

# LOS PRINCIPIOS MORALES EN EL NEOCONTRACTUALISMO CONSTRUCTIVISTA DE JOHN RAWLS

por el Académico de Número

Excmo. Sr. D. Juan VALLET DE GOYTISOLO \*

1. El tema objeto de esta comunicación se halla interrelacionado en sus raíces con la serie de crisis enunciadas por mi maestro, el profesor Federico de Castro y Bravo <sup>1</sup>, como causantes de la situación a la que ha llegado la doctrina jurídica moderna. De esas crisis señaló estas manifestaciones principales: «1.<sup>a</sup> La teoría nominalista de Guillermo de Ockam (1300-1350), mediante la que intentará separar la ley eterna de naturaleza y de la sociedad. 2.<sup>a</sup> La indicación de Hugo de Groot (1583-1645) de que la ley natural “no dejaría de tener lugar en manera alguna, aunque se admitiese —lo que no se puede admitir sin el máximo crimen— que no hay Dios o que no se cuida de los asuntos humanos”, que abrirá la puerta a las construcciones de derecho racionalistas desconectadas de la ley eterna. 3.<sup>a</sup> La concepción protestante de la independencia completa del derecho positivo humano del divino y natural, expresada por Luther (1483-1564) diciendo: “Si eres un príncipe, caballero, señor, etcétera, y tienes gentes debajo de ti y quieres saber lo que te corresponde, no se lo preguntes a Cristo, sino al derecho del país, al derecho del imperio: ellos te dirán cómo portarte y valorar a tus súbditos.” 4.<sup>a</sup> La desconexión entre el derecho y la política que predica Maquiavelo (1469-1527) diciendo: “Cuando se trata de la salvación de la patria, no caben consideraciones sobre lo justo y lo injusto”.»

Estas crisis han confluído en la caída en el actual positivismo inmanentista; en la separación tajante del derecho y la moral social; en la escisión de *res cogitans* y *res extensa*, reducida ésta a materia informe; en el giro copernicano —mejor sería decir,

---

\* Sesión del día 14 de mayo de 1991.

<sup>1</sup> Federico de CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España. Parte general*, vol. I, libro preliminar, cap. I, I, I; 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, IEP, 1955, pág. 15.

como Sergio Cotta <sup>2</sup>, ptholomeico o prometeico— de Kant; en la absorción del derecho por la política —después de haberse independizado ésta de aquél— y uno y otra —perdida su concepción clásica— por la sola voluntad del Estado como aparato coactivo que —según Kelsen <sup>3</sup>— se identifica totalmente con el derecho que segrega, monopolizando su producción.

Así, resulta que la utilidad social sustituye al bien común y la voluntad general, a través del Estado, produce el derecho que es empleado por el poder como un medio para la realización del modelo, ideado y racionalmente calculado cuantitativamente, que con política utilitarista se trata de realizar técnicamente.

Así, la búsqueda del bien común, preponderantemente moral, al ser considerada ésta meramente subjetiva, es sustituida por la prosecución de la utilidad social, calculada cuantitativamente; la *praxis* de aquél —que era guiada por la prudencia política— es abandonada y en su lugar se opera con una *techné* —tecnocráticamente— para realizar el modelo de sociedad ideado y planeado —por una *poiesis*—; y el orden de la naturaleza —al considerarlo indescifrable— se trata de suplantar por el pretendido por la voluntad de poder insertada en el aparato del Estado.

2. Esos efectos, transformados a su vez en causas, producen en el mundo contemporáneo continuas crisis políticas, sociales, económicas y jurídicas de las que no se ha librado el mundo político y jurídico angloamericano.

Como ha hecho notar Miguel Ángel Rodilla <sup>4</sup> en la presentación de la obra de Rawls, se advierte, desde diversos ángulos visuales, por varios autores, una «compleja y difusa fenomenología de la crisis actual de las sociedades democráticas, de las que la crisis económica es tal vez sólo el aspecto más visible».

La crisis política se ha hecho ostensible a través de múltiples propuestas de «un amplio proceso de reorganización que afecta no sólo al sistema político y económico, sino también a esferas culturales que tienen que ver con la formación y transmisión de valores importantes para la integración social». Han vuelto a mostrarse con virulencia los temas centrales de la estructura política del llamado Estado social de derecho, como son los de la determinación del peso que ha de asignarse en una constitución democrática a los derechos sociales frente a los derechos individuales de la tradición liberal, el alcance del principio democrático y su relación con el principio del imperio de la ley, la delimitación de las esferas de lo político público y de la autonomía privada y, de forma más general, las relaciones entre sociedad civil y Estado.

---

<sup>2</sup> Sergio COTTA, *El hombre tolomeico*, 7; cfr. ed. en castellano, Madrid, Rialp, 1960, págs. 157 y ss.

<sup>3</sup> HANS Kelsen, *Teoría pura del derecho*, VI, 40, 2.ª versión, Viena, 1960; cfr. en castellano, México, UNAM, 1983, págs. 289 y ss.; y *Teoría general del derecho y el Estado*, II, I, A; cfr. ed. en castellano, México, UNAM, 1979, págs. 226 y ss.

<sup>4</sup> Miguel Ángel RODILLA, «Presentación» del libro de John RAWLS *Justicia como equidad*, I, B, 1, págs. XXI.

En el campo jurídico es de notar que los ingleses Bentham y Austin han sido los autores que más a fondo influyeron en el positivismo hasta ahora dominante de modo casi absoluto en los Estados Unidos de América.

Ronald Dworkin <sup>5</sup> ha efectuado un esclarecedor planteamiento de las direcciones resultantes de las doctrinas de uno y otro de estos dos autores ingleses. Vale la pena hacer un breve repaso del denominado *realismo* angloamericano, imperante en la doctrina jurídica de los Estados Unidos durante la mayor parte de este siglo xx. Así lo haré, lo más brevemente posible, resumiendo lo expuesto al respecto por Luis Legaz y Lacambra <sup>6</sup>.

A finales del siglo xix —dice— la ciencia en los Estados Unidos estuvo dominada por un positivismo de tipo lógico-sistemático (*formalistic style*, en expresión de Llewellyn). Pero «con el poderoso desarrollo industrial y social» se abandonó la lógica jurídica tradicional y se buscaron apoyo y modelos en las ciencias naturales. Pasó el dominio al método sociológico, al voluntarismo y, con ellos, a «la idea de que el derecho es comportamiento del juez y la ciencia jurídica una predicción metódica de este comportamiento, sobre la base de proposiciones experimentales halladas por vía inductiva».

«Los rasgos del realismo jurídico norteamericano —resume Legaz— se concentran en torno a estos puntos: creación judicial del derecho; consideración del derecho no como un fin, sino como medio para el logro de determinados fines sociales; estudio de la influencia emanada de los cambios sociales, que siempre son más rápidos que la evolución jurídica; estudio del comportamiento efectivo de los tribunales y de la discrepancia entre este comportamiento y las normas recibidas, las cuales no son nunca el verdadero fundamento de las decisiones judiciales; por consiguiente, paso de las normas a la decisión, de la fundamentación oficial a los fundamentos reales, de la jurisprudencia conceptual a los hechos jurídicos y los intereses sociales.»

Dworkin <sup>7</sup> se ha ocupado especialmente de la versión del positivismo de H. L. A. Hart, una de las más influyentes de este siglo, y de sus correcciones a la concepción de Austin, concluyendo que aquél está de acuerdo con éste en que las normas jurídicas válidas pueden ser creadas en virtud de los actos de funcionarios públicos y de instituciones públicas. Pero así como Austin pensaba que la autoridad de tales instituciones descansaba únicamente en el monopolio del poder, Hart situó esa autoridad «en el conjunto de los principios constitucionales, que sirve de telón de fondo a su actuación» en cuanto «han sido aceptados en forma de regla constitucional de reconocimiento por la comunidad a la cual rigen». Además, Hart reconoce que algunas comunidades permiten «otros medios de creación del derecho aparte del acto deliberado de una institución legislativa», como «la “larga práctica consuetudinaria” y la “relación [de una norma] con decisiones judiciales...”».

---

<sup>5</sup> Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Introducción 4, pág. 37.

<sup>6</sup> LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, I, X, b, págs. 221 y ss.

<sup>7</sup> DWORKIN, op. cit., págs. 68 y ss.

En suma, como dice el mismo Dworkin <sup>8</sup>: «El positivismo jurídico o acepta la idea de que los derechos puedan preexistir a cualquier forma de legislación, es decir, rechaza la idea de que a los individuos o a los grupos puedan adjudicárseles otros derechos que el conjunto de normas explícitas que contienen la totalidad de la jurisprudencia de la comunidad.» O sea, «el positivismo jurídico es la teoría según la cual los individuos tienen derechos legales sólo en la medida en que éstos han sido creados en virtud de decisiones políticas explícitas o de una práctica social explícita».

De ahí la revolución que significó la tesis de Rawls al sostener que los principios morales se integran, en cierta manera, en el ordenamiento jurídico vigente.

3. La crisis política referida al comienzo del epígrafe anterior tiene íntima relación con la concepción básica del ordenamiento jurídico e impone su revisión. Por ello algunos autores han retomado en los Estados Unidos de América las versiones de la idea del contrato social formuladas en los siglos XVII y XVIII.

Los tres autores considerados más representativos de esa dirección son Rawls y, cronológicamente después de él, Nozick y Buchanan <sup>9</sup>. El contractualismo de estos dos últimos es positivista en el sentido que se autofundamenta o, en todo caso, atiende el interés económico de los contratantes. El del primero, en cambio, se basa y articula en principios morales de justicia.

a) James Buchanan propone la explicación de las estructuras normativas fundamentales de la sociedad con la perspectiva inicial, pareja a la de Hobbes, de una situación anárquica (*hobbesian jungle* o *hobbesian settine*), exigente de un convenio unánime que lleve a un punto de equilibrio satisfactorio. Para él, la idea de contrato social no es «una hipótesis de explicación genética», sino «un recurso analítico» para justificar la «racionalidad de un orden social». Responde a la idea de que se da a medida que las expectativas que sanciona correspondan la composición de fuerzas e intereses existentes en el Estado al que da lugar. Tanto en la negociación inicial como en cualquier otra, requiere siempre el «consenso unánime» en un «compromiso» entre individuos o coaliciones basado sólo en un cálculo de intereses empíricos, de relaciones fácticas de fuerza, etcétera.

