

## CAPÍTULO SEXTO

# EL OSCURECIMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA DE LA JUSTICIA Y SU RECUPERACIÓN POR JOHN RAWLS

### I. EL OSCURECIMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA DE LA JUSTICIA EN EL POSITIVISMO

En una sugerente obra acerca de la justicia política, Otfried Höffe sostiene que frente a la concepción clásica de la filosofía práctica, según la cual la tarea central del pensamiento jurídico y político es la búsqueda de las claves de una *dominación justa o poder racional*, es decir, de una supremacía legitimada desde el punto de vista racional-moral, el pensamiento contemporáneo opuso una doble negación: la primera, la negación anarquista, según la cual es necesario suprimir toda dominación, por resultar todas ellas radicalmente injustas; la segunda, la negación positivista, que descrea de la posibilidad de establecer la justicia o injusticia de una dominación, dicho de otro modo, en el positivismo se defiende la exclusión completa de la cuestión de la justicia del marco de las categorías jurídico-políticas.<sup>109</sup> Esta negación positivista de toda posibilidad de crítica ético-discursiva de las relaciones autoritativo-jurídicas entre los hombres desde las categorías de la justicia, se volvió preponderante en la filosofía jurídica y política de la segunda mitad del siglo XIX y de la primera mitad del XX. Y tal fue su preponderancia, que tuvo la posibilidad de multiplicarse en una larga serie de *positivismos*: sociologista, judicialista,

109 Höffe, O., *Justice politique*, trad. de J. C. Merle, París, PUF, 1991, pp.11 y ss.

## 66 EL CONSTRUCTIVISMO ÉTICO Y JUSTICIA PROCEDIMENTAL

normativista-estadista, etcétera, que alcanzaron diversa importancia en diferentes países durante más de una centuria.<sup>110</sup>

De todas las diferentes versiones en que se ha presentado el paradigma positivista a lo largo de la centuria en que alcanzó preponderancia, la que logró mayor perdurabilidad en el tiempo ha sido la que se denomina habitualmente *positivismo analítico*, o más sencillamente *concepción analítica del derecho*. La importancia que adquirió esta versión del positivismo en los ambientes académicos, especialmente en los anglosajones, así como la perdurabilidad y extensión geográfica de su influencia, justifican que intentemos una demarcación aunque sea somera de sus perfiles filosóficos, así como una breve crítica de sus principales afirmaciones y propuestas. En esta tarea precisaremos ante todo qué entendemos por *positivismo jurídico*, para luego delimitar, dentro de su ámbito, a aquél que ha recibido el calificativo de *analítico*.

La delimitación del concepto de positivismo jurídico es relativamente sencilla, toda vez que sus mismos cultores se han encargado, en muy numerosas oportunidades, de definir y caracterizar qué entienden como concepción positivista del derecho. En ese sentido, Eugenio Bulygin ha escrito, refiriéndose fundamentalmente a Kelsen, que:

los ingredientes más importantes del programa positivista... son la tesis de la positividad del derecho (todo derecho es derecho positivo, es decir, creado y aniquilado por medio de actos humanos), la concepción no cognoscitiva de normas y valores (escepticismo ético) y la tajante separación entre descripción y valoración, entre la creación y el conocimiento del derecho, entre ciencia del derecho y política jurídica.<sup>111</sup>

110 Véase Carpintero, F., *Los inicios del positivismo jurídico en centroeuropa*, Madrid, Actas, 1993; y *Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 115 y ss.

111 Bulygin, E., "Validez y positivismo", Varios autores, *Comunicaciones al Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*, La Plata, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 1987, t. I, p. 244. Bulygin reitera esta afirmación en su trabajo "¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?", Varios autores, *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 221 y ss.

Ahora bien, como la tercera afirmación se deriva directamente de las anteriores, podemos reducir las tesis positivistas centrales sólo a dos: *i*) toda norma o principio jurídico es de fuente positiva, y *ii*) no es posible conocer objetivamente la justicia o injusticia de las normas o principios jurídicos.

