

3. <i>Quadrivium</i> . . . . .	49
I. Kelsen . . . . .	50
II. Hart . . . . .	54
III. Rawls . . . . .	57
IV. Dworkin . . . . .	60

### 3. QUADRIVIUM

Entre las cuestiones que demandan replanteamientos en la teoría política y en el derecho constitucional, no es de menor entidad la de una nueva asignación de papeles a las instancias estatales y a los gobernados y el replanteamiento de las relaciones que, entre unas y otros, es menester entablar para que el contrato social no se desvirtúe. En realidad, se trata de la permanente pregunta sobre el *Leviatán*, respecto de la República y de sus leyes; es a la postre, la pregunta sobre la tensión nunca resuelta entre esta isla terrenal y la otra, utópica, pero no irreal. Subyace la cuestión, que es, quizá, la única que merece todo esfuerzo; la indagación sobre la justicia. El autor de estas notas propone reparar en cuatro voces que actualmente la interpelan. Al llegar la mitad primera de este siglo ya circulaba entre nosotros la antología de Kelsen *What is Justice?*<sup>1</sup> que decía denunciar el tratamiento ideológico de la ciencia del derecho. Hoy, circula otra *Teoría de la justicia*, construida por John Rawls.<sup>2</sup>

Entre una y otra se trazan nuevos caminos, de libertad • de servidumbre: Hayek, Kolm, Schroers, Rosanvallon, Lepage. No mencionamos aquí a Arendt, Macpherson, Marcuse, Popper. Faltan también Nozick y Buchanan. Una mención ineludible es la de Hart<sup>3</sup> y no menos actual la de Dworkin.<sup>4</sup> En suma, un renacimiento asombroso de la filosofía política y jurídica que debe revitalizar las grandes cuestiones del derecho constitucional. De Kelsen a Rawls el camino es apasionante. No se trata de detallarlo aquí; se intentan situar algunos puntos de interés en dicho itinerario que el estudioso (el “curioso lector” de antaño) visitará con tiempo y energías mejores. Aquí se toman apuntes sobre Kelsen, Hart, Rawls y Dworkin. Una primera y superficial constancia distingue ambos extremos. El inicial kelseniano no admite que pueda construirse teoría alguna de la justicia, ideal irracional, imposible de ser tratado por la ciencia. El extremo final anuncia, desde su título, que dicha pretensión

<sup>1</sup> Kelsen, Hans, *Qué es la justicia*, Madrid, Tecnos, 1985.

<sup>2</sup> Rawls, John, *Teoría de la justicia* (trad. castellana de María Dolores González), México, Fondo de Cultura Económica, 1978.

<sup>3</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, (trad. castellana de Genaro Carrió) México, Editora Nacional, 1980. También pueden verse *Law, Liberty and Morality*, London. Oxford University Press, 1963. Al respecto ver también la obra de MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart*, London, Edward Arnold, 1981.

<sup>4</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, (trad. castellana), Madrid, 1986; Cfr. Dworkin Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1985 y *Law's Empire*, London, Fontana, 1986.

es posible y constituye la obra contemporánea que ha despertado el mayor interés y múltiples comentarios; en suma, teoría majestuosa como la califica Bhikhu Parekh.<sup>5</sup> Un viraje completo se constata, giro radical que puede relacionarse con las voces a que aludimos arriba. Lo ocurrido entre uno y otro extremo puede ayudarnos a la mejor comprensión de nuestro tiempo y su destino. Desde luego, no hay lugar aquí para recordar, aun someramente, los presupuestos filosóficos del positivismo en el que Kelsen asienta su teoría. Vale únicamente decir con Calsamiglia<sup>6</sup> que, en el campo de la reflexión jurídica, Kelsen ha sido uno de los principales representantes de la concepción decimonónica de la ciencia. Para el jurista austrohúngaro todo aquello que no sea abordable por el método científico no es auténtico conocimiento. De ahí que la justicia sea tratada como un ideal irracional. Ahora bien; se tiene noticia de la posibilidad de conocimientos racionales no estrictamente científicos y, en consecuencia de un tratamiento racional de los valores. Tomarlos en serio, que es el camino para tomar en serio los derechos, como propone Dworkin.