Buchanan señala dos fases a ese contrato social: Primera, la del «Estado protector» (*protective state*) que, previo configurar los derechos de propiedad de las personas, favorece una estructura de mercado que es impulsado por el propio interés individual con repercusiones positivas en la comunidad. No tiene función legislativa y sólo meras competencias policiales y de jurisdicción, condicionadas por las reglas de juego impuestas en el contrato. Segunda, la «posconstitucional», que se inicia al

---

<sup>8</sup> *Ibid.*, Introducción, 4, págs. 36 y ss.

<sup>9</sup> Cfr., a este respecto, E. FERNÁNDEZ-VALLESPÍN OÑA, *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Madrid, Alianza Ed., 1985, y Miguel Angel RODILLA, «Buchanan, Nozick, Rawls. Variaciones sobre el estado de la naturaleza», *Anuario de Filosofía del Derecho*, II época, 2 (1985), págs. 229-284, y «Presentación», cit., I, B, 2, pág. XXII.

alcanzarse bienes separables o reportables (*partitionable goods*) entre las distintas personas o grupos. En ella la función del Estado se escinde en dos papeles: el «protector», destinado a mantener un determinado *statu quo*, y el «productor», que mediante una «legislación», en sentido lato, determina «las reglas por las cuales la comunidad ha de dotarse de bienes públicos, delimitar su financiación, los bienes y servicios suministrables públicamente y los medios para compartir los costes.

Ahora bien, el contrato social de Buchanan, pese a su absoluto nominalismo jurídico, que elimina toda consideración de justicia natural, no lleva a la constitución de *Leviathan*, como el de Hobbes, porque cualquier decisión pública adoptada con una pauta menos fuerte que la unanimidad no puede impedir la adecuada explotación de las «ventajas recíprocas derivadas del tráfico». Frente a la alegación de la necesidad de intervención estatal por «fallos del mercado», Buchanan aduce los «fallos del gobierno» como fuente de ineficiencia, causada por la burocratización creciente, por la utilización de la regla de la mayoría para definir la estructura de derechos de propiedad, porque ciertas instituciones políticas obstaculizan la adecuada explotación de las ventajas del libre intercambio.

En suma, conforme a su tesis, el ordenamiento jurídico debe constituirse fundamentalmente por libres acuerdos e intercambios y la esfera legislativa del Estado ha de circunscribirse, en cada fase, a lo constituido por el consenso unánime de intereses empíricos y relaciones fácticas de fuerza.

b) Se dice que la teoría político-jurídica de Robert Nozick está profundamente inspirada en la concepción del contrato social de Locke. Como éste, parte Nozick del presupuesto de que los individuos son por naturaleza titulares de un conjunto de derechos recíprocamente limitativos, que valen con independencia de toda convención, o sea, que son naturales, y establecen un sistema de barreras fundado en la idea de la inviolabilidad moral de las personas en todas sus dimensiones, que incluye el derecho de propiedad considerándolo prevalente a toda otra pauta social. Todas las instituciones sociales y políticas convencionales deben juzgarse con referencia a ese contenido esencial. El pacto consiste en crear espontáneamente asociaciones protectoras (*protective associations*). Es decir, «distintas entidades que van sucediéndose unas a otras hasta desembocar en un tipo de asociación más, que sí merece el calificativo de Estado». Pero, aun constituido éste, aquéllas siguen formándose como *protective agencies*.

Explica Rodilla<sup>10</sup> que mientras el consenso público y explícito en la tradición contractualista clásica operaba como base de la legitimación del poder, en cambio, para Nozick, la base de su concepción es «el consenso unánime tácito constitutivo del tráfico mercantil, al tiempo que la condición de ciudadanía queda redefinida en los términos de la clientela de una agencia de protección». Así pone el énfasis «en la autonomía privada y en la estricta separación entre sociedad civil (entendida básicamente como marco de interacción estratégica) y Estado reducido a funciones de

---

<sup>10</sup> RODILLA, «Presentación», loc. últ. cit., pág. XXV.

control y seguridad». De modo tal, cualquier intervención del libre tráfico social que no cuente con el asentimiento de los afectados es una transgresión ilegítima de los límites morales, abogando así por el «Estado mínimo».

En esa concepción de Nozick, el ordenamiento jurídico responde más a un orden social espontáneo que a un ordenamiento normativo impuesto por el Estado.

c) John Rawls <sup>11</sup> advierte de entrada: «un conflicto entre dos tradiciones del pensamiento democrático», la de Locke —que otorga prioridad a «las libertades de la vida cívica, especialmente a la libertad de pensamiento y conciencia, a ciertos derechos básicos de la persona y al derecho de propiedad y asociación»— y la de Rousseau —que «asigna prioridad a las libertades políticas igualitarias de los valores de la vida pública, viendo todas las libertades cívicas como subordinadas a aquella igualdad».

A primera vista parece radical la contraposición entre la *aliénation totale* a la *volonté générale* del ginebrino y la concepción de Rawls, y sin duda la hay entre ésta y la soberanía de la voluntad general tal como suele ser entendida en los regímenes partitocráticos. Pero no es así si advertimos el condicionamiento rousseauniano de que la «voluntad general» es «siempre justa y razonable».

Ahí está la clave del neocontractualismo de Rawls. Por eso, para captarla, debemos ahondar en sus raíces rousseaunianas y kantianas.

4. Ciertamente, Rousseau <sup>12</sup> entendía que «la voluntad general es siempre recta y tiende siempre a la utilidad pública; pero —advertía— de ello no se sigue, en cambio, que las deliberaciones del pueblo tengan siempre la misma rectitud». «Hay a menudo una gran diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general: ésta no concierne sino al interés común, la otra al interés privado, y no es sino la suma de las voluntades particulares». Tanto —sigue <sup>13</sup>— que cuando «el lazo social se ha roto en todos los corazones y el más ruín interés se adorna descaradamente con el nombre sagrado de bien público, entonces la voluntad general enmudece» y «se hacen pasar falsamente con el nombre de leyes algunos decretos inicuos que sólo tienen por objeto el interés particular. ¿Deriva de ahí que la voluntad general sea anulada y corrompida? No, ésta es siempre constante y pura, pero se halla subordinada a otras que se la imponen».

El mismo Juan Jacobo <sup>14</sup> dice, un poco más adelante, que la voluntad general tan sólo se deduce del cálculo de los votos «cuando los caracteres de la voluntad general están aún en la mayoría», pues «cuando cesan de estar en ella ya no hay libertad». ¿Qué explicación tiene esto?

---

<sup>11</sup> RAWLS, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, II, en op. cit., pág. 141.

<sup>12</sup> Jean Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, lib. II, cap. III; cfr. ed. París, Union Générale d'Éditions, 1963, págs. 73 y ss.

<sup>13</sup> *Ibid.*, lib. IV, cap. I, págs. 149 y ss.

<sup>14</sup> *Ibid.*, cap. II, pág. 154.

No se trata de un acertijo. Sus dos asertos, que parecen contradictorios, significan un acto de fe en la razón encarnada en la voluntad general, pero tan sólo si la voluntad general no está corrompida ni influida por intereses personales, de clase, de grupo ni de facción. Es decir, tan sólo cuando se reúnen requisitos semejantes a los que, como vamos a ver, Montesquieu creía imprescindibles para que hubiera democracia.

Creo que Cassirer <sup>15</sup> ha calibrado bien la idea del ginebrino. «¿No será posible —pregunta— imaginar una comunidad auténtica y verdaderamente humana, que no necesite de esos impulsos del poderío, de la codicia, de la vanidad, sino que se funde por completo en la sumisión común a una ley reconocida interiormente como obligatoria y necesaria? Es la cuestión que ahora se plantea Rousseau y a la que trata de contestar en su *Contrato social*. Si desaparece la forma coactiva de la sociedad, que conocemos, y tenemos en su lugar una nueva forma de comunidad ético-política, una comunidad en la que cada uno, en lugar de estar sometido al arbitrio de los demás, obedezca tan sólo a la *voluntad general*, que él conoce y reconoce como propia, entonces habrá llegado la hora de la salvación.»

¿Es posible que ocurra esto? Si la sociedad histórica ha corrompido al hombre y si el sistema de formar la voluntad mayoritaria se aplica a una sociedad en la que se debaten intereses, vanidades, afán de mando, codicia, ¿podrá no salir falseada la voluntad general? ¿Podrá surgir de ese sistema una nueva sociedad capaz de formularla? ¿No estamos, acaso, ante un círculo vicioso?

¿Acaso era posible en Francia en tiempos del ginebrino?

Montesquieu <sup>16</sup> había considerado imposible ese régimen en un Estado con extenso territorio, en el que haya «grandes fortunas y, por consiguiente, poca moderación en los espíritus», pues entonces «el bien común se sacrifica a mil consideraciones».

Para Charles de Secondat, el principio de la democracia es la *virtud*, una virtud cívica o política consistente en el amor a la patria, e amor a la igualdad <sup>17</sup>, «a las leyes de su país», en «actuar por amor a las leyes de su país» <sup>18</sup>. Pero hasta tal punto de que, ese «amor a las leyes y a la patria», «reclama una preferencia continua del interés público al suyo propio, dada por todas las virtudes particulares» <sup>19</sup>.

Tampoco Rousseau admitía tal posibilidad, que constituía el requisito esencial del contrato social. La democracia —reconocía <sup>20</sup>—, «tomando esta palabra en su más estricta significación, no ha existido jamás ni existirá nunca». Para su viabilidad, ese

---

<sup>15</sup> Ernest CASSIRER, *Filosofía de la Ilustración*, IV, I; cfr. ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1943, página 101.

<sup>16</sup> MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, 1, 6, págs. 61 y ss.

<sup>17</sup> *Ibid.*, 8, 16, 1 y 2.

<sup>18</sup> *Ibid.*, 4, 5, 2 y 3, en rel. con su «Advertencia preliminar», 9, ap. 2.

<sup>19</sup> *Ibid.*, «Advertencia preliminar», 3, ap. 2.

<sup>20</sup> ROUSSEAU, op. cit., III, IV, págs. 112 *in fine* y ss.

gobierno requería —a su juicio— «un estado muy pequeño, en el que el pueblo se reúna fácilmente y en que cada ciudadano conozca del mismo modo a los demás»; «una gran sencillez de costumbres»; «mucho igualdad en las clases y en las fortunas, sin lo cual la igualdad no podría subsistir mucho tiempo en los derechos y en la autoridad», y «poco lujo o ninguno, pues el lujo corrompe a la vez al rico y al pobre, a uno por la posesión, al otro por la codicia»... «Si hubiera un pueblo de Dios se gobernaría por la democracia. Un gobierno tan perfecto no es propio de hombres».

