

Primera parte

Fundamentación teórica

De la justicia como virtud A la justicia política y constitucional.

Un recorrido sobre las teorías de la justicia⁵

Óscar Mejía Quintana⁶
Diana Hincapié Cetina⁷

Introducción

Según Axel Honneth, representante de la tercera Escuela de Frankfurt, la filosofía práctica debe dar cuenta de las instituciones nucleares modernas como realización de la razón moral. Sin embargo, en el último medio siglo, la filosofía práctica se encuentra desacoplada del análisis social tal como en su momento, dos siglos atrás, Hegel intentó hacerlo con la filosofía del derecho, pretendiendo fallidamente conciliar pensamiento y realidad.

En esa dirección y ante el retroceso tanto de la filosofía política como de la filosofía del derecho, desde la publicación de la obra cumbre de John Rawls, la teoría de la justicia se ha impuesto paulatinamente como marco normativo de análisis de la sociedad. La filosofía práctica se ha desplazado así de la filosofía moral, política y del derecho como marco de interpretación societal a la teoría de la justicia para dar

-
- 5 Este trabajo fue elaborado por gentil invitación y como contribución al proyecto de investigación *Aproximaciones críticas a algunas concepciones filosóficas de la justicia de la época contemporánea* (código SGI 2158).
- 6 Profesor Titular del Departamento de Derecho de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Filósofo (UNC), M.A. en Filosofía Moral y PH.D. en Filosofía Política (P.W.U., USA). Adelantó su segundo Doctorado en Filosofía del Derecho (UNC) bajo la dirección del Profesor Guillermo Hoyos. Correo electrónico: omejiaq@unal.edu.co
- 7 Profesora Ocasional de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la UNC, codirectora del grupo de Investigación REPENSARElDERECHO; abogada, Magister en Derecho Constitucional, doctoranda en derecho de la misma universidad. Correo electrónico: dmhincapiec@unal.edu.co

cuenta integral de los procesos sociales en curso de las sociedades de la modernidad tardía.

Para Honneth, cuatro premisas metodológicas justifican una teoría de la justicia como marco reconstructivo de interpretación societal, a saber: i) la reproducción de las sociedades está ligada hacia la orientación común hacia ideales y valores portantes establecidos tanto desde arriba (*pattern variables* de Parsons) como desde abajo (objetivos educativos); ii) el punto de referencia de una teoría de la justicia son los ideales normativos que al mismo tiempo puedan constituir condiciones institucionales para la reproducción de la sociedad (Rawls/Habermas); iii) el procedimiento metódico de reconstrucción normativa conduce a lo que Hegel llamó eticidad como forma de convergencia entre instituciones e ideales y iv) el procedimiento de reconstrucción normativa ofrece también oportunidad de aplicación crítica (Honneth, 2011).

Intentaremos en este escrito dar cuenta de un estado del arte de las teorías de la justicia desde la antigüedad hasta nuestros días, orientándonos por la siguiente *hipótesis de trabajo* que buscaremos ilustrar mínimamente: *La teoría de la justicia sufre un desplazamiento desde la Antigüedad y la Modernidad temprana, donde se centraba en la ecuación justicia como virtud que obviamente priorizaba los modelos de vida buena ejemplarizante de una comunidad relativamente cerrada, a una consideración más integral de la misma centrada en la justicia política como expresión de un consenso societal más inclusivo para la coordinación de la sociedad y que finalmente dará paso al reconocimiento de la razón pública y la justicia constitucional como la forma más decantada de justicia en las sociedades contemporáneas.*

El itinerario que seguiremos para el efecto será el abordaje de las teorías de la justicia en el derecho natural, antiguo y temprano-moderno (1), posteriormente los desarrollos en el iuspositivismo, tanto de Kelsen como de Hart (2), para pasar enseguida a Rawls, su teoría de la justicia y la polémica liberal-comunitarista (3) que nos abre a la problematización y planteamiento de la justicia política y la razón pública (4) que finalmente nos permita ambientar con Habermas el planteamiento de la justicia constitucional como la expresión más decantada de la justicia en las sociedades moderno-tardías (5).

La Justicia en el Derecho Natural

La justicia como virtud

La matriz común a todo tipo de iusnaturalismo de corte premoderno, como el hispano-tradicionalista en Colombia y la región andina, lo constituye la filosofía aristotélica, ya

sea a través de su versión lógico-metafísica o de su filosofía moral, en especial esta última en cuyo marco se desarrolla la teoría aristotélica de la justicia y su alusión directa al derecho natural. De allí la importancia de determinar este primer elemento del paradigma iusnaturalista premoderno que, como se ha visto, atraviesa las reflexiones jurídicas ibéricas e iberoamericanas desde antes y después del proceso colonizador.

La *Ética a Nicómaco* gira en torno a tres teorías: la del bien y la felicidad, la de la virtud y la de la justicia. Una cuarta, que podríamos calificar de engranaje giratorio entre las tres anteriores, es la de la amistad, con la cual se completa el esquema ético fundamental aristotélico.

La primera, *teoría del bien y la felicidad*, se plantea en términos de que el bien es el fin de las acciones humanas: bien y finalidad coinciden y la ciencia política nos da a conocer estas finalidades. El fin supremo es la felicidad y solo por referencia a este fin se determina lo que deben aprender a hacer los hombres en su vida social (Aristóteles, trad. 1987).

La felicidad se precisa determinando cual es la misión propia del hombre. Esta no puede ser la vida vegetativa, ni la vida de los sentidos, sino la vida de la razón. El hombre es feliz si vive según la razón: y esta vida es la virtud. El estudio sobre la felicidad se transforma en el estudio sobre la virtud. Virtud y exceso dependen por entero de los hombres: el hombre es el principio y el padre de sus actos.

La segunda es la *teoría de la virtud*. Aristóteles establece dos ramificaciones: la *virtud intelectual* o racional y la *virtud moral*. La primera, denominada dianoética, es el ejercicio de la razón y establece cinco categorías: la ciencia, desarrollo de la capacidad demostrativa; el arte, desarrollo de la capacidad de creación; la prudencia, desarrollo de la capacidad de obrar; la inteligencia, desarrollo de la capacidad de comprender principios; y la sabiduría, desarrollo de la capacidad de juzgar la verdad.

La segunda ramificación es la *virtud moral*, cuyo objetivo es el dominio de la razón sobre los impulsos sensibles. En términos generales, las virtudes morales constituyen la capacidad de escoger el justo medio excluyendo los extremos viciosos que pecan por exceso o defecto. El valor lo es entre la cobardía y la temeridad; la templanza, entre la intemperancia y la insensibilidad; la liberalidad, entre la avaricia y la prodigalidad; la magnanimidad, entre la vanidad y la humildad; la mansedumbre, entre la irascibilidad y la indolencia (Aristóteles, trad. 1987).

Aristóteles plantea, después, su *teoría de la justicia*. La justicia es la virtud ética principal: es íntegra y perfecta y define no solo la vida individual sino social y política. El Estagirita establece dos clases de justicia: la *justicia distributiva*, que determina la distribución de honores, dinero o bienes según el mérito de cada cual; y la *justicia conmutativa* que se

ocupa de los contratos, voluntarios e involuntarios, entre los hombres. De esta última se desprende una tercera noción, la de la *justicia correctiva* cuyo objetivo es equilibrar las ventajas y desventajas entre los contrayentes (Lledó, 1988).

Enseguida se aborda el concepto de *derecho*, el cual Aristóteles divide en derecho privado y derecho público, subdividiendo a su vez este último, cuyo objetivo es la vida social de los hombres, en derecho positivo, de carácter local, y derecho natural, de carácter universal. La *equidad* en este contexto se manifiesta como la *capacidad de corrección* de la ley positiva local mediante el derecho natural universal (Brun, 1963).

Por último, Aristóteles desarrolla su *teoría de la amistad*, muy unida a la virtud pues es lo más necesario de la vida. En ella distingue entre las amistades fundadas en el placer o utilidad, en cuyo caso son accidentales; y las fundadas en el bien, que constituye la relación perfecta. La importancia decisiva de esta teoría es que sobre ella descansa toda la ética aristotélica: el cuadro general de las virtudes tiene sentido en la medida en que todas ellas nos sirven, en últimas, para ser y hacer amigos.

La ética aristotélica no es sino el espectro de virtudes que le sirven al hombre para identificarse en el seno de una comunidad determinada, con tradiciones y estándares de racionalidad específicos, concepciones y pautas de acción particulares: el justo medio no adquiere sentido sino en el marco de un conglomerado definido (en el caso de Aristóteles, el de la *polis* ateniense), en cuya práctica cotidiana el hombre aprende a comportarse según esos patrones establecidos que le permiten vivir virtuosamente y lograr el reconocimiento, es decir, la amistad de sus conciudadanos.

La justicia en el contractualismo clásico

Justicia como pacto social: Hobbes

Hobbes plantea un iusnaturalismo moderno en el cual el derecho positivo depende del natural, no en cuanto a su contenido sino en cuanto a su validez. La obligación de obedecer al soberano es una obligación derivada de la ley natural, con carácter moral. En el sistema jurídico de Hobbes, el derecho natural constituye la fuente de las normas primarias y el derecho positivo las derivadas. Las leyes del derecho natural no se convierten en leyes hasta que existe el Estado y el poder soberano obliga a obedecerlas.

De esta manera, el iusnaturalismo de Hobbes es una forma de transición entre el iusnaturalismo premoderno y el positivismo jurídico. La ley natural es superior a la positiva porque fundamenta su legitimidad y establece su obligatoriedad. Pero,

al mismo tiempo, fundamenta la legitimidad y establece la obligatoriedad del ordenamiento jurídico positivo en su conjunto.

Sin duda, el capítulo fundamental de todo el *Leviathan* es el XIV, pues allí confluye toda la teoría antropológica conceptualizada anteriormente y de él se deriva todo el ordenamiento jurídico posterior del “bienestar común”, es decir, del Estado. En ese sentido, el capítulo sirve de plataforma giratoria para justificar las extensas disquisiciones anteriores sobre la naturaleza del hombre y el planteamiento político consecuencia del “pacto de unión” que allí se fundamenta.

Hobbes inicia su argumentación definiendo y diferenciando, como lo especifica Macpherson (1985), tres conceptos claves: el de *Estado de naturaleza* (Cap. XIII), el de *Derecho de naturaleza*, y el de *Ley natural*, los cuales en conjunto servirán para fundamentar, posteriormente, el del contrato social y el pacto de unión. El *Estado de naturaleza* refleja un estado de guerra permanente, local e internacional, donde los hombres viven en constante temor a una muerte violenta. En esta condición hipotética todo hombre es susceptible a la invasión de su vida y propiedad, por la libertad que cada uno tiene de hacer lo que quiera. El objetivo primordial del concepto es demostrar que los hombres deben hacer lo necesario para evitar ese estado de cosas.

El *Derecho de naturaleza* será establecido en los términos de “la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder como quiera para la conservación de su propia (...) vida (...) para hacer todo aquello que su (...) razón considere como los medios más aptos para lograr ese fin” (Hobbes, 1985, p. 54). La razón acude en auxilio del hombre, señalándole los medios para superar la situación de anarquía y peligro en que se encuentra, justificada en el derecho natural que todos tienen de protegerse a sí mismos de una muerte violenta.

La *Ley de naturaleza* constituye la concreción de lo anterior en forma de reglas prescriptivas con las que todo hombre razonable debe estar de acuerdo, dentro o fuera del estado de naturaleza. Esta ley fundamental reza así: “(...) cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene la esperanza de lograrla; y cuando no puede obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas y ventajas de la guerra” (Hobbes, 1985, p. 54).

De ello se derivan las dos ramificaciones básicas del bienestar común (*common wealth*): “buscar la paz y seguirla” (Hobbes, 1985, p. 54) y “defendernos a nosotros mismos, por todos los medios posibles” (Hobbes, 1985, p. 54). Es interesante observar el giro sutil pero radical de Hobbes en este punto. El raciocinio mecanicista hubiese colocado, por pura consecuencia natural y lógica del estado de naturaleza, la

defensa de sí mismos como imperativo primordial y, en segundo lugar, la búsqueda de la paz.

Hobbes invierte los términos para fundamentar desde ello la necesidad posterior de un estado civil. Pero con ello está desbordando metodológicamente el modelo causal que había seguido hasta aquí e introduciendo un *constructo ideal de sociedad*, proyectado desde un sujeto racional, que colectivamente tiene que perseguirse para garantizar el bienestar común. Con esto inaugura un tipo de ciencia social no positivista, donde el papel del sujeto no es meramente mecánico ni reflectivo, y cuya proyección racional de un Estado ideal constituye el principio heurístico y teleológico de su teorización y eventual actividad.

La segunda ley natural, derivada de la anterior, permitirá fundamentar el contrato. La ley comporta, pues, dos partes: la *prohibición* de lo que la naturaleza le compele a hacer contra los otros para preservar la paz y, por ende, su propia vida; y la *limitación* de su libertad de luchar contra los otros con tal de que los demás hagan lo mismo. Hobbes está estableciendo dos condiciones y momentos diferentes en la constitución del pacto. El primero es un acto concertado, un compromiso común, un *contrato social* a través del cual todos renuncian a sus derechos de naturaleza al mismo tiempo.

El segundo, es la transferencia de esos derechos a una persona o institución, acto que debe ser necesariamente concertado y consensual, constituyéndose en un *pacto de unión* frente a un objetivo definido, a saber: el de que un poder común garantice a todos el cumplimiento del contrato y el pacto, evitando así recaer en el estado de anarquía y zozobra anterior.

Ambas condiciones, entonces, contrato social y pacto de unión, constituyen motivo de compromiso y obligación y pueden ser asumidas de diversas maneras, por diferentes procedimientos: acciones, palabras o simplemente, abstención de asumir acciones violentas, propias del Estado de naturaleza, pueden ser signos, expresos o inferidos, de que la sociedad ha decidido adoptar el pacto como alternativa de convivencia social. Pacto cuya naturaleza es absolutamente humana y que no puede ser concertado ni con las bestias ni con Dios, sino solo entre los hombres que son los sujetos necesarios del mismo.

Soberanía que se caracterizará por ser irrevocable, absoluta e indivisible, y que culmina cuando el pacto termina por cumplimiento de la obligación o remisión de este por parte del soberano. Soberanía *irrevocable* porque no puede producirse ruptura del pacto puesto que este ha sido cedido al soberano y no existe contrato entre él y los súbditos; *absoluta*, pues tras el pacto el soberano no tiene límites, salvo

el derecho a la vida del súbdito; *indivisible* pues, aun tratándose de una asamblea, debe actuar como un cuerpo homogéneo, sin fisuras ni contradicciones en su acción.

De nuevo aquí es interesante observar, contra el prejuicio generalizado, que para Hobbes no todos los derechos pueden alienarse en el soberano. El derecho de resistencia (Hobbes, 1985) queda clara y expresamente contemplado para los casos en que se atente contra la propia vida, o pretenda lesionarse, esclavizarse o encarcelarse sin justificaciones motivadas.

Locke: justicia como acuerdo mayoritario

El segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, escrito en 1690, cuarenta años después del *Leviathan* de Hobbes, retoma el modelo contractual, pero introduciendo cambios sustanciales al esquema hobbesiano. En primer lugar, es evidente el interés primordial de Locke de horadar el argumento justificatorio de la monarquía.

El poder no puede legitimarse aduciendo ser la descendencia de Adán, sencillamente porque esta se perdió. Más adelante ataca igualmente la tesis del poder paternal como justificación del poder político. El poder paternal se fundamenta en el hábito y el respeto filial, pero requiere también la libre aceptación de los hijos (Locke, 1990).

La monarquía ha pretendido justificar su dominio con este tipo de argumentos, sin reconocer que la sumisión a un gobierno es un acto de libertad y consentimiento, e imponiendo así, de hecho, un poder más arbitrario que la misma esclavitud, pues esta es un estado de guerra entre un vencedor y un cautivo que, sin embargo, se supera con un pacto entre ambos, lo que no sucede con la monarquía (Locke, 1990).

La sociedad, pues, ha tenido que constituirse de otra manera. Locke (1990) introduce aquí su concepto del *Estado de naturaleza*, que modifica por completo al hobbesiano y anticipa casi en su totalidad el posterior de Rousseau. Para Locke (1990) aquel se caracteriza por ser “un estado de paz, buena voluntad, asistencia mutua y conservación” (p. 7), absolutamente contrario a esa condición anárquica planteada por Hobbes. En él existe una libertad absoluta, la cual se garantiza con el derecho de cada uno de castigar al ofensor, y está determinada por dos poderes o capacidades: la de preservarse a sí mismo y a otros en los límites de la ley natural y castigar los crímenes cometidos contra esa ley.

Este estado de naturaleza desaparece por el surgimiento de un *estado de guerra*, originado en el derecho de cada cual a repeler los ataques contra sí mismo, generándose una condición de enemistad, malicia, violencia y destrucción, que se generaliza por la ausencia de un juez con autoridad capaz de garantizar la convivencia social (Locke, 1990). La *propiedad* constituye un elemento esencial

tanto del estado de naturaleza como del estado de guerra. *Lato sensu* aquella es considerada conjuntamente como la vida, la libertad y la posesión de bienes. Locke comprende la propiedad como limitada por la ley natural y, particularmente, por el trabajo.