### I. *Kelsen*

No sin denunciar que el conflicto de valores no puede resolverse mediante el conocimiento racional, Kelsen señala una posible guía en la controversia sobre la justicia: la metamorfosis que la felicidad individual debe sufrir para satisfacer las necesidades socialmente reconocidas y adecuarse al significado de la justicia es similar al cambio que hay que aplicar a la idea de libertad para que se transforme en un principio social; pues la idea de libertad se identifica a veces con la idea de justicia, de tal modo que un orden social se considera justo si garantiza la libertad individual. . . Dado que la libertad auténtica, es decir, la libertad respecto a cualquier tipo de autoridad social o de gobierno, es incompatible con cualquier tipo de organización social, la idea de libertad debe dejar de significar ausencia de gobierno. Debe asumir el significado de un tipo especial de gobierno: el gobierno ejercido por una mayoría —si es necesario contra la minoría de los individuos gobernados—. La libertad de la anarquía se transforma en la autodeterminación de la democracia. En el mismo sentido y por la misma razón, la idea de justicia como principio que garantiza la felicidad individual de todos se transforma en un orden social que protege ciertos intereses socialmente reconocidos por la mayoría como dignos de ser protegidos, y entonces surge lo que, para Kelsen, es el extremo infranqueable de la cuestión, y que,

<sup>5</sup> Parekh, Bhikhu, *Pensadores políticos contemporáneos*, Madrid, 1986.

<sup>6</sup> Calsamiglia, Albert, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1978.

para otros, es apenas el punto de partida: ¿qué intereses humanos merecen ser protegidos? y, sobre todo, ¿cuál es su jerarquía adecuada? Esta es la cuestión que se plantea cuando existen conflictos de intereses, y la justicia es necesaria en aquel orden social en que sean posibles los conflictos de intereses. Donde no existen intereses en conflicto no se necesita la justicia. Un conflicto de intereses se presenta cuando una necesidad sólo puede satisfacerse a expensas de otra; o, dicho de otro modo, cuando hay un conflicto entre dos valores y no es posible ponerlos en práctica al mismo tiempo; cuando uno puede tenerse en cuenta únicamente si se desprecia el otro; cuando es necesario preferir el uno al otro y decidir cuál es el más importante, o cuál es el valor superior y, en última instancia, el valor supremo. El planteamiento kelseniano supone que el conflicto entre valores es una de las posibilidades del orden social cuando se trata, en realidad histórica, del único escenario de todo orden social. Se requiere una evaluación intelectual pero no, como quiere Kelsen, de una decisión científica. Es por eso que, imposible ésta, sólo queda el recurso al sentimiento, que Kelsen identifica acríticamente con voluntad, identificación imposible de sostener, al menos en alguna teoría del obrar humano, explorada ya en la escolástica y sus derivaciones, que distingue, con finura conceptual, las relaciones entre razón y voluntad.

En el argumento de Kelsen resalta una cuestión política actual, determinada con precisión: La democracia es una forma de gobierno justa por el mero hecho de que garantiza la libertad individual. Lo cual significa que es una forma de gobierno justa a condición de que se presuponga que la libertad individual es un fin último. Si se establece como fin último —afirma Kelsen— la seguridad social en lugar de la libertad individual y puede demostrarse que la seguridad social no puede establecerse en una forma de gobierno democrática, puede considerarse justa otra forma de gobierno que no sea la democracia, ya que un fin distinto requiere unos medios distintos. De ahí que la democracia sólo pueda justificarse relativamente, no absolutamente, como forma de gobierno justa.