Por otra parte, hemos de hacer una advertencia. Hobbes y Locke situaban su mítico contrato social al comienzo de la sociedad, en el paso del estado natural al estado civil. No así Rousseau, según quien «el contrato social no se ha dado universal ni definitivamente». Por lo tanto, se hallará en un futuro que él mismo creía inalcanzable. Podría haber existido históricamente sólo en comunidades reducidas y se mantendría en ellas mientras conservaron su pureza —así evoca <sup>21</sup>: «cuando se ve, en los más felices pueblos del mundo, una multitud de campesinos arreglar los asuntos de Estado bajo un roble y conducirlos siempre sabiamente—, y podría darse, en el futuro, allí donde se conjugaran las condiciones requeridas para que la voluntad general se constituya, es decir, dándose la alienación de todos, sin reserva, a esa voluntad general que supone una entrega no egoísta por todos y su aceptación por cada uno «como parte indisoluble del todo», formando un cuerpo moral colectivo <sup>22</sup>. ¡No en otro caso!

Hay que reconocer, pues, que la *voluntad general*, la que Rousseau proclamó fuente de toda ley, requiere una voluntad *siempre justa y razonable* de todo el pueblo o de su mayor parte, no movida por intereses particulares ni egoístas, ni por ambición alguna. En esas condiciones, pues, podría buscar el interés común, coincidente en sus conciencias como lo justo.

5. Inmanuel Kant presupuso la ley también como producto de una voluntad pura. Trataré de matizar esta perspectiva general de la que parte Rawls.

Alertado más de una vez acerca de la distinción cartesiana de la *res cogitans*, el mundo del pensamiento, sin vínculo alguno <sup>23</sup>, y la *res extensa*, el mundo material e inerte de las cosas —residuo de la degradación nominalista de la clásica *rarum natura* con su *ordo* ínsito—, acerca del cual no deben persuadirnos nuestros senti-

<sup>21</sup> *Ibid.*, IV, I, pág. 149.

<sup>22</sup> *Ibid.*, I, VI, págs. 61 y ss.

<sup>23</sup> René DESCARTES, *Discours de la méthode*, 4.<sup>a</sup> parte; cfr. ed. París, Clésiques Hachette, 1956, págs. 81 y ss. Después de percatarse de su *cogito ergo sum*, advierte: «He conocido que soy una sustancia de la cual toda la esencia o naturaleza es la de pensar, y que para ser no tengo necesidad de vínculo alguno, ni dependo de ninguna cosa material, de manera que ese yo, es decir, el Alma, por la cual soy, es enteramente distinta del cuerpo.» Así, liberado de las cosas, independiente de ellas, el hombre parte de *intuiciones* que luego desarrolla por deducciones silogísticas. Jacques MARITAIN (en *Tres reformadores*, II, «Descartes», II, cfr. ed. en italiano, traducido por Giambattista Montini, Bescia, Marcelliana, 1928, págs. 95 y ss.) advierte que «el conocimiento racional, para Descartes, es como una *revelación natural*: nuestras ideas tienen su norma inmediata en Dios y no en las cosas, tal como los conocimientos infusos del ángel».



dos <sup>24</sup>. Ésta fue la materia objeto de la experimentación del nuevo método de Francis Bacon <sup>25</sup>. Ambos métodos, el idealista y racionalista de Descartes y el experimental de Bacon, los entrelazaría Kant presuponiendo que aquél puede poner en orden éste, pero manteniendo separados ambos mundos: el *nouménico* y el *fenoménico*, aquél capacitado para alcanzar la realidad ideal de noumeno y el segundo que se detiene en el examen de los fenómenos, sin poder alcanzar aquella realidad que no podemos captar en las cosas <sup>26</sup>.

Esta escisión, según la concibe Kant, no sólo afecta a nuestro conocimiento, sino incluso a nuestra libertad y, de ahí, a nuestra voluntad.

Notemos primero que si bien Kant trató de imponer las ideas de la razón teórica a las cosas, en cuanto lo permite la resistencia de éstas, sin embargo ese giro de la razón práctica, ni de la deductividad *more geometrico* de la razón teórica, no los extendió a la ética como ciencia.

Para Kant <sup>27</sup>, la moral es puramente subjetiva, producida *a priori* por la razón, sin necesidad de legislación externa. En ética —dice <sup>28</sup>—, «la regla por la que el sujeto mismo se eleva a principio por razones subjetivas se llama máxima». Nuestra razón tiene la facultad —dice— de «determinar el arbitrio por la mera idea de la adecuación de una máxima (meramente subjetiva, pero pensada como legislación general) para la generalidad de una ley práctica». Esas leyes morales —sigue diciendo— «ponen de manifiesto una propiedad del arbitrio que la razón especulativa nunca hubiese descubierto, ni por argumentos *a priori* ni por ninguna experiencia, o, si la hubiera descubierto, nunca la hubiera podido demostrar teóricamente».

---

<sup>24</sup> Dice Descartes (op. cit., 4.ª parte, pág. 89): «Sea que veamos, sea que durmamos, nunca nos deberemos dejar persuadir más que por la evidencia de nuestra razón. Y es de subrayar que digo de nuestra razón, y para nada de nuestra imaginación ni de nuestros sentidos.» Por lo cual rechazaba (cfr. 6.ª parte, página 118) la posibilidad de «distinguir las formas o especies de cuerpos que hay en la tierra de otra infinidad que podría haber».

<sup>25</sup> Notemos que, desde sus indicios, este nuevo método tuvo prefigurado ya el giro kantiano. Como ha observado Michel Villey, (*La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit*, París, Les Editions Montchretien, 1968, parte V, I, cap. II, pág. 579): «La experiencia de los sabios modernos, que practican Galileo y Pascal, de la que Bacon comienza a trazar parcialmente la teoría, no es una observación dócil, sino una experiencia artificial que obliga —dice Bacon— a la naturaleza a someterse a las preguntas del hombre y a callarse en lo demás. La ciencia moderna no tiene una representación fiel del mundo... los empiristas sustituyen el mundo real por un mundo artificial producto del pensamiento humano-, que viene a ser como una estructura provisional en la que se van situando los descubrimientos experimentales, mientras no haga falta recurrir a otra que parezca más adecuada.

<sup>26</sup> Para la concepción kantiana de *noumeno*, cfr. José FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía*, cfr. 4.ª ed., Buenos Aires, 1958, págs. 283 y ss.

<sup>27</sup> KANT, *Introducción a la metafísica de las costumbres*, IV; cfr. vers. española de Felipe GONZÁLEZ VICÉN, Madrid, IEP, 1954, pág. 67.

<sup>28</sup> *Ibid.*, págs. 68 y ss., donde sigue diciendo que el imperativo categórico —que «sólo dice lo que es vinculatoriedad»— ordena: «obra de acuerdo con una máxima que pueda, a la vez, valer como ley general. Tus acciones tienes, pues, que considerarlas, en primer término, según el principio subjetivo; si este principio es también válido objetivamente, puedes reconocerlo en que, examinado por tu razón, si según él puedes pensarte como legislador general, dicho principio sirve, efectivamente, para una legislación general».

Ahora bien, en nosotros el *homo noumenon* no se libera fácilmente del *homo phaenomenon*, es decir, nuestro pensamiento y nuestra voluntad pura respecto de los fenómenos que captan nuestros sentidos y de la atracción que nos producen <sup>29</sup>.

Como explica González Vicén <sup>30</sup>: «La libertad en la coexistencia humana no procede de la dialéctica de la libre determinación moral, sino de condiciones empíricas que tienen su origen en voluntades no determinadas moralmente y, por tanto, no libres». Por eso teóricamente cabe que, en el reino de los fines, cada miembro «se sitúe, por sí mismo, bajo el imperio de una ley que él se da, la cual es, empero, a la vez la ley que todos los demás se imponen también libremente». Pero ese reino de los fines sólo «es posible porque los hombres son pensados haciendo abstracción de “toda diferencia personal” entre ellos y de todo “contenido de sus fines particulares”», porque «se han abstraído “todas las condiciones e incluso todos los impedimentos de la moralidad”, como son la debilidad o la perversión de la naturaleza humana y «todo elemento empírico».

Esto nos muestra unos requisitos semejantes a los que Rousseau exigía para la existencia de la voluntad general, diferenciables entre la *volonté générale* y la *volonté de tous*.

González Vicén <sup>31</sup> estima que por ese «carácter abstracto, por ser su concepto el resultado de una eliminación por el pensamiento de cualquier condicionalidad empírica del hombre en la convivencia, el reino de los fines no es algo que se da en la realidad, sino (para el mismo Kant) “desde luego sólo un ideal”». En la realidad histórica, ese reino de los fines no se da en plena coexistencia de la libertad en la convivencia, dado que —sigue González Vicén <sup>32</sup>— es actuada por la voluntad humana, no basada en la libertad, sino en el *arbitrium brutum*, es decir, «movida no por la razón, sino por las “inclinaciones” y los “estímulos sensibles”».

Por eso, «es preciso restringir las manifestaciones de las voluntades no determinadas racionalmente a fin de hacer posible la libertad trascendental». Lo cual requiere «la simple determinación racional de la voluntad».

He ahí el porqué de la necesidad del derecho para Kant, según él lo entiende. Su determinación resultaría insoluble con criterios de contenido material, en cuanto para Kant carecen siempre de la certidumbre y la solidez incondicionada para el obrar y para el juicio de las acciones si varias personas de distinto obrar afirman haberlo hecho según su leal convicción. Por eso recurre al formalismo y funda el concepto del derecho en principios *a priori*, puesto que niega la posibilidad de que la experiencia nos lo enseñe. Su concepto, pues, ha de referirse a «la forma de lo

---

<sup>29</sup> Cfr. José Miguel PALACIOS, «Del conocimiento de sí mismo a la filosofía trascendental de Kant», *Revista de Filosofía*, 2.<sup>a</sup> época, serie IV, julio-diciembre 1981, págs. 323 y ss.

<sup>30</sup> Felipe GONZÁLEZ VICÉN, «La filosofía del Estado en Kant», en *De Kant a Marx*, Valencia, Fernando Torres Ed., 1984, págs. 42 y ss.

<sup>31</sup> *Ibid.*, págs. 44 y s.

<sup>32</sup> *Ibid.*, págs. 45 y s.

jurídico, no a la materia o al objeto de aquello a lo que yo tengo derecho», y sólo se ocupa «de la condición formal de la libertad externa».