La propiedad es definida por el trabajo personal sobre ella: solo es mío lo que yo he trabajado y en el momento en que la sociedad pasa de un estado natural a una sociedad civil el criterio para mantener las propias posesiones es, precisamente, el trabajo personal sobre las mismas. Allí también era clara la crítica a la propiedad improductiva de la monarquía y a su concepción de la posesión de grandes extensiones, de lo cual Locke se burla abiertamente poniendo como ejemplo sus grandes extensiones baldías (Locke, 1990).

La *sociedad política o civil* nace por un acuerdo social para formar la comunidad política e implica la renuncia de cada uno a su poder natural. Y culmina, de nuevo, con un ataque directo a la monarquía. Y aunque el consentimiento individual es básico para salir del estado de naturaleza, una vez establecida la sociedad civil la mayoría tiene el derecho para actuar y decidir por todos: el *consenso mayoritario* legitima el consentimiento y el acuerdo social (Locke, 1990).

Obviamente, en ese momento tal era la necesidad histórica de Locke, como lo será un siglo después también para Rousseau. Pero de esta manera se prefiguraba uno de los conflictos que habrían de desgarrar a la democracia y que sembraba en su interior la semilla misma de un nuevo absolutismo: la dictadura de las mayorías.

Justicia como cuerpo colectivo moral: Rousseau

El contrato rousseauiano se establecerá, metodológicamente, en tres momentos. El primero es el *estado de naturaleza* que, como señala Durkheim, no es sino una hipótesis de trabajo, una categoría teórica que permite distinguir en el hombre lo que es esencial de lo que es artificial y derivado.

Este estado de naturaleza, al contrario que en Hobbes, no es un estado de guerra y anarquía sino de mutua comprensión y solidaridad: un estado neutro de inocencia. Rousseau lo concibe abstrayendo al hombre de todo lo que le debe la vida social, en un perfecto equilibrio entre sus necesidades y los recursos para satisfacerlas. El hombre originariamente natural será concebido íntegro, sano, moralmente recto: no es malvado ni opresor, sino naturalmente justo (Rousseau, 1992).

El segundo momento es el del *estado social*. La génesis de la sociedad la plantea Rousseau (1992) en el surgimiento de fuerzas antagónicas en el estado de naturaleza. Las dificultades naturales (sequías, inviernos largos, etc.) estimulan el surgimiento

de nuevas necesidades, obligando a la asociación forzosa de los hombres.

El tercer momento es el de *contrato social*. Para Rousseau (1992) no se trata de someterse a una fuerza superior pues al desaparecer esta desaparece la unidad social. La unión no puede fundarse en la voluntad del gobernante: debe ser interna y tiene que ser una decisión del pueblo. Por lo mismo, no se trata de construir una agregación, que para Rousseau es lo que se deriva del planteamiento de Hobbes, sino una asociación, la cual resulta de un contrato en virtud del cual cada asociado enajena sus derechos a la comunidad.

Con ello, todas las voluntades individuales desaparecen en el seno de la voluntad común y general que es la base de la sociedad, constituyéndose una fuerza superior a la de todos, pero con unidad interna. Este acto de asociación por su naturaleza inherente produce un cuerpo moral y colectivo, el cual recibe en dicho acto su unidad, su identidad común, su ser y su voluntad.

Como consecuencia del contrato cada voluntad individual es absorbida por la voluntad colectiva que no les quita la libertad, sino que la garantiza. No es pues, como en Hobbes, un pacto de sumisión sino un *pactum unionis* (pacto de unión). La voluntad general no es la suma de todas las voluntades sino la renuncia de cada uno a sus propios intereses en favor de la colectividad. Los intereses privados quedan, pues, supeditados al interés común y se elimina la oposición entre los unos y los otros, al integrarse los primeros a los segundos (Rousseau, 1992).

De esta manera, la voluntad general queda encarnada por el Estado, y este lo es todo: la política, en cuanto es expresión de la colectividad, fundamenta la moral. La soberanía que de ello se deriva será además de inalienable, indivisible y absoluta, como en Hobbes, también infalible. La voz de la mayoría “no se equivoca” y de allí se derivan los imperativos éticos de la sociedad.

Hasta aquí esta magistral síntesis que Durkheim hace del contrato social, la cual tiene el mérito de esclarecer y, sobre todo, profundizar puntos sustanciales de la concepción contractual ilustrada que Rousseau lleva a su máxima expresión y que la modernidad tardía asumirá como paradigma de las principales ideologías políticas contemporáneas. Sin entrar a discutir hasta qué punto esta concepción de Rousseau terminó fundamentando un tipo de democracia representativa en la cual jamás pensó, fiel a un sistema de democracia directa y colectiva más afín a su planteamiento contractual, lo cierto es que, frente a Hobbes, el contrato social rousseauiano parece pecar de ciertas debilidades metodológicas.

El estado de naturaleza como un estado idílico, en donde los hombres viven en completa armonía, aun siendo –como en Hobbes– un recurso metodológico, carece

del realismo que sí posee este en el *Leviathan*. Hobbes no concibe sociedades ideales primitivas sino, más bien, trata de describir un estado actual de desorganización que potencialmente podría conducir a la sociedad a una situación caótica irreversible, como la que de alguna manera se estaba viviendo entonces.

Kant: justicia como contrato consensual

Kant es el último eslabón de la tradición clásica del contractualismo y sus reflexiones estarán orientadas a la “búsqueda del principio de legitimidad democrática” (Fernández, 1991). Para Kant el contrato social debe ser una idea regulativa racional que fundamente el orden jurídico del Estado, convirtiéndose en la pauta o idea política que oriente a la sociedad civil frente a aquél Kant (citado en Fernández, 1991).

Kant no se enfrasca en la estéril discusión, que ya para entonces se planteaba, de que la teoría del contrato social suponía una situación inexistente o, al menos, inverificable y que ello invalidaba su pretensión regulativa. Para Kant, la fuerza de la idea del contrato social reside, precisamente, en eso: en que es una idea de la razón y que, como tal, se basa en “principios racionales a priori”, constituyéndose, por tanto, en una norma ordenadora de la sociedad con plena autoridad de derecho (Fernández, 1991).

Además de este carácter racional que Kant le confiere al contrato social hay un rasgo adicional que parece querer corregir aquellos sesgos de “democracia totalitaria” que se desprendían del contrato social formulado por Locke y Rousseau. Aunque para Kant, una vez establecido el orden jurídico, el pueblo no puede rebelarse ya contra ese poder constituido, sin embargo, sí acepta la facultad del ciudadano para no obedecer ninguna ley que le resulte ajena a su conciencia: “Mi libertad externa deberá explicarse más bien así: es la facultad de no obedecer a ninguna ley externa si no he podido dar mi consentimiento para ella” Kant (citado en Fernández, 1991, p. 167).

Con ello Kant pretende superar la imposición de la decisión mayoritaria sobre la conciencia individual planteada por Rousseau, lo cual, además, sería plenamente congruente con su filosofía moral, a través de la interiorización autónoma de la ley externa. Como se recuerda, la moral kantiana gravita en torno a “la autonomía de la voluntad como principio supremo de la moralidad”, en oposición a “la heteronomía de la voluntad como origen de todos los principios ilegítimos de la moralidad” (Kant, 1986, p. 52). Tal como se refiere a continuación:

La autonomía de la voluntad es la constitución de la voluntad, por la cual es ella para sí misma una ley (...) El principio de la autonomía es, pues, no elegir de otro modo sino de éste: que las máximas de la elección, en el querer mismo, sean al mismo tiempo incluidas como ley universal. (Kant, 1986, p. 52)

Tales afirmaciones están directamente relacionadas con el carácter formal, racional y universal de los imperativos categóricos, formulación que se reconstruirá en el segundo capítulo, y cuyo propósito no es otro que la organización de la sociedad: "(...) todo ser racional debe obrar como si fuera por sus máximas siempre un miembro legislador en el reino universal de los fines" (Kant, 1986, p. 50), cuya máxima será, "obra como si tu máxima debiera servir al mismo tiempo de ley universal" (Kant, 1986, p. 50).

El fundamento moral del contrato social nos remite, necesariamente, al corazón de la filosofía moral kantiana: el problema de la libertad y su antinomia con la causalidad. Más adelante, reconstruiremos esta problemática a la que Rawls intentará dar respuesta y que en Kant se diluye entre las corazas del sujeto monológico. Pero, sin duda, el criterio de legitimación, que en Hobbes todavía respondía a unos principios de derecho natural, los cuales condicionaban la permanencia del pacto, cambia sustancialmente de carácter en Locke, en tanto queda subsumido como el procedimiento que da nacimiento a la sociedad civil, y adquiere un sesgo absolutista en Rousseau al conferirle a la voluntad general la connotación moral de infalibilidad.

Kant comprende lo peligroso que es amarrar el criterio de legitimación del orden jurídico-político positivo a un elemento tan vaporoso como es el del acuerdo mayoritario, tan volátil entonces como lo es ahora. De allí su afán por encontrar otro camino a través del cual darle una fundamentación adecuada al contrato social que le dé garantías suficientes para no caer seducido por los espejismos que las mayorías pudieran concebir con el fin de justificar cualesquiera medidas. La historia, como terriblemente aprendimos, acabó dándole la razón a Kant.

Pero lo importante es observar que, de cualquier manera, Kant intenta superar el caprichoso criterio de legitimidad fundamentado en el consenso mayoritario, que ya él intuía tan arbitrario como el de la "autoridad paterna" de la monarquía, por un principio a priori de la razón, la libertad, desde el cual darle una base consistente a la deducción trascendental de la idea del derecho y estado (González, 1984), definiendo un principio menos movedizo que los sugeridos por esas expresiones heterónomas de la moral popular.

En efecto, ninguna máxima que pretenda orientar actos de nuestra vida cotidiana, incluyendo las que determinan nuestra acción social y política, puede ser ajena al marco general definido por la autonomía de la moralidad, y su principio de libertad,

que se expresa en tales imperativos. Toda acción humana, en cuanto pretenda ser moralmente legítima, debe pasar por tales raseros.

El principio de legitimidad democrática encuentra su fundamento en la autonomía moral del individuo, incluso sin que Kant acepte el derecho de rebelión contra un orden establecido, aunque sí el de la plena “libertad de la pluma” para criticar y cuestionar las acciones del Estado, por parte del ciudadano Kant (citado en Fernández, 1991).

Justicia y Norma Básica en el Iuspositivismo

La norma fundamental como justicia vacía: Kelsen

La teoría kelseniana sobre la norma básica tiene su principal expresión en la *Teoría Pura del Derecho*, en cualquiera de sus dos versiones, la de 1934⁸ y la de 1960. Kelsen intenta superar lo que se llamaría la antinomia jurídica que para él consistía en hacer depender la validez del derecho ya del sustento ético de la norma, ya de la eficacia de esta. En otras palabras, lo que Kelsen quería superar era, de una u otra manera, tanto la concepción iusnaturalista como la realista sobre la validez del derecho.

En ese propósito, Kelsen retoma la pregunta de su maestro Kant y la aplica al campo del derecho: ¿cuáles son las condiciones de posibilidad del conocimiento y la experiencia jurídica? En una estrategia análoga a la kantiana en la *Crítica de la Razón Pura*, Kelsen considera dos condiciones a priori del conocimiento jurídico: la primera, la existencia de un sistema jurídico de estructura piramidal y, de otra, condición a su vez de la primera, una norma fundamental, fuente de validez de todo el sistema, que Kelsen concibe como condición lógico-epistemológica del sistema. Es decir que, en últimas, la norma fundamental es concebida como una especie de condición vacía que concreta igualmente los dos postulados básicos de la teoría kelseniana: la pureza metódica y la neutralidad axiológica (Fernández, 1991).

Pero ya desde un comienzo la norma fundamental revela sus limitaciones y contradicciones. En efecto, Kelsen la define como una norma hipotética, no pensada, no fundamentada, que no es fruto de voluntad y, por tanto, no tiene contenido material. Pero parte de sus tareas son las de transformar categorías del ser al deber ser jurídico, así como determinar criterios creadores de derecho, además de ser fuente de unidad, completud y coherencia del sistema jurídico en su conjunto (Bobbio, 1993). La cuestión que se evidencia es de qué manera una norma sin contenido material

8 Se recomienda ver la traducción de la versión francesa de 1953, fiel a la versión original de 1934.

puede, efectivamente, cumplir esas tareas que suponen, precisamente, definir con claridad un contenido sustantivo de la misma que posibilite la transformación de normas del ser en deber ser jurídico (Hoerster, 1992).

Como es sabido, el genocidio nazi compele a Kelsen –víctima del régimen nacionalsocialista–, a replantear su teoría del derecho. En 1960 aparece la segunda versión de la *Teoría Pura del Derecho* donde es evidente un giro substancial: a diferencia de la del 34, el juez aquí aparece como creador de derecho, no solo de normas generales sino particulares, de una parte y, de otra, se morigera la vertical afirmación de la inexistencia de lagunas y antinomias al interior de un sistema jurídico. La razón del giro no puede explicarse sino por la apuesta de Kelsen a que la discrecionalidad del juez evite, en casos de injusticia extrema como la que se había presentado durante el genocidio nazi, volver a revivir tales crímenes dotando al sistema jurídico de una instancia de corrección –al menos en la figura del juez– que pudiera evitarlo (Kelsen, 1997).

Pero el giro de Kelsen, al no ir acompañado de un cambio en su doctrina de la norma fundamental que se mantiene anclada a la de ser una condición lógico-epistemológica de validez del sistema jurídico, lanza la teoría del derecho kelseniana en brazos, de una parte del realismo, ya que el juez es ahora concebido como creador de derecho, pero también, indirectamente, del iusnaturalismo en cuanto que el juez tendrá que acudir a su propio espectro de valores para evitar que el sistema jurídico llegue a extremos de máxima injusticia (Kelsen, 1997).

Tal vez sea en buena parte por todas estas inconsistencias de su teoría de la norma fundamental que, en 1962, dos años después de la publicación de la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, Kelsen, en conferencia pronunciada en Salzburgo, decida abjurar de su doctrina y reconocer que no puede sostener más su teoría en el convencimiento de que una norma como la fundamental tiene que ser una norma con contenido material, no simplemente lógico-formal (Cracogna, 1998).

Y aquí vale la pena retrotraerse a un texto que sirve de base a la primera edición de la teoría pura del derecho del 34 y que, sin duda, lleva la impronta de la discusión con Pashukanis, el teórico marxista del derecho. Aquí sí, expresamente, Kelsen defiende el contenido material de la norma fundamental que, de mantener así, no solo le hubiera evitado tan radicales giros que, a nuestro modo de ver, dan al traste con la teoría kelseniana sobre la norma fundamental, sino que desarma a todo sistema jurídico, pero, en especial, al positivismo de instrumentos de corrección o, como sabrá verlo Hart, incluso de la posibilidad de resistencia legítima al derecho. Imposibilidad que Kelsen había heredado del contractualismo de Kant y su defensa formal y formalista de la obediencia absoluta al derecho.

En efecto, el no reconocer el contenido material de la norma fundamental tiene dos órdenes de consecuencias para la teoría kelseniana: la primera, que la legitimidad tiene que ser meramente procedimental ya que, al ser vacía, no requiere la norma básica ningún tipo de congruencia con la eticidad que busca regular. Y que la obediencia a la norma es imperativa y absoluta y descansa básicamente en la coacción y no en el reconocimiento a la autoridad de esta. Y, segunda, que el juez, al no poder acudir a un contenido específico de la norma fundamental en casos de injusticia, lagunas o antinomias del sistema jurídico, dada su vaciedad, tiene que acudir o a su propio catálogo de valores, recayendo en el iusnaturalismo, o a su discrecionalidad subjetiva, recayendo en el realismo.

De ahí que no sea extraño el que Kelsen abjure de su teoría, por las contradicciones que la doctrina de la norma básica generaba en su interior. Pero, al menos, tiene la valentía de reconocer sus aporías, evidenciando con ello no solo una honestidad intelectual que pocos autores poseen sino poniendo de presente las tensiones al interior del positivismo kelseniano que Hart intentará resolver. Tensiones que se manifiestan, precisamente, en las ambivalencias que la norma fundamental supone, sin explicitar, entre las dimensiones política, moral y jurídica que aparentemente convergen en ella.

Hart: justicia y Derecho Mínimo Natural

La teoría haitiana parte de lo que Hart (1995) llama “las perplejidades de la teoría jurídica” que, en lo fundamental, consisten en tres: la reducción del derecho a órdenes respaldadas por amenazas, la separación entre derecho y moral y la consideración axiomática del derecho. El libro de Hart (1995) intentará dar respuesta a estas tres perplejidades del pensamiento jurídico contemporáneo que son, a su vez, las principales debilidades en la consideración epistemológica que el positivismo ha hecho de los sistemas jurídicos.

Para resolver la primera perplejidad Hart acude a una distinción entre reglas primarias y reglas secundarias. Las primeras son reglas de obligación, propias de sistemas jurídicos primitivos o prejurídicos, de carácter estático, que no contemplan el consentimiento deliberante de los afectados, sino que se imponen en su inmediatez por la fuerza. Este nivel se identificaría con lo que puede denominarse “órdenes respaldados por amenazas” que, sin embargo, adolecerían de tres defectos: primero la falta de certeza sobre la eficacia de su aplicación; segundo, el carácter estático que las distingue para acomodarse a nuevas circunstancias; y, tercero, la difusa presión social que suponen.

