelsen, no se trata de una obligación en sentido causal, no estamos determinados a hacer lo que la norma jurídica indica, pero sí estamos obligados de tal manera que si nuestra conducta se desvía de lo que ella indica estaríamos sujetos a una sanción (1960/2005a, 25-26).

Un segundo concepto es el de «validez». La validez de una norma invoca nociones que incluyen, y van más allá, de la mera legalidad ya que podemos formular con sentido una pregunta del siguiente tenor: dada una norma jurídica X, “X es legal, pero ¿es válida?”. Con mayor singularidad se expresa su fuerza si en lugar de que X signifique una norma jurídica, reemplazamos X con un procedimiento o una institución. El asunto parece complejizarse en este punto. En efecto, en el derecho existen una infinidad de instituciones de las que es posible decir que son válidas sin que podamos decir de ellas propiamente que son legales. Por ejemplo, un contrato que celebran dos personas privadas puede ser un contrato válido o no, pero no decimos que sea legal o no —al menos no de forma propia—, los contratos ilegales no son contratos de ningún modo. Así pues, lo que parece atraer este concepto es la idea del modo en que el derecho cobra una cierta realidad en el mundo, la forma en que se materializa en efectos concretos. Es de este modo en el que hablamos de un “proceso penal válido” o de un “testamento válido”. Por otro lado, la validez del derecho también se relaciona con el modo en que estas reglas son adoptadas por las personas de forma en que sus conductas se ajustan a derecho.

El último concepto que puede resultar plausible como concepto normativo para el derecho es el de «justicia». Alguien, como Kelsen, podría objetar que la idea de justicia es un concepto evidentemente moral, que se trata del rezago de una herencia iusnaturalista que ya no nos es más convincente. Creo, sin embargo, que la noción de justicia permite arrojar una luz especial sobre el problema de la relación entre el derecho y la moral. Su pertinencia en el mundo del derecho es conocida desde el mundo antiguo. Nos dice Jenofonte que un joven Alcibíades, ambicioso de poder, pregunta a su tutor Pericles en estos términos: “Pero si un tirano que domina la ciudad decreta lo que deben hacer los ciudadanos, ¿también eso es ley?” (*Mem.* I, 2, 43). Una primera afirmación que podemos hacer, sin que ello nos comprometa demasiado en ningún sentido de esta polémica, es que el derecho refuerza con su poder coercitivo las exigencias de la moral social que no están sujetas a gran polémica. El derecho penal criminaliza el homicidio y el robo, mientras el derecho civil regula las obligaciones de la familia. Estos elementos son también deberes morales pero el positivismo jurídico no disputa nada aquí.

Los tres conceptos destacados —legalidad, validez y justicia— exudan, cada uno a su manera, una fuerza distintiva que es aquella a la que denominamos «normatividad del derecho». Sin embargo, esto no explica nada por sí mismo, debemos prepararnos para caracterizar qué entendemos por normatividad jurídica y qué cosa se juega en ella. Un primer aspecto a destacarse es que estos conceptos son usados en diferentes circunstancias para definir, en un sentido objetivo o absoluto, si algo cuenta como una pieza de la legislación o de la práctica jurídica; dichos conceptos, llevan aparejada además la noción de que, si algo cuenta como

derecho, en términos generales, este posee un carácter obligatorio para aquellos que se encuentran sujetos al sistema jurídico. Así, por ejemplo, la disputa acerca de si la Constitución de un estado es o no —además de una declaración política— una pieza de la legislación, tenía la pretensión final de establecer si esta debía aplicarse obligatoriamente o solo observarse de acuerdo al arbitrio de los jueces.

En el debate reciente, el carácter normativo del derecho se ha destacado a propósito de la labor que tienen los jueces de aplicar el derecho. Para Dworkin, son los jueces aquellos que principalmente perciben las discrepancias teóricas del derecho, esto es, las discrepancias en torno a lo que el derecho manda (1986/1988, 18). Alexy, por su parte, sostiene que una teoría de los principios en el derecho exige que la jurisprudencia y el razonamiento jurídico se entiendan como partes del razonamiento práctico general (1993a, 20-21). Sin embargo, considero que este interés esconde ya un presupuesto metodológico que no ha sido justificado. Lo que interesa a Dworkin y Alexy, es la particular posición epistémica de un juez que debe descubrir a qué cosa obliga el derecho; esta posición epistémica se deriva de la idea de que el derecho es concebido como un «hecho complejo», un objeto que contiene imperativos jurídicos a la espera de ser invocados por algún acto constitutivo como la aplicación de una norma o un principio determinado en sede judicial.

Pero una situación por completo diferente se abre ante nosotros si consideramos la posición de aquel individuo que se encuentra simplemente sujeto a los diferentes mandatos del sistema jurídico. Aquel a quien la norma obliga a hacer una conducta específica, debe evaluar en su fuero interno qué razones tiene para conformar su conducta a la norma; en ocasiones su razonamiento versará también

sobre aquello que le manda la norma cuando esta no sea clara, pero, en general, esto solo será una parte de su razonamiento cuya respuesta no decide la cuestión acerca de qué razones tiene para seguir la norma. La pregunta que se hace es normativa por esta razón, cada individuo debe evaluar por qué el derecho es mandatorio para él; este problema no se soluciona apelando a la capacidad coercitiva del derecho ya que su uso es un hecho empírico que no dice nada sobre su justificación. Rousseau es bastante enfático sobre ello: “¿qué derecho es ese que perece cuando la fuerza cesa? Si hay que obedecer por fuerza, no hay necesidad de obedecer por deber, y si uno ya no está forzado a obedecer, ya no está obligado a ello.” (1762/2012, 37). Una crítica similar la establece Hart, al diferenciar dos modos de entender una obligación. Uno puede «verse obligado» a entregar la cartera frente a un asaltante que me amenaza sin que ello implique que el asaltante ostente algún derecho sobre mi propiedad; mientras que, por otro lado, uno «está obligado» a parar el vehículo si un oficial de tránsito lo manda porque este ostenta una competencia como autoridad del sistema jurídico (1961/2012, 103). Más aún, es perfectamente comprensible pensar en un tipo de derecho que no posea esta capacidad de coerción, por ejemplo, el derecho internacional de los derechos humanos contiene mandatos específicos para aquellos Estados bajo la competencia contenciosa de las cortes correspondientes y, sin embargo, no posee poder efectivo para hacerlos cumplir. Aun así, sus disposiciones son jurídicas en un sentido objetivo, de tal manera que su normatividad apela a una fuente diferente. Por ello, lo que queremos comprender es de qué forma el derecho puede ser

normativo para un individuo o para un grupo social, es decir, cuáles son las razones que tienen para seguir la ley y de qué tipo son estas razones.

Una objeción diferente es la que se plantea a nivel conceptual cuando se invoca la noción de la autoridad del derecho. Cuando reconozco a alguien como una autoridad me conduzco de forma heterónoma, acepto sus mandatos porque se trata de la autoridad y esa es la razón de mi acción. Esto podría apuntar en la dirección de que el derecho es solamente un orden positivo en el que la deliberación del agente no juega ningún papel relevante. Es parte del concepto del derecho la noción de su autoridad sobre mi capacidad deliberativa de modo tal que el único problema teórico sobre el derecho sería el de determinar qué cosa manda este específicamente. El concepto estándar de autoridad, en la literatura jurídica tradicional, viene articulado por dos características: a) la autoridad que tiene alguien de mandar se correlaciona con el deber que tiene alguien de obedecer, y b) el deber de obedecer a la autoridad implica que su autoridad invoca razones que debo privilegiar en mi deliberación aun si eso posterga mi propio juicio (Bayón Mohíno 1991, 618). El concepto de autoridad entonces se encuentra en una clara contradicción con el concepto de autonomía que es un concepto central si queremos captar una dimensión normativa en el derecho. Ciertos autores, han sugerido que, si es cierto que ambos conceptos son contradictorios, la única obligación que un hombre ilustrado debería abrazar es aquella obligación para con uno mismo, y en ese sentido la única doctrina política aceptable sería la del anarquismo (Wolff 1998, 18 ss.).

No obstante, creo que podríamos salvar la idea de autoridad y la idea de la normatividad en el derecho si entendemos el concepto de autoridad a la luz de su «fuerza moral». Si la autoridad del derecho no puede fundarse en el factor coercitivo —que es un hecho empírico— sino en algún tipo de poder que influencia mi propio juicio, este poder debe ser alguna especie de poder normativo. Rainer Forst ha trabajado recientemente una definición que puede calzar bien con lo que aquí se ha dicho a propósito de la autoridad del derecho:

Thus the phenomenon of power is noumenal in nature: *to have and to exercise power means to be able—in different degrees—to influence, use, determine, occupy, or even seal off the space of reasons for others*. This can occur in the context of a single event, such as a powerful speech or an act of deceit, or of a sequence of events or in a general social situation or structure in which certain social relations are regarded as justified, reflexively or not, so that a social order comes to be accepted as an *order of justification*. Relations and orders of power are relations and orders of justification; and power arises and persists where justifications or social relations arise and persist, where they are integrated into certain *narratives of justification*. (2015, 117-18)

[Así el fenómeno del poder es noumenal en naturaleza: *tener y ejercer poder significa ser capaz –en diferentes grados– de influenciar, usar, determinar, ocupar, o incluso cerrar el espacio de las razones para otros*. Esto puede ocurrir en el contexto de un evento singular, tal como el de un discurso poderoso o el de un acto de engaño, o en el de una secuencia de eventos o en una situación social general o en una estructura en la cual ciertas relaciones sociales son referidas como

justificadas, reflexivamente o no, de tal modo que el orden social venga a ser aceptado como un *orden de justificación*. Relaciones y órdenes de poder son relaciones y órdenes de justificación; y el poder surge y persiste donde las justificaciones y las relaciones sociales surgen y persisten, donde ellas están integradas dentro de ciertas *narrativas de justificación*.]

Si entendemos la autoridad del derecho en este sentido, podemos dar cuenta del orden jurídico como de un orden especial de justificación y dar cuenta así de su especial «fuerza moral». La autoridad del derecho, en este sentido, invoca razones protegidas por ese orden de justificación que aparecen, por tal motivo, en una posición de prioridad para nuestro propio razonamiento práctico. Pero, como bien dice Forst, este poder normativo solo puede sostenerse en tanto exista una cierta narrativa de justificación, es decir, cuando tal orden normativo puede sostenerse por razones que aparecen como suficientes para quienes integran tales sistemas de justificación.

Este enfoque nos deja con la siguiente conclusión: la normatividad del derecho apela a aquellas razones que pueden estar siempre disponibles para los sujetos que se encuentran sometidos a los mandatos imperativos de la ley; de otro modo, el derecho solo puede usar ya su capacidad coercitiva para conformar una conducta y entonces habrá perdido su poder normativo para ese sujeto o grupo. De este modo, se explican bien aquellos casos en los que de pronto el sistema jurídico se hace consciente de problemas sustantivos sobre derechos políticos para los que no tiene una respuesta clara. Dworkin ve estos casos como problemas «teóricos»

con los que los jueces tropiezan de cuando en cuando; los jueces no pueden decidir cómo aplicar el derecho y deben apelar entonces a principios morales o políticos que, en su opinión, se encuentran ya contenidos en las prácticas judiciales y que pueden llevarse hacia adelante en la historia mediante una comprensión general de la jurisprudencia a través de una actividad interpretativa del derecho como integridad (1986/1988, 158). Pero esta concepción de la actividad jurisprudencial oscurece los aspectos normativos del derecho. Lo que sucede en el fondo de un problema de interpretación judicial es que el derecho ha perdido parte de su poder normativo porque este ha sido puesto en cuestión por nuevas razones que aparecen como más importantes para aquellos que invocan un “nuevo” derecho o que ya no reconocen la autoridad del derecho vigente. Este cuestionamiento a veces podrá estar referido a lo que el derecho ya manda, a la luz de una “mejor” comprensión acerca de las razones en las que se apoya; pero en otras ocasiones, invocará razones que no forman parte de nuestras tradiciones y prácticas por lo que la tarea de la teoría jurídica es poder evaluarlas a la luz de algún tipo de reflexión crítica.⁶⁴

⁶⁴ Considero que el problema principal de Dworkin sobre este punto es que no aclara bien la distinción entre razón teórica y práctica dentro de su propia filosofía. El que Dworkin afirme que su teoría apunta a una forma de hermenéutica ancla su concepción dentro de lo que consideraríamos una forma de razón teórica. Esta es una posición problemática porque el positivismo jurídico también utiliza un tipo de razón teórica aunque con otros presupuestos; se trata en este último caso de una forma de epistemología. El contraste, decimos en consecuencia, no reside en la presencia o no de principios, sino en la forma de razonamiento que está a la base de la concepción del derecho.

Ahora bien, si el derecho posee una dimensión normativa irreductible que es imprescindible para entender su fuerza particular, la teoría del derecho debe ocuparse principalmente de mostrar de qué forma la normatividad del derecho puede justificarse o, dicho en otras palabras, la teoría del derecho es aquella rama particular de la disciplina jurídica que se encarga de establecer el modo en que tal orden normativo es justificable para aquellos que están sujetos al mismo. En el siguiente apartado sugiero que la tradición de la teoría del derecho ha buscado algunas formas de plantearse esta tarea. La siguiente sección estará dedicada a reconstruir el sentido de normatividad dentro de ciertos episodios en la historia de la teoría jurídica. El punto culmen en este proceder viene dado por John Rawls como un filósofo que tiene algo que decirnos acerca del problema de la normatividad del derecho, y ello nos llevará a reivindicarlo, a su vez, como un filósofo no solo de la política sino también del derecho.

3.1.2.2. *La normatividad en la filosofía del derecho*

Sobre el derecho y el Estado se ha discutido desde la formación de las primeras sociedades políticas en el mundo antiguo. La filosofía política de Platón y Aristóteles, por ejemplo, tematizaban ya la relación entre la vida política y los contenidos éticos, aunque dicha relación no tenía por objetivo la búsqueda de una fundamentación del orden político o legal. La pregunta normativa les hubiera resultado a los griegos tan extraña, como nos resulta a nosotros una cosmovisión arquetípica del mundo. Así, la filosofía política clásica despunta por la particular conexión entre su experiencia de la vida en la *polis* y sus concepciones del orden

cósmico. Tal relación se da mediada por una metafísica cuya teleología apunta hacia cierto orden sustantivo como el Mundo de las Ideas o el Sumo Bien.

La pregunta por la normatividad es un asunto que corresponde a la modernidad y ha tenido una naturaleza ambivalente en la teoría del derecho. Empecemos por una consideración previa. La determinación de una base normativa para el sistema jurídico y estatal se convierte en un problema solo cuando los órdenes premodernos de la vida ética quedan completamente desintegrados en el proceso de modernización de las sociedades. Este proceso puede empezar a describirse desde el siglo XI y XII, cuando los ámbitos de lo secular y de lo religioso empiezan a diferenciarse en los conflictos que dieron origen a la Revolución Papal (Berman 1983/1996, 110). Sin embargo, es solo en la modernidad temprana que la ética sustantiva de sociedades articuladas por la tradición queda superada desde una autocomprensión racional tanto de la propia subjetividad como de las formas políticas. Esto tuvo dos consecuencias: la primera fue que múltiples realidades políticas quedaron necesitadas de una nueva forma de fundamentación para evitar los riesgos relativos a la desintegración social; por otro lado, el modo de ser del pensamiento moral se liberó gradualmente de una suerte de dogmatismo, frecuentemente relacionado con alguna doctrina religiosa, para canalizarse ahora en las formas de una cultura moral racional.

A continuación, quiero analizar tres casos paradigmáticos de la formulación de una base normativa para el orden jurídico puestos en marcha a partir del proceso de modernización del mundo occidental: el realismo **(i)**, el utilitarismo **(ii)** y el positivismo **(iii)**. No voy a ocuparme en desarrollar con gran detalle cada una de

estas posiciones, sino más bien quisiera resaltar reconstructivamente algunos argumentos que han empleado estas tres doctrinas frente al problema de la normatividad del derecho como la hemos venido describiendo.

(i) El realismo es una concepción bien conocida en la filosofía política. Tiene como representantes a figuras como Tucídides o Schmitt, pero aquí examinaré solo particularmente la concepción de Thomas Hobbes ya que su comprensión del derecho ha dejado una huella duradera en el pensamiento jurídico occidental; muchos de los conceptos que han pasado a formar parte de la dogmática jurídica más elemental tuvieron su origen en las obras de este filósofo inglés.

Hobbes retoma el modelo contractualista, conocido ya en la tradición política medieval, pero la inscribe en una antropología moral particular, la de individuos dotados de razón natural que en el aseguramiento de la paz y la autoconservación —que están en riesgo permanente en el Estado de Naturaleza— deciden asociarse en la constitución de un Leviatán, de acuerdo a la metáfora bíblica. Tal Estado Leviatán ha asumido la tarea de garantizar a través de la coacción legítima el cumplimiento de los pactos que asumen los individuos en el contrato social (*Lev.* II, XVII, 89). La tematización que hace Hobbes de los individuos, los identifica como seres autointeresados que se coordinan para el establecimiento de una sociedad jurídica; el punto de equilibrio de los intereses en competencia es el contrato social que funda el poder del soberano. Todo el sistema jurídico, a partir de aquí, es deducido apelando a la voluntad de este soberano:

En efecto, las leyes de naturaleza, que consisten en la equidad, la justicia, la gratitud y otras virtudes morales que dependen de ellas, en la condición de mera naturaleza (tal como he dicho al final del capítulo XV), no son propiamente leyes, sino cualidades que disponen los hombres a la paz y a la obediencia. Desde el momento en que un Estado queda establecido, existen ya leyes, pero antes no: entonces son órdenes del Estado, y, por consiguiente, leyes civiles, porque es el poder soberano quien obliga a los hombres a obedecerlas. (*Lev. II, XXVI, 139*)

En un tratado aparecido una década antes, ya Hobbes apuntaba esta concepción acerca del derecho como respaldado por el poder de la fuerza; las leyes son legítimas en tanto éstas emanan de la autoridad soberana, al margen de cuál sea la estructura de gobierno:

Pues bien, corresponde al mismo poder supremo establecer algunas reglas comunes a todos y declararlas públicamente, por las cuales cada hombre sepa qué puede llamarse suyo y qué de otra persona; qué puede llamarse justo y qué injusto; qué honesto y qué deshonesto; qué bueno y qué malo. En resumen: qué es lo que debe hacerse en el curso ordinario de nuestra vida. Pero esas reglas y medidas suelen llamarse leyes civiles, o leyes de la ciudad, al ser órdenes de aquel que tiene el poder supremo en la ciudad. Y las *leyes civiles* (definámoslas) no son otra cosa que *los mandatos de quien tiene la autoridad principal en la ciudad, para dar dirección a las acciones futuras de sus ciudadanos.* (*DC 6, 9*)

Además, se da una completa exactitud entre las leyes de la naturaleza y las leyes civiles, con lo cual, las leyes son justas de forma necesaria.⁶⁵ Sin embargo, como puede verse, la única razón realmente importante por la que alguna norma cuenta como parte del sistema de derecho es porque esta ha sido dictada por el soberano en tanto que su poder es irresistible. En alguna parte, Hobbes afirma que un hombre con un poder irresistible asume naturalmente el dominio de todos los hombres por la excelencia de su poder (*Lev. II, XXXI, 188*); esta es la razón por la que Dios ostenta el dominio sobre todos los hombres, su omnipotencia le da ese derecho. Tal poder en manos de un solo hombre, sin embargo, es una ficción. Por ello los hombres se encuentran siempre en un estado de guerra sino efectivo, potencial. Aquellas leyes naturales —que en realidad no son más que dictados de la prudencia— no son vinculantes porque no vienen respaldadas por poder coercitivo alguno. Por ello los hombres deben asociarse para constituir un nuevo sujeto con el poder suficiente de garantizar la paz social de tal forma que sus mandatos sean entonces leyes obligatorias para todos. Pero no debe perderse de vista que tales mandatos son obligatorios porque el soberano puede usar el poder político para hacerlas cumplir.

Llamamos realismo a aquella concepción de acuerdo a la cual la normatividad del derecho debe hallarse en el poder que instituye la sociedad política. El realismo de Hobbes constituye así una primera forma de caracterizar el

⁶⁵ Las leyes civiles, en la concepción de Hobbes, no pueden permitir lo que está prohibido por la ley natural, pero sí pueden restringir lo que esta permite (*DC 14, 3*).

fundamento normativo del derecho, a saber, la fuerza del soberano. Cabe preguntarse si esta forma de normatividad es exitosa. Creo que aquello que hemos dicho ya sobre el concepto de autoridad, puede aplicarse bastante bien a este proceder, sin embargo, debemos dar cuenta de esta base teórica que fue fundamental en la historia de la tradición jurídica occidental.

(ii) En cierto modo parece que el utilitarismo ha sido ya superado como doctrina moral; sin embargo, su presencia sigue siendo dominante en el ámbito de las ciencias sociales. En la teoría del derecho su presencia ha sido casi permanente desde el siglo XIX y ha recobrado renovadas energías con el llamado «análisis económico del derecho» —aunque en opinión de algunos autores no se trate de la doctrina utilitarista en sí misma (Posner 1979, 111 ss.)—. Así las cosas, vale la pena examinar de qué forma se sustenta la normatividad del derecho desde una base utilitarista; para ello me serviré principalmente del caso de Bentham.

Bentham reacciona, ya en su juventud, frente a lo que considera meras ficciones legales. Contra la forma de iusnaturalismo que había popularizado William Blackstone en Inglaterra, Bentham propone una base empírica desde la que se puedan plantear, con la claridad de la razón, juicios sobre lo que el derecho debe ser. A ello se debe que su principio de utilidad venga a servir como un criterio normativo no solo de la moralidad, sino también del orden legal y político (1776/2010, 95). El principio de utilidad tiene múltiples ventajas frente al modo de racionalidad que ofrece el derecho natural. En primer lugar, se trata de un principio empírico, esto es, que lejos de ser una elucubración filosófica se trata de un hecho

de suyo evidente: «todos los hombres buscan el placer y rehúyen el dolor», nadie, cree Bentham, puede rebatir en qué sentido esto no es un hecho de la naturaleza humana. En segundo lugar, tal principio permite no solo explicar por qué el derecho cumple una función de coordinación del orden social, sino que además logra distinguir —en relación al concepto de utilidad— aquellas leyes que son buenas de aquellas otras que no lo son.

Ciertamente, Bentham no organizó para el principio de utilidad un esquema ético y político a partes iguales, sino que más bien fue desarrollando a lo largo de su vida una sistematización del concepto de utilidad. El joven Bentham, por ejemplo, considerada todavía una tensión difícil de resolver aquella que surge entre el concepto de justicia y el de utilidad. Una muestra clara de ello se observa en su tematización de la resistencia a la ley en el texto temprano *Un fragmento sobre el gobierno*:

Es *entonces*, podemos decir, y no hasta entonces, permisible, cuando no obligatorio, que todo hombre tanto por lo que resulta por el *deber* como por el *interés*, que tome medidas de resistencia; cuando, de acuerdo con los mejores cálculos que él sea capaz de realizar, *las daños probables de resistencia* (hablando con respecto a la comunidad en general) *les parezcan menores a él que las probables daños de la sumisión*. Esto es para él, como para cualquier otro hombre en particular, la *oportunidad para la resistencia*. [sic] (1776/2010, 161)

En esta cita es evidente que Bentham considera como fundamento normativo a la utilidad que podemos calificar todavía ahí de “personal”. Se trata del perjuicio propio aquello que me legitima para actuar en contra de la ley. A pesar de ello, Bentham consideraba que la justicia, en la forma del derecho, representaba a su vez un tipo distintivo de utilidad relacionada con las expectativas que prefigura para los ciudadanos. Las normas jurídicas establecen un sistema de interacciones que generan expectativas de utilidad futuras en la forma de prestaciones, obligaciones, sanciones, entre otras sin las cuales se estaría sometido a una gran incertidumbre social; tal tipo de utilidad puede calificarse como una de tipo “social”. Esta tensión va a desarrollarse hasta que el Bentham maduro ponga un mayor énfasis en esta última dimensión del concepto de utilidad (Postema 2019, 145 ss.).