De ahí su definición del derecho como el «conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de cada uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad»<sup>33</sup>.

Con esa concepción, el derecho: 1.º, sólo tiene en cuenta «la relación externa y práctica de una persona con otra, y en tanto que sus acciones pueden tener influjo entre sí, bien mediata o bien inmediatamente»; 2.º, es una relación del «arbitrio de una persona con el arbitrio de otra»; 3.º, «no se tiene en cuenta, en absoluto, la materia de la relación recíproca de arbitrios, sino tan sólo su forma, en tanto que es considerada como libre, y el hecho de si la acción de uno puede conciliarse con la del otro de acuerdo con una ley general»<sup>34</sup>.

De ahí, dada esa alteridad exterior, que obra externamente y de modo general, la ley jurídica: es un imperativo hipotético, en cuanto condicionado a que ese arbitrio sea posible<sup>35</sup>, y debe ir unida a la *necesidad de coacción*, pues «todo lo que no es conforme al derecho es un obstáculo a la libertad según las leyes generales»; en consecuencia, «si un cierto uso de la libertad es, él mismo, un obstáculo a la libertad según las normas generales», «la coacción que se opone a aquél coincide con la libertad». Siendo «impedimento de un obstáculo a la libertad», «la coacción es conforme a derecho», y, por lo tanto, «el derecho se halla unido, en sí, a la facultad de ejercer coacción sobre aquel que le viola»<sup>36</sup>.

Explica González Vicén<sup>37</sup> que esa concepción kantiana del derecho presupone:

1.º Que la libertad del arbitrio sea *limitada en favor de la libertad trascendental* «en la medida estrictamente necesaria para el goce por todos de una misma esfera de acción libre», y «sólo por aquellas (leyes) sin las cuales (en palabras de Kant) no puede existir la sociedad civil y que, por eso, son absolutamente indispensables en ella». El problema está en «cómo se puede hacer efectiva esta limitación».

2.º La idea de la *generalidad* por medio de una «regla abstracta». De ésta González Vicén dice: «lo contrario del derecho en sentido kantiano no es, por eso, una regulación “injusta”, sino una regulación “casual” de las relaciones humanas de la convivencia, es decir, una regulación que no tiene lugar “según leyes externas válidas para todos”, sino “según máximas unilaterales” que determinan en cada situación qué es derecho teniendo en cuenta las circunstancias del caso».

3.º Y esencialmente *un orden coactivo*, impuesto por un poder que establezca lo que es derecho como orden «cierto» de la convivencia. Es decir, un orden «por el

---

<sup>33</sup> KANT, *Introducción a la teoría del derecho*, B, *in fine*, vol. cit., pág. 80.

<sup>34</sup> KANT, *Introducción a la teoría del derecho*, B, págs. 78 y ss.

<sup>35</sup> *Ibid.*, C, págs. 81 y s.

<sup>36</sup> *Ibid.*, D, págs. 82 y ss.

<sup>37</sup> GONZÁLEZ VICÉN, op. cit., III, 3, págs. 48 y ss.

que se determina legalmente y se asegura por un poder suficiente lo que a cada uno debe serle reconocido como suyo.

6. En tanto es un orden para posibilitar la «libertad externa», el derecho «queda revestido de un valor ético absoluto». Por lo expuesto —para Kant— el derecho, en sí mismo, «no es algo meritoriamente moral», aunque «el cumplimiento del derecho como orden es siempre un deber moral», y es racional «por la necesidad de regulación general y cierta de las relaciones humanas». De ese modo, incluye González Vicén <sup>38</sup>: «la razón deja de estar situada fuera del derecho positivo y con lo que éste se mide para convertirse en algo semejante a él, en algo que se da siempre en él, no por su contenido, sino por su estructura formal.» Ese concepto kantiano del derecho presupone el del Estado —sigue diciendo González Vicén <sup>39</sup>— «como aquella condición formal por la que el orden jurídico se hace posible como orden positivo de convivencia». Su justificación <sup>40</sup>, por lo tanto, es lógico-formal; el derecho y cuanto significa sólo puede ser establecido por una «voluntad legisladora única», «revestida de poder coactivo», presupuesto del estado civil solo, en el cual «es posible un mío y tuyo externos».

Para Kant, la característica del estado de naturaleza —o preestatal— «no es la injusticia, sino la inseguridad» <sup>41</sup>, «mientras que en el estado civil el fin de toda decisión es “lo cierto”, es decir, la seguridad y generalidad en las relaciones humanas. Ésta se logra por la «voluntad unida», que «se somete a aquella “voluntad” superior y permanente que transforma en realidad concreta» a la «exigencia abstracta», convirtiéndose «por el poder estatal en orden efectivo de la convivencia, es decir, en el “derecho” en el sentido riguroso de la palabra».

«El objeto de la reflexión política kantiana —explica González Vicén <sup>42</sup>— no es la representación concreta de un Estado como debiera ser, sino la noción formal de lo que el Estado es; una «idea»; «un concepto... que sobrepasa la posibilidad de la experiencia» y «con el cual por eso “no puede haber ningún objeto congruente en el mundo sensible”». Como “idea”, el Estado kantiano no es algo susceptible de ser realizado en el tiempo, sino, como dice Kant, el “prototipo” del Estado, un *maximum* cuya característica esencial es no poder ser trasladado a la experiencia histórica». Es el concepto de Estado de la «república pura». «La relación entre Estado en la “idea” y los Estados históricos es formulada, por eso, por Kant repetidamente con términos de la teoría del conocimiento.» Así, llamó al primero «república *noumenon*» y a los segundos «república *phaenomenon*», que comparó con los fenómenos, y al Estado «ideal» con la «cosa en sí misma».

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, pág. 59.

<sup>39</sup> *Ibid.*, IV, 1, págs. 61 y ss.

<sup>40</sup> *Ibid.*, págs. 65 y ss.

<sup>41</sup> *Ibid.*, IV, 1, pág. 62.

<sup>42</sup> *Ibid.*, IV, 1, págs. 81 y ss.

Si el derecho «sólo es pensable como orden efectivo de la convivencia, el tránsito del estado de naturaleza al estado civil tiene que ser concebido como un proceso dotado de necesidad racional incondicionada». Es decir, «si “los” Estados revisten una significación casual, “el” Estado, en cambio, es necesario». Su punto de partida no es el hombre *phaenomenon*, sino el hombre *neumenon*, y, por ello, su punto de llegada es un Estado que básicamente «deja de ser modelo para la consecución de determinados fines y se convierte en algo revestido de racionalidad absoluta por su propio concepto». No es un Estado *phaenomenon*, sino el Estado *noumenon*.

Ese Estado del que ha de emanar el derecho lo entiende Kant —dice González Vicén<sup>43</sup>— «no como un fenómeno histórico concreto en el tiempo, sino sólo en su forma pura, en su mera condición de orden general y cierto de la convivencia, haciendo abstracción de su contenido posible».

Ahora bien, resulta que en la vida real no se encuentran ni un hombre *neumenon* —si no es algún santo— ni un Estado *noumenon* que produzca un derecho que —aunque no lo diga Kant— lo piense como *noumenon*. Ninguno de los tres se halla en este mundo.

De conformidad a lo que hemos visto, destaca Elías de Tejada<sup>44</sup> que, en la definición filosófica del derecho, «juega Kant con dos linajes de libertad: la ley universal formal que denomina a secas libertad, o *Freiheit*, y la libertad empírica de los intereses individuales, por él dicha albedrío, o *Willkür*. La libertad formal está llena de albedríos, so pena de quedar por huera y por inútil. Mas esos tales albedríos no tienen nada que ver con la libertad racional ni con la ley de la razón práctica, porque constan de los intereses y de los egoísmos de los individuos... «La libertad que para el derecho cuenta será, en consecuencia, el albedrío y no la libertad formal»; sujeto es el hombre *phaenomenon*, que «recibe sus restricciones del exterior», no el *noumenon*, que sólo las recibe de «la ley moral interna».

Aunque esas restricciones fueren impuestas para el hombre *noumenon*, para su *Freiheit*, lo cierto es que en las relaciones interpersonales, directas o indirectas, pero siempre externas, se impone el derecho positivo emanado del Estado por encima de la moral y de todo derecho natural —sea el estimado inherente al estado de naturaleza o el dimanante exclusivamente de la razón moral (según Kant, siempre subjetiva)—, por ser aquél no sólo el único respaldado por la fuerza coactiva, sino por dar lugar a la creación de un nuevo imperativo moral absoluto. Así, conforme ha reconocido lúcidamente González Vicén<sup>45</sup>, a partir de Kant: «El derecho positivo no es algo cuya obligatoriedad depende del logro de un fin que nosotros podemos querer o no, sino que, en tanto que orden cierto e inviolable de la convivencia, es condición para el ejercicio de la libertad trascendental en el mundo sensible y, por tanto, condición de la moralidad...»

<sup>43</sup> *Ibid.*, 3, pág. 92.

<sup>44</sup> F. ELÍAS DE TEJADA, *Tratado de filosofía del derecho*, vol. II, Sevilla, Universidad Hispalense, 1977, lec. 5.ª, gl. 22, pág. 530.

<sup>45</sup> Felipe GONZÁLEZ VICÉN, «Introducción» a la *ob. cit.*, de Kant, págs. 28 y s.

Ocurre así que, como advierte Elías de Tejada <sup>46</sup>: «El respeto a la ley moral en *La crítica de la razón pura* truécase en el derecho en ciego acatamiento hacia la norma positiva.» Y esto es —dice Elías de Tejada— una consecuencia del fracaso de Kant en su intento de construir una filosofía moral partiendo sólo de la razón humana, ya que, «en el hondón último de la frustración de Kant en la ética, remóntase siempre a un punto insalvable: el de que en la vida real no existe el hombre mera razón ni, por tanto, la intención pura, sino la idea recubierta por un sentimiento irracional», por lo cual tuvo que recurrir «a transformar caprichosamente, sin más argumento que el porque sí, los imperativos hipotéticos en categóricos»; y con esta prestidigitación, que apoya en la fuerza coactiva de un derecho positivo así legitimado, «niega la más mínima posibilidad de resistir a los mandatos del gobernante, simplemente porque son mandatos del gobernante y cualquiera que sea su contenido».

Kant, gneoseológicamente, considera que el *noumeno*, «la cosa en sí», no es cognoscible, aunque pensable. Así «piensa» al hombre *noumenon* y al Estado *noumenon* —que de existir no serían cognoscibles, según su teoría del conocimiento—, que no han existido ni existen, y para salvaguardar la libertad esencial, o *Freiheit*, «piensa» en un derecho neuménico y, como tal, con un contenido de conocimiento inalcanzable.

