

CAPÍTULO IV

TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

[...] es una virtud perfecta, mas no en términos absolutos, sino en relación con otro. También por esto muchas veces se piensa que la justicia es la más sobresaliente de las virtudes y que *ni el lucero vespertino ni el matutino son más admirables*.[...] Y es una virtud perfecta precisamente porque es un ejercicio de la virtud perfecta. Es perfecta, porque quien la posee puede conducirse virtuosamente con otros y no sólo consigo mismo¹.

Después de una visión panorámica de la obra de Rawls, llega el momento de preguntarse ¿es la relación de justicia, el acto justo, tal y como Rawls lo describe a consecuencia de su construcción racional-práctica? Y dado su enfoque sobre la «justicia política», ¿es posible hablar sólo del aspecto de esta virtud sin

¹ARISTÓTELES, EN, 1129b.

referir a otras dimensiones de la misma? por ejemplo el los restantes tipos de justicia de acuerdo a la división clásica: justicia «conmutativa», «distributiva» y «legal». Ya arriba se había hecho mención de la definición y división clásica de justicia² como esa *constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo, su derecho*³.

Rawls, por su parte, la define no considerando “las prácticas e instituciones sociales”⁴, sino entendida como “una repartición de algo considerado racionalmente como ventajoso o desventajoso”⁵, llamando este enfoque el de la «justicia como imparcialidad» o «justicia como equidad» como también ya se ha mencionado antes repetidamente. Se trata de la elección de los primeros principios de una concepción de justicia que habrá de regular toda la crítica y reforma subsecuente de las instituciones⁶. Teniendo en cuenta que los principios de lo justo se obtienen por medio del ejercicio de la razón práctica, que requiere el concepto de persona y sociedad construidos también partiendo del razonamiento práctico.

La diferencia entre ambas concepciones salta inmediatamente a la vista. Mientras la tradición aristotélico-tomista ve la justicia como hábito, que se desprende de la naturaleza humana y encuentra referencia normativa en la naturaleza en general —fundamentada entonces en una concepción metafísica donde conceptos como *acto y potencia o naturaleza como principio de operación* se ven implicados—. Rawls, por su parte, ve la justicia distributiva como un producto del ejercicio racional que lleva

² *Vid. supra* p. 65

³ *Cfr. S. Th.* II-II, C. 58, a.1.

⁴ RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, p. 21.

⁵ *Idem.*

⁶ *Cfr. Ibid.*, p. 26.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

a dar con las condiciones de acuerdo y negociación que aseguran la paz, la estabilidad y la armonía necesarias para poder llevar a cabo el aseguramiento del propio interés y el desarrollo del propio plan racional de vida. Una vez más se da el choque entre la trascendencia y la inmanencia. Mientras la tradición aristotélico-tomista es apertura a la realidad, a la naturaleza y a su incidencia dentro de la racionalidad humana, o mejor dicho, como racionalidad encarnada, Rawls cae en la inmanencia dado su racionalismo procesal. Sin embargo en Rawls, a diferencia de Kant, hay una patente apertura a la realidad, de ahí el peso que ejerce en él la racionalidad de la historia, la tradición y la naturaleza que nunca llega a proscribir en pos de la razón⁷. Sin embargo, al prescindir de una concepción metafísica del «bien», Rawls no puede o no debe considerar que, al actuar de acuerdo a una racionalidad que se desprende de la naturaleza, los bienes reclamen un tipo de normas.

Así, cuando una acción imperada por la voluntad de una persona que conoce esas normas pero no las aplica, o incluso antes, renuncia a conocerlas, es una acción contraria a sí mismo, una acción contraria a la razón, a la verdad y a la normatividad natural, que en el ámbito religioso se denomina pecado, en el ámbito político podríamos denominarla acción o conducta «anti-social»⁸. Rawls se limita entonces a enfocar la cuestión pragmáticamente: no se discute acerca de la concepción de bienes personales o concepciones sobre normatividad natural; únicamente se discute acerca de las acciones justas que nos permitan respetarnos como individuos libres e iguales, con objetivos y fines propios, según los planes racionales de vida que cada uno tenga.

⁷ *Vid. supra* p. 136

⁸ *Cfr.* GONZÁLEZ, A.M., *Moral, Razón...*, *op. cit.*, p. 269.

1. La fenomenología de las relaciones de justicia

Si como yo defiendo, la justicia es una virtud, entonces creo que Rawls no logra escapar tampoco de esta concepción. De este modo, hemos de empezar por señalar qué entiende Rawls por virtud y la diferencia de su concepción con la concepción clásica:

Las virtudes son sentimientos, esto es, familias de disposiciones y tendencias reguladas por un deseo de orden más elevado, en este caso, un deseo de actuar según los principios morales correspondientes. Aunque la justicia como imparcialidad⁹ se inicia tomando a las personas en la posición original como individuos, o más exactamente como líneas continuas de sucesores, esto no es obstáculo para explicar los sentimientos morales de orden más elevado que sirven para mantener unida a una comunidad de personas¹⁰.

Y más adelante:

Las virtudes, por otra parte, son sentimientos y actitudes habituales que nos inducen a actuar de acuerdo con determinados principios del derecho¹¹.

Como ya se ha insistido antes en este trabajo, en Rawls, la justicia no es sólo una virtud intersubjetiva, una virtud que rige

⁹Recuérdese que en las diversas traducciones en ocasiones se habla «justicia como imparcialidad» y de «justicia como equidad» refiriéndose al mismo concepto rawlsiano.

¹⁰RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, p. 184.

¹¹*Ibid.*, p. 396

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

las relaciones bilaterales, sino también a las instituciones, es más, Rawls, expresamente, enfoca sobre esta última aserción. Así «la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento». Aquí —siguiendo a Paul Ricoeur—, podría parecer que Rawls se acerca más a la concepción platónica de la justicia que a la aristotélica, es decir a una consideración de la justicia como la virtud del todo (*República*, libro IV).

Cuando Aristóteles alabó la justicia como primera virtud de la vida política, quiso sugerir que la comunidad que careciera de acuerdo práctico acerca del concepto de justicia debía carecer también de base necesaria para la comunidad política¹². Carecer de tal base es una amenaza para la sociedad.

Pero el hablar sobre la justicia, máxime en una dimensión socialmente extensible, requiere hablar de racionalidad. Lo deseable sería que para conocer la justicia existiese un acuerdo suscrito universalmente acerca de la racionalidad, lo que facilitaría su sistematización a la hora de pensar su incorporación a las instituciones. Pero ya en este trabajo ha quedado claro que las disputas sobre la naturaleza de la racionalidad en general y en particular son tan múltiples como las mismas disputas acerca de la justicia.

Ser racional en la práctica —así sostienen algunos— significa actuar sobre la base de los cálculos de costes y de beneficios a partir de los cursos alternativos de acción posibles y sus consecuencias para uno mismo. El ser racional en la práctica —afirman otros rivales— consiste en actuar bajo aquellos constreñi-

¹² Cfr. MACINTYRE, A., *After Virtue*, Notre Dame University, Indiana 1984, p. 300.

1. LA FENOMENOLOGÍA DE LAS RELACIONES DE JUSTICIA

mientos que cualquier persona racional, capaz de una imparcialidad que no atribuya privilegio particular alguno a sus propios intereses, estaría de acuerdo en que se impusieran. El ser racional en la práctica — como defiende un tercer grupo— está en actuar de tal modo que se alcance el bien último y verdadero de los seres humanos. Así aparece un tercer nivel de diferencias y conflictos¹³.

Como se puede apreciar después del señalamiento de MacIntyre, Rawls elabora su propia racionalidad procesal, distinguiendo entre lo «racional» y lo «razonable», conceptos ambos ya explicados en este trabajo¹⁴, de cuya concepción se desprende el tipo de racionalidad que deberán poner en práctica los sujetos de la sociedad rawlsiana. Lo cual condiciona toda su fenomenología de la justicia pues es sabido que los desacuerdos fundamentales acerca del tipo de racionalidad son particularmente difíciles de resolver debido a que al proceder desde el principio de una determinada manera en vez de otra para aproximarse a las cuestiones disputadas, “los que así hagan han tenido que asumir que esos procedimientos particulares son los que deben seguir racionalmente”¹⁵, por lo que cierto grado de circularidad es inevitable.

Ahora bien, contrario al racionalismo ilustrado, Rawls otorga valor a la tradición como fuente de racionalidad, tanto, que es determinante para la construcción de la «razón pública» consecuencia de un «consenso entrecruzado»¹⁶, que encuentran su

¹³MACINTYRE, A., *Whose justice? Which rationality?*, Notre Dame 1988, p. 20

¹⁴*Vid. supra* p. 85

¹⁵*Ibid.*, p. 21.

¹⁶*Cfr.* RAWLS, J., *JAFR*, *op. cit.*, p. 59.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

punto de reconocimiento en una cultura política pública, aunque esto no sea suficiente para eliminar los desacuerdos políticos, pero sí para limitarlos¹⁷.

Pero esto requiere una justificación histórica, es decir; justificar significa narrar hasta donde ha llegado el argumento. Hacerlo es no concederle espacio al racionalismo ilustrado. Aquí es donde Rawls, en mi opinión, coincide con MacIntyre¹⁸, aunque nunca desarrolle el argumento de forma explícita. Para el escocés, aquello en lo que la Ilustración nos ha cegado y hay que recuperar es, a su juicio, una concepción de la investigación racional —y en nuestro caso, de las relaciones de justicia— tal y como se incorpora en una tradición —en nuestro caso la democrática occidental—, una concepción según la cual los criterios mismos de justificación racional surgen y forman parte de una historia, en la que estos —los criterios— están justificados por el modo en que trascienden las limitaciones y proporcionan las soluciones a los defectos de sus predecesores en la historia de la propia tradición¹⁹. En este intento, en mi opinión, se ha de enmarcar la obra de Rawls.

Después de su detallado análisis en *Whose Justice? Which Rationality?* MacIntyre concluye que es a partir de los debates, de los conflictos y de la investigación de las tradiciones históricamente contingentes y socialmente incorporadas que las pretensiones con respecto a la racionalidad práctica y a la justicia se desarrollan, se modifican, se abandonan o se sustituyen, sino también que “no hay ningún otro modo de llevar a cabo la formulación, la elaboración, la justificación racional y la crítica de los

¹⁷ Cfr. RAWLS, J., *JAFR*, *op. cit.*, pp. 51–53.

¹⁸ El mismo MacIntyre así lo reconoce. Véase: MACINTYRE, A., *Whose justice? . . .*, *op. cit.*, p. 328.

¹⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 24.

2. LA TRADICIÓN CLÁSICA SOBRE LA DIVISIÓN DE LA JUSTICIA

relatos de racionalidad práctica y de la justicia que no sea desde dentro de alguna tradición particular en conversación, cooperación y conflicto con los que habitan la misma tradición”²⁰. Para el profesor de Notre Dame, no existe un lugar común para investigar, valorar, aceptar y rechazar un argumento razonado que no sea a partir de aquello proporcionado por alguna otra tradición.

Es necesario también, cuando se encuentra una tesis sostenida en una o más tradiciones distintas, hacer un detenido análisis de su incompatibilidad e incommensurabilidad lógica, presentes de acuerdo con sus propias tesis, identificando así las incoherencias, inconsistencias, de modo que sea posible ponderar su falsedad²¹. Por lo que es posible que dos tradiciones no estén de acuerdo sobre criterios de aplicación de justicia pero sí lo estén, dentro de los términos de sus propios criterios, en reconocer que, en algunos casos, los seguidores de otras tradiciones aplican un concepto de justicia que —si tiene una aplicación— excluye la aplicación de su propio concepto²².

2. La tradición clásica sobre la división de la justicia

En el Libro V, de la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles refiere como para hablar de justicia es necesario también hablar de injusticia, y progresivamente va anunciando ese desplegarse de la

²⁰MACINTYRE, A., *Whose justice?...*, *op. cit.*, p. 334.

²¹*Cfr. Idem.*

²²“Por eso Hume y Rawls están de acuerdo en excluir la aplicación de cualquier concepto aristotélico de merecimiento para formular las reglas de la justicia; al tiempo que están en desacuerdo, el uno con el otro, sobre si se requiere un determinado tipo de igualdad para la justicia”. *Ibid.*, p. 345.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

virtud desde la esfera personal hasta la social debido a su inseparable rasgo de alteridad. Primero habla de la virtud como hábito que lleva al agente a conducirse virtuosamente, que de alguna manera está siempre en referencia a la justicia «total» que mide el actuar del sujeto en contraposición a lo que dicta la ley; luego, la justicia «parcial». Así lo explica Enrique Serrano: en oposición a Platón, Aristóteles comienza por advertir que, al igual que lo había hecho en su concepto del bien, que la noción de justicia se utiliza con diversos significados. Su estrategia para determinar estos significados consiste en establecer los diversos usos del adjetivo injusto. De esta manera, advierte que llamamos injusto al transgresor de la ley, aquel que atenta contra la igualdad, permitiéndose con esto definir los dos sentidos centrales del término justicia. En un primer sentido, justicia es lo legal. En un segundo sentido, justicia es el respeto a la igualdad, o para ser más precisos, aquello que impide la generación de desigualdades no justificadas²³.

Es en este segundo sentido donde Rawls parece haber leído y haberse inspirado en Aristóteles. Esto se puede inferir del atinado señalamiento de Carlos Casanova, referente a que el profesor de Harvard —criticando su introducción del concepto de «razonabilidad» como una aporía cara a la fundamentación formal de su teoría, pues los límites de la razonabilidad están definidos desde una perspectiva concreta que implica un mínimo de nociones metafísicas y por tanto comprensivas, lo cual se manifiesta especialmente en la cuestión de los límites de las libertades; y sobre todo en la definición de los delitos—, no aborda la cuestión sobre los delitos (asunto que deja incompleta su teoría) lo cual es de capital importancia pues es manifiesto que las libertades no son

²³ Cfr. SERRANO, E., “La Teoría Aristotélica de la Justicia”, en *Isonomía* 22 Abril 2005, pp. 123–124.

2. LA TRADICIÓN CLÁSICA SOBRE LA DIVISIÓN DE LA JUSTICIA

iguales (ni pueden serlo) para todas las personas. “Por esta razón seguramente, Rawls evita a toda costa considerar este tema: él va a hablar de las situaciones de justicia, no de las de injusticia, dice. Pero como enseñaban los griegos, no puede estar completa una doctrina de la justicia que no hable de la injusticia; o mejor dicho, no se ha entendido la justicia si no se entiende con ella la injusticia, por que el conocimiento de ambas pertenece a una sola ciencia²⁴.

2.1. Las justicia general y la justicia particular

Siguiendo con el planteamiento aristotélico originario, al primer sentido se le ha denominado *justicia general o universal* y al segundo *justicia particular*. Ambos tipos de justicia implican dos aspectos estrechamente relacionados: un aspecto objetivo que remite a procedimientos e instituciones, y un aspecto subjetivo, que remite a un modo de ser, caracterizado por un comportamiento consciente de respeto a las normas inherentes a los procedimientos e instituciones²⁵. Este segundo aspecto implica que las dos modalidades de justicia son ejemplares del género de la virtud, que comparten la diferencia específica de tener como objeto la relación con los demás, por lo cual es la virtud social por excelencia. La diferencia entre la *justicia general o universal* y la *justicia particular* será, que la primera trata el conjunto de las relaciones sociales, es decir, mira al bien común; mientras que la segunda trata sobre las relaciones de intercambio entre los individuos.

En la *Retórica*, Aristóteles introduce una distinción que resulta relevante: respecto a los delitos y los actos justos, son dos

²⁴CASANOVA, C. A., *op. cit.*, p. 20.

²⁵Cfr. SERRANO, E., *op. cit.*, p. 124.

los modos en los que cabe cometer injusticia, según se refiera a un sólo sujeto o a la comunidad²⁶. Así, si en la *Ética a Nicómaco* la justicia particular era un subconjunto de la justicia universal que se refiere a un tipo particular de actividades, en *La Retórica* la diferencia se define a partir de si la relación es con un individuo o con la comunidad en su conjunto. En todo caso, la justicia particular siempre presupone la justicia universal²⁷.

2.2. La justicia distributiva y la justicia conmutativa o correctiva

Posteriormente, Aristóteles distingue a su vez, *dos tipos de justicia particular*: la *justicia distributiva* y aquella que desde Tomás de Aquino se denomina *justicia conmutativa*. La primera tiene que ver con la distribución de bienes sociales, incluidos cargos y honores. Dentro de la *justicia conmutativa*, que otros denominan *justicia correctiva*, diferencia entre aquella que implica un acto voluntario por parte de todos los participantes y aquella que implica un acto involuntario por parte de una de las partes, esto es, aquella que implica un daño y la presencia de un juez. Una manera de entender en términos actuales esta división es la de derecho civil y derecho penal²⁸.

Por otra parte, en la *Ética a Nicómaco*, libro V, Aristóteles toma la justicia distributiva como una justicia particular o parcial en relación a la justicia en general, que no sería otra que la obediencia a las leyes de la ciudad. Sería parcial o particular porque está ligada a una situación específica, la de la distribución o reparto de bienes, honores o ventajas. Además que el tipo de

²⁶ ARISTÓTELES, *La Retórica* 1373b 19.

²⁷ Cfr. SERRANO, E., *op. cit.*, p. 125.

²⁸ Cfr. *Idem*.

2. LA TRADICIÓN CLÁSICA SOBRE LA DIVISIÓN DE LA JUSTICIA

igualdad típico de la justicia no es de tipo aritmético sino de tipo proporcional, es decir, la igualdad entre dos relaciones, de los participantes y de las partes: la relación de un participante con una parte debe ser igual a la relación de otro participante con otra parte. Así, dice Ricoeur “[...] en la medida en que Platón parece más holista que Aristóteles, Rawls parece seguir más a Platón que a Aristóteles. Pero [...] la concepción rawlsiana de la justicia es *a la vez* holística y distributiva. Por ella Rawls conecta con Aristóteles sin traicionar a Platón”²⁹. Pues para Rawls el sujeto primario de la justicia es la estructura base de la sociedad o más exactamente la manera como las instituciones sociales distribuyen los derechos y los deberes fundamentales y determinan el reparto de ventajas de cooperación social³⁰.

Es cierto que Aristóteles, asume, al igual que Platón, la existencia de un orden natural (*kosmos*) que tiene como propiedad central la justicia (el equilibrio que mantiene ese orden). Sin embargo en Estagirita pondrá sobre la mesa el problema de la epistemología de lo político, pues llega a negar el carácter de ciencia (*episteme*) a la ciencia política y a la ética³¹; por otra parte rechaza la intención de los sofistas de reducir el fenómeno de justicia a una convención o artificio social. Aristóteles admite que la propia justicia natural puede tener una variabilidad en su aplicación entre los seres humanos, pero permaneciendo su fuerza de forma constante e inmutable, “porque lo natural e inmutable tiene en todas partes la misma virtualidad”³².

De acuerdo con Enrique Serrano, Aristóteles reconoce una división entre las leyes de la costumbre y las leyes políticas propia-

²⁹ RICOEUR, P., *op. cit.*, p. 85.

³⁰ *Cfr.* RAWLS, J., *CP*, *op. cit.*, pp. 156, 235, 256-257.

³¹ ARISTÓTELES, EN, I, cap. 3

³² ARISTÓTELES, EN, 1134b

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

mente. Las primeras revisten una importancia capital dado que —como es reconocido en la doctrina internacional del derecho— la costumbre es fuente formal de derecho, lo cual lleva a reconocer que es más importante la aceptación de la norma que su imposición por la fuerza cara a su eficacia³³. En *La Política*, Aristóteles pone énfasis en no cerrarse a una dicotomía simplista entre lo natural y lo político, sino que es necesario atender a la pluralidad de elementos que concurren en la conformación de la costumbre y las tradiciones³⁴, que integran el *humus* de la cultura política de una *polis* determinada. La tesis ampliamente reconocida que establece que la eficacia de la legalidad política se encuentra más en la aceptación de los ciudadanos que en la coacción y que dicho consenso se alcanza cuando existe una correspondencia entre las costumbres y la leyes jurídicas, tiene su importancia, y Rawls la reconoce cuando plantea el consenso entrecruzado ante el pluralismo razonable. Sin embargo no siempre resuelve el problema de la justicia en tanto que las costumbres son siempre un elemento contingente y por tanto, variable en los distintos contextos sociales y es comprobado el caso en el que pueden darse costumbres injustas que traen consigo una normatividad política igualmente injusta. Así, el simple consenso empírico no ofrece una validez racional y cierta de las normas³⁵.