Ahora bien, esta perspicacia precisamente previene a Bentham de confundir dos órdenes distintos: el de los hechos y el de las razones; nos dice el autor inglés:

¿Qué es una ley? ¿Cuáles son las partes de una ley? El tema de estas preguntas, según se advertirá, es el todo *lógico, ideal e intelectual*, no el *físico*: la *ley* y no el *estatuto*. Una investigación que estuviese dirigida a esta última clase de objetos no podría admitir dificultades ni proporcionar instrucción. En este sentido, todo cuanto es considerado ley por la persona o personas reconocidas como poseyendo el poder de hacer leyes, es *ley*. Las *Metamorfosis* de Ovidio, si fueran así presentadas, serían ley. Todo cuando fue abarcado por uno y el mismo acto de autenticación, todo cuanto recibió el toque del cetro en un mismo momento, es *una ley*: completa y nada más. Un estatuto de Jorge II formulado para sustituir una *o* en lugar de una *y* en un estatuto anterior, es una ley completa; un estatuto que contuviera un cuerpo

completo de leyes, perfecto en todas sus partes, no podría serlo más. Por la palabra ley, entonces, toda vez que aparezca en las páginas siguientes, quiero significar ese objeto ideal, cuya parte, el todo o lo múltiple, o una reunión de partes, todos y múltiples mezclados, es presentado por un estatuto, no el estatuto que los presenta.
(1789/2008, 309)

En este primer sentido, la diferencia con el iusnaturalismo que ataca puede considerarse como una defensa del auténtico sentido de la ley. En Hobbes, la idea según la cual la ley se relaciona de forma estrecha con la voluntad de quien manda puede llevar al contrasentido de que una vez que la voluntad del que manda desaparece (*v. gr.* si muere el monarca o si se disuelve la cámara votante) las leyes pierden su fuerza vinculante. En la Inglaterra del periodo isabelino, este era precisamente un problema que se había salvado con la doctrina —de larga tradición medieval— de los «dos cuerpos del rey» (Kantorowicz 1957/2012, 53 ss.).⁶⁶ Para

⁶⁶ De acuerdo a la doctrina de los dos cuerpos del rey, el monarca poseía dos cuerpos: uno natural y otro político; de tal manera que, si bien el cuerpo natural podía fenecer, el cuerpo político era transmitido al sucesor. Pero, además, esta doctrina poseía otros alcances de índole constitucional. En el año 1642 —el mismo año en el que Hobbes publica en Francia el *De Cive*— el parlamento inglés declara su soberanía en un acta fechada el 27 de mayo. Un fragmento de esta declaración permitirá ilustrar cuál era el alcance de tal doctrina: “It is acknowledged that the King is the Fountain of Justice and Protection, but the Acts of Justice and Protection are not exercised in his own Person, nor depend upon his pleasure but by his Courts, and by his Ministers who must do their duty therein, though the King in his own Person should forbid them: and therefore if Judgments should be given

Bentham este es un problema que queda oscurecido por la forma en que el iusnaturalismo parece hablar del derecho; por ello, ya su concepción apunta un protopositivismo que se expresa en su convicción de que “todo aquello que ostente la dignidad de ser ley es una ley”. Sin embargo, Bentham va mucho más lejos al señalar un “todo *lógico, ideal e intelectual*” en las leyes. Por supuesto, esto puede sugerirnos el moderno concepto de «norma» que se diferencia del de «dispositivo»; pero también puede sugerirnos que el sentido de la ley se relaciona más estrechamente con un determinado tipo de principio:

The principle which has exercised the greatest influence upon governments, is that of sympathy and antipathy. In fact, we must refer to that principle all those specious objects which governments pursue, without having the general good for a single and independent aim; such as good morals, equality, liberty, justice, power, commerce, religion; objects respectable in themselves, and which ought to enter into the views

by them against the King's Will and Personal command, yet are they the King's Judgments.” [Está reconocido que el Rey es la fuente de justicia y protección, pero los actos de justicia y protección no son ejercidos por su propia persona, tampoco dependen de su placimiento, sino de sus cortes, y de sus ministros quienes deben cumplir su deber al respecto, aunque el Rey en su propia persona se los prohíba: y entonces si las sentencias deben ser dados por ellos en contra de la voluntad del Rey y su mandato personal, aún serían sentencias del Rey.] (McIlwain 1910, 389). No está claro si Hobbes compartía o no la doctrina de los dos cuerpos del rey; pero esta era una doctrina extendida en la época. En todo caso, el lenguaje de Hobbes parece apuntar a que todavía no había desarrollado nuestra moderna distinción entre la voluntad del cuerpo legislativo y la ley propiamente dicha.

of the legislator; but which too often lead him astray, because he regards them as ends, not as means. He substitutes them for public happiness, instead of making them subordinate to it. (Bentham 1802/1931, 14)

[El principio que ha ejercido la mayor influencia sobre los gobiernos, es el de la simpatía y antipatía. De hecho, debemos referir a este principio todos los pseudo-objetivos que los gobiernos persiguen, sin tener al bien general por un objetivo solo e independiente; tal como las buenas costumbres, la igualdad, la libertad, la justicia, el poder, el comercio, la religión; objetos respetables en sí mismos, y que deben entrar en la consideración del legislador; pero que muy a menudo lo llevan a error, porque este los considera como fines, no como medios. Él los sustituye por la felicidad pública, en lugar de subordinarlos a esta.]

Más adelante, nos dice:

These are examples of some of the phantasies which are substituted in politics, instead of the true search after happiness. They do not grow out of an opposition to happiness; they are the fruits of inadvertence or mistake. A small part of the plan of utility is seized upon; and exclusive attachment is evinced for that small part; in the pursuit of some particular branch of the public good, the general happiness is disregarded; it is forgotten that all these particular objects have only a relative value, and that happiness alone has a value which is intrinsic. (Bentham 1802/1931, 15)

[Estos son ejemplos de algunas de las fantasías que son sustituidas en política, en lugar de la verdadera búsqueda de la felicidad. Ellos no se desarrollan de una oposición a la felicidad; ellos son los frutos del descuido o el error. Una pequeña

parte del plan de la utilidad es aprovechado; y se evidencia un apego exclusivo por esa pequeña parte; en la búsqueda de alguna rama particular del bien público, la felicidad general es ignorada; se olvida que todos esos particulares objetos tienen solo un valor relativo, y que la felicidad sola tiene un valor que es intrínseco.]

En este orden de ideas podemos decir que Bentham logra diferenciar el fundamento especial del derecho. La justicia como concepto general —el cual incluye a su vez el del derecho— no puede tener otro fundamento que no sea el de la utilidad general, el cual no es otra cosa que la felicidad general. Por supuesto, no queremos decir que el propio Bentham haya podido extraer todas las consecuencias de esta idea; lo que sí podemos afirmar es que su posición representa un paso adelante en la definición de nuestra moderna noción de normatividad.

De acuerdo a Dworkin, el utilitarismo ha sido de manera discreta la base normativa del orden jurídico durante buena parte del siglo XX, a la par que el positivismo jurídico constituía su base metodológica. Esto significa que su justificación como orden normativo ha estado asociada implícitamente al objetivo de la eficiencia social. Pero como han mostrado ya diversas críticas planteadas contra esta doctrina, el utilitarismo no puede explicar nuestras convicciones morales más profundas que nos conciben como personas libres e iguales, así su posición como base normativa del sistema jurídico adolece de serios defectos. Sin embargo, debemos esperar hasta hacer explícita nuestra base para mostrar de qué forma particular falla el utilitarismo.

(iii) Los inicios del siglo XX fueron años de gran agitación social. Las tensiones políticas en Europa sacudieron una, hasta entonces, conservadora sociedad. Con el surgimiento de la filosofía analítica, una nueva concepción de la filosofía tomó la posta en la sensibilidad académica del mundo europeo. La filosofía debía buscar ahora un lenguaje especial que pudiera analizar los discursos ordinarios con el objetivo de fundar una ciencia demostrativa rigurosa. La Viena de entonces florecía como uno de los centros intelectuales más importantes en Europa. Este ambiente de rupturas intelectuales y modernización fue el que respiró un joven Hans Kelsen en sus años de formación jurídica. Antes de ingresar a la universidad, la sensibilidad de Kelsen por la filosofía ya lo había aproximado a las obras de Kant con especial interés en su teoría del conocimiento. Las investigaciones que realizó por cuenta propia durante sus años de estudio adquirieron con el tiempo los matices del neokantismo de Hermann Cohen. Kelsen, interesado más en la docencia que en la actividad profesional, preparó minuciosamente sus oposiciones a los cargos que obtendría posteriormente en la universidad de Viena concentrándose en una sistematización y análisis del orden jurídico positivo que pudiera terminar con las incongruencias de la jurisprudencia histórica del s. XIX. El legado de Kelsen fue una teoría del derecho que organizaba un conjunto de principios metodológicos cuya aplicación orientaba al derecho en el camino de una ciencia social segura (Métall 1969/1976, 9 ss.).

La normatividad del positivismo jurídico resulta única en su género ya que se diferencia del modo en que hasta ahora hemos venido entendiendo este problema. Cuando nos referimos a las obligaciones que nos impone el sistema legal y nos

preguntamos por qué debemos conformar nuestra conducta de acuerdo a tales normas, esto representa el punto de vista de sujetos quienes hallándose insertos en un esquema institucional se cuestionan la legitimidad de tales prácticas. La normatividad del positivismo jurídico, sin embargo, obedece a un objetivo diferente. Kelsen, en particular, quiere sacar en claro el modo en que las normas de un sistema jurídico son válidas entendiendo por validez el modo particular de su existencia, así, el problema de por qué el orden jurídico es un orden legítimo se puede entender como el problema de la normatividad como validez. Si puede demostrarse de qué modo la validez es un predicado objetivo de una norma, entonces se habrá mostrado que dicho orden es válido. Ahora bien, lo característico de Kelsen es pues entender que la objetividad del derecho puede determinarse de modo «científico», así la teoría pura del derecho es una apuesta por un tipo particular de fundamentación, es la presuposición de que el sistema de normas puede fundarse en unos axiomas desde los que se puede deducir el sistema en conjunto.

Para conseguir este objetivo Kelsen utiliza un paralelo entre la imputación jurídica y la causalidad en ciencias naturales. La imputación es una relación entre dos hechos sociales: una condición y su consecuencia; mientras que la causalidad establece una relación entre dos hechos naturales: una causa y su efecto. Pero la imputación jurídica solo puede formularse con la introducción de la categoría del deber ser, así: “aquel hombre que mata a otro debe ser sancionado con X años de prisión” establece una relación de imputación típica. Es cierto que se puede decir de una ley natural que «debe acontecer», pero esta es una expresión del lenguaje ordinario que implica una significación debilitada de la fórmula «tiene que

acontecer» que subyace implícita en la relación de causalidad. De este modo, Kelsen no ve en los enunciados deónticos del derecho positivo una categoría normativa, sino una categoría lógica de la ciencia del derecho en particular (1960/2005a, 55). Esta operación es fundamental para el giro que pretende realizar. Si la ciencia del derecho es posible, piensa Kelsen, esto es con la posibilidad de la sistematización y análisis de proposiciones empíricas sobre las normas positivas, por ello el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo. Además, en el origen de la cadena causal de la validez empírica que representa el hecho del sistema jurídico, Kelsen supone una «norma fundamental» (*Grundnorm*) que soporta la estructura normativa; esta norma, no obstante, no es positiva, sino una hipótesis básica, se trata de una condición de posibilidad (1960/2005a, 113). Este proceder emula en muchos aspectos la teoría del conocimiento kantiana, pero Kelsen no explica suficientemente a qué se debe esta trasposición de categorías de la lógica trascendental en el sistema kantiano. Bien vistas las cosas, Kelsen ni siquiera ha tomado nota de la filosofía del derecho de Kant.

En la *Crítica de la Razón Pura* de Immanuel Kant, el modo en que es legítimo el conocimiento se justifica a través de una comprensión de las fuentes del mismo, esto es, lo que Kant pretende realizar con la filosofía trascendental es un estudio de las condiciones de posibilidad del conocimiento. Si logramos entender de qué modo es posible el conocimiento seguro, las ciencias naturales quedarán fundadas, pero también la metafísica crítica que es su objetivo fundamental en el terreno de lo práctico. Así, la forma en que conocemos, de acuerdo a Kant, posee una doble fuente: obtenemos un múltiplo de la sensibilidad por la cual recibimos

representaciones (intuiciones) que son pensadas por conceptos puros del entendimiento o «categorías» (*KrV* A19 = B33). Sin éstas últimas las representaciones sensibles no serían inteligibles para nosotros, de tal modo que el único conocimiento posible es aquel que se produce en la síntesis de la sensibilidad y el entendimiento. Una de estas categorías es la de causalidad, y pertenece a la lógica trascendental (*KrV* A80 = B106). Pero el «deber» no es para Kant una categoría del entendimiento, sino que pertenece al modo de los principios de la razón práctica, esto es, se trata del fundamento a priori de una voluntad pura (AA V, 20). Con ello, Kant pretende definir un ámbito de la razón —en su capacidad práctica— como aquel que nos permite la autonomía como «autolegislación»; los seres dotados de razón producen leyes que son imperativos para ellos mismos y en ello radica su libertad. Por lo tanto, la razón práctica no puede conocer sus objetos, como sí lo hace la razón teórica respecto de los suyos, y en ello radica la imposibilidad de que el deber sea una categoría de la lógica trascendental.

La normatividad que nos propone Kelsen, por tanto, no es una normatividad práctica que es la que hemos venido buscando hasta ahora, sino una normatividad «teórica» relacionada con las razones para creer y no con las razones para la acción. Kelsen elabora una base epistémica para responder a la pregunta ¿qué es el derecho? Considero que esta concepción teórica del derecho ha echado un velo sobre las dimensiones prácticas del derecho, razón por la cual la relación entre derecho y moral sigue siendo tan problemática.

3.1.2.3. *Constructivismo y reciprocidad de las razones*

La reconstrucción histórica del problema de la normatividad nos ha arrojado una imagen particular acerca del derecho. De acuerdo a esta, la teoría del derecho a partir de la modernidad está a la búsqueda de una nueva fuente de legitimidad del sistema político, y en particular, del sistema legal. Esta imagen es, por supuesto, una simplificación de un proceso político y social enormemente más complejo; sin embargo, hemos prestado atención a aquello que atañe principalmente a nuestro estudio, a saber, el principio de justificación normativa del derecho moderno. A modo de resumen podemos decir que esta búsqueda atraviesa principalmente tres estadios: a) Hobbes: el derecho como poder soberano, b) Bentham: el derecho como utilidad social, y c) Kelsen: el derecho como conocimiento empírico. Cada una de estas concepciones sobre la normatividad del derecho ha respondido a exigencias históricas que deben considerarse en detalle. Ahora bien, el problema con estas concepciones es que cada una representa limitaciones especiales que en el transcurso de la historia de la teoría jurídica han desembocado en un debate sin término.

Uno de los objetivos de nuestra investigación ha sido revalorar la obra de John Rawls de cara al problema de la normatividad. John Rawls es considerado, por parte de la academia jurídica, como un filósofo político que solo interesa tangencialmente al mundo del derecho. Sin embargo, la grandeza de un filósofo no se mide únicamente por su trabajo en relación a su objeto predilecto de atención, sino por las nuevas ideas y modos de argumentación que puso a prueba, de los cuales podemos servirnos para pensar nuestros propios asuntos. En tal sentido,

Rawls es un filósofo que desarrolla una manera persuasiva de atender al complejo problema de la justificación respecto de los diferentes órdenes de la normatividad. Uno de estos órdenes lo constituye el derecho. Me concentraré ahora en articular de qué manera podemos obtener una nueva base para la normatividad legal a partir de nuestro estudio precedente sobre la Justicia como Equidad.

Según entiendo la normatividad del derecho debe venir dada por una concepción acerca de lo que es justificable en tanto legislación de la libertad externa (en palabras de Kant) con la capacidad para ejercer el poder coercitivo del Estado. En tanto legislación de la libertad externa, el derecho posee una dimensión empírica, esto es, se trata un orden normativo positivo con demandas propias que deben diferenciarse de las demandas de los órdenes éticos positivos allí donde los hubiera, por ejemplo, los de las comunidades unidas por una autocomprensión ética determinada. Pero si bien podemos diferenciar estos órdenes de reglas (jurídicas y éticas) empíricamente, esto aún deja espacio para las demandas morales universales que no pertenecen al mundo sensible, el modo en que estas exigencias son legítimas es tarea de la filosofía moral y de la normatividad moral en términos generales.

Así, el orden del derecho positivo y de la moral universalista son dos órdenes cualitativamente diferentes. El derecho positivo —y la práctica jurídica en conjunto— es un orden que puede ser objeto de análisis sociológico, no así el orden moral que es un orden que pertenece por completo al dominio de la razón práctica. Ahora bien, como el derecho contiene en sí conceptos normativos y mandatos, algunos de los cuales poseen una fuerza categórica (*v. gr.* DD.HH.), este orden no puede

justificarse apelando a criterios empíricos de verificación de reglas sociales, como lo intentara Hart con su esfuerzo por encontrar una regla de reconocimiento (1961/2012, 117-18). Aunque el derecho y la moral constituyan dos órdenes diferentes de reglas, el carácter normativo de ambos los sujeta a una base normativa que pueda justificar la fuerza especial de aquello que es «debido» como derecho y como moral respectivamente. En cierto modo, estamos retomando aquí un tema de la filosofía del derecho kantiano. Para Kant, el derecho es la legislación de la libertad externa y como tal no incorpora la motivación como parte de la acción conforme al derecho; sin embargo, el derecho se fundamenta no por principios empíricos sino por principios *a priori*, por ello para Kant la metafísica de las costumbres es una fórmula que da cuenta del dominio especial al que está sometido el derecho y la moral.

Para nosotros, la empresa de una metafísica del derecho resulta ya vedada y, sin embargo, entendemos que la justificación del orden de las relaciones jurídicas no descansa en criterios empíricos toda vez que contiene exigencias tan universales como aquellas que están contenidas en la Constitución. Así, debemos buscar un punto de apoyo que no pertenezca como tal al mundo empírico y que pueda actuar como un principio de posibilidad del derecho como orden normativo legítimo. En este sentido el concepto que estamos buscando es el de justicia. Höffe ha apelado a un sentido similar al hablar de la justicia política:

Una valoración normativa que no admite el compromiso ante otro tipo de valoraciones y que por ello representa la condición de su carácter normativo se

considera, desde Kant, que es válida de forma categórica. Por eso cabe apelar a la justicia como un imperativo categórico para las relaciones sociales dotadas de competencia coercitiva y a la justicia política como el imperativo categórico para el ordenamiento jurídico y estatal, en otras palabras, como el imperativo jurídico y estatal. (1987/2003, 85)

Esto nos pone ya en la pista de un criterio particular, a saber, el criterio de la justicia política. La justicia es aquella condición incondicionada que representa el fundamento de un orden práctico; el derecho, en tanto orden práctico, depende por lo tanto de una justificación por referencia a la justicia. El criterio de la justicia parece entonces responder bien a aquello que hemos estado buscando, a saber, un principio que pueda justificar el «deber» particular que contienen las reglas del ordenamiento jurídico. Ahora bien, el mundo jurídico contiene una gran variedad de referencias así que este «deber» es una categoría general que designa una multiplicidad de relaciones (relaciones con cosas, relaciones entre personas, relaciones con el Estado, relaciones entre naciones, etc.). Por otro lado, el concepto de justicia designa una infinidad de casos de la experiencia humana que sobrepujan ya a la mera dimensión jurídica, de tal modo que resulta mucho más intuitivo considerar las situaciones de injusticia si queremos caracterizar su concepto contrario. Este problema se vuelve aún más complejo porque necesitamos caracterizar apropiadamente de qué forma debemos entender el criterio de la justicia en relación tanto con las relaciones particulares que contiene el sistema jurídico, así como con las injusticias que aparecen desde el punto de vista moral.

Por ello, la teoría moral proporciona una ayuda valiosa en el modo en que se elabora esta segunda dificultad (Alegría Varona 2019, 22 ss.).

Sin embargo, como ya he adelantado, mi propósito es considerar de qué forma podemos elaborar una concepción normativa del orden legal tomando como principal aporte la teoría de la justicia de John Rawls denominada Justicia como Equidad. Recapitulemos entonces algunos elementos que puedan servirnos en la elaboración de este punto de vista. Una concepción política de la justicia se aplica, según Rawls, a la estructura básica de la sociedad. La estructura básica está constituida por las principales instituciones sociales, políticas y económicas de una sociedad las cuales determinan las expectativas en la vida de los miembros; así, aunque los hombres no actuaran individualmente de forma injusta, la justicia de trasfondo no podría mantenerse debido a los efectos acumulados de la desigualdad social que estas instituciones permiten. Por ello, el objeto principal de la justicia política es la estructura básica de la sociedad.

Rawls considera que una concepción de la justicia contiene principios de justicia que aplicados a la estructura básica de la sociedad dan como resultado una sociedad bien ordenada, esto es, una sociedad justa en la que sus miembros apelan a la concepción de justicia para ventilar nuevas exigencias y disputas acerca de sus instituciones sociales. La forma en que se pueden obtener estos principios es a través de un procedimiento de construcción denominado la «posición original». De este modo, el constructivismo rawlsiano es *grosso modo* la forma en que los principios de la justicia son contruidos desde un punto de vista acerca de nuestras capacidades como seres morales con una capacidad de razón práctica. Los

principios, contruidos de este modo, no son descubiertos ni tampoco son simplemente escogidos por acuerdo; el procedimiento de construcción es una forma de modelar el ideal de la autonomía moral y racional, y en este sentido se trata de un proceder kantiano. El objetivo del proceso de construcción es determinar de forma conjunta qué principios de justicia serían autoimpuestos por personas que se consideran a sí mismas como libres e iguales en tanto criterios de justificación de la estructura básica de la sociedad.

Este procedimiento se vale de algunas ideas fundamentales que son ya prácticas (véase 2.1). Del mismo modo en que Kant entendía la libertad —en tanto idea práctica— como una exigencia de la razón, Rawls considera que el procedimiento de construcción invoca algunas ideas prácticas esenciales contenidas en la cultura política pública. De entre las ideas a las que apela Rawls, destacan dos principalmente: la idea de una sociedad justa de cooperación, y la idea de las personas como libres e iguales. Ambas ideas perfilan ya una dimensión normativa en la que personas con capacidades morales (tener una concepción del bien y un sentido de la justicia) pueden cooperar entre sí habiéndose dado términos justos de cooperación. Son ideas normativas porque implican una dimensión práctica inalienable, esto es, el carácter de dignidad fundamental de todo ser humano; representan imperativos a los que solo podemos guardar ya respeto.

Ahora bien, siendo el derecho una parte de lo que Rawls entiende como la estructura básica de la sociedad cabría pensar que los principios de la justicia: el principio de libertad y el principio de diferencia (véase 2.2.3) constituyen lo que hemos estado buscando hasta ahora, es decir, una base normativa para el derecho.

Creo, sin embargo, que esta sería una conclusión apresurada. Rawls tiene en mente principalmente el problema de la justicia distributiva. Es cierto que en *LP* hay un desplazamiento hacia el problema de la justicia política, esto es, al problema del modo en que los principios de la justicia son determinados; en otras palabras, hay un desplazamiento desde la pregunta «¿qué cosa distribuimos?» hacia la pregunta «¿cómo determinamos qué cosa distribuimos?». No obstante, la cuestión para Rawls, como ya habíamos apuntado, se refiere a lo que denomina justicia de trasfondo. Rawls nos dice, en *LP*, que la «razón pública» cuyo contenido es la concepción política de la justicia con sus dos principios de justicia se aplica fundamentalmente a los elementos constitucionales esenciales y a las cuestiones de justicia básica en general (1993/1995a, 205); así muchos aspectos de la legislación quedan por fuera del alcance de estos criterios. Esto sugiere que la concepción de la Justicia como Equidad está diseñada de forma específica para determinar los valores de aquello que Rawls denomina el dominio de lo político.