Con ese «pensamiento», hecho sistema mental, inviste a todo Estado histórico, siempre *phænomēnon*, del poder formal de imponer coactivamente un derecho positivo fenoménico —puesto que el conocimiento del nouménico es inalcanzable— que impone a todos los ciudadanos, hombres concretos de carne y hueso, limitándoles sus albedríos, su *Willkur* o libertad empírica en sus intereses individuales, pero sin exigir requisito material alguno a ese derecho emanado del Estado que no sea el final del mantenimiento de la seguridad en el orden.

7. La concepción kantiana del derecho implicaría el abandono del concepto romano de jurisprudencia como *divinarum atque humanarum verum notitia, iusti atque iniusti scientia*. La desmbocadura del ideal jurídico de la Ilustración en el *Code civil* había pretendido reducirla en Francia, a través de la escuela de la exégesis, a una ciencia deductiva, como lógica formal, sin más apoyo que el texto de la ley. En cambio, en Alemania, al empalmar el kantismo con el pandectismo, a través de Puchta dio una nueva orientación a la ciencia del derecho <sup>47</sup>. Se trataría de verter la materia normada en unos moldes conceptuales para construirla científicamente conforme al modelo de las ciencias de la naturaleza, único tipo de ciencia admitido por el kantismo, además de la matemática y la lógica formal. Así, Puchta, en el vértice de su pirámide, representativa de su «genealogía, de los conceptos», puso el concepto filosófico jurídico de «libertad», obtenido *a priori* por el propio Kant y del cual hizo derivar el de derecho subjetivo, al que, con un criterio lógico, debían subordinarse

<sup>46</sup> ELÍAS DE TEJADA, loc. últ. cit., págs. 532 y ss.

<sup>47</sup> Cfr. FRANZ WIECKER, *Historia del derecho privado en la Edad Moderna*, IV, 20, 3, b, vers. en castellano, Madrid, Aguilar, 1957, págs. 357 y s.

todos los demás derechos <sup>48</sup>. El primero Ihering sólo se separaba de Puchta en que no partía, como éste, de un concepto fundamental *a priori*, sino que aplicó el método inductivo de las ciencias naturales —en él se refirió específicamente al de la química <sup>49</sup>—, efectuando una descomposición de las instituciones reguladas por el derecho positivo para recomponerlas y conformarlas en moldes conceptuales por un método de análisis, abstracción conceptual, sistematización lógica y, finalmente, de construcción jurídica <sup>50</sup>.

Ello dio lugar a las duras palabras del fiscal Von Kirchmann <sup>51</sup>, exclamando que la ciencia del derecho, sometida al legislador, «de sacerdotisa de la verdad se convierte en una sirvienta del azar, del error, de la pasión y de la impremeditación», y los juristas, «en gusanos que viven en la madera podrida» de la ley positiva.

De ahí las reacciones que se producirían, pero que se centraron sólo en la interpretación <sup>52</sup> o bien, llevarían por la ley del péndulo, a la escuela del derecho libre <sup>53</sup>.

En los ámbitos neokantianos se producirían tres tendencias: a) La impulsora de su formalismo externo hacia adelante, de Kelsen <sup>54</sup>, hasta llevar al límite de exacerbación el aspecto sancionador elevado a ser el único aspecto jurídico. b) La anteriormente producida en el neokantismo alemán sudoccidental, por los filósofos Wilhelm Windelband y Heinrich Rickert, que en las ciencias del espíritu introdujeron el concepto de valor como *a priori* técnico cognoscitivo <sup>55</sup>. c) Y, especialmente, la operada en la escuela de Marburgo por Rudolf Stammler <sup>56</sup>, que, como forma intrínseca, propugnó el molde del «derecho justo», que, al no creer —de acuerdo con Kant— en módulo objetivo alguno, lo buscó en una voluntad *pura*.

Esta misma búsqueda es la que ha reanudado Rawls desde su neocontractualismo, al que retornamos después de la disgresión explicativa que acabamos de recordar. De lo que trata John Rawls es de buscar lo «justo y razonable», requisito *sine qua non* de la *volonté générale* rousseauniana, y un *derecho nouménico*, como creía Kant que sería el del Estado ideal que él suponía. El objetivo del «constructivismo», que

---

<sup>48</sup> Cfr. Karl LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, vers. en castellano, ed. alemana definitiva, Barcelona, Ariel, 1980, I, II, I, págs. 41 y ss.

<sup>49</sup> Rudolf VON IHERING, *El espíritu del derecho romano*; cfr. ed. en castellano, Madrid, Casa E. Bailly-Balliere, 1912, introducción, vol. I, págs. 32 y ss.; y III, 3, pág. 37, y 4, pág. 63.

<sup>50</sup> LARENZ, *Metodología del derecho*, I, II, 2, 1; cfr. ed. Barcelona, Ed. Ariel, 1980, págs. 45 y ss.

<sup>51</sup> Julius Hermann VON KIRCHMANN, discurso de 1847, *El carácter científico de la llamada ciencia del derecho*; cfr. vers. en castellano recogida en *La ciencia del derecho*, que recopila estudios de Savigny, Von Kirchmann, Zitelmann y Katorowica. Buenos Aires, Ed. Losada, S. A., 1949, págs. 266 y ss.

<sup>52</sup> Cfr. mi comunicación a esta Real Academia de Ciencias Morales y Políticas del 18 de noviembre de 1988, «¿Cabe entre las ciencias jurídicas la legislativa?», 8, *Anales*, núm. 66, pág. 221.

<sup>53</sup> Cfr. LARENZ, op. cit., I, III, 4, págs. 81 y ss.

<sup>54</sup> Cfr. *supra*, nota 1 y su texto correspondiente.

<sup>55</sup> LARENZ, op. cit., I, IV, 2, págs. 113 y ss.

<sup>56</sup> Rudolf STAMMLER, *Tratado de filosofía del derecho*, 25 y 26, 3 vers., cfr. en castellano, Madrid, Ed. Reus, 1960, págs. 94 y ss. y 254 y ss.

Rawls propugna, lo busca en cambio con la mediación de principios morales obtenidos con su hipotético neopactismo.

Así trata de que la moral penetre de nuevo en el derecho, de un modo operativo, por el contrato social, tal como lo entiende Rawls, a través de la voluntad pura.

La encrucijada entre Rousseau y Kant <sup>57</sup> viene, pues, a ser el punto de partida de Rawls <sup>58</sup> para buscar lo razonable y lo racional en la definición de «los términos equitativos de cooperación aceptables para todos dentro de un grupo de personas separadamente identificables, cada una de las cuales posee y puede ejercer las dos facultades morales. La determinación de lo *racional*, en las deliberaciones de las partes para la especificación de «sus intereses de orden supremo», es efectuada «en la medida en que sus acciones se guían por principios de elección racional sensatos» a fin de «realizar sus facultades morales y asegurar la promoción de su concepto del bien». Lo *razonable* responde a los *términos de cooperación equitativos* que «puede razonablemente esperarse que cada partícipe acepte, con tal que los demás asimismo los acepten», en «una idea de reciprocidad y mutualidad», y que requieren ciertas restricciones para que las partes sean «agentes de construcción racionalmente autónomos».

Diríamos, en términos rousseauianos, que miraran sólo el interés común, no el particular suyo ni el de un grupo, y, en términos kantianos, que resolvieran con su libertad nouménica y no movidos por sus deseos fenoménicos. Para lo cual Rawls requiere dos condiciones: a) «La condición de la publicidad plena», que «asegura, en la medida en que el diseño factible de las instituciones lo permite, que personas libres e iguales estén en condiciones de conocer y aceptar las influencias sociales de fondo que modelan la concepción que tienen de sí mismas como personas, así como su carácter y la concepción que tienen de su bien» <sup>59</sup>. b) La del «velo de la ignorancia» de cuanto el pacto podría redundar en beneficio o perjuicio personal suyo. Velo que «implica que las personas están representadas sólo como personas morales y no como personas beneficiadas o perjudicadas por las contingencias de su posición social, por la distribución de sus capacidades naturales o por la suerte y los accidentes históricos sufridos en el curso de sus vidas» <sup>60</sup>. O sea, se trata de un «tupido velo» para cuanto pudiese influir fenoménicamente. c) Y «la simetría de la situación de las partes unas respecto a otras, así como la estipulación de que la estructura básica es el primer objetivo de la justicia».

8. En el aspecto que acabamos de examinar, la concepción contractual de Rawls ahonda en los requisitos implícitos, tanto en la perspectiva kantiana como en la del

---

<sup>57</sup> Cfr. acerca de ésta ELÍAS DE TEJADA, *Tratado*, vol. II, lec. 5.ª, glosa 22, págs. 512 y ss.

<sup>58</sup> RAWLS, loc. últ. cit., V y VI, págs. 148 y ss.

<sup>59</sup> *Ibid.*, *Representación de la libertad y la igualdad*, I, pág. 158.

<sup>60</sup> *Ibid.*, V, pág. 149, y *Representación de*, IV, págs. 166 y s. También en *Distributive Justice*, 4, op. cit., página 59, u *The Justification of Civil Disobedience*, II, págs. 91 y ss.



contrato social de Rousseau. Pero en cambio —como explica el mismo Rawls <sup>61</sup>— en su constructivismo, «a diferencia de lo que ocurre en las distintas concepciones del contrato social, las distintas partes no establecen ninguna sociedad ni práctica concreta, no pactan obedecer a un cuerpo soberano concreto ni aceptar una constitución determinada. Tampoco deciden, como en la teoría de los juegos (que, en ciertos aspectos, es un desarrollo prodigiosamente sofisticado de esa tradición), nada acerca de estrategias individuales ajustadas a las circunstancias en que respectivamente se encuentran en el juego. Lo que las partes hacen es reconocer *de consuno* ciertos *principios* de valoración relativos a sus *prácticas* comunes, establecidas ya o meramente propuestas»; «acuerdan pautas de juicios»; «ciertos principios de juicio, que satisfacen ciertas condiciones generales y que están destinados a emplearse para criticar la articulación de sus asuntos comunes».

Otra particularidad de la perspectiva de Rawls <sup>62</sup> la explica él mismo, al decir que «un error desafortunado de los proponentes del contrato social fue suponer que la obligación política requiere un acto tal o, por lo menos, emplear un lenguaje que lo sugiera. Basta que haya uno participado conscientemente en una práctica y aceptado que sus beneficios son equitativos».