Si en un principio se afirmó la superioridad de las costumbres, ahora desde la perspectiva de la contingencia social, resulta que las leyes políticas pueden adquirir una mayor jerarquía en la medida que son estatuidas en condiciones de libertad. La *polis* aparece como el espacio social que potencialmente puede

³³ Cfr. SERRANO, E., *op. cit.*, p. 131.

³⁴ Cfr. ARISTÓTELES, *La Política*, 1288b-1289a.

³⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 132.

2. LA TRADICIÓN CLÁSICA SOBRE LA DIVISIÓN DE LA JUSTICIA

convertirse en el ámbito por excelencia de la justicia, en tanto se respeta la libertad de sus miembros. Dicho de otra manera, aunque las leyes que configuran la justicia política son las que pueden ser más fácilmente injustas, por ser un artificio que depende de la voluntad humana; también, bajo condiciones de igual libertad, pueden convertirse en el paradigma de la justicia³⁶.

La ley justa entonces, emana de una manera espontánea entre aquellos que son iguales, en cuanto a participantes en la definición del contenido de legalidad, es igualdad frente a la norma, en su consideración y en su elaboración (*isonomía*), de forma que el ciudadano, el miembro de la *polis* es también legislador, cuando aprueba las leyes en condiciones de libertad³⁷.

2.3. Justicia, ley y equidad

El Estagirita subraya que la justicia es una cualidad que se predica sobre todo de las leyes. Cuando se afirma que un individuo es justo significa que su conducta se ajusta de manera voluntaria a la legalidad. Empíricamente es constatable que no toda ley vigente en una sociedad es justa, por lo que se requiere introducir el principio de justicia universal para juzgar a las diversas leyes empíricas. Ahora bien, como hace notar Serrano³⁸,

³⁶SERRANO, E., *op. cit.*, p. 132.

³⁷Aristóteles, para distinguir frente a que tipo de justicia nos encontramos, no deja de aludir a la dimensión personal de la virtud y el carácter voluntario o involuntario de las acciones justas o injustas, para así mencionar el problema del incontinente, que desde el punto de vista externo, actúa injustamente sin por ello ser injusto. Esto tiene especial relevancia en la acción injusta consigo mismo. *Cfr.* ARISTÓTELES, EN, 1136a–1136b.

³⁸*Cfr. Ibid.*, p. 135.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

las costumbres también pueden ser injustas pues el consenso que presuponen, en tanto surgidas espontáneamente de la dinámica social, no implica necesariamente una aceptación voluntaria en sentido estricto. Es decir, el consenso en torno a ellas no implica una condición de igual libertad de todos los participantes; por el contrario, generalmente en la sociabilidad espontánea de la que emergen las costumbres predominan las relaciones asimétricas de dominio.

Desde esta perspectiva, la *polis*, en la medida que cumple con la condición normativa de garantizar la libertad de los ciudadanos, representa el ámbito social que permite establecer leyes apoyadas en un consenso libre, esto es, leyes justas. Aquí tenemos pues, que la libertad y la capacidad de llegar al consenso es determinante para que el predicado «justo» sea verificable en cuanto a la ley. Rawls podría tener esto en mente cuando se pronuncia tan insistentemente por la libertad, la igualdad y el consenso como condiciones de posibilidad para la estabilidad y vigencia de una justicia política, sin embargo, a diferencia de Aristóteles, insiste también —como ya se dijo— en la prioridad de lo justo sobre el bien, cuando el planteamiento aristotélico procede de modo inverso. Así, al ser la *polis* el escenario propicio por antonomasia para lograr las condiciones de igualdad, libertad y consenso, es la *polis* el fin supremo (la causa final) de la vida social, ya que en ella no sólo se sobrevive sino que se perfecciona el propio ser (asunto que a Rawls no le interesa por ser liberal anti-metafísico de método y noción que substituye por la de condiciones para elaborar el propio «plan racional de vida»). Por eso, tanto para Rawls como para Aristóteles, el ser humano es un animal político porque la ley justa que debe regir su conducta no se da de manera espontánea, sino que tiene que ser creada a través de su actividad consciente y voluntaria.

2.4. Equidad como complemento necesario de la legalidad

Para Rawls, el sistema social es primariamente un proceso de distribución de papeles, de *status*, de ventajas y desventajas, de beneficios y cargas, de obligaciones y deberes. Dice Ricoeur: “Los individuos son participantes: *toman parte*, en la medida en que la sociedad distribuya *las partes*”³⁹.

Resulta ilustradora la siguiente afirmación de Rawls:

[...]Aristóteles sale al paso de las objeciones a la acción justa no diciendo que deberíamos sacrificar nuestro propio bien a las exigencias de la justicia, sino diciendo que perdemos nuestro propio bien si rechazamos esas exigencias. El enfoque de Sócrates y Platón es similar.

Una vez más, concibieron [los griegos de la anti-güedad] la conducta virtuosa como un tipo de bien al que había que buscar acomodo junto a los demás bienes de la buena vida, e intentaron hallar una concepción del bien supremo desde la que poder resolver razonablemente este problema⁴⁰.

No menos importante, cara a este forjarse de lo justo dentro de la *polis* resulta la *equidad*⁴¹. El Estagirita la define como “esa rectificación de la ley allí donde resulta defectuosa en razón de su generalidad”. Esto queda más claro al señalar que para que la justicia sea realmente una virtud social, no se debe aplicar la

³⁹ RICOEUR, P., *op. cit.*, p. 85.

⁴⁰ RAWLS, J., *LHMP*, *op. cit.*, p. 24.

⁴¹ *Cfr.* ARISTÓTELES, EN, Cap. V, 10, 1137b.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

ley universal, abstracta, de forma simétrica, igualitaria y desprovista de matices, a los agentes que encuadren en los supuestos previstos en ella. Esto es así, —y de allí la necesidad de que existan jueces y jurisconsultos—, debido a que la irrestricta aplicación, puede a veces llevar a una injusticia mayor que la que se pretende evitar o sancionar (*summum ius summa iniura*). Esta es también la causa por la que no todo debe ser regulado por la ley. Para Rawls, este elemento es importantísimo, no en balde llama a toda su teoría de la justicia «justicia como equidad», sin embargo, a diferencia de Aristóteles que insiste en la necesidad del ser y el obrar virtuoso del agente con referencia a la ley universal (una virtud personal inserta en una justicia entendida como orden universal), el profesor de Harvard intenta crear una teoría fundamentada en principios generales, máximas al estilo kantiano, que sirvan de guía para vivir la equidad en las relaciones distributivas o políticas. Se trata de imperativos categóricos maximizables, específicos en el ámbito de la justicia política, o al menos, pareciera que esa idea fuese su pretensión.

La aspiración práctica de Rawls, es lograr que la justicia como equidad se establezca a través de las instituciones y que estas con su actuar y diario funcionamiento vayan extendiendo entre los ciudadanos los valores y principios contenidos en la justicia como equidad, que, paradójicamente, provienen de un ejercicio mental en el cual individuos representativos concluyen en una posición original. Se trata de lograr dar en el blanco, nutriéndose de la razón y de las costumbres y valores arraigados históricamente. Hay cierto dejo de la «eticidad» hegeliana en esta visión. ¿El individuo rawlsiano entonces, no es un «justo-prudente»? ¿Es el procedimiento el que influye al sujeto o el sujeto el que establece el procedimiento?

2. LA TRADICIÓN CLÁSICA SOBRE LA DIVISIÓN DE LA JUSTICIA

La llamada «Comprensión», por la que hablamos de «comprensivo» o de «tener comprensión», es el recto juicio del hombre virtuoso. Esta es la prueba: decimos que el equitativo es sobre todo comprensivo, y ser equitativo es tener comprensión sobre algunas cosas; y la Comprensión es una recta consideración del hombre equitativo relativa al juicio; y es recta la del hombre verdaderamente equitativo⁴².

Asumir la equidad como complemento indispensable de la legalidad no presupone aceptar la arbitrariedad del sujeto que juzga, ni las excepciones que niegan la validez de la ley. El tema de la equidad hace patente que la administración de la justicia no puede considerarse un proceso técnico, una mera subordinación de casos particulares a leyes generales, sino que es necesario una interpretación⁴³.

Es el concepto de bien, donde, —a mi juicio— el planteamiento de Rawls resulta más problemático. Para Rawls, lo importante es la dimensión política interrelacional e intersubjetiva. Es decir, los conceptos de bien necesitan converger en cuanto a lo que refiere la convivencia política y social, siguiendo la estela de las concepciones liberales y serán aplicables sólo en tanto que son compartidos por los ciudadanos y no deben presuponer una doctrina plenamente o parcialmente comprensiva⁴⁴. Por tanto, en Rawls, el concepto de *bien común* comparece únicamente como la meta estabilizadora, nunca perfeccionadora, se trata de allanar el camino, librando de obstáculos para que cada uno pueda alcanzar lo que a su juicio es el bien, y así ser feliz, un resultado que coincide con la visión tomista de la sociedad: “la sociedad

⁴² ARISTÓTELES, EN, Libro VI, 10, 1143a.

⁴³ Cfr. SERRANO, E., *op. cit.*, p. 137.

⁴⁴ Cfr. RAWLS, J., *PL*, *op. cit.*, p. 208.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

existe para la felicidad del individuo, pues —insisto— sólo los individuos pueden ser felices o desgraciados⁴⁵, pero cuyo punto de partida es completamente diferente.

Para Aristóteles el conflicto político no es, generalmente, el resultado de una lucha entre el bien y el mal, sino el efecto de un conflicto entre diversas concepciones del bien (en concreto, el de la concepción de igualdad) emanadas de la pluralidad humana. Por lo que la solución equitativa no es tratar de excluir a alguno de los grupos en pugna, sino que cada uno reconozca el derecho que tiene el otro de participar en el poder político. Esto no suprime el conflicto, pero sí la forma violenta de transformación del régimen político, pues las partes quedan subordinadas a la norma, al principio de legalidad. Así, la equidad se vuelve un atributo no sólo exclusivo de los jueces sino condición necesaria de la ciudadanía. La autonomía del ciudadano y el deber de obedecer las leyes se tornan compatibles si el ciudadano tiene la posibilidad de participar en el proceso de corrección de la legalidad, propio de la equidad⁴⁶.

Cuando Aristóteles aborda el problema de la *justicia particular* hace especial énfasis en la *pleonexia* («querer tener más») que define el impulso que conduce a la transgresión de éste tipo de justicia. Si ese querer tener más es lo que ocasiona las desigualdades y, teniendo en cuenta que para Aristóteles la desigualdad es la principal fuente de los conflictos sociales, la *justicia particular* se revela como el control de la *pleonexia*. Así, la *justicia particular* es condición de posibilidad para mantener la vigencia de las normas que regulan las relaciones sociales⁴⁷.

⁴⁵ GONZÁLEZ, A.M., *Moral, Razón...*, *op. cit.*, p. 270.

⁴⁶ Cfr. SERRANO, E., *op. cit.*, p. 139.

⁴⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 140.

2.5. Los horizontes de la justicia distributiva

En cuanto a la *justicia distributiva*, esta supone los siguientes elementos: a) una cantidad determinada de los bienes que deben ser repartidos; b) la instancia encargada de realizar la distribución; c) por lo menos dos personas entre las que se requiere distribuir los bienes; d) el criterio con el que debe realizarse la distribución y; e) el mérito (*axia*) en el que cada uno sustenta su aspiración en proceso distributivo.

Según el Aristóteles, la forma más simple de justicia distributiva es aquella que se basa en lo que él llama igualdad aritmética, la cual consiste en que cada uno de los participantes recibe la misma cantidad de los bienes que deben distribuirse. Sin embargo, utilizar la igualdad aritmética como único criterio distributivo en todos los casos llevaría a producir una gran cantidad de injusticia, pues los miembros de la sociedad contribuyen de manera desigual al proceso de reproducción general de los bienes, lo que hace necesario introducir un criterio de distribución basado en igualdad proporcional o igualdad de acuerdo a la analogía⁴⁸.

⁴⁸En términos abstractos, la igualdad proporcional puede ser explicada de la siguiente manera:

Presupone una relación de por lo menos cuatro términos: dos personas y dos cantidades de bienes. Si el mérito en relación al criterio distributivo de dos personas es igual, serán tratadas de manera justa cuando la cantidad de bienes que reciben es igual. Si el mérito de esas personas es desigual, serán tratadas de manera justa cuando la diferencia de bienes que reciben es proporcional a la desigualdad de sus méritos. (Si, por ejemplo, el mérito de un individuo es el doble del mérito de otro, el primero debe recibir el doble de bienes que el segundo). Siguiendo la terminología de las matemáticas de su tiempo, Aristóteles habla de una proporción geométrica. Si A y B representan el mérito de las personas, mientras que x y z representan la cantidad de bienes que respectivamente recibe cada uno, dicha proporción geométrica se expresa de la siguiente manera:

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

Los problemas se presentan cuando se abandona el nivel abstracto pues la determinación concreta de la proporción geométrica resulta muy difícil; porque establecer tanto el criterio general que define la distribución justa, como el mérito individual en relación con ese criterio es muy complicado.⁴⁹

Lo propio de las sociedades modernas es que parece imposible establecer una jerarquía debido a la pluralidad de criterios distributivos. Y aunque se pudiera establecer una jerarquía o criterio distributivos, la determinación del mérito de cada individuo puede llegar a ser una cuestión muy disputada⁵⁰. El problema es sencillo cuando se trata de distribuir bienes mensurables, medibles y cuantificables, pero se complica enormemente cuando se trata de distribuir cargos en relación con el ejercicio de poder político. En cuanto al bien político, entendido como lo conveniente para la comunidad, es la justicia que implica una cierta igualdad frente a la ley por parte de los ciudadanos. Lo anterior implica también que los gobiernos estén sometidos a la legalidad. Esto no elimina la existencia de una relación asimétrica entre gobernantes y gobernados.

$$(A + x) \div (B+z) = A \div B$$

o bien:

$$A \div B = x \div z$$

Lo justo, entonces, es la proporción y lo injusto va contra la proporción.
Cfr. ARISTÓTELES EN, 1131a-1131b.

⁴⁹Por ejemplo, en una sociedad de guerreros, el criterio distributivo supremo sería el éxito de las empresas bélicas; en una sociedad de comerciantes lo sería el éxito económico.

⁵⁰*Cfr.* SERRANO, E., *op. cit.*, p. 142.

2.6. La justicia general como base de toda justicia

Serrano dice que para Aristóteles, la práctica política implica su propio criterio de justicia distributiva, el cual, tiene una prioridad sobre otros criterios, pues en política se encuentra en juego la creación de las condiciones básicas para alcanzar una convivencia civilizada. Este criterio es la virtud ciudadana, que denota la predisposición de los individuos a subordinar —aunque no suprimir— su interés particular al interés colectivo⁵¹. Después de comentar los ejemplos aristotélicos, Serrano afirma que en el contexto político actual, la constitución de un Estado de Derecho representa la meta para acceder a una mejora distributiva social, pero que pretender solucionar el problema de la justicia distributiva, sin acceder a un contexto de justicia universal⁵² lleva a la demagogia instrumentalizadora⁵³.

Como lo explica Villey:

[...]¿diremos que la justicia universal no concierne al derecho? Sería olvidar la importancia con toda seguridad fundamental que la observancia de la ley moral tiene para todo orden social. [...] La vida común sería insostenible allá donde se robara, donde ninguna persona pudiera dejar aparcado su automóvil, su pico y su pala en el lugar de trabajo; allí donde

⁵¹ Cfr. SERRANO, E., *op. cit.*, p. 143.

⁵² Entendamos, siguiendo a Aristóteles, que la justicia expresa generalmente la moralidad, la conformidad de la conducta de un individuo a la *ley moral*. No obstante la «justicia» general no se confunde exactamente con la moralidad plena, y lo que evoca la palabra justicia es especialmente una idea de orden, de armonía, o de buena relación con los demás, en la ciudad o incluso con el cosmos. Cfr. VILLEY, M., *op. cit.*, pp. 48–49.

⁵³ Cfr. SERRANO, E., *op. cit.*, pp. 144–145.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

se mintiera, donde no se pudiera confiar en promesa alguna. Ningún grupo de hombres podría sobrevivir a largo plazo sin adhesión a una moral establecida en la comunidad⁵⁴.

El segundo tipo de justicia particular es la justicia conmutativa, la cual se refiere a las relaciones interpersonales, ya sean voluntarias o involuntarias. En el primer caso estaría el sistema de intercambio entre los ciudadanos y en el segundo la transgresión de las normas por parte de los mismos ciudadanos de las normas que rigen esos intercambios. Aquí ya no se atiende al mérito de los individuos, por lo cual se retoma el principio superior de la igualdad entre los seres humanos⁵⁵.

No se debe perder de vista que el intercambio presupone un sistema social en donde los individuos cumplen diferentes funciones⁵⁶. El intercambio de bienes, entonces, tiene raíz en la necesidad, de manera que lo que se procura es hacerla mensurable y reconocerla como un elemento común a todos, es decir, fuente de igualdad. Todos necesitan cosas para subsistir en la comunidad política. Para mensurar y lograr ese común reconocimiento de la necesidad de forma convencional, surge la moneda, la cual iguala las cosas para ser intercambiadas, se introduce mediante una convención para expresar su necesidad común.

A este respecto Serrano hace una atinada observación:

⁵⁴VILLEY, M., *op. cit.*, p. 49.

⁵⁵Aristóteles se refiere a una proporción aritmética con el objetivo de expresar que los intercambios deben someterse a la norma de la igualdad y que el daño que una de las partes infringe a la otra es quebrantar esa norma, por lo que la igualdad debe ser restaurada. La función de la justicia conmutativa es crear los obstáculos que impiden la *pleonexia*.

⁵⁶Una asociación por cambio no tiene lugar entre dos médicos, sino entre un médico y un agricultor, y en general entre personas diferentes y no iguales. *Cfr.* EN 1133a 19.

2. LA TRADICIÓN CLÁSICA SOBRE LA DIVISIÓN DE LA JUSTICIA

[Aristóteles] parece no percibir que en su argumentación existe una contradicción. La idea central es muy simple: Existirá justicia en el intercambio cuando el precio (el valor expresado en moneda) de los bienes intercambiados sea el mismo. Pero si la necesidad representa el criterio para establecer el precio, ello no generará necesariamente justicia. Si alguien tiene una gran necesidad, aunque escasos bienes, tendría que recibir una gran cantidad de bienes a cambio de pocos; con ello recibiría más de lo que originalmente tenía. Es decir, no habría un intercambio igualitario de bienes, sino un subsidio de los que más tienen a los más necesitados⁵⁷.

La anterior observación deja entrever que, por una parte es deseable una sociedad donde exista una disposición de solidaridad suficiente para generosamente contribuir a la igualdad material de todos, pero por otra parte muestra lo difícil que sería un intercambio voluntario realizado en este contexto, además de ignorar todo lo relativo al mérito del individuo, lo que lleva a cometer una injusticia con aquellos que producen más. Así pues, es cierto que es la necesidad la que da inicio al intercambio, pero es también el trabajo el criterio que da valor a las mercancías, tal como lo hicieron ver Adam Smith, Ricardo y Marx, entre otros.

Serrano defiende que el Estagirita se mantiene en la tesis inicial respecto a que la justicia conmutativa exige un intercambio de valores equivalentes, sin que establezca con claridad el criterio para establecer dicha equivalencia. En favor de esta postura resultan las explicaciones de Michel Villey cuando en su lecciones de Filosofía del Derecho habla de lo que él denomina *sectores*

⁵⁷SERRANO, E., *op. cit.*, p. 146.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

del derecho, tema dentro del cual aborda lo que él considera una traducción errónea, es decir, la teoría «de las dos justicias», la conmutativa y la distributiva, pues según dice, el objeto de la justicia no es distribuir ni realizar cambios, pues esto es lo propio de los comerciantes.