Sin embargo, creo que Rawls fue matizando, hacia el final de su vida, las exigencias de la justicia política y por consiguiente su idea de razón pública también cambió. Rawls sugiere ahora que el contenido de la razón pública son una familia de concepciones políticas razonables de la justicia, en la que explícitamente cita la concepción democrática de Habermas (1999/2001, 166); además hay un requisito adicional que arroja una nueva luz sobre este asunto: los principios derivados de aquellas concepciones deben satisfacer el criterio de «reciprocidad». Este criterio viene definido del siguiente modo: “nuestro ejercicio del poder político es apropiado sólo cuando creemos sinceramente que las razones que ofreceríamos para

nuestras acciones políticas (...) son suficientes, y cuando creemos razonablemente que otros ciudadanos pueden aceptar de manera razonable tales razones” (1999/2001, 161).

¿Qué implica todo esto? Según entiendo, el constructivismo de Rawls no depende principalmente de su modelación en la posición original, o al menos no depende exclusivamente de ello, sino más bien de la manera en que se entiende este problema. La normatividad de la justicia política para Rawls es algo que hacemos en conjunto, no el resultado de un recurso del razonamiento práctico enclavado en una filosofía de la conciencia. Si esto es cierto, la Justicia como Equidad y el recurso de la posición original son solo un ejercicio acerca de cómo clarificar la reflexión moral y política, es decir, acerca de cómo podemos sostener de forma continua y crítica la idea de las personas como libres e iguales y de la sociedad como un sistema justo de cooperación.

Ahora bien, ¿cómo debemos entender entonces el constructivismo de Rawls en el derecho? En un texto de 1971 llamado *Justice as Reciprocity*, Rawls hace el siguiente paralelo: en aquellas prácticas en las que las personas pueden entrar y salir voluntariamente se aplica el principio de la equidad (*fairness*), mientras que en aquellos sistemas en donde las personas no pueden ejercitar su consentimiento y, por tanto, no pueden entrar ni salir voluntariamente, se dice que ahí se aplica la justicia. Pero ambos principios se relacionan en último término porque lo que es común en ambos es una idea básica de reciprocidad, así:

The element of necessity in justice does not render the conception of mutual acknowledgment any less applicable than in cases where there is choice, although it does, other things being equal, make it more urgent to change unjust than unfair institutions. One activity in which persons participating in a practice can always engage is that of proposing and acknowledging principles to one another supposing each to be similarly circumstanced. To judge practices by the principles so arrived at is to apply to them the principle of reciprocity. (1999, 209)

[El elemento de la necesidad en la justicia no hace que la concepción del reconocimiento mutuo le sea menos aplicable que en aquellos casos en donde existe elección, aunque sí hace, siendo otras cosas iguales, más urgente cambiar instituciones injustas que las inequitativas. Una actividad en la cual personas que participan en una práctica siempre pueden involucrarse es la de proponerse y reconocerse principios unos a otros suponiendo que cada uno está en similares circunstancias. Juzgar prácticas por los principios a los que se ha llegado es aplicarles el principio de reciprocidad.]

El caso del derecho es, desde esta perspectiva, un caso de la justicia y, a su vez, un sistema objeto del principio de reciprocidad. Ahora bien, ¿de qué reciprocidad se trata aquí? Considero que podríamos cristalizar lo dicho hasta aquí apelando a un principio al que llamaré provisionalmente el principio de la «reciprocidad de las razones» que es un principio implícito de la Justicia como Equidad. Así, debemos entender el constructivismo rawlsiano, en lo que atañe al derecho, como un proceso de construcción continua del sistema jurídico, que utiliza las ideas prácticas de la Justicia como Equidad, y en el que se construyen reglas y

principios de justicia que establecen para sí mismos ciudadanos guiados por los poderes morales y bajo el principio de la reciprocidad de las razones. El significado de esto último es que solo las reglas y principios que puedan pasar el *test* de la reciprocidad de las razones pueden ser aceptados como razones de justicia en el derecho.⁶⁷ Naturalmente, las razones de las que estamos hablando no son las que se emplean corrientemente en una argumentación aleatoria; se trata siempre de razones del más alto nivel de generalidad que personas, que se consideran principalmente como libres e iguales y que pertenecen a un sistema equitativo de cooperación, pueden aceptar como intercambiables.

Quisiera ofrecer mayor evidencia textual que apoye el principio de la «reciprocidad de las razones» como uno presente en la Justicia como Equidad. El criterio de reciprocidad aparece de forma asistemática en toda la obra temprana de Rawls; por ejemplo, una primera forma en que se hace presente es en la caracterización que hace Rawls de los dos principios de justicia en *TJ*. En

⁶⁷ Tomo la idea de un *test* de las razones del fraseo de Christine M. Korsgaard en su estudio sobre el imperativo categórico: “The Formula of Universal Law is a test of the sufficiency of reasons for action and choice which are embodied in our maxims. The idea that universalizability is a test for a sufficiency (“what if everybody did that?”) is a familiar one, and shows in an intuitive way why it is rational to attend to a universalizability requirement.” [La fórmula de la ley universal es un test de la suficiencia de las razones para la acción y la elección las cuales están encarnadas en nuestras máximas. La idea de que la universalizabilidad es un test para la suficiencia (“¿y si todos hicieran eso?”) es una idea familiar, y muestra de forma intuitiva porque es racional observar una exigencia de universalizabilidad.] (Korsgaard 1996, 79)

consideración del problema de la estabilidad, Rawls discute de qué manera los sentimientos de simpatía son una base menos firme en el utilitarismo.

En un sistema social regido por la justicia como imparcialidad, podrían ser muy fuertes la identificación con el bien de los demás y una apreciación de lo que ellos hacen como elemento de nuestro propio bien. Pero esto sólo es posible gracias a la reciprocidad ya implícita en los principios de la justicia. Con la constante seguridad expresada por estos principios, las personas desarrollarán un sentido seguro de su propio valor, que forma la base del amor a la humanidad. Al apelar directamente a la capacidad de simpatía como un fundamento de conducta justa en ausencia de reciprocidad, el principio de utilidad no sólo requiere más que la justicia como imparcialidad, sino que depende de inclinaciones más débiles y menos comunes. (1971/1995b, 452-53)

Aquí se nos dice que los principios de la justicia cumplen ya con el criterio de reciprocidad y que esta relación favorece la estabilidad del sistema social. Esto significa que el criterio sirve para evaluar la pertinencia de los dos principios que aplicaríamos a la estructura básica o, en otras palabras, que una sociedad efectivamente regulada por dos principios de justicia es una sociedad en donde es efectiva una idea de reciprocidad. La reciprocidad es entonces un criterio constructivo y no un fruto de la construcción política; esto es importante porque entonces dicho criterio no depende de la posición original, sino que se apoya en un fundamento teórico de base, es decir, se trata de un criterio para los criterios. Pero

Rawls también caracteriza la reciprocidad como una disposición psicológica en relación al mismo problema de la estabilidad, por ejemplo, en *JE* se nos dice:

Ya hemos visto cómo una aquiescencia inicial a una concepción liberal de la justicia como *modus vivendi* puede convertirse, andando el tiempo, en un consenso entrecruzado estable. Esta posibilidad real es todo lo que necesitamos mostrar en respuesta a la objeción de que la idea de dicho consenso es una idea utópica. Sin embargo, para confirmar esta posibilidad esbozaré, con la brevedad necesaria, los principales supuestos psicológicos que subyacen a la descripción precedente de cómo se genera la lealtad política. Esto desembocará en lo que podemos concebir como una psicología moral razonable; de hecho, una psicología de lo razonable en sí. Ésta es una denominación apropiada ya que la idea de reciprocidad aparece al mismo tiempo como un principio que aporta su contenido como una disposición a responder con la misma moneda. Y recordemos que la base de la igualdad en el más alto nivel es la capacidad de ser a un tiempo razonable y racionales. Dicho rápidamente: lo razonable se genera y se responde con lo razonable. No está sólo entre las disposiciones a este respecto. Lo que le hace único es su vínculo con la razón. (2001/2012, 258-59)

En estas citas textuales podemos ver que Rawls considera que el criterio de reciprocidad posee casi el máximo nivel de prioridad no solo en el proceso de construcción política de los principios de la justicia, sino también en la consolidación de lo que entendemos por una sociedad bien ordenada. Podemos afirmar que la posición original incorpora una idea de reciprocidad en su modelación; esta es una

de las ideas fundamentales acerca de cómo la posición original representa la igualdad en la que se encuentran las partes para elegir los principios de la justicia (1999, 337-38). Así, el criterio de reciprocidad atraviesa todo el sistema de la Justicia como Equidad. Por otro lado, en tanto disposición interna, el criterio de reciprocidad se encuentra en la base de nuestro sentido de la justicia; es principio de razonabilidad, porque tener un sentido de la justicia es una facultad cognitiva que nos permite considerarnos en relación directa con el otro y con su bienestar, esto es, nos permite considerar la humanidad igual en nuestra propia persona como en la de cualquier otro como una razón del más alto nivel de exigibilidad. Esto último tiene ecos importantes con la tercera fórmula del imperativo categórico kantiano y volveremos sobre esto más adelante.

Todavía puede parecer ambiguo que el criterio de reciprocidad se refiera principalmente a razones. Considero que una tercera evidencia textual zanjará este asunto. Cuando Rawls habla de la razón pública en *LP*, tiene en mente principalmente un escenario particular, a saber, la de la Suprema Corte de los Estados Unidos. “La razón pública” dice Rawls, “es muy apropiada para ser la razón de la Suprema Corte (...) la Suprema Corte es la rama gubernamental que sirve de entidad ejemplar de la razón pública.” (1993/1995a, 220). La razón pública ejercida por la Suprema Corte tiene la función de interpretar la Constitución refiriéndose principalmente a los valores políticos; esta labor de interpretación debe ajustarse a la mejor interpretación del cuerpo de leyes y precedentes siempre que se justifique

en la concepción pública de la justicia.⁶⁸ Ahora bien, Rawls señala de modo sorprendente lo siguiente:

La Constitución no es lo que la Suprema Corte dice que es. Más bien, es lo que el pueblo, actuando constitucionalmente a través de las otras ramas de los poderes, permite a la Suprema Corte decir al respecto. Una interpretación particular de la Constitución puede imponerse por mandato expreso a la Suprema Corte, mediante enmiendas o por amplia y continua acción política de la mayoría, como sucedió en el caso del *New Deal*. Esto suscita la pregunta de si una enmienda para derogar la Primera Enmienda, por ejemplo, y para convertir a determinada religión en la religión oficial del Estado, con todas las consecuencias que eso acarrearía, o para derogar la Enmienda Decimocuarta, con su protección de las leyes en pie de igualdad para todos los ciudadanos, debe aceptarla la Suprema Corte como una enmienda válida. Como expresé más arriba, sería redundante decir que, si el pueblo actúa constitucionalmente, tales enmiendas serían válidas. Pero, ¿es suficiente para validar una enmienda el que se promulgue mediante el procedimiento que señala el artículo V? ¿Qué razones podrían esgrimir la Suprema Corte o el Ejecutivo (suponiendo que la enmienda pasara por encima de su veto) para considerar inválida una promulgación que satisficiera esa condición? [el subrayado es mío] (1993/1995a, 225-26).

⁶⁸ En este sentido, la concepción que Rawls subraya acerca de la función de la razón pública a cargo de la Corte Suprema se acerca mucho a la concepción sostenida por Ronald Dworkin (1988).

En la primera parte de esta cita textual, Rawls señala que la Constitución de un Estado es aquello que el pueblo permite a la Suprema Corte decir que es; sin embargo, no se nos ofrece ningún criterio de validez para ello, el párrafo termina precisamente buscando un criterio de legitimidad si llegado el caso una reforma injusta llegara, por los procedimientos adecuados, hasta las instancias de la Suprema Corte. Creo que debemos entender este asunto a la luz del «ideal» de la razón pública. Este ideal se realiza cuando los jueces, legisladores y funcionarios en general se refieren a los valores de la razón pública para solventar sus discrepancias en el terreno de lo político. Cuando estos funcionarios apelan a estos valores están cumpliendo así su deber de civilidad. Pero también los ciudadanos cumplen con este deber votando por los funcionarios que respetan dichos valores y traducen sus exigencias particulares a términos compartidos por todos. Más aún, estos ciudadanos “se suelen ver a sí mismos *como si* fueran legisladores y se preguntan cuáles serían las leyes, sustentadas por razones que satisfagan el criterio de reciprocidad, que en su opinión sería más razonable aprobar.” (1999/2001, 159-60). De este modo, el criterio de la reciprocidad es un criterio que está en el corazón de la idea de razón pública en la forma de la reciprocidad de razones que se deben unos a otros en una sociedad equitativa de cooperación; los funcionarios y otras altas autoridades cuando se refieren a estos contenidos no pueden hacer otra cosa que expresar unas razones comunes a todos y a las cuales todos podemos asentir. Solo de este modo, tiene sentido interpretar que el pueblo puede actuar «constitucionalmente» y determinar a la Suprema Corte el sentido normativo de una Constitución.

Esta base, articulada en términos de la «reciprocidad de las razones», permite entender mejor por qué el derecho no puede dejar de apelar a razones de justicia si quiere gozar de autoridad. El imperio de la ley es el imperio de la razón ciertamente, pero no de cualquier razón, sino de las razones que podemos compartir. Estas razones como parte de la razón pública, estarían disponibles para todos y podrían ser invocadas al momento de elaborar, aplicar, sancionar o derogar las leyes que son vinculantes para todos. Además, en tanto el derecho ostenta un poder normativo, la narrativa de la justicia sirve para reforzar la prioridad de las razones que se invocan cuando se aplica el derecho. Puede decirse que nuestra capacidad moral de tener un sentido de la justicia nos permite movernos desde el espacio de las razones del autointerés o privadas hacia el espacio de las razones políticas; estos dos tipos de razones se moverían en diferentes puntos dentro de un mismo plano, ya que la justicia viene construida como una actividad en conjunto en la que se intercambian razones hasta que éstas puedan ser justificables para todos tras equilibrio reflexivo. Así, el principio de la reciprocidad de las razones establece un continuo entre el punto de vista personal y el punto de vista impersonal permitiendo que el sistema jurídico sea estable por buenas razones.

Considero que la «reciprocidad de las razones» como principio constructivista del orden jurídico permite explicar de mejor manera el carácter normativo del derecho. Frente al iusnaturalismo, no se echa mano de ninguna doctrina metafísica del ser humano, desde el inicio apelamos a ideas prácticas que se encuentran ya implícitas en nuestras prácticas jurídicas y políticas comunes. No existe manera de adoptar un punto de vista normativo si no se empieza

considerando nociones normativas elementales o de otro modo incurriríamos en alguna clase de falacia naturalista. Por otro lado, también se muestra superior al positivismo ya que la única normatividad que posee este es una normatividad «teórica», la normatividad práctica está en relación con aquellas razones que respaldan un determinado sistema de interacciones sociales. Finalmente, frente al utilitarismo, puede explicarse mejor el carácter incondicionado de las libertades fundamentales ya que nadie aceptaría razones que perjudicaran su propia posición como un miembro igualmente digno en el sistema de cooperación social.

El principio de la «reciprocidad de las razones» no es un principio novedoso, creo que Thomas Scanlon (1998/2003) y Rainer Forst (2011/2014) han articulado posiciones bastante similares y con mejores argumentos. Mi interés principal ha sido tratar de mostrar por qué la filosofía del derecho contemporánea se encuentra desencaminada al concentrar sus esfuerzos en la noción de principios como elementos centrales del razonamiento jurídico; los principios parecen apelar a un orden ontológico similar al que apelan las normas en la literatura del positivismo tradicional. La reciprocidad de las razones, como base normativa, muestra con mucha más claridad que la noción fundamental de los órdenes jurídicos —así como de los morales— es la noción de razones. Así, el derecho sería mejor entendido como un orden de razones, es decir, una práctica cognitiva central de la vida política cuya dinámica principal es el intercambio de razones. Las relaciones jurídicas son relaciones de justificación en la que hacemos valer razones a las que nadie puede desoír.

3.2. LA NORMATIVIDAD DEL ORDENAMIENTO LEGAL

El final de nuestra investigación nos ofrece una promesa importante respecto del ámbito práctico y teórico del derecho. Esta promesa es la de revitalizar una rama de los estudios sobre el derecho largamente abandonada o, también sea dicho, encapsulada entorno a debates que no tienen ninguna salida posible desde las viejas perspectivas sobre el derecho. Tal esperanza puede verse rápidamente truncada si no enfrentamos algunas objeciones particularmente difíciles; sin embargo, este trabajo pretende ser solo una introducción a una teoría crítica sobre el derecho que considere otros aspectos igualmente importantes tales como una teoría del Estado o una teoría de la interpretación judicial. Una primera objeción es la de que no se ha descrito aún cuáles son las consecuencias de abrazar este principio normativo para el derecho. De este modo, sostengo, en primer lugar, que el principio de la reciprocidad de las razones puede caracterizar de forma distintiva el derecho como un «orden de razones» (3.2.1). Una segunda dificultad resulta del carácter altamente abstracto que parece poseer el principio de la reciprocidad de las razones. En particular, el problema reside en que se trata de un principio formal del más elevado nivel; dicho principio parece resistir una aplicación al derecho el cual recubre ciertas formas de vida dotándolas de un carácter institucional a las que favorece especialmente. Para responder a este problema considero que debemos articular una base diferente y que guarda una relación con el principio de la reciprocidad de las razones; en cierto modo podemos entender este segundo fundamento normativo como una nueva formulación del principio de reciprocidad. Llamo a esta segunda formulación «el bien jurídico como bien racional» (3.2.2).

Finalmente, debemos reconstruir el sentido de un sistema de los derechos desde esta nueva perspectiva. En esta última parte nuestra preocupación es de qué forma el concepto de «derechos» queda así fijado por nuestro esquema sin hacer uso de concepciones iusnaturalistas que complejizan innecesariamente la defensa de los derechos; nuestra discusión nos llevará en la dirección de plantear que esta es una idea práctica cuyo criterio queda definido por nuestros dos principios normativos (3.2.3).

3.2.1. El derecho como un orden de razones

Hemos defendido el principio de la reciprocidad de las razones como un principio que puede justificar el carácter normativo del derecho. También hemos establecido que este principio se encuentra implícito en la Justicia como Equidad de John Rawls. Sin embargo, hemos explicado muy poco acerca de la forma en que este principio ofrece una concepción distintiva del derecho que pueda oponerse a aquellas concepciones tradicionales ofrecidas por el realismo, el iusnaturalismo o el positivismo. Esta tarea plantea ya un reto especialmente complicado porque en cierto modo nuestras nociones elementales del derecho se han formado en el lenguaje de estas tradiciones, con sus propias metáforas e imágenes. Rainer Forst ha sostenido —siguiendo en esto a Wittgenstein— que “una imagen de esta clase marca nuestro lenguaje en dirección a una cosa, agrupa las formas de uso de una palabra y constituye así su “gramática”, asimismo, “estas imágenes pueden también dirigir nuestra comprensión de una cosa en una dirección equivocada” (2011/2014, 32). Así, lo que necesitamos es una imagen del derecho que pueda conservar el

carácter distintivo del derecho y que pueda, a su vez, hacerse eco de nuestro principio de la reciprocidad de las razones.

En la historia de la teoría jurídica moderna dos han sido las imágenes más poderosas sobre el derecho las cuales han podido agrupar una diversidad de fenómenos de cara a un intento de explicación. En primer lugar, tenemos la imagen que John Austin, en el siglo XIX, articuló acerca del derecho como un conjunto de mandatos: “Laws proper, or properly so called, are commands; laws which are not commands, are laws improper or improperly so called.” [Las leyes propiamente, o propiamente así llamadas, son órdenes; las leyes que no son órdenes, son leyes impropias o impropriamente así llamadas.] (1832/1995, 10). De acuerdo con esta imagen, el derecho se relacionaría estrechamente con una determinada posición de asimetría. Ahí donde hay derecho hay alguien que manda y alguien que obedece; por consiguiente, hay alguien investido con el poder de dar órdenes y alguien, o algunos, que tienen una correlativa obligación de obedecer tales órdenes. Aunque esta imagen del derecho fuera acuñada recién hasta el siglo XIX, podríamos afirmar que es una imagen de larga tradición; de lo ya expuesto, podríamos pensar que Hobbes estaría también de acuerdo con esta imagen. La segunda imagen es la del derecho como un sistema de reglas. Esta imagen se consolida con la crítica que hace Hart sobre la propuesta de Austin; para Hart, el derecho es un sistema complejo de reglas en el cual existen algunas que son directamente mandatorias, es decir, que exigen conductas determinadas o la omisión de estas y, además, existen un segundo tipo de reglas que se encargan de la determinación de las reglas del primer tipo (1961/2012, 101). Este segundo modelo ofrece múltiples ventajas

explicativas, por ejemplo, se pueden explicar mucho mejor las reglas que no imponen directamente obligaciones, sino que establecen formalidades para la realización de determinados actos (*v. gr.* matrimonios, contratos, testamentos, etc.). La imagen del derecho como un sistema de reglas se ha mantenido casi indisputada, excepto tal vez por el debate en torno a los principios introducido hacia los años ochenta por Ronald Dworkin; sin embargo, aún es muy común que la teoría general del derecho siga considerando a este como un sistema de reglas.

Ahora bien, el modelo de las reglas es bastante persuasivo, pero apunta en una dirección particular, a saber, la de una actividad performativa (y no plenamente intencionada) del propio sistema a la que podemos denominar como «práctica social». Para Hart, existen tres condiciones para saber en qué momento nos encontramos con una obligación, a saber: a) la seriedad de la presión social a favor de la conformidad de la conducta con la regla; b) una consideración general de que la regla es importante para la vida social; y, c) el reconocimiento general de que la regla puede entrar en conflicto con el interés personal de los agentes (1961 2012, 107-9). Ahora bien, esta imagen del derecho como una práctica social tiene el objetivo de que podamos dar cuenta de ella desde una posición meramente descriptiva en la que la regla tiene una cierta preponderancia. Las tres condiciones mencionadas son hechos susceptibles de verificación empírica; esto es importante porque dentro del gran conjunto de ideas sobre reglas que existen, parece que Hart está pensando en las reglas de una práctica social de una forma muy particular. Si miramos las cosas como un observador externo probablemente podamos hacer enunciados causales sobre la conducta probable de los miembros de una

comunidad; pero esto no capta el sentido de reglas que está tratando de salvar Hart. Para entender qué significa una regla lo que necesitamos es poder usarla como parte de nuestro mundo social, como una forma de orientar nuestra propia conducta (1961/2012, 113). Un ejemplo podría ayudarnos: si queremos aprender qué cosa es el ajedrez, debemos practicarlo habitualmente de modo tal que podamos entender el sentido de sus reglas. Solo de esta manera podemos entender el significado, por ejemplo, de «jaque» o de «enroque» que designan posibles jugadas o maneras de proceder consideradas legítimas. No podemos elegir con nuestro oponente que la dama se mueva de una forma diferente, o que la torre se mueva en diagonal; si hacemos esto estaríamos dejando de jugar al ajedrez. Esta es, aproximadamente, la imagen que tiene Hart del derecho y por eso es que su aproximación es la de alguien que describe de qué forma se pueden hacer movimientos válidos desde dentro del sistema jurídico.