En otro estudio <sup>63</sup> explica que su doctrina contractualista «da por supuesto que los individuos racionales que pertenecen a la sociedad» deciden lo que se ha de considerar «entre ellos como justo e injusto», concretamente los «principios de justicia a los que quedan para siempre vinculados».

Esos principios —precisa <sup>64</sup>—, «en un régimen democrático viable», expresan «una concepción común de la justicia por referencia a la cual los ciudadanos regulan sus asuntos políticos e interpretan la constitución», e incluso pueden llegar a justificar la desobediencia civil.

Después nos ocuparemos de esos principios. Lo que aquí importa observar es que su reflejo en el concepto de ordenamiento jurídico no permite cerrarlo en la inmanencia de su constitución ni de sus leyes positivas, costumbres y precedentes judiciales, sino que lo deja abierto, interpretativa e integrativamente, a esos principios.

Para entender esa interposición, interpretativa e integrativa, de los principios morales «es importante distinguir —indica el propio Rawls <sup>65</sup>— tres puntos de vista: el de las partes en la posición original, el de los ciudadanos en una sociedad bien ordenada y, finalmente, el de nosotros mismos —ustedes y yo— que estamos examinando la doctrina de la justicia como equidad, como base para una concepción de

---

<sup>61</sup> RAWLS, *Justice as Fairness*, 4, cit., pág. 27.

<sup>62</sup> *Ibid.*, 5, pág. 29.

<sup>63</sup> *Ibid.*, *Distributive Justice*, 1, vol. cit., pág. 59.

<sup>64</sup> RAWLS, *The justification*, IV, vol. cit., págs. 94 *in fine* y s.

<sup>65</sup> RAWLS, *Kantian Constructivism*, VII, pág. 153.

la justicia que puede deparar un entendimiento adecuado de la libertad y la igualdad».

Los dos primeros puntos de vista los toma Rawls como «un recurso de representación que empleamos para concertar la concepción de la persona con principios de justicia definidos».

El tercer punto de vista es el que interesa metodológicamente en el ámbito del ordenamiento jurídico. Rawls dice que «es aquél desde el cual ha de valorarse la concepción de la justicia como equidad»; «el *test* es el del equilibrio reflexivo general y amplio, esto es, el de la medida en que la concepción como un todo engrana y articula con nuestras más firmes convicciones consideradas, en todos los niveles de generalidad, tras el debido examen y una vez que se han llevado a cabo todos los ajustes y revisiones que parecen precisos».

Este método, que presupone una concepción del ordenamiento jurídico abierta a principios morales de justicia a partir de un «modelo constructivo», expuesta por Rawls, ha sido profundizada y utilizada por Dworkin <sup>66</sup> para la aplicación práctica del derecho.

«Nuestro sistema constitucional descansa —dice éste <sup>67</sup>— sobre una determinada teoría moral, a saber, que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado.» A su juicio <sup>68</sup>: «La teoría constitucional sobre la cual se basa el gobierno de los Estados Unidos no es una simple teoría mayoritaria. La Constitución y, particularmente, el *Bill of Rights* están destinados a proteger a los ciudadanos individualmente y en grupo contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando esa mayoría actúe siguiendo lo que para ella es interés general o común.» Es más, escribe <sup>69</sup>: «En nuestra sociedad, un hombre tiene en ocasiones el derecho, en el sentido fuerte, de desobedecer una ley. Tiene ese derecho toda vez que la ley invade injustamente sus derechos en contra del gobierno.»

En suma, frente al positivismo jurídico —que no acepta la idea de que los derechos pueden preexistir a cualquier forma de legislación, es decir, que rechaza puedan adjudicarse a los individuos o los grupos otros derechos que los «explícitamente previstos en el conjunto de normas expresas que componen la totalidad de la jurisprudencia de una comunidad» <sup>70</sup>— plantea Dworkin la cuestión <sup>71</sup> de determinar cuándo se debe permitir a un juez que cambie una norma jurídica existente, y responde: 1.º Que «es necesario, aunque no suficiente, que el juez considere que el cambio favorecería algún principio que así viene a ser el que justifica el cambio». 2.º Pero esto no basta; ya que los jueces no son libres de elegir y escoger principios —ni siquiera el de la «supremacía legislativa» ni el del precedente—, pues «si lo

---

<sup>66</sup> DWORKIN, op. cit., 6, 2, págs. 246 y ss.

<sup>67</sup> *Ibid.*, 5, 5, pág. 230.

<sup>68</sup> *Ibid.*, 5, 2, pág. 211.

<sup>69</sup> *Ibid.*, 7, 2, pág. 286.

<sup>70</sup> *Ibid.*, introducción, 4, pág. 36.

<sup>71</sup> *Ibid.*, 2, 5, págs. 91 y s.

fueran tampoco podría decirse que ninguna norma fuese obligatoria». 3.º Que, en fin <sup>72</sup>, si tratamos los principios como derecho, «planteamos la posibilidad de que una obligación jurídica pueda ser impuesta tanto por una constelación de principios como por una norma establecida. Podríamos expresarlo diciendo que existe una obligación jurídica siempre que las razones que fundamentan tal obligación, en función de diferentes clases de principios jurídicos obligatorios, son más fuertes que las razones o argumentos contrarios».

9. La cuestión de si existe «un método razonable» para comprobar la validez o invalidez de «reglas morales dadas o propuestas, así como las decisiones que se adoptan basándose en ellas», la planteó por primera vez Rawls en su estudio, aparecido en 1951, *Esbozo de un procedimiento de decisión para la ética* <sup>73</sup>. En él adelantó, ante todo, que «la objetividad o subjetividad del conocimiento moral no depende de la cuestión de si existen entidades ideales de valor, o de si los juicios morales son causados por emociones o si hay una diversidad de códigos morales por todo el mundo» <sup>74</sup>. Advertencia que explica por qué formuló la cuestión de esos términos.

No trató de hallar ni de formular principios morales, sino de encontrar un método razonable para alumbrarlos y estimar su validez o invalidez y la de las decisiones adoptadas basándose en ellas. Es decir, no buscaba principios morales, sino un método adecuado para estimarlos y formularlos. Participaba del escepticismo de Kant y de Kelsen en cuanto a la existencia objetiva —metafísicamente comprobable— de los principios, pero sí que creía en la posibilidad de diálogo y acuerdo acerca de su determinación por un método razonable. El intento de Rawls, por tanto, no es gnoseológico, sino metodológico; no busca descubrir algo ético-material, sino sólo un camino seguro para hallar y formular principios ético-materiales.

Para esto, previamente requiere ciertos presupuestos referentes al sujeto o juez, a la razonabilidad de los juicios precisos y a una explicación satisfactoria del ámbito total de estos juicios. Estos presupuestos los cree indispensables para «encontrar y formular» los principios, para los que «es notorio que no existen métodos de descubrimiento mecánicos».

A) Respecto al juez, competente para hallar y formular estos principios, entiende <sup>75</sup> que debe:

a) Estar dotado de «discernimiento moral», para lo cual basta que sea «normalmente inteligente».

b) «... conocer aquellas cosas relativas al mundo que le rodea y aquellas consecuencias de acciones frecuentemente realizadas que es razonable esperar que el

---

<sup>72</sup> *Ibid.*, 2, 6, pág. 100.

<sup>73</sup> RAWLS, *Outline of a Decision Procedure for Ethics*; cfr. en op. cit., págs. 1 y ss.

<sup>74</sup> *Ibid.*, 1, 3, pág. 1.

<sup>75</sup> *Ibid.*, 2, 3, págs. 2 y ss.

hombre de inteligencia media conozca», así como «los hechos peculiares de esos casos».

c) Ser «un hombre razonable» en el sentido: primero, de mostrarse «dispuesto, si no deseoso, de hacer uso de los criterios lógico-inductivos para determinar qué debe creer»; segundo, tener disposición para «encontrar razones a favor o en contra de las posibles líneas de conducta de que dispone»; tercero, «deseo de considerar las cuestiones con mente abierta», siempre dispuesta a reconsiderar «a la luz de ulteriores pruebas y de razones que puedan presentársele a discusión», y cuarto, no desconocer «las influencias que el prejuicio y la predisposición ejercen incluso en sus más sinceros esfuerzos por anularlos», pero sin sentirse fatalmente abandonado a ellas.

d) Finalmente, ha de «tener un conocimiento simpatético de aquellos intereses humanos que, al entrar en conflicto con casos concretos, provocan la necesidad de tomar una decisión moral», para lo cual: primero, cuanto más experiencia directa propia tenga, mayor grado alcanzará; segundo, pero que no considere sus propias preferencias *de facto* como la «medida necesariamente válida del valor real de los intereses que ante él se presentan», sino que sea capaz «de determinar, mediante apreciación imaginativa, qué significan esos intereses para las personas que los comparten y considerarlos de acuerdo con ellos, y tercero, es necesario que tenga «la capacidad y el deseo de poner ante sí mismo, en la imaginación, todos los intereses en conflicto, junto con todos los hechos relevantes del caso, y prestarles, al evaluar cada uno de ellos, la misma atención que si estos intereses fueran los suyos».

Por eso estima Rawls que cuanto mayor inteligencia y más conocimiento, mayor probabilidad de éxito en una investigación futura tendrá un hombre que, además de estas aptitudes, tenga que «desarrollar hábitos de mente y pensamiento que podemos denominar “virtudes intelectuales”» y, en fin, «virtudes de discernimiento moral», no afectadas, por lo tanto, por ideologías.

B) En cuanto a la clase de juicios morales requiere <sup>76</sup>: a) que «el juez sea inmune a todas las consecuencias razonablemente previsibles del juicio»; b) que no esté en situación de poder conseguir ganancia inmediata y personal de su decisión; c) que se refiera a «un conflicto efectivo de intereses», no meramente hipotético; d) «que haya sido precedido de una cuidadosa investigación sobre los hechos del problema en cuestión y que todos los afectados hayan tenido una oportunidad equitativa de exponer su forma de ver el caso»; e) «que el juicio sea estable, esto es, que existan pruebas de que, en otros tiempos y lugares, jueces competentes han emitido los mismos juicios en casos similares», y f) «que el juicio sea intuitivo respecto de principios éticos» —no «impulsivo» ni «instintivo», en el sentido de que aun cuando sea «consecuencia de una investigación detallada de los hechos del caso» y resulte de «una serie de reflexiones sobre los efectos de diferentes decisiones, e incluso de la aplicación del sentido común», «no esté determinado por un empleo consciente y sistemático de principios éticos».