Según Villey, el texto de Aristóteles no habla tanto de dos justicias, «distributiva» y «conmutativa», cuanto de dos tipos de derecho: *Dikaia*, dos igualdades, que son: *igualdad geométrica en materia de distribuciones* e *igualdad aritmética en materia de conmutaciones*⁵⁸. Villey insiste, comentando a Aristóteles, que el derecho es una igualdad de valor entre dos prestaciones, lo que no quiere decir que su obtención sea siempre fácil, por lo que no se debe incurrir en el error de atribuir a esta fórmulas un sentido práctico. “Aunque el derecho sea una armonía, y se estudie en la búsqueda de estas dos formas de *igualdades*, nunca pensó Aristóteles que pudiera reducirse el lenguaje jurídico al matemático [...] Un contrasentido a evitar: A partir de Juan Bodino los modernos creyeron poder extraer de estos textos soluciones concretas de derecho. De la «justicia distributiva» dedujeron una doctrina aristocrática: Los poderes públicos deben ser proporcionalmente distribuidos a los *méritos*, reservados a los grandes y a los nobles. Aristóteles, esto, no lo ha dicho jamás; deja abierto el problema a la elección del *criterio* de distribución”⁵⁹.

No se debe dejar de subrayar que para Aristóteles la justicia conmutativa presupone a la justicia universal, ya que en el intercambio de mercancías se requiere de la aceptación voluntaria de los individuos que participan en él⁶⁰.

En lo referente al segundo caso de justicia conmutativa, —

⁵⁸ Cfr. VILLEY, M., *op. cit.*, pp. 57–58.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 59.

⁶⁰ SERRANO, E., *op. cit.*, p. 147

2. LA TRADICIÓN CLÁSICA SOBRE LA DIVISIÓN DE LA JUSTICIA

calificable en sentido estricto como *justicia correctiva*—, se presupone un acto involuntario en el intercambio o en las relaciones sociales en general, lo que, de acuerdo al principio de justicia universal, denota la presencia de una injusticia⁶¹.

En efecto, la justicia distributiva de los bienes comunes es siempre conforme a la proporción establecida arriba [...] En cambio, en las relaciones entre los individuos lo justo es, sin duda, una igualdad y lo injusto una desigualdad, pero no según aquella proporción, sino según la aritmética. No importa, en efecto, que un hombre bueno o malo haya cometido un adulterio. La ley sólo mira a la naturaleza del daño y trata ambas partes como iguales, al que comete la injusticia y al que sufre, al que perjudica y al perjudicado⁶².

Pero aunque Aristóteles apele al criterio de la proporción aritmética de la igualdad, se da cuenta de que no en todos los delitos es posible hablar en sentido estricto de una ganancia o pérdida aritméticamente mensurable, lo que pone en evidencia que no siempre está claro en que consiste la restauración de la igualdad.

En la antigüedad se reconoció este problema, lo que llevó a la *Ley del talión*, es decir, la reciprocidad sería un modo de abor-

⁶¹“Se trata de los casos en donde alguien sufre un daño (el efecto de un acto involuntario), y, en gran parte de los casos, alguien obtiene una ganancia mediante la transgresión de las normas consentidas por los participantes. La violencia inherente a la transgresión puede ser explícita, como en el caso del robo a mano armada, o implícita, como en el caso de la estafa. Ante estas situaciones se trata de restablecer la igualdad”. SERRANO, E., *op. cit.*, p. 148.

⁶²EN 1131b 26-1131a.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

dar las consecuencias de hechos injustos cuya igualdad resultaba poco mensurable o determinable. Sin embargo el filósofo de Estagira rechaza tal enfoque, “pero no lo hace mediante argumentos que apelen a la posibilidad de regeneración del delincuente, propios del humanismo moderno, ni por razones pragmáticas sobre la posibilidad de cometer un error en la administración de justicia. Ante todo se apela a un ejemplo: Si un magistrado golpea a alguien, no por ello debe ser golpeado, sino que debe, además castigársele. Pero esto contradice la exigencia de que los individuos sean tratados como iguales ante la ley en el momento de reparar un daño. Parece que Aristóteles pretende introducir en la justicia correctiva una igualdad proporcional basada en una concepción jerárquica de la sociedad”⁶³.

Serrano concede la razón a Aristóteles de oponerse a la identificación pitagórica de justicia y reciprocidad, ya que la justicia distributiva, como hemos visto, se requiere tomar en cuenta una igualdad proporcional que tome en cuenta el mérito de los individuos. No obstante, la reciprocidad es un elemento fundamental tanto en la justicia universal como en la conmutativa. La pregunta que me surge después de estas consideraciones es, ¿esta proporcionalidad es acaso un aspecto de tipo prudencial y equitativo?... muy probablemente sí.

Ahora bien, en lo referente a la justicia conmutativa, en su carácter de *justicia correctiva* (justicia penal actualmente), cabe advertir que admitir el principio general de la reciprocidad e, incluso, la *lex talionis*, no implica necesariamente aceptar que el transgresor de la norma o el delincuente tenga que sufrir el mismo daño que cometió. De hecho, en el proceso que lleva desde el principio general hasta los casos particulares se pueden introducir todos los argumentos que permiten matizar o atenuar la idea

⁶³SERRANO, E., *op. cit.*, p. 149.

2. LA TRADICIÓN CLÁSICA SOBRE LA DIVISIÓN DE LA JUSTICIA

de una reciprocidad estricta. Con todo, el mantener el principio de reciprocidad en la justicia correctiva permite mantener la noción de la aceptación voluntaria como elemento para definir las normas de justicia, así como la dignidad humana, al asumir la responsabilidad de los individuos⁶⁴, tesis que por cierto, defienden tanto Kant como Hegel en sus filosofías del derecho⁶⁵.

2.7. Recapitulación

Para Villey, el orden de los tratados de derecho civil romano responde a un orden que se estructura conforma a una filosofía: que se trate en primer lugar de las distinciones entre las «personas» y las «cosas» (res) se desprende de la definición de justicia distributiva. De las conmutaciones surge el derecho de los delitos y de los contratos⁶⁶.

Recapitulando, podríamos decir que la justicia universal es la suma de las virtudes en las relaciones sociales, es como la faceta social de la justicia, pues implica que las relaciones sociales están sometidas a la autoridad y regularidad de las leyes. Para poder acertar con la armonización de las leyes positivas y la justicia hemos de recurrir al criterio *volenti non fit iniura*, las leyes justas

⁶⁴ Cfr. SERRANO, E., *op. cit.*, p. 150.

⁶⁵ Cfr. § 90–92, de HEGEL, W.F., *op. cit.*

⁶⁶ Así se entiende el sentido de las siguientes palabras: “El «delito» no es la infracción contra una ley moral (objeto de la justicia *legal*), sino del daño injurioso a los bienes o la persona de un particular, que exige una pena como compensación. El «contrato» no se define como el encuentro de las «voluntades» de dos contratantes, a quienes una ley moral obligaría a mantener sus promesas, sino que es una operación de cambio, «sinalagmática», donde ha de salvaguardarse sobre todo la equivalencia de las prestaciones. El texto de la ética de Aristóteles incluía ya la enumeración ordenada de las especies de los *contratos* y de los *delitos*. El derecho romano se estructura conforme a una filosofía”. VILLEY, M., *op. cit.*, p. 60n

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

serán aquellas que son susceptibles de ser aceptadas voluntariamente por todos aquellos que se encuentran sometidos a ellas. Una idea que coincide con el *consenso entrecruzado* de Rawls. Además, siempre será necesario que la justicia legal sea aplicada de la mano de la equidad, entendida como la continua corrección de la legalidad de acuerdo con las exigencias de la experiencia. Así, con el consenso voluntario y la corrección según la vitalidad social, la legalidad vienen a asegurar la libertad de todos y ésta a su vez, sustenta la legalidad. “Todo ciudadano debe ser legislador ya sea directa o indirectamente”⁶⁷. Al pensar la universalidad, se ha de entenderla como inclusión y, como tal, representando un requisito para la defensa de la particularidad. Así, mientras la justicia universal tiene como fin primordial determinar el bien en términos colectivos, la justicia particular se centra en la determinación del bien en las relaciones entre individuos particulares.

La justicia distributiva se sustenta en una proporcionalidad geométrica, la cual presupone definir un criterio de distribución, así como el mérito de cada individuo con relación a este criterio. Siempre debe de manifestarse, de alguna forma —que es difícil señalar en abstracto— algún consenso de los participantes.

Por su parte, la justicia conmutativa implica tanto el cambio voluntario como el involuntario. En el primer caso, es preferible llamarla justicia conmutativa, en el segundo podríamos llamarla justicia correctiva, pues se da el caso de la existencia de un daño involuntario que debe ser reparado o un delito que debe de ser castigado. La justicia conmutativa de intercambio voluntario se sustenta en la proporcionalidad aritmética, en cambio la justicia correctiva tiene como objeto restaurar la igualdad cuando ésta se rompe de modo violento. En este caso, no siempre es posible guardar una proporción aritmética, por lo que en ocasiones

⁶⁷SERRANO, E., *op. cit.*, p. 150.

3. LA PREGUNTA ACERCA DE LA JUSTICIA Y RAWLS

hay que recurrir a la proporción geométrica, lo que, en términos aristotélicos parece implicar una concepción jerárquica de la sociedad que hoy en día resulta inaceptable.

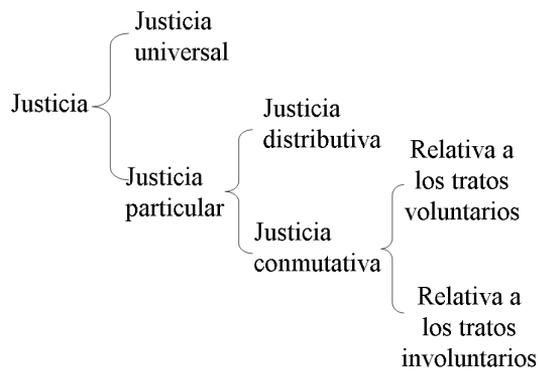


Figura IV.1: En este esquema, la teoría rawlsiana se enfocaría en el ámbito de la justicia distributiva.

3. La pregunta acerca de la justicia y Rawls

Al auto-insertarse en la tradición del contractualismo, Rawls se convierte en deudor de la concepción aristotélica de la justicia. Describir el origen del orden civil de la sociedad a través de un hipotético contrato es una manera de representar el principio fundamental de la justicia universal, a saber: *Volenti non fit iniura*. Con un objetivo normativo y pragmático, el profesor de

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

Harvard, trata de establecer las condiciones que hacen posible la constitución de una organización del poder político, inspirando los principios de justicia que deben de regirlos. Pero como señala Serrano:

[...] utilizar la figura del contrato social tiene como objetivo hacer patente que el único orden civil legítimo es aquél que no sólo garantiza la seguridad, sino también la libertad. Incluso, en la teoría de Hobbes, al apelar al contrato social, se afirma de manera implícita que el único Estado Absolutista legítimo es aquél que sustenta su poder en el consentimiento de los ciudadanos. Para ello es indispensable que esa modalidad de organización estatal se comprometa a garantizar la libertad de un espacio privado, del cual pueda emanar la aceptación voluntaria de ese poder centralizado. La crítica del liberalismo a esta posición consiste en afirmar que un Estado con un poder centralizado y, por tanto, sin controles, no podrá ofrecer un sustento real a esa garantía⁶⁸.

Ahora bien, la exigencia de un orden civil o legal, no implica que el ciudadano acepte de manera irrestricta el contenido de todas las leyes vigentes. Es posible, es deseable que exista una visión crítica en el sentido positivo de la palabra. Para que la obediencia a la legalidad sea compatible con la libertad propia del ciudadano, éste debe cuestionar esas leyes a través de los medios que el propio orden institucional le ofrece. Así, la práctica política queda sujeta a una continua corrección, haciendo viable la existencia de la igualdad y la equidad encarnadas en los instrumentos de control constitucional y de diálogo democrático. De

⁶⁸SERRANO, E., *op. cit.*, p. 152.

3. LA PREGUNTA ACERCA DE LA JUSTICIA Y RAWLS

esta forma, aunque el ciudadano no sea autor directo de la ley, se puede afirmar que participa en el proceso legislativo, si posee el derecho a disentir, así como la posibilidad de transformar las leyes positivas⁶⁹.

Sabemos que la metáfora del contrato social, como recurso teórico para expresar gráficamente el principio de justicia universal, dejó de utilizarse a partir del éxito que obtuvieron las explicaciones históricas en las ciencias sociales. A pesar de que la explicación genética no se contrapone a la perspectiva normativa del modelo contractualista —según Enrique Serrano—, ya que se sitúan en diferentes niveles, el proyecto teórico que adquirió prioridad fue tratar de localizar un supuesto orden histórico que permitiera la mediación entre el ser y el deber ser. Ello desemboca en las diversas filosofías de la historia que proliferaron a partir del siglo XVIII. Sin embargo, los acontecimientos del siglo XX cuestionan de manera radical la creencia en la existencia de un vínculo necesario entre desarrollo técnico y formación moral; creencia en la que se había sustentado la noción de progreso utilizada por las filosofías de la historia. Ello propició el renacimiento de la perspectiva contractualista como estrategia para definir un ideal normativo que pueda guiar las acciones⁷⁰. En *TJ* Rawls utiliza de nuevo una variante del modelo contractualista para determinar los principios de justicia que deben impregnar a la *estructura básica* de una sociedad. “Aunque Rawls percibe la herencia de Aristóteles presente en la tradición contractualista, en su propuesta sólo toma en cuenta una faceta de la teoría aristotélica, a saber: la justicia particular en su aspecto de justicia distributiva.

⁶⁹ Cfr. SERRANO, E., *op. cit.*, p. 153.

⁷⁰ Cfr. *Idem.*

3.1. Rawls y Aristóteles

El profesor de Harvard dice que el sentido más específico que Aristóteles da a la justicia y del cual se derivan las formulaciones más familiares, es el de abstenerse de la *pleonexia*⁷¹. Rawls parece darse cuenta de que la concepción de la justicia distributiva definida en los términos aristotélicos no es suficiente para extender una propuesta contractualista, pues la justicia distributiva presupone una explicación de lo que propiamente le pertenece a una persona y de lo que es debido, lo cual depende de derechos que, a su vez, se derivan de instituciones sociales y de las legítimas expectativas ligadas a ellas. Es decir, lo que falta es, precisamente, la noción de justicia universal⁷².

Pero Rawls no analiza la relación entre la justicia universal y la justicia particular en su carácter de justicia distributiva. Parece que no percibe la complejidad del concepto aristotélico de justicia, lo que tiene importantes efectos en su propia teoría. Parte de la *posición original* no ya del estado de naturaleza y llega a los dos principios de justicia a través del proceso ya conocido.

En cuanto a los dos principios de justicia, cabe destacar de nuevo que el primer principio se encuentra ligado a la noción de justicia universal aristotélica, por lo que antes de ser objeto de elección, representa una condición necesaria que debe imperar ya en la posición original⁷³. Pero ¿por qué es así? Porque el propio Rawls afirma: “La posición original puede ser considerada como una interpretación procesal de la concepción kantiana de la autonomía y del imperativo categórico dentro del sistema de una teoría empírica”⁷⁴. Esta afirmación pone de manifiesto que

⁷¹ Cfr. RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, pp. 23–24.

⁷² Cfr. SERRANO, E., *op. cit.*, p. 154.

⁷³ Cfr. *Ibid.*, pp. 154–155.

⁷⁴ RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, p. 241.

3. LA PREGUNTA ACERCA DE LA JUSTICIA Y RAWLS

la libertad no es un bien más, que pueda ser objeto de reparto distributivo, sino un requisito *sine qua non* para cualquier elección social que busque cumplir las exigencias de racionalidad, es decir, lo que eligen los participantes de la posición original es el sistema de normas jurídicas en los que se encarna la libertad de la que ya son poseedores. Pero Rawls no lo subraya lo suficiente de forma que fue objeto de muchas críticas como ya veremos más adelante. En mi opinión, pareciera que lo hace llevado por esa intención de eludir alguna alusión o acercamiento con la tradición clásica del derecho natural, la cual presupone una metafísica, que sabemos, Rawls evita de manera resuelta. Como él mismo aclara, su propósito es acceder a una teoría empírica. Sin embargo, de acuerdo con Serrano, Rawls no parece darse cuenta que reconocer la libertad como condición previa para hablar de derechos no implica necesariamente adherirse al isunaturalismo clásico:

Para hacer compatible una teoría empírica con el modelo contractualista es menester diferenciar entre el nivel empírico de la génesis de los derechos y la argumentación en términos de validez racional. En el nivel empírico se trata de analizar la aparición histórica de los derechos como un efecto de las luchas sociales y de la consolidación de las instituciones sociales. En cambio, cuando se apela al modelo del contrato se trata de establecer el criterio para juzgar la validez racional de los derechos positivos. Por tanto es compatible afirmar que los derechos que garantizan la libertad son un producto histórico y, al mismo tiempo, sostener que la libertad es una condición trascendental para que se pueda predicar que el sistema jurídico tiene una pretensión de validez

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

racional⁷⁵.

Serrano afirma que toda norma jurídica es el producto de las decisiones que se toman al interior de un sistema social y su orden legal, pero las normas tendrán validez racional —que no es lo mismo que vigencia sociológica— cuando son creadas en condiciones de libertad y sin que se lesione el ejercicio de tal libertad. En este sentido, la posición original implica una gran nivel de abstracción, en el cual los individuos *ya se han reconocido como personas*, esto es, como sujetos libres, susceptibles de tener derechos. De modo que con el velo de la ignorancia, el profesor de Harvard intenta dar con la imparcialidad que exige un diálogo racional de sujetos libres e iguales. No es que la imparcialidad sea un atributo, sino que es una meta a la que se aspira⁷⁶.

Para Aristóteles la justicia universal representa una igualdad de libertad entre los ciudadanos, nacida del reconocimiento mutuo como personas, es decir, como sujetos de derechos y obligaciones. Esta justicia universal tiene prioridad sobre la justicia particular, ya sea distributiva o conmutativa. Esta tesis aristotélica se encuentra, en cierto modo, en la teoría de Rawls cuando habla de un orden lexicográfico entre los principios de justicia, extrayendo de tal orden dos reglas de prioridad: a) La de la libertad que implica que ésta solo pues ser restringida por mor de ella misma. b) La prioridad de la justicia sobre la eficiencia y el bienestar, lo cual implica que el segundo principio de justicia está por encima de los criterios de eficiencia y maximización, como ya se mencionó más arriba en este trabajo.

La primera regla de prioridad coincide con la tesis de Aristóteles, que dice que la justicia distributiva es posible sólo si se

⁷⁵SERRANO, E., *op. cit.*, pp. 155–156.

⁷⁶Cfr. RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, p. 156.

3. LA PREGUNTA ACERCA DE LA JUSTICIA Y RAWLS

cumple antes con las exigencias de la justicia universal, lo contrario implicaría que una institución social de tipo ordenador (Estado, partido, vanguardia o líder) podría determinar los criterios de distribución más allá del consenso social y de la participación de ciudadanos autónomos. Casos se han visto tales como el del los regímenes totalitarios o populistas⁷⁷.

La teoría aristotélica hace posible localizar ciertos aspectos débiles de la estrategia argumentativa de Rawls, también permite resaltar los puntos fuertes o contribuciones de su propuesta. Si la justicia distributiva es para el Estagirita un control de la *pleonexia*, y parte integrante de la justicia particular que a su vez forma parte de la justicia universal, tal subdivisión trajo consigo que en las interpretaciones posteriores se diera por supuesto que accediendo a la justicia universal se estaría en condiciones suficientes para acceder a una justicia distributiva, lo cual le ocurrió a muchos de los pensadores contractualistas, cuya influencia continúa vigente en el liberalismo de hoy. Si se respeta el derecho a la propiedad y la libertad contractual en las relaciones de intercambio, entonces se crean las condiciones para la realización de la justicia distributiva.

Pero Rawls, al anunciar sus dos principios de manera diferenciada y con un orden lexicográfico, pone de manifiesto que la justicia universal es una condición necesaria pero no suficiente para lograr la justicia distributiva. Con ello —según Serrano— recupera la intuición implícita en las críticas al liberalismo de Marx y Hegel⁷⁸. De acuerdo con el segundo principio de justicia rawlsiano, el Estado no se debe de limitar a garantizar el orden legal, sino también a asumir un papel activo en la distribución y, sin lesionar la libertad, procurar paliar o resolver las desigual-

⁷⁷ Cfr. SERRANO, E., *op. cit.*, pp. 156–157.