Ahora bien, esta imagen del derecho como una práctica social regulada parece especialmente sensible a la idea que tenemos de las prácticas en las que no podemos prestar nuestro asentimiento. A diferencia de las prácticas convencionales, las prácticas no convencionales poseen una naturaleza casi estructural, por ejemplo, las reglas del lenguaje ordinario no son susceptibles a nuestra capacidad para asentir a sus dinámicas; ciertamente, la propia práctica comunicativa juega un papel importante en la dirección que esta toma en una perspectiva históricamente considerada, pero esto solo ocurre con la ocasión frecuente de un elemento que se desvía del uso habitual de la regla lingüística y solo después de un lapso bastante prolongado. La poesía es tal vez un ejemplo de

juego de lenguaje «convencional» en el que, sin salir del todo de la práctica misma, se sobrepujan las reglas del lenguaje ordinario. De esta misma manera, el derecho es, para Hart, un caso en el que la práctica es no convencional —aunque solo hasta un cierto punto— y esto tiene que ver con la naturaleza de la propia regla. Para que una regla sea tal debe tener una dimensión alienante, es decir, debe aparecer frente al agente como un elemento externo a su voluntad, el agente debe considerar a la regla como algo ajeno a él hasta cierto punto. Esto parece contradecir la impresión de que las reglas secundarias introducen cambios en las reglas primarias haciendo que el sistema no sea estático; pero la RR es vista como un hecho social complejo (1961/2012, 126); de esta manera, aunque algunas reglas jurídicas sean susceptibles de modificación de acuerdo con alguna pauta intencional de los miembros de una sociedad, la propia RR es una regla vinculada a un espectro de la práctica social que escapa, por su propia definición, a un principio de acción plenamente intencional. Esto significa que la RR es un principio no analizable de la teoría del derecho de Hart.

Sin embargo, esta imagen del derecho como conjunto de reglas primarias y secundarias constituye un paso adelante en la caracterización del sistema jurídico representado hasta Kelsen como un conjunto de mandatos no convencionales en sentido estricto.⁶⁹ En Hart, la RR viene constituida por una práctica compleja de

⁶⁹ En Kelsen, por ejemplo, la interpretación de una norma es un acto de voluntad, pero en el que dentro de un marco adecuadamente elaborado no puede haber diferencia entre las opciones disponibles. Así, lo que decida el juez en cualquier caso es el sentido de esa norma y forma parte ya

interacciones que discurren por encima de la voluntad de los sujetos; sin embargo, dicha práctica es todavía performada por los mismos de forma tal que son los agentes los que le dan forma, aunque no de manera totalmente deliberada. Hart se asegura de esta dimensión dinámica introduciendo una idea adicional, a saber, la textura abierta de las normas:

La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. No obstante ello, la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las aplicaciones de *standards* variables, *no* exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso. Este hecho saliente de la vida social sigue siendo verdad, aun cuando puedan surgir incertidumbres respecto de la aplicabilidad a un caso concreto de cualquier regla (escrita o comunicada por precedente). Aquí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas, que los cuerpos administrativos desempeñan centralmente en la elaboración de *standards* variables. En un sistema donde el *stare decisis* es firmemente reconocido, esta función de los tribunales se asemeja mucho al ejercicio por un cuerpo administrativo

del derecho positivo por acto de su voluntad investida con autoridad. Ahora bien, establecer este marco de posibilidad es un asunto que compete al análisis científico (1960/2005a, 133).

de potestades delegadas de creación de reglas. En Inglaterra este hecho a menudo resulta oscurecido por las formas: porque con frecuencia los tribunales niegan cumplir tal función creadora e insisten en que la tarea propia de la interpretación de la ley y del uso del precedente es, respectivamente, buscar la “intención del legislador” y el derecho que ya existe. (1961/2012, 168-69)

Así vemos como Hart considera que existe una zona de penumbra en la que las reglas pueden ser susceptibles de interpretación por parte de los tribunales. La mejor forma de entender esto a la luz de nuestra propia discusión es decir que el aspecto no convencional del sistema jurídico —representado por Hobbes, Austin y Kelsen— encuentra una debida matización allí donde una parte de la práctica se vuelve convencional, en particular, el ámbito judicial. En este terreno, el derecho como conjunto de reglas se convierte en una práctica convencional sujeta a la deliberación de jueces, funcionarios y abogados que producen en conjunto los nuevos criterios para decidir la aplicabilidad de los casos, así como nuevas reglas contenidas en las sentencias. En esta línea debe leerse también el aporte de Dworkin que abre mucho más el debate con la introducción de los principios. Para Dworkin, los jueces cumplen una función de verificación de criterios interpretativos que flotan ya entre las convicciones éticas más importantes de una sociedad y que puedan ser coherentes entre sí con la práctica jurídica general; a esta concepción la llama el derecho como integridad (1986/1988, 166); así, los jueces no pueden simplemente crear las reglas, sino que deben fungir como albaceas de la vieja y de la nueva sensibilidad moral de la sociedad. De este modo, la práctica jurídica abre

una nueva dimensión a que esta se convierta en una práctica convencional la cual se extiende ahora a los miembros de la sociedad, aunque de forma indirecta.

Estas nociones previas nos han permitido reconstruir el panorama de las imágenes que la teoría del derecho ha tomado en su afán por explicar aquello que constituye esencialmente al sistema jurídico. Considero que dichas imágenes han empujado dialécticamente nuestra comprensión del problema teórico del siguiente modo: el derecho como un conjunto de mandatos impide distinguir acertadamente las órdenes legítimas; así, parece más probable que el derecho como conjunto de reglas pueda plantearse con mayor claridad metodológica cuándo nos encontramos frente a reglas legítimas. Sin embargo, en tanto que dichas reglas se performan por la actividad conjunta de los miembros de una sociedad, parece insuficiente considerar que dichos miembros no posean facultades activas que introduzcan alteraciones en ese sistema normativo. En este sentido, parece evidentemente falso que el sistema jurídico carezca de una dimensión principalmente cognitiva que no pertenezca a la estructura de las reglas sino a los propios sujetos que introducen tales cambios. Así, parece que nuestra concepción del derecho debe avanzar por una nueva dirección que pueda capturar bien esta dimensión cognitiva activa en los miembros del sistema social en relación con el sistema jurídico.

El principio de la reciprocidad de las razones nos lleva directamente a una esta concepción del derecho. La imagen que usa esta concepción es el de las razones; llamaremos a esta concepción el «derecho como orden de razones». Contra esta primera idea se pueden levantar amplias objeciones sobre todo en lo respecta al carácter reglado del sistema jurídico, ya que sin el empleo de la

expresión «regla» parece que hemos perdido algo importante. Sin embargo, mi interés no es perder de vista ni la noción de reglas, o normas, y tampoco, la de principios. Así habremos de aclarar en qué sentido decimos que el derecho es un orden de razones. El principal problema con la idea de mandatos o reglas es que la práctica jurídica parece irremediablemente una práctica que solivianta nuestro sentido de autonomía. Ser parte de una democracia constitucional hoy en día significa que no solo estamos sujetos a un sistema de interacciones, sino que damos forma a este sistema. La tradición de la teoría jurídica aparece, de este modo, como perdiendo el punto de vista político de todo el asunto. En Hobbes este hilo que enlaza la política y el derecho no se rompe porque para el filósofo inglés la autocomprensión política de los individuos los lleva a concebir su sistema jurídico como un conjunto de mandatos que realizan un interés fundamental (la garantía de la paz y la seguridad) pero que, a su vez, constituyen una negación de la personalidad completamente libre de los individuos presocietarios; en tal sentido, el derecho es un elemento alienante de la propia personalidad porque así lo han querido los individuos que han contraído un pacto social. En Kelsen y Hart, el elemento político ha desaparecido completamente de la elucidación sobre el concepto del derecho y ya solo tenemos referencias a la «forma jurídica»; pero esta forma no se discute a mayor nivel, sino que se supone o se tiene como un hecho; se trata de una teoría que empieza desde dentro de sus propias ficciones.⁷⁰

⁷⁰ Se debe mencionar que existen múltiples diferencias entre las propuestas de Kelsen y Hart. Por mencionar solo alguna aquí debemos apuntar la diferencia de tradiciones a las que pertenecen tales

La concepción del derecho como orden de razones se propone recapturar el elemento político del derecho desde el inicio. A diferencia del desvío que toman filósofos como Dworkin, la concepción del derecho como orden de razones entiende que el derecho debe ser —en algún sentido relevante y sin mediaciones— una práctica convencional, esto es, que debe quedar por debajo de la autocomprensión política de las propias personas, es decir, de su autoconcepción como ciudadanos de pleno derecho. Así, la teoría del derecho debe quedar enmarcada en la teoría política la que, a su vez, queda enmarcada en la teoría moral. Por esta razón, su punto de partida no puede ser otro que el de la primera persona del individuo que queda sometido a los imperativos jurídicos y el modo particular en que se resuelve esta aparente contradicción entre autoridad y autonomía. Este punto de vista es oscurecido por la teoría tradicional para poner en su lugar a los operadores del sistema jurídico, en particular, al juez que debe resolver una causa; pero el juez o funcionario no pueden determinar por sí mismo la práctica jurídica en su conjunto, ya que algunos elementos forzosamente quedan por fuera de su dominio o interpretación como, por ejemplo, los fenómenos de la desobediencia civil, la objeción de conciencia o el derecho a la insurgencia. Por ello, debemos salir de la matriz conceptual que hasta ahora ha moldeado nuestra manera de comprender el

autores. Mientras Kelsen está más asociado a una tradición romano-germánica que presta mayor importancia a la ley o estatuto, la posición de Hart está asociada a una tradición anglosajona en la que la jurisprudencia señala el sentido de la norma. Estas consideraciones culturales son importantes aunque aquí no se les preste mayor detalle por razones expositivas.

derecho y ubicarnos en un terreno diferente; aquí viene a cuento nuestro estudio sobre la Justicia como Equidad de John Rawls. La filosofía política a partir de Rawls ha logrado abrir una veta nueva de investigación acerca del modo en que abordamos el problema de la justificación moral y política; por ello, su aproximación considera el modo en que ciudadanos miembros de una democracia constitucional marcada por el pluralismo político pueden dar forma a las instituciones políticas, económicas y sociales que inciden en sus expectativas de vida. En este sentido, Rawls puede ubicarse en el continuo de la teoría jurídica a lado de Hobbes, Austin, Kelsen y el propio Hart.

La normatividad del sistema jurídico queda así vinculada a una dimensión política fundamental. En la Justicia como Equidad, las ideas fundamentales que dan forma a esta dimensión política son tres ideas prácticas fundamentales a las que añadimos una cuarta con fines expositivos; estas ideas son: a) la idea de una sociedad como un sistema equitativo de cooperación; b) la idea de las personas libres e iguales; c) la idea de una sociedad bien ordenada; y d) la idea de la justificación pública (2001/2012, 51 ss.). Ya hemos precisado el alcance de estas ideas en los apartados anteriores (véase 2.1 y 2.2); aquí solo resta reconstruir el argumento para nuestros propósitos.

En la forma en que interpreto la Justicia como Equidad de cara al problema de la justificación del orden legal, el constructivismo político es principalmente un punto de vista transcendental acerca de la legitimidad de este, esto es, su normatividad. El término transcendental no hace referencia a ninguna realidad metafísica, en el sentido platónico, sino que está tomado en un sentido

estrictamente kantiano, esto es, lo transcendental designa un tipo de argumento que apunta a la dilucidación de las condiciones de posibilidad del uso de un tipo de razón. En Kant, la razón teórica y práctica, en los usos puros de su facultad, dependen así de una crítica de sus condiciones de posibilidad sin la cual la metafísica crítica no es posible, dicha metafísica crítica ofrece a su vez los principios metafísicos de la naturaleza y de la libertad. En Rawls, la «razón política» queda a su vez vinculada a su justificación, mediada por el constructivismo político, como un argumento acerca de la posibilidad de la justificación pública entre ciudadanos que se conciben a sí mismos como libres e iguales. Es solo con ocasión de esta posibilidad que podemos hablar de un punto de vista «político» desde el cual ventilar nuestras discrepancias en una sociedad pluralista.

La concepción del derecho como orden de razones toma pie en el constructivismo político para producir la condición de posibilidad política no de la forma jurídica —cuyas propiedades vienen dadas por el propio concepto del derecho—⁷¹, sino de su normatividad, es decir, el modo en que sus exigencias son

⁷¹ Para Kant, la forma jurídica viene dada por tres características que no son analizables como tales, esto es, no dependen de nada más que de su propio concepto: “El concepto de derecho, en tanto que se refiere a una obligación que le corresponde (es decir, el concepto moral del mismo), afecta, *en primer lugar*, sólo a la relación externa y ciertamente práctica de una persona con otra, en tanto que sus acciones, como hechos, pueden influirse entre sí (inmediata o mediatamente). Pero, *en segundo lugar*, no significa la relación del arbitrio con el *deseo* del otro (por tanto, con la mera necesidad (*Bedürfnis*), como en las acciones benéficas o crueles, sino sólo con el *arbitrio* del otro. *En tercer lugar*, en esta relación recíproca del arbitrio no se atiende en absoluto a la *materia* del

«razonables», o dicho con otras palabras, de qué manera las normas jurídicas se encuentran mediadas por buenas razones; esta última propiedad no se encuentra ya en la forma jurídica sino que debe ser analizada desde una perspectiva más amplia, ya que se trata de una propiedad que depende de una consideración acerca de nuestra agencia moral. Una forma de entender esto es diferenciando la forma jurídica —la forma general de una ley— de los deberes que nos imponen dichas normas; dichos deberes pueden ser de múltiple naturaleza según su materia, pero la forma jurídica no puede respaldar simplemente, por su propio concepto, el deber contenido en ellas porque se trata de una mera forma; esta es precisamente la operación inversa que realiza el positivismo jurídico y por ello resulta insuficiente. Así, la forma jurídica se ve requerida de un principio político que pueda darle sustento a aquello que se exige en cada caso.

Decimos pues que el constructivismo político produce este principio de legitimidad, a saber, el principio de la reciprocidad de las razones. El problema que Rawls tiene entre manos es el problema de la justicia de trasfondo. Este problema viene dado por la búsqueda de las condiciones equitativas de cooperación de forma tal que una sociedad sea estable por buenas razones; por ello, el asunto de fondo

arbitrio, es decir, al fin que cada cual se propone con el objeto que quiere; por ejemplo, no se pregunta si alguien puede beneficiarse también o no de la mercancía que me compra para su propio negocio; sino que sólo se pregunta por la *forma* en la relación del arbitrio de ambas partes, en la medida en que se considera únicamente como *libre*, y si con ello, la acción de uno de ambos puede conciliarse con la libertad del otro según una ley universal.” (AA VI, 230).

aquí está asociado a los principios de la justicia política y distributiva. Nosotros nos preguntamos por la justicia del ordenamiento legal, y el principio de reciprocidad expresa, de este modo, un criterio de razonabilidad política para el derecho; la normatividad del sistema jurídico depende de este criterio para evaluar cuándo nos encontramos ante buenas razones. Para entender de qué forma aparece este principio, debemos considerar la idea básica del constructivismo político. En el proceso de construcción nos vemos a nosotros mismos como personas libres e iguales en tanto poseedores de personalidad moral; esto significa que tenemos la capacidad para formarnos una concepción del bien y para tener un sentido de la justicia. Poseer una concepción del bien significa tener la capacidad para formarse fines; por otro lado, nuestro sentido de la justicia no es más que una facultad para considerar que los demás individuos también poseen una capacidad igual de darse fines a sí mismos. Rawls usa otro fraseo para designar esto mismo: los individuos somos racionales y razonables al mismo tiempo.⁷² Somos racionales porque podemos considerar fines y representarnos los medios adecuados para conseguirlos (razón instrumental); a su vez, somos razonables, porque podemos

⁷² Rawls no es original acerca de este punto. Ya Kant había señalado una distinción entre dos usos de la razón uno teórico y uno práctico. Esto se corresponde, a su vez, a dos dimensiones a las que está sujeto el hombre: por un lado, el hombre está sujeto a una dimensión fenoménica en la que su propia persona está ligada a las leyes causales del mundo; en segundo lugar, el hombre posee una dimensión nouménica, es decir, que en tanto hombre racional puede aspirar a una voluntad pura o a una auténtica autonomía.

considerar que los demás hacen lo mismo y representarnos los medios para que nuestros fines puedan conciliarse con el de los demás (razón práctica). En dichos ámbitos, la personalidad moral no designa otra cosa que la capacidad para considerar razones de distinto tipo, y por ese motivo, es una facultad cognitiva.

Si nos ubicáramos en una posición ideal de perfecta equidad (la posición original), veríamos que la condición de igual personalidad moral nos exigiría deliberar sobre aquello que afecta al universo formado por todos nosotros de acuerdo a una pauta de reciprocidad. En tal escenario ideal, nadie puede someter por la fuerza, ni engañar a los otros; así, cualquier principio de acción está asociado a que las razones puedan quedar estabilizadas para todos los integrantes en dicha posición de completa simetría. En palabras de Rawls, los agentes morales son fuentes autenticatorias de exigencias válidas, esto es, ningún criterio independiente a ellos somete ya su capacidad para darse a sí mismos principios y reglas prácticas; ellos son ya las fuentes incondicionadas de la autolegislación. Este punto de vista aplica los principios democráticos a la propia filosofía política; no se trata ya de que la filosofía provea de principios para el buen gobierno o para la estabilidad política, sino que esta misma empieza por una consideración fundamental acerca del modo en que nos representamos como miembros libres e iguales en la elaboración de nuestros valores políticos.

El derecho como un orden de reglas y principios, no puede quedar por fuera de esta tematización política acerca de la agencia de personas que quedan sujetadas por dicho sistema. Por ello, el aspecto normativo del derecho queda ya convertido en una cristalización de aquellas razones que nos damos desde una

posición de perfecta igualdad entre miembros de una sociedad democrática y constitucional los cuales se autoconciben como libres e iguales. Todas estas razones deben ser así recíprocas, es decir, aceptables por y para los miembros cooperadores de un sistema social; pero ello no significa que deban dar su asentimiento en algún tiempo o lugar específicos como si se tratara de una democracia plebiscitaria. El asentimiento que deben prestar es aquel que darían *como si* fueran parte de una situación de completa igualdad en calidad de personas morales; este es el punto de constructivismo. El constructivismo moral —como un tipo de argumentación en ética— hace valer una idea fundamental acerca de la identidad práctica (Rawls 1999, 304); dicha idea especifica así qué tipo de deberes se desprenden de dicha identificación como un determinado tipo de persona moral. En nuestro caso, las personas se consideran como libres e iguales y por lo tanto se empeñan en hacer valer tal condición en su mundo social; de ahí que todas las normas que sometan su voluntad deban pasar por el *test* de la reciprocidad de las razones para evaluar a cuáles de ellas prestarían asentimiento. Así, se contesta también la posible objeción según la cual muchos elementos del derecho no pueden dejarse a la libre elección de los sujetos como, por ejemplo, las leyes de imposición tributaria; tampoco se resuelve ese problema apelando a nociones acríticas como las del «bien común». En cada caso se debe atender a buenas razones que puedan ser aceptadas de forma recíproca por personas libres e iguales.

Ahora bien, ¿en qué sentido este esquema nos permite hablar del derecho como un orden de razones? Contestamos esta pregunta diciendo que el derecho, desde esta perspectiva, debe ser visto como una práctica intersubjetiva de darse,

unos a otros, buenas razones a propósito de las normas que integran su sistema político y jurídico. El carácter político del principio de la reciprocidad de las razones apunta a que las personas configuran sus relaciones jurídicas como relaciones que realizan su plena autonomía política. De esta manera, los ciudadanos son coautores de su legislación en un sentido trascendental y no solo en un sentido empírico. No solo están sometidos a las estructuras de sus sistemas políticos de elección de representantes y de participación política, sino que son ellos mismos los que deciden, con su aceptación o rechazo, qué razones quedan privilegiadas como aquellas que constituyen el sentido normativo de su legislación. Pero esto aún nos deja con una pregunta acerca de la estructura lógica de las normas jurídicas, esto es, de qué forma la concepción del derecho como un orden de razones puede responder a la pregunta ¿qué es una norma jurídica? Considero que esta es una pregunta importante pero que no podemos abordar en este trabajo, para ello se requeriría una «teoría de las normas jurídicas» que pudiera precisar de qué forma las reglas y los principios se relacionan con las razones recíprocas. Sin embargo, creo que podríamos avanzar algunas ideas en esta dirección.

Una primera cosa que podríamos decir es que una norma jurídica — sancionada adecuadamente por el procedimiento preestablecido— goza *prima facie* de una autoridad convenida por buenas razones. En una sociedad democrática con separación de poderes, el órgano competente para declarar qué cosa debe ser ley es el parlamento que suponemos establece un procedimiento que toma en cuenta hechos, valores y criterios de distinto tipo los cuales sirven en la deliberación y decisión de lo que consideran debe formar parte de la legislación. Sin embargo,

aquello que demanda una ley en particular no puede quedar sometido, en este sentido, al acto originario de su validez formal, es decir, al acto de su discusión y votación en el parlamento. Desde una perspectiva general, la sociedad en conjunto debe poder asimilar la ley al sistema de prácticas puestas ya en marcha que constituyen sus diferentes formas de vida; esto supone, además, un esquema de pluralismo razonable, es decir, que la diversidad de concepciones sobre la vida buena sea compatible con los valores de la justicia política, de tal modo que la norma sea suficientemente sensible como para inscribirse desde el inicio en esta normatividad contenida, por ejemplo, en los textos constitucionales. Además, sociedad aquí no implica una sumatoria simple de individuos, sino que se trata de las relaciones interpersonales en las que quedan estabilizadas las razones del legislador en cada caso; son estas relaciones y no las «culturas» como tal las que son objeto principal del derecho. Ahora bien, suponemos que, en una sociedad pluralmente razonable, existen concepciones acerca de una gran diversidad de valores que son diversas e incompatibles hasta cierto punto —el cual viene delimitado por los valores políticos del más alto nivel—, de tal modo que las razones que respaldan el sentido de una ley quedarán cuestionadas en determinados casos. En tales situaciones, los órganos judiciales entran para suplir una deficiencia en el sentido y el alcance no solo de la legislación —allí donde exista una zona de penumbra o casos de conflicto normativo—, sino principalmente de su normatividad. Las altas cortes de justicia tienen la función de elevar los niveles cognitivos de acuerdo a los cuales se evalúan las razones que respaldan las normas cuestionadas; pero también elevan las exigencias de razonabilidad de cara a su

propia actividad, es decir, se cuestionan los principios —y las razones detrás de ellos— en la labor de judicialización de la normatividad de la legislación. En este breve esquema, podemos advertir que a lo largo de todo el proceso que una pieza de legislación atraviesa —dadas las condiciones de una sociedad plural— las razones son las que sustentan, en último término, su sentido de validez «material». En todo este proceso, por supuesto, juega un importante papel la sociedad civil la cual moviliza nuevas razones y criterios que complementan aquellos que discurren ya en los circuitos oficiales de la política y el Estado. Lo importante de este esquema, y que no debe perderse de vista, es que los cuestionamientos que aparecen en las relaciones interpersonales mediadas por las reglas del derecho no versan sobre la semántica de la ley, sino sobre su normatividad, es decir, qué razones son las que la apoyan y si estas razones son recíprocas en un sentido transcendental.

Habría que hacer muchas más precisiones, pero considero que estas líneas preliminares permiten caracterizar de mejor manera cuál es el escenario al cual nos desplazamos si aceptamos la concepción del derecho como un orden de razones. A la luz de esta concepción, el mundo social que está mediado por el derecho se entiende como una expresión de nuestra autonomía política y por ello el sistema jurídico no es un elemento alienante de la personalidad moral de los individuos; las personas entienden que sus instituciones constituyen el horizonte de libertad y respeto mutuo que su dignidad demanda.