En vista de todo ello, Hart propone que el remedio para cada uno de estos tres defectos principales de esta forma simple de estructura social consiste en complementar las reglas primarias de obligación con reglas secundarias que son de un tipo distinto.

Estas reglas tienen como funciones específicas subsanar los defectos de las reglas primarias. El complemento para la cualidad estática del régimen de reglas primarias consiste en lo que Hart llama *reglas de cambio* que facultan a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo y a dejar sin efecto las reglas anteriores. El complemento para remediar la insuficiencia de la presión social difusa consiste en establecer reglas secundarias de *adjudicación* que definen conceptos y confieren potestades jurisdiccionales para dirimir los conflictos entre normas (Mazurek, 1992).

Pero la más importante es la tercera, concebida para remediar la falta de certeza de un sistema prejurídico: esta es la denominada *regla de reconocimiento* que caracteriza el paso del mundo prejurídico al jurídico y que permite definir la identificación incontrovertible de las reglas primarias. Es esta la que introduce, no solo la noción de un sistema jurídico unificado y, en ese orden, la idea de validez jurídica. La combinación de reglas primarias de obligación con reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación constituye la médula del sistema jurídico y una poderosa herramienta de análisis (Ramos, 1989).

Para evitar el carácter difuso de la norma fundamental kelseniana que, como hipotética y no pensada, no da claridad sobre la validez o no de las normas específicas, Hart acude a una interesante precisión que busca determinar el carácter empírico de la regla de reconocimiento (no meramente como condición lógico-epistemológica) y que es la de ser expresión del punto de vista interno de un sistema jurídico. En efecto, como regla de tanteo y para superar la ambigüedad lingüística natural del derecho, Hart (1995) acude a una noción de reconocimiento que, en la tradición analítica, intentará definir la validez de las normas acudiendo a la práctica que, comunicativamente, expresa a diario ese punto de vista interno sobre las normas que pertenecen o no a un sistema jurídico y que esta encarnado en los operadores jurídicos de ese sistema. Son ellos quienes en sus prácticas y usos lingüísticos determinan y definen cuales son las normas validas a partir de esa regla de reconocimiento que todos reconocen como regla última y criterio supremo del sistema.

Pero la regla de reconocimiento proyecta dos frentes problemáticos. El primero es que, aunque el punto de vista interno predica la validez de las normas y su pertenencia al sistema, este supone un punto de vista externo que es el que predica la legitimidad y eficacia general del sistema. En otras palabras, queda claro que el

punto de vista interno define empíricamente la validez, pero no la legitimidad ni eficacia del sistema que depende en últimas de un punto de vista externo al mismo, es decir, de un observador del sistema jurídico determinado. Con ello Hart, aunque desborda la indefinición de la norma fundamental kelseniana, no supera la tensión planteada por Kelsen entre validez y eficacia, si bien rebasa la noción formalista-procedimental de legitimidad sobre la que descansaba, además, la imperatividad coactiva de la norma y el rechazo a cualquier posibilidad de desobediencia al derecho.

El segundo frente hace referencia a la segunda perplejidad de la que habla Hart (1995) al inicio de su libro y que remite a la necesidad de replantear la relación entre derecho y moral. Para evitar el absurdo conflicto entre derecho y moral que en Kelsen desemboca en la negación de la moral y la prevalencia coactiva del derecho, lo que lo reduce a ordenes respaldadas por amenazas, Hart –en una genial alternativa que más tarde será replicada por Habermas– y para evitar recaer en una postura premoderna de identificación entre el derecho y la moral, recurre a considerar la necesidad de una relación congruente entre ambos sistemas que, al no poder ser horizontal tiene que fundarse en un sustrato común al que ambos sistemas normativos tengan que responder: el del *derecho mínimo natural* (Hart, 1995).

Para Hart debe existir, de alguna manera, una concordancia entre el sistema jurídico y el sistema moral, pese a su mutua y recíproca irreductibilidad, dada la naturaleza normativa de ambos sistemas. Cuatro características distinguen la relación entre derecho y moral: primero, la observancia de normas morales es más importante que la observancia de normas jurídicas; segundo, las normas morales son inmunes a los cambios deliberados, como no pueden serlo las jurídicas; tercero, el carácter voluntario de las transgresiones morales es diferente al de la transgresión jurídica; y, cuarto, la forma de presión moral es diferente a la coacción en el derecho.

Hart (1995) sintetiza en cinco principios el contenido de este derecho mínimo natural, cuyo objetivo es hacer congruentes las verdades elementales de la dimensión moral con las reglas de conducta universales de la dimensión jurídica. Tales principios son: primero, dada la vulnerabilidad de la existencia humana, el de no matar; segundo, considerar una igualdad aproximada entre los hombres para lograr una relativa estabilidad institucional; tercero, reconocer la necesidad de un egoísmo restringido, sin lo cual es imposible cualquier equilibrio social; cuarto, aceptar que, dados los recursos limitados existentes, se hace necesaria una cierta forma de propiedad; y, quinto, el requerimiento de un orden jurídico coactivo que garantice la obligatoriedad de la voluntad general de los asociados (Fernández, 1991).

Hart acepta la necesidad de ese derecho mínimo natural como elemento extrasistémico de corrección moral para lograr un sistema jurídico íntegro, pero “laicizando” su contenido y despojándolo de todo tipo de connotaciones fundamentalistas premodernas, fiel a la tradición empirista y analítica inglesa. Pero en el momento en que, adoptando la diferenciación de Dworkin, se presentan casos difíciles al interior de un sistema jurídico, en especial casos que comprometan ese derecho mínimo natural, tendríamos que reconocer que, al decidir en derecho, el juez se vería obligado a remitirse a los mismos en tanto punto de vista interno del sistema y, en ese orden, habría que aceptar que la regla de reconocimiento si supone principios morales de algún tipo y, en consecuencia, que es normativa no solo en sentido moral sino también jurídico y que no es meramente empírica como lo pretendía Hart (Hernández, 1989). Con lo que se siguen evidenciando las aporías y tensiones del positivismo que, si bien Hart supera en unos aspectos en relación a Kelsen, abre en otros con su reconceptualización de la norma básica en términos de regla de reconocimiento.

Rawls: la Teoría de la Justicia (1971)

Rawls busca fundamentar una teoría de la justicia como imparcialidad que supere la concepción convencional del utilitarismo, evitando igualmente los excesos abstractos de lo que denomina intuicionismo. Para ello plantea unos principios de la justicia desde los cuales se derive todo el ordenamiento social pero cuya selección garantice, primero, la necesidad racional de los mismos, segundo, su rectitud moral y, tercero, una base consensual que los legitime. De allí porqué precise darle contenido ético-racional al contrato social y carácter contractual a los imperativos morales kantianos para superar lo que eventualmente podrían considerarse debilidades en ambos planteamientos, a saber: un contrato social que, aunque asumido por la mayoría, pueda ser arbitrario, y unos imperativos morales que carezcan de la necesaria deliberación colectiva.

Los constructos de la justicia

Rawls va a concebir un procedimiento de argumentación moral para garantizar que los principios de la justicia sean escogidos contractualmente, pero rodeando ese contrato de todas las garantías necesarias para que sea el de hombres racionales y morales que no contaminen con sus juicios egoístas la imparcialidad de estos. Un primer constructo que utiliza inicialmente para ello será el de la posición original, con el cual se pretende describir un estado hipotético inicial que garantice la imparcialidad de los acuerdos fundamentales:” (...) la posición original es el *statu*

quo inicial apropiado que asegure que los acuerdos fundamentales alcanzados en ella sean imparciales” (Rawls, 1971, p. 35).

Allí se trata de averiguar cuáles principios sería racional adoptar en una situación contractual, sin caer en el utilitarismo y sin partir de las preconcepciones propias del intuicionismo. Rawls, entonces, imagina una situación en la que todos están desprovistos de información que pueda afectar sus juicios sobre la justicia, excluyendo así el conocimiento de las contingencias que ponen a los hombres en situaciones desiguales y les introducen preconceptos en la selección de los principios directores: “El concepto de la posición original (...) es el de la interpretación filosóficamente más favorable de esta situación de elección inicial con objeto de elaborar una teoría de la justicia” (Rawls, 1971, p. 35).

La posición original debe garantizar una situación inicial de absoluta neutralidad que asegure la imparcialidad de los principios de justicia. En ese propósito “(...) parece razonable y generalmente aceptable que nadie esté colocado en una posición ventajosa o desventajosa por la fortuna natural o por las circunstancias sociales al escoger los principios” (Rawls, 1971, p. 36). De igual manera, así como se considera razonable que no haya situaciones iniciales de ventaja o desventaja tampoco lo es que los principios generales sean, como en el caso del utilitarismo, proyecciones sociales de los intereses individuales de los participantes: “Parece también ampliamente aceptado que debiera ser imposible el proyectar principios para las circunstancias de nuestro propio caso” (Rawls, 1971, p. 36).

Con el fin de garantizar la mayor imparcialidad de los principios se requiere establecer una serie de restricciones de información que no les permitan a los participantes un conocimiento específico de las circunstancias sociales que los coloque en ventaja entre sí mismos, pero también, frente a otras generaciones que no están presentes en la situación contractual. En tal sentido, “(...) se excluye el conocimiento de aquellas circunstancias que ponen a los hombres en situaciones desiguales y les permiten que se dejen guiar por sus prejuicios” (Rawls, 1971, p. 36).

Si lo anterior constituía la condición de posibilidad general para lograr que en el procedimiento de selección de los principios todos los agentes estuvieran en una situación “neutra” similar, Rawls recurre enseguida a un mecanismo más específico para garantizar ello. El velo de ignorancia es el subconstructo que permite, efectivamente, que al interior de la posición original todos sean iguales y tengan los mismos derechos en la manera para escoger los principios de la justicia.

El propósito del velo de ignorancia es representar la igualdad de los seres humanos en tanto personas morales y asegurar que los principios no serán escogidos

heterónomamente: “(...) el propósito de estas condiciones es representar la igualdad entre los seres humanos en tanto que criaturas que tienen una concepción de lo que es bueno y que son capaces de tener un sentido de la justicia” (Rawls, 1971, p. 37).

Las partes no pueden conocer determinada información que viciaría los contenidos de los principios de justicia. No conocen su posición social, sus talentos o capacidades, sus rasgos psicológicos, como tampoco las condiciones políticas, económicas o culturales de su propia sociedad ni la generación a la que pertenecen. Aunque no conocen esta información específica sobre sí mismos y su sociedad, sí tienen acceso, por el contrario, a cierto tipo de información general tal como que la estructura social debe regirse por principios de justicia, así como a teorías y leyes generales de carácter político, económico y psicológico que pueden contribuir en sus deliberaciones sobre los principios de justicia: “Nadie conoce su situación en la sociedad ni sus dotes naturales y por lo tanto nadie está en posición de diseñar principios que le sean ventajosos(...)” (Rawls, 1971, p. 166).

La posición original y el velo de ignorancia hacen posible un consenso unánime sobre los principios de la justicia que, de otra manera, sería imposible concertar con garantías consensuales y morales suficientes sobre el contenido de estos:

Las restricciones sobre la información particular (...) son (...) de importancia fundamental. Sin ellas no tendríamos la posibilidad de elaborar ninguna teoría definida de la justicia. Tendríamos que quedarnos satisfechos con una fórmula vaga (...) sin ser capaces de decir mucho (...) acerca del contenido mismo de dicho acuerdo. (Rawls, 1971, p. 167)

Para Rawls, la posición original y el velo de ignorancia constituyen la situación y el mecanismo que permite que los principios de justicia satisfagan dos condiciones que los modelos contractualistas anteriores no habían logrado realizar. Primero, garantizar plenamente el procedimiento y la base consensual del contrato social; y, segundo, gracias a lo anterior y a las restricciones de información impuestas por el velo de ignorancia, imprimirle a la selección de los principios de la mayoría la legitimidad moral que evite cualquier asomo de arbitrariedad.

Pero la primera objeción que podría hacerse a este planteamiento afirma el mismo Rawls (1971), es que al desconocer las particularidades de su vida y de la vida social, las partes no tendrían criterios sólidos para seleccionar los principios de justicia más adecuados, cayendo en el abstraccionismo en el que han caído otros modelos o concepciones de justicia.

Con el fin de evitar la objeción anotada Rawls introduce, pues, la noción de bienes primarios, de especial importancia en su teoría, por cuanto que son ellos los que

le imponen límites de realidad, tanto a la concepción como a la realización de los principios de justicia seleccionados en la posición original a través del velo de ignorancia. Tales bienes primarios, fundamentales para el individuo en tanto persona moral y ciudadano, cuya noción es posteriormente profundizada por Rawls.

Estos bienes primarios son necesidades que los ciudadanos, como personas libres e iguales, requieren para el desarrollo de sus planes racionales de vida y, como tales, tienen conocimiento de ellos en sus consideraciones al interior de la posición original, en cuanto saben que los principios de justicia deben asegurarles un número suficiente de estos en su vida ciudadana.

El argumento para los principios de la justicia no supone que los grupos tengan fines particulares, sino solamente que desean ciertos bienes primarios. Estas son cosas que es razonable querer, sea lo que fuere lo que se quiera. Así, dada la naturaleza humana, el querer estas cosas es una parte de su racionalidad (...) La preferencia por los bienes primarios se deriva, entonces, de las suposiciones más generales acerca de la racionalidad de la vida humana. (Rawls, 1971, pp. 289-290)

Del procedimiento de discusión contractual moralmente válido y legítimo, Rawls (1971) deriva un segundo constructo, el de los dos principios básicos de su teoría de la justicia. Los principios buscan regular la estructura básica de la sociedad y disponen la organización de los derechos y deberes sociales, así como los parámetros económicos que pueden regir a los individuos que la componen. El primer principio define el ordenamiento constitucional de la sociedad y el segundo la distribución específica del ingreso, riqueza y posibilidad de posición de los asociados.

En el marco de ellos, Rawls introduce un nuevo subconstructo, de especial importancia, que denomina *orden lexicográfico consecutivo*, un “orden serial” por el cual ningún principio interviene mientras no hayan sido satisfechos los primeros. De esta forma, el principio de igual libertad será situado en una jerarquía anterior y con un carácter inalienable, quedando el principio regulador de las desigualdades económicas y sociales supeditado a él. El orden lexicográfico consecutivo garantiza no solo el orden de aplicación de los principios, sino el criterio permanente para solucionar los eventuales conflictos de interpretación y aplicación que puedan presentarse.

El orden lexicográfico define las dos normas de prioridad. En primer lugar, la prioridad de la libertad, y, en segundo lugar, la prioridad de la justicia sobre la eficacia y el bienestar: Estos principios no solo constituyen el fundamento consensual de todo el ordenamiento jurídico positivo, sino que, simultáneamente, son un criterio de interpretación y legitimación de todas las medidas que el Estado tome en torno a la sociedad. De ellos se derivan, pues, tanto las interpretaciones constitucionales

como las interpretaciones ciudadanas sobre las leyes y medidas que afectan el orden social.

Los constructos de las instituciones de la justicia

Rawls enmarca la “posición original” como el primer momento de lo que ha llamado la secuencia *de cuatro etapas*. La segunda etapa estaría caracterizada por un congreso constituyente que desarrolla en términos jurídico-positivos los principios de justicia, a nivel constitucional, que habrán de regular la estructura básica de la sociedad y que a su vez determinan las dos siguientes etapas: la de los congresos legislativos subsecuentes y la de la aplicación jurisdiccional y la administración pública de las normas en casos de conflicto específicos.

En este punto queda claro que, más allá de su significación como procedimiento de justificación moral, la posición original expresa el imperativo político porque en la cumbre de la pirámide jurídico-político, la norma básica –en palabras de Kelsen (1992)– sea el producto de un consenso que le confiera no solo legitimidad al sistema sino validez, logrando que en ese fundamento consensual coincidan, a un mismo tiempo, como lo sugiere Hart (1995), el punto de vista interno que predique la validez del sistema jurídico y el punto de vista externo que predique la eficacia y legitimidad del mismo.

Estas etapas, que en Rawls responden a dos momentos diferentes, vienen determinadas por su pretensión inicial sobre el papel de la justicia: el de regular el sistema de cooperación social forjando instituciones virtuosas que le permitan a la ciudadanía la realización imparcial de sus planes racionales de vida. Los principios de justicia fueron concebidos, no para hacer virtuosas a las personas sino para hacer virtuosas a las instituciones, pues son ellas las que deben poder regular los conflictos e identidades de intereses de la sociedad, garantizando con su imparcialidad el sistema de cooperación social que la rige y la estructura general bien ordenada que debe caracterizarla. En estas etapas, el velo de ignorancia también es consustancial a las mismas, pero deviene más tenue en la medida en que la vida social exige de las disposiciones legislativas y jurisdiccionales una regulación específica de los casos pertinentes.

El objetivo primordial de las etapas constitucional, legislativa y judicial será garantizar que los principios de justicia vayan filtrando, en sus aplicaciones concretas, todas las instituciones y situaciones sociales que precisen su regulación. La etapa constitucional desarrolla el primer principio mientras que la legislativa desarrolla el segundo, siendo el tercero el guardián de los dos. Rawls, además, le confiere a la ciudadanía, en caso de no ser adecuadamente aplicados los principios, la posibilidad de acudir a mecanismos

como la *objeción de conciencia* y la *desobediencia civil* con el fin de garantizar la correcta aplicación de estos.