⁷⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 157.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

dades no justificadas, entre ellas las que tienen su origen en una forma de dominación. Así *TJ* apela no sólo a al principio de «pesos y contrapesos» para el control del poder político, sino que también busca un orden económico justo.

Es verdad que Rawls no entra al debate de un diseño concreto de políticas justas ni toma partido entre la bipolaridad «capitalismo y socialismo», pero deja claro que los principios de justicia son dos máximas inspiradoras universalizables que servirían de guía a las instituciones en su procuración de orden, justicia y bienestar.

El segundo principio rawlsiano puede ser considerado como un complemento o corrección de la proporción geométrica que utiliza Aristóteles para definir la idea de justicia distributiva.

De hecho, la lectura de Rawls podría sugerir una interpretación de la concepción aristotélica, en la cual la decisión de establecer la distinción entre justicia universal y justicia particular es el resultado de advertir que el principio legal de la justicia universal (lo que se ha llamado el aspecto formal de la justicia) no es suficiente, sino que implica un campo más amplio. La tesis se podría formular de la siguiente manera: Asumir los imperativos de la justicia universal (legalidad) implica un compromiso con la justicia distributiva, el cual trasciende el imperativo de garantizar el orden imperativo vigente. Es decir, la exigencia de equidad no se limitaría a la corrección del contenido concreto de las normas jurídicas, sino que, además, incluiría el imperativo de crear las condiciones sociales que permitan una distribución equitativa de la

libertad⁷⁹.

3.2. Aquino: una sistematización genial con poca novedad

Por su parte, Tomás de Aquino, el más grande sistematizador y comentador de la teoría de la justicia aristotélica hasta el día de hoy, desarrolla su teoría de la justicia desde un propósito y punto de vista teológico, sin embargo, se apoya en la estructura y argumentos del Estagirita para vehicular y exponer su propio pensamiento. Su teoría del derecho se adscribe al llamado iusnaturalismo⁸⁰.

No se debe olvidar que Santo Tomás escribe a partir de una tradición, o, según MacIntyre, a partir de al menos dos tradiciones⁸¹, que en su tiempo eran objeto de estudio y de disputa. Para el Aquinate, las preocupaciones relacionadas con la política se entendían dentro de un marco teológico-racional, y la *civitas* tenía que entenderse en relación con la *civitas Dei*.

[...] los lectores del Aquinate tienen que haberse las con su singularidad de propósito. «La pureza de corazón es querer una sola cosa», decía Kierkegaard. De manera muy diferente ha escrito John Rawls que

⁷⁹SERRANO, E., *op. cit.*, p. 158, RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, pp. 257–258.

⁸⁰Afirma esta teoría la existencia de unos principios normativos de orden jurídico que informan a la razón natural, innatos, por tanto, a la vez que universales y evidentes. A tales principios ha de conformarse el derecho intimado por el legislador humano, el positivo, el cual es y debe ser un desarrollo del natural a cuya normatividad no puede sustraerse. ESTEBANEZ, E. en AQUINO, TOMÁS DE, *Suma. . .*, *op. cit.*, p. 459.

⁸¹*Cfr.* MACINTYRE, A., *Whose justice? . . .*, *op. cit.*, p. 169.

«aunque subordinar todas nuestras metas a un sólo fin no violenta estrictamente los principios de la elección racional..., esto nos parece irracional o incluso demencial» [RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, p. 501]. Los ejemplos que Rawls acaba de dar de los que de este modo han jurado su fidelidad a un fin dominante son los de S. Ignacio de Loyola y del Aquinate. Lo que Rawls dice es una medida ilustrativa de la distancia cultural que separa a los protagonistas de la modernidad del Aquinate. No obstante, es interesante que esos protagonistas a menudo no toman a Aristóteles por demente o enajenado de manera similar⁸².

Santo Tomás trata la división de la justicia a partir de la cuestión 61 de la Suma, siguiendo el esquema aristotélico, dividiendo también la justicia en general y particular⁸³, donde general es la que está presente en todo acto virtuoso, ya sea un acto propiamente justo, ya un acto de otra virtud moral. Lo explica usando la referencia de «la parte al todo» y viceversa. La parte, en efecto, en cuanto tal, pertenece al todo, y si ella es buena, es el todo el que es bueno. Por ello será competencia de la ley humana legislar sobre los actos de todas las virtudes, porque todos ellos son ordenados al bien común. objetivo este de cualquier ley. Aristóteles llama legal a esta justicia.

3.3. Justicia distributiva y justicia social

Entre los discípulos del Aquinate, y probablemente de Rawls, por lo que se desprende de sus obras, podría entenderse que esta

⁸²MACINTYRE, A., *Whose justice?...*, *op. cit.*, p. 170.

⁸³*Cfr.* S. Th. II-II, q. 58, a. 5.

3. LA PREGUNTA ACERCA DE LA JUSTICIA Y RAWLS

justicia general es a lo que hoy se suele nombrar como «justicia social», la cual formaría una trilogía con la justicia conmutativa, que regula las intenciones de los individuos entre sí, encarnando cada una de ellas uno de los tres géneros de relaciones posibles en este campo: de las partes con el todo —justicia general—, del todo con las partes —distributiva— y de las partes entre sí —conmutativa—. Sin embargo, de la lectura detenida de la cuestión y de los textos aristotélicos, resulta difícil derivar una concepción de «justicia social» como se entiende hoy en día, debido a que en la escolástica —y por tanto también el Aquinate— se trabajaba con las desigualdades estructurales de la sociedad como un elemento obvio y natural.

Lo que Aquino hace es dividir sistemáticamente la virtud, como era usual en la tratadística del tiempo, dividiendo la justicia en general y particular, esta última a su vez en sus partes subjetivas o específicas, en sus partes integrales y en sus partes potenciales.

La justicia distributiva recibirá éste apelativo porque se refiere a las acciones exteriores que terminan, ajustándose, en la persona particular. Las acciones de este género pueden ser dobles, según provengan de otra persona asimismo particular o provengan de la sociedad considerada como un todo. En el primer caso tenemos la justicia conmutativa; en el segundo, la distributiva. La distributiva se ocupa de repartir entre los particulares los bienes de la comunidad, del todo social, mientras la conmutativa atiende a los intercambios que acontecen entre dos personas⁸⁴.

Tomás de Aquino coincide con los planteamientos aristotélicos respecto a la igualación de las prestaciones en el reparto justo; la justicia conmutativa adapta cosas entre sí, para lo cual resul-

⁸⁴ Cfr. ESTEBANEZ, Emilio G., en AQUINO, TOMÁS DE, *Suma...*, *op. cit.*, pp. 499–500.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

ta más fácil conseguir equivalencias: la igualdad de la justicia distributiva es proporcional, la de la conmutativa es geométrica. El problema en justicia distributiva como ya Rawls y Aristóteles han señalado es fijar el parámetro, donde no queda otra que referirse a la principalidad de la persona en la estructura social o su dignidad. En el caso aritotélico-tomista, se hace hincapié en el mérito o jerarquía⁸⁵, en el caso rawlsiano, al considerar a todos los hombres como libres e iguales, se concluyen dos principios de justicia que vienen a inspirar el ajuste debido, según su *justicia como equidad*.

En el caso de Santo Tomás es la justicia conmutativa la que acapara mayor atención, debido a que el concepto de derecho se cumple por antonomasia en los actos de esta virtud. La adecuación exacta que postula ese concepto se comprende y realiza mejor cuando son cosas las que se igualan que cuando son cosas y personas. Para el Aquinate la justicia conmutativa es la más propia o arquetípica, siendo las otras especies o partes derivaciones de ella e intentos de imitarla. “La articulación de la justicia conmutativa, como realización perfecta de la igualdad, con las demás especies de justicia refleja la articulación del derecho natural y el derecho positivo, de los que el segundo es, y debe ser, una obra humana en la que el rostro del primero se halle fielmente esculpido”⁸⁶.

Así pues, tanto en Rawls como en Aquino, se aprecia un reconocimiento implícito de la necesidad de una división de la justicia, en general y particular y de la integración de la segunda dentro de la primera, siguiendo así la estela aristotélica. Sin embargo, mientras que en Doctor Angélico la justicia por an-

⁸⁵ *Cfr.* S. Th. II-II, q.61 a.2 y q. 63, a.1

⁸⁶ *Cfr.* ESTEBANEZ Emilio G., en AQUINO, TOMÁS DE, *Suma...*, *op. cit.*, p. 501.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

tonomasia es la conmutativa, en el profesor de Harvard, el peso otorgado a la distributiva es de mayor importancia, pues configura el actuar justo colectivo para luego configurar el actuar justo individual. Tanto uno como otro ven en la propiedad privada un punto de engarce con las demás especies o partes de a justicia.

4. La propiedad: ¿nodo de la configuración de lo justo?

Para el de Aquino la propiedad privada se encuadra dentro del designio del Creador —quien es el dueño originario, y ante quien el hombre es simple usufructuario—, pero cuyo dominio sobre la propiedad privada tienen una función social, pues tal propiedad cuenta con una función natural cuya ordenación no es sólo a la propia utilidad, sino a la utilidad y provecho de todos los seres naturales, que no son propiedad suya, sino de Dios. Pero es la propiedad privada un derecho legítimo, no natural *prima facie*, sino positivo, resultado de una determinación pactada entre los hombres, pues por naturaleza todas las cosas son comunes.

Estebanez dice que si atendemos a los motivos que justifican el sistema de propiedad privada, que son su mayor utilidad y oportunidad para la vida humana, hay que concluir que el sentido de *communis omnium possessio*; es que las cosas, de suyo, por derecho natural, se ordenan a la utilidad del hombre, a la utilidad común; es decir, a todos por igual⁸⁷.

Lo que legitima por tanto el régimen de la propiedad privada es que promueve mejor que ningún otro la igualdad en el acceso y disfrute de los recursos de una comunidad. No bastaría, pues,

⁸⁷ Cfr. ESTEBANEZ, Emilio G. en AQUINO, TOMÁS DE, *Suma...*, *op. cit.*, pp. 505–506.

ni estribaría en ello la mayor oportunidad de este régimen, con que exploten esos recursos con índice superior de rentabilidad —lo cual puede darse sin que sea para beneficio de todos—, sino que en primer lugar, hay que lograr rentabilidad que repercuta equitativamente en todos. Sólo cuando esto ocurre se legitima la propiedad privada. Dicho sintéticamente en una frase ya conocida: «nadie merece tener nada superfluo, mientras haya quienes carecen de lo necesario»⁸⁸.

4.1. Ni capitalismo, ni socialismo

Para Rawls, en un principio, la propiedad privada no era tan determinante. Cuando escribe *TJ* se encontraban en plena vigencia los regímenes comunistas soviético, cubano, y alemán, así como muchos otros en Europa del Este. De acuerdo con el profesor de Harvard, el principio de diferencia no sólo supone el funcionamiento de otros principios de justicia, sino también una cierta teoría de las instituciones sociales que no excluye una economía competitiva con o sin propiedad privada⁸⁹, en el cual se puede dar un sistema abierto de clases, donde las desigualdades excesivas no serían la regla, pues dadas la distribución de capacidades naturales y las leyes de la motivación, las grandes diferencias no durarán mucho. Para el profesor de Harvard, es necesario reconocer que las instituciones de mercado son comunes tanto a los regímenes de propiedad privada como a los socialistas, y distinguir entre la función de asignación de precios y la de distribución:

⁸⁸ *Ponencia III: «El universitario católico ante los problemas sociales», 2, d)* en: VARIOS, *XIX Congreso Mundial de Pax Romana: España, junio-julio, 1946*, volumen s.n., Graf. Unidas, Madrid 1946, p. 28.

⁸⁹ *Cfr. RAWLS, J., TJ, op. cit., p. 154.*

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

Como en el socialismo los medios de producción y los recursos naturales son propiedad pública, la función distributiva se restringe en gran parte, mientras que en un sistema de propiedad privada se usan los precios en diversos grados con ambos propósitos. Cuál de estos sistemas y de las formas intermedias responde a las exigencias de la justicia es algo que no puede, según creo, determinarse de antemano. [...] La teoría de la justicia no incluye estos aspectos, pero lo que puede hacer es establecer de modo esquemático los lineamientos de un sistema económico justo que admita algunas variaciones. El juicio político en cualquier caso, dependerá de qué variaciones serán las que mejor funcionen en la práctica. Una concepción de la justicia es parte necesaria de cualquier valoración política, pero no basta⁹⁰.

Aunque Rawls no se pronuncia taxativamente a favor de la propiedad privada, parecería que más adelante se contradice, pues en su descripción de las instituciones básicas para una justicia distributiva, el profesor de Harvard dice que el sistema social ha de estructurarse de manera que la distribución sea justa ocurra lo que ocurra, para lo cual es necesario el establecimiento de un proceso económico que cuente con las instituciones necesarias para lograr este fin. “Haré una breve descripción de estas instituciones de apoyo tal y como deben de existir en un Estado democrático adecuadamente organizado que permita la propiedad privada del capital y de los recursos naturales”⁹¹. Lo anterior o hace refiriéndose a un régimen democrático —dice— que

⁹⁰RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, p. 256.

⁹¹*Ibid.*, p. 257.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

tendría como estructuración cuatro ramas para asegurar tal distribución: la asignadora, la estabilizadora, la de transferencia y la de distribución⁹², y cuando se refiere a un régimen socialista, alega que si bien en un régimen democrático, en donde la tierra y el capital sean ampliamente aunque no igualmente poseídos, la sociedad no está dividida de manera que un pequeño sector controle el dominio de los recursos productivos.

Cuando esto ocurre se pueden acoger las críticas socialistas a la economía de mercado, siendo posible que en un régimen liberal socialista puedan tener cabida los dos principios de justicia, suponiendo que los medios de producción son públicamente poseídos y las empresas son dirigidas por asambleas de trabajadores o por agentes designados por ellos. Ocurriendo esto y si las porciones distributivas llegan a satisfacer los dos principios de justicia si las decisiones tomadas democráticamente responde a la constitución, y entonces —piensa Rawls—, la economía se comportará como antes debido a la fuerza del mercado, pero las instituciones básicas tomarían una forma diferente debido a la aplicación de la ideología socialista.

Esta es una de las partes —en mi opinión— más flojas del planteamiento de *TJ*, pues al referirse a las «fuerzas del mercado», Rawls alude implícitamente a la libre competencia entre los agentes económicos, que como se sabe, no es del todo libre si éstos no son propietarios de los medios de producción, o al

⁹²La rama de asignación trataría de mantener un sistema competitivo, evitando la formación de monopolios y oligopolios. La rama estabilizadora buscaría aproximarse lo más posible al ideal del pleno empleo. La rama de transferencia tendría como función el garantizar una renta social mínima. Finalmente la rama de distribución tendría como tarea conservar una justicia aproximada de las porciones distributivas mediante la tributación y los reajustes necesarios a los derechos de propiedad. *Cfr.* RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, pp. 257–258.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

menos en su mayoría. Según el profesor de Harvard, acerca de qué sistema es mejor (capitalismo con sociedad privada o socialismo “liberal”) dependerá de las circunstancias, instituciones y tradiciones históricas⁹³. De hecho, el mismo Rawls reconoce que parece improbable que el control de la actividad económica por la burocracia sea más justo que el control ejercido por los precios.⁹⁴

Desde la óptica liberal, lo público es el resultado de la transferencia al ente político colectivo de lo que originalmente era privado; y, en consecuencia, lo que es privado definitivamente es considerado como parte de esa inicial propiedad privada. Siendo pues la propiedad privada la primordial forma de posesión para el liberalismo⁹⁵.

Así pues, Rawls, no acoge de lleno la teoría liberal clásica, reconoce la necesidad de una propiedad pública, y lo que es más, la regulación del Estado cara a la distribución de bienes públicos y al amasamiento de bienes privados la considera no sólo justificada sino necesaria. Puesto que, la acción política procede, en primer lugar a determinar la distinción entre público y privado, para luego pasar a determinar la configuración de lo público; al compartir lo público, un pueblo está compartiendo una particular distinción entre lo público y lo privado, y con el establecimiento de esta distinción, está definiendo su identidad como pueblo⁹⁶.

Cruz Prados señala que lo privado no se opone a lo público como lo individual a lo común. Lo privado puede ser también común, y por tanto susceptible de ser referido a todos como

⁹³ Cfr. RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, p. 262.

⁹⁴ Cfr. *Idem*.

⁹⁵ Cfr. CRUZ PRADOS, A., *op. cit.*, p. 292.

⁹⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 294.

algo que es compartido de un modo diferente a como se hace con lo público: “Lo privado puede hacerse común en el marco de diversas comunidades, asociaciones y formas sociales en general, que surgen en el seno de la *polis* [...]”⁹⁷.

“Pero la vida política no implica compartir públicamente todos los bienes que se encuentran presentes en la *polis* y forman el contenido de la vida en la *polis*. No todo bien —ni un mismo bien en cualquier momento y circunstancia— se perfecciona y se posee más perfectamente al ser compartido de manera pública[...]. Por esto, el orden político, la correcta configuración del *ethos* político, exige el establecimiento de la distinción entre lo público y lo privado.

4.2. Justicia social, propiedad privada y libertad

Cuando Rawls en *PL* habla de las libertades básicas y su primacía, refiere como debe irse conformándose y ajustándose un esquema de tales libertades, paulatinamente en un sociedad. Se refiere a las diversas etapas ya referidas antes en este trabajo⁹⁸. Tratando de ello y de la necesidad de ir cubriendo las lagunas constitucionales para poder así proveer de cuerpo legal vigente y abarcante a los principios de justicia, sostiene que todos los derechos y libertades básicas protegidas por las distintas disposiciones constitucionales (incluida la garantía del valor equitativo de las libertades políticas) tienen que protegerse en la etapa legislativa a la luz de los dos principios de justicia y de «otros principios relevantes», de modo que —según Rawls— esto implica, por ejemplo, que la cuestión de la propiedad privada de los

⁹⁷ CRUZ PRADOS, A., *op. cit.*, p. 294.

⁹⁸ *Vid. supra* p. 110.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

medios de producción o de la apropiación social de los mismos, y otras cuestiones similares, no están fijadas en el nivel de los primeros principios de justicia, sino que dependen de las tradiciones y de las instituciones sociales de un país y de sus problemas y circunstancias históricas particulares⁹⁹.

Pareciera que Rawls apuesta más por lo que se denomina, «economía social de mercado», en la cual la intervención del estado se limitaría a lo estrictamente necesario para evitar abusos, poniendo límites a la iniciativa ambiciosa lesionadora del reparto equitativo. Desde el primer momento de su teoría, el profesor de Harvard afirma que los individuos pactan y se mueven impulsados por el aseguramiento de sus intereses, y aunque —según él— esto no implica la presunción de que sean egoístas, se antoja muy poco probable que en un sistema socialista de lleno (diferente a un sistema donde la intervención estatal es reguladora, limitada a lo estrictamente necesario, asegurando la equidad en la distribución) puedan darse las condiciones de crecimiento económico dentro de un marco justo que respete también las atribuciones más justas a quienes por trabajo y mérito las merezcan.

Rawls se contradice nuevamente al establecer que no le interesa una utopía que exige elementos más allá de la justicia y el derecho, pero que sí persigue una armonía social de bienestar. Reconoce implícitamente que hace falta algo más allá de la justicia procesalista, que —como dirían los clásicos y los aristotélico-tomistas—, sería la «equidad», es decir, una justicia matizada con virtudes, que requieren de la virtud en el ámbito personal, encarnada en cada uno de los individuos, no solamente una fórmula abstracta y procesal, como el profesor de Harvard —en su afán de desligarse de la metafísica y del perfeccionismo—, reitera con contundencia. Una equidad que hace posible esa ar-

⁹⁹ Cfr. RAWLS, J., *PL*, *op. cit.*, pp. 375–376.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

monía espontánea, esa armonía especial, que sucede a pesar de prevalecer los intereses individuales.