3.2.2. El bien jurídico como un bien racional

El principio de la reciprocidad de las razones es un principio negativo, o también, un *test* negativo sobre la suficiencia de las razones. Ilustremos esto con un caso concreto: preguntémonos si es legítimo penalizar el aborto severamente. Nuestra deliberación debe orientarse entonces por el principio de acuerdo al cual nos consideramos a nosotros mismos en una posición de perfecta simetría con los demás; en tal circunstancia, debemos poder hacer abstracción de nuestras circunstancias particulares (velo de ignorancia) para superar las diferencias empíricas del mundo social tal como lo conocemos. Nos preguntamos entonces si, en esa posición, una regla de ese tipo puede sostenerse por razones que todos podamos compartir en una posición de perfecta paridad. La respuesta es evidentemente que no, ya que una norma como esa precisamente hace una diferencia relativa al género de las personas cargando con unos deberes adicionales la condición de ser mujer. Penalizar el aborto, como medida disuasoria, haría que las libertades —no solo sexuales— de las mujeres estuvieran restringidas comparativamente a las libertades que tienen los hombres cuya condición natural les impide desarrollar el embarazo. Ahora bien, algunas posiciones en este debate quieren hacer valer los derechos más bien del no nacido como un sujeto de derechos; pero el no nacido no puede tener la misma posición moral que uno que ya ha nacido porque en el último caso nos encontramos con un ser humano que tiene una plena independencia de su anfitrión y una potencialidad completamente autónoma para convertirse en un miembro plenamente cooperador de la sociedad. Esto no significa, por supuesto, que el no nacido no tenga ninguna clase de

derechos. Mi punto es que la posición moral de un no nacido no puede compararse a la posición de alguien cuya personalidad moral está completamente desarrollada. El caso límite es el de una norma que sanciona el aborto solamente cuando este se encuentra en su último estadio; aquí la norma tiene por objeto destacar la circunstancia particular en la que el nonato está casi al final de concluir el proceso por el cual cobra la completa independencia de su anfitrión y, por consiguiente, merece una tutela jurídica; además, dicha regla se sostiene en otras razones de carácter médico que inciden en el peligro que constituye para la vida de la madre abortar en tales circunstancias. Sin embargo, estas consideraciones no se presentan en las primeras etapas del embarazo, razón por la cual aquí ya solo debemos preguntarnos si penalizar el aborto puede ser aceptado en la situación ideal de igual posición moral entre personas libres e iguales. No tengo por objetivo aquí que este argumento sea plenamente concluyente, pero sí quisiera mostrar este ejercicio como un ejemplo acerca de cómo podemos usar el principio de la reciprocidad. Si este principio ofrece alguna manera de sentar posición sobre un tema tan controvertido, entonces es seguro que puede ser usado para casos más sencillos. Mi interés de fondo, sin embargo, tiene que ver con mostrar que este es un principio negativo, es decir, en el caso anterior hemos evaluado que una norma de este tipo no se sostiene por buenas razones, ya que estas son inaceptables desde el punto de vista de la reciprocidad que se deben las partes. Ahora bien, lo que esto nos muestra, no obstante, es que el principio nos dice qué cosas no debemos admitir como normas justas, pero no nos dice qué cosas el derecho debe promover.

Los sistemas jurídicos modernos impactan de forma muy poderosa en las formas de vida de las personas determinando, en ciertos casos, no solo sus deberes más estrictos, sino también sus sistemas de valores. La forma en la que deseo vivir puede estar alentada desde el sistema jurídico si éste está preparado para abrazar y alentar aquello que le da sentido a mi personalidad y me desarrolla de forma plena. Por esta razón, las libertades individuales se constituyen como una parte indispensable en una sociedad democrática constitucional; su papel es el de cautelar la realización de los planes de vida dentro de la máxima pluralidad ética posible. Pero incluso cuando una sociedad contemple normas de libertad negativa, en este sentido particular, las reglas del derecho limitan de formas no plenamente públicas algunas formas de vida; por ejemplo, algunas reglas del derecho civil (*v. gr.* contratos, matrimonio, etc.) constituyen casos paradigmáticos en los que el derecho asume una posición sustantiva acerca del concepto del bien o de lo bueno; este es el caso entorno a los debates sobre la gestación subrogada o el tráfico de órganos. En tales casos, el derecho se plantea la pregunta por el bien o lo bueno: ¿qué tipos de familia debe proteger el derecho? ¿Qué objetos contractuales debe amparar el derecho y cuáles no? ¿Qué tipos de actos violan de forma irreparable el tejido social y por lo tanto deben desalentarse con sanciones drásticas? En estas preguntas la noción de fondo tiene que ver con aquello que consideramos bueno o deseable y el derecho asume en estos casos una tarea de promoción y no solo de disuasión; sin embargo, estas nociones acerca de lo bueno escapan discretamente al debate público y aparecen como cuestiones de técnica legislativa. Los juristas quieren hacer valer razones «jurídicas» o «dogmáticas» para solventar tales reglas

sin aclarar qué concepción de lo bueno están tomando y por qué. En estos asuntos, la pregunta por el bien se presenta también como un asunto que compete a la normatividad del derecho. Ahora bien, nuestro principio de la reciprocidad de las razones acaso no pueda plantearse cómo resolver tales asuntos. El problema se relaciona con que el concepto de lo bueno no puede reducirse al concepto de lo justo, ya que lo bueno está anclado en una determinada doctrina comprensiva mientras que lo justo está referido a una concepción política. Así, lo que necesitamos es una concepción sobre lo bueno que pueda ser compatible con una concepción política de la justicia.

En *TJ*, Rawls desarrolla una teoría del bien para la Justicia como Equidad.⁷³ Se trata, como el propio autor nos dice, de una teoría tenue del bien porque se elabora solo con los elementos indispensables para asegurar las premisas que se requieren en la construcción de la posición original y, en particular, para explicar la racionalidad de las partes (1971/1995b, 360-61). En la tradición de la literatura ética tenemos dos modos diferentes de encarar el problema sobre el bien.⁷⁴ Por un lado, el bien es un término evaluativo sobre una infinidad de elementos (*v. gr.* un buen libro, un buen amigo, un buen consejo); en todos estos casos lo bueno se refiere al

⁷³ El análisis de esta sección está basado en la ponencia “John Rawls’s Theory of the Good” que Christine M. Korsgaard dio en la Universidad de Harvard en el marco de las conferencias *Inequality, Religion, and Society: John Rawls and After* del 24 al 26 de enero del 2019.

⁷⁴ Una interesante reconstrucción del concepto de lo «bueno» —tanto en sentido atributivo como en sentido categórico— puede encontrarse en Ernst Tugendhat (1993/1997, 49 ss.).

desempeño de una determinada función que le corresponde al objeto en cuestión (v. gr. un buen cuchillo es el que corta bien); este sentido del bien es el que puede encontrarse en Platón (*Resp. I*, 352d-354b) y Aristóteles (*Eth. Nic. I*, 7, 1097b, 20-25). El segundo sentido del bien es el que usamos para designar los bienes finales; empleamos este sentido de bueno cuando hablamos de algunas cosas como bienes intrínsecos, es decir, bienes que se quieren por sí mismos (v. gr. la belleza en una obra de arte, el amor de una persona, etc.). Este sentido de bien es el que utiliza el filósofo G. E. Moore cuando afirma que el adjetivo «bueno» designa una propiedad no analizable (1993, 72-73). La concepción del bien de Rawls se encuentra dentro del primer grupo; lo bueno designa aquello que puede performar una función determinada; sin embargo, se desplaza, en un caso, hacia una concepción del segundo tipo como veremos más adelante.

Rawls empieza definiendo el término bueno en tres fases: a) A es un buen X, cuando A tiene las propiedades suficientes que es racional desear en un X, en vista del uso que se da o espera dar a los X; b) A es un buen X para una persona cuando A tiene las propiedades que esa persona desea en un X, dadas las circunstancias y proyecto de vida de esa persona, y por lo tanto, en vista de lo que esa persona pretende hacer con X; y c) lo mismo que b añadiéndose lo siguiente: siempre que ese proyecto de vida sea racional en sí mismo (1971/1995b, 362-63). En esta secuencia, lo que se observa es que lo bueno es siempre lo bueno-relativo; en primer lugar, lo bueno es relativo a la función que cumple el objeto en cuestión; en segundo lugar, lo bueno es relativo a una persona, esto es, lo bueno se evalúa desde el punto de vista de una persona, de sus intereses y proyecto de vida; en

tercer lugar, lo bueno es relativo ya no solo a una persona, sino más específicamente a su plan de vida «racional», es decir, lo bueno es aquello que permite la mejor realización de un plan de vida racional. En todos estos pasos, el sentido de lo bueno-relativo se restringe cada vez más para delimitar qué es exactamente lo que se evalúa con este adjetivo. Tenemos así que lo bueno designa entonces no simplemente aquello que se desea en términos generales, sino aquello que puede evaluarse —desde la perspectiva personal— como bueno para el plan racional de vida de una persona cualquiera sea este plan de vida.

En este punto Rawls debe mostrar de qué forma puede caracterizar aquello que ha denominado un plan racional de vida. Para ello nos dice que un plan racional de vida debe cumplir dos características: a) el proyecto de vida es congruente con los principios de la elección racional; b) es el proyecto, entre aquellos disponibles, que sería elegido con plena racionalidad deliberativa. Los principios de la elección racional son, en opinión de Rawls, bastante intuitivos; son aquellos que permiten organizar una satisfacción más plena del proyecto de vida permitiendo una mejor programación de aquellos objetivos que podemos formarnos. Algunos de estos principios son: i) de los medios eficaces: debemos adoptar la alternativa que realice el fin de mejor modo; ii) de inclusividad: entre dos proyectos de vida se debe escoger aquel que pueda cumplimentar una mayor cantidad de objetivos; iii) de mayor probabilidad: entre dos proyectos de vida se debe escoger aquel que presenta mayores probabilidades de realización. Ahora bien, estos principios (contables) solo pueden decidir por sí solos las relaciones de jerarquía de aquellas cosas que queremos hacer, pero no pueden decirnos qué cosa deberíamos hacer en términos

de nuestro bien, es decir, no pueden decirnos cuáles son las cosas que debemos elegir si queremos llevar una vida «buena»; no se trata simplemente de hacer lo que a uno le place o apetece, lo que queremos saber es qué cosa es bueno para nosotros (por esta razón el bien es un concepto normativo). Para este propósito, Rawls introduce la idea de «racionalidad deliberativa». Sobre este concepto el autor nos dice:

Éste caracteriza al futuro bien de una persona, en conjunto, como lo que esta persona desearía y buscaría ahora, si las consecuencias de todas las diversas formas de comportamiento que se le ofrecen fuesen, en el momento actual, exactamente previstas por ella y adecuadamente realizadas en su imaginación. El bien de un individuo es la composición hipotética de las fuerzas impulsivas que resulta de la reflexión deliberativa que cumple determinadas condiciones. (...) podemos decir que el proyecto racional para una persona es el que elegiría con racionalidad deliberativa (entre los que son compatibles con los principios contables y con otros principios de elección racional, una vez establecidos éstos). Es el proyecto sobre el que recaería la decisión como resultado de una reflexión cuidadosa, en la que el agente reconsideraría, a la luz de todos los hechos pertinentes, lo que probablemente realizaría aquellos proyectos, investigando así el modo de acción que mejor cumpliría sus deseos más fundamentales. (1971/1995b, 378)

El concepto de racionalidad deliberativa es muy importante porque vuelve a traer elementos del constructivismo, aunque para un asunto diferente. Rawls llama

racionalidad deliberativa a aquel procedimiento mediante el cual se valora desde la perspectiva de la primera persona aquellas consecuencias de todos los posibles cursos de acción en los que pudiéramos estar interesados; cuando reflexionamos sobre estos asuntos nos imaginamos a nosotros mismos en una situación hipotética en la que nuestras acciones han tenido ya tiempo de haber rendido sus consecuencias. Si en tal situación podríamos seguir queriendo tales consecuencias —o también, podríamos seguir queriendo ser la causa de tales consecuencias— entonces, nuestra deliberación termina por favorecer aquel proyecto de vida del que no podríamos arrepentirnos (1971/1995b, 383). En este esquema, Rawls vuelve a poner énfasis en una concepción de la persona como un agente que desea persistir en su identidad a lo largo del tiempo. Un agente con plena racionalidad deliberativa es aquel cuyo plan racional de vida es consistente en el transcurso del tiempo; esto significa que aunque las circunstancias no previstas ocasionen reveses en la consecución de sus intereses, dicho agente no se culparía a sí mismo por no haber tenido opción de contemplar tales circunstancias, ya que en la medida de sus posibilidades su reflexión cuidadosa le hubo llevado al punto de plantearse dichos objetivos; como dice el propio autor: “El recurso a la racionalidad deliberativa sólo puede asegurar que nuestra conducta esté más allá de todo reproche, y que seamos responsables ante nosotros mismos como una sola persona a lo largo del tiempo.” (1971/1995b, 383).

La teoría tenue del bien está pensada para explicar algunos elementos de la teoría de la justicia, en particular, la preferencia por los bienes primarios. No será hasta que se desarrolle una teoría completa del bien que se conjugará la concepción

del bien con los dos principios de la justicia; ya allí el bien no puede ser otro que aquel compatible con los dos principios de la justicia, o dicho de otra forma, solo es bueno el proyecto racional de vida —generado con racionalidad deliberativa— y que respeta los principios de la justicia. Ahora bien, la idea del «bien como racionalidad» que Rawls tiene en mente explica un elemento indispensable de nuestra imagen como personas como libres e iguales, a saber, por qué el autorrespeto es uno de los bienes primarios más fundamentales en la construcción de los principios de la justicia. El autorrespeto viene caracterizado por dos circunstancias: 1) tener un proyecto racional de vida que satisfaga el principio aristotélico y 2) que nuestra persona y nuestros actos sean apreciados por otros a quienes estimamos (1971/1995b, 399). En esta caracterización surgen dos nuevos problemas, a saber, qué significa el principio aristotélico, y en qué sentido nuestro autorrespeto depende de la estimación de los demás.

El principio aristotélico es un principio de motivación psicológica; nos dice que, en iguales circunstancias, disfrutamos con el ejercicio de las capacidades realizadas (innatas o adquiridas) y que este disfrute aumenta con la variedad de capacidades ejecutadas y con su mayor complejidad. La idea de fondo es que como seres humanos tenemos una tendencia a la plena realización de todas nuestras potencialidades; no solo queremos realizar aquellas cosas para las que nuestra dotación natural nos ha hecho especialmente hábiles, sino que queremos además perfeccionar tales habilidades en pruebas de ejecución especialmente complejas. Por ejemplo, aquel que ha nacido con un talento especial para la música en general, disfrutará mucho más con la ejecución del violín que con la ejecución de una flauta

dulce, ya que la primera requiere de una técnica muy superior. En segundo lugar, el problema acerca de la estimación por otras personas se relaciona estrechamente con la teoría del bien que hemos esbozado. Nuestra querencia de que nuestra persona y nuestros actos sean apreciados por otros presupone que consideramos a los otros como «buenas personas», es decir, como el tipo de personas que reúnen las características que es racional desear que posean estas personas en tanto que ciudadanos (1971/1995b, 394). En este sentido, la concepción del bien de Rawls se desplaza desde una concepción del bien de tipo evaluativo hacia una concepción del bien como bien final; las personas, y en particular, las buenas personas representan un tipo distintivo de valor moral final y no instrumental. Las funciones que desempeñan las personas que pueden ser caracterizadas como buenas personas no son funciones para conseguir un fin ulterior, sino que se trata del tipo de funciones generales (*v. gr.* el respeto de los principios de la justicia, compromiso con sus obligaciones políticas, etc.) que las personas desean en otras desde la misma posición o rendimiento. Una forma de explicar por qué en este caso no estamos ante una concepción del bien de tipo evaluativo es con el siguiente ejemplo. Imaginemos que debo contratar a un abogado para resolver un problema personal; mi juicio sobre si se trata o no de un buen abogado es de tipo evaluativo, ya que lo que quiero en él es que me sirva para un fin ulterior, en particular, el fin de resolver mi problema legal. Deseo, por lo tanto, que el abogado cuente con las características que es racional desear en un buen abogado —que sea recursivo, inteligente, especializado, etc.—. Ahora bien, aquí mi concepción es de tipo evaluativo porque mi posición y la del abogado —en referencia a la relación

contractual entre ambos— no es la misma; mi posición es la de alguien que va a contratar sus servicios, en otras palabras, es alguien que va a «servirse» de su oficio en la persona suya y esto hace que se trate de un buen o mal abogado dependiendo de si es un buen o mal medio para mi fin ulterior. Por otro lado, el caso es diferente si mi valoración de la otra persona tiene que ver con sus características desde una igual posición en la que ya no pretendo servirme de ella; esto ocurre, por ejemplo, en el caso en el que elijo a una pareja. En las relaciones románticas también hacemos evaluaciones, pero estas no son de índole instrumental; esto es así porque las características que es racional desear en una pareja no tienen rendimientos, yo no pretendo «servirme» de una pareja para ningún propósito ulterior, sino que su persona es un fin en sí mismo, considero que esta persona no es buena para algo, sino que simplemente es «buena». Además, aquello que hace buena a mi pareja es aquello que considero me hace bueno a mí desde su perspectiva; por esta razón, aquí no hay una relación de instrumentalización sino de cooperación y reciprocidad; lo que evalúo que es racional desear en una persona, en estas circunstancias, no tiene que ver con un fin ulterior sino con nuestra relación como personas igualmente valiosas.

Habíamos dicho que estas dos circunstancias (poseer un proyecto racional de vida y ser valorados por otras personas a las que consideramos como buenos ciudadanos) constituyen el bien primario que Rawls describe como autorrespeto. El bien del autorrespeto es central para la concepción de la Justicia como Equidad, ya que permite explicar de manera adecuada por qué en una sociedad bien ordenada los ciudadanos apoyan los términos justos de la cooperación: no solo lo hacen en

virtud de un sentido efectivo de la justicia, sino que consideran que sus instituciones realizan de mejor manera su propio bien. Por un lado, dichas instituciones permiten que los ciudadanos adopten un proyecto de vida racional cualquiera sea el contenido de este; y, por otro lado, permite considerar como valiosas a otras personas en tanto buenos ciudadanos respetuosos de la justicia y, a su vez, del bien de los demás. Estas circunstancias en conjunto evocan el ideal kantiano del reino de los fines de la última formulación del imperativo categórico:

Entiendo por *reino* la conjunción sistemática de distintos seres racionales gracias a leyes comunes. Como las leyes determinan los fines según su validez universal resultará que, si abstraemos la diversidad personal de los seres racionales y el contenido de sus fines privados, podría pensarse un conjunto de todos los fines (tanto de los seres racionales como fines en sí, cuanto de los propios fines que cada cual pueda ponerse a sí mismo) en una conjunción sistemática, esto es, cabría pensar un reino de los fines que sea posible según los principios citados más arriba. (AA IV, 433)

En este reino de los fines no solo tienen lugar las personas sino sus planes de vida, aquello que persiguen y que consideran su propio bien:

En el reino de los fines todo tiene o bien un *precio* o bien una *dignidad*. En el lugar de lo que tiene un precio puede ser colocado algo *equivalente*; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y no se presta a equivalencia alguna, eso posee una dignidad.

Cuando se refiere a las universales necesidades e inclinaciones humanas tiene un *precio de mercado*; aquello que sin presuponer una necesidad se adecua a cierto gusto, esto es, a una complacencia en el simple juego sin objeto de nuestras fuerzas anímicas tiene un *precio afectivo*; sin embargo, lo que constituye la única condición bajo la cual puede algo ser fin en sí mismo, no posee simplemente un valor relativo, o sea un precio, sino un valor intrínseco: la *dignidad*. (AA IV, 434-35)

Estas ideas apuntan a que la justicia no puede ser indiferente al bien de las personas sin que ello signifique que el bien sea el concepto central de la moralidad. Podríamos decir que, tanto en Rawls como en Kant, el concepto de justicia posee prioridad respecto del concepto del bien, añadiéndose la consideración de que siempre tengamos presente una concepción del bien; de esta manera la concepción de la justicia evita caer en el riesgo del utopismo. Ahora bien, si el concepto del bien juega un papel importante en la Justicia como Equidad, quedaría pendiente el modo en el que este concepto indica un cierto camino en la normatividad del derecho, esto es, de qué forma el bien en tanto concepto normativo queda articulado en la normatividad del derecho.

Considero que estas reflexiones deben llevarnos en el camino de plantear un segundo principio normativo del derecho al que podemos llamar: «el bien jurídico como bien racional». Este principio descansa en la teoría tenue del bien de Rawls arriba descrita y, por lo tanto, no puede decirnos en qué consiste el bien para todas las personas. Lo único que puede decirnos es que el bien está conformado por la plétora de proyectos u objetivos que sirven al propósito de realizar un plan racional

de vida porque es aquello que cumplimenta de mejor manera la primera capacidad moral de los agentes, esto es, la capacidad de concebir el bien para uno mismo. Pero dicho principio también nos dice que en tanto ser racional, la persona humana es aquello que es bueno en sí mismo como valor intrínseco y esto permite que el principio no sea solo formal. En la medida en que el derecho promueva el bien dentro de una sociedad pluralista, el concepto normativo de bien para el derecho debe ser formal en lo que respecta a los proyectos de vida, pero sustantivo en la finalidad de la persona humana.

Podemos considerar que el principio del «bien jurídico como bien racional» consta de dos partes: a) El fin del derecho es la persona humana, ya que es lo único bueno intrínsecamente, y b) El derecho debe promover el mayor rango posible de proyectos racionales de vida para las personas. El primero de estos principios tiene prioridad sobre el segundo, podemos considerarlo incluso como la formulación material del principio formal de la reciprocidad de las razones. En esta primera parte, consideramos que lo bueno es la persona humana dotada de razón, ya que solo la persona humana puede plantearse un proyecto racional de vida, así como representarse las exigencias de la justicia política (esto significa poseer dos poderes morales); en otras palabras, es el bien final del sistema jurídico, la persona humana construye su sistema de derechos con sus normas y principios para servirle a su propia dignidad. Mientras que lo anterior señala una pauta sustantiva y positiva para el derecho, la segunda parte del principio subraya más bien una pauta negativa, esto es, que el derecho debe abstenerse de restringir la mayor variedad posible de formas de vida que las personas consideren racional perseguir.

Una de las consecuencias del principio del bien jurídico como bien racional es que el derecho en su forma institucional (poder ejecutivo, legislativo y judicial) no puede decidir el bien de los ciudadanos ya que ninguno de estos órganos puede plantearse un proyecto racional de vida y mucho menos proyectar una concepción particular del bien a toda la ciudadanía; solo los ciudadanos pueden evaluar el bien desde su propio punto de vista siempre que éste bien sea compatible con la justicia política. De esta manera, el bien racional protegido por el derecho solo puede ser aquel que pase el *test* de reciprocidad o, dicho de otra manera, el bien racional no puede desconocer el carácter estricto del principio de reciprocidad entre las personas. Al derecho le toca hacer compatible el bien de los ciudadanos de modo que favorezca el principio aristotélico, esto es, de modo tal que se favorezca el máximo rango de variabilidad y complejidad en las formas de vida. Una sociedad tolerante con proyectos diversos de vida es una sociedad que genera la motivación necesaria para la reproducción social. Recordemos que se trata de un principio normativo del derecho; no se trata simplemente de que el derecho deba hacer esto, sino de que ya lo hace en los hechos sin que haya una discusión sobre como clarificar este asunto. Nuestro principio nos dice que, en materia del bien racional, el derecho es una instancia que sirve para vehicular las diferentes formas de vida.

La razón detrás de adoptar el principio del bien jurídico como bien racional es que tomamos a las personas como las fuentes finales de todo valor. En cierto modo, se trata de un principio positivo pero que actúa la mayoría de las veces como uno negativo, es decir, nos dice que el derecho y sus instituciones deben promover el bien racional de las personas, pero en tanto que las personas poseen

proyectos de vida plurales, el principio se vuelve negativo en su aplicación, es decir, nos dice que no debemos obstaculizar la variedad de las formas de vida ya que debemos tomar a las personas como fines en sí mismas y eso es equivalente a considerar que sus proyectos de vida son valiosos por la razón de que expresan su plena personalidad moral.