Esta última tesis debe ser especialmente incluida en el concepto de positivismo jurídico,<sup>112</sup> toda vez que resulta difícil, si no imposible, sostener consistentemente la tesis *i*) sin el apoyo o la justificación que le proporciona la tesis *ii*). En efecto, la afirmación a ultranza de que sólo es derecho el producido autoritativamente por una fuente humana, así como que todo lo producido autoritativamente por una fuente humana —conforme a ciertas formalidades— es derecho, con absoluta independencia de la eticidad mayor o menor de sus contenidos normativos, sólo resulta sostenible si se mantiene, al mismo tiempo, que la justicia o injusticia de esos contenidos no puede ser establecida objetivamente de un modo racional. Si por el contrario, se acepta la posibilidad de un conocimiento veritativo y objetivo de principios y valores éticos, en este caso, del conocimiento de las exigencias de la justicia en una situación o tipo de situaciones, resultará imposible mantener por mucho tiempo la independencia absoluta de la normatividad jurídica respecto de esas exigencias.

Dicho de otro modo, la afirmación simultánea: *i*) de la cognoscibilidad veritativa de las exigencias de la justicia, y *ii*) de la total independencia del derecho respecto de esas exigencias, conduce inevitablemente a una especie de esquizofrenia intelectual, según la cual existiría un deber estricto de obedecer un mandato que se reconoce objetivamente —con pretensiones de verdad— como grave y evidentemente inicuo. La realidad es que existe en el intelecto humano una exigencia intrínseca de unidad, un requerimiento de coherencia que transforma en irrealizable la pretensión de sostener dos afirmaciones que implican de un modo estricto una insalvable contradicción. De aquí se sigue que la única

112 En contra de esta afirmación véase Shiner, R., *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 39 y ss.

posibilidad lógica para la aceptación de la independencia conceptual del derecho respecto de las exigencias de la justicia, radique en la adopción de un radical escepticismo ético-jurídico.<sup>113</sup>

Respecto de este escepticismo, resulta conveniente destacar que el principal objetivo de la crítica positivista es esencialmente la ética de matriz cristiana. Efectivamente, si bien las dudas positivistas acerca de su cognoscibilidad se refieren teóricamente a todas las propuestas morales, el objetivo central contra el que se dirigen las impugnaciones resulta ser la moral cristiana y más especialmente la católica. Esto se puso en evidencia en la Conferencia de Bellagio en donde se reunieron, entre otros, Herbert Hart, Alf Ross, Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli para debatir acerca de la naturaleza del positivismo jurídico. En esa ocasión al menos siete veces, según los cronistas del encuentro, se hizo referencia a que el positivismo jurídico debía considerarse como un valioso instrumento de lucha contra la moral católica.<sup>114</sup> Por su parte, la viuda de Herbert Hart no dudó en calificar a su marido como  *muy anticristiano*, en un encuentro mantenido hace unos años con un investigador chileno.<sup>115</sup>

Si intentamos ahora precisar el calificativo de *analítico*, debemos decir inevitablemente algunas palabras acerca de la concepción analítica del pensamiento filosófico.<sup>116</sup> De un modo muy general, puede decirse que la concepción analítica de la filosofía se caracteriza: *i*) por la primacía otorgada al estudio del lenguaje

113 Acerca de la noción de escepticismo y sus clases véase Hossenfelder, M., "Escepticismo", en Krings, H. *et al.*, *Conceptos fundamentales de filosofía*, Barcelona, Herder, 1977, t. I, pp. 639-649.

114 Véase Falk, R. A. y Schuman, S. I., "The Bellagio Conference on Legal Positivism", *Journal of Legal Education*, núm. 14, 1961, pp. 213-228.