---

<sup>76</sup> *Ibíd.*, 2, 5, págs. 4 *in fine* y ss.

C) Respecto al modo de dar «una explicación satisfactoria del ámbito total de esos juicios», expone <sup>77</sup>: ante todo, que una explicación de ellos se define «como un conjunto de principios tales que si cualquier hombre competente los aplicara, de forma inteligente y consistente, a los mismos casos sometidos a su examen, sus juicios, hechos sistemáticamente, no intuitivos, por el empleo explícito y consciente de los principios, serían, sin embargo, idénticos, caso por caso, a los juicios considerados por el grupo de los jueces competentes».

De ahí que su «siguiente objetivo» en el desarrollo de su método «es descubrir y formular una explicación satisfactoria en conjunto de todo el ámbito de los juicios considerados de jueces morales competentes, tal como se hacen día a día en la vida ordinaria, y tal como los encontramos incorporados a los múltiples dictados de la moralidad del sentido común, en diferentes aspectos del procedimiento jurídico, etcétera». Rawls piensa ese método como «un recurso heurístico para descubrir principios razonables» en «una investigación empírica».

Pero aclara que «una explicación no es un análisis del significado de los términos éticos empleados en los juicios que constituyen su ámbito», «no es una teoría sobre las causas efectivas de los juicios», siendo indiferente que «sean causados por la intuición de características éticas no naturales o por la respuesta a sentimientos intencionales que, a su vez, pueden haber sido causadas por ciertos determinantes psicológicos o sociológicos especiales». La única forma de mostrar que una explicación es satisfactoria «es poner de manifiesto que su explicación explícita y consciente puede o podría ser una causa de las que integran su ámbito».

¿Cómo un principio ético es justificable? A esta pregunta, que formula Rawls <sup>78</sup>, concluye él mismo por responder que lo son en la medida que pueden «resolver nuestra perplejidad acerca de cómo debemos evaluar pruebas en casos particulares y en qué medida pueden tenerse en pie frente a formas aparentemente anómalas». Ese modo de resolver opera mediante las respuestas, que satisfagan, de los *tests* apropiados.

En suma, vemos que el método expuesto por Rawls en *Outline of a Decision Procedure for Ethics* es inductivo, complementado o equilibrado por las explicaciones razonables y satisfactorias de los juicios morales efectuados intuitivamente, precedidos de una cuidadosa investigación acerca de su carácter especial e históricamente estable de problemas efectuada por jueces idóneos.

10. Un paso decisivo en el «constructivismo» de Rawls lo constituye su estudio, publicado en 1958, *Justicia como equidad*. En él, sin perder de vista su punto de partida de los principios de justicia, trata de mostrar que «la idea de equidad es la idea fundamental en el concepto de justicia» <sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> *Ibid.*, 3, págs. 6 y ss.

<sup>78</sup> *Ibid.*, 4, págs. 9 y ss.

<sup>79</sup> RAWLS, *Justice as Fairness*, 1, vol. cit., págs. 18 y s.

El concepto de equidad lo centra Rawls únicamente en oposición a una justicia legal, o sea, como superación de la justicia reglada que no se ajuste al caso concreto al que, por ello, lo enlaza directamente con los primeros principios. A su juicio <sup>80</sup>, la justicia no sólo «es una noción moral primitiva que surge cuando el concepto de moralidad se impone sobre agentes mutuamente autointeresados que se encuentran en circunstancias similares, sino que además subraya que un concepto fundamental para la justicia es el de equidad (*Fairness*), que está en relación con el debido trato entre personas que están cooperando o compitiendo unas con otras, como cuando se habla de jueces equitativos (*fair games*), competencia legal (*fair competition*) y negociaciones honestas (*fair bargains*). La cuestión de la equidad surge cuando personas libres que carecen de autoridad unas sobre otras se embarcan en una actividad conjunta y establecen o reconocen, entre ellas, las reglas que definen esa actividad y que determinan las respectivas cuotas en los beneficios y cargas».

Así, pues, para él, equidad equivale a lealtad, buena fe, juego limpio entre las partes, en sus relaciones recíprocas libremente asumidas. «Es esa idea —dice— de la posibilidad de un mutuo reconocimiento de principios por personas libres que carecen de autoridad unas sobre otras la que hace que el concepto de equidad sea fundamental para la justicia. Sólo si semejante reconocimiento es posible puede haber verdadera comunidad entre personas en el marco de sus prácticas comunes.»

Y es aquí donde enlaza con la idea de contrato social, pero con la diferencia fundamental —que él mismo ha advertido previamente <sup>81</sup>— de que, «a diferencia de lo que ocurre en las diversas concepciones del contrato social, las distintas partes no establecen ninguna sociedad o práctica concreta, no pactan obedecer a un cuerpo soberano concreto ni aceptar una constitución determinada». Es decir, no se trata de un contrato social constitutivo, al modo hobbesiano, ni alienante a la voluntad general, según la fórmula rousseauiana, ni aceptante de una constitución, según el presupuesto kelseniano. «Lo que las partes hacen —dice Rawls— es reconocer de *consuno* ciertos *principios* de valoración relativos a sus *prácticas* comunes, establecidas ya o meramente propuestas.»

Además señala otra diferencia esencial entre su idea de la «justicia como equidad» y la fundamental de la concepción genuina del contrato social <sup>82</sup>. «Un error desafortunado de los proponentes de la idea del contrato social fue suponer que la obligación política requiere un acto tal o, por lo menos, emplear un lenguaje que lo sugiera. Basta (en el supuesto que contempla) que haya uno participado conscientemente en una práctica y aceptado que sus beneficios son equitativos.» En fin, añade después <sup>83</sup>, «la noción de contrato social, con todo lo equivocada que pueda estar como historia,

---

<sup>80</sup> *Ibid.*, 5, págs. 28 y ss.

<sup>81</sup> *Ibid.*, 4, pág. 27.

<sup>82</sup> *Ibid.*, 5, pág. 29.

<sup>83</sup> *Ibid.*, 7, pág. 38 y nota 23.

y pese a los excesos en que haya podido incurrir como teoría general de la obligación social y política, adecuadamente interpretada expresa una parte esencial del concepto de justicia». Y ahí aclara en nota que «no andaba tan errado Kant cuando interpretó el contrato original meramente como una “idea de razón”; con todo, seguía pensando en él como criterio general de lo recto, que además proporcionaría una teoría general de la obligación política... «Por mi parte —añade—, me he inspirado en la teoría contractualista no para una teoría de la obligación política, sino para aclarar el concepto de justicia».

Para ilustrar esta concepción de la «justicia como equidad», Rawls <sup>84</sup> destaca, primero, «el hecho de que las cuestiones de justicia surgen cuando se plantean pretensiones conflictivas a propósito del diseño de una práctica y cuando se da por supuesto que cada persona insistirá todo lo que pueda en los que considera sus derechos», y en segundo lugar, que «tener una moralidad tiene que implicar, por lo menos, el reconocimiento de principios que se aplican imparcialmente a la propia conducta tanto como a la de otros; más aún, de principios que pueden constituir una restricción o limitación en la prosecución de los propios intereses».

Como primeros principios enuncia <sup>85</sup> los dos siguientes: «Primero, *cada persona que participa en una práctica o que se ve afectada por ella tiene un igual derecho a la más amplia libertad, compatible con una similar libertad para todos*, y segundo, *las desigualdades son arbitrarias, a no ser que pueda razonablemente esperarse que redundarán en provecho de todos y siempre que las posiciones y cargos a los que están adscritas o desde los que puedan conseguirse sean accesibles a todos*. Estos principios expresan la justicia como un complejo de tres ideas: libertad, igualdad y recompensa por servicios que contribuyan al bien común.»

En sus posteriores trabajos, Rawls mantiene siempre el primer principio de la «estructura básica del sistema político y social»; pero si bien mantiene el segundo en *El sentido de la justicia* <sup>86</sup>, más tarde lo modifica algo al perfilarlo en *Justicia distributiva* <sup>87</sup>, sustituyendo el inciso «en provecho de todos y con tal que las posiciones y cargos a los que están adscritas o desde los que pueden ser ganados sean accesibles a todos», por: «son justas sólo si forman parte de un sistema más amplio en el cual resultan en provecho del individuo representativo más desafortunado». Y en *Unidad social y bienes primarios* <sup>88</sup> lo formula así: «2.º *Las desigualdades económicas y sociales han de satisfacer dos condiciones; tienen que: a) ser para el mayor beneficio de los miembros menos favorecidos de la sociedad, y b) estar adscritas a cargos y posiciones accesibles a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades.*»

---

<sup>84</sup> *Ibid.*, 3, pág. 24.

<sup>85</sup> *Ibid.*, 2, pág. 19.

<sup>86</sup> Rawls, *The Sense of Justice*, II, vol. cit., pág. 41.

<sup>87</sup> *Ibid.*, *Distributive Justice*, 2 y 4, vol. cit., págs. 61 y 65.

<sup>88</sup> *Ibid.*, *Social Unity and Primary Goods*, II, vol. cit., pág. 189.

11. El sentido de la justicia es —dice Rawls <sup>89</sup>— «algo que tienen las personas»; «la capacidad de un sentido de la justicia es el aspecto fundamental de la personalidad moral en la «teoría de la justicia». Una muestra clara de ese sentido, por encima de la culpabilidad respecto de autoridades (*authorithy quilt*), es la culpabilidad respecto de principios (*principle quilt*) <sup>90</sup>. Esto proporciona una construcción psicológica de la justicia como «sentimiento moral» <sup>91</sup>.

Este sentimiento moral de la justicia y los derechos asegurados por ésta —dice Rawls <sup>92</sup>— no está sujeto a la negociación política ni al cálculo de intereses sociales. Y si bien su doctrina contractualista «da por supuesto que los individuos racionales que pertenecen a la sociedad tienen que elegir juntos, en un acto colectivo, lo que ha de contar entre ellos como justo e injusto», en ella «la teoría de la justicia forma parte de la teoría general de la elección racional, algo perfectamente claro en la formulación kantiana».

Ahí tenemos la base de su concepción «constructivista».

Pero antes de entrar en ella conviene advertir que, como toda teoría idealista, ya brote de un sentimiento o de una idea, no puede evitar —mal que le pese a Rawls y lo pretenda— convertir en una ideología su realización <sup>93</sup>. Así, él mismo, hablando de su referido segundo principio, distingue tres interpretaciones que denomina <sup>94</sup> sistemas: *a*) de libertad natural —que concibe la igualdad «como carreras abiertas a talentos»; *b*) de igualdad liberal —que la concibe «como igual oportunidad en condiciones similares», y *c*) de igualdad democrática, que no admite desigualdades sino «en cuanto redundan en provecho del individuo representativo menos favorecido». Rodilla <sup>95</sup> califica la concepción rawlsiana de la justicia: «una interpretación social-democrática de la concepción liberal».