Estos dos mecanismos, los cuales deben ser garantizados plenamente por la constitución política, son instrumentos de supervisión, presión y resistencia de la ciudadanía sobre el ordenamiento jurídico positivo, para que este cumpla en forma efectiva, a través de sus disposiciones legales, decisiones judiciales y políticas públicas, el sentido y alcance de los principios de justicia. Con lo cual Rawls supera la gran debilidad del contractualismo clásico, salvo quizás Hobbes aunque incluido Kant, que siempre desecharon la posibilidad de acudir a cualquier forma de resistencia ciudadana.

Los constructos de los fines de la justicia

Rawls introduce un tercer constructo estructural, el del equilibrio reflexivo, con el cual la plausibilidad de los principios se irá comprobando paulatinamente al contraponerlos con las propias convicciones y proporcionar orientaciones concretas, ya en situaciones particulares. Se denomina equilibrio porque "(...) finalmente, nuestros principios y juicios coinciden; y es reflexivo puesto que sabemos a qué principios se ajustan nuestros juicios reflexivos y conocemos las premisas de su derivación" (Rawls, 1971, p. 38).

Equilibrio que Rawls no concibe como algo permanente sino sujeto a transformaciones por exámenes ulteriores que pueden hacer variar la situación contractual inicial. El equilibrio reflexivo admite dos lecturas. La primera lectura metodológica, se trata de buscar argumentos convincentes que permitan aceptar como válidos el procedimiento y los principios derivados. No basta justificar una determinada decisión racional sino deben justificarse también los condicionantes y circunstancias procedimentales. En este sentido, se busca confrontar las ideas intuitivas sobre la justicia, que todos poseemos, con los principios asumidos, logrando un proceso de ajuste y reajuste continuo hasta alcanzar una perfecta concordancia.

Con esto se intenta razonar conjuntamente sobre determinados problemas morales, poniendo a prueba juicios éticos del individuo. Así, la racionalidad moral se convierte en racionalidad deliberativa y la situación ideal es contrastada y enjuiciada por la razón práctica, propiciando la transformación de los imperativos morales abstractos en normas ideales específicas que el individuo, en tanto sujeto moral y ciudadano, se compromete a cumplir por cuanto han sido fruto de un procedimiento consensual de decisión y de su libre elección racional.

El equilibrio reflexivo se constituye en una especie de auditaje subjetivo desde el cual el individuo asume e interioriza los principios concertados como propios,

pero con la posibilidad permanente de cuestionarlos y replantearlos de acuerdo con nuevas circunstancias. Ello se convierte en un recurso individual que garantiza que el ciudadano, en tanto es persona moral, pueda tomar distancia frente a las decisiones mayoritarias que considere arbitrarias e inconvenientes. De esta manera, la “exigencia de unanimidad (...) deja de ser una coacción” (Rawls, 1971, p. 623).

La voluntad general no puede ser impuesta con el argumento de ser moralmente legítima por ser mayoritaria: tiene que ser subsumida libremente por el individuo, en todo tiempo y lugar. El contrato social tiene que tener la posibilidad de ser legitimado permanentemente, no solo desde el impulso del consenso mayoritario sino, primero que todo, desde la conciencia individual del ciudadano que pueda disentir del orden jurídico existente.

La segunda lectura del equilibrio reflexivo es política y, sin duda, más prospectiva. Aquí, los principios deben ser refrendados por la cotidianidad misma de las comunidades en tres dimensiones contextuales específicas: la de la familia, la del trabajo y la de la comunidad, en general. Solo cuando desde tales ámbitos los principios universales pueden ser subsumidos efectivamente, se completa el proceso.

En este punto pueden darse varias alternativas: la primera es la aceptación de los principios, y del ordenamiento jurídico-político derivado de ellos, por su congruencia con nuestro sentido vital de justicia. La segunda es la marginación del pacto, pero reconociendo que los demás sí pueden convivir con ellos y que es una minoría la que se aparta de sus parámetros, reclamando tanto el respeto para su decisión como las mismas garantías que cualquiera puede exigir dentro del ordenamiento. La tercera es el rechazo a los principios y la exigencia de recomenzar el contrato social, es decir, el reclamo por que el disenso radical sea tenido en cuenta para rectificar los términos iniciales del mismo. Normativamente significa que el pacto nunca se cierra y que siempre tiene que quedar abierta la posibilidad de replantearlo.

Como es evidente, pese a sus ecos analíticos que, sin duda, le confieren rigor conceptual a la exposición –más allá de la densidad que, no pocas veces, le imprime– la *Teoría de la Justicia* aborda, claramente, la problemática de la legitimidad de los ordenamientos jurídico-políticos contemporáneos, logrando plantear una interesante alternativa que relaciona la justificación moral del sistema por parte de los agentes morales potenciales que lo constituirían, con los términos de legitimación política que, colectivamente, le dan su sustento intersubjetivo, así como los referentes que, desde ello, determinan su validez jurídica y, finalmente, las condiciones de posibilidad social que, desde la refrendación o no de los principios e instituciones en general, permitan darle estabilidad a la sociedad en su conjunto.

La Polémica Liberal-Comunitarista y la Justicia

La justicia como competencia salvaje. El planteamiento rawlsiano genera un debate sin precedentes en el campo de la filosofía moral y política que, aunque se inicia en los Estados Unidos, se extiende rápidamente a Europa y otras latitudes por sus implicaciones para la estructuración o reestructuración institucional de los Estados y sociedades, en el marco de una tendencia globalizadora que exige radicales reformas internas en los mismos.

Las primeras reacciones a la propuesta rawlsiana, en la misma década del 70, van a provenir, desde la orilla liberal, de los modelos neocontractualistas de Nozick y Buchanan, siguiendo a Hobbes y Locke respectivamente, y más tarde, aunque en forma menos sistemática, la del mismo Hayek. Un tanto tardía, diez años después, Gauthier igualmente se inscribe en el marco de esta crítica liberal a Rawls. Todas teniendo como denominador común la reivindicación de la libertad sin constricciones, la autorregulación de la economía sin intervencionismo estatal, la minimización del Estado y la reivindicación del individuo y su racionalidad instrumental.

La propuesta más representativa de esta tendencia sin duda la constituye la posición libertariana de Robert Nozick. Su planteamiento se basa en tres principios: el 'principio de las transferencias' según el cual cualquier cosa adquirida justamente puede ser transferida libremente; el 'principio de la adquisición inicial justa' y el 'principio de rectificación de justicia' que proporciona el criterio para actuar sobre las adquisiciones injustas. De ellos, paulatinamente, Nozick (1988) justifica la existencia de un *Estado Mínimo* que, en términos contemporáneos, estaría actualizando el ideal anarquista de la plena jurisdicción del individuo sobre sí mismo sin intervenciones estatales, su racionalidad maximizadora de utilidades, poniendo de presente, con ello, el poderoso potencial utópico del ideario neoliberal.

Buchanan (1975), por su parte, siguiendo el modelo hobbesiano, va a reivindicar el carácter absoluto del estado de naturaleza inicial, en cuanto lo que en él se gana no puede posteriormente ser desconocido por el estado político. El contrato constitucional, de donde surge el orden estatal, solo puede convalidar lo que los actores ya han adquirido de hecho -por la fuerza o por su capacidad productiva- en el estado de naturaleza, potenciando la optimización de sus utilidades futuras a través del establecimiento de un marco de derechos constitucionales que así lo propicien.

Hayek (1995), pese a que en un primer momento no desarrolla una crítica a Rawls (su obra se publica en tres tomos durante un periodo de seis años) fundamenta un duro y punzante cuestionamiento al modelo de estado de bienestar y su concepción de

justicia distributiva. La noción básica girará en torno al principio de autorregulación de la esfera económica y la necesidad de una intervención moderada que fije reglas a largo plazo que permita a los agentes económicos, particularmente, reconocer con claridad las condiciones superestructurales que pretendan imponerse a la dinámica del mercado.

Gauthier (1998) plantea, mucho más tarde, en una crítica más general a Rawls, que el problema fundamental de la ética moderna es la reconciliación de la racionalidad con la moralidad. Es valioso, afirma, partir de nuestras concepciones intuitivas de racionalidad y moralidad en orden a intentar tal reconciliación. La teoría de la justicia de Rawls cree haberlo conseguido en cuanto los principios de justicia escogidos son los principios que personas racionales seleccionan, en condiciones de igualdad, para promocionar sus propios intereses.

El concepto de racionalidad que emplea Rawls lo identifica con la maximización de la utilidad individual en la suposición de que hay una clase de bienes sociales primarios cuyo incremento representa siempre un incremento de utilidad. A juicio de Gauthier (1998), una ideología se caracteriza por la identificación de una determinada concepción de racionalidad con el concepto mismo. La aceptación por parte de Rawls de esa concepción de razón dominante en la sociedad determina de algún modo su propio marco ideológico el cual se identifica con el marco liberal individualista. La crítica de Gauthier se orienta a que es necesario modificar el principio de la diferencia dado el marco liberal individualista.

Rawls distingue los derechos y libertades fundamentales de los beneficios económicos y sociales. Los primeros han de ser concebidos como iguales para todos, mientras que los segundos han de distribuirse de acuerdo con lo que Rawls (1971) llama el *principio de diferencia* el cual afirma, esencialmente, que ha de maximizarse en forma prioritaria el bienestar de las personas representativas de la peor situación. La concepción liberal permitiría que la distribución de riqueza y renta fuese determinada por la distribución natural de capacidades naturales y talentos, mientras que la concepción democrática rawlsiana no permite que la riqueza y la renta sean determinadas por la distribución de talentos naturales.

Para Gauthier (1998), dado que la postura de Rawls elimina las contingencias de la dotación natural, este carácter anulador de la teoría rawlsiana de la justicia es incompatible con la base contractual que presume reivindicar. Si se acepta el marco contractual implicado por la concepción maximizadora de la racionalidad entonces nos vemos abocados a una concepción de la justicia cercana a la concepción liberal, que, empero, Rawls, rechaza. Tal contradicción desembocaría en que no se habría

llevado a cabo, efectivamente, la pretendida reconciliación entre racionalidad y justicia que Rawls procuraba.

Justicia y comunidad. Iniciando la década de los 80 se origina la reacción comunitarista de MacIntyre, Taylor, Walzer y Sandel que da origen a una de las más interesantes polémicas filosófico-políticas del siglo XX. MacIntyre (1981) representa el mundo moral contemporáneo como un conflicto de tradiciones con formas de vida social y racionalidades prácticas no solo diferentes sino, en muchos casos, diametralmente opuestas. Cada cultura es parte de una historia y una tradición con una concepción de justicia y racionalidad que ha entrado en conflicto con otras tradiciones con diferentes patrones de desarrollo y en distintos momentos de la historia.

Sin embargo, la paradoja de la tradición liberal es su falsa creencia -impuesta por la fuerza- de que todo fenómeno cultural puede ser traducido a su propio lenguaje, el liberal. La verdad es que las tradiciones son claramente inconmensurables y no hay una tradición neutral desde la cual observar y muchos menos juzgar a las demás.

Adicionalmente, el liberalismo no concede un lugar central al mérito en sus alegatos sobre la justicia: la sociedad se compone de individuos que deben avanzar juntos y formular reglas comunes. Las reglas salvaguardan a cada uno en tal situación, pero en esta visión individualista el mérito -y las virtudes que lo fundan- es descartado. La política moderna no puede lograr un consenso moral auténtico. La justicia se rebaja de virtud individual y social a mero procedimiento. El Estado no expresa entonces la comunidad moral de los ciudadanos sino un conjunto de convenios institucionales para lograr la unidad burocrática, sin fundamento moral (De Greiff, 1989).

Por otro lado, Charles Taylor (1989), partiendo del horizonte comunitarista, intenta explicar el origen, características y consecuencias de la política del reconocimiento, así como precisar un modelo político que pueda defender y promover de manera más amplia las diferencias culturales. Desde una perspectiva postilustrada, no paleoaristotélica como la de MacIntyre, Taylor rescata las raíces colectivas de la individualidad, mostrando que todo ser humano solo se define desde una tradición y unos valores encarnados en la comunidad que no pueden ser desconocidos y que, por el contrario, deben ser reconocidos explícitamente para una plena valoración de la persona.

Walzer (1983), por su parte, ataca al liberalismo -y con ello directamente a Rawls-, enfilando sus críticas a la noción de bienes sociales primarios. Estos no pueden ser fijados en términos universales, abstrayéndose de un contexto particular, pues cada comunidad posee un patrón de bienes sociales específicos, propio a su tradición e identidad. El liberalismo impone en forma hegemónica su concepción particular

sobre el conjunto de espectros alternativos, contradiciendo así sus propios postulados de libertad y tolerancia al ignorar y desconocer, socialmente, la legitimidad de la visión de cada comunidad sobre los bienes que considera valiosos y, por tanto, susceptibles de distribución.

Después de esta primera serie de críticas, la discusión entra en una segunda etapa con el simposio sobre “Jurisprudencia y Política Social” realizado en la Universidad de California en Berkeley, en 1989. Allí las críticas comunitaristas se proyectan a un nivel más jurídico e institucional y lentamente la polémica se centra, por la reacción de los liberales (Dworkin, Larmore, Williams), en el terreno de la teoría constitucional lo cual explica muchos de los conceptos que inspiran el giro rawlsiano de *Liberalismo Político*.

Dworkin, con su propuesta de una comunidad liberal y la necesidad de que el liberalismo adopte una ética de la igualdad, fundamenta la posibilidad de que, coexistiendo con sus principios universales de tolerancia, autonomía del individuo y neutralidad del Estado, el liberalismo integra valores reivindicados por los comunitaristas como necesarios para la cohesión de la sociedad, tales como la solidaridad y la integración social, en un nuevo tipo de “liberalismo integrado o sensible a la comunidad”. A lo que los comunitaristas (Sandel, Selznick, Taylor) responden sosteniendo que, de cualquier manera, su crítica se dirige a la reducción liberal de que la vida colectiva de la comunidad se agota exclusivamente en su dimensión política, en detrimento de otras esferas no menos fundamentales para su existencia como tal.

Lo interesante de ello es que esta réplica comunitarista, precisamente, se va a fundamentar en dos tesis que se infieren, de forma directa, de las críticas de MacIntyre: primero, la de la imposibilidad de la neutralidad del Estado y la justicia y, segundo, la de que ese ideal de neutralidad mina e invalida la capacidad, efectiva o potencial, de integración de una comunidad.

Además de sus críticas al liberalismo, que en esencia habían sintetizado el conjunto de objeciones comunitaristas al proyecto liberal en general y a la teoría de la justicia rawlsiana, Sandel (1982) desarrolla, posteriormente, un modelo de democracia comunitarista que lo acerca sustancialmente al republicanismo. El problema ya no se plantea como una crítica académica a los presupuestos de lo que denomina la teoría liberal de la justicia, sino que se interpreta a un nivel del desarrollo social que, en el contexto de los Estados Unidos, pone en peligro la estabilidad institucional y la cohesión misma de la sociedad norteamericana.

Muchas de las críticas presentes en el primer libro adquieren aquí una proyección social que explica el sentido de su propuesta básica: la necesidad de encontrar una nueva filosofía pública que, desde una perspectiva republicano-comunitarista, le dé

una nueva unidad, desde un marco renovado de virtudes cívicas, a la vida pública de la nación. El debate entre comunitaristas y liberales adquiere con ello un nuevo escenario: el de la opinión pública y la nueva cultura política que mejor se adaptaría a su identidad.

Will Kymlicka (1995) tercia en toda esta discusión intentando crear una teoría liberal sensible a los supuestos comunitaristas que equilibre tanto los derechos humanos, irrenunciables para la tradición liberal, como los derechos diferenciados en función de grupo, aquellos que permitirían la satisfacción de las exigencias y reivindicaciones de las minorías culturales que no pueden abordarse exclusivamente a partir de las categorías derivadas de los derechos individuales.

La propuesta de Kymlicka en torno a los derechos diferenciados de grupo provee herramientas concretas que permiten asumir adecuadamente los retos y problemas que surgen de la polietnicidad y multinacionalidad de las sociedades contemporáneas. En efecto, los derechos grupales defendidos por Kymlicka son armas eficaces que se pueden esgrimir para proteger y permitir el florecimiento de las culturas minoritarias.

La discusión vuelve a revigorizarse con la publicación del libro de Rawls, *Political Liberalism*, en sus dos ediciones de 1993 y 1997. En él parece innegable la influencia determinante del arsenal comunitarista, forzando una revisión de los principios liberales decimonónicos y dando origen a un nuevo tipo de liberalismo político que pocos se atreverían a identificar con su antecesor.

Su argumento central gravita en torno a la noción de pluralismo razonable, fundado en un consenso entrecruzado de visiones omnicomprensivas, de incuestionable raigambre comunitarista. Solo esta polémica liberal-comunitarista permite comprender los giros sustanciales dados por Rawls y su aproximación a las posturas comunitaristas, muchas de cuyas objeciones al proyecto moderno liberal parece aquel compartir, en lo que se ha definido como la “pragmatización del proyecto liberal”.

Hacia una Concepción Política de la Justicia

La “Justicia como Equidad, Política no Metafísica” (1985)

Si bien el texto anterior ya respondía a las críticas comunitaristas, que se acentuarían en el lustro siguiente, el texto de *Justice as Fairness: Political no Metaphysical* (1985), constituye una respuesta integral al conjunto de argumentaciones cuestionando el modelo original de TJ-Teoría de la Justicia- pero, al mismo tiempo, dándoles razón

a las mismas y reconociendo la legitimidad de sus objeciones. En ese sentido, el escrito se configura como un ensayo-bisagra que cierra su etapa anterior aclarando el modelo de *TJ* y abre la siguiente que culminará con *Liberalismo Político* (1993).