A primera vista se advierte que la disyuntiva es una falsa antinomia kelseniana. La muy reciente (para esa fecha) formulación de la Carta del Atlántico y las anticipaciones de Beveridge y Keynes no autorizaban sino a disolver esa dicotomía. En todo caso, al examinar sus extremos nadie habría afirmado, desde el punto de vista de los aliados recién triunfantes, que la fórmula el Estado de Bienestar fuera incompatible con la democracia. Esta inaceptabilidad fue y ha sido argumento del conservadurismo iletrado y de los oscurantismos del último segmento del siglo de Roosevelt. Para otros, los propagandistas del nuevo absolutismo estatal, es una añagoza de la propaganda imperialista de occidente. En todo caso hay aquí una toma de posición política que no puede descuidarse: la justificación (relativa) de la democracia. Que es tanto como haber encontrado,

en la fragorosa tormenta del relativismo, una coordinada salvífica que, precaria, es no obstante ancla de temporal salvación. Desde este ensayo (de la década de los cincuenta) los maestros pensadores se ven llamados a la cruzada por la libertad. Los horrores del Gulag, antes que respaldarlos, se suman a toda esta inflexión racional en el abismo del horror que las obras de cierta "razón" planificadora ejemplifican, justifican, por ende, los espectros de la ideología jeffersoniana. Una libertad, *in vitro* y anacrónica, sino otro compromiso histórico que las frágiles componendas urdidas en cierta revuelta romántica que, tomando como fácil pretexto los derechos humanos son a la postre refugios de desencantados ideólogos, entre los que se hallan también los juglares de nuestros medios electrónicos, a quienes no importa la suma de las obras sino antes bien la resta de inevitables renunciadas morales y, en casos paradójicos, intelectuales. A la postre, suma y multiplicación de complicidades que vienen a encontrar refugio en la sentencia kelseniana, al condenar el impulso hacia los valores absolutos y, en primer lugar, a la ilusión de la idea de justicia: fórmulas vacías que pueden servir para justificar cualquier orden social. Se advierte mejor que el escepticismo que Kelsen populariza y que permite al príncipe y a sus lacayos intentar, en efecto, justifica ese orden social dictado, que no convenido. No es la ilusión de la justicia, sino el desencanto de las obras racionales por ordenar paulatinamente la convivencia, lo que paraliza al hombre y lo arroja en los brazos de la providencia del caudillo, del hombre del destino, del presidente vitalicio, del secretario general perpetuo, del jefe nato, rostros todos del mismo ídolo, el soldado de fortuna, con uniforme o sin alamares, que da lo mismo. No de otro modo puede entenderse la pueril observación de Kelsen sobre Cristo y un supuesto rechazo evangélico del amor humano. Esta siempre parcial lectura de los textos es, al propio tiempo, supuesto y consecuencia de una decadente visión del hombre y sus obras que le llevó, a la luz de su azarosa experiencia personal, a justificar el velo de escepticismo con el que piadosamente arropa la incapacidad para indagar, más allá de esos presupuestos racionalistas decimonónicos, el sustrato histórico de las teorías sobre la justicia. Ciego ante ellas, rechaza la posibilidad de la justicia absoluta, expresión que, ya sabemos ahora, carece tanto de sentido como la eliminación prematura de alguna teoría que permita dilucidar los cánones principales para atribuir a cada quien lo suyo. Esta compleja elaboración intelectual se ve dificultada por la temeraria afirmación de que es falsa la idea de justificar que parte del presupuesto de que los hombres son, por naturaleza, iguales, y que da por resultado el postulado según el cual todos los hombres merecen ser tratados del mismo modo. Para Kelsen, este presupuesto es evidentemente falso puesto que los hombres son de hecho muy distintos y no hay dos hombres iguales. Asombrosa constatación que, al parecer, pasó desapercibida desde las declaraciones de derechos, incluida la del cristianismo, hasta el día en que