115 Véase Orrego Sánchez, C., *H. L. A. Hart, abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 404.

116 Sobre la concepción analítica de la filosofía véase Rossi, J-G., *La philosophie analytique*, París, PUF, 1989; Tugendhat, E., *Introduzione alla filosofia analitica*, Genova, Marietti, 1989; Copleston, F., "Reflections on Analytic Philosophy", *On the History of Philosophy and Other Essays*, Londres, Search Press, 1979, pp. 100 y ss. Sobre sus renovaciones actuales véase Nubiola, J., *La renovación pragmatista de la filosofía analítica*, Pamplona, EUNSA, 1994. Acerca de la ética analítica véase Santos Camacho, M., *Ética y filosofía analítica*, Pamplona, EUNSA, 1975.

como *lugar* filosófico, ii) por el uso de métodos de carácter analítico-descompositivo en el estudio de ese lenguaje, y iii) por su concentración en las problemáticas lógicas, éticas y de la acción humana, con la consiguiente preterición del resto de los ámbitos de la filosofía.<sup>117</sup> En general, también puede decirse que dentro de esta filosofía de orientación analítica es posible distinguir dos grandes corrientes: la primera se identifica principalmente con el positivismo lógico, tiene una clara impronta empirista y toma a las ciencias positivas, la lógica formal y las matemáticas como modelo para sus análisis lingüísticos;<sup>118</sup> y la segunda procede de G. E. Moore, quien considera al lenguaje ordinario y a los juicios del sentido común como el punto de partida de la filosofía. Cabe destacar, por otra parte, que estas dos grandes corrientes se encuentran presentes, a veces, en las diferentes etapas del pensamiento de algunos filósofos como en L. Wittgenstein y G. H. von Wright.

En el campo de la ética, la filosofía analítica produjo diversos resultados según las diversas tradiciones que la dividieron. Así, *v. gr.* la modalidad científicista-empirista desembocó en un decidido no cognitivismo ético con la afirmación reiteradamente cansadora de la *ley de Hume* y la reducción de todo estudio racional posible en ese ámbito al de la *metaética*, es decir, al del análisis lógico de lenguaje moral llevado a cabo en clave radicalmente empirista. Los modelos más acabados de esta orientación del pensamiento fueron el emotivismo de Ayer y Stevenson, y el prescriptivismo de Hare.<sup>119</sup> Por su parte, la orientación *oxfordiana*, volcada hacia el análisis del lenguaje ordinario y al estudio de sus *juegos*, produjo resultados de diverso tipo, pero en general más abiertos a la consideración de cuestiones de contenido y me-

117 Esta última afirmación debe ser matizada especialmente, ya que es posible encontrar en la tradición analítica pensadores abiertos a otro tipo de problemáticas como Alvin Plantinga, Elizabeth Anscombe, Peter Geach, Saul Kripke, Michael Dummett, Hilary Putnam y varios otros. Véase Buersmeyer, K. A., "Filosofía analítica", *Gran enciclopedia Rialp*, Madrid, Rialp, 1981, t. 25, pp. 762 y ss.

118 Véase Varios autores, *Manifeste du Cercle de Vienne et autres écrits*, ed. A. Soulez, París, PUF, 1985.

119 Véase Nino, C., "[La]Ética analítica en la actualidad", Varios autores, *Concepciones de la ética*, ed. V. Camps et al., Madrid, Trotta, 1992, pp. 131 y ss.

## 70 EL CONSTRUCTIVISMO ÉTICO Y JUSTICIA PROCEDIMENTAL

nos dogmáticos en cuanto a los supuestos filosóficos del análisis. Un modelo paradigmático de este tipo de estudios lo constituyen, entre otras obras, *The Varieties of Goodness* de Georg Henrik von Wright<sup>120</sup> y *The Virtues*<sup>121</sup> de Peter Geach.