Antes de cerrar estas reflexiones quisiera ofrecer un ejemplo acerca de cómo opera el principio del bien jurídico como bien racional. En nuestro código civil, tenemos la siguiente formulación del objetivo que persigue las normas sobre familia: “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.” (CC, art. 233). Inmediatamente después tenemos la siguiente definición del matrimonio: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común.” (CC, art. 234). En ambas reglas subyace de forma clara una concepción acerca del bien en relación con la familia, esto es, una idea sobre lo que es deseable promover al nivel de las relaciones familiares. El artículo 234, sin embargo, únicamente contempla la situación de una pareja heterosexual que quiere formar una familia dejando por fuera otros proyectos familiares como la de las uniones de parejas homosexuales. Nuestro principio del bien jurídico como bien racional contesta de dos modos a este problema. En primer lugar, nos dice que las uniones de parejas homosexuales son normativamente exigibles, aunque el sistema jurídico no las contemple, esto significa que en tanto dichas uniones no violan la libertad de terceros —

respetándose así el principio de reciprocidad— no hay mayor razón para obstaculizar la realización de su proyecto de vida. En segundo lugar, el debate sobre si debe legislarse o no el matrimonio igualitario o de si debe crearse una nueva institución puede zanjarse si contemplamos que el derecho tiene el objetivo de promover el máximo rango de proyectos racionales de vida y en consecuencia la mayor variedad de formas de vida sin pronunciarse sobre el contenido específico de tales proyectos. De este modo, la posición acerca de que el matrimonio es una institución principalmente heterosexual por la razón de la procreación de los hijos quiere hacer valer una sola concepción del bien familiar ya que se pronuncia sobre el contenido de esta institución con la consecuencia de que las uniones de parejas heterosexuales sin hijos podrían ser consideradas inválidas en virtud de no cumplir con este objetivo específico. Nuestro principio, por lo tanto, nos orienta en la dirección de regular la institución del matrimonio de forma compatible con la formulación más amplia posible en la descripción de sus contrayentes, ya que si bien es cierto que el derecho promueve esta forma de vida (la vida familiar) no puede hacerlo sacrificando en este asunto la variedad de la experiencia familiar. Un asunto adicional sobre el que no profundizaremos aquí es que quizá nuestro ordenamiento no es lo suficientemente sensible a la diversidad de las unidades familiares dejando en indefensión aquellas uniones entre diferentes parientes que se dan mutua asistencia y cuidado; tal vez este debate deba llevarnos en la dirección de replantearnos no solo la redefinición de la institución del matrimonio, sino también la regulación de nuevas instituciones familiares.

3.2.3. Reconstrucción del orden legal: los derechos

Esta última sección está dedicada a extender nuestra concepción del derecho como orden de razones a un caso especialmente importante, a saber, el de los derechos. Nos interesa entender cómo queda definido este componente del sistema jurídico porque es un elemento indispensable de la relación política fundamental entre ciudadanos concebidos como libres e iguales. No es este el lugar para elaborar una teoría completa de los derechos fundamentales; mi aproximación será más bien la de reconstruir este concepto a la luz de nuestra discusión anterior, en otras palabras, lo que se quiere es poder explicar esta noción con las herramientas proporcionadas por la Justicia como Equidad y por nuestra concepción normativa sobre el derecho.

El concepto de derechos o de derecho es altamente debatido; dicha caracterización obedece a un sin número de criterios relacionados no solo con cuestiones filosóficas o de dogmática jurídica, sino también con cuestiones empíricas y de análisis lingüístico (Alexy 1986/1993b, 173 ss.). Por lo tanto, debemos delimitar nuestra discusión a un ámbito más específico, a saber, una reconstrucción normativa de los derechos. La mayor dificultad en nuestra reconceptualización es que esta noción está históricamente comprometida con una normatividad de índole iusnaturalista que hunde sus raíces en los inicios mismos de la cultura occidental. La idea de una ley natural aparece muy tempranamente con la filosofía griega y con mayor claridad durante el período de la sofística en los siglos V y IV a.C., por ejemplo, con Antístenes, Demóstenes e incluso con Tucídides. Aquí dicha idea está asociada a la idea de *phýsis* la cual puede traducirse por

«naturaleza» y que se opone al concepto de *nómos* el cual hace referencia a lo convenido por acuerdo; por esta razón, el significado de *phýsis* como «ley no escrita» permitía defender posiciones cosmopolitas e igualitaristas, es decir, posibilitaba considerar la existencia de una ley natural que iguala a todos los hombres en naturaleza y por lo tanto los hace igualmente respetables al margen de su *nómos* (Guthrie 1962/2012, II:131 ss.). Nuestra moderna noción de derechos individuales, sin embargo, solo será posible hacia el siglo XII con la transformación del término *ius naturale*. Hasta ese momento dicha expresión solo había significado «ley natural» cuyo sentido objetivo se encontraba en relación estrecha con aquello que pertenece en justicia a un «orden natural»; pero esta idea sería trastocada al asociarse a ella la noción de *potestas*, esto es, la noción de un poder que asiste a un sujeto. De este modo, el cambio semántico de *ius naturale* se desliza hacia el significado más concreto de «derecho subjetivo natural». Este será el novedoso significado —posibilitado en parte por el nominalismo filosófico de los siglos XI y XII— que será legado a filósofos posteriores, como Guillermo de Ockham, y que llegará hasta Hobbes y Locke en la modernidad (Tierney 2004, 3-4).

Por ello no sorprende que, en el debate contemporáneo sobre los derechos, la normatividad implícita detrás de este concepto siga estando articulada todavía en la forma de unos derechos que son naturales al ser humano y, por lo tanto, anteriores al Estado gozando de prioridad frente a los estatutos jurídicamente sancionados. En la teoría de la adjudicación (o también teoría de la interpretación) de Dworkin, por ejemplo, los jueces deben decidir casos de forma creativa de modo que encuentren la mejor justificación considerando principios (políticos y morales)

que expliquen tanto los derechos de las personas, así como la historia institucional de la jurisprudencia; Dworkin llama a este proceder como «naturalismo»:

The analogy shows, I hope, how far naturalism allows a judge's belief about the personal and political rights people have "naturally" —that is apart from the law— to enter his judgments about what the law requires. It does not instruct him to regard these beliefs as the only test of law. A judge's background and moral convictions will influence his decisions about what legal rights people have under the law. But the brute facts of legal history will nevertheless limit the role these convictions can play in those decisions. (1982, 168-69)

[La analogía muestra, espero, cuán lejos el naturalismo permite que la creencia de un juez sobre los derechos personales y políticos que tiene la gente "naturalmente" —que son tales aparte de la ley— entre en su juicio sobre lo que la ley requiere. No le instruye a considerar estas creencias como el único test de la ley. El trasfondo y las convicciones morales de un juez influenciarán su decisión sobre qué derechos legales tiene la gente bajo la ley. Pero los hechos frutos de la historia legal limitarán sin embargo el rol que esas convicciones pueden jugar en tales decisiones.]

Por supuesto que no podemos considerar a Dworkin un iusnaturalista del mismo estilo o a la par con, por ejemplo, John Finnis; la idea de Dworkin es que no podemos simplemente engañarnos acerca de cómo los jueces deciden casos como si estos no hicieran uso de su sentido moral, en términos generales; así, lo que debemos hacer es poner por delante la tarea que tienen de construir una teoría jurídica completa no solo ya de los principios morales implícitos en una cultura

política que el juez comparte, sino también de los hechos más relevantes de la vida jurídica institucional de una sociedad. Con estas condiciones adicionales, Dworkin quiere elevar los niveles de exigencia justificatorios en la tarea de la interpretación judicial, así que su posición no es moralmente analítica, es decir, no trata de desprender deberes jurídicos de deberes morales directamente; en medio de estos dos niveles de normatividad, aparece todavía una «teoría» que es la que debe articular un juez —en su concepción ideal, un juez Hércules— para vincular ambos extremos. Podemos reconsiderar así que el naturalismo dworkiano es un «naturalismo con restricciones hermenéuticas».

Ahora bien, su naturalismo utiliza una definición de los derechos bastante particular. Nos dice Dworkin:

En la mayoría de los casos, cuando decimos que alguien tiene «derecho» a hacer algo, damos a entender que estaría mal interferirlo en su hacer, o por lo menos que para justificar cualquier interferencia se necesita algún fundamento especial. Uso este sentido fuerte de la palabra derecho cuando digo que alguien tiene el derecho de gastarse su dinero jugando, si quiere, aunque debería gastarlo de manera más digna y sensata. (1977/1989, 282)

En otro lado, precisa:

Una pretensión de derecho acertada, en el sentido fuerte que he descrito, tiene esta consecuencia. Si alguien tiene derecho a algo, está mal que el gobierno se lo niegue,

aunque negárselo favoreciera el interés general. Este sentido de lo que es un derecho (al que se podría llamar el concepto anti-utilitario de un derecho) me parece muy próximo al sentido de derecho que en los últimos años se usó principalmente en escritos y argumentos políticos y jurídicos. Señala el concepto distintivo de un derecho individual en contra del Estado que forma, por ejemplo, el núcleo de la teoría constitucional en los Estados Unidos. (1977/1989, 383-84)

Este concepto de los derechos que Dworkin considera anti-utilitario es principalmente un concepto de derechos que hace énfasis en las libertades negativas. Un derecho sería algo así como un espacio protegido contra la injerencia de terceros, y dirigido principalmente contra el Estado; se trata, como vemos, de una concepción liberal de los derechos. Dworkin está pensando en las libertades fundamentales como el derecho a la integridad física, a la libertad de credo o a la libertad de expresión; en tales casos, entendemos que estaría mal que alguien interfiriera con estos espacios protegidos de acción subjetiva. Sin embargo, la pregunta que inmediatamente se nos viene a la mente es ¿Por qué esto es así? ¿Por qué estaría mal que el Estado interfiriera con estas libertades? Todo lo que parece decirnos Dworkin es que debemos recurrir a nuestro sentido moral común o político —que Dworkin considera viene proporcionado por la cultura liberal—, y el juez que decide casos sobre derechos también hace uso de este sentido moral común, además de una teoría coherente sobre la jurisprudencia que limita este sentido moral, de tal modo que tiene ante sí un baremo para la justificación de la garantía de tales derechos. El problema, sin embargo, subsiste ya que nosotros

queremos entender de qué tipo de normatividad se trata; no nos basta con que se nos diga que hay algo así como un sentido de moralidad política, sino que queremos saber en qué consiste esta y si es justificable. Por ello, esta pregunta precisamente es la más importante para la dilucidación de nuestro concepto ya que cambia completamente la normatividad subyacente a esta idea de los derechos. Esto aparece con claridad cuando advertimos que Dworkin no ha sido especialmente novedoso al utilizar una definición de este tipo. Ya John Stuart Mill articula un concepto similar en pleno siglo XIX:

Cuando decimos que algo constituye el derecho de una persona, queremos decir que puede exigir, con razón, de la sociedad que le proteja para su disfrute, ya bien mediante la ley o por medio de la educación y la opinión pública. Si una persona puede exigir con razón suficiente, en base a lo que sea, que la sociedad le garantice algo, decimos que tiene derecho a ello. Si deseamos demostrar que algo no le pertenece por derecho a una persona, consideramos que queda demostrado tan pronto se admita que la sociedad no tenía que tomar medidas para asegurárselo, sino que había que dejarle a merced del azar o de sus propios esfuerzos. Así pues, se dice que una persona tiene derecho a aquello que pueda ganar en competencia profesional justa, dado que la sociedad no debiera permitir que nadie le impidiese ganar de ese modo tanto como pueda. Sin embargo, tal persona no tiene derecho a trescientas libras al año, aunque pueda ocurrir que las gane, ya que la sociedad no tiene por qué garantizar que gane dicha suma. Por el contrario, si posee acciones por valor de diez mil libras, al tres por ciento, tiene *derecho* a obtener trescientas

libras al año, ya que la sociedad ha adquirido la obligación de suministrarle unos ingresos de esa cuantía. (1863/2014, 147-48).

El concepto de J. S. Mill y el de Dworkin guardan una similitud aparente; no obstante, el concepto de Mill es mucho más amplio ya que no solo implica deberes negativos por parte del Estado, sino deberes positivos. La sociedad y el Estado estarían comprometidos en la garantía de tales derechos; así, por ejemplo, si dijéramos que las personas tienen derecho a recibir educación básica, aquí se implica un deber de promoción exigible al Estado. Al margen de estas diferencias, a nosotros nos interesa este paralelo porque permite entender que tal concepto no es, como parece sugerir Dworkin, principalmente anti-utilitario. Ciertamente lo es para Dworkin que asume una perspectiva iusnaturalista, aunque indirectamente. Para Mill, sin embargo, la justificación de una idea de derechos de este corte tiene que ver con la utilidad general; así, considerar que alguien puede exigir la garantía de algo o de un curso de acción posible se relaciona con el interés fundamental que tienen todas las personas en su seguridad personal. Es este interés de máxima importancia para las personas lo que hace una diferencia entre las nociones de justicia y de conveniencia; el sentimiento de injusticia se experimenta con tal apremio porque apela a este sentido básico de inseguridad que pone en peligro cualquier otro bien. Mill, sin embargo, considera que esta es una diferencia de grado y no una cualitativa, es decir, la idea de poseer derechos se justifica porque su garantía redundaría en un mayor bienestar social (1863/2014, 149).

Las consideraciones expuestas muestran por qué es altamente problemático hablar de un concepto de derechos sin aclarar su sentido normativo. Sin un criterio normativo de fondo, la idea de derechos puede desplazarse sin ninguna dificultad hacia el iusnaturalismo o hacia el utilitarismo. La falta de una base normativa en el debate de los derechos es una omisión más común de lo que parece. Otro autor importante que adolece de una base normativa clara es Robert Alexy quien hace una taxonomía de los derechos dividiéndolos en: a) derechos a algo, b) libertades, y c) competencias (1986/1993b, 186 ss.). El objetivo de Alexy es poder destacar determinadas funciones en la estructura de cada una de dichas especies de derechos; sin embargo, sigue sin aparecer en qué sentido decimos que alguien tiene un «derecho» o por qué los derechos son elementos indispensables de la cultura jurídica moderna; todo esto parece sugerido por Alexy, sin que se dedique a dilucidar cuál es la fuente de la normatividad de los derechos.

Habría que advertir, en primer lugar, que la categoría «derecho» como contracara de la categoría «deber» es un concepto que pertenece analíticamente a la moralidad y no al sistema jurídico. Los derechos son conceptos normativos que encontramos en el lenguaje moral común como cuando se dice que se tiene “derecho a ser tratado con respeto” o cuando decimos respecto a un asunto que nos atañe que “tenemos derecho a expresar nuestra opinión y ser escuchados”; con tales expresiones, lo que pretendemos hacer es realizar exigencias válidas a nuestras contrapartes, y dichas expresiones invocan una reacción determinada de actuar o no conforme a dicha exigencia. Esto es importante porque aclara bien que los derechos no son principalmente principios de acción. Tener un derecho no nos

dice qué cosas debemos hacer, sino qué cosas podemos exigir válidamente. Podemos decir entonces que un derecho es una constelación de acciones (u omisiones) válidamente exigibles a la sociedad (esto es, a terceros) y al Estado. Este concepto de los derechos captura bien el sentido activo y pasivo de los conceptos de J. S. Mill y de Dworkin, pero además precisa una cláusula a propósito de un criterio definible conforme al cual una exigencia se convierte en un derecho, es decir, fija que dicha exigencia debe ser realizada de forma válida; ya hemos visto antes cómo esta normatividad tiene que ser decidida conforme a criterios de justicia.

En segundo lugar, si el concepto de derecho queda definido de esta manera, lo que salta a la vista es que los derechos no son propiedades subjetivas, esto es, no son elementos inherentes a una determinada personalidad. Decimos de una persona que posee belleza o que tiene virtud porque tales cosas le pertenecen como cualidades a su personalidad; no interesa si estas cosas no son apreciadas por los demás, nos consideramos afortunados de poseer la sensibilidad suficiente para advertir estas características y gozar con la compañía de tales personas. Ahora bien, no tratamos a los derechos de los demás de esta misma manera; cuando consideramos que alguien tiene un derecho no solo nos sentimos sometidos por esta idea a guardar el máximo respeto en consecuencia, sino que nos sentimos comprometidos a hacer que los demás también los reconozcan. Esta diferencia fundamental socaba la idea de que los derechos son extensiones de una cierta naturaleza humana que puede aprehenderse de alguna manera; no podemos depender de una metafísica natural para considerar en qué sentido las personas poseen derechos ya que se pierde de vista el elemento de alteridad en su aspecto

relacional. Esto es lo que ocurre precisamente en el debate entre Sepúlveda y De las Casas, ambos tienen una metafísica natural para tratar el problema de los nuevos indios americanos. Sepúlveda, basándose en Aristóteles, sostiene la tesis de una jerarquía natural en las cosas de lo cual pretende extraer una justificación para la dominación española sobre los bárbaros a quienes considera evidentemente inferiores. Por otro lado, De las Casas adopta una posición igualitarista basada en una naturaleza igual entre hombres, pero proyectada desde el cristianismo; es evidente que De las Casas desea oponerse a los abusos de los españoles, pero su naturalismo supone un asimilacionismo que fulmina la personalidad del otro y de su cultura (Todorov 1982/2012, 185-86; 198).

Estas ideas sugieren, a su vez, que debemos dejar de tratar los derechos como si fueran un tipo determinado de bienes que se dan o se toman. El sentido de los derechos como «posesiones morales» es persistente en la literatura de la filosofía política. Hobbes ya creía que renunciábamos a los derechos naturales de hacernos justicia por mano propia para llegar a establecer un Estado Absoluto; y, en el debate contemporáneo, Otfried Höffe considera que hacemos una renuncia recíproca de libertades (consenso negativo) para poder salir de un estado de naturaleza primario (1987/2003, 102-3). Esta idea parece sugerir que existe un stock de libertades que puede ser distribuido de forma más o menos conveniente, pero advertimos que no podemos hacer tal contabilidad con los derechos porque estos no son rendimientos conmensurables. Tener derecho a no ser discriminado, por ejemplo, implica una multiplicidad de acciones por parte de terceras personas, pero también implica políticas (*v. gr.* acciones afirmativas) que debe implementar un

gobierno; tales acciones u omisiones no pueden conmutarse por un elemento que sirva de común denominador a ellas como si se tratara de intercambiar prestaciones. Además, la emergencia de nuevas circunstancias hace que nuevos derechos aparezcan o que ciertos derechos expresen nuevas formas en las cuales pueden verse garantizados.⁷⁵

Ahora bien, si los derechos no son ni apéndices metafísicos de la personalidad, ni posesiones morales, lo único a lo que parecen hacer referencia es a la relación en sí entre las mismas personas. No obstante, estas no son cualquier tipo de relaciones, se trata de relaciones entre personas que se consideran en la misma posición de hacerse exigencias mutuas válidamente. Un derecho sería, de este modo, una garantía que apunta a dos dimensiones: por un lado, garantiza el valor intrínseco de las personas, ya que una persona sin derechos es una persona que no puede hacer valer su posición de igual valor moral en la comunidad jurídica; por otro lado, garantiza que las relaciones sociales se desenvuelvan en términos de igualdad, reciprocidad y cooperación. Al apuntar a estos dos elementos del vínculo social, la idea de los derechos se convierte en la piedra fundamental del sistema jurídico.

⁷⁵ El caso paradigmático de un derecho desarrollado en nuestra historia política reciente es el llamado derecho a la verdad para las víctimas producidas por la violencia del conflicto armado interno. La jurisprudencia internacional y nacional ha consagrado ya este derecho como parte de nuestro sistema jurídico (STC 2488-2002-HC/TC).

Todo este tiempo hemos estado hablando de dos principios normativos del derecho, es decir, de aquellos fundamentos que constituyen la condición de posibilidad de la normatividad del derecho. En nuestro esquema, estos principios constituyen una base cognitiva del sistema legal, esto es, una base mediada por buenas razones. Los derechos fundamentales no se basan en dichos principios cognitivos del mismo modo que las demás normas e instituciones jurídicas, aunque se encuentran correlacionados. No podemos ofrecer principios para justificar los «derechos» por la simple razón de que tales principios y la posición de construcción de los mismos presuponen precisamente tales derechos. Así, los derechos aparecen como una «creencia práctica» de base. Dicha creencia tiene que ver con la idea fundamental de la personalidad moral. En derecho, a veces hablamos de personas naturales y jurídicas en la dogmática civil. Podemos considerar, sin embargo, que normativamente el derecho parte de la premisa de la personalidad jurídica, en sentido general; esta personalidad jurídica sería la expresión de la agencia moral en los contextos jurídicos en los que personas que se entienden insertos en un sistema de normas e instituciones hacen valer razones en la construcción de su comunidad jurídica. Dicha personalidad jurídica no es otra cosa que la contracara activa de la idea pasiva de ser un «sujeto de derechos»; un sujeto de derechos es alguien a quien los derechos les son dados o reconocidos, mientras que una persona jurídica es un agente colegislador activo de su mundo institucional. Dichos titulares de derecho deciden en los procesos cognitivos de la vida política cuál es la forma de su vida social; ahora bien, no podrían ejercer tal poder si no estuvieran dotados de garantías que les permitan persistir en esta identidad

práctica, a saber, la identidad de ser un sujeto plenamente capaz de actuar en términos de cooperación y reciprocidad para con sus pares.

La creencia en los derechos, sin embargo, orienta nuestra razón sin precisarnos cuáles son los derechos en particular. Ya antes hemos visto que existen algunas ideas prácticas en el desarrollo de la Justicia como Equidad (véase 2.1); estas ideas orientaban el proceso de construcción de cara al problema de la justicia política. Ciertamente Rawls hace desprender de su primer principio aquello que llama las «esencias constitucionales» que no son más que libertades básicas; sin embargo, como ya he señalado líneas arriba considero que esto es un error en la Justicia como Equidad, ya que Rawls parece tratar las libertades como si fueran un tipo de bienes, en específico, bienes primarios que pueden distribuirse más o menos convenientemente.

Ahora bien, si tratamos a la idea de derechos como una creencia práctica, lo único que tenemos para orientarnos es su concepto que nos dice que tales derechos representan exigencias válidamente realizables entre personas consideradas como fines. Nuestra concepción del derecho como orden de razones intenta brindar este criterio considerando sus dos principios, pero no debe confundirse un criterio de determinación con una justificación, ya que como hemos dicho, los derechos no pueden justificarse, sino que son parte de las creencias básicas de trasfondo. Los dos principios que hemos mencionado son: el principio de la reciprocidad de las razones y el principio de bien jurídico como bien racional; este último principio como se dijo se divide en otros dos. Si consideramos además el orden de prelación, tenemos el siguiente esquema:

1. Principio de la reciprocidad de las razones: Las normas e instituciones del sistema jurídico deben poder ser aceptadas por cada miembro de un sistema social por buenas razones.
2. Principio del bien jurídico como bien racional: El sistema jurídico puede y debe promover el bien de los miembros siempre que se cumplan las siguientes condiciones:
 - 2.1. El único bien final para el derecho es la persona humana.
 - 2.2. El derecho debe promover el mayor rango posible de proyectos racionales de vida consideradas buenas por las propias personas.

Estos principios organizan el criterio para la determinación del sistema de derechos. Nuestros principios nos dicen ya que no todos los derechos llamados «fundamentales» tienen el mismo nivel de exigibilidad, esto es, que no todos poseen el mismo nivel de prioridad. Me serviré a continuación del esquema de derechos fundamentales que elabora Habermas (1992/2010, 188-89) para relacionar los principios de mi esquema con tales derechos:

- A. Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del derecho *al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción.*

- B. Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomo del *status* de miembro de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica.
- C. Derechos fundamentales que resultan directamente de la *accionabilidad* de los derechos, es decir, de la posibilidad de reclamar judicialmente su cumplimiento, y del desarrollo y configuración políticamente autónomos de la *protección de los derechos* individuales.
- D. Derechos fundamentales a participar con igualdad de oportunidades en proceso de formación de la opinión y la voluntad comunes, en los que los ciudadanos ejerzan su *autonomía política* y mediante los que establezcan derecho legítimo.
- E. Derechos fundamentales a que se garanticen condiciones de vida que vengan social, técnica y ecológicamente aseguradas en la medida en que ello fuere menester en cada caso para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos civiles mencionados antes.