Kelsen la pronunció. Quiere el jurista hallar decisiva la pregunta ¿Qué es lo igual? No quiere en cambio advertir que lo crucial es sostener que ya la mera apariencia humana exige encontrar más las semejanzas que cualquier diferencia que al final es posible diluir en géneros. Más compleja resulta, empero, una famosa y ya desacreditada opinión según la cual es posible que los órganos que aplican la ley, al decidir un caso, no establezcan ninguna diferencia que no se encuentre en la ley que se va a aplicar. Es decir, sostiene Kelsen, aplican la ley tal como se debe hacer según su significado. Pero se advierte enseguida que el significado puede siempre controvertirse, según las concepciones que sobre la justicia (de manera aún implícita) tenga el juzgador. En consecuencia, el sacro principio de legalidad es pasible de subjetivismo, que tanto ha hecho Kelsen por ejercer a fuerza de escepticismo axiológico, de desencanto político. Tiene razón, en cambio, cuando se percata que la justicia de la ley no es la justicia absoluta: si ya nombra su límite, no hay reproche válido.

No cabe ahora detenerse en la objeción a Kant y en la réplica a Aristóteles. Debemos lamentar, en cambio, un deficiente enfrentamiento a Platón. Pronto llegamos al último reducto del más brillante jurista de nuestro siglo y ese fulgurante repaso de la filosofía del derecho de todos los siglos ya ha quedado atrás. Es inútil recordar ahora su réplica al jusnaturalismo, harto pobre, tanto que merece otro ensayo, precisamente titulado *La doctrina del derecho natural*.<sup>7</sup> Poco antes de la última palabra, Kelsen reitera: la justicia absoluta es un ideal irracional o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre. Pero, por otra parte, la ilusión imbatible de Kelsen queda en pie: no existe un sistema moral, sino varios, y hay que escoger entre ellos. El relativismo impone al individuo la ardua tarea de decidir por sí solo qué es bueno y qué es malo. (Por supuesto esa decisión tendrá que ser producto del sentimiento y no de la ya imposible elucidación racional). No es, en consecuencia, tan seria la opción. Y no lo es porque no hay opción verdadera cuando lo que priva, legítimamente y de modo inevitable, fatal, son los efluvios del sentimiento de la razón práctica, del capricho, de la intuición, del código genético, de la voz de la sangre, de la raza, de la inspiración, de la sinrazón. Una débil convicción asoma la cabeza bajo el nombre de tolerancia, que supone comprender las creencias religiosas o políticas de otras personas sin aceptarlas, pero sin evitar que se expresen libremente. Ahora bien, comprenderlas es desentrañar su sentido que, en ocasiones, puede ser contrario al mismo principio de tolerancia, en cuyo caso hay que erradicarlas, so pena de ver destruido el sistema que las

<sup>7</sup> Kelsen, Hans, "La doctrina del derecho natural" está en *Qué es la justicia*, op. cit.; sobre este tema también se pueden ver los desarrollos de *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. castellana de Eduardo García Máynez), México, UNAM, 1979, p. 6 y ss.

hace posible. En este extremo, la tolerancia es, también, una mera fórmula, adaptable a la oportunidad y conveniencia política del más fuerte que, en ocasiones, es la representación de la mayoría política. Pero esta especie no pudo ser admitida en la indagación kelseniana. Las paradójicas frases finales: “La democracia no puede defenderse a sí misma si se rinde. Pero un gobierno tiene el derecho de eliminar y prevenir cualquier intento de derrocarlo por la fuerza, derecho que no tiene que ver con los principios de la democracia ni de la tolerancia”<sup>8</sup> son sin duda el alegato último de una obstinada pureza política que no puede defender ni esa misma neutralidad porque ya no queda nada por conservar. El último alegato ya sólo se refiere “al honor y a la esencia de la democracia” y un rodeo retórico indigno del positivismo, que desfallece entre las frases metafísicas de “naturaleza intrínseca”, “alma de la ciencia” y el desalentado contrargumento de que sin ciertos riesgos, la democracia no “merece” ser defendida. No, en efecto, sin el auxilio de alguna razonable teoría de lo justo y de lo injusto.