El texto, que será más tarde integrado casi en su totalidad al primer capítulo de *LP-Liberalismo Político*-, plantea las ideas-guía de su giro de una manera concisa y clara. La primera es que la justicia como equidad es una concepción política de la justicia y en tal sentido *TJ* falló al no precisar con fuerza este punto y propiciar una identificación con una determinada postura filosófica y antropológica, de la que ya comienza a tomar distancia (Rawls, 1999).

La justicia como equidad como concepción política de la justicia se sustenta igualmente, primero en la idea de la cooperación social, en tanto términos justos de cooperación razonables para todas las minorías y no una mera coordinación funcional de actividades, así como una idea de persona, tal como ya lo había sugerido en *Constructivismo kantiano* (1986), que en lo esencial remite a la consideración de que el conjunto de comunidades debe realizar su sentido de justicia y su concepción de bien.

La segunda idea-guía es que la justicia como equidad es una alternativa al utilitarismo dominante. La necesidad de una cultura política pública requiere un consenso frente a esta doctrina que se presenta como hegemónica en el contexto angloamericano y que precisa ofrecer una vía razonable que interprete las profundas bases de una cultura política pública en una democracia constitucional. De ahí el rechazo a cualquier perspectiva religiosa, moral, metafísica o epistemológica que pretenda imponerse sobre las demás, rompiendo el principio de tolerancia, base de la modernidad política, abortando con ello la posibilidad de reconciliación a través de la razón pública.

La tercera idea-guía es la concepción política de persona que supone una aclaración sobre las personas morales en la posición original. De nuevo, Rawls precisa que la posición original configura un modelo de representación que no se compromete con ninguna doctrina metafísica y que su esencia es permitir, básicamente, la libertad e igualdad de todas las perspectivas a su interior y la posibilidad de convergencia de las mismas al nivel más alto de generalidad que un contrato social pueda propiciar, sin ser desvirtuado por los intereses particulares de algunas de ellas.

En ese orden, la concepción política de persona supone tres aspectos consustanciales: primero, la libertad de los ciudadanos para tener una concepción de bien; segundo, el considerarse fuentes autooriginantes de pretensiones y reclamos; tercero, su responsabilidad frente a sus propios fines.

Estas tres ideas-guía son complementadas por dos observaciones adicionales. La primera, la de la justicia como equidad como una visión liberal pero no en términos omnicomprensivos y metafísicos sino, más bien, en cuanto todas las perspectivas se reconocen en los mínimos de una cultura política que defiende una democracia constitucional, lo que supone un *overlapping consensus* de todas las visiones sobre los mismos.

Frente al liberalismo filosófico sustentado desde una perspectiva política específica, estaríamos hablando de un liberalismo sociológico que, de facto, reconoce el consenso de todas las visiones políticas particulares. Y la segunda, la de la unidad social y la estabilidad que insiste en la necesidad de aceptar la pluralidad de visiones omnicomprensivas como condición de estabilidad de la sociedad con lo cual se descarta la dominación o imposición hegemónica de una visión determinada que no tenga en cuenta la presencia de las demás minorías.

Recepción de Marx y Hegel

Marx y el capitalismo como un sistema injusto. El libro *Lecciones sobre la Historia de la Filosofía Política*, publicado en EUA en el 2007, ha ofrecido nuevas claves para una reconstrucción integral del pensamiento rawlsiano. Aquí queda claro cómo a partir de 1983, antes de la redacción de “*Justicia como Equidad, Política no Metafísica*” (1985), Rawls comienza su recepción de Marx de manera sistemática, como lo plantea el editor Samuel Freeman:

En 1983, el último curso en que enseñé figuras históricas sin incluir *TJ*, Rawls dedicó lecciones a Hobbes, Locke, Hume, Mill y Marx(...) En 1984, Rawls volvió a enseñar partes de su *TJ* combinadas con Locke, Hume, Mill, Kant y Marx. Poco después, suprimiría a Kant y Hume de su asignatura de filosofía política para añadir unas cuantas clases sobre Rousseau. Durante ese periodo, redactó las versiones finales de las lecciones sobre Locke, Rousseau, Mill y Marx (...). (Rawls, 1999, p. 13)

Y más adelante puntualiza:

Al haber sido impartidas con regularidad durante los últimos diez o doce años de la carrera docente de Rawls, las lecciones del presente volumen de Locke, Rousseau, Mill y Marx son las más acabadas y completas. Rawls las escribió y las guardó en archivos informáticos, por lo que fue adaptándolas u perfeccionándolas con los años hasta 1994. (Rawls, 1999, pp. 13-14)

Para concluir:

Quizás fueron las lecciones sobre Marx las que más evolucionaron con los años. A principios de 1980, Rawls avalaba la opinión de que Marx no tenía una concepción de la justicia(...) En las lecciones aquí incluidas, sin embargo, revisa

esa postura(...) La interpretación rawlsiana de la teoría del valor-trabajo de Marx trata de separar el desfasado componente económico de las ideas del autor alemán de la que considera su meta principal, que define como una respuesta contundente a la teoría de la distribución justa en función de la productividad marginal y a otras concepciones del liberalismo clásico y del “libertarianismo” de derecha, para las que la propiedad pura contribuye de manera tangible a la producción. (Rawls, 1999, p. 15)

No es el espacio para desarrollar en detalle esta recepción de Marx donde queda claro como la crítica al liberalismo no solo se nutre de Hegel y el republicanismo sino también de Marx, pese a la distancia que Rawls se esfuerza en mantener, por supuesto, con el marxismo autoritario. Pero es claro su giro frente al marxismo precisamente en el punto decisivo de reconocer una teoría de la justicia en Marx y no simplemente “un concepto ideológico” para justificar su concepción política (Rawls, 1999).

La influencia en Rawls de G.A Cohen, Norman Geras y Allen Wood, connotados teóricos marxistas, deja clara la influencia que en el último Rawls tuvo el socialismo democrático, como el mismo lo defendía:

[P]ermítanme hacer un breve comentario sobre la importancia de Marx. Habrá quien piense que, con la reciente caída de la Unión soviética, la filosofía y la economía socialistas de Marx han perdido significación para el mundo actual. Yo creo que eso sería un grave error(...) por dos motivos. En primer lugar, porque, aunque el socialismo de planificación centralizada(...) ha quedado totalmente desacreditado, no se puede decir lo mismo del socialismo liberal(...) El otro motivo(...) es que el capitalismo de libre mercado tiene graves inconvenientes que deben ser(...) reformados de manera fundamental. (Rawls, 1999, p. 398)

Frente a su consideración de que Marx, efectivamente, condena al capitalismo como un sistema injusto y que, por lo tanto, defiende en contrario una concepción de justicia frente al mismo, Rawls (1999) precisa el ideal que animaría a Marx como el de “una sociedad de productores libremente asociados” (p. 433), entendida esta como un proyecto que se realiza en dos fases: una etapa socialista y otra comunista que, en conjunto, responde a dos características sustanciales: la primera, lo que Rawls denomina “la desaparición de la conciencia ideológica”, es decir, la condición de conocimiento pleno y objetivo sobre su situación y el rechazo a toda falsa conciencia sobre su condición; y la segunda, la de una sociedad donde ha desaparecido tanto la “alienación [como la] explotación”.

Es interesante observar la incidencia explícita que ya tiene en Rawls el concepto de alienación, que sin duda se verá íntimamente complementado con el de

reconciliación que adoptará posteriormente de su recepción de Hegel. El apartado sobre “Una sociedad sin alienación” da cuenta, precisamente, retomando tanto las obras del joven Marx (*Manuscritos*) como del Marx maduro (*Grundrisse* y *Crítica del Programa de Gotha*) la incidencia que la categoría tiene para Rawls en términos de lograr una sociedad de productores libremente asociados que, en cierta forma, el subsumirá en su fórmula de una “democracia de propietarios”.

Hegel y la justicia como eticidad crítica. De otra parte, las últimas lecciones que dicta Rawls sobre filosofía moral en la Universidad de Harvard University y que son compiladas y editadas por una de sus asistentes, Barbara Herman, son sobre la filosofía del derecho de Hegel y el concepto de eticidad y datan, según prologa la compiladora, de 1991.

En efecto, las lecciones sobre Hegel básicamente abordan dos temáticas: de una parte, la *Filosofía del Derecho* donde se destaca un punto que empieza a ser clave en la obra de Rawls a partir de este momento y que se afianza, precisamente, en *La Justicia como Equidad: una Reformulación*: la categoría de **reconciliación** (Rawls, 2001). Recordemos que la reconciliación está íntimamente relacionada con la categoría de alienación y que es prácticamente consustancial a esta.

La historia prácticamente se concibe como un proceso cósmico de desgarramiento donde la idea de libertad se aliena primero en la naturaleza y posteriormente en la historia misma de la humanidad (el espíritu, para Hegel) donde, a su vez, en un triádico proceso de alienación, el del espíritu subjetivo, el objetivo y el absoluto, el hombre supera la alienación y se reconcilia con la idea de libertad. Esta, como vimos, es la alternativa que adopta la *Fenomenología del Espíritu* en 1806.

El giro que significa la *Filosofía del Derecho*, en donde el Estado es la figura social e histórica que permite superar la alienación mantiene el sentido permanente de la reconciliación, a saber: la superación de la alienación y, por ende, el logro de la verdadera emancipación. La reconstrucción de la *Rechtsphilosophie* en las *Lecciones* reconstruye las figuras hegelianas de la voluntad libre, la propiedad privada y la sociedad civil que constituyen en Hegel la crítica al contractualismo en la perspectiva de superar la alienación que el pensamiento liberal ha propiciado con estas figuras y lograr así la reconciliación integral que no se alcanza a través de ellas.

Sin duda, Hegel pondrá de presente que el contractualismo oculta una condición original de injusticia entre poseedores y desposeídos, y pretende ocultar esta ecuación inequitativa a través de la supuesta igualdad formal del contrato, que el reconocimiento legal de la propiedad privada y consolidación de la sociedad civil pretenden mimetizar.

La reconstrucción conduce a la figura de la *sittlichkeit* que en la forma del Estado constituirá para Hegel la reconciliación histórica de la humanidad. El Estado no solo permite conciliar la sociedad tradicional con la sociedad civil burguesa que tiende a destruirla, sino que se representa igualmente el momento de reconciliación total a nivel social e histórico, es decir, la superación de la alienación en ese momento determinado.

Reconociendo en Hegel un crítico del liberalismo, un liberalismo formal y vacío, Rawls explorará una tercera alternativa a través de la propuesta de Rousseau y Kant de una “fe razonable” en orden a concebir el Estado “como una totalidad concreta, una totalidad articulada en sus grupos particulares” (Rawls, 2001, p. 380), en línea prácticamente con una concepción de deliberación republicana, de proyección cosmopolitita adicionalmente. El liberalismo político que Rawls opondrá al liberalismo de mayorías adquiere aquí su consistencia definitiva.

El Liberalismo Político y la justicia política. La obra del año 1993 culmina, pues, una larga serie de revisiones que Rawls introduce a la versión original de su *Teoría de la Justicia*. *Political Liberalism* recoge el núcleo de aquellas e integra una nueva visión de la justicia que este ha calificado de concepción política de la misma, la cual constituye un giro sustancial que sin duda se origina en las críticas formuladas por el comunitarismo al planteamiento original. En efecto, el libro formula varios cambios de fondo, el más importante siendo la distancia que toma frente al kantismo y la definición de un constructivismo no comprehensivo, como columna metodológica de su teoría (Rawls, 1996).

La concepción política de la justicia. Como se afirmaba, en la versión de 1993 Rawls plantea un viraje sustancial a su teoría, redefiniéndola como una concepción política de la justicia, entendida como un procedimiento de construcción que garantiza el logro de una sociedad justa y bien ordenada. Rawls parte de la pregunta sobre cuál es la concepción más apropiada para especificar los términos de cooperación social entre ciudadanos libres e iguales, dada una cultura democrática marcada por una diversidad de doctrinas a su interior. El punto central es entonces definir el carácter que debe comportar un pluralismo razonable en el marco de una cultura tolerante y unas instituciones libres. En otras palabras, cómo es posible que perdure en el tiempo una sociedad justa y estable de ciudadanos libres e iguales, divididos por doctrinas diferentes. El instrumento de ello es, según Rawls, la concepción política de la justicia.

Esta concepción política de la justicia está orientada, primero, a definir el marco de las instituciones básicas de la sociedad y la forma en que se articulan en un sistema unificado de cooperación social, tal como había sido expuesto en *A Theory of Justice*.

Estructura básica entendida como el conjunto de las principales instituciones políticas, sociales y económicas de una sociedad considerada a sí misma como cerrada y auto-contenida, es decir, sin que en su consideración tengan que tenerse en cuenta factores externos o influencias internacionales.

Segundo, constituye una perspectiva que no está fundamentada en ninguna doctrina omnicomprensiva de carácter moral, social, político, económico o filosófico: no está comprometida, pues, con ninguna perspectiva particular de las coexistentes en la sociedad. La concepción política de la justicia trata de elaborar una concepción razonable sobre la estructura básica, sin identificarse con las propuestas específicas al respecto de ninguna doctrina omnicomprensiva existente. Tercero, sus contenidos son expresados en términos de ideas fundamentales, implícitas en la cultura política de la sociedad democrática, y que parten de una tradición pública de pensamiento, instituciones, textos y documentos que constituyen su trasfondo cultural.

La concepción política de la justicia está complementada por una concepción política de persona, sugerida ya en la versión de 1980. En ella, los ciudadanos son considerados personas morales, libres e iguales (Rawls, 1986), en la medida en que son concebidos como individuos con la capacidad de poseer una concepción del bien, los cuales reclaman el derecho de ser considerados independientes, no identificados con ninguna concepción particular que incluya un esquema determinado de fines sociales. Los ciudadanos se conciben como fuente autooriginante de solicitudes y reclamos válidos frente a las instituciones de las que dependen sus deberes y obligaciones, siendo capaces de asumir su propia responsabilidad por la selección y consecución de sus propios fines, ajustando sus aspiraciones a la luz de lo que pueden esperar razonablemente de la estructura básica de la sociedad.

Los dos conceptos anteriores se articulan con un tercero, el de sociedad-bien-ordenada, que Rawls (1986) ya había relacionado en la versión del “constructivismo kantiano”. Pero en esta, la sociedad se caracteriza, además, por una diversidad de doctrinas omnicomprensivas razonables de carácter religioso, filosófico o moral que no constituyen un rasgo accidental de la misma, sino que definen, precisamente, la naturaleza de la cultura pública democrática y, por tanto, la necesidad de la concepción política de la justicia.

Para una sociedad de tales características, es imposible imponer compartida y permanentemente, salvo por el uso opresivo del poder del Estado, una doctrina omnicomprensiva determinada, lo cual resultaría contradictorio y paradójico con la esencia de una sociedad democrática. Por lo mismo, un régimen democrático para ser duradero y seguro no puede estar dividido por doctrinas confesionales y

clases sociales hostiles, sino ser libre y voluntariamente respaldado por una mayoría sustancial de sus ciudadanos políticamente activos.

Al no existir, de hecho, una doctrina razonable apoyada por todos los ciudadanos, la concepción de la justicia de una sociedad bien ordenada debe limitarse al dominio de la política para poder lograr unas condiciones mínimas de estabilidad y pluralismo. De esa forma, los ciudadanos, aun asumiendo doctrinas opuestas, pueden alcanzar un consenso entrecruzado a través del acuerdo político. La idea de Rawls apunta a mostrar porqué se justifica una concepción política de la justicia en una sociedad democrática. Es a través de ella como las diferentes posiciones doctrinarias de carácter moral, religioso, político y filosófico pueden lograr converger en un consenso sobre la estructura básica de la sociedad, sin abjurar de sus propias posiciones. El dominio político se convierte en el espacio donde todas las perspectivas sociales confluyen sin necesidad de abandonar sus propias concepciones omnicomprendivas, en un acercamiento más al comunitarismo.

En tal sentido, la concepción política de la justicia que garantiza este espacio, definiendo la naturaleza de la estructura básica de la sociedad, no puede por lo mismo ser una concepción totalizante que entre en conflicto doctrinario con las otras concepciones sino garantizar, por su imparcialidad y transparencia, los procedimientos políticos que todas las doctrinas puedan apoyar y que asegure el pluralismo razonable de una sociedad democrática.

El fundamento de tal concepción reside en lo que Rawls (1996) denomina el constructivismo político, lo cual constituye una reformulación del constructivismo kantiano original y, a su vez, define el nuevo fundamento metodológico de su teoría. La concepción constructivista viene determinada por el procedimiento de argumentación de los principios modelado por la posición original, en la cual los agentes racionales seleccionan los principios públicos de justicia. En ese sentido, el constructivismo político es una propuesta sobre la estructura y contenido de una concepción donde los principios de justicia política son representados como el resultado de un procedimiento de construcción.

El constructivismo político se caracteriza, primero, porque los principios de justicia política son el resultado de un procedimiento de construcción (estructura), el cual se basa, segundo, en principios de razón práctica (producción de objetos) y no teórica (conocimiento de objetos) e incluye, tercero, una concepción compleja, tanto de persona como de sociedad, para dar forma al mismo procedimiento de construcción; y, por último, que especifica una concepción de razonabilidad que se aplica a los diferentes ámbitos sociales, a saber: principios, juicios, personas, instituciones.