Por su parte, la concepción analítica del derecho o *positivismo analítico*, se enmarca a sí misma en la tradición de la semántica empirista desarrollada por Bentham<sup>122</sup> y Austin, y puede ser caracterizada principalmente por las siguientes notas: *i*) distinción tajante entre el derecho y la moral; *ii*) reducción del conocimiento, en especial de la ciencia jurídica, al análisis del lenguaje jurídico-positivo; y *iii*) empirismo noético y semántico con sus consecuencias de radical escepticismo moral. En esta orientación corresponde mencionar a Uberto Scarpelli, John Mackie y Eugenio Bulygin. Por otra parte, pero centrándose en el estudio del lenguaje corriente y siguiendo el legado del *segundo* Wittgenstein, debe enumerarse a Herbert Hart, Genaro Carrió y el *primer* Carlos Nino.

Pero lo importante y verdaderamente decisivo en esta corriente radica en la decidida exclusión de la problemática de la justicia de las consideraciones que se proponen como *jurídicas*. “Para que el positivismo jurídico y político no sean sólo un simple mito —escribe Höffe— es necesario que estos teóricos del derecho desarrollen un concepto del derecho y del Estado que no deje ningún lugar a la justicia. Sólo esta teoría del derecho es propiamente positivista”.<sup>123</sup> En un reciente volumen colectivo, un grupo de pensadores enmarcados en el positivismo analítico desarrolla con acribia y entusiasmo la doctrina de la separación conceptual del derecho con respecto a cualquier

120 Von Wright, G. H., *The Varieties of Goodness*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1972.

121 Geach, P., *The Virtues*, Cambridge, Cambridge U. P., 1979.

122 Véase El Shakankiri, M., “Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américaines, de Bentham à Hart”, *Archives de Philosophie du Droit*, París, Sirey, núm. XV, 1970, pp. 118 y ss.

123 Höffe, O., *op.cit.*, nota 109, p. 85.

consideración ética objetiva, en especial en materia de justicia. Ulises Schmill escribe:

el orden jurídico y el orden moral son distintos, con características estructurales diversas. Pueden ser considerados como dos órdenes entre los cuales hay, formalmente hablando, solución de continuidad, *i.e.*, un abismo infranqueable. El jurista no emite juicios de carácter moral *qua* jurista, como el moralista no lo hace [con los de carácter jurídico] en tanto permanezca dentro de los límites de su disciplina...: este es uno de los postulados centrales del positivismo jurídico.<sup>124</sup>

Ahora bien, esta separación tajante entre el orden jurídico y las exigencias éticas de justicia, aceptada por una buena mayoría de los académicos a principios de este siglo, comenzó a deteriorarse en la segunda posguerra, para finalmente colapsar en la década de los setenta. Este colapso del positivismo es aceptado aún por sus mismos defensores, uno de los cuales, Norbert Hoerster, llega a afirmar que “desde hace por lo menos cincuenta años es casi de buen tono, en la filosofía jurídica alemana, rechazar y hasta condenar el positivismo jurídico”;<sup>125</sup> y en el ámbito intelectual anglosajón, Dworkin sostuvo que “el punto de vista del positivismo legalista es equivocado y, en definitiva, profundamente corruptor de la idea y del imperio del derecho”.<sup>126</sup> Las causas de ese colapso son múltiples y de muy diverso orden, en especial de carácter ético-político, jurídico-institucional y epistémico-filosófico. Haremos a continuación algunas breves referencias a cada una de ellas.

En lo que respecta a las causas de carácter ético-político, es necesario hacer referencia a la reacción moral que provocaron los totalitarismos comunista y nacionalsocialista con sus campos de exterminio, sus métodos inhumanos de sumisión y la exclusión sistemática de categorías enteras de personas de la condición de

124 Schmill, U., “Derecho y moral: una relación externa”, Varios autores, *Derecho y moral*, *op. cit.*, nota 111, pp. 285 y 286.