## II. Hart

Al lograr desacreditar el concepto de derecho como órdenes respaldadas por amenazas, dadas por quien habitualmente es obedecido, el profesor de Oxford se arriesga a abordar, en el capítulo VIII de su justamente célebre obra (*El concepto de derecho*),<sup>9</sup> el planteamiento de las relaciones entre justicia y moral y no, como pudiera ser obligado, entre justicia y derecho. Se trata, bien entendido, de situar correctamente el problema, admitiendo que éste sea el de la afirmación general de que, entre derecho y moral, hay una conexión en algún sentido necesaria y que los Estados sin justicia son, en palabras de San Agustín, bandas de asaltantes a escala mayor.

Se admite, así mismo, que la forma más clara de expresar este punto de vista, quizás por que es la más extrema, es aquella asociada con la tradición tomista del derecho material. Ella comprende una tesis doble: primero, que hay ciertos principios de verdadera moral o justicia, descubribles por la razón humana sin la ayuda de la revelación, aun cuando tienen origen divino. En segundo lugar, que las normas o leyes humanas que contradicen este punto de vista general no son derecho válido. Variantes de esta posición radical sostienen que la moral no es un conjunto de principios inmutables de conducta descubribles por la razón, sino como expresiones de actitudes humanas frente a conductas que pueden variar de sociedad a sociedad o de individuo a individuo. Esta postura sostiene que para que exista un sistema jurídico tiene que haber un reconoci-

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Hart, H. L. A., *El Concepto...* Op. cit., supra, nota 3.

miento ampliamente difundido, aunque no necesariamente universal, de una obligación moral de obedecer el derecho, si bien esta obligación puede ser desplazada en casos particulares por una obligación moral más fuerte de no obedecer normas particulares moralmente inicuas.

Ha de aclararse que justo e injusto son formas más específicas de crítica moral que bueno y malo o correcto e incorrecto. Que la mayor parte de las críticas hechas mediante el uso de las palabras justo e injusto podrían ser expresadas casi igual mediante equitativo e inequitativo. Pero también es menester dejar claro que este concepto de equidad es aplicable en dos situaciones de la vida social. Una de ellas —dice Hart— ocurre cuando nuestro interés no se dirige a una conducta individual aislada sino a la manera como son tratadas clases de individuos, cuando una carga o beneficio tiene que ser distribuido entre ellos. Lo que es típicamente equitativo o inequitativo es una “participación”. La segunda situación ocurre cuando se ha causado algún daño y la víctima reclama una compensación o indemnización. Por otra parte, las expresiones mencionadas se usan en otro contexto: que un juez sea justo o injusto, que un proceso ha sido el debido (¿equitativo?), que el condenado lo ha sido injustamente. Pero, si se entiende la aplicación primaria de la noción de justicia, se entenderán las cuestiones del uso de la expresión en contextos de distribución y compensación.

A fin de aclarar estos distintos usos de la expresión, Hart parte de que el principio general “latente” en ellas es que los individuos tienen derecho, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad. Esto es algo que debe ser respetado y reestablecido en caso contrario. El precepto correspondiente se formula diciendo que los casos semejantes deben ser tratados o resueltos de la misma manera y los casos diferentes, de manera diferente. Claro está que mientras no se establezcan los criterios relevantes para asignar las semejanzas y las diferencias relevantes la fórmula es una mera forma vacía. Hart sintetiza entonces a la primera complejidad de la estructura de la idea de justicia, que consta de dos partes: una nota uniforme o constante resumida en el precepto: tratar los casos semejantes de la misma manera, y un criterio cambiante o variable usado para determinar cuándo, para un determinado propósito, los casos son semejantes o diferentes.

Hart enseña que es un error identificar la justicia con la conformidad con el derecho. Más concretamente, los principios procesales son concebidos como exigencias de justicia pero no la constituyen. Tal versión de la justicia deja sin explicar el hecho de que la crítica en nombre de la justicia no se limita a la administración del derecho en los casos particulares, sino a que las leyes son, a menudo, criticadas como justas o injustas.