La teoría de la justicia supone, además, un límite definido a la fuerza de la motivación social y altruista. Supone que individuos y grupos promueven intereses competitivos, y aunque ellos deseen actuar justamente, no están dispuestos a abandonar sus intereses. [...] Antes bien, una sociedad donde todos puedan conseguir el máximo bienestar, donde no haya demandas conflictivas y las necesidades de todos aparezcan unidas sin coacción en un armonioso plan de actividad, es una sociedad que, en cierto sentido, va más allá de la justicia. No obstante, debemos tener en cuenta que, aún así, la teoría de la justicia tiene un importante papel teórico: define las condiciones en las cuales la coherencia espontánea de intereses y deseos de los individuos no es forzada ni proyectada, sino que expresa una armonía especial acorde con el bien ideal. No continuaré con estas cuestiones. Lo importante es que los principios de la justicia son compatibles con muy diferentes tipos de regímenes¹⁰⁰.

En esta convivencia armónica —de acuerdo con Casanova¹⁰¹—, Rawls también ignora cuáles son los tipos de bienes o cargas repartidos. Él siempre piensa en bienes económicos, no piensa en que los cargos o los honores son un cierto tipo de bienes; y las penas un cierto tipo de males o cargas repartidos. Él ha aceptado que lo mejor es que el que gobierne la comunidad sea un hombre prudente pues —aunque la libertad política igual, es decir,

¹⁰⁰RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, p. 263.

¹⁰¹*Cfr.* CASANOVA, C. A., *op. cit.*, p. 55.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

la capacidad no sólo de participar sino de acceder a puestos de gobierno, para todos, encarecen la auto estima y el sentido de pertenencia a la comunidad—, es necesario que el gobierno tenga una justa influencia sobre la calidad moral de la vida civil¹⁰², (la anterior afirmación alude a la propuesta de Stuart Mill, por lo que no queda del todo claro si aquí hay en Rawls un reconocimiento implícito de un mínimo perfeccionismo).

En ocasiones, también dice que en algunos cargos se puede exigir actos heroicos no exigibles a los hombres comunes¹⁰³, dando lugar a la moral del santo o del héroe que no se contrapone a la realización de la vida justa, sino que la favorecen.

En cuanto a las penas, Casanova señala que obviamente ellas tienen que ver con cierto mérito. Por esto, y en un raro intento de ser coherente, Rawls afirma que ellas no pertenecen a la justicia distributiva, sino a la retributiva; y que “en una sociedad bien ordenada no habría necesidad del derecho penal[...]”¹⁰⁴, excepto para evitar la desconfianza de algunos ciudadanos en que los otros no cumplan su parte. Además —sostiene Casanova—, ellas tocan el sistema de libertades. La necesidad de su repartición, por tanto, afecta gravemente el corazón del sistema rawlsiano:

No es tan fácil separar las «libertades» de la justicia distributiva. En realidad las «libertades» constituyen en sí mismas una noción nominalista que, por ello, se pretende considerar de modo abstracto, pero que fácilmente se disuelve en la nada cuando se ve el adecuado contexto de la repartición de los bienes y males en una sociedad concreta. Allí, como enseñó Villey, lo que hay son vínculos concretos entre los

¹⁰² Cfr. RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, pp. 220–221.

¹⁰³ Cfr. *Ibid.*, p. 433.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 291.

diversos sujetos sociales, aunque en esos vínculos juegue un papel esencial la naturaleza (la personalidad «libre» e «igual» —como le gustaría decir a Rawls) de esos sujetos¹⁰⁵.

4.3. Subsidiariedad estatal y liberalismo

Vale la pena insistir en que —según creo— la posición de Rawls referente a la propiedad privada deriva del temor de que en un régimen donde sólo impere la propiedad privada se corre el riesgo de la concentración de la riqueza sólo en unas pocas manos, conculcando por ello la distribución equitativa. Basta ver lo que sucede en los países en vías de desarrollo. Pero al mismo tiempo, creo que el socialismo tampoco es la solución. Se trata pues de que el Estado regule e intervenga sólo cuando sea necesario asegurar la equitativa distribución, de modo que, si para ello es necesaria la propiedad pública de algunos sectores de la economía, sea aquella posible, con los límites que aseguren el libre intercambio de bienes y mercancías entre particulares, asegurando así un régimen de libertades básicas y estimuladoras del crecimiento económico.

En *PL* Rawls reafirma el valor de la propiedad privada dentro del contexto de las libertades básicas. El derecho a tener y a usar en exclusiva propiedad personal, tiene como papel el permitir una base material suficiente para un sentido de la independencia personal y del autorrespeto, sentidos ambos que resultan esenciales para el desarrollo y el ejercicio de las facultades morales¹⁰⁶. No me parece exagerado decir que la idea precedente es equiparable a expresar que la propiedad privada es una exigencia de derecho

¹⁰⁵ CASANOVA, C. A., *op. cit.*, pp. 55–56.

¹⁰⁶ *Cfr.* RAWLS, J., *PL*, *op. cit.*, p. 335.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

natural, ya que como el mismo Rawls lo dice, ésta se da dentro del contexto de la libertad, dimensión antropológica natural que define al hombre frente a los demás seres de la naturaleza. La libertad es uno de los rasgos humanos naturales más universalmente reconocidos.

Es cierto que el profesor de Harvard intenta reducir tal concepción a un ámbito puramente económico y a fin de servir a su propuesta político-procesal, sin embargo no abunda lo suficiente en el tema como para eliminar interpretaciones más amplias al respecto. Siguiendo a Constant, privilegia «las libertades de los modernos» por encima de «las libertades de los antiguos»¹⁰⁷.

Al resumir su postura en *JAFR*, Rawls insiste en reconocer el derecho de la «propiedad personal» —término que también utiliza en *TJ* y *PL* de modo que queda claro que lo hace otorgando una connotación distinta a «propiedad privada»—, como un derecho básico que permite contar con la base material suficiente para la independencia personal y para un sentido del autorrespeto, lo cual es esencial para el desarrollo y ejercicio de las facultades morales. Tener este derecho y ser capaz de ejercerlo efectivamente es una base social *sine qua non* para el auto-respeto. Al mismo tiempo, el profesor de Harvard excluye dos concepciones más amplias del alcance de este derecho de propiedad:

a) el derecho a la propiedad privada de los recursos naturales y los medios de producción en general, incluidos los derechos de adquisición y herencia;

b) el derecho de propiedad como un derecho que incluye el igual derecho a participar en el control de los medios de producción y de los recursos naturales, los cuales son poseídos social y no privadamente.

¹⁰⁷ Cfr. RAWLS, J., *PL*, *op. cit.*, p. 335.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

Rawls dice que estas concepciones más amplias no se requieren al no ser necesarias para el adecuado desarrollo y ejercicio de las facultades morales, por tanto no constituyen una base del auto-respeto; aunque admite que puedan tener en ocasiones una justificación según condiciones históricas o sociales. En todo caso, la determinación ulterior de los derechos de propiedad ha de hacerse en la etapa legislativa, asumiendo que se mantienen los derechos y libertades básicos¹⁰⁸.

Aparte de procurar ser incluyente en cuanto a posibilidades de regímenes políticos (capitalistas o socialistas), Rawls establece esta distinción por su concepción pragmática acerca de la justicia como concepción política pública, de modo que ésta proporcione una base compartida para sopesar pros y contras de las diversas formas de propiedad según las circunstancias de cada sociedad en particular, evitando prejuzgar en ningún caso los derechos básicos¹⁰⁹.

Por último, decir que en su réplica a la crítica que Marx hace del liberalismo, Rawls sostiene:

[...] A la objeción de que un régimen constitucional con propiedad privada sólo garantiza las llamadas libertades negativas, replicamos que las instituciones de trasfondo de una democracia de propietarios, junto con las equitativa igualdad de oportunidades y el principio de diferencia, ofrecen una adecuada protección a las llamadas libertades positivas¹¹⁰.

Rawls al hacer plausible la aplicación de su propuesta por un

¹⁰⁸ Cfr. RAWLS, J., *JAFR*, *op. cit.*, p. 158.

¹⁰⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 159.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 234. Se refiere aquí a la distinción entre libertades negativas y positivas que desarrolló Isaiah Berlin.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

régimen liberal socialista sólo intenta no cerrar posibilidades a la «justicia como equidad», pero, por lo que se desprende de la lectura de su obra, se muestra más inclinado a que un capitalismo regulado es más adecuado para la viabilidad del reparto justo. Lo anterior debido a que, aún cuando la idea de una democracia de propietarios trate de responder a las legítimas objeciones de la tradición socialista, la idea de la «sociedad bien ordenada» es bien distinta de la idea de Marx de una sociedad comunista plena. Una sociedad de este tipo estaría más allá de la justicia en el sentido de que “quedan superadas las circunstancias que dan lugar al problema de la justicia distributiva y los ciudadanos no tienen por qué sentirse concernidos por ella en la vida diaria, y no lo están”¹¹¹.

La justicia como equidad asume que, dados los hechos generales de la sociología política de los regímenes democráticos, los principios y virtudes políticas de la justicia siempre desempeñarán un papel de la vida política pública. “La evanescencia de la justicia, de la justicia distributiva incluso, no es posible, ni es, pienso yo, deseable (pero no discutiré eso)”¹¹².

Rawls reconoce que su teoría debe encarar las dificultades que plantea el marxismo respecto a que un régimen de propiedad privada de los medios de producción pueda satisfacer los dos principios de justicia, o pueda contribuir a la realización de los ideales de ciudadanía y sociedad implicados en la «justicia como equidad». Pero aunque esto sea cierto, el profesor de Harvard prefiere preguntarse si un régimen liberal socialista no contribuiría mejor a la consecución de los principios de justicia, teniendo claro que los ideales marxistas son diferentes a los ideales propuestos en la «justicia como equidad», por lo que lo

¹¹¹RAWLS, J., *JAFR*, *op. cit.*, p. 234.

¹¹²*Ibid.*, p. 235.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

único comparable no serían los ideales propuestos, sino las realidades conseguidas. Rawls reconoce no tener todas las respuestas y reconoce que tanto Mill como Marx no han acertado en las predicciones de los resultados obtenidos con la aplicación de sus doctrinas, sin embargo, su propuesta, ofrece los medios para que —según él— se pueda encontrar una luz inspiradora, cuyo resultado final dependerá del régimen constitucional concreto que se forje en cada sociedad¹¹³.

La idea precedente se asemeja a la idea del comentarista tolista Emilio G. Estebanez, que sostiene que, como todo derecho positivo, al de propiedad privada hay que buscarle las circunstancias que hagan el sistema más razonable y efectivo entre todos los que podrían, en principio, realizar también el fin natural a que se ordenan los bienes: provecho común.

La tradición clásica tiene precedentes en diversos sentidos en cuanto a la propiedad privada. Platón situó el problema más allá de la justicia distributiva. Este filósofo pretendía que la vida en sociedad se sostenía en la unión afectuosa de aquellos que la conforman; un afecto que le une de tal manera que les convierte en un sujeto colectivo sin división, evitando así las disputas¹¹⁴. Platón persigue que surja la amistad entre los iguales, pues según él es más fácil amarse entre semejantes, de modo que una organización social que genere y garantice igualdad.

Para Platón, es el egoísmo lo que desiguala a los hombres y los separa. Por esto se deben de tomar una serie de medidas que lleven a suprimir la propiedad particular lo que traería como consecuencia la supresión del egoísmo. El principio desarrollado por Platón, que le lleva al comunismo reza así: «se cuida más lo que más se ama, y se ama, lo que más coincida con el interés

¹¹³ Cfr. RAWLS, J., *JAFR*, *op. cit.*, pp. 235–236.

¹¹⁴ Cfr. Rep. V, 462a–463c.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

propio»¹¹⁵.

Lo interesante de este último principio, es que Aristóteles, del mismo saca una conclusión completamente distinta a la de Platón. Para el Estagirita, parece evidente que si hay que amar a muchos, el amor a repartir se irá agotando en la medida de su reparto, de modo que las cantidades de amor serán tan más exiguas tanto más sean los amados, por lo que lo que conviene es diluir la postura comunista pues es mejor referirse a las cosas y a las relaciones personales en un «mío» que refiera al un «de cada uno» que un mío que refiera a un «de todos». Por tanto, más que comunismo, lo que debe fomentarse para dar lugar a la unidad sin vulnerar la propiedad privada es la amistad¹¹⁶, de manera que se fomente un correcto *ordo amoris* pues hay dos motivos para que los hombres se tengan mutuo interés y afecto: la pertenencia y el amor familiar¹¹⁷.

Aristóteles da un fundamento positivo a la propiedad privada, pues afirma que una cosa que nos pertenece nos produce placer debido a que el amor que tenemos por las cosas es parte del amor que nos tenemos a nosotros mismos. El disponer de propiedad privada nos permite poner en juego la virtud, de forma que es posible ser generoso, servicial, etc., lo cual no sería posible si no existiera dicho régimen de propiedad y esto, al mismo tiempo, nos revela que la propiedad privada tiene como fin complementario el «uso común» de lo poseído, lo que indica que hay que estar dispuesto a dar los propios bienes a los amigos y familiares que lo necesiten, cosa que cualquier propietario con posibilidades haría si fuese una persona virtuosa.

¹¹⁵ Cfr. ESTEBANEZ, Emilio G. en AQUINO, TOMÁS DE, *Suma...*, *op. cit.*, p. 506 y Rep. III, 412d.

¹¹⁶ Pol. II, 1261b; 1262a; 1262b.

¹¹⁷ Cfr. Pol. II, 4, 1262b.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

Así, pues, un mismo principio conduce a dos conclusiones contrapuestas. Platón quiere que todo sea común, para que el particular, al no tener otra propiedad, lo ame como se ama lo propio. Aristóteles desmonta este argumento en la forma que hemos visto, manteniendo el sentido genuino y primario del término «propio». Para ambos, lo que despierta y mantiene el interés por lo que sea es el egoísmo individual; pero, mientras Platón intenta manipularlo, Aristóteles le da vía libre¹¹⁸.

La cuestión, comparándola con la propuesta rawlsiana, es que ni la propuesta platónica ni la aristotélica, tienen en cuenta la justicia social. A Platón lo que le preocupa es contar con una *polis* fuerte y unida; y Aristóteles, aunque tiene claro un esquema de justicia distributiva, no ve más allá, por lo que no conoce lo que hoy en día se denomina «justicia social». Tanto que es consabido la jerarquización y desigualdad que existe en la sociedad política aristotélica. Su interés es la perfección y felicidad del hombre, que sólo es factible en la ciudad¹¹⁹.

La doctrina de Tomás de Aquino en este tema, según Estebanez, no supera los planteamientos ni de Platón ni de Aristóteles.

¹¹⁸ESTEBANEZ, Emilio, G., en AQUINO, TOMÁS DE, *Suma...*, *op. cit.*, p. 507.

¹¹⁹:"Sólo en la ciudad, en efecto, cabe acumular riquezas y eximirse del trabajo corporal y su sujeción, creando para el hombre un espacio de ocio y libertad que le permita dedicarse al cultivo de las virtudes morales e intelectuales y participar activamente en la administración pública (Pol. 1281a; 1328b). El trabajo corporal es incompatible con el ejercicio de las virtudes y la vida de estudio, en lo que consiste la perfección humana y la felicidad[...] Este es el lugar natural en que deben de enmarcarse los argumentos aristotélicos en favor del régimen de propiedad privada". ESTEBANEZ, Emilio G., en *Ibid.*, p. 508.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

Siguiendo la huella del segundo, matiza únicamente con la doctrina de los padres de la Iglesia. Para el Doctor Angélico, son las consecuencias las que demuestran que la propiedad privada obtiene un mayor rendimiento, engendra mayor solicitud y propicia más eficazmente la paz social. “Es por tanto, dadas estas circunstancias, el sistema preferible para vehicular y reproducir el fin intimado por el derecho natural: provecho igual para todos”¹²⁰.

De acuerdo con esto, lo que legitima este sistema es que la función social de los bienes pertenecientes a una comunidad — función social que estriba en sostener adecuadamente el nivel de vida de los miembros— es llevada a un término más perfecto que el sistema de propiedad común o cualquier otro sistema.

Lo llamativo es que, aún cuando se produzca este efecto, la misma doctrina que afirma el Aquinate, desde la doctrina aristotélica se aplica de forma distinta, es decir, Aristóteles propone el uso común de las riquezas para corregir la disfuncionalidad de la propiedad privada. De Aquino, siguiendo a los Padres de la Iglesia, estima que lo que los ricos tienen de más deben hacerse llegar a los pobres mediante limosna u obras de beneficencia voluntaria, pues aquello que sobre a los ricos es propiedad de los necesitados¹²¹.

Todo esto es distinto a la doctrina de la «función social» de la propiedad privada y la riqueza surgida más tarde. Esta doctrina propugna una distribución de los beneficios acumulados por unos pocos en su utilización en formas tales que todos en la sociedad puedan beneficiarse. Es decir, “se confiesa que la propiedad privada no cumple el objetivo por el cual se legitimaba, y, a pesar de ello, se sigue repitiendo mecánicamente que es el mejor ré-

¹²⁰ESTEBANEZ, Emilio G., en AQUINO, TOMÁS DE, *Suma... op. cit.*, p. 508.

¹²¹S. Th. II-II, q. 66, a.2, sol.2 y 3.

gimen porque los cumple. En los supuestos tomistas, la función social es la función natural de los bienes antes de su apropiación. Si después de efectuada ésta todavía pendiente dicha función, es porque la propiedad privada, en general, o el modo concreto de su realización, no es el instrumento idóneo para hacer real y efectivo el destino que, por derecho natural tienen los bienes”¹²².

4.4. Tradición Clásica, Tradición Liberal y Naturaleza

Así pues, vemos que en la tradición aristotélico-tomista, mediante la referencia a la naturaleza, la razón humana es capaz de deducir la legalidad natural, y por tanto, obtener criterios normativos para su actuar, y más específicamente, para acciones vinculadas con la naturaleza tales como la medicina, la enseñanza, la política y el derecho¹²³. Es así como se requiere *arte* para poder dar con el núcleo aplicable y el límite inviolable en el ejercicio de la justicia al momento de elaborar, aplicar y juzgar la ley y el reparto justo. Que bien expresan todo esto la palabras que en algunos lugares se sigue utilizando para denominar esta actividad: *ars iuris* o *iuris-prudentia*.

Además, no sólo se trata de una actividad de discernimiento, sino también de una actividad creativa, inventora, la cual posibilite la elaboración de normas justas y la creación de instituciones justas en aquellos ámbitos en los que la naturaleza no se pronuncia expresamente. Así, la *inventio* de la razón práctica “no problematiza los fines naturales —los fines de las virtudes—

¹²² ESTEBANEZ, Emilio G., en AQUINO, TOMÁS DE, *Suma...*, *op. cit.*, pp. 508–509.

¹²³ *Cfr.* GONZÁLEZ, A.M., *Moral, Razón...*, *op. cit.*, p. 268.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

sino que se refiere exclusivamente a los medios para realizarlos”¹²⁴. Pero para tener certeza, necesitamos tener claro qué es lo queremos, cual es nuestro bien.

Tomás de Aquino hacer ver que la prudencia política es de un tipo diverso al de la prudencia del individuo¹²⁵. A través de las contingencias históricas, se ha de procurar el equilibrio entre bien común y bien individual, pues la contraposición sistemática de ambos conceptos “lleva en sí misma la marca de la ideología: tanto si se extrema la libertad individual hasta despreciar la referencia al bien común como motivo de actuación, como si se exalta el bien común hasta abolir la legítima autonomía del individuo, se pierde el equilibrio necesario para la convivencia armónica y creativa [...] el modo en que se aborda hoy el fenómeno moral es sin duda muy distinto al ensayado por Aristóteles, y que Santo Tomás asume como decisiva aportación de la ética filosófica a su teología moral.”¹²⁶.

La situación es descrita claramente por Ana Marta González, pues no obstante la importancia que Rawls otorga a la historia, a la tradición occidental, su racionalismo procesal le lleva a las antípodas del planteamiento clásico. Lejos de formular el problema en los términos aristotélicos, Rawls, como buen liberal, se inscribe en esa tradición que lejos de moverse en torno a la *perfección de la capacidad tendencial humana*¹²⁷, toma un punto de partida sociológico: la existencia de un pluralismo ético, la pluralidad de lenguajes éticos, ese pluralismo «razonable» que implica una variedad de distintas concepciones del bien, que Rawls rehuye discutir, renunciando con ello, de forma implícita a la verdad

¹²⁴ GONZÁLEZ, A.M., *Moral, Razón. ...*, op. cit., p. 269.