En primer lugar, A se correlaciona con los principios (1) y (2) Estas libertades subjetivas son las llamadas «esencias constitucionales» y son las más fácilmente identificables en nuestro esquema; la idea es que ningún sujeto en una posición de paridad perfecta podría estar de acuerdo con menos libertades subjetivas de acción; aquí se encuentran los derechos fundamentales a la libertad de credo, a la integridad física, a la libertad de pensamiento, etc. Los derechos B se relacionan con los derechos a la igualdad política en tanto ciudadano de una comunidad jurídica (*v. gr.* derecho a ocupar cargos públicos, al voto, etc.); estos derechos se correlacionan con el principio (1), que exige igual tratamiento a todos los miembros

cooperadores de una sociedad. Los derechos C son derechos que permiten garantizar derechos A y B; se trata de derechos adjetivos que protegen derechos sustantivos (v. gr. derecho a la tutela jurisdiccional, a apelar sentencias, al debido proceso, etc.). En este caso, los derechos C están correlacionados con el principio (1) y (2.2) ya que estos derechos viabilizan la consecución de la mayor cantidad de proyectos racionales de vida en sociedad. Los derechos D son derechos a la plena participación política (v. gr. derecho a la organización política, a no ser perseguido por las ideas, a ser incluidos en los procesos de tomas de decisión, etc.); estos derechos se vinculan con los principios (1) y (2.1) que apuntan a que las personas mismas sean los creadores de su propio sistema social. Finalmente, los derechos E son derechos al máximo desarrollo de la personalidad subjetiva en las mejores condiciones tecnológicas y medioambientales; dichos derechos se relacionan con el principio (2.2) que asegura el mayor rango de formas de vida que pueda permitirse una sociedad.

Estas relaciones que establecemos no pretenden articular de forma concluyente la lista de derechos con nuestros principios; más bien, hemos tomado nuestros dos principios como un recurso heurístico para completar la idea de los derechos que aparece como un elemento de base. Nuestra empresa en esta sección ha tenido por objetivo fundamental considerar un argumento diferente del que usualmente aparece en la literatura del iusnaturalismo para defender la «idea de los derechos». Si hemos tenido éxito, habremos mostrado que la concepción iusnaturalista de los derechos lleva a problemas imposibles de responder. La concepción del derecho como orden de razones toma la idea de derechos como

una creencia práctica de base que no puede justificarse, sino que solo puede presuponerse; pero, si bien esto queda así definido por su concepto, eso no es óbice para que podamos considerar los derechos que han aparecido históricamente en relación analítica con nuestros principios. Si nos hemos tomado en serio la Justicia como Equidad y la idea de las personas libres e iguales con sus dos poderes morales, no parece ser otro el camino que considerar que dichas personas poseen derechos fundamentales que son el núcleo del sistema jurídico, ya que permiten que las personas mismas sean los autores de su propio mundo social.

CONCLUSIONES

Nuestra investigación ha buscado contrastar dos tradiciones del pensamiento que, desde mediados del siglo XX, parecen correr en paralelo sin comunicarse entre sí, a saber, aquello que hemos denominado como la teoría tradicional del derecho y la tradición de la filosofía práctica. La intención de realizar este contraste es permitirnos considerar algunos problemas fundamentales en la forma de abordar la teoría jurídica. El problema en el que nos hemos concentrado, en particular, considera el aspecto fundamental de la normatividad jurídica. En el mundo del derecho, la expresión «normatividad» se encuentra poderosamente asociada a aquellos estatutos, normas y disposiciones debidamente sancionados, es decir, aquellos elementos que constituyen piezas de la legislación plenamente reconocibles. Así se habla, por ejemplo, de la normatividad tributaria, previsional o laboral; se quiere dar a entender con ello, el conjunto de reglas que organizan determinados ámbitos del sistema jurídico como un todo. Ahora bien, tal como se ha discutido, este sentido de normatividad no es el que precisamente invocamos cuando la pregunta por la legitimidad se plantea en los contextos jurídicos. Cuando apelamos al derecho en la interacción social cotidiana asumimos su carácter normativo sin cuestionarlo; en este sentido, nos relacionamos a través del derecho sin mayores cortapisas. Sin embargo, esta interacción a veces se vuelve problemática y es entonces cuando el sentido normativo del derecho aparece en primer plano. Esta situación puede radicalizarse hacia el completo extrañamiento del orden legal por parte de aquellos sujetos a él y, entonces, nuestro problema

sobrepaja los contextos del derecho para desarrollarse de lleno en el terreno político en la forma de un proceso cuya fuerza distintiva lo caracteriza ya como uno de corte revolucionario. Aquí es donde nuestra investigación se detiene por no ser más pertinente como problematización de la teoría del derecho sino de la teoría política. En resumen, mi objetivo en este trabajo ha sido tratar de clarificar algunas de las relaciones entre el derecho, la política y la moral en relación con el concepto de normatividad. Por supuesto, se trata de una primera aproximación y muchas cosas no han quedado resueltas. En las conclusiones que ahora introducimos quisiera resaltar cuál es el panorama resultante una vez hemos podido desplegar las ideas centrales de la concepción del derecho como orden de razones:

§1. El derecho, la política y la moral, en tanto sistemas de saber, se encuentran profundamente conectados. Uno de los mayores errores de la filosofía del derecho, a partir del siglo XX, ha sido la desconexión con la tradición filosófica del pensamiento político y moral en un intento por transformar la disciplina jurídica en una forma de epistemología. Estos ámbitos de reflexión pueden relacionarse de diferentes formas; sin embargo, una manera muy intuitiva de considerarlas, a la luz de nuestra discusión, es entendiendo que la matriz común a todas es el sistema de la moral, sobre ella reposa el sistema de lo político el cual contiene, a su vez, al sistema del derecho.

§2. John Rawls debe ser considerado, en relación con esto anterior, un pensador de primera importancia para la filosofía del derecho. Rawls puede ser caracterizado como un filósofo práctico en el más amplio sentido. Esto significa que su trabajo incide en los sistemas prácticos de la moral, la religión, la política y el derecho. Así, John Rawls tiene ganado un merecido lugar a lado de otros filósofos que han moldeado nuestra comprensión del fenómeno jurídico tales como Bodin, Grotius, Maquiavelo, Hobbes, Bentham, Austin, Kelsen o Hart. Su papel viene asegurado por haber vuelto a problematizar la normatividad de los órdenes reglados de la política, la moral y, consecuentemente, del derecho.

§3. La filosofía política de John Rawls denominado también como Liberalismo Político debe ser diferenciado de otras doctrinas liberales, así como pseudo-liberales. En primer lugar, se diferencia del liberalismo clásico ya que su liberalismo es principalmente igualitarista o democrático y no simplemente formal; en segundo lugar, se diferencia del neoliberalismo cuya noción central tiene que ver con la dinámica de la «gubernamentalidad»; en tercer lugar, se diferencia del libertarismo porque considera un registro de derechos básicos como centrales que son más amplios que aquellos relativos únicamente a la propiedad.

§4. La Justicia como Equidad es una concepción de la razón práctica. La razón práctica —de impronta kantiana— es una dimensión de la razón humana en

relación con los fenómenos prácticos de la moralidad, la política y el derecho. Desde el punto de vista del filósofo, la razón práctica no es más que el uso de todas nuestras capacidades cognitivas (inteligencia, juicio, inferencia) orientadas a resolver los problemas prácticos a los que nos enfrentamos en la vida ordinaria. Dichos problemas deben diferenciarse de los problemas técnicos en los que se requiere un conocimiento teórico; los problemas prácticos son problemas sobre conceptos normativos como los de justicia, derecho, dignidad, etc. Desde el punto de vista de los miembros de un sistema social, la razón práctica es el uso de dos poderes morales, a saber, la capacidad para tener una concepción del bien, y la capacidad de tener un sentido de la justicia.

§5. El constructivismo es una estrategia filosófica frente al problema relativo a la justificación de un orden normativo. El constructivismo político, en específico, es la versión rawlsiana del mismo argumento que utilizó Kant respecto de la búsqueda de un principio para la moralidad ilustrada. En Kant, el argumento se denomina más específicamente como un argumento «transcendental». Un argumento transcendental no pretende exceder la experiencia, sino hacerla posible; de tal manera, que un argumento transcendental tiene el objetivo de clarificar la posibilidad de determinados enjuiciamientos. El constructivismo y el idealismo transcendental comparten la misma función de cara al problema de la justificación; sin embargo, se diferencian porque el idealismo transcendental aún se encuentra comprometido con la defensa de la metafísica.

§6. La Justicia como Equidad se concentra, en su primera etapa, en el problema de la justicia distributiva y, en un segundo momento, en el problema de la justicia política. Aquí se deciden cuáles son las bases públicas del acuerdo político fundamental, a saber, los dos principios de la justicia: el principio de libertad y el principio de diferencia. Dichos principios constituyen el foco de un consenso entrecruzado entre doctrinas comprensivas incompatibles entre sí permitiendo que la sociedad sea estable por buenas razones. Estos principios se dirigen principalmente a salvaguardar las esencias constitucionales y a conservar la justicia de trasfondo; en tanto principios normativos, justifican el orden político de una democracia constitucional de la forma en que la entiende Rawls.

§7. La Justicia como Equidad constituye uno de los hitos en la historia contemporánea del pensamiento político y legal —junto con Facticidad y Validez de Jürgen Habermas—. Esta concepción sobre la normatividad es una lectura ineludible para la teoría contemporánea del derecho y debe dársele un tratamiento adecuado por parte de la academia jurídica. La reconexión de los estudios jurídicos con la tradición de la filosofía política y moral enriquece nuestra comprensión de los problemas propios de la filosofía del derecho.

§8. El problema de la normatividad es el problema central de la filosofía del derecho contemporáneo. El concepto de normatividad encapsula la conexión entre el

derecho y la moral, es decir, considera al derecho en cuanto a la dimensión de su corrección problematizando así su referencia al valor de la justicia. Otras cuestiones de orden metodológicas quedan por debajo de esta, ya que se considera al derecho principalmente como un sistema de acción y, en tal sentido, su normatividad depende también de los principios del razonamiento práctico. El problema de la normatividad del orden legal considera entonces el problema de la legitimidad de los órdenes sancionados por la fuerza pública organizada.

§9. La teoría hegemónica del derecho oscurece la importancia del concepto de normatividad privilegiando otros problemas, así como otras concepciones sobre el derecho. En esta posición hegemónica se encuentran las escuelas tradicionales del derecho como son el positivismo, el iusnaturalismo y el realismo. No obstante, todas estas concepciones del derecho contienen ya una forma de responder al problema de la normatividad, aunque se trate, en cada caso, de respuestas que se han mostrado cuestionables y limitadas en su alcance.

§10. El realismo de Hobbes contesta el problema de la normatividad fundiendo en un solo momento el derecho y el poder. El derecho posee una fuerza normativa porque posee el poder efectivo de hacer cumplir aquello que manda. Sin embargo, esta concepción del derecho oscurece la doble naturaleza del derecho, esto es, debilita la pretensión de que el derecho exige respeto y no

temor por parte de sus destinatarios. John Austin también comete este error al considerar los mandatos coercitivos como los elementos básicos del análisis de la jurisprudencia.

§11. El utilitarismo de Bentham considera que la normatividad del derecho se encuentra en la utilidad social que genera. Un orden jurídico posee normatividad mientras produzca rendimientos en términos utilitarios para el mayor número posible de personas. El problema con el que tropieza el utilitarismo es doble: por un lado, debe poder justificar desde la perspectiva de la acción individual por qué el derecho seguiría ostentando esta fuerza normativa cuando no fuera más beneficiosa para el agente; por otro lado, tropieza con la dificultad de explicar la naturaleza normativa categórica de algunos elementos fundamentales del derecho, a saber, los derechos fundamentales o derechos humanos.

§12. El positivismo jurídico de Kelsen resuelve el problema de la normatividad trasponiendo la noción de normatividad práctica con la noción de normatividad teórica. Para el positivismo lo importante es salvar el sentido de validez jurídica que pueda identificar cuáles son piezas ciertas de la legislación. Se trata de una normatividad sobre los juicios descriptivos que la ciencia del derecho puede realizar acerca de las normas. Esta idea de normatividad desplaza el centro de la cuestión práctica que interesa sobre todo a un sistema de acción como es el derecho.

§13. La epistemología del derecho fue durante mucho tiempo el tipo de actividad paradigmática que debía realizar el jurista. Esto guardaba relación con una tradición filosófica bien posicionada a inicios del siglo XX, a saber, el positivismo lógico. Para el positivismo lógico, solo aquello que puede ser verificado empíricamente puede constituir una información verdadera acerca del mundo. Esta escuela filosófica enfrentó hacia los años cincuenta y sesenta duras críticas en el debate de la filosofía analítica, en particular, de parte de W. V. O. Quine. Estas críticas permitirán que la filosofía de la ciencia y la filosofía analítica se desplace progresivamente hacia formas de pragmatismo.

§14. El fracaso de las distintas escuelas sobre la normatividad del derecho vuelve urgente su reproblematicación. Pero la normatividad del orden legal no queda ya fijada, de esta misma manera, por los dos principios de la justicia de la Justicia como Equidad. Se requiere una justificación que permita caracterizar la doble dimensionalidad del derecho: por un lado, su carácter sistémico en sociedades que han atravesado procesos de diferenciación sistémica; por otro lado, su carácter relativo a la legitimidad de la práctica de interacción. En tal sentido, el derecho contiene una dimensión empírica (derecho positivo), es decir, está constituido por hechos de naturaleza compleja; pero también está constituido por una dimensión no empírica (normatividad) que concede toda su fuerza particular como un orden de deberes razonable.

§15. El derecho exige de sus destinatarios una actitud de conformidad que no siempre viene acompañada del poder efectivo para adecuar la conducta a la norma. Esta actitud requerida por el derecho se conceptualiza con la noción de «autoridad»; por autoridad del derecho se entiende la fuerza particular o influencia que el sistema jurídico ejerce sobre aquellos que se encuentran sujetos a él. La autoridad todavía no es poder efectivo, aunque puede estar acompañada de él; se trata más bien de un poder no fáctico o «poder normativo». Dicho poder normativo es el poder de influenciar en el orden de razones que respalda el derecho; las normas jurídicas ejercen su influencia ahí donde el derecho posee una narrativa estable en relación con su normatividad.

§16. El carácter normativo del derecho, sin embargo, constituye un problema filosófico particular y representa un desafío para la teoría hegemónica del derecho que no puede enfrentar el desafío de forma exitosa. La matriz conceptual de la Justicia como Equidad nos ha permitido articular dos principios normativos del orden legal, a saber: a) el principio de la reciprocidad de las razones y b) el principio del bien jurídico como bien racional. Estos dos principios describen una nueva concepción del derecho como un orden de razones.

§17. Entender el derecho como un orden de razones es considerar que la noción principal del derecho es la noción de «razones». Las razones son nociones

primarias que constituyen elementos básicos del razonamiento práctico de las personas. En la medida en que el derecho repose sobre razones recíprocas y justificables por todos los integrantes de una sociedad, su carácter normativo es salvado, ya que se expresa así la personalidad moral de los miembros de dicha sociedad como agentes que diseñan su propio mundo social. En otras palabras, las instituciones realizan su personalidad moral al pasar el *test* de razonabilidad.

§18. Con la introducción de la noción de razones también queda salvado el concepto de autonomía moral. Las personas no solo se encuentran sujetas al ordenamiento jurídico, sino que pueden incidir en él por medio de las razones. Las razones del derecho son el espacio de la normatividad y en él se juega la autonomía política de ciudadanos que se conciben a sí mismos como colegisladores de su orden normativo. El orden jurídico no es un orden de alienación principalmente, aunque se experimente como tal; se trata, más bien, de un sistema que facilita la interacción social por buenas razones que sus miembros reconocen.

§19. El principio de la reciprocidad de las razones es un *test* acerca de si las razones que apoyan o respaldan los dispositivos del derecho positivo son suficientes. Una norma o institución jurídica debe pasar por el *test* de reciprocidad de las razones para garantizar así su sentido normativo. En esta operación recursiva sobre el derecho pueden ingresar los ciudadanos que se encuentran sujetos al

sistema jurídico, pero también pueden ingresar los operadores del derecho como los funcionarios y jueces que deciden las obligaciones específicas que se derivan de dichos dispositivos.

§20. El principio del bien jurídico como bien racional establece un principio positivo de promoción que el derecho ya lleva adelante al alentar determinadas formas de vida que se consideran buenas para los ciudadanos. Este principio establece, por un lado, que la persona humana es el único bien final del derecho porque es la fuente de todo valor; por otro lado, establece que el derecho no debe obstaculizar el florecimiento del máximo rango posible de experiencias en las formas de vida que los ciudadanos consideran como buenas desde sus respectivas doctrinas comprensivas sobre el bien.

§21. Los dos principios normativos para el derecho hacen comprensible por qué el derecho es una actividad política de carácter cognitivo. Las razones que estabilizan el derecho están vinculadas así a su reconocimiento por personas que se consideran libres e iguales y que consideran su sistema social como un producto de construcción en el que participan activamente. No se trata simplemente de que se reconozcan como miembros de un sistema político que organiza los mecanismos de participación ciudadana y electoral; sino que ellos mismos se ven a sí mismos como las fuentes últimas de autenticación de

exigencias válidas, es decir, se reconocen como la fuente de la normatividad de su sistema social.

§22. La idea de los derechos fundamentales también queda engarzada en nuestra imagen del derecho como un orden de razones. Los derechos son garantías que conservan las relaciones sociales de cooperación y reciprocidad entre miembros que se consideran ya en la misma posición de igualdad moral unos frente a otros en la construcción de su sistema jurídico. La idea de derechos apela a la idea de personalidad jurídica que no es nada más que una determinación jurídica de la idea de personalidad moral. Los derechos se presuponen en este sentido y no se justifican, ya que solo personas con derechos pueden participar activamente en la colegislación de su sistema social.

§23. Una teoría crítica del derecho debe comenzar por poner énfasis en el problema de la normatividad no como un recurso que viene desde fuera de sus propios contextos proporcionado por filósofos. Los problemas jurídicos de la vida cotidiana ya inciden en la problematización del sentido normativo de sus propios elementos. Los juristas, tal como creyera Dworkin, son tal vez los primeros en percibir estos problemas, pero su sensibilidad no es diferente de aquellos que se encuentran sujetos al propio sistema jurídico. Los ciudadanos son los principales creadores de la normatividad del orden legal; de tal manera que tomar en serio el problema de la normatividad significa problematizar, desde la

teoría del derecho, las dimensiones morales y políticas de la agencia de las personas.

RECOMENDACIONES

Las siguientes recomendaciones están dirigidas tanto a quienes realizamos estudios sobre el derecho como a los operadores del derecho. Así, estas recomendaciones se dividen en recomendaciones metodológicas (§1-§4) y recomendaciones prácticas (§5-§8), esto es, se dividen entre aquellas recomendaciones para la academia jurídica y aquellas dirigidas a los principales órganos de la judicatura y funcionarios que aplican y sancionan el derecho vigente:

§1. Es necesario que desde las escuelas del derecho se revitalice la enseñanza y discusión de la tradición de la filosofía práctica con especial atención en la filosofía política y moral moderna y contemporánea, ya que esta es la tradición que ha moldeado las formas de pensamiento predominantes en nuestro contexto. El estudio del derecho debe dejar de ser un estudio técnico sobre determinados ámbitos del derecho para convertirse en una reflexión integral sobre el fenómeno jurídico y sus conexiones con otras disciplinas como la historia, la filosofía, la sociología o la economía.

§2. Urgen especialmente nuevos estudios sobre la historia del pensamiento jurídico. Generalmente se suelen estudiar a autores como Hobbes, Locke o Kant en relación con una problematización que incumbe únicamente a la filosofía política, y en tal sentido, se les trata como autores tangenciales al derecho. Sin embargo,

representa una necesidad para la academia jurídica la relectura de dichos clásicos con el objetivo de comprender cuáles han sido las concepciones clave en la historia del desarrollo del derecho occidental. Esta relectura debe ser suficientemente crítica en la forma de una historia de las ideas jurídicas que pueda conectarnos con nuestra concepción contemporánea sobre el derecho.

§3. En el campo más específico de la filosofía del derecho, el estudio sobre sus dimensiones prácticas debe renovarse dejando a un lado aquellas preocupaciones más relacionadas con la epistemología o la ontología del derecho. En este sentido, los juristas debemos resituarnos como interlocutores válidos del debate contemporáneo en filosofía práctica; en particular, en aquellas ramas que despuntan hoy en día en la academia internacional como son la «teoría crítica» en filosofía social o la «filosofía moral analítica» de origen anglosajón.

§4. El estudio del derecho constitucional —tanto por sus contactos con los aspectos dogmáticos, así como con los orgánicos de la Constitución— debe problematizar los derechos y la estructura del poder desde una lectura crítica de la tradición moral y de la tradición política. Solo así hace sentido la noción de «cultura de derechos»; los altos tribunales de justicia constitucional también cumplen un rol pedagógico que queda achatado en cuanto se convierte en un órgano técnico de administración judicial. El lenguaje y función de dichos tribunales debe quedar

acompañada con su tarea central de evaluación de las mejores razones que tenemos para considerar nuestros problemas más importantes; y desde su posición debe ser un modelo para los demás operadores jurídicos.

§5. En ese mismo sentido, los jueces y funcionarios deben empezar a considerar el problema de la interpretación judicial —y en definitiva el de la argumentación jurídica— como un problema relativo a qué razones respaldan las normas o las instituciones que son cuestionadas o que entran en conflicto. Las nociones sobre reglas y principios pueden ayudar a clarificar algunos asuntos de naturaleza procesal; sin embargo, el aspecto material subsiste en la pregunta por la normatividad del derecho cuya tarea corre a cargo de los principales articuladores de la normatividad jurídica.

§6. Lo anterior implica que los jueces sean los principales responsables de sincerar el lenguaje técnico con el que el derecho se desarrolla en tanto sistema de saber. Las respuestas a los problemas jurídicos no pueden seguir reposando en una apelación acrítica al derecho objetivo; sino que debe hacer énfasis en aquellas razones que sustentan el propio derecho objetivo. De esta manera, los recurrentes al sistema judicial podrán considerarse en relación con dichas razones y respaldar las resoluciones y los fallos como productos de instituciones políticas en las que se reconocen.

§7. Asimismo, los funcionarios públicos deben comprender mejor su papel de posibilitadores de la autonomía política de los ciudadanos. Las relaciones institucionales entre la administración pública y las personas deben cuidarse para que estas no resientan la categoría de verdaderos ciudadanos a los que las leyes les permiten organizar mejor sus vidas. Tanto el sistema político y jurídico deben considerar en sus protocolos la primacía de las personas en la organización y gestión del derecho administrativo. El objetivo de fondo es que el derecho ayude a realizar la plena personalidad moral de los ciudadanos.

§8. En el ámbito de la justicia constitucional, los jueces constitucionales que ostentan un poder principal deben hacerse también conscientes de la gran influencia que tienen en las relaciones políticas de la sociedad. Esta consciencia debe venir acompañada de una extrema cautela en relación con las dimensiones normativas del derecho. El Tribunal Constitucional del Perú no es quien decide principalmente cuál es el sentido normativo del derecho fundamental, sino que son las personas mismas quienes actuando políticamente posibilitan a este alto tribunal fallar en algún sentido relevante. Ahora bien, el sentido común respecto de esta actividad jurisprudencial es otro; se considera que el parlamento elige a los miembros de este alto tribunal para que estos se encarguen de una tarea técnica. Sin embargo, este desfase aparentemente inocente entre la institucionalidad de este órgano y la vida política de un país puede llevar a severas perturbaciones del orden social si el producto de esta actividad

jurisprudencial aparece como sospechosa de ejercer un poder no legítimo y antidemocrático.