En realidad nada hay de absurdo en admitir que una ley injusta, que prohíbe el acceso de la gente de color a los parques, ha sido administrada

con justicia, en el sentido de que únicamente han sido condenadas las personas genuinamente culpables de transgredir la ley, tras un proceso adecuado o justo.<sup>10</sup>

Hart examina la justicia o injusticia no ya en el contexto anterior de distribución de cargas y beneficios entre los individuos, sino en el de compensación por los daños causados. Las normas que la establecen pueden ser consideradas injustas por dos razones diferentes: bien por establecer privilegios o inmunidades no equitativas (que es, en el fondo, otro aspecto de la injusticia por distribución inequitativa) o bien por que aun sin hacer discriminaciones arbitrarias podrían no acordar, en forma absoluta, un remedio para cierto tipo de daños causados por una persona a otra, aun cuando se entendiera que moralmente la compensación es debida. En este aspecto el derecho podría ser injusto aunque tratara a todos por igual. Aquí, la conexión entre la justicia e injusticia de la indemnización por daños y el principio “tratar los casos semejantes de la misma manera” reside en que, al margen de lo prescrito por el derecho, existe la convicción moral de que las personas sometidas al orden jurídico tienen derecho a que los demás se abstengan de ciertos tipos de conducta dañosa. Tal estructura de derechos y obligaciones recíprocos constituye para Hart la base de la moral de todo grupo social. Su efecto es crear entre los individuos una cierta igualdad moral (artificial) para contrarrestar las desigualdades de la naturaleza. Así, el hombre fuerte que rompe esta igualdad moral dañando con dicha fuerza a otro es transgresor del orden y la justicia requiere que lo restablezca. En los casos de compensación, lo que reconocen las normas jurídicas es, de nuevo, el principio de tratar los casos semejantes de la misma manera, disponiendo que se restablezca el *status quo* moral en el que la víctima y el transgresor se encuentran en pie de igualdad.

El pulcro esquema hartiano se complementa con la advertencia de que las exigencias de justicia (en el doble sentido aquí examinado) suelen entrar en conflicto con otros valores. El conflicto en ocasiones se expresa paradójicamente bajo el rubro de justicia social. Es el caso de la responsabilidad objetiva extra contractual tan importante para la indemnización de los riesgos de trabajo. Aquí, además, Hart advierte un importante punto de enlace entre las ideas de justicia y de bienestar social. En la mayor parte de los casos, el derecho acuerda beneficios a una clase de la población a expensas de privar a otras de lo que prefieren. Cuando se hace una elección entre tales alternativas en conflicto ella puede ser defendida diciendo que está guiada por el bien público o el bien común. Aquí, en realidad, lo que debe procurarse como exigencia de justicia es que la elección sea efectuada considerando previamente los intereses de todos los sectores de la comunidad imparcialmente, aun cuando, en el resultado

<sup>10</sup> *Idem*, p. 197.

final, los reclamos de un sector quedarán subordinados al de otro. Esta justicia distributiva, señala Hart, difiere de las formas simples examinadas. Aquí lo distribuido con justicia no es cierto beneficio específico entre una clase de postulantes al mismo sino la consideración imparcial de pretensiones en conflicto respecto de beneficios diferentes. He aquí la aproximación razonable y controlada lógicamente de “la más pública y la más jurídica de las virtudes”.

### III. Rawls

En los primeros meses de 1979 comenzó a circular la versión española, editada en México, de la *Teoría de la justicia* de John Rawls, aparecida originalmente en 1971, a diez años del libro de Hart. La magnitud y complejidad de esta obra monumental hace aconsejable irse con tiento y auxiliado por algunos de los guías más autorizados: Parekh, Vallespín y R. P. Wolff.<sup>11</sup> No los hemos seguido aquí, a pesar del consejo.

Entre el utilitarismo y el intuicionismo, Rawls reivindica la fertilidad de la teoría “tradicional” del contrato social, representada por Locke, Rousseau y Kant, para erigir una concepción alternativa de la justicia, implícita en dicha tradición, base moral la más apropiada para una sociedad democrática.

Precisas indicaciones del autor permiten, además, ceñirse al núcleo de la teoría.