¹²⁵ Cfr. S. Th. II-II, q. 47, a. 11, sol.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 271.

¹²⁷ Cfr. *Idem.*

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

acerca de la justicia, limitándose a una verdad «funcional», lo que en palabras de la profesora González “[...] en absoluto es considerado un *puro hecho*, ni sólo tampoco un signo de libertad que está en la base de la ética, sino que es valorado *a priori* como poseyendo en sí mismo ya una calificación moral positiva. En esto consiste precisamente la carga ideológica del liberalismo”¹²⁸. El único principio inviolable sería la libertad autónoma, de tal forma se entiende que una ética que proponga elementos perfeccionistas sea vista con sospecha por parte de los liberales, pues supone que hay un tender humano, y por tanto, una naturaleza que limita *a priori* la libertad entendida como autonomía. Sin embargo, Rawls no llega al extremo de afirmar la autonomía a ultranza, buscando la emancipación de un orden moral; más bien busca asegurar la libertad e igualdad, y por ello establece la primacía de lo justo. Implícitamente, con su apertura a la realidad y la insistencia en la necesidad de que su *consenso entrecruzado* debe nutrirse de valores provenientes de doctrinas comprensivas, acepta la posibilidad *a priori* de un mínimo orden moral constitutivo en los individuos, pues si lo *a priori* fuese únicamente el propio interés, la conflictividad latente sería irreducible¹²⁹. El anhelo que hasta el momento veo irrealizado en la propuesta rawlsiana es el de dar con una referencia sólida para dar con la verdad acerca de la justicia, no quedándonos en el ámbito puramente práctico. Según mi modo de ver las cosas, la naturaleza tiene un papel determinante como referencia cara al discernimiento de lo que es verdadero o falso, bueno o malo, al actuar como individuos racionales. La naturaleza nunca deja de ser un

¹²⁸GONZÁLEZ, A.M., *Moral, Razón...*, *op. cit.*, p. 271.

¹²⁹En mi opinión, esto se puede apreciar en la segunda parte de *PL* cuando en la conferencia V refiere las «tres ideas capitales» del liberalismo político. *Cfr.* RAWLS, J., *PL*, *op. cit.*, pp. 209–224.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

criterio objetivo de moralidad. Así, la ética pueden librarse de enfoques utópicos y relativistas, pues “sólo en la medida en que se afianza en este suelo humano natural, ya que únicamente por referencia a la naturaleza es posible afirmar de modo categórico la diferencia moral entre lo bueno y lo malo”¹³⁰.

4.5. Rawls y la novedad de un liberalismo atemperado

Es en este marco dónde la teoría de Rawls viene a ser un valiente intento y algo verdaderamente laudable. En su preocupación por la justicia distributiva, Rawls se revela como un revisor de los argumentos protocolarios de la propiedad privada, refiriendo a los bienes comunes y su función social así como a la cuestión de la estabilidad y entendimiento en una sociedad pluricultural. Rawls sabe que no puede dejarse al mercado la distribución de bienes, honores y condiciones de desarrollo personal y por ello diseña un esquema institucional que vele por la correcta distribución. La realización del fin primordial de los bienes, es decir, su uso común o función social, ha de ser asimismo el cometido primordial de la ley, que no debe dejar objetivo tan importante en manos de la buena voluntad de los particulares.

Rawls, al sostener que no es posible someterse sin más a las leyes del libre mercado, muestra una gran valentía, pues tiene que enfrentarse a un tiempo a los libertarios, y a los liberales pragmáticos, que casi siempre ocupan el campo en la teoría económica norteamericana, inspirados en Hayek. “Estos segundos, fervientes devotos de la «mano invisible» o de los modelos matemáticos, dirigen a la propuesta de Rawls acusaciones de «in-

¹³⁰GONZÁLEZ, A.M., *Moral, Razón...*, *op. cit.*, p. 273.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

eficiente», «impracticable» u otras semejantes»¹³¹.

Rawls, como ya se ha insistido, deja la cuestión abierta sobre que sistema de propiedad debe regir en un esquema de justicia distributiva, pero deja siempre a salvo la libertad. Alguno de los principios que postula son —en opinión de Casanova y mía— bastante sensatos, como es el caso del *principio de diferencia*¹³².

Rawls no postula un igualitarismo total, que sería contraproducente, pero tampoco deja de velar por los más desfavorecidos, ni niega la función social de los bienes de fortuna. Ahora bien, dentro de su agudeza de su observación, el profesor de Harvard, consciente de la necesidad de la intervención estatal, subraya que es necesario prever la financiación pública de los partidos políticos para impedir que sean controlados por intereses económicos particulares¹³³.

Con todo, Rawls no logra despojarse de cierto halo de utopía. En ocasiones parece que no toma en cuenta la experiencia dada históricamente. Tiene propuestas que a veces se antojan temerarias como por ejemplo, suprimir el impuesto sobre la renta porque presumiblemente sería mejor el impuesto al consumo¹³⁴, suprimir el salario mínimo, dejando al mercado la determinación de cuánto debe pagarse por el esfuerzo o preparación de cada uno; y a la rama de transferencias de las instituciones de tras-

¹³¹CASANOVA, C. A., *op. cit.*, p. 51.

¹³²Las desigualdades sociales deben de redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad. Está subordinado al primer principio de justicia (que garantiza las libertades básicas iguales) como al principio de igualdad equitativa de oportunidades. Trabaja conjuntamente con esos dos principios previos y siempre que sea aplicado dentro del trasfondo institucional en el que quedan satisfechos dichos principios. *Cfr.* RAWLS, J., *JAFR*, *op. cit.*, pp. 73, 94.

¹³³*Cfr.* RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, pp. 214–215.

¹³⁴*Cfr. Ibid.*, p. 260.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

fondo la satisfacción del principio de sentido común «a cada uno según su necesidad»¹³⁵.

Es problemático que Rawls no distinga expresamente entre la justicia distributiva y la correctiva o conmutativa, por una parte; y por otra, que su sistema le impide ver que algunos bienes que se reparten en las sociedades no son materiales o que algunos motivos del reparto son espirituales¹³⁶. El igualitarismo de Rawls tiene razón al sostener que una vez establecido el sistema de repartos en una sociedad deben aplicarse sus previsiones a los casos particulares que realizan los supuestos de hecho sin hacer acepción de personas, pero —en mi opinión— se equivoca al establecer que en las reglas del reparto no se considere la dignidad de las personas¹³⁷, esto va contra la más básica definición de justicia que implica «dar a cada uno lo suyo, su derecho». El mérito y la dignidad son realidades existentes más allá de los acuerdos positivos, son realidades morales que se manifiestan nada más entrar en juego la sociabilidad natural humana.

En algunos momentos pareciera que Rawls no conoce la distinción entre justicia distributiva y justicia conmutativa, como dos clases dentro de la justicia particular:

Así, cuando existen acuerdos económicos justos, las demandas de la personas son resueltas con preferencia a las reglas y preceptos (con sus valores respectivos) que estas prácticas consideran pertinentes. Como hemos visto, es erróneo decir que las porciones distributivas justas recompensan a los individuos de acuerdo con su valor moral. Pero lo que podemos

¹³⁵ Cfr. RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, pp. 284–291.

¹³⁶ Cfr. CASANOVA, C. A., *op. cit.*, p. 54.

¹³⁷ RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, pp. 287–291, § 48.

decir es que, en el sentido tradicional, un esquema justo da a cada quien lo que merece: es decir, asigna a cada uno lo que el esquema autoriza¹³⁸.

Rawls contrapone su concepción de justicia distributiva especificada en la justicia como equidad, a la justicia «retributiva» que es aquella que retribuye, al modo aristotélico, los honores o el mérito teniendo en cuenta la proporcionalidad, más que la igualdad, según corresponda. El profesor de Harvard evita entonces caer preso de la concepción no procesal de la justicia para así no hablar de la virtud desde el punto de vista de los clásicos. Si fuese así, habría posibilidad de ver si existe una distinción de clases de justicia en la propuesta rawlsiana. Todo parece quedar limitado a un eficiente y equitativo reparto material.

4.6. El mérito y la igualdad

Basta asomarse un poco al debate contemporáneo sobre la justicia distributiva para hacerse cargo del debate comenzado después de la publicación de *TJ*. Dentro de los términos a discusión sobresale una cuestión particular: si aún cuando un principio distributivo es considerado obligatorio, ¿cuál es el objeto a distribuir? Pues mientras algunos autores se han detenido en la crítica del principio distributivo rawlsiano que sería elegido bajo el *velo de la ignorancia*, algunos han hecho surgir señalamientos acerca la finalidad distributiva misma. ¿Cómo valorar una política distributiva? ¿Cuál es el fin de la justicia distributiva misma? ¿Cuándo una distribución es justa y no necesita de procesos distributivos ulteriores? La discusión entonces, queda en ocasiones centrada en dos categorías: una concerniente a la modalidad de

¹³⁸RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, pp. 289–290.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

la distribución, la otra al objeto, la variable, la métrica de la desigualdad¹³⁹.

Para H.L.A. Hart, el principio general latente en tales aplicaciones de la idea de justicia (refiriéndose a las distribuciones o compensaciones), es que los individuos gozan de un título con respecto de cualquier otro para una cierta y relativa posición de igualdad o desigualdad. Esto es algo que debe ser respetado en las vicisitudes de la vida social cuando las cargas y beneficios hayan de ser distribuidos; algo que debe ser restaurado cuando sea perturbado¹⁴⁰. En mi opinión, resulta muy plausible ver esto como un asomo a lo que se conoce como «dignidad de la persona» cuyo fundamento deriva de su condición originaria, de una ley de tipo «natural».

De acuerdo con Catherine Audard, el tema del mérito en Rawls ha sido mal entendido tanto por los utilitaristas como por los igualitaristas. Con frecuencia se piensa que —según la profesora de la *London School of Economics*— que el segundo principio de justicia de Rawls se dirige a los menos favorecidos a costa de pedir mucho a los más aventajados y talentosos ciudadanos¹⁴¹. Esta discusión es una buena ocasión para aclarar el *holismo social* de Rawls, en el cual lo primero que se considera son las desigualdades creadas por la estructura social, no las posiciones dentro de ella, al mismo tiempo que se busca defender la autonomía personal.

El problema cuenta con dos partes: la dotación natural de

¹³⁹ Cfr. BIONDO, F., “Il dibattito tra Rawls e Sen sull’egualianza”. Opportunità e risorse come ‘valuta’ della distribuzione, en PUNZI, A. (ed.), *Omaggio a John Rawls*, volumen 4, Giuffrè editore, Roma 2004, vol. 4, p. 355.

¹⁴⁰ Cfr. HART, H.L.A., *The concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961, p. 159.

¹⁴¹ Cfr. AUDARD, C., *op. cit.*, p. 103.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

talentos y las circunstancias sociales. Ante lo cual el enfoque de las instituciones procuradoras de justicia debe centrarse en *lo que hacemos* no en *lo que somos*, como consecuencia de la «lotería» natural y social a efectos de la justicia distributiva. El mérito y los esfuerzos individuales deben ser recompensados y la mala suerte ante el éxito debe ser compensada¹⁴². La idea rawlsiana de fondo es que los talentos naturales, cuando se ponen en juego, traen consigo consecuencias sociales, que una estructura básica debe regular eficazmente para beneficio de todos, especialmente de los menos afortunados.

Lo anterior no implica que los talentos naturales sean un patrimonio común de la sociedad cuya propietaria sea la misma sociedad; sino que la estructura social será justa y eficiente si los beneficios y recompensas son determinados para ventaja de todos. Las personas serán recompensadas no por el lugar que ocupen en la distribución sino por el esfuerzo, el entrenamiento y educación de sus talentos naturales, y por ponerlos en juego para contribuir con los demás, por lo cual no se trata de una justicia meritocrática donde el segundo principio es un principio de compensación¹⁴³. En palabras de Rawls:

Los dos principios de justicia incorporan el concepto de justicia procedimental pura de trasfondo y no el de justicia asignativa (§14)[...]Antes bien, la estructura básica está pensada para incluir las necesarias instituciones de la justicia de trasfondo, de tal forma que los ciudadanos dispongan de medios generales de uso universal para cultivar y educar sus capacidades básicas, y tengan una oportunidad equi-

¹⁴² Cfr. AUDARD, C., *op. cit.*, p. 104.

¹⁴³ Cfr. *Ibid.*, pp. 104-105.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

tativa de hacer buen uso de ellas, siempre que sus capacidades caigan dentro del espectro normal de capacidades. Es cosa de los ciudadanos como personas libres e iguales [...] aprovechar las oportunidades garantizadas a todos en condiciones de equidad¹⁴⁴.

No obstante lo señalado anteriormente, Audard insiste en que Rawls no es individualista¹⁴⁵, pues la cuestión del mérito no debería formar parte del tema de la justicia social, pues de acuerdo con Rawls, la distribución particular de oportunidades no depende de que se sigan los principios de justicia (ya asignativa ya procedimental) que usa una medida de capacidades básicas. Una medida científica (a diferencia de una normativa) del entero espectro de esas capacidades es imposible desde un punto de vista práctico, cuando no también teórico. En caso de que la incapacidad de trabajar y sostenerse a sí mismo no sea resultado de una elección, sino de mala suerte, entonces ya no se trata de una cuestión de justicia sino de la asistencia y cuidados sociales¹⁴⁶.

En la justicia como equidad, el ajuste de esas diferencias en las capacidades procede por vía de un

¹⁴⁴RAWLS, J., *JAFR*, *op. cit.*, p. 226.

¹⁴⁵“Let us conclude that Rawls’ position is consistently anti-individualist in its analysis of merit while respecting the value of free autonomous choices and the limits of corrective justice. Either our merit is personal and a reward is not a question of social justice, or it is measured against a social criterion of the value of our contribution, and then the criterion is not provided by merit itself, but by the institutional context. It is thus incoherent to claim merit for choices for which we are not fully responsible and that are socially, not personally determined by recognized public rules and should be distinguished from vague and confused individual aspirations rewards”.
AUDARD, C., *op. cit.*, p. 106.

¹⁴⁶*Cfr. Idem.*

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

proceso social continuo de justicia procedimental pura de trasfondo en el que las calificaciones que habilitan para cargos y posiciones particulares desempeñan un papel distributivo. Pero como siempre, ninguna diferencia en las capacidades básicas (dentro de un espectro normal) afecta a los derechos y libertades básicos de las personas. Lo que afirma la justicia como equidad es que, en una sociedad bien ordenada, dicho proceso social continuo no desembocaría en la injusticia política¹⁴⁷.

Sin embargo, en mi opinión es fundamental que exista una efectiva tendencia a ayudar al otro aún cuando éste no cuente con el espectro normal de capacidades, al menos desde el punto de vista del bien común, pues difícilmente en la comunidad política se da la justicia de forma aislada respecto de las otras virtudes —como ya se ha dicho que el mismo Rawls reconoce— y no por sustraerla a base de interponer un enfoque procesalista, centrado en la estructura básica, se debe obviar la realidad que atañe a una parte nuclear de la teoría de la justicia rawlsiana: el que todos puedan ser felices y que exista la armonía social necesaria para ello.

Para Michael Sandel, en la justicia como equidad rawlsiana, una vez que uno rechaza las nociones de merecimiento individual y de «oportunidades justas» como las bases primarias del reparto distributivo, la distinción entre obstáculos genéticos o culturales para el éxito, pierde mucho cara a su interés moral. “Una vez que acordamos dirigir la distribución de talentos como un patrimonio común, importa poco como algunos terminan por residir en ti y

¹⁴⁷RAWLS, J., *JAFR*, *op. cit.*, p. 227.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

otros en mí”¹⁴⁸.

Entre los defensores de una teoría meritocrática, los argumentos que suelen salir a la luz más comúnmente —según Sandel—, son dos: uno de tipo moral que establece que los talentos naturales son de alguna manera esenciales a la persona, aún cuando se trate de diferencias innatas arbitrarias, y por tanto, no pueden ser eliminados arbitrariamente pues se trata de rasgos constitutivos de la persona, que de ninguna manera son consecuencia del influjo social o cultural. Por ejemplo, una inteligencia innata es un hecho irreducible a la persona, y la integridad de ésta requiere que no sea atemperada o reducida con ningún tipo de propósito social. El segundo argumento de tipo práctico distinguiría desigualdades de tipo natural y desigualdades de tipo social, en la base de que las primeras no pueden ser tratadas de la misma manera que las segundas, ésta podrían ser remediadas por la sociedad, pero las naturales deben ser respetadas. Por ello, dado un sistema justo, algunos avanzarán de forma más exitosa que otros, y ni siquiera la sociedad más iluminada al respecto podrá hacer nada para evitar este hecho¹⁴⁹.

Para Sandel, lo que importa es que la sociedad esté realmente abierta, incluso al hecho de un despliegue de ventajas y desventajas consecuencia de la natural constitución de la persona. Refiere que Rawls respondería a esto diciendo que el rol en la sociedad estaría naturalmente limitado en de modo que uno asume que su única función de cara a promover la justicia consiste en los esfuerzos por paliar esas desventajas de los menos afortunados de modo que puedan competir de un modo más justo. Pero asumir esto —en la opinión de Sandel— descuida el significado equitativo de la elección social implícita en las metas

¹⁴⁸SANDEL, M., *op. cit.*, p. 73. La traducción es mía.

¹⁴⁹*Cfr. Ibid.*, pp. 74–75.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

que las instituciones persiguen y atribuyen su valía en el proceso. Es decir, se descuidaría la justificación del objetivo por el que trabajan, de la pauta que define en caso o ámbito concreto para llevar a cabo la distribución¹⁵⁰.

La crítica de Sandel a este respecto sigue por la siguiente argumentación: desde el punto de vista de Rawls, las instituciones no están constreñidas por un sentimiento o reconocimiento pre-institucional de la virtud, pues ésta debe ser tomada en cuenta una vez que cuenta con una definición y reconocimiento institucional. Además, de acuerdo con Rawls, el concepto de valor moral no ofrece un primer principio de justicia distributiva. Entonces, al no contar con la virtud como antecedente, o con un *status* pre-institucional, el diseño de las instituciones queda abierto a la cualidades que tal diseño termine por apreciar, lo que trae consigo que el valor intrínseco de los atributos que una sociedad estima y persigue no puede ofrecer una medida para ponderar su justicia, pues su valor sólo aparece bajo la luz de orden institucional y así darles cabida. El rechazo de Rawls a las nociones pre-institucionales de virtud refleja la prioridad de lo justo o lo correcto sobre el bien y el ánimo de evitar en adelante una tesitura de elección entre concepciones del bien competidoras.

Esa prioridad institucional respecto a la virtud y el valor moral es ocasión de no tomar en cuenta los merecimientos derivados

¹⁵⁰Por ejemplo, en el caso de defender la maximización del producto económico del conjunto social, los que defiendan la meritocracia justa tendrían razón, al decir que la cuestión que cuanta para la justicia es qué ver si las personas en una sociedad están capacitadas para lograr ese propósito y cosechar los beneficios de su contribución. Pero una sociedad no sólo capacita y falla en capacitar a sus miembros con talentos para este propósito, sino que define a través de sus instituciones sociales la naturaleza de ese propósito, definiendo así también la valía del propósito en el que se basa la distribución¹⁵¹.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

de los atributos naturales de una persona. En orden a poder asegurar la ventaja que éstos podrían proporcionar, es necesario que los posea efectivamente (en un sentido no arbitrario de esa posesión) y que se tenga derecho (en un sentido pre-institucional de tener derecho) de que la sociedad estime ese atributo más allá que otra cosa. Pero para Rawls, esto no es sostenible, El argumento de la arbitrariedad y del patrimonio común de esos dones, desestima esta posibilidad, además de que la precedencia de las instituciones sobre el valor moral anula cualquier ponderación al respecto¹⁵².