125 Hoerster, N., *op. cit.*, nota 4, p. 9.

126 Dworkin, R., *A Matter of Principle*, *cit.*, nota 5, p. 115.

## 72 EL CONSTRUCTIVISMO ÉTICO Y JUSTICIA PROCEDIMENTAL

sujetos de derecho. A mediados del siglo, a una buena mayoría de personas se les hizo difícil considerar como derecho, al menos en su significación central, a sistemas de normas intrínsecamente opresivos, excluyentes y aun criminales. Esta convicción generalizada alcanzó carácter institucional cuando los tribunales alemanes negaron condición jurídica a normas y resoluciones adoptadas por los organismos nazis de gobierno que implicaban graves violaciones de principios éticos en materia de justicia. En estos casos, la solución jurídica de las cuestiones planteadas se alcanzó recurriendo a la normatividad de principios transpositivos, considerados intrínsecamente justos con independencia de su establecimiento o reconocimiento por la legislación positiva.<sup>127</sup> Es claro que en este contexto intelectual resultaba difícil sostener la independencia a ultranza de la legislación positiva respecto de pautas o criterios éticos, esa especie de esquizofrenia moral a la que hicimos referencia un poco más arriba.

Por otra parte, en el ámbito estrictamente jurídico-institucional, numerosos juristas pusieron en evidencia que, en los hechos y más allá de los casos a que hicimos referencia en el párrafo precedente, los tribunales de justicia tomaban en consideración pautas o estándares éticos en el momento de decidir las controversias que se llevaban ante los jueces. En este punto merecen ser destacados los trabajos de Ronald Dworkin, quien estudió el uso que se hacía en los tribunales norteamericanos de principios de carácter ético, en especial en los que denominó “casos difíciles”.<sup>128</sup> Además, la universalización del discurso acerca de los *derechos humanos* y su paulatina incorporación como fuentes de soluciones jurídicas en el marco de los diferentes derechos nacionales, hizo necesario concebir a esas facultades como estricto derecho, a pesar de su *positividad* menguada o inexistente y de su carácter

127 Véase Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997. Asimismo, véase Radbruch, G. et al., *Derecho injusto y derecho nulo*, trad. de J-M. Rodríguez Paniagua, Madrid, Aguilar, 1971.

128 Véase Dworkin, R., “Is Law a System of Rules?”, Varios autores, *The Philosophy of Law*, ed. R. Dworkin, Oxford, Oxford U. P., 1977, pp. 38-65.

inexcusablemente ético. Finalmente, el modelo kelseniano del derecho como coexistencia de sistemas jurídico-normativos estatales independientes y completos se derrumbó como consecuencia de la internacionalización o globalización de las relaciones jurídicas, fenómeno del que el reciente *caso Pinochet* no es sino una muestra especialmente publicitada. Todas estas *nuevas realidades* han resultado un *experimentum crucis* para el positivismo normativista-estatista, que si bien ha intentado a veces recursos ingeniosos para explicarlas en el marco de un paradigma pensado para otros contextos, no ha alcanzado su objetivo y ha debido limitarse al tratamiento de alambicadas cuestiones lógico-semánticas sin relevancia social ni repercusión intelectual.

En tercer lugar, en el ámbito de lo estrictamente intelectual y, más precisamente, de la teoría del conocimiento y de la ciencia, resultó que el paradigma positivista, según el cual el conocimiento sólo podía ser denominado *científico* cuando reunía los caracteres de: *i*) meramente experimental-exacto, *ii*) puramente descriptivo y, por consiguiente, libre de cualquier tipo de valoraciones, conforme al *dictum* de Max Weber, y *iii*) reducido a objetos materiales cuantificables, con el consiguiente estrechamiento del ámbito de la experiencia,<sup>129</sup> no pudo ser defendido más seriamente en sede científica. En especial, fue cuestionada la exclusividad de ese modelo epistémico tanto por los filósofos de la ciencia y epistemólogos (Kuhn, Feyerabend, Popper, etcétera), como por filósofos generales, que impugnaron la adopción del modelo de las ciencias positivas como paradigma universal de todo conocimiento riguroso y propusieron alternativamente patrones cognoscitivos de carácter fenomenológico, hermenéutico, tópico-dialéctico, lingüístico-estructural o filosófico-práctico.<sup>130</sup> Todo este conjunto de ideas se concretó de un modo ejemplar en el llamado *movi-*

129 Sobre la noción positivista de ciencia y su crítica véase Meyer, H., *La tecnificación del mundo*, trad. de R. de la Vega, Madrid, Gredos, 1966; Sanguineti, J. J., *Augusto Comte: curso de filosofía positiva*, Madrid, EMESA, 1977 y, del mismo autor, *Ciencia y modernidad*, Buenos Aires, Carlos Lohlé, 1988.