Sin rodeos, el papel de la justicia es el de ser virtud primera de las instituciones sociales. No importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar. Es por esta razón —escribe Rawls— que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos sea correcta por el hecho de que un mayor bien sea compartido por otros... En una sociedad justa las libertades de la igualdad de ciudadanía se toman como establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales. Esta es una intención inicial que quedará validada o no a la luz de una teoría de la justicia.

Se asume que aun cuando la sociedad es una empresa cooperativa para obtener ventajas mutuas, se caracteriza tanto por un conflicto como por una identidad de intereses. Conflicto, puesto que las personas no son indiferentes respecto a cómo han de distribuirse los mayores beneficios producidos por su colaboración: cada una de ellas prefiere la mayor parte

<sup>11</sup> Cfr. Parekh, Bhikhu. *op. cit. supra*, nota 5; Wolff, Robert Paul, *Para comprender a Rawls* (trad. castellana de Marcial Suárez), México, Fondo de Cultura Económica, 1981.

posible. Se requiere entonces —dice Rawls— de un conjunto de principios para escoger entre los diferentes arreglos sociales que determinan esta división de ventajas y para suscribir un convenio sobre las participaciones distributivas correctas. Estos son los principios de la justicia social: proporcionar un modo para asignar derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definir la distribución apropiada de los beneficios y cargas de la cooperación social. Sociedad regulada por una concepción de la justicia es una sociedad bien ordenada. Debe verse entonces que en dicha sociedad cada cual acepta y sabe que los otros aceptan los mismos principios de justicia y que las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente esos principios y se sabe generalmente que lo hacen entre individuos con objetivos y propósitos diferentes, una concepción compartida, pública de la justicia, establece los vínculos de la amistad cívica; el deseo general de justicia limita la prosecución de otros fines. No obstante sus diferentes concepciones sobre la justicia los hombres entienden la necesidad de disponer de un conjunto característico de principios que asignen derechos y deberes básicos y que determinen lo que consideran ser la distribución correcta de las cargas y beneficios de la cooperación social. Rawls acepta que, a pesar de todas las diferencias, todos podemos acordar que las instituciones son justas cuando no se hacen distinciones arbitrarias entre las personas al asignarles derechos y deberes básicos (con lo que nuestro autor recorre el camino trazado por Hart) y cuando las reglas determinan un balance correcto entre pretensiones competitivas respecto a las ventajas de la vida social (con lo que se apunta ya a un nuevo tramo en la discusión sobre la justicia). Pero hay además tres problemas conectados con el básico de la justicia: coordinación, eficacia y estabilidad de los individuos, de los medios y de la cooperación social. En suma, concluye Rawls, no podemos evaluar una concepción de la justicia solo por su papel distributivo, porque el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, de sus instituciones sociales más importantes, que son las que definen los derechos y deberes del hombre e influyen sobre todas sus expectativas. Ahora bien, la estructura contiene varias posiciones sociales y los hombres que ocupan cada una de ellas tienen diferentes expectativas de vida. A estas desigualdades deben aplicarse los principios de la justicia social que regulan la selección de una constitución política y los elementos principales del sistema económico y social. Las diversas concepciones de justicia son, entonces, el producto de diferentes nociones de sociedad puestas frente a un marco de puntos de vista opuestos acerca de las necesidades y oportunidades naturales de la vida humana.

La idea principal de la teoría de la justicia de Rawls es que los principios de la justicia para la estructura básica de la sociedad son el objeto del acuerdo original. Son los principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una

posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación. Estos principios han de regular todos los acuerdos posteriores. Esto es justicia como imparcialidad, en la que la posición original de igualdad corresponde al estado de naturaleza de la teoría tradicional del contrato social. En esta hipótesis, nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase, *status* social; nadie conoce tampoco cuál es su suerte con respecto a la distribución de ventajas y capacidades naturales, inteligencia, fortaleza. Aún más: ignoran todos sus concepciones del bien y sus tendencias psicológicas especiales. Los principios de la justicia se esconden tras un velo de ignorancia. Los principios de la justicia serán entonces resultado de un acuerdo o de un convenio justo pues la posición original es equitativa. Los principios de la justicia se acuerdan en una situación inicial que es justa. En esta situación inicial Rawls duda de que el principio de utilidad fuera reconocido.