Volviendo a la cuestión del mérito y la justicia distributiva, Wojciech Sadurski en su obra sobre justicia distributiva¹⁵³. sostiene que a fin de cuentas se aplica un único principio unificador de justicia en las innumerables cuestiones que suelen surgir, cuya tendencia dominante es al «equilibrio» de los beneficios y cargas experimentados por los individuos en la medida que van buscando implementar su plan racional de vida. La idea de Sadurski no es igualar los beneficios con las cargas sino equilibrar esos beneficios y cargas pero de modo que cada uno tenga lo que realmente merece. Por tanto de manera contraria a lo que un rawlsiano sostendría, es necesario tomar en cuenta el mérito no por jerarquía sino por merecimientos debidos al trabajo de cada uno, pero al igual que Rawls, reconoce que primero es necesario satisfacer las necesidades básicas de los individuos para que éstos se encuentren en posición de producir beneficios con valor

¹⁵² Cfr. SANDEL, M., *op. cit.*, pp. 76-77.

¹⁵³ SADURSKI, W., *Giving Desert its Due: Social Justice and Legal Theory*, Dordrecht, Boston MA. 1985.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

social¹⁵⁴.

Es importante dejar claro que cuando hablamos de equilibrar las cargas y beneficios de los individuos en sociedad debemos distinguir en qué ámbito de justicia nos movemos. Conciernen a la justicia retributiva las situaciones que miran a la culpa y el castigo. De acuerdo a este último, nos encontramos ante la posibilidad de lastimar o conculcar la libertad de una persona de manera directa. Es aquí dónde se debe reflexionar sobre qué es lo que lleva a la sociedad no sólo a permitir esto sino a velar por su cumplimiento.

En cuanto a la justicia distributiva, la materia es diferente pues es la actividad económica misma, que no resulta de por sí culposa o lastimosa, la que crea las situaciones de un reparto justo o injusto. El problema surgirá con la situación inequitativa en la cual siempre está involucrada más de una persona.

En la justicia retributiva, rara vez tiene sentido hablar del mérito o merecimiento (en sentido positivo), a excepción de una comparación entre lo que una persona y otra merecen (en sentido negativo) respecto a la culpa y castigo. Por tanto, el mérito es inherentemente robusto e independiente de otras consideraciones en la justicia retributiva. Sin embargo, en la justicia distributiva, el mérito es afectado por otras relaciones, por ejemplo, dónde han sido originados los recursos a distribuir, si tales recursos pueden aumentar en cierta forma de modo que aquellos que lo «merecan» tenga esa oportunidad, y como dar a alguien lo que merece podría afectar el mérito de los demás¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Cfr. GRAPSTEIN, ROBERT, Book Review, "Giving Desert its Due: Social Justice and Legal Theory, Wojciech Sadurski", en *The American Political Science Review* 80, Nr. 4 December 1986, p. 1333.

¹⁵⁵ Cfr. SMILANSKY, SAUL, "Control, Desert and the Difference between distributive and Retributive Justice", en *Political Studies* 131 2006, p. 514.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

Pues en la justicia distributiva siempre está presente de alguna manera el factor comparación y el conflicto de valores, pues al momento de definir los criterios de distribución siempre están en juego consideraciones relativas a los títulos, los derechos, la igualdad y las necesidades. De modo que la normativa dentro del campo de la justicia distributiva es abundante, y suele ser conflictivo lograr un acuerdo a este respecto. Esto viene a poner en evidencia que existe una asimetría patente entre la justicia distributiva y la retributiva.

A lo anterior podríamos agregar también, que en nuestros días el mérito, dentro de la justicia distributiva no comparece con la fuerza y la evidencia con que en la Grecia clásica cuya sociedad era jerárquica, como lo muestra el debate contemporáneo entre los seguidores de la tradición clásica, los liberales, los libertarios y los igualitaristas. La impartición de justicia es más complicada en cuestiones distributivas que retributivas porque la finalidad de las primeras no es sólo el reparto justo, sino que llevan consigo también el anhelo de prosperidad económica¹⁵⁶. Es verdad que con frecuencia para poder alcanzar esta meta se debe recurrir a la justicia retributiva y discernir culpas y aplicar castigos. Pero el objeto o finalidad de la justicia distributiva se revela de una naturaleza distinta al de la retributiva y exige un control de la igualdad que resulta muy complicado debido a la pluralidad de valores y deseos que los miembros de un grupo social puedan tener. Es por esto que no resulta superfluo hacer alusión en cuestiones distributiva a cuestiones de psicología, moral y valores.

¹⁵⁶ *Cfr.* SMILANSKY, SAUL, *op. cit.*, p. 515.

4.7. Igualdad y Ley Natural

Tratando el problema de la igualdad, Rawls distingue entre «bienes sociales» y «bienes naturales»¹⁵⁷. Rawls quiere precisar que el Estado puede y tiene la tarea de distribuir derechos, poderes, etc., de acuerdo con criterios equitativos e igualitarios, mientras que no debe, o sólo excepcionalmente, dispensar o distribuir salud y talentos.

La cuestión es si una correcta interpretación de Rawls llevaría a sostener que su concepción de igualdad no se aplica a los bienes naturales sino solamente a los bienes sociales, como la mayoría de los estudiosos suelen señalar. La cuestión versa sobre las desventajas que ocasionan a los demás el hecho de que un individuo del grupo tenga más talentos naturales que el resto¹⁵⁸. Es entonces la naturaleza fuente de debate, pues para algunos teóricos liberales es la base de una igualdad de tipo meritocrática a la que se oponen los partidarios de la igualdad de tipo democrático. Este debate es un debate de ponderación de valores, de

¹⁵⁷De hecho, derechos, libertad, poderes, oportunidades, riqueza y ganancias se distinguen de salud, fuerza, inteligencia y creatividad, que son considerados bienes «naturales», por el hecho de que la estructura fundamental puede ejercer un control sobre los primeros y más bien poco control sobre los segundos. *Cfr.* RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, p. 69.

¹⁵⁸Para Patrizia Ferragamo, una interpretación posible de hecho es que el mayor talento de uno no comporta, por naturaleza una ventaja para los demás, sino más bien desventajas, pues esa desigualdad natural viola los criterios de igualdad tanto en la teoría rawlsiana como en la utilitarista-eficientista, pues resulta contraria a la idea del «óptimo de Pareto», según la cual el mejoramiento de la posición de uno o de algunos sería justificado si no trae consigo algún costo o carga para cada uno o todos los demás. *Cfr.* FERRAGAMO, P., “L’egualianza nel pensiero di John Rawls”, en PUNZI, A. (ed.), *Omaggio a John Rawls*, volumen 4, Giuffrè editore, Roma 2004, vol. 4, p. 387.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

tipo axiológico y comprensivo pues implica la ponderación de los valores de igualdad y libertad, donde en el caso de Rawls prima la primera, y en el caso de los liberales prima la segunda, como ya se ha señalado antes en este mismo trabajo.

El profesor de Harvard deja fuera de discusión un reparto de bienes naturales¹⁵⁹ para centrarse en los sociales. Es entonces la sociedad quien debe redistribuir los bienes sociales:

La idea intuitiva es que el orden social no ha de establecer y asegurar las perspectivas más atractivas de los mejor situados a menos que al hacerlo vaya en beneficio de los menos afortunados¹⁶⁰.

Para Rawls, hacer justicia exige que las diferencias entre los individuos singulares no sean confiadas al caos de la fortuna sino a la armonía de la razón¹⁶¹. La fuerza de su modelo teórico reside en que la igualdad democrática —fundada sobre el principio de diferencia no en el de eficiencia— tiene su punto de partida en una igualdad de oportunidades que es «originaria». Los dos principios de justicia apelan a una igualdad presupuesta o implícita de toda persona que le da el derecho a la libertad fundamental más extensa. Tal libertad no es bien habida si antes no hay condición de igualdad originaria. Pero a diferencia de Dworkin, que privilegia la igualdad sobre la libertad, y de Nozick que privilegia la libertad sobre la igualdad, Rawls toma distancia y apelando a esa igualdad originaria, afirma una «igualdad en la libertad». La libertad sólo puede ejercerse dentro de un marco de igualdad,

¹⁵⁹Cuyos poseedores gozan sin mérito alguno, y en cuyo caso de no haber moderación se terminaría por penalizar a los que no los tienen, dejándoles en evidente situación de desventaja.

¹⁶⁰RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁶¹*Cfr.* FERRAGAMO, P., *op. cit.*, p. 390.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

y son las libertades el primer objeto de cualquier teoría sobre la igualdad¹⁶².

Pero como lo muestra el segundo principio de justicia¹⁶³, las desigualdades son inevitables. Es por ello que con este principio Rawls pretende sostener que la distribución de los recursos no es lo único que importa sino que, al existir esas desigualdades ineludibles, al menos se asegure una igual oportunidad de acceso inicial a los recursos. Y como ya se ha mencionado en múltiples ocasiones, tal igualdad de oportunidades se da en una «posición original» y bajo un «velo de la ignorancia», que es una situación contractual heurística e hipotética.

Con el velo de la ignorancia Rawls busca realizar aquella legislación moral de tipo kantiano considerada fruto de un acuerdo entre personas racionales, libres e iguales, entendiendo en el carácter autonómico de los principios elegidos la característica más importante de la doctrina moral de Kant¹⁶⁴.

Es así como se otea una referencia más allá del artificio intelectual rawlsiano. La posición original da por supuesta una igualdad originaria, sin que el pensador oriundo de Baltimore explique el origen o raíz de esa igualdad. Es aquí donde me inclino a ver un reconocimiento implícito de una *Ley Natural*.

¹⁶² Cfr. FERRAGAMO, P., *op. cit.*, p. 392.

¹⁶³ “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 las sociedad (principio de diferencia)”. Cfr. RAWLS, J., *JAFR*, *op. cit.*, p. 73.

¹⁶⁴ FERRAGAMO, P., *op. cit.*, p. 397. La traducción es mía.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

Por más abstracción o ejercicio intelectual que sea la «posición original» al dar como condición para la igual oportunidad una igualdad ontológica y moral, cabe no sólo una interpretación en clave kantiana, sino —a mi juicio— una interpretación en clave realista-moral. Es decir, apelar a la idea de ley natural como se entiende en lo que se conoce como «realismo moral», consonante con la tradición aristotélico-tomista. Sin embargo, hay que matizar esta apreciación. Hablar de «ley natural» en el contexto más propio del desarrollo de la teoría rawlsiana hace necesario referirse al contexto del debate dentro de la tradición anglo-americana, pues existe una viva discusión sobre lo que debe entenderse al usar este término¹⁶⁵. No todos lo que se oponen al positivismo normativo dentro de la tradición jurídica anglo-americana son realistas, por ejemplo, Donald Dworkin, quien no se opone al hecho de que los jueces incorporen puntos de vista morales o políticos al momento de juzgar, por considerarlo algo inevitable e incluso algo bueno, siempre y cuando se trate de juicios razonados.

Para Jeremy Waldron, el término «ley natural» en algunas ocasiones queda reservado para la posición que conjunta realismo moral con la oposición al positivismo en una u otra de sus formas, el cual es un uso comprensible desde que, fuera de la tradición jurídica analítica, «ley natural» refiere simplemente a los hechos en los cuales se realizan juicios de valor sobre lo verdadero y lo

¹⁶⁵“En la tradición jurídica anglo-americana, el término «ley natural» es usado de forma más común en oposición al positivismo descriptivo o sustantivo. Los juristas a favor de la ley natural niegan que la ley y su aplicación inevitablemente implica principios y valores morales. Pero si añaden, “...y una cosa buena” [en el sentido de que con ello se realiza un bien moral en la persona], se convierten en opositores no sólo del positivismo descriptivo sino también del positivismo normativo”. WALDRON, J., *Law and Disagreement*, Claredon, Oxford 1999, p. 168.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

falso¹⁶⁶. Ahora bien, para este autor, el problema de recurrir a los valores morales o a la verdad moral que propugna los realistas representa un peligro al ser ocasión de constreñir y determinar los juicios de los magistrados, lo cual en una sociedad en la que priva un pluralismo moral es a final de cuentas una arbitrariedad:

“Al final es el desacuerdo moral, no la subjetividad moral la que pone de relieve nuestras preocupaciones sobre la moralización judicial. Y desde que los realistas no tienen casi ningún interés en decir algo acerca de la solución del desacuerdo moral, no tienen nada que ofrecer para aliviar estos asuntos”¹⁶⁷.

En esta misma línea deja ver Samuel Freeman una aparente imposibilidad de conciliar el realismo moral de tipo tomista, en último término enlazado a una concepción de la ley natural, con el constructivismo rawlsiano que atañe a la «posición original» y a la igualdad que implica esta, de la que venimos hablando. Para Freeman, los principios de justicia en una sociedad bien ordenada serán acogidos por razones religiosas y de conciencia; y aunque Rawls no las presupone en *TJ* ya se vio que en *PL* no obstante cuenta con ellos como parte del pluralismo razonable y para nutrir la razón pública.

Considerar entonces que los principios de la justicia como equidad sean vistos como una concreción de deberes de ley natural, parte de la ley divina querida por Dios al crear el universo¹⁶⁸,

¹⁶⁶ Cfr. WALDRON, J., *op. cit.*, pp. 168–169.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 187.

¹⁶⁸ Entendiendo —dice Freeman— que “las leyes naturales de la justicia son ordenadas por la divinidad y cognoscibles, como una especie de verdades auto-evidentes, por la luz natural de la razón”. FREEMAN, S., *Rawls...*, *op. cit.*, p. 320.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

es algo incompatible con el constructivismo kantiano, pues niega una posición básica de la interpretación kantiana: que los principios morales tienen su origen y son elaborados por los principios de la razón práctica, además de que esto trae consigo negar la concepción kantiana del agente y la bondad intrínseca de la autonomía moral que apuntala la congruencia del argumento que establece que es nuestro deseo realizar nuestra naturaleza como seres racionales, libres e iguales y por tanto convirtiéndonos en moralmente autónomos.

Pero aún cuando los tomistas negarían esta identificación, pues el sentido de justicia está dirigido a conformarse con las leyes naturales dadas por Dios, siendo un punto de vista comprensivo religioso y ético —insiste el discípulo de Rawls—, no es incompatible con los principios de justicia, pues ve permisible la concepción del bien en una sociedad bien ordenada y con ello ganaría adhesiones¹⁶⁹.

Esto nos pone frente al reto de dar con un punto de vista racional y razonado de la conexión entre la verdad moral y la ley o el derecho, pues es necesario distinguir dentro de la esfera general de la moralidad la específica idea de justicia y los rasgos especiales los cuales hay que tomar en cuenta para su peculiar e íntima conexión con la ley o el derecho¹⁷⁰.

Así, dentro del marco de validación de una ley natural, H.L.A. Hart dice que son necesarios unos ciertos mínimos o principios evidentes para reconocer la necesidad de una relación o conexión entre derecho y moral. Él profesor de Oxford —quien fuera profesor de Rawls cuando éste hizo año sabático en la más antigua universidad inglesa—, dice que *la igualdad aproximada* es un requerimiento en este sentido. Los hombres difieren unos de otros

¹⁶⁹ Cfr. FREEMAN, S., *Rawls...*, *op. cit.*, pp. 320–321.

¹⁷⁰ Cfr. HART, H.L.A., *op. cit.*, p. 153.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

en sus fuerzas físicas, agilidad, y aún más en capacidad intelectual. No obstante, es de vital importancia para el entendimiento de la ley y la moralidad, reconocer que ningún individuo es tan poderoso, que sea capaz, prescindiendo de la cooperación, de dominar o subyugar a los demás por un largo periodo de tiempo. “Aún el más fuerte debe dormir en ocasiones y, dormido, pierde temporalmente su superioridad. Este hecho de igualdad aproximada, más que ningún otro, hace obvia la necesidad de un sistema de mutua aceptación y compromiso que es la base tanto de la obligación legal como moral”¹⁷¹.

No se debe olvidar que cuando refiero el término «ley natural» tengo en cuenta la tensión existente entre la concepción clásica y la concepción moderna de ésta. Ambas apelan a una condición preexistente al orden social y jurídico. Ambas apelan a una «necesidad» de socialización, pero, mientras que en la concepción clásica se parte de concepciones metafísicas, dentro de las cuales una concepción teleológica de la naturaleza es determinante, siendo el hombre social por naturaleza (ontológicamente); en la moderna se parte de una concepción naturalista, donde la necesidad es debida a las pulsaciones naturales del cuerpo y sus pasiones, respondiendo a exigencias biológicas y psicológicas¹⁷².

Todo lo antes dicho dentro de este epígrafe muestra la complejidad del debate acerca de la igualdad y su base última en la ley natural. La tensión continúa. Norman Daniels lo muestra muy bien al señalar que aludir al tema de las diferencias en los

¹⁷¹HART, H.L.A., *op. cit.*, p. 191. La traducción es mía.

¹⁷²Junto con esto, no hay que perder de vista que para la concepción moderna —como por ejemplo para Hume— los individuos no pueden subsistir sin asociarse, y que tal asociación no es posible sin atender a las leyes de la equidad y la justicia *Cfr. Tratado de la naturaleza humana*, III, ii, ‘Sobre la justicia y la injusticia’)

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

talentos naturales y el procurar la igualdad se presenta en estructuras diferentes en las posiciones de autores como A. Sen, Arneson y Cohen en comparación con su propia posición y la de Rawls. Según Daniels, la postura de los primeros se basa en una igualdad de oportunidades pero partiendo de una concepción de tipo comprensivo, mientras que la posición rawlsiana que él comparte no lo es¹⁷³. La tensión sobre la manera de entender el igualitarismo persiste al igual que persiste en la manera de entender la ley natural y por tanto la relevancia moral en los acuerdos políticos de la vida social. Las epistemologías revelan distintas debido a su distinto origen, lo cual se aprecia en los argumentos utilizados para justificar un mismo objetivo en materia de justicia distributiva.

Así las cosas, el giro rawlsiano hacia «una concepción política» de la justicia como equidad resulta una manera de superar la falta de uniformidad epistemológica y axiológica de la igualdad. Al enfocarse únicamente a las «instituciones básicas» es posible limitarse a aceptar sólo ciertos hechos generales de sociología política y evitar entrar en discusiones sobre valores morales particulares, por lo que la gente acepta la concepción política sobre las bases de aceptación de ciertas ideas fundamentales e intuitivas presentes en la cultura política en la que viven, como la idea de que la sociedad es un sistema de cooperación de alcance transgeneracional y de que esto no presupone aceptar doctrinas morales comprensivas determinadas, por lo que en última instancia, lo importante es que se consiga un acuerdo político que a nivel práctico permita la convivencia y el alcanzar las metas que cada individuo se trace en un plan racional de vida, lo cual, no es posible sin presuponer una igual oportunidad.

¹⁷³ *Cfr.* DANIELS, N., “Equality of What, Welfare, Resources, or Capabilities?”, en 6, 2008, pp. 188–189.

¿Pero esto es posible sin apelar a una igual condición natural? ¿Se ha logrado prescindir de una idea de ley natural? ¿No es acaso esto una doctrina comprensiva? Rawls, como ya se ha dicho antes, no logra desembarazarse de estos presupuestos de tipo comprensivo, o más clásicamente dicho, metafísicos.

4.8. *Excursus*: David Hume, inspirador de la teoría de la acción social en Rawls

Una vez analizado el contraste de las diversas maneras de comprender el fenómeno de la justicia distributiva, es preciso persistir en la opinión de que para Rawls, el nodo donde convergen los principios de justicia y sus derivaciones es la propiedad privada.

El propio profesor de Harvard reconoce en *TJ* que es difícil no aceptar los presupuestos teóricos sociales y económicos de Hume. Su concepto de sociedad bien ordenada sigue los patrones humeanos¹⁷⁴. Para Rawls, las circunstancias de la justicia pueden describirse como las condiciones normales en las cuales la cooperación humana es tanto posible como necesaria, y al afirmar esto asume su seguimiento a este respecto del filósofo escocés¹⁷⁵. Aunque en lo referente al liberalismo comprensivo manifieste un claro rechazo de la visión humeana sobre el conocimiento moral¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Cfr. RAWLS, J., *TJ*, *op. cit.*, pp. 9, 22, 34.

¹⁷⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 126.

¹⁷⁶ Cfr. RAWLS, J., *PL*, *op. cit.*, p. 23.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

a. La justicia como virtud artificial

[...] Hume entiende la justicia como una virtud artificial en vez de natural. Esta cuestión es clave para su fideísmo de la naturaleza¹⁷⁷: Hume quiere demostrar que la moralidad y la práctica de la moralidad son expresiones de la naturaleza, dado el lugar que ocupamos en el mundo y dada nuestra dependencia de la sociedad¹⁷⁸.