130 Véase Berti, E., *Le vie della ragione*, Bolonia, Il Mulino, 1987.

*miento de rehabilitación de la filosofía práctica*,<sup>131</sup> que puso en marcha toda una orientación destinada a superar las estrechas limitaciones del positivismo y de sus correlatos éticos: el emotivismo, el imperativismo, el sociologismo, etcétera. En especial, la epistemología contemporánea de las ciencias humanas y de las ciencias sociales se ha pronunciado por una ampliación del ámbito de la experiencia en el campo de las realidades humanas, así como por una diversificación de los métodos cognoscitivos, adecuándolos a las características del objeto estudiado, así como a las diversas perspectivas de abordaje de un mismo objeto.

Por otra parte, y también en el ámbito de los desarrollos intelectuales, se hizo evidente que la misma aplicación del método de análisis del lenguaje ordinario a las realidades prácticas, al derecho y a la política, conducía a conclusiones diametralmente opuestas a las defendidas por los positivistas analíticos. En efecto, de un examen completo y desprejuiciado del habla corriente acerca del derecho y, en general, de la normatividad de la conducta humana, surge con toda evidencia el recurso continuo e inevitable a instancias valorativo-normativas transpositivas. En este sentido, Robert Spaemann ha escrito que:

la constante disputa en torno a la cuestión de si es razonable hablar o no de algo así como el derecho natural, no ha podido cambiar hasta ahora nada del hecho que sirve de base a la idea misma del derecho natural: los hombres distinguen acciones justas e injustas. Y el criterio último de esta distinción no es la adecuación de las acciones a las leyes positivas existentes, pues estos mismos hombres distinguen también leyes justas e injustas, sentencias justas e injustas... Si no hubiera nada justo por naturaleza, la discusión misma sobre temas relacionados con la justicia carecería de sentido.<sup>132</sup>

131 Véase Varios autores, *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, ed. M. Riedel, Freiburg i. B., Rombach, 1972-1974, ts. I-II; asimismo Varios autores, *Filosofía práctica e scienza politica*, ed. C. Pacchiani, Albano, Francisci, 1980.

132 Spaemann, R., "La actualidad del derecho natural", *Crítica de las utopías políticas*, Pamplona, EUNSA, 1980, pp. 315 y 316.

Una prueba indirecta pero contundente de lo que estamos afirmando, es que un filósofo del derecho como Herbert Hart, que pasa por haber sido un defensor acérrimo del positivismo jurídico<sup>133</sup> en razón de su recurso programático al lenguaje corriente como base del análisis filosófico,<sup>134</sup> debió aceptar la existencia de un “contenido mínimo de derecho natural”, o de “una versión muy atenuada del derecho natural”,<sup>135</sup> así como la necesidad del reconocimiento de, al menos, un derecho subjetivo natural, el “derecho igual de todos los hombres a ser libres”.<sup>136</sup> Aquí se pone de manifiesto cómo un pensador que hizo toda su vida profesión de positivismo jurídico, se vio obligado a aceptar afirmaciones contradictorias con las tesis positivistas, a raíz de que su recurso metodológico al lenguaje ordinario lo puso en contacto con un dato evidente de ese lenguaje: los hombres hablan acerca del derecho dando por supuesta la existencia de una instancia de valoración suprapositiva; o dicho de otro modo, que la concepción corriente del derecho, al menos en su significación central, no remite sólo a las normas sancionadas por los Estados, sino que incluye conceptualmente elementos principales de carácter ético.<sup>137</sup>