No parece posible —escribe— que personas que se ven a sí mismas como iguales, facultadas para reclamar sus pretensiones sobre los demás, conviniesen en un principio que pudiera requerir menores perspectivas vitales para algunos, simplemente en aras de una mayor suma de ventajas disfrutadas por otros. En cambio, Rawls sostiene que en dicha situación original serían elegidos dos principios. El primero exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad. Los dos principios parecen ser una base equitativa sobre la cual los mejor dotados pueden esperar la cooperación voluntaria de los otros en el caso en que algún esquema practicable sea condición necesaria para el bienestar de todos. La primera enunciación de los dos principios es la siguiente. Primero: cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. Segundo: las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.

De entre las libertades a que se refiere el primer principio, las más importantes son la libertad política; la libertad de expresión y de reunión; la de conciencia y pensamiento; la personal que incluye la libertad frente a la opresión psicológica; el derecho a la propiedad personal y la libertad respecto del arresto y detención arbitrarias.

Respecto al segundo principio cabe aclarar que la distribución del ingreso y la riqueza no necesita ser igual pero requiere ser ventajosa para todos y, al mismo tiempo, los puestos de autoridad y responsabilidad tienen que ser accesibles a todos. Además, los principios habrán de ser dispuestos en un orden serial, dando prioridad al primer principio sobre

el segundo. Estos principios son un caso especial de una concepción más general de la justicia que puede ser expresada como sigue: todos los valores sociales —libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, así como las bases sociales y el respeto a sí mismo— habrán de ser distribuidos igualitariamente a menos que una distribución desigual de alguno o de todos estos valores redunde en una ventaja para todos.

Un breve apunte introductorio como el aquí intentado no podría pretender resumir la compleja construcción intelectual que debemos a Rawls. Sí, en cambio, sugerir el viraje radical en el tratamiento de estas cuestiones comentado al iniciar estas notas. Importa entonces percatarse la distancia recorrida en el campo de la filosofía jurídica de Kelsen a nuestro último autor.

#### IV. Dworkin

Para criticar la “famosa idea de la posición original” de Rawls, Dworkin compuso un ensayo, contenido en *Los derechos en serio*<sup>12</sup> que tituló “La justicia y los derechos”, en el que asienta que si los hombres eligieran aquellos dos principios propuestos por Rawls ello no conllevaría el que sirvieran para verificar la justicia de instituciones políticas concretas.

El argumento de la posición original resulta problemático y sumamente controvertible. Si suponemos que defiende la equidad de aplicar los dos principios, debemos suponer que sostiene que porque un hombre habría dado su acuerdo a ciertos principios si le hubieran preguntado de antemano, es justo aplicarle esos principios más adelante en circunstancias diferentes y cuando él no les da su acuerdo. Si se pudiera demostrar que los dos principios favorecen el interés de todos, sería un sólido argumento en favor de su equidad, pero, dice Dworkin, es difícil ver de que manera se podría usar la posición original para demostrarlo. Se trata de una larga réplica ideada para desacreditar la ingeniosa teoría de Rawls. Concluye diciendo que el supuesto más básico de Rawls no es que los hombres tengan derecho a ciertas libertades que Locke o Mill consideraban importantes, sino que tienen derecho a igual consideración y respeto en el diseño de las instituciones políticas. Este supuesto puede ser impugnado de múltiples maneras. Pero no puede ser negado en nombre de ningún concepto más radical que la igualdad, porque un concepto tal no existe. Advierte finalmente Dworkin que los críticos del liberalismo tendrán que demostrar los errores de Rawls y no pueden entenderlo tan lejano a ellos como para darse el lujo de un enfrentamiento.

<sup>12</sup> Dworkin. *op. cit.*, *supra*, nota 4.