BIBLIOGRAFÍA

- Alegría Varona, Ciro. 2019. «Justicia». En *Manual de principios y problemas éticos*, editado por Ciro Alegría Varona, 17-48. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú: Fondo Editorial.
- Alexy, Robert. 1993a. *Derecho y razón práctica*. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara.
- . 1993b. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducido por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. (Obra original publicada en 1986).
- . 2004. *El concepto y la validez del derecho*. Traducido por Jorge M. Seña. Segunda edición. Barcelona: Gedisa. (Obra original publicada en 1992).
- Aristóteles. 1978. *Acerca del alma*. Traducido por Tomás Calvo Martínez. Madrid: Gredos.
- . 1985. *Ética nicomáquea; Ética eudemia*. Traducido por Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos.
- . 2006. *Protréptico: una exhortación a la filosofía*. Traducido por Carlos Megino Rodríguez. Madrid: Abada.
- . 2018. *Política*. Traducido por Salvador Rus y Joaquín Meabe. Madrid: Tecnos.
- Aroche Reyes, Fidel, y Oscar Ugarteche Galarza. 2018. «The Death of Development Theory: From Friedrich von Hayek to the Washington Consensus». *Journal*

of Post Keynesian Economics 41 (4): 509-25.

<https://doi.org/10.1080/01603477.2018.1486210>.

Arrow, Kenneth J. 1963. *Social Choice and Individual Values*. Second edition. New York: John Wiley & Sons, Inc.

Austin, John. 1995. *The Province of Jurisprudence Determined*. Editado por Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press. (Obra original publicada en 1832).

Austin, John L. 2016. *Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones*. Editado por J. O. Urmson. Traducido por Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi. Barcelona: Paidós. (Obra original publicada entre 1962-1975).

Ayer, Alfred Jules. 1952. *Language, Truth and Logic*. New York: Dover Publications, Inc.

Bagnoli, Carla, ed. 2015. *Constructivism in Ethics*. Cambridge: Cambridge University Press.

———. 2017. «Constructivism in Metaethics». En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, editado por Edward N. Zalta, Winter 2017. Metaphysics Research Lab, Stanford University. <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/constructivism-metaethics/>.

Bayón Mohíno, Juan Carlos. 1991. *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Bentham, Jeremy. 1931. *The Theory of Legislation*. Editado por C. K. Ogden. Traducido por Richard Hildreth. New York: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. (Obra original publicada en 1802).
- . 2008. *Los principios de la moral y la legislación*. Traducido por Margarita Costa. Buenos Aires: Claridad. (Obra original publicada en 1789).
- . 2010. *Un fragmento sobre el gobierno*. Traducido por Enrique Bocardo Crespo. Segunda edición. Madrid: Tecnos. (Obra original publicada en 1776).
- Berlin, Isaiah. 1983. «Verificación». En *Conceptos y categorías: ensayos filosóficos*, traducido por Francisco Gonzáles Aramburo, 43-71. Ciudad de México: FCE. (Obra original publicada en 1939).
- . 2013a. «The Philosophers of the Enlightenment». En *The Power of Ideas*, editado por Henry Hardy, Second edition, 43-62. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- . 2013b. «The Pursuit of the Ideal». En *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*, Second edition, 1-20. Princeton: Princeton University Press.
- Berman, Harold Joseph. 1996. *La formación de la tradición jurídica de occidente*. Traducido por Mónica Utrilla de Neira. Ciudad de México: FCE. (Obra original publicada en 1983).
- Biebricher, Thomas, y Eric Vance Johnson. 2012. «What's Wrong with Neoliberalism?» *New Political Science* 34 (2): 202-11.
- Binmore, Ken G. 2009. *La teoría de juegos: una breve introducción*. Traducido por Pepe Ventura López. Madrid: Alianza. (Obra original publicada en 2007).

- Bobbio, Norberto. 2002. *Teoría general del derecho*. Traducido por Jorge Guerrero R. Segunda edición. Bogotá: Temis. (Obra original publicada en 1958).
- Boltanski, Luc, y Ève Chiapello. 2007. *The New Spirit of Capitalism*. Traducido por Elliott Gregory. London: Verso. (Obra original publicada en 1999).
- Boyd, Richard N. 1988. «How to Be a Moral Realist». En *Essays on Moral Realism*, editado por Geoffrey Sayre-McCord, 181-228. Ithaca: Cornell University Press.
- Brown, Wendy. 2015. *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*. New York: Zone Books.
- Calsamiglia, Albert. 1998. «Postpositivismo». *Doxa* 21 (1): 209-20.
- Cianciardo, Juan. 2003. «Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 26 (108): 891-906.
- Cicero, Marcus Tullius. 2003. *Topica*. Editado por Tobias Reinhardt. Oxford: Oxford University Press.
- Cohen, G. A. 2001. *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?* Barcelona: Paidós. (Obra original publicada en 2000).
- Constant, Benjamin. 1989. «Principios de política». En *Escritos políticos*, traducido por María Luisa Sánchez-Mejía, 3-205. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. (Obra original publicada en 1815).
- Dewey, John. 1935. «The Future of Liberalism». *Journal of Philosophy* 32 (9): 225-30.
- . 1970. *La reconstrucción de la filosofía*. Traducido por Armando Lázaro Ros. Cuarta edición. Buenos Aires: Aguilar. (Obra original publicada en 1920).

- Duménil, Gérard, y Dominique Lévy. 2004. *Capital Resurgent: Roots of the Neoliberal Revolution*. Traducido por Derek Jeffers. Cambridge: Harvard University Press. (Obra original publicada en 2000).
- Dworkin, Ronald. 1982. «“Natural” Law Revisited». *University of Florida Law Review* 34 (2): 165-88.
- . 1988. *El imperio de la justicia*. Traducido por Claudia Ferrari. Barcelona: Gedisa. (Obra original publicada en 1986).
- . 1989. *Los derechos en serio*. Traducido por Marta Guastavino. Segunda edición. Barcelona: Ariel. (Obra original publicada en 1977).
- Esquilo. 2006. «Las euménides». En *Tragedias*, traducido por Bernardo Perea Morales, 279-324. Barcelona: Gredos.
- Finnis, John. 1998. *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.
- Forst, Rainer. 2014. *Justificación y crítica: perspectivas de una teoría crítica de la política*. Traducido por Graciela Calderón. Madrid: Katz. (Obra original publicada en 2011).
- . 2015. «Noumenal Power». *Journal of Political Philosophy* 23 (2): 111-27.
- Foucault, Michel. 2007. *Nacimiento de la biopolítica: curso en el Collège de France (1978-1979)*. Traducido por Horacio Pons. Buenos Aires: FCE. (Obra original publicada en 2004).
- Freeman, Samuel. 2007. *Rawls*. Abingdon, Oxon: Routledge.

- . 2014. «The Basic Structure of Society as the Primary Subject of Justice». En *A Companion to Rawls*, editado por Jon Mandle y David A. Reidy, 88-111. Chichester: John Wiley & Sons, Inc.
- Gibbard, Allan. 1991. «Constructing Justice». *Philosophy & Public Affairs* 20 (3): 264-79.
- Guastini, Riccardo. 1999. *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Traducido por Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa.
- Guthrie, W. K. C. 2012. *Historia de la filosofía griega II: Los sofistas, Sócrates y el primer Platón*. Traducido por Joaquín Rodríguez Feo, Alvaro Vallejo Campos, y Alberto Medina González. Vol. II. Madrid: Gredos. (Obra original publicada en 1962).
- Habermas, Jürgen. 1987. *Teoría de la acción comunicativa: crítica de la razón funcionalista*. Traducido por Manuel Jiménez Redondo. Vol. II. Madrid: Taurus. (Obra original publicada en 1981).
- . 1998. «Reconciliación mediante el uso público de la razón». En *Debate sobre el liberalismo político*, traducido por Gerard Vilar Roca, 41-71. Barcelona: Paidós. (Obra original publicada en 1996).
- . 1999a. «¿Cuán racional es la autoridad del deber?» En *La inclusión del otro: estudios de teoría política*, traducido por Gerard Vilar Roca, 29-78. Barcelona: Paidós. (Obra original publicada en 1996).
- . 1999b. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Traducido por José Luis Etcheverry. Madrid: Cátedra. (Obra original publicada en 1973).

- . 2010. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducido por Manuel Jiménez Redondo. Sexta edición. Madrid: Trotta. (Obra original publicada en 1992).
- Hampton, Jean E. 1986. *Hobbes and the Social Contract Tradition*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hare, R. M. 1975. *El lenguaje de la moral*. Traducido por Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi. Ciudad de México: UNAM. (Obra original publicada en 1952).
- Harsanyi, John C. 1975. «Can the Maximin Principle Serve as a Basis for Morality? A Critique of John Rawls's Theory». *American Political Science Review* 69 (2): 594-606.
- Hart, H. L. A. 2012. *El concepto de derecho*. Traducido por Genaro R. Carrió. Tercera edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot. (Obra original publicada en 1961).
- Harvey, David. 2007. *Breve historia del neoliberalismo*. Traducido por Ana Varela Mateos. Madrid: Akal.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. 1999. *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*. Traducido por José Ortega y Gasset. Madrid: Alianza. (Obra original publicada en 1917).
- Hildt, Moritz. 2016. *Die Herausforderung des Pluralismus: John Rawls' Politischer Liberalismus und das Problem der Rechtfertigung*. München: Karl Alber.
- Hobbes, Thomas. 1980. *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. Traducido por Manuel Sánchez Sarto. Segunda edición. Ciudad de México: FCE. (Obra original publicada en 1651).

- . 2000. *De Cive: elementos filosóficos sobre el ciudadano*. Traducido por Carlos Mellizo. Madrid: Alianza. (Obra original publicada en 1642).
- Hobsbawm, Eric. 1998. *Historia del siglo XX*. Traducido por Juan Fací, Jordi Ainaud, y Carme Castells. Buenos Aires: Crítica. (Obra original publicada en 1994).
- Höffe, Otfried. 2003. *Justicia política: fundamentos para una filosofía crítica del derecho y del Estado*. Editado por Juan Carlos Velasco. Traducido por Carmen Innerarity. Barcelona: Paidós. (Obra original publicada en 1987).
- Hume, David. 1980. *Investigación sobre el conocimiento humano*. Traducido por Jaime de Salas Ortueta. Madrid: Alianza. (Obra original publicada en 1748).
- . 2014. *Investigación sobre los principios de la moral*. Traducido por Carlos Mellizo. Madrid: Alianza. (Obra original publicada en 1751).
- Hylton, Peter. 2007. *Quine*. New York: Routledge.
- James, William. 2000. *Pragmatismo: un nuevo nombre para viejas formas de pensar*. Traducido por Ramón del Castillo. Madrid: Alianza. (Obra original publicada en 1970).
- Jenofonte. 1984. «La república de los lacedemonios». En *Obras menores; La república de los atenienses*, traducido por Orlando Guntiñas Tuñón. Madrid: Gredos.
- . 1993. «Recuerdos de Sócrates». En *Recuerdos de Sócrates. Económico. Banquete. Apología de Sócrates*, traducido por Juan Zaragoza, 193. Madrid: Gredos.
- Kant, Immanuel. 2002. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza. (Obra original publicada en 1785).

- . 2005a. *Crítica de la razón práctica*. Traducido por Dulce María Granja Castro. Ciudad de México: FCE. (Obra original publicada en 1788).
- . 2005b. *La metafísica de las costumbres*. Traducido por Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Cuarta edición. Madrid: Tecnos. (Obra original publicada en 1797).
- . 2009. *Crítica de la razón pura*. Traducido por Mario Caimi. Ciudad de México: FCE. (Obra original publicada en 1781).
- . 2017a. «¿Qué significa orientarse en el pensamiento?» En *En defensa de la Ilustración*, traducido por Javier Alcoriza y Antonio Lastra, 163-80. Barcelona: Alba. (Obra original publicada en 1786).
- . 2017b. «Sobre el tópico: Esto puede ser correcto en teoría, pero no vale para la práctica». En *En defensa de la Ilustración*, traducido por Javier Alcoriza y Antonio Lastra, 239-87. Barcelona: Alba. (Obra original publicada en 1793).
- Kantorowicz, Ernst H. 2012. *Los dos cuerpos del rey: un estudio de teología política medieval*. Traducido por Susana Aikin Araluce y Rafael Blázquez Godoy. Madrid: Akal. (Obra original publicada en 1957).
- Kelsen, Hans. 1958. *Teoría general del derecho y del estado*. Traducido por Eduardo García Máynez. Segunda edición. Ciudad de México: UNAM. (Obra original publicada en 1945).
- . 1991. *General Theory of Norms*. Traducido por Michael Hartney. Oxford: Oxford University Press. (Obra original publicada en 1979).

- . 2005a. *Teoría pura del derecho*. Traducido por Moisés Nilve. Cuarta edición. Buenos Aires: Eudeba. (Obra original publicada en 1960).
- . 2005b. «Validez y eficacia del derecho». En *Validez y eficacia del derecho*, 49-74. Buenos Aires: Astrea. (Obra original publicada en 2003).
- Kohlberg, Lawrence. 1992. *Psicología del desarrollo moral*. Traducido por Asun Zubiaur Zárate. Bilbao: Desclée de Brouwer. (Obra original publicada en 1984).
- Korsgaard, Christine M. 1996. *Creating the Kingdom of Ends*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Korsgaard, Christine M., G. A Cohen, Raymond Geuss, Thomas Nagel, y Bernard Williams. 2000. *Las fuentes de la normatividad*. Editado por Onora O'Neill. Traducido por Laura Lecuona y Laura E. Manríquez. Ciudad de México: UNAM. (Obra original publicada en 1996).
- Locke, John. 1999. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Traducido por Edmundo O'Gorman. Segunda edición. Ciudad de México: FCE. (Obra original publicada en 1689).
- . 2000. *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Traducido por Carlos Mellizo. Madrid: Alianza. (Obra original publicada en 1690).
- Luhmann, Niklas. 2004. *Law as a Social System*. Editado por Fatima Kastner, Richard Nobles, David Schiff, y Rosamund Ziegert. Traducido por Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press. (Obra original publicada en 1993).

- Mackie, J. L. 2000. *Ética: la invención de lo bueno y lo malo*. Traducido por Tomás Fernández Aúz. Barcelona: Gedisa. (Obra original publicada en 1977).
- Magee, Bryan, Isaiah Berlin, Charles Taylor, Herbert Marcuse, William Barrett, Anthony Quinton, Alfred Jules Ayer, et al. 1986. *Los hombres detrás de las ideas: algunos creadores de la filosofía contemporánea*. Traducido por José A. Robles García. Ciudad de México: FCE. (Obra original publicada en 1978).
- McIlwain, Charles H. 1910. *The High Court of Parliament and Its Supremacy: An Historical Essay on the Boundaries between Legislation and Adjudication in England*. Hamden: Archon Books.
- Métall, Rudolf Aladár. 1976. *Hans Kelsen, vida y obra*. Traducido por Javier Esquivel. Ciudad de México: UNAM. (Obra original publicada en 1969).
- Mill, John Stuart. 2014. *El utilitarismo; Sistema de la lógica (Libro VI, capítulo XII)*. Traducido por Esperanza Guisán. Tercera edición. Madrid: Alianza. (Obra original publicada en 1863).
- Ministerio de Justicia. 1984. *Código Civil. Decreto legislativo N° 295*. Lima, 25 de julio de 1984.
- Montaigne, Michel de. 2007. *Los ensayos: según la edición de 1595 de Marie de Gournay*. Traducido por Jordi Bayod Brau. Barcelona: Acantilado. (Obra original publicada en 1595).
- Moore, G. E. 1993. *Principia Ethica*. Editado por Thomas Baldwin. Cambridge: Cambridge University Press.
- Mudge, S. L. 2008. «What Is Neo-Liberalism?» *Socio-Economic Review* 6 (4): 703-31.

- Nagel, Thomas. 1978. *The Possibility of Altruism*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- . 2003. «Rawls and Liberalism». En *The Cambridge Companion to Rawls*, editado por Samuel Freeman, 62-85. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 2006. *Igualdad y parcialidad: bases éticas de la teoría política*. Traducido por José Francisco Álvarez Álvarez. Barcelona: Paidós. (Obra original publicada en 1991).
- Nino, Carlos Santiago. 2014. *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general de Derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Nussbaum, Martha C. 2003. «Rawls and Feminism». En *The Cambridge Companion to Rawls*, editado por Samuel Freeman, 488-520. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 2016. «Furies into Eumenides». En *Anger and Forgiveness: Resentment, Generosity, Justice*, 1-13. New York: Oxford University Press.
- O'Neill, Onora. 2003. «Constructivism in Rawls and Kant». En *The Cambridge Companion to Rawls*, editado por Samuel Freeman, 347-67. Cambridge: Cambridge University Press.
- Piaget, Jean. 1965. *The Moral Judgment of the Child*. Traducido por Marjorie Gabain. New York: Free Press. (Obra original publicada en 1932).
- Platón. 1999. *La República*. Traducido por José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano. Madrid: Alianza.
- Pogge, Thomas W. 1989. *Realizing Rawls*. Ithaca: Cornell University Press.

- . 2007. *John Rawls: His Life and Theory of Justice*. Traducido por Michelle Kosch. Oxford: Oxford University Press. (Obra original publicada en 1994).
- Polanyi, Karl. 2003. *La gran transformación: los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*. Traducido por Eduardo L. Suárez. Segunda edición. Ciudad de México: FCE. (Obra original publicada en 1944).
- Posner, Richard A. 1979. «Utilitarianism, Economics, and Legal Theory». *The Journal of Legal Studies* 8 (1): 103-40.
- Postema, Gerald J. 2019. *Bentham and the Common Law Tradition*. Second edition. Oxford: Oxford University Press.
- Quine, W. V. O. 1981. *Theories and Things*. Cambridge: Harvard University Press.
- . 2002. *Desde un punto de vista lógico*. Traducido por Manuel Sacristán. Segunda edición. Barcelona: Paidós. (Obra original publicada en 1953).
- . 2013. *Word and Object*. Cambridge: MIT Press.
- Rawls, John. 1995a. *Liberalismo político*. Traducido por Sergio René Madero Báez. Ciudad de México: FCE. (Obra original publicada en 1993).
- . 1995b. *Teoría de la justicia*. Traducido por María Dolores Gonzáles. Segunda edición. Ciudad de México: FCE. (Obra original publicada en 1971).
- . 1998. «Réplica a Habermas». En *Debate sobre el liberalismo político*, traducido por Gerard Vilar Roca, 75-143. Barcelona: Paidós. (Obra original publicada en 1995).
- . 1999. *Collected Papers*. Editado por Samuel Richard Freeman. Cambridge: Harvard University Press.

- . 2001. *El derecho de gentes; y «una revisión de la idea de la razón pública»*. Traducido por Hernando Valencia Villa. Barcelona: Paidós. (Obra original publicada en 1999).
- . 2007. *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*. Editado por Barbara Herman. Traducido por Andrés de Francisco. Barcelona: Paidós. (Obra original publicada en 2000).
- . 2009a. *A Brief Inquiry into the Meaning of Sin and Faith: With «on My Religion»*. Editado por Thomas Nagel. Cambridge: Harvard University Press.
- . 2009b. *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. Editado por Samuel R. Freeman. Traducido por Albino Santos Mosquera. Barcelona: Paidós. (Obra original publicada en 2007).
- . 2012. *La justicia como equidad: una reformulación*. Editado por Erin Kelly. Traducido por Andrés de Francisco. Barcelona: Paidós. (Obra original publicada en 2001).
- Raz, Joseph. 1972. «Legal Principles and the Limits of Law». *The Yale Law Journal* 81 (5): 823-54.
- Reale, Miguel. 1997. *La teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho*. Traducido por Ángeles Mateos. Madrid: Tecnos. (Obra original publicada en 1968).
- Reyes Loayza, Ronald A. 2016. «Una filosofía del derecho desde la justicia como equidad». *Sílex*, Filosofía del derecho: legalidad y justicia, 6 (1): 15-39.

- Rorty, Richard. 1998. «Trosky y las orquídeas silvestres». En *Pragmatismo y política*, traducido por Rafael del Águila, 27-47. Barcelona: Paidós. (Obra original publicada en 1992).
- . 2000. *El pragmatismo, una versión: antiautoritarismo en epistemología y ética*. Traducido por Joan Vergés Gifra. Barcelona: Ariel.
- Rousseau, Jean-Jacques. 2011. *Emilio o De la educación*. Traducido por Mauro Armiño. Tercera edición. Madrid: Alianza. (Obra original publicada en 1762).
- . 2012. *Del contrato social*. Traducido por Mauro Armiño. Tercera edición. Madrid: Alianza. (Obra original publicada en 1762).
- Ryle, Gilbert. 1936. «Unverifiability-by-Me». *Analysis* 4 (1): 1.
- Sandel, Michael J. 2012. *Justicia: ¿Hacemos lo que debemos?* Traducido por Juan Pedro Campos Gomez. Barcelona: Debolsillo. (Obra original publicada en 2009).
- Scanlon, Thomas M. 2003. *Lo que nos debemos los unos a otros ¿qué significa ser moral?* Barcelona: Paidós. (Obra original publicada en 1998).
- Schmitt, Carl. 1998. *El concepto de lo político: texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*. Traducido por Rafael Agapito. Madrid: Alianza. (Obra original publicada en 1932).
- Stadler, Friedrich. 2001. *The Vienna Circle: Studies in the Origins, Development, and Influence of Logical Empiricism*. Wien: Springer.
- STC 0024-2003-AI/TC. 2005. Municipalidad Distrital de Lurín. Sentencia: 10 de octubre de 2005. Tribunal Constitucional del Perú.

- STC 00728-2008-PHC/TC. 2008. Giuliana Llamuja Hilares. Sentencia: 13 de octubre de 2008. Tribunal Constitucional del Perú.
- STC 2488-2002-HC/TC. 2004. Genaro Villegas Namuche. Sentencia: 18 de marzo de 2004. Tribunal Constitucional del Perú.
- STC 05121-2015-PA/TC. 2018. Anónimo. Sentencia: 24 de enero de 2018. Tribunal Constitucional del Perú.
- Stevenson, Charles L. 1971. *Ética y lenguaje*. Traducido por Eduardo A. Rabossi. Buenos Aires: Paidós. (Obra original publicada en 1944).
- Stroll, Avrum. 2002. *La filosofía analítica del siglo XX*. Traducido por José Francisco Álvarez Álvarez y Eduardo Bustos Guadaño. Madrid: Siglo XXI. (Obra original publicada en 2000).
- Taylor, Charles. 2005. *La libertad de los modernos*. Traducido por Horacio Pons. Buenos Aires: Amorrortu. (Obra original publicada en 1997).
- Tierney, Brian. 2004. «The Idea of Natural Rights-Origins and Persistence». *Northwestern Journal of International Human Rights* 2 (1): 1-13.
- Todorov, Tzvetan. 2012. *La conquista de América: el problema del otro*. Traducido por Flora Botton Burlá. Segunda edición. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Tugendhat, Ernst. 1997. *Lecciones de ética*. Traducido por Luis Román Rabanaque. Barcelona: Gedisa. (Obra original publicada en 1993).
- Verbeek, Bruno, y Christopher Morris. 2018. «Game Theory and Ethics». En *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, editado por Edward N. Zalta, Winter 2018. Metaphysics Research Lab, Stanford University. <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/game-ethics/>.

- White, Morton. 2005. «Normative Ethics, Normative Epistemology, and Quine's Holism». En *From a Philosophical Point of View: Selected Studies*, 186-98. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- Williams, Bernard. 1981. *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980*. Cambridge: Cambridge University Press.
- . 2006. *Ethics and the Limits of Philosophy*. London: Routledge.
- Wittgenstein, Ludwig. 2001. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Traducido por D. F. Pears y B. F. McGuinness. London: Routledge. (Obra original publicada en 1921).
- Wolff, Robert Paul. 1981. *Para comprender a Rawls: una reconstrucción crítica de Teoría de la Justicia*. Traducido por Marcial Suárez. Ciudad de México: FCE. (Obra original publicada en 1977).
- . 1998. *In Defense of Anarchism*. Berkeley: University of California Press.