## II. EL RETORNO DE LA FILOSOFÍA PRÁCTICA EN LA *TEORÍA DE LA JUSTICIA* DE JOHN RAWLS

En el marco de este proceso de superación del positivismo jurídico, en especial del positivismo analítico, ha adquirido una especial relevancia la propuesta de John Rawls, quien ha intentado, especialmente en su libro *Teoría de la justicia*, volver la mirada de la filosofía práctico-moral hacia las cuestiones que tradi-

133 Véase Orrego Sánchez, C., *op. cit.*, nota 115, *passim*.

134 Véase Rodríguez Paniagua, J. M., *Historia del pensamiento jurídico*, Madrid, Universidad Complutense, 1997, t. II, pp. 649 y ss.

135 Véase Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, pp. 236 y *passim*.

136 Hart, H. L. A., “¿Existen derechos naturales?”, Varios autores, *Filosofía política*, trad. de E. L. Suárez, ed. A. Quinton, México, FCE, 1974, pp. 84 y ss.

137 Véase Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, *cit.*, nota 108, pp. 276 y 277.

## 76 EL CONSTRUCTIVISMO ÉTICO Y JUSTICIA PROCEDIMENTAL

cionalmente eran su objeto propio: las concernientes a los principios éticos básicos de toda la organización social, a los derechos de los ciudadanos, a la fundamentación de los regímenes de gobierno, a la distribución de los bienes humanos en el marco social, etcétera.<sup>138</sup> En este sentido, algunos discípulos de Rawls han escrito que:

es hoy un lugar común atribuir a la obra de Rawls la revitalización de la filosofía moral que comenzó en los tempranos setenta. Para el final de los sesenta, la filosofía moral estaba en peligro de devenir estéril y trivial. El énfasis prevalente en el análisis de los conceptos éticos y en los problemas “metaéticos”, había desviado la atención de los filósofos de las cuestiones prácticas. En efecto, los límites que el análisis lingüístico imponía al método filosófico, combinado con la tendencia en contra del pensamiento normativo y sistemático que surgió de la filosofía del lenguaje ordinario, alejaba a los filósofos del tratamiento de las cuestiones sustantivas... Frente al trasfondo de agitación social y política de los sesenta, así como a las urgentes cuestiones morales planteadas por la guerra de Vietnam, el interés meramente metaético de los filósofos analíticos aparecía como crecientemente académico e insatisfactorio.<sup>139</sup>

En un sentido similar, Rodríguez Paniagua afirma que en el éxito del libro de Rawls:

han podido ser decisivos el cansancio y la decepción, que se podían apreciar ya claramente en Inglaterra, y sobre todo en los Estados Unidos, antes de la aparición del libro de Rawls, con respecto a la filosofía analítica; esto no podía menos que favorecer el éxito de un libro que desde el principio se presenta, en oposición con las preocupaciones primordialmente metodológicas, como un intento de elaborar una “teoría sustantiva” de la justicia y manifiesta la persuasión de que cuestiones tales como las del

138 Véase Daniels, N., “Introduction”, Varios autores, *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls' Theory of Justice*, ed. N. Daniels, Oxford, Basil Blackwell, 1983, p. xi.

139 Reath, A. et al., “Introduction”, Varios autores, *Reclaiming the History of Ethics. Essays for John Rawls*, Cambridge, Cambridge U. P., 1997, pp. 1 y 2.

“análisis y significado no desempeñan ningún papel esencial en la teoría moral”.<sup>140</sup>

Dicho de otro modo, la esterilidad y el academicismo en que había desembocado la filosofía analítica a raíz de su exclusiva concentración en las cuestiones lógicas y semánticas y de su negativa a tratar las cuestiones *materiales* o de contenido de la ética, relegándolas a “periodistas, predicadores, novelistas y legisladores”,<sup>141</sup> creó una situación de malestar y de mala conciencia en los filósofos éticos y de menosprecio generalizado hacia ellos entre el público culto e interesado en los problemas morales. En ese marco, una obra publicada por un profesor de Harvard en la que se abordaban las cuestiones centrales de la filosofía práctica, no podía sino alcanzar una repercusión superlativa. Por otra parte, es necesario reconocer que la obra de Rawls cumple puntualmente con los requisitos exigidos por el público contemporáneo para resultar aceptable y exitosa; es, podríamos decir, una especie de antología de lo *políticamente correcto*. Volveremos sobre este tema en el capítulo X.