El constructivismo político considera que un juicio es correcto si se atiene a un procedimiento razonable y racional de construcción, de acuerdo con la distinción entre lo razonable y lo racional, establecida en la versión de 1980 (Rawls, 1996). Pero el procedimiento de construcción no termina nunca: se mantiene indefinidamente a través del *reflective equilibrium* y supone, igualmente, una noción de autonomía doctrinal en tanto presenta los valores políticos como concebidos y ordenados sin estar sometidos a requerimientos morales externos.

En esta versión, Rawls delimita fronteras con la visión de la moral kantiana, con la que siempre se había emparentado, en otro de los giros sustanciales de su teoría. Sin dejar de reclamarse kantiano, en cuanto mantiene en esencia varios elementos de Kant sobre la autonomía moral, precisa por primera vez las diferencias que separan a ambas concepciones, de nuevo conciliando con el comunitarismo. En primer lugar, el constructivismo kantiano es una doctrina moral omnicomprendensiva en la cual el ideal de autonomía tiene un rol regulador para todas las instancias de la vida. Ello es incompatible con la concepción de *justice as fairness* que, al perseguir un consenso entrecruzado, no busca una base moral sino pública de legitimación.

Segundo, el constructivismo kantiano representa una forma de autonomía constitutiva que considera los valores como producto de la actividad de la razón humana, mientras que el constructivismo político rechaza este idealismo trascendental, pues los principios de la razón práctica no pueden constituir un orden previo de valores sino ser fruto exclusivo del procedimiento de construcción. Tercero, la concepción de persona y sociedad tienen en Kant su fundamento en el idealismo trascendental. Por el contrario, la concepción política de la justicia es un instrumento de construcción y organización de ideas políticas, no metafísicas, como las del trascendentalismo kantiano. Cuarto, el constructivismo kantiano apunta a una defensa de la fe racional en el conocimiento de la naturaleza y la libertad mientras que el constructivismo político busca revelar la base política de justificación de la justicia sobre el *factum* de un pluralismo razonable.

Por lo tanto, el alcance del constructivismo político es limitado al dominio político y no es propuesto como parámetro de valores morales. Si los principios son imparcialmente construidos, son razonables para una democracia constitucional. El constructivismo no niega la posibilidad de construcción de otros valores, pero se limita a los valores políticos de una democracia constitucional, en un punto en el cual no se tranza con el comunitarismo.

Rawls se orienta, con esta posición, a un tipo de constructivismo alternativo al kantiano, un constructivismo político que se adapta mejor a la concepción política de la justicia cuya naturaleza procedimental rechaza visiones omnicomprendivas

de carácter moral, político o filosófico. El constructivismo kantiano constituye una concepción filosófica omnicomprensiva con la cual no puede identificarse ni comprometerse la concepción política de la justicia, pues ello imposibilitaría el logro de su objetivo fundamental: que la sociedad compuesta por múltiples concepciones razonables alcance un consenso entrecruzado que permita la estabilidad del sistema democrático.

Overlapping consensus y justicia política. En la versión de 1993, Rawls introduce la idea del consenso entrecruzado que constituye el constructo principal de su interpretación sobre el liberalismo político. El consenso entrecruzado viene a ser la concreción política del constructivismo planteado anteriormente y constituye el instrumento procedimental sustantivo de convivencia política democrática que solo a través de él puede ser garantizado. Este sería el instrumento político de consensualización con las doctrinas omnicomprensivas comunitaristas, por ejemplo.

Este liberalismo político, que Rawls opone a lo que llama liberalismo procedimental, cuya fuerza y proyección reside en la amplitud y transparencia del procedimiento político de argumentación e interrelación ciudadanas, supone la existencia en el seno de la sociedad de varias doctrinas onni-comprensivas razonables, cada una con su concepción del bien, compatibles con la racionalidad plena de los seres humanos y el pluralismo que caracteriza a los regímenes constitucionales.

El ejercicio del poder político es plenamente apropiado solo cuando es ejercido en consonancia con una constitución endosada razonablemente por los ciudadanos, en lo cual reside el principio de legitimidad de ese poder político. En tal sentido, solo una concepción política de justicia puede servir de base a la razón pública puesto que en ella los principios y valores políticos constitucionales deben ser lo suficientemente amplios como para integrar y superar los valores que entran en conflicto, sin que las cuestiones de justicia deban solucionarse únicamente con valores políticos.

La idea básica del liberalismo político es lograr un consenso entrecruzado de doctrinas omnicomprensivas razonables cuyo marco es definido por la concepción política de la justicia. Este consenso entrecruzado garantiza la estabilidad de la sociedad democrática gracias a que las perspectivas que lo conforman no se aíslan por ganar o perder el poder político. Tampoco se trata de un consenso coyuntural sobre autoridades, principios o legislaciones, ni un acuerdo de intereses particulares. De igual forma, es diferente de un *modus vivendi*, aunque lo suponga. Quienes lo respaldan, lo sostienen desde sus propias perspectivas que en él tienen cabida, sin necesidad de abdicar de las mismas.

La concepción política que rige la estructura básica de una sociedad no requiere ser omnicompreensiva. Su estabilidad no depende de una visión sistemáticamente unificada sino necesariamente pluralista. Cuando se adopta este marco de deliberación, los juicios convergen lo suficientemente como para que la cooperación política, sobre las bases del mutuo respeto, puedan mantenerse. Tal concepción política constituye un marco de deliberación y reflexión que permite buscar acuerdos políticos sobre cuestiones de justicia y aspectos constitucionales, básicos para toda la sociedad.

El consenso, fiel a su carácter constructivista, debe cumplir un determinado proceso procedimental. Un primer paso lo constituye la que Rawls denomina la *etapa constitucional*, que permitirá acceder posteriormente al consenso entrecruzado. Esta etapa satisface los principios liberales de justicia política, que como tales se aceptan, sin incluir ni suponer ideas fundamentales sobre la sociedad y la persona. Define, en últimas, los procedimientos políticos de un sistema constitucional democrático y su objetivo principal es moderar el conflicto político.

Debe perseguir tres requerimientos para lograr un consenso estable: primero, fijar el contenido de ciertos derechos y libertades políticas básicas, asignándoles una especial prioridad; segundo, definir la relación con la forma institucional de razón pública cuya aplicación compromete los principios liberales de justicia; y, tercero, alentar la virtud cooperativa de la vida política, estimulando con ello la razonabilidad y sentido de justicia, el espíritu de compromiso y el respeto a los procedimientos pluralistas.

La segunda etapa de este constructivismo consensual es la del consenso entrecruzado propiamente dicho, que se logra una vez concretado el constitucional. La profundidad de este dependerá, sostiene Rawls (1996) de que sus principios estén fundados en una concepción política de la justicia tal como es descrita en *justicia como equidad*. Las fuerzas que presionan porque el consenso constitucional devenga un consenso entrecruzado son los grupos que acuden al foro público de la discusión política, convocando con ello a otros grupos rivales a presentar sus perspectivas. Esto hace necesario romper su estrecho círculo y desarrollar su concepción política como justificación pública de sus posturas. Al hacer ello, deben formular concepciones políticas de la justicia, lo cual permite la generalización de la discusión y la difusión de los supuestos básicos de sus propuestas.

En cuanto a la amplitud del consenso entrecruzado, esta trasciende los principios políticos que instituyen, exclusivamente, los procedimientos democráticos, para incluir principios que cubran la estructura básica como un todo. Empero, el procedimiento meramente constitucional y político del consenso puede ser muy

estrecho: se requiere una legislación que garantice libertades de conciencia y pensamiento y no solo las libertades políticas. La legislación debe entonces garantizar un mínimo de bienes, entrenamiento y educación sin los cuales los individuos no pueden tomar parte de la sociedad como ciudadanos y, por tanto, los grupos políticos deben plantear propuestas que cubran la estructura básica y explicar su punto de vista en una forma consistente y coherente ante toda la sociedad. Con ello el liberalismo político de Rawls se revela, definitivamente, como el soporte de una democracia consensual justificada en sus procedimientos y contenidos mínimos, sin imponer una visión omni-comprehensiva sustancial sobre los principios políticos que deben regir la sociedad.

La razón pública como expresión de la justicia política. La concepción rawlsiana del liberalismo político se cierra, en su parte innovadora, en la noción de razón pública que complementa las dos anteriores, introduciendo una figura que recuerda al equilibrio reflexivo, pero en una proyección socio-institucional equivalente de aquella. Rawls comienza recordando que la prioridad de lo justo sobre lo bueno, de la justicia sobre la eficacia, es esencial para el liberalismo político. En *Teoría de la Justicia* tal prioridad significa que los principios de justicia imponen límites a los modelos de vida permisibles y los planes de vida ciudadanos que los transgredan no son legítimos ni moralmente justificables. La concepción política limita las concepciones del bien no en términos omnicomprendidos, para la vida de los ciudadanos, sino en lo que se refiere a las instituciones sociales que determinan la estructura básica de la sociedad.

Este objetivo social del consenso no debe confundirse con la neutralidad procedimental que la concepción política de la justicia contempla y que garantiza la imparcialidad procesal frente a factores tangenciales e influencias indebidas. Ello se expresa en la definición de valores políticos de justicia social, tolerancia y civilidad, diferentes de virtudes morales o filosóficas, que un régimen democrático debe fortalecer para garantizar una estructura justa de cooperación social. La sociedad política posee, además, una idea civil del bien que realizan los ciudadanos en tanto personas y en tanto cuerpo corporativo, manteniendo un régimen constitucional justo y conduciendo en el marco de este sus asuntos privados. Los ciudadanos comparten así un fin común: sustentar instituciones justas que les proporcionan un bien específico como individuos.

Por su parte, el consenso entrecruzado permite a los ciudadanos tener diferentes fines en común, entre ellos el de concebir una justicia política mutua. Si una concepción política de la justicia es mutuamente reconocida como razonable y racional, los ciudadanos que defienden doctrinas razonables, en el marco de un

consenso entrecruzado, confirman con ello que sus instituciones libres permiten suficiente espacio para vivir con dignidad y ser, al mismo tiempo, leales a ellas.

Ello conlleva aparejada una idea de la razón pública como garantía política del constructivismo político. La sociedad política tiene una forma de formular sus planes a través de la razón como poder intelectual y moral. Esta razón pública es característica de los pueblos democráticos, en tanto razón de los ciudadanos como personas libres e iguales, y comporta tres sentidos específicos: la razón pública ciudadana, las cuestiones de justicia básica y la naturaleza y contenidos de la justicia pública.

Pero no es una razón abstracta y en ello, sin duda, reside la diferencia con la noción ilustrada de la razón. Posee cuestiones y foros concretos donde la razón pública se expresa y manifiesta. En una sociedad democrática esta razón pública es, primero que todo, la razón de los ciudadanos como cuerpo colectivo quienes, como tales, ejercen un poder político y coercitivo, promulgando leyes y enmendando su Constitución cuando fuere necesario.

El alcance de la razón pública no cubre toda la política sino solo los esenciales constitucionales y la justicia básica de sus estructuras. Tampoco se aplica a las deliberaciones personales sobre cuestiones políticas o a las reflexiones gremiales sobre la sociedad. El ideal de la razón pública no solo gobierna el discurso público sobre estas cuestiones sino, también, la consideración ciudadana sobre ellos. La connotación de la ciudadanía democrática impone el deber moral de explicar de qué manera los principios y políticas que se defienden pueden ser congruentes con los valores políticos de la razón pública.

La razón pública no se circunscribe al foro legislativo, sino que es asumida, también, por la ciudadanía como criterio de legitimación. El ciudadano afirma el ideal de razón pública, no como resultado de compromisos políticos, ni como expresión espontánea de un *modus vivendi*, sino desde el seno de sus propias doctrinas razonables. El contenido de la razón pública es, pues, el contenido de la concepción política de la justicia como se expresa en *Teoría de la Justicia*, en tanto especifica derechos, libertades y oportunidades, asignándoles una prioridad lexicográfica y garantizándoles las medidas necesarias para cumplirlas.

Como tal, la concepción política de la justicia comporta dos partes: en primer lugar, *valores de justicia política* (principios de la justicia), en términos de igualdad política y libertad civil; equidad en oportunidades; bienes primarios, etc.; y *valores de razón pública*, como guías y criterios para decidir si los principios están siendo bien aplicados. La legitimidad dependerá de que la estructura básica y las políticas

públicas sean justificadas -y congruentes- en estos términos. De cualquier manera, el punto central del ideal de razón pública es que la ciudadanía conduzca sus discusiones fundamentales en el marco de los Principios de Justicia. Y que cada ciudadano pueda ser capaz de explicar, desde ese marco, porqué otros ciudadanos podrían razonablemente apoyar sus propuestas.

La principal expresión de esta razón pública es, en todo régimen democrático, la Corte Suprema de Justicia. Es allí donde se defienden los esenciales constitucionales, a saber: primero, los principios fundamentales que especifican la estructura general del gobierno y los procesos políticos, es decir, la de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y el alcance moral y efectivo de la regla mayoritaria; y, segundo, los derechos básicos iguales y libertades ciudadanas que deben ser respetados por la mayoría en cualquier circunstancia, tales como el voto y la participación política, las libertades de conciencia, pensamiento y asociación y el derecho a la protección de la ley. La razón pública es, ante todo, aunque no exclusivamente, la razón de su Corte Suprema de Justicia como la máxima instancia de interpretación judicial, sin ser la máxima representación de la ley. Es, a su vez, la rama del Estado que ejemplariza esta razón pública.

Toda democracia constitucional es dualista: distingue el poder constituyente del ordinario y la ley suprema de la ordinaria, sin establecer una supremacía parlamentaria sobre ambas. El rol de la Corte Suprema es proteger la ley suprema a través del control que ejerce la razón pública, evitando que aquélla sea horadada por la legislación ordinaria, así sea expresión de una mayoría legislativa. Pero no por ello puede considerársela antimayoritaria, puesto que sus decisiones son razonablemente congruentes con la Constitución y sus mandatos.

El papel de la Corte Suprema no es solamente defensivo, sino que su rol hace parte del rasgo de publicidad que debe connotar la razón pública y, por tanto, de la implicación educativa y pedagógica que conlleva, lo que la somete al escrutinio público y garantiza su relación estructural con la ciudadanía. La Corte Suprema confiere, con ello, vitalidad y respetabilidad a la razón pública, a través de la autoridad de sus sentencias. Las enmiendas a la Constitución constituyen ajustes de los esenciales constitucionales a las nuevas circunstancias y la razón pública debe conciliar la ruptura histórica de la enmienda con la fidelidad a la promesa original. Sus límites, por supuesto, están dados por el rechazo a todo tipo de consideraciones doctrinarias omnicomprendivas en sus deliberaciones.

Con esto concluye Rawls su planteamiento que, al final, se complementa con la versión, casi idéntica a la original, sobre las libertades ciudadanas. Si bien en muchos puntos se trasluce su intención de conciliar con el comunitarismo en las críticas

correctamente enfocadas, Rawls no cae en la politización de la vida civil que el planteamiento comunitarista connota en la aplicación radical de sus proyecciones. Pero tampoco se conforma con el procedimentalismo liberal. Los principios de justicia se constituyen en instrumentos de concertación y convivencia política y, como macro-valores de la vida ciudadana, determinan la posibilidad de que las diferentes cosmologías accedan a consensos entrecruzados sustanciales sobre el manejo de su sociedad.

Habermas y la Justicia Constitucional

Neumann y Kirschheimer, se proponen desarrollar una teoría acerca del autoritarismo en el Estado liberal, por medio del análisis y explicación del ascenso de la hegemonía fascista en los Estados europeos a mediados del siglo XX y el contrasentido e involución histórica que ello implicó frente a las democracias modernas, siendo que “en los años treinta, la democracia liberal se vio privada ideológicamente de su hegemonía para convertirse en víctima de sus más acérrimos enemigos” (Colom, 1992, p. 122).

El liberalismo posibilita el surgimiento y dominio del fascismo, gracias principalmente, a tres factores, a saber, la excesiva formalización del sistema jurídico, la expulsión del componente valorativo y la racionalidad formal que se manifiesta en un ansia de juridización, cuya consecuencia es la no corrección de procesos, reglas y normas y consigo la incapacidad para orientar el actuar político.

Esto permite hacer una desmitificación del liberalismo: en primer lugar el Estado moderno, no surge de un contrato social, sino de un acuerdo de grupos de intereses; en segundo lugar, el derecho se identifica con moral, por lo que aquel pierde su capacidad ética mínima y por último, la racionalidad es remplazada por una técnica de dominación, que instituye una noción totalitaria y organizativa de la sociedad, que se enfoca en el monopolio del capitalismo, lo que a su vez afecta el significado de política que en adelante debe entenderse como “lucha por el poder, no jurisprudencia. Por ello resulta imposible disolver las relaciones de poder en relaciones jurídicas” (Colom, 1992, p. 163), de esta manera se concluye que las relaciones sociales demuestran estar regidas por componentes enteramente irracionales, con lo que se corrobora el fracaso del proyecto del positivismo jurídico.

En “*Angustia y Política*” Franz Neumann (citado en Colom, 1992), explora la condición democrática en clave de autonomía individual definiendo tres tipos de alienación. La alienación social, la alienación psíquica y la alienación política, que se concretan en la pérdida de la identidad, la sensación de inseguridad en el

entorno y el temor hacia la voluntad libre y el espacio público, respectivamente. Según Honeth (2007), estos tres tipos de alienación, tienen como principal recurso, el miedo irracional que genera la identificación con líderes autoritarios.