Hume define la virtud como un rasgo del carácter que provoca un sentimiento de aprobación en el observador. Califica la justicia como artificial porque, a diferencia de otras virtudes, se origina en ciertas convenciones. A diferencia de las virtudes naturales que se despliegan en círculos familiares o cercanos, la justicia en su calidad de virtud artificial se despliega en círculos sociales más amplios¹⁷⁹.

Al hablar de virtud «artificial», Hume no entiende el adjetivo como se entiende hoy comúnmente, como falso, engañoso, ilegítimo o irreal, sino que, como lo explica el mismo Rawls, “las virtudes artificiales implican, como no lo hacen las virtudes naturales, designio e intención, juicio y entendimiento, y son obra de la razón en general, tal como podemos apreciarla en nuestros

¹⁷⁷Rawls denomina «fideísmo de la naturaleza» a la posición filosófica de Hume referente a que más que el uso de la razón en materia práctica, lo que prevalece en su planteamiento moral es el equilibrio que surge entre la reflexión y las inclinaciones psicológicas del agente, guiando y regulando su posición ante la sociedad y el mundo. *Cfr.* RAWLS, J., *LHMP*, *op. cit.*, p. 44.

¹⁷⁸*Ibid.*, p. 69.

¹⁷⁹*Cfr.* GONZÁLEZ, A.M., “La justicia como virtud artificial en Hume. Elementos para una teoría psico-social de la acción”, en *Pensamiento* 64, Nr. 239 enero-abril 2008, p. 99. Me basaré en este artículo para la exposición del tema.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

proyectos y convenciones, en nuestras leyes e instituciones”¹⁸⁰.

La justicia como virtud artificial es una cualidad del carácter que suscita el sentimiento de aprobación moral no en razón de su correspondencia inmediata con alguna pasión, sino con la mediación de algún artificio, que se «origina en las circunstancias y necesidades de la humanidad», convirtiéndose en nosotros como en una segunda naturaleza a causa de la educación y proceso civilizador.

En el contexto de las disputas en torno al voluntarismo *versus* realismo, Hume intenta esbozar una explicación del orden social recurriendo a un modelo de comportamiento autorregulado, eludiendo el recurso a la teleología extrínseca natural y al voluntarismo protestante, ya de tipo luterano, ya de tipo calvinista. El que las distinciones morales no sean conclusiones de la razón no quiere decir que ésta no tenga un papel relevante en la moral. El orden seguido por Hume en el *Treatise* da ocasión para mostrar de que forma un filósofo puede observar y explicar la transición del «*is*» al «*ought*».

¹⁸⁰RAWLS, J., *LHMP*, *op. cit.*, p. 71. Por otra parte, «natural» es entendido por Hume como contrapuesto a milagro, y en este sentido, todas las virtudes —tanto naturales como artificiales— son naturales. Además, «natural» se puede entender como contrario de inusual, y también como opuesta a «artificio»: las acciones mismas son artificiales en la medida en que se realizan siguiendo un cierto designio e intención. *Cfr.* *ibíd.*

Así, Hume dice que el remedio para nuestras ideas no cultivadas de moralidad y para la parcialidad de nuestros afectos radica no en la naturaleza sino en el artificio, “[...]o, hablando con más propiedad, la naturaleza proporciona un remedio en el juicio y en el entendimiento”. *Vid.* (T. III.ii, p. 489). HUME, D., *Tratado de la naturaleza humana*, 4.^a ed., Tecnos, Madrid 2005, p. 658.

b. Motivos naturales y motivos morales

Para Hume, el juicio moral es una pasión indirecta, motivada por una observación reflexiva de la virtud o vicio, se trata de un sentimiento menos intenso pero más universal y constante. Para Hume las acciones son signos de los motivos y un motivo es a lo que se atribuye la cualidad virtuosa de una acción, pero no es la virtud misma. Hay por tanto: motivos *naturales* y *motivos morales*, estos últimos son los que residen en la naturaleza humana y despiertan sentidos de aprobación o desaprobación. Lo moral para Hume incorpora la idea de un cierto «desinterés», «altruismo», «imparcialidad», mientras que lo no moral, alude a una forma de interés o satisfacción. Sin embargo, lo característico en Hume es tratar de reconstruir el motivo altruista o moral, a partir de la dotación psicológica y la contextualización social de la acción.

El sentimiento de justicia es artificial porque motiva la hombre sólo en estado civilizado, no por un motivo psicológico. Si la cualidad de la acción llega a ser útil o agradable al observador, es virtuosa, y lo es como consecuencia de una convención social. Pues, según Hume, una actitud justa no es natural ni posible en el llano estado de naturaleza. El explicar por qué actuamos justamente es explicar porque se cuenta con un sentimiento del deber.

c. La justicia sin motivo natural alguno

El mantener la tesis de que el sentido de lo justo y de lo injusto es fruto de la educación y de las convenciones no equivale a decir que las reglas de la justicia sean arbitrarias, pues puede ocurrir que *las convenciones sean resultado del desarrollo natural de la especie, supuestas determinadas condiciones de tipo psico-*

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

*lógico y social, de ahí que puedan ser llamadas también leyes de la naturaleza*¹⁸¹.

Detrás de esto está la idea de «necesidad natural» (al estilo Newton), dándose una combinación entre interés particular y sentimiento. Por otra parte, al dar la pasión el pistoletazo de salida para esta acción configuradora de los hombres, dando lugar a «segundas naturalezas», por tanto, teniendo lugar una *intersección entre condiciones psicológicas y sociales*. La sociedad entonces, será una *segunda naturaleza emergente* de la interacción de los hombres, sobre la base de la primera naturaleza, psicológica, que todos tienen en común.

Así, la justicia resulta espontáneamente de la interacción social de los hombres. Planteamiento que responde bien al desarrollo comercial de la época en la que Hume vive¹⁸². La sociedad será el remedio a esa precariedad humana como consecuencia de una racionalidad estratégica y cuyo destino es progresar¹⁸³.

La justicia encontrará su motivación configuradora en estas consideraciones además de que exigirá, para llegar a buen puerto en su aplicación de que *los hombres sean conscientes de estas ventajas*. Empezando por la familia como núcleo de convivencia donde se van puliendo egoísmos y parcialidades, Hume ve que la naturaleza originaria va haciendo su tarea, dándose un equilibrio paulatino conforme se compensan unas pasiones con otras mediante el proceso civilizador. El equilibrio que más se acentúa

¹⁸¹ Cfr. GONZÁLEZ, A.M., “*La justicia como virtud artificial...*”, *op. cit.*, pp. 102–103.

¹⁸² Quedan descartados el egoísmo, la benevolencia universal y la beneficencia privada, como motivos naturales de justicia, y apuntado el carácter artificial de la virtud.

¹⁸³ La sociedad es remedio contra: 1) el trabajo no organizado; 2) deficiente división del mismo; 3) contingencia del trabajo debida a su deficiente división.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

en la propuesta humeana no es el ascético de las pasiones sino el sociabilizador.¹⁸⁴

Como la naturaleza inculta es fuente de parcialidades y por tanto de conflicto, es necesario cultivar la naturaleza mediante el artificio. Cuando los hombres, tras su primera educación se han dado cuenta de las ventajas que implica la sociedad, cobran una nueva afición por la compañía y la conversación.

d. Regular la pasión del «tener»

La situación se traduce en una regulación de la pasión por adquirir y tener. En la base del sistema se encuentra la convención mediante la cual dotamos de estabilidad a las posesiones, luego vienen las convenciones que determinan la propiedad, especifican el modo de su transferencia, y establecen el cumplimiento de las promesas. La estructura de la idea es: 1) guiarse por el interés; 2) que se asegura mejor mediante convenciones sociales; 3) de eso depende la estabilidad social. Sólo en este juego cooperativo la justicia puede abrirse paso¹⁸⁵.

Pero al final de cuentas, todo esto tiene lugar con miras a asegurar la posesión de la propiedad, que es en el fondo, desde el punto de vista psicológico, lo que los individuos buscan y lo que, si no se logra una sistema adecuado de regulación, provoca la inestabilidad y el conflicto social. La base del sistema cooperativo propuesto por Hume son las convenciones mediante las cuales dotamos de estabilidad a las posesiones, e, inmediatamente a continuación, las convenciones que determinan la propiedad.

¹⁸⁴Una nota importante es que Hume se da cuenta que la lógica social de grupos reducidos no es la misma para grupos grandes, la cantidad marca la diferencia a la hora de explicar el comportamiento de los individuos.

¹⁸⁵Cfr. GONZÁLEZ, A.M., *“La justicia como virtud artificial...”, op. cit.*, pp. 108–109.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

A pesar de que el establecimiento de la regla de estabilidad en la posesión resulte algo no solamente provechoso, sino incluso absolutamente necesario para la sociedad humana, nunca podrá tener eficacia alguna mientras permanezca en términos tan generales. Es necesario exponer algún método, por el que distinguir cuáles son los bienes particulares que hay que asignar a cada persona en particular, mientras se excluye al resto de la humanidad de la posesión y disfrute de ellos (T. III.2.6, p. 502)¹⁸⁶.

El orden propuesto por el escocés es el siguiente: 1) de que cada uno posea lo que venía poseyendo; 2) posteriormente, la ocupación; 3) la prescripción; 4) la accesión; 5) la sucesión.

Pero no hay que dejar de subrayar que la utilidad asociada a la justicia es inseparable del cumplimiento estricto y regular de las normas, por ello las reglas de justicia deben cumplirse siempre, aún en caso de que no reporten beneficio alguno a nadie (primero esta los «justo» que el «bien», como en Rawls). Por tanto, lo natural al hombre es para Hume, entrar en un juego social cooperativo, porque entiende que con ello todos los participantes en dicho juego se benefician individualmente¹⁸⁷.

¹⁸⁶HUME, D., *op. cit.*, p. 673. Las páginas señaladas en el paréntesis aluden a las páginas de la edición de Selby-Bigge, por la cual se cita, casi universalmente el *Treatise*.

¹⁸⁷Para Hume, la convención social básica como ya se dijo, tiene un origen natural y espontáneo. El tipo de conducta social implícita en la comprensión humeana del origen de la convención social básica se caracteriza por dos notas: su *naturalidad* y por el hecho de que esa naturalidad no es impermeable a la razón, sino más bien portadora de racionalidad, traducible en los términos de un modelo cooperativo de comportamiento social. *Cfr.* GONZÁLEZ, A.M., *“La justicia como virtud artificial...”, op. cit.*, p. 111.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

Así, la idea de *estado de naturaleza* en Hume, no se da de manera simple y llana, como previa y desvinculada de la sociabilidad, sino que es sólo una ficción intelectual. A Hume le disgusta el voluntarismo y en cierta medida el individualismo de otras teorías de su tiempo que confían el origen y sentido de las normas de justicia a actos de la voluntad. El origen de las convenciones sociales justas es natural y su naturalidad aporta racionalidad a la cooperación social. Por tanto la convención social no reside en una promesa.

En definitiva todos estamos interesados en un comportamiento cooperativo debido a que todos, incluso más allá de la sociabilidad fundada inmediatamente en el afecto, somos interdependientes. Esto quiere decir que en este segundo nivel de sociabilidad, las acciones de cada uno refieren a las de otro, y se llevan a cabo en la hipótesis de que el otro actuará de cierta manera.

Más allá de la previsión de como actuaría el otro, de la interiorización de normas y costumbres, de la benevolencia, existe —según Hume— una sociabilidad basada en la cooperación que es la esencia de la obligación natural de justicia, pero que radica en el interés propio, buscando seguridad sobre mi posesión. Esto implica una doble hipótesis: a) el otro tiene tanto interés como yo en adquirir y conservar sus posesiones; b) el otro razona de modo semejante a mí, es decir, con un comportamiento cooperativo, siguiendo las reglas, se obtiene mayor beneficio que con un comportamiento individualista¹⁸⁸.

Se debe reparar en que Hume hace una apuesta por la regularidad en los patrones de conducta, lo cual daría seguridad y consistencia al sistema. Al mismo tiempo, es preciso contar con el contexto histórico en el que Hume vive, su teoría resulta ser

¹⁸⁸ Cfr. GONZÁLEZ, A.M., “La justicia como virtud artificial...”, *op. cit.*, p. 114.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

una teoría de la justicia propia para el comercio de la época. En su teoría está implícito que la justicia resulta de la espontánea confluencia de intereses de todos los participantes del juego cooperativo del mercado. La institución del gobierno es muy posterior a la de la propiedad, por lo que el gobierno sólo es requerido cuando por la cantidad y tipo de operaciones es necesario contar con un garante del mercado. Conforme se desarrolla más amplitud y complejidad social, más gobierno y sistema de gobierno es necesario para regular los distintos aspectos de la vida social.

e. El por qué de lo justo

Para Hume, la justicia se asienta en una doble base: condiciones psicológicas y condiciones sociales.

[...]el origen de la justicia se encuentra únicamente en el egoísmo y la limitada generosidad de los hombres, junto con la escasa provisión con que la naturaleza ha subvenido a las necesidades de éstos.
(T.III.2.2.
18, p. 495)¹⁸⁹.

En un estado de amistad y abundancia no tendría sentido la justicia pues reinaría la cordialidad, pues la distinción de la propiedad resultaría superflua. Caso contrario concurrirían el egoísmo y la escasez. A final de cuentas, el interés humeano por la justicia parece ser que deriva de su utilidad. Aunque señale que es un aspecto que acompaña la propuesta, se revela en su obra una tensión entre la utilidad y la cooperación, pues la racionalidad fundante, al fin y al cabo es instrumental y estratégica. Ahora

¹⁸⁹HUME, D., *op. cit.*, p. 666.

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

bien, el objetivo final del escocés es explicar la génesis de la obligación moral de justicia, es decir, la génesis del sentimiento de aprobación que suscitan los actos de justicia, aún en casos de utilidad dudosa o nula. La experiencia de desaprobación de lo injusto nos lleva a la ponderación de las reglas y a simpatizar con el interés público:

El interés por uno mismo es el motivo originario del establecimiento de la justicia, pero la simpatía por el interés público es la fuente de la aprobación moral que acompaña es la virtud (T. III.2.2.24, p. 500) [Así],...aunque la justicia sea artificial, el sentimiento de su carácter moral es natural (T. III.3.6.4, pp.619–620)¹⁹⁰.

Por tanto, todo aquel que obedece una norma jurídica, sin pensar siquiera en si le interesa o no, o incluso en contra de sus intereses manifiestos, lo hace por connaturalidad, porque ha adquirido «el punto de vista del sistema». La normatividad pierde así para el individuo su carácter de instrumentalidad. Lo cual es equivalente a afirmar que en el sistema humeano, la normatividad moral implica la absoluta interiorización de las normas del sistema, aún a costa de los propios intereses, siendo aquí donde el hombre adquiere una imagen moral de sí mismo.

f. Los elementos del problema de Hume

De acuerdo con el profesor de Harvard, el intento de explicar todas las virtudes, tanto naturales como artificiales, como parte del hecho natural de la razón, no es acertado. Esto se debe a que

¹⁹⁰Citado en: GONZÁLEZ, A.M., *“La justicia como virtud artificial...”, op. cit.*, p. 123.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

en parte a que Hume intenta ir al núcleo del problema mediante un argumento breve y convincente, que al momento de formularlo no queda claro. Por ejemplo, un error deriva de que Hume no acierta a distinguir tres conceptos morales básicos: lo justo, lo bueno y el valor moral¹⁹¹. Para Rawls cuando llamamos justa una acción:

[...] la abstraemos de los motivos y la juzgamos como una clase consistente con el deber propio y los derechos de los demás. Podemos realizar una acción así por motivos buenos o malos, digamos que por sentido del deber o por benevolencia, o hipócritamente, en la esperanza de que nuestra acción, ostensiblemente digna moralmente, nos resultará útil más tarde. El error de Hume no es que no vea que necesitamos los dos conceptos de valor moral del carácter y el concepto de lo justo aplicado a las acciones en cuanto clases. [Hume] Usa el concepto de valor moral para responder a dos cuestiones diferentes, con lo cual cae en un error, pues este solo concepto no puede dar respuesta a las cuestiones de si una acción (en cuanto tipo) es justa, abstracción hecha de los motivos, y si una acción particular, mirando ahora los motivos, es moralmente digno¹⁹².

Después de todo el análisis, no se debe olvidar que Hume, la mayoría de las veces identifica la justicia con las convenciones básicas que regulan la propiedad: su estabilidad y posesión, su transferencia por consentimiento, y el cumplimiento de las pro-

¹⁹¹ Cfr. RAWLS, J., *LHMP*, *op. cit.*, p. 71n.

¹⁹² *Idem*

4. LA PROPIEDAD: ¿NODO DE LA CONFIGURACIÓN DE LO JUSTO?

mesas. A estas convenciones las llama «leyes de la naturaleza», «leyes fundamentales» o «reglas de justicia»¹⁹³.

Conviene señalar que, a diferencia de lo señalado por Ana Marta González en el artículo aquí referido, para Rawls, resulta «notable» que Hume, en lo que respecta a las circunstancias de justicia, no afirma la falsa doctrina del egoísmo de los individuos, pues según él, Hume dice de hecho que “aunque cada uno de nosotros se cuida más de sí mismo y, por este orden, de su familia y de sus amigos, el cuidado total que dedicamos a todos estos otros excede del cuidado que nos dedicamos a nosotros mismos”¹⁹⁴. Pero esta generosidad —que es limitada— no nos capacita para la vida social, por lo que se hace necesaria la convención artificial consecuencia de una razón instrumental de tipo estratégico.

Rawls va poco a poco mostrando sus afinidades con el escocés cuando trata el tema de la justicia como mejor esquema de convenciones¹⁹⁵, aunque no comparta sus tesis epistemológicas y originarias sobre la moral. Sabemos que Rawls apuesta por un intuicionismo racional, el cual Hume ataca radicalmente, además, la teoría del escocés carece de un concepto de razón práctica, el cual resulta importante en la doctrina rawlsiana. Esta observación sirve para poner de relieve el ensamblaje rawlsiano en *TJ* al mismo tiempo que su inspiración humeana en lo referente a lo que es llegar a una concepción de justicia socialmente reconocida y su motivación «política» que queda más patente en *PL*.

Así pues, se aprecia que Rawls recibe un influjo de Hume que resulta determinante en su concepción de la sociedad y del fenómeno de la justicia distributiva. Sin la impronta del escocés, probablemente ni el psicologismo ni el contractualismo, y por

¹⁹³ Cfr. RAWLS, J., *LHMP*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 77.

¹⁹⁵ Cfr. *Ibid.*, pp. 82–86.

IV. TIPOS DE JUSTICIA: DOS VERSIONES, UNA SOLA VERDAD

contraste, el origen de las dos facultades de justicia (capacidad de hacer el bien, capacidad de vivir la justicia) fueran explicables en Rawls. Ambos autores comparten su rechazo a la metafísica. Pero la diferencia es que mientras el empirismo de Hume y su naturalismo le llevan a rechazar la metafísica sin que esto le reporte demasiadas incongruencias o contradicciones internas en su obra, en mi opinión, en Rawls, no se da el mismo resultado. El profesor de Harvard no logra desembarazarse de nociones comprensivas implícitas en el núcleo de su teoría, tales como la igualdad de los contratantes en la posición original, igualdad que no sólo es abstracción sino que tiene su origen en una ley natural.

En los escritos del profesor de Harvard, sale a la luz una fuerte tendencia al materialismo. “Sólo se valora públicamente lo que más tarde o más temprano pueda llenar el estómago. Él es un materialista misericordioso, porque se trata de llenar el estómago de los más necesitados. Pero esa misericordia se disuelve en el sentido. Porque si no hay en la sociedad unos ciertos lugares de unión con lo eterno, si sólo vivimos para llenar el estómago como las bestias, en realidad, no vivimos para nada. Los más desfavorecidos y los más aventajados se fundirían igualmente en el polvo del que vinieron”¹⁹⁶.

En el fondo, es el anti-perfeccionismo rawlsiano, al evitar una concepción de la vida buena aplicable a todos, lo que lleva a un sistema frío y procesal del reparto de bienes.

¹⁹⁶CASANOVA, C. A., *op. cit.*, pp. 56–57.