Además, corresponde destacar que también es un mérito especial de Rawls el haber centrado una vez más, luego de muchos años, la problemática jurídico-política en el tema de la justicia. Esta cuestión había sido el núcleo del debate ético-público en las grandes obras del Medioevo y de la temprana Edad Moderna, fundamentalmente con la aparición de las obras de los pensadores españoles de la Segunda Escolástica, entre las que se destaca la monumental *De iustitia et de iure* de Domingo de Soto.<sup>142</sup> Pero luego de este auge de la cuestión de la justicia, las principales obras de filosofía práctica —en especial las de corte racionalista— comenzaron a centrar su perspectiva en la cuestión de las

140 Rodríguez Paniagua, J. M., *op.cit.*, nota 134, pp. 683 y 684.

141 Stevenson, Ch. L., *Ética y lenguaje*, trad. de E. Rabossi, Barcelona, Paidós, 1984, p. 15.

142 Soto, Domingo de, *De iustitia et de iure*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, 5 vols.

normas; de este modo, ya la obra de Francisco Suárez se denominó *De legibus ac Deo legislatore* y la del jurista-filósofo francés Jean Domat, *Les lois*. Y entrando en el siglo XVIII, la centralidad de la temática pasó a los derechos subjetivos con obras como las de John Locke y Thomas Paine.<sup>143</sup> Finalmente, y tal como lo hemos puntualizado en las páginas anteriores, el positivismo del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX focalizó sus estudios en la normatividad positiva y, en especial, en los sistemas jurídico-estatales, dejando de lado programáticamente la cuestión de la justicia.

Por ello, la aparición en 1971 de *A Theory of Justice*,<sup>144</sup> así como los numerosísimos debates y réplicas a los que dio lugar, significaron una auténtica originalidad y una mutación relevante en la problemática preponderante en el campo de la filosofía práctica. Si bien es cierto que ya antes habían aparecido en este siglo obras sobre el tema de la justicia, como los sugerentes libros de Giorgio Del Vecchio, *La giustizia*,<sup>145</sup> y de Chaim Perelman, *Justice et raison*,<sup>146</sup> ha sido indudablemente el voluminoso libro del profesor de Harvard el que inició los recientes debates sobre la noción, determinaciones y principios de la justicia, colocándola en el centro de los más intensos debates iusfilosóficos y filosófico-políticos.

Habida cuenta de esta espectación e interés suscitados por la obra de Rawls y de la centralidad adquirida por los temas y problemas por ella planteados, es posible considerar a la *Teoría de la justicia* como el modelo o paradigma contemporáneo de especulación sobre la justicia; esto justifica encarar la doble tarea de establecer el esquema central de la *Teoría* de Rawls, con sus notas o caracteres primordiales, y de evaluar su propuesta de renovación de la filosofía práctica. Dicho en otras palabras, se tratará de

143 Véase en este punto Massini Correas, C. I., *op. cit.*, nota 12.

144 Rawls, J., *op. cit.*, nota 70.

145 Del Vecchio, G., *La giustizia*, Roma, 1959.

146 Perelman, Ch., *Justice et raison*, Bruselas, Universidad de Bruselas, 1972 (la primera edición es de 1945); véase del mismo autor "Cinq leçons sur la justice", *Droit, morale et philosophie*, París, LGDJ, 1976, pp. 15-66.

precisar los rasgos fundamentales de la propuesta rawlsiana, considerándola como paradigmática en el contexto del pensamiento actual, para luego abordar la tarea de cuestionar su capacidad para dar respuesta adecuada a los problemas focales de la filosofía práctica.