El miedo irracional es pues la base de movimientos totalitarios. Freud (citado en Colom, 1992), ignora este contexto social y político, ambos íntimamente relacionados y en ese vacío es donde Schmitt (citado en Colom, 1992), cataliza el miedo existencial a la estructura política y jurídica. En ese sentido, dirá Scheuerman (1997), Neumann y Kirchheimer ofrecen antídoto a la teoría de Schmitt a través de dos conceptos que desarrollan contra aquel: el concepto de libertad política y el de justicia política. Según Scheuerman (1997), la libertad política y la experiencia de la libertad son el instrumento contra la irracional ansiedad amigo/enemigo. La democracia permite desarrollar la experiencia de la libertad, individual y colectivamente.

Según Scheuerman refiere (1997), Neumann analiza la libertad jurídica en el marco de la *rule of law* liberal y su sistema de derechos básicos, su pretensión de un sistema judicial independiente y la promulgación de leyes generales. La libertad jurídica, consagra de manera formal la voluntad democrática y otorga seguridad jurídica al individuo frente al Estado, sin embargo, genera a su vez, una paradoja: regula libertad, pero constriñe autonomía. La alienación política deviene un reto para la democracia que solo una *rule of law* democrática puede reparar. En ese sentido, Neumann señala que la libertad política deber ser entendida más allá de la libertad jurídica enmarcada en la regla de derecho, dado que esta la reduce al racionalismo extremo del derecho moderno esto es, a un formalismo legalista.

Adicionalmente, la libertad política presupone opinión pública informada. La teoría política debe preocuparse por las formas alternativas de la acción política, que se concretan en la participación en dinámicas deliberativas y judiciales, centralizadas en el carácter dialógico de la democracia, a saber, voluntad y conocimiento de libertad, y su consecuencia obvia esto es, una acción política desde la *rule of law* democrática que exalta la autonomía de dicha acción y la saca del plano del constreñimiento formal y constitucional.

Contemporáneo de Neumann, aparece el pensamiento de Kirchheimer. En la misma línea argumentativa que Neumann, Kirchheimer, propone un análisis crítico de la deformalización de la ley. En ese sentido, la *Rule of law*, además de seguridad jurídica, supone equidad social y desregulación burocrática, como también un cuerpo parlamentario que le dé contenido y complemente los procedimientos de la legislación central. Adicionalmente, el autor remite a la reconstrucción del imperio de la ley, lo cual se hizo necesario después del cataclismo del nazismo y fascismo, que impone una crítica al Estado de bienestar y la ambigüedad entre norma y excepción.

Frente al imperio parlamentario (procedimental) de la ley y el imperio administrativo del derecho, propone, partiendo de la idea emancipatoria de la *rule of law*, el imperio democrático del derecho que excede aplicaciones burocráticas y expertos legales, priorizando la idea del contenido democrático del constitucionalismo. En concordancia, para Kirchheimer, la legalidad depende de la democracia y esto fue olvidado por el formalismo jurídico que ha desgarrado la idea emancipatoria de la agenda constitucionalista la cual ha terminado por limitarse al constitucionalismo de las clases medias, rezagando la idea de la opinión pública y diversa del mundo contemporáneo.

Para el autor, el concepto de justicia política confronta el instrumentalismo decisionista de Schmitt, cuestionando las formas de acción legal bajo la forma de amigo/enemigo, que no hace más que reproducir las ideas del autoritarismo y el imperio del derecho entendido desde los expertos legales y el imperio de la burocracia. Contrario sensu, propone derrumbar esa visión unidimensional Schmittiana y en lugar plantear la multidimensionalidad democrática.

Habermas y el tránsito a la justicia constitucional

Concepto de derecho y justicia. En los primeros capítulos de *Facticidad y Validez*, Habermas (1998) –en una autocrítica, aunque sutil, de hondo calado a su teoría de la acción comunicativa– plantea, en la línea de las teorías del derecho clásicas, el concepto de validez que pretende fundamentar. Para ello descarta a Rawls –un tanto injusta y contradictoriamente, lo que quedará en evidencia unos años más tarde en la polémica sobre el *Liberalismo Político* (Rawls y Habermas, 1998)–, reivindica la dimensión deliberativa de Hobbes, retoma elementos de Kant pero, sobre todo, fiel a su giro societal antes que filosófico, una vez más acude a la reconstrucción sociológica reivindicando a Parsons (1984), para mostrar que, si en el Esquema Cuatrifuncional parsoniano, el derecho puede amarrar los subsistemas por arriba, al estar estos montados sobre plexos mundo vitales, también puede entonces amarrarlos desde abajo.

Planteada su hipótesis de trabajo, la de una validez dual a la vez sistémica y social, Habermas emprende el largo y tortuoso camino de ilustrar esta, la columna vertebral de su teoría del derecho, en una reivindicación del derecho, además, tanto como categoría de la integración social, a nivel epistemológico, como *medium* de la integración social a nivel ontológico-social. Pero la reivindicación del derecho no será la del derecho convencional ni la de sus paradigmas tradicionales sino, por el contrario, una audaz reinterpretación de la proyección normativa que los procesos democrático-constituyentes del siglo XVIII, en especial el de París, tendrán para los ordenamientos jurídico-políticos contemporáneos. La fundamentación en este orden, antes que filosófica, será histórica y sociológica.

El primer paso por tanto será la reconstrucción del concepto de derecho. En los siguientes capítulos Habermas procede inicialmente en dos sentidos: de una parte, muestra que el principio consensual de su ética del discurso responde al *factum* histórico constituyente de Filadelfia y de París, si bien el primero, como Hanna Arendt lo sugiere (citada en Mouffe, 1999), pudo responder más al esquema de una revolución conservadora –lo cual es discutible– y el segundo mejor a una revolución plenamente moderna y al concepto normativo de democracia radical que Habermas busca sustentar como criterio prescriptivo del estado democrático y social de derecho contemporáneo.

Y de otra, en un *tour de force* muy original, eleva su principio D, de un principio de argumentación moral, a un principio de consenso político-jurídico que, inmediatamente, matiza en un principio democrático que le permite moderar la aplicación del consenso, a partir de la recuperación kantiana de los tres usos de la razón pública, lo que le posibilita –a diferencia de Rawls– no solo moderar la pretensión de consenso, que Rawls no logra matizar convirtiendo toda discusión institucional prácticamente en un plebiscito moral, sino justificar normativamente, a partir de aquel, la arquitectura de los Estados democráticos de derecho contemporáneos.

De lo anterior, Habermas (1998) infiere una conclusión determinante: las deliberaciones morales conducen, institucionalmente, a que el poder judicial se oriente normativamente por una pretensión de “justicia para todos”, no de “justicia para nosotros” y tampoco solamente de “justicia para algunos”. El concepto de derecho, en general, y la administración de justicia, en particular, tienen que orientarse a una exigencia normativa (en términos morales y jurídico-constitucionales).

Indeterminación del derecho e irracionalidad de la justicia

Recogiendo estudios socio jurídicos sobre el impacto que las escuelas teórico-jurídicas dominantes (hermenéutica, realismo y positivismo) han tenido en los campos jurídicos respectivos, Habermas (1998) aborda sus consecuencias en términos de la indeterminación del derecho e irracionalidad de la justicia que han propiciado a nivel de la decisión judicial, contrastando sus criterios prescriptivos y sus implicaciones prácticas con la exigencia normativa, en términos moral y jurídico-constitucionales, del poder judicial en cuanto tiene que orientarse por un criterio regulador de “justicia para todos”, no de “justicia para nosotros” ni de “justicia para algunos”.

En este punto, Habermas confronta todas estas teorías por la discrecionalidad que suponen, propiciando con ello una alta indeterminación de la decisión judicial y, consecuentemente, una enorme irracionalidad de la justicia, originando con ello decisiones que no cumplen con el ideal regulativo de la decisión judicial. Habermas introduce aquí lo que constituiría el dilema histórico e ideal-regulativo de la decisión

judicial en nuestros tiempos: o el derecho defiende una perspectiva axiológica de “*decisiones buenas para algunos*” o, por el contrario, una perspectiva deontológica de “*decisiones justas para todos*”. Habermas rechaza la primera y adhiere a la segunda como la única legítima en una sociedad pluralista.

En la teoría del derecho contemporáneo, esta última está representada por Ronald Dworkin y su teoría de la respuesta correcta, la cual tendría que ser leída precisamente como la pretensión de reducir la discrecionalidad del juez y tomar decisiones justas para todos y no buenas para algunos, si bien la metáfora del súper juez Hércules de Dworkin se revela como una figura monológica antes que dialógica, pese a su bien intencionada visión deontológica.

La perspectiva monológica de Dworkin solo puede superarse a través de una teoría discursiva del derecho. Habermas retoma críticamente la teoría de la argumentación de Robert Alexy (citado en Habermas, 1992) para mostrar que solo una interpretación dialógica del derecho, como la que esta supone, permite superar el “solipsismo” del súper juez Hércules dworkiniano y fundamentar, argumentativamente, “las presuposiciones y procedimientos” del discurso legal como tal.

Pero la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, si bien corrige dialógicamente el exceso monológico dworkiniano, permitiendo estabilizar el punto de vista moral al interior de los procedimientos jurídicos, representa para Habermas –en el espectro de las teorías jurídicas contemporáneas– la perspectiva axiológica del derecho que busca confrontar, en la medida en que su teoría de la ponderación, derivada de aquella, propicia “decisiones buenas para algunos” y no “decisiones justas para todos”.

En efecto, con la ponderación de principios Alexy propicia una alta discrecionalidad del juez en la medida en que, al escoger un principio frente a otro en orden a optimizar su aplicación para la solución de un caso concreto, el momento de selección que excluye a uno y asume el otro, primero, no puede ser acompañado racionalmente en la medida en que, pese a las subreglas de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, constituye un criterio profundamente subjetivo y arbitrario del juez y, segundo, introduce con ello patrones axiológicos particulares que ambientan una decisión buena para quienes compartan tal abanico de valores, pero no justa para quienes no la hacen.

Adicionalmente, parece adolecer de una debilidad tangencial: su énfasis absoluto en el dominio jurídico y su toma de distancia frente a una concepción pública de justicia para todos y no para algunos le hace olvidar el papel que la política deliberativa juega en todo el proceso jurídico-político y constitucional y de qué manera es a través de ella, es decir, de la expresión comunicativa plural e institucionalizada de la sociedad civil, que le es posible al juez constitucional inferir discursivamente los contenidos

normativos del derecho –en sentido moral, jurídico-político y constitucional– y de la decisión judicial desde una perspectiva deontológica de “igualdad para todos” y no axiológica de “buenas para algunos”.

Con esto Habermas deja en claro varios puntos: primero, que es un error identificar, como lo hemos hecho en Colombia, a Dworkin con Alexy. Mientras que Dworkin (en la línea del orden lexicográfico de Rawls) busca balancear los principios en términos de explicitar el peso de uno frente a otro, generando con ello un nuevo precedente que garantice “decisiones justas para todos”, Alexy pondera los principios excluyendo uno frente al otro para el caso concreto y generando, por el grado de discrecionalidad ética (no moral) que en ello se involucra, “decisiones buenas para algunos”. Segundo, que el dilema histórico que el derecho se juega en general en nuestros tiempos, y que en particular el juez (ya constitucional, ya de cualquier área dogmática) se plantea es esa disyuntiva: cuál criterio regulador debe orientar la decisión judicial: ¿el axiológico o el deontológico? En eso –se infiere de Habermas– se juega su suerte el sistema jurídico.

Decisión judicial y justicia constitucional. Pero Habermas no se queda en la teoría del derecho. Intenta justificar su propuesta directamente desde los modelos normativos de adjudicación constitucional. Aborda, inicialmente, la metodología de trabajo del tribunal constitucional alemán al que critica por lo que considera una falsa autocomprensión de esta, en cuanto que, a través de las figuras de la ponderación y el caso concreto, se asimilan valores morales a principios jurídicos con lo que las decisiones judiciales pierden su carácter deontológico, justo para todos, y adquieren un peligroso sesgo teleológico, bueno para algunos.

La crítica teórica a Alexy se convierte aquí en una crítica institucional al tribunal constitucional alemán e, indirectamente, a todos los tribunales que han adoptado su metodología de trabajo basado en la ponderación y el caso concreto, como es el caso de la Corte Constitucional colombiana. Como lo vimos, la interpretación de los derechos fundamentales como bienes jurídicos optimizables en vez de principios jurídicos deontológicos, convierten el derecho en un medio de realización de patrones éticos, tomando partido por unos frente a otros, con lo que las decisiones judiciales pierden progresivamente su base de legitimidad e, incluso, de eficacia y, a largo plazo, por su discrecionalidad e indeterminación, ponen en entredicho de manera paulatina su propia validez.

De ahí que Habermas considere mejor y más ilustrativa la lectura de la constitución que se ha adelantado en el contexto norteamericano. En efecto, en los Estados Unidos se ha mantenido históricamente una tensión entre dos interpretaciones de la Constitución por parte de dos paradigmas dominantes (Sunstein, 1990).

De una parte, el modelo liberal y, de otra, el modelo republicano y sus respectivas concepciones de democracia. Aquí Habermas parece adoptar, de nuevo, la postura de los *Critical Legal Studies* en cuanto toda decisión jurídica es, en los casos difíciles que van más allá de la mera interpretación técnico-jurídica o técnico-constitucional, una decisión igualmente política.

El estudio jurisprudencial de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia estadounidense muestra, en efecto, la prevalencia de dos paradigmas de adjudicación constitucional: un paradigma liberal que defiende, en últimas, un modelo de democracia formal, y un paradigma republicano que defiende un modelo de democracia directa. Hay que aclarar que este último no debe confundirse con las posturas del Partido Republicano, aunque sin duda tenga raíces históricas comunes, sino que se restringe estrictamente al ámbito de la adjudicación constitucional. Reitero, no es una “propuesta” iusfilosófica ni teórico-jurídica de Habermas: es un estudio empírico, si se quiere sociojurídico, de las decisiones judiciales de la CSJ de EEUU.

Cada uno de los paradigmas defiende una concepción de democracia a la cual van estrechamente ligadas una interpretación del ciudadano, de las libertades y de la relación estado-sociedad. El paradigma de adjudicación liberal y su modelo de democracia formal propicia un modelo pasivo de ciudadanía, sustentado en la prioridad de las libertades individuales, donde el ordenamiento jurídico-político se convierte en un refrendador regular, a través del mecanismo de las elecciones, de un Estado no interventor de la economía.

Por el contrario, el paradigma de adjudicación constitucional republicano y su modelo de democracia directa, defiende una concepción activa de la ciudadanía, fundamentado en la prioridad de las libertades políticas, poniendo el acento en los procesos deliberativos que la permitan, la sustenten y concibiendo el ordenamiento jurídico-político como soporte de procesos de deliberación pública. Sin embargo, este último paradigma, pese a suponer un concepto altamente protagónico de la ciudadanía, rompe la necesaria autonomía e imparcialidad que el pluralismo de las sociedades complejas requiere para preservar el equilibrio y la integración social de sus diferentes comunidades entre sí, al forzar una etitización de la vida pública desde su particular concepción de vida buena.

Si estos paradigmas de adjudicación constitucional defienden, en últimas, modelos de democracia, la alternativa consistirá, para Habermas (1992), en sustentar un modelo de democracia alterno que permita sustentar un paradigma de adjudicación constitucional que sepa interpretar la democracia en los términos sociológicos en que aquella se viene presentando en las sociedades complejas pues, indudablemente, la gran debilidad de los dos consiste en que ignoran la dinámica societal que en las últimas décadas viene

caracterizando los procesos democráticos en el mundo entero. Habermas intentará mostrar como tienen que concebir sociológicamente la democracia los tribunales constitucionales en orden a garantizar la perspectiva deontológica de “decisiones justas para todos” y no “buenas para algunos”.

Política deliberativa y justicia constitucional. La única forma de superar el dilema al que parecen condenados los tribunales constitucionales contemporáneos en su defensa implícita de los modelos de democracia formal o directa, reside, para Habermas, en el reconocimiento de un modelo sociológico de democracia deliberativa, directamente relacionado con un paradigma alternativo de adjudicación constitucional, que articule las instituciones formales con una esfera pública abierta y no restringida, conciliando con ello las dicotomías de los paradigmas liberal y republicano.

En una discusión paralela, a nivel de teoría política, a nuestro hilo conductor pero relevante y definitiva para la misma, la traducción sociológica que recoge Habermas permite superar, simultáneamente, tanto la definición minimalista de Norberto Bobbio (citado en Habermas, 1998) sobre la democracia, como la interpretación tecnocrática de Robert Dahl (citado en Habermas, 1998) en orden a confrontar ambas desde una concepción alterna de política deliberativa. En efecto, las dos desconocen las condiciones sociales para un procedimiento democrático-deliberativo de toma de decisiones que integre la esfera comunicacional de la opinión pública como protagonista central del proceso. Aunque, a diferencia de Bobbio y su definición minimalista, Dahl logra capturar el sentido deliberativo de los procedimientos democráticos, sus conclusiones abogan, no por la profundización deliberativa de la democracia sino, por el contrario, por un monólogo tecnocrático contrario a la misma (Habermas 1998).

Frente a este espectro de posiciones, tanto a nivel de la adjudicación constitucional como a nivel de concepciones de democracia, Habermas adopta entonces un modelo sociológico de política deliberativa de doble vía que le permita rodear las objeciones de unos y otros a su propuesta, al pretender descalificarla de ideal y meramente teórico-prescriptiva, sin consideraciones empíricas. De ahí su interés en fundar sociológicamente el modelo de democracia que viabilice, plausiblemente, las condiciones de posibilidad reales del paradigma de adjudicación alternativo que busca sustentar. La pregunta clave es ¿en qué sentido este modelo de democracia deliberativa sirve para garantizar “decisiones justas para todos” frente a las “decisiones buenas para algunos” que propiciaban los otros modelos?

Habermas articula a su modelo sociológico de democracia el de *espacio político público*, concebido como una estructura de comunicación que, a través de la base que para ella representa la sociedad civil, queda enraizada en el mundo de la vida. Este espacio se convierte en una caja de resonancia que permite el desplazamiento de los

problemas del mundo de la vida a la esfera de discusión del sistema administrativo, jurídico-político.

Para Habermas, los problemas son detectados por una serie de sensores, al servicio del espacio político público, que cumplen características básicas. La primera, la de no ser especializados favoreciendo así su distribución a lo largo del conjunto de subsistemas sociales y, la segunda, la de tener la capacidad de transmitir sus impresiones a lo largo y ancho de toda la red. Con el apoyo de estos sensores, el espacio político público capta el lugar y las causas que originan los problemas significativos y los organiza para que representen un elemento de presión para las instituciones que operan en el espacio administrativo.

El espacio político público tiene sus raíces en la esfera de la opinión pública. La opinión pública no puede entenderse como una serie de instituciones u organizaciones que operan sistémicamente. Por el contrario, es una red comunicación espontánea de opiniones diversas, amarradas a temas específicos, y dirigida hacia cuestiones socialmente relevantes. Su origen se encuentra en la acción comunicativa, ejercida por medio del lenguaje natural.

Los agentes a su interior no son actores estratégicos, concebidos para el logro de determinados fines, sino actores generados comunicativamente, constituidos a través de sus interpretaciones y posiciones. Esto genera un proceso discursivo de inclusión que impone nuevas condiciones a la dinámica comunicativa en cuanto supone mayor explicitación de los temas a discutir, poniendo de presente su importancia y forzando a la política a hacer uso de lenguajes asequibles a todos los individuos.

El papel de la opinión pública es proporcionar una serie de discursos que permitan valorar las disposiciones tomadas por el poder administrativo y, en caso de no estar de acuerdo con alguna de ellas, ejercer presión, incluso a través de la desobediencia civil, para obligar a su reevaluación. Todos estos elementos se ponen de manifiesto en el modelo sociológico de política deliberativa de doble vía que Habermas ilustra con su “metáfora hidráulica de esclusas” (Habermas, 1998, pp. 440-441).

Modelo Sociológico de Política Deliberativa de Doble Vía

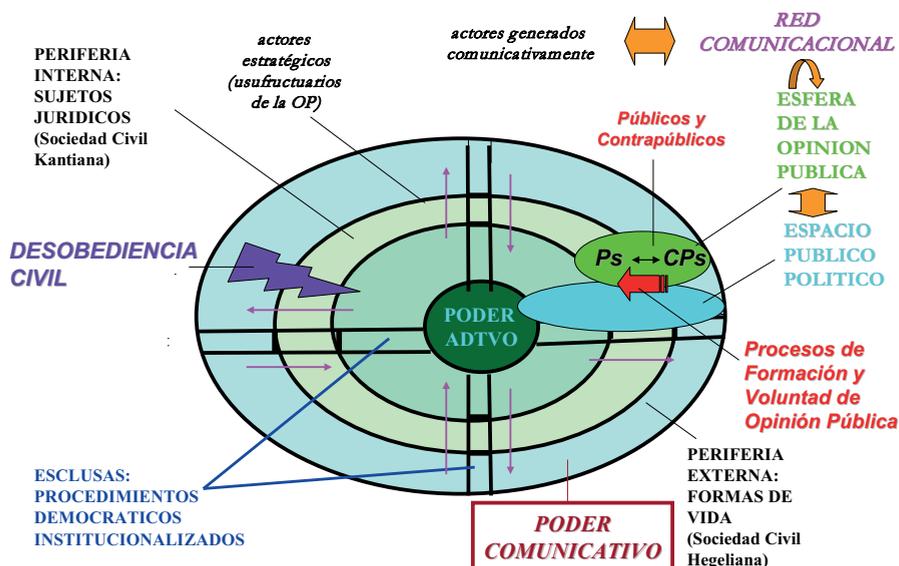


Figura 1. Metáfora hidráulica de esclusas

Para Habermas (1998), la sociedad se concibe sobre un modelo de *esferas concéntricas*, comunicadas a través de un sistema de esclusas que permiten que la presión que se da en las esferas más alejadas del centro se pueda transmitir a este. De igual manera, las reacciones y respuestas que el centro produce se comunican a la periferia. Dentro del modelo, el Estado está ubicado en el centro, rodeado por sucesivos círculos que comprenden la sociedad civil kantiana, periferia interna, con toda la formalización que posee, y la sociedad civil hegeliana, periferia externa, compuesta por las diferentes formas de vida, donde se generan las posiciones propias de los sujetos colectivos particulares.

La sociedad civil periférica posee mayor sensibilidad ante los problemas porque está imbuida de ellos. Por su parte, quienes actúan en el escenario político deben su influencia al público en general. Y aunque los temas, sostiene Habermas, cobran importancia solo cuando los medios de comunicación los propagan al público, eventualmente son también necesarias acciones de protesta masiva para que los temas sean reconocidos en el ámbito político. De esta manera, se genera una conciencia de crisis vehiculizada a través de movilizaciones ciudadanas que, por medio de una comunicación pública informal, se mueve por vías que impiden la formación de masas adoctrinadas, reforzando así los potenciales críticos del público.

Conclusión

Hemos querido mostrar que las teorías de la justicia dan un vuelco desde la antigüedad hasta nuestros días. De centrarse en la vida virtuosa, como sucede inicialmente en Aristóteles y por extensión a Tomás de Aquino, o en principios universalizables de carácter etnocéntrico, paulatinamente después del iuspositivismo y con la propuesta de la teoría de la justicia rawlsiana y la problematización derivada de la polémica liberal-comunitarista, y más enfáticamente con el segundo Rawls el contenido de la justicia se desplaza definitivamente hacia la justicia política.

El concepto de justicia política, sin embargo, junto con el de libertad política, ya habían sido introducidos por dos integrantes de la primera Escuela de Frankfurt, Nuemann y Kiershheimer, en su exilio en Estados Unidos, y para confrontar, precisamente, la distinción amigo-enemigo de Carl Schmitt. El marco de ello era que el mero Estado de derecho no era un instrumento *per se* para confrontar esta distinción pues el Estado de derecho caía, y así había sucedido en Alemania tras el dominio nazi, bajo esa distinción de hecho y por tanto lo que se requería era, al contrario, potenciar tanto la libertad política en lo que más tarde llamaría Habermas el mundo de la vida, así como la justicia política como formas de contención social del autoritarismo que incluso terminaba tomándose la Constitución y la legislación por más liberal que pretendieran ser.

Pero la justicia política parecía ser más una fórmula voluntarista con la cual oponerse a la justicia procedimental del iuspositivismo, cómplice -así fuera involuntario- en todo caso del autoritarismo nazi. Rawls logra darle concreción realmente a esta categoría al mostrar que ella sería el fruto de un consenso entrecruzado de las diferentes fuerzas sociales, dándole así la legitimidad y el alcance político y social contundente y efectivo para oponerse no solo a una justicia procedimental que terminaba convalidando el autoritarismo sino a una justicia virtuosa o universalista vacía que, frente a los excesos políticos, no lograba oponerse ni conceptual ni prácticamente a los excesos del poder.

Con Habermas esa justicia política sufre una concreción adicional al convertirla en justicia constitucional enmarcada en un estado constitucional de derecho, donde la decisión judicial tiene que concretar el sentido de decisiones justas para todos y no decisiones buenas para algunos. Ello supone el balance entre las fuerzas sociales y políticas de una comunidad determinada y su relación constitucional y legal con el Estado, y sus diversos poderes, cuando se trata de tomar decisiones justas. Porque el discurso filosófico y religioso sobre la justicia peca precisamente de etereidad y se queda en el *topos uranus*, olvidándose del mundo real y sus imperativos de justicia material y efectiva.

Pero tanto Rawls como Habermas, podríamos decir, encuentran un complemento ideal en los aportes tanto de la tercera Escuela de Frankfurt, como del pensamiento francés posfundacional. En ambos casos, los primeros precisando el alcance posconvencional de una democracia radical cuyo postulado de base es una eticidad democrática abierta verticalmente a la alternancia del poder, nunca sometida a la voluntad ni representación de ninguna “vanguardia” ni elite, ni clase representativas del conjunto de la sociedad, y el segundo puntualizando además ese sentido posfundacional de superación de la distinción amigo-enemigo por la de un adversario reconocido y respetado en el marco de un estado constitucional de derecho que propicia el marco y las garantías de la plena e irrestricta deliberación política entre las diversas fuerzas ciudadanas.

La justicia aterriza así de un discurso iusnaturalista centrado en la virtud a uno –algunos lo denominan incluso iusnaturalismo crítico– centrado en la justicia política, constitucional, de carácter posconvencional y posfundacional. La justicia política no solo es un acuerdo de mayorías, su ideal regulativo es un consenso de las diversas fuerzas sociales y políticas en el marco de garantías de participación plena e irrestricta de un estado constitucional democrático de derecho cuyo ideal regulativo no es la distinción amigo-enemigo sino la alternancia en el poder de todas las eticidades y formas de vida interesadas razonablemente en el manejo de la sociedad.

La justicia deviene así, *qua* justicia política y constitucional, en clave radical, posconvencional y posfundacional, la condición de posibilidad de la democracia, el pluralismo razonable y la equidad de la diferentes eticidades y fuerzas sociales y políticas de una sociedad determinada.

Referencias

- Aristóteles. (1987). *Moral a Nicómaco*. Madrid, España: Editorial Espasa-Calpe.
- Brun, J. (1963). *Aristóteles y el Liceo*. Buenos Aires, Argentina: Eudeba.
- Buchanan, J. (1975). *The Limits of Liberty*. Chicago, United States: University of Chicago Press.
- Colom, F. (1992). *Las Caras del Leviatán*. Barcelona, España: Editorial Anthropos.
- Cracogna, D. (1998). *Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Derecho*. México D.F., México: Distribuciones Fontamara.
- De Greiff, P. (1989). MacIntyre: narrativa y tradición. *Revista Sistema*, (92), 99-116.
- Durkheim, E. (1990). *Montesquieu y Rousseau*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Fernández, E. (1991). *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Madrid, España: Editorial Debate.
- Gauthier, D. (1998). *Egoísmo, Moralidad y Sociedad Liberal*. Barcelona, España: Paidós.
- González, F. (1984). *De Kant a Marx*. Valencia, España: Fernando Torres Editor.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid, España: Trotta.
- Habermas, J. y Rawls, J. (1998). *Debate sobre el Liberalismo Político*. Barcelona, España: Paidós.
- Hart, H. L. (1995). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Hayek, F. (1995 (1973-1979)). *Droit, Legislation et Liberté*. París, Francia: PUF.
- Hernández Marín, R. (1989). La tesis de H.L.A. Hart. En *Historia de la filosofía del derecho contemporánea*, 238-244. Madrid, España: Técnos.
- Hobbes, T. (1985). *Leviathan*. London, England: Penguin Classics.
- Hoerster, N. (1992). *En Defensa del Positivismo Jurídico*, 168-190. Barcelona, España: Gedisa.
- Honneth, A. (2011). *El derecho de la libertad*. Buenos Aires, Argentina: Katz.

- Kant, E. (1986). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. México D.F., México: Editorial Porrúa.
- Kelsen, H. (1992). *Introduction to the Problem of Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- Kelsen, H. (1997). *La teoría Pura del Derecho*. México D.F., México: Porrúa.
- Lledó, E. (1988). Aristóteles y la ética de la polis. En V. Camps (Ed.), *Historia de la ética: De los Griegos al Renacimiento (Tomo I)*, 136-207. Barcelona, España: Editorial Crítica.
- Locke, J. (1990). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- MacIntyre, A. (1981). *After Virtue*. London, England: Duckworth.
- Macpherson, C. (1985). Introducción. En T. Hobbes, *Leviathan*. London, England: Penguin Classics.
- Mazurek, P. (1992). Teoría analítica del derecho. En A. Kaufmann, y W. Hassemer (Edits.), *El Pensamiento jurídico Contemporáneo*, 275-286. Madrid, España: Editorial Debate.
- Nozick, R. (1988 (1974)). *Anarquía, Estado y Utopía*. México D.F., México: F.C.E.
- Ramos, J. A. (1989). *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart*, 135-180. Madrid, España: Técnos.
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1986). *Justicia como Equidad*. Madrid, España: Técnos.
- Rawls, J. (1993). Fundamental Ideas. En *Political Liberalism*, 3-46. New York, United States: Columbia University Press.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. New York, United States: Columbia University Press.
- Rawls, J. (1996). *Liberalismo Político*. Barcelona, España: Crítica.
- Rawls, J. (1999). *Collected Papers*. Cambridge, England: Harvard University Press.
- Rawls, J. (2001). *Lecciones sobre la Historia de la Filosofía Moral*. Barcelona: Paidós.

- Rousseau, J. (1992). *Del Contrato Social*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Sunstein, C. R. (1990). *After the Rights Revolution*. Cambridge, England: Harvard University Press.
- Taylor, C. (1989). *Sources of the Self*. Cambridge, England: Harvard University Press.
- Walzer, M. (1983). *Spheres of Justice*. New York, United States: Basic Books.

Bibliografía complementaria

- Ackerman, B. (1995). *El Futuro de la Revolución Liberal*. Barcelona, España: Ariel.
- Ackerman, B. (1998). *La Política del Diálogo Liberal*. Barcelona, España: Gedisa.
- Aristóteles. (1972). *Tratados de Lógica*. México D.F., México: Editorial Porrúa.
- Bobbio, N. (1987). *The Future of Democracy*. Cambridge, England: Minnesota University Press.
- Conde, R. (1989). *Pashukanis y la Teoría Marxista del Derecho*. Madrid, España: C.E.C.
- Cortina, A. (1993). *Ética Aplicada y Democracia Radical*. Madrid, España: Técnos.
- Dahl, R. (1989). *Democracy and Its Critics*. New Haven, United States: Yale University Press.
- Ferrara, A. (1994). Sobre el concepto de comunidad liberal. *Revista de Filosofía Política*(3), 122-142.
- Gauthier, D. (1994 (1986)). *La Moral por Acuerdo*. Barcelona, España: Gedisa.
- Herman, B. (2001). Prólogo. En J. Rawls, *Lecciones sobre la Historia de la Filosofía Moral* (p. 13). Barcelona, España: Paidós.
- Kelsen, H. (1992). Significance of the Basic Norm. En *Introduction to the Problem of Legal Theory*, 58-59. Oxford, England: Clarendon Press.
- Koller, P. (1992). Las teorías del contrato social como modelos de justificación de las instituciones políticas. En L. Kern, y H. P. Muller, *La Justicia: Discurso o Mercado?*, 21-65. Barcelona, España: Gedisa.
- Kymlicka, W. (1995). *Multicultural Citizenship*. Oxford, England: Oxford University Press.

- Mejía, O. (2001). *La Problemática Iusfilosófica de la Obediencia al Derecho y la Justificación Constitucional de la Desobediencia Civil*. Bogotá, Colombia: Unilibros (U.N.C.).
- Michelman, F. (1998). Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument. *Florida Law Review*, 41, 443-490.
- Mouffe, C. (1999). *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*. Barcelona, España: Paidós.
- Mulhall, S., y Swift, A. (1992). *Liberals & Communitarians*. Oxford & Cambridge, England: Blackwell.
- Parsons, (1984). *El Sistema social*. Madrid, España: Alianza Editorial Madrid.
- Pashukanis, E. (1976). *Teoría General del Derecho y Marxismo*. Barcelona, España: Labor.
- Perry, M. J. (1998). *Morality, Politics and Law*. Oxford, England: Oxford University Press.
- Rawls, J. (1990). *Sobre las Libertades*. Barcelona, España: Paidós.
- Rawls, J. (2002). *Justicia como Equidad: una Reformulación*. Barcelona, España: Paidós.
- Rawls, J. (2009). *Lecciones sobre la Historia de la Filosofía Política*. Barcelona, España: Paidós.
- Sandel, M. (1982). *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge, England: Cambridge University Press.
- Sandel, M. (1996). *Democracy's Discontent*. Cambridge, England: Harvard University Press.
- Sheurman, W. (1997). *Between the norm and the exception*. Cambridge, England: MIT Press.
- Schmidt, J. (1992). La Original Position y el equilibrio reflexivo. En L. Kern, & H. P. Muller, *La Justicia: ¿Discurso o Mercado?*, 82-115. Barcelona, España: Gedisa.
- Thiebaut, C. (1994). Universalidad, pluralismo cultural e identidad moral. *Revista de Filosofía Política*. (C. Gómez, Entrevistador) Madrid, España: Editorial.