No importa aquí a qué ideología corresponde la concepción de Rawls. Lo destacable es que no se basa en una visión metafísica del hombre entero —en su naturaleza y en su situación relacional, tanto genérica como existencialmente concreta—, sino que únicamente apoya su construcción en dos principios intuitivos *a priori*. Le falta la doble dirección de la mente a los fenómenos y de éstos a aquélla, con interacción entre los principios y la naturaleza de las cosas en su más amplia acepción.

Por eso —como toda ideología poskantiana— tiene necesariamente que ser «constructivista» en lo político y en lo jurídico. Lleva irremisiblemente a ello el subjetivismo del imperativo categórico moral kantiano y su concepto del derecho

---

<sup>89</sup> *Ibid.*, *The Sense of Justice*, I, pág. 41.

<sup>90</sup> *Ibid.*, III, pág. 43, y V, págs. 47 y ss.

<sup>91</sup> *Ibid.*, VI, págs. 49 y ss.

<sup>92</sup> *Ibid.*, *Distributive Justice*, I, págs. 59 y ss.

<sup>93</sup> Respecto al concepto de ideología, cfr. mi libro *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia*, cit., I, I, págs. 19 y ss.

<sup>94</sup> RAWLS, op. y vol. últ. cit., 6, págs. 68 y ss.

<sup>95</sup> Miguel Ángel RODILLA, «Presentación» del vol. cit. en castellano de Rawls, págs. XXVII y ss.



como una «ley general», impuesta coactivamente por el Estado, para que «la libertad del arbitrio de cada uno pueda conciliarse con la libertad de todos».

Notemos que, en tanto Rousseau y Kant trataron de crear un instrumento —aquél, la voluntad general, y Kant, el Estado— para determinar el derecho y realizar la justicia —y Kelsen sólo buscaría la estructura formal de la pirámide jurídica, que confunde con la organización del Estado—, en cambio Rawls, sin despegarse del escepticismo metafísico kantiano, trata de recomponer el contenido material de orden moral del derecho partiendo de la determinación dialógica de los principios iniciales, luego de la constitución y, seguidamente, de las leyes, pero siempre de acuerdo con aquellos principios morales.

El mismo Rawls, en *El constructivismo kantiano en la teoría moral* <sup>96</sup> —como ha resumido muy bien Vallespín Oña <sup>97</sup>—, parte de la base de que todos nosotros compartimos una serie de nociones latentes en nuestro sentido común y subyacentes a una determinada posición histórica, y a partir de ellos tratamos de descubrir y de formular sus bases más profundas, como él mismo hace al proponer su modelo. Avanza un esquema en el que recoge las nociones y premisas que cree compartimos al razonar sobre moral o que, al menos, podemos ser persuadidos para compartirlas tras una reflexión crítica, y utiliza este modelo para poner a prueba cualquiera de las intuiciones que podemos considerar «verdaderas», para obtener un mayor nivel de legitimación y, como base, para afianzar o desechar aquellos supuestos en los que no tengamos una posición definida o nos separen intuiciones contradictorias.

Así, la racionalidad moral opera para convertirse en racionalidad dialógica o comunicativa, constituida en garantía de una *praxis* operable en situación ideal de enjuiciamiento de la razón práctica a fin de transformar imperativos morales abstractos en normas sociales concretas. Para lo cual Rawls busca la fundamentación en un acuerdo o consenso básico hipotético acerca de las últimas premisas que lo sostienen.

Rawls trata de salvaguardar la «voluntad pura» con el «velo de la ignorancia» que garantiza su correspondencia con la voluntad del hombre *nouménico* al no recibir influencia fenoménica alguna, y de modo tal que la situación inicial se halle libre de todo lastre de cualquier empirismo o historicismo.

12. De interés especial para nuestro tema es el modo como, en el sistema de Rawls, actúan como principios supraleales los principios éticos o morales afectantes al derecho.

Ante todo es de advertir que el requisito del «velo de la ignorancia» —al que ya nos hemos referido <sup>98</sup>— no se da en las actuales elecciones, ni en los procesos constitucionales ni en los legislativos factuales. Así lo reconoce el mismo Rawls.

---

<sup>96</sup> RAWLS, op. cit., VII, pág. 153.

<sup>97</sup> F. VALLESPÍN OÑA, op. cit., 2, IV, págs. 90 y s.

<sup>98</sup> *Supra*, texto correspondiente a la nota 60.

«Yo interpreto —dice en *La justificación de la desobediencia civil*<sup>99</sup>— que tal teoría (la del contrato social) sostiene que uno ha de representarse una serie de acuerdos en la forma siguiente: en primer lugar, los hombres han de ponerse de acuerdo sobre los principios de justicia en la posición original. A continuación han de avanzar hacia una convención constitucional en la que eligen una constitución que satisfaga los principios de justicia ya elegidos. Finalmente, asumen el papel de un cuerpo legislativo y, guiados por los principios de justicia, promulgan leyes sujetas a las restricciones y procedimientos de la constitución justa. Las decisiones a que se llegan en un estadio vinculan a todos los posteriores. Ahora bien, mientras que en la posición original las partes contratantes no tienen conocimiento alguno de su sociedad o de la posición que ocupan de ella (es decir, se cumple el requisito del “velo de la ignorancia”), tanto en la convención constitucional como en la legislatura conocen ciertos hechos generales sobre sus instituciones, por ejemplo, las estadísticas relativas al empleo y a la producción requeridas para la política económica y fiscal. Pero nadie conoce hechos particulares relativos a su propia clase social o al lugar que ocupa en la distribución de los activos naturales. En cada ocasión las partes contratantes tienen el conocimiento requerido para hacer que su acuerdo sea racional desde su punto de vista apropiado, pero no tanto como para hacer que se desarrollen prejuicios. Son incapaces de confeccionar principios y leyes aprovechándose de su situación. Teniendo presentes esta serie de acuerdos, podemos caracterizar las leyes y políticas justas como aquellas que serían establecidas si todo este proceso se llevara a cabo correctamente.»

Pero, de hecho, ¿ocurre así incluso en «una democracia constitucional de algún tipo»?, que —como dice él mismo— requiere una teoría contractualista.

Reconoce Rawls que «es esencial observar que el proceso constitucional es siempre un caso de lo que podemos denominar justicia procedimental imperfecta, es decir, no existe ningún procedimiento político factible que garantice que la legislación promulgada será justa, aun en el supuesto de que dispusiéramos de un criterio de legislación justa»... «La dificultad estriba en que no podemos configurar un procedimiento que garantice que sólo se estatuirá legislación justa y eficaz. Así, incluso bajo una constitución justa puede que se aprueben leyes injustas y que se pongan en vigor políticas injustas. Alguna forma del principio de la mayoría es necesaria, pero la mayoría puede equivocarse más o menos intencionadamente al legislar. Al ponerse de acuerdo en una constitución democrática (como caso de justicia procedimental imperfecta) uno acepta, al mismo tiempo, el principio de la regla de la mayoría. Suponiendo que la constitución es justa y que hemos aceptado y pensamos seguir aceptando su beneficios: tenemos entonces una obligación, así como un deber natural (y en cualquier caso el deber), de observar lo que la mayoría estatuye, aunque pueda ser injusto. De este modo resultamos obligados a observar leyes injustas, no siempre, por supuesto, pero sí siempre que la injusticia no sobrepase ciertos límites.»

---

<sup>99</sup> RAWLS, *The Justification of Civil Disobedience*, III, vol. cit., págs. 92 y ss.

Más en concreto, añade: «el principio de la mayoría ocupa un lugar secundario como una regla de procedimiento que en las circunstancias habituales tal vez sea la más eficiente para hacer funcionar la constitución»... «y aunque a menudo tenemos tanto una obligación como un deber de observar lo legislado por la mayoría (en la medida que ello no sobrepase ciertos límites), no hay, por supuesto, una obligación o un deber correspondiente de considerar justo aquello que la mayoría estatuya. El derecho de hacer leyes no garantiza que la decisión se tome rectamente, y, aunque el ciudadano se someta en su conducta al juicio de la autoridad democrática, no somete su juicio a ella. Y si, a su juicio, lo establecido por la mayoría sobrepasa ciertos límites, puede el ciudadano pensar en la desobediencia civil».

En el epígrafe «El lugar de la desobediencia civil en una democracia constitucional», concluye Rawls<sup>100</sup> que la desobediencia civil «es una apelación a la base moral de la vida pública», «un acto político». «Se dirige a los principios de justicia comunes cuya observancia pueden los hombres exigirse mutuamente.» Ni siquiera «al tomar parte en actos de desobediencia civil, no renuncia uno indefinidamente a la idea de resistencia violenta, pues si repetidamente se hacen oídos sordos a la apelación contra la injusticia, entonces la mayoría ha declarado su intención de invitar a la insumisión o a la resistencia, y es concebible que esa última pueda estar justificada incluso en un régimen democrático. No se nos exige que aceptemos el quebrantamiento de libertades fundamentales por mayorías democráticas que se han mostrado ciegas a los principios de justicia en las que descansa la justificación de la constitución».

Seguidamente<sup>101</sup>, se ocupa de cómo se justifica la resistencia civil, de sus condiciones y requisitos.

13. Tras de Rawls no es posible omitir a Ronald Dworkin —a quien Albert Casamiglia<sup>102</sup> califica de crítico implacable y puntilloso de las escuelas positivistas y utilitaristas basándose en la filosofía de Rawls y en los principios del liberalismo individualista. Autor de *Los derechos en serio*, especialmente en el capítulo «La justicia y los derechos»<sup>103</sup> recoge, explicita, profundiza, retoca, corrige en su texto y apoya en su espíritu<sup>104</sup> el modelo «constructivo de John Rawls.

El punto de partida de la reconsideración de Dworkin se halla, en primer lugar, en la distinción entre el *modelo «natural»* y el *modelo «constructivo»*. El modelo natural —dice<sup>105</sup>—: «Presupone una posición filosófica que es posible resumir de

---

<sup>100</sup> RAWLS, loc. últ. cit., IV, pág. 96.

<sup>101</sup> *Ibid.*, V, págs. 96 y ss.

<sup>102</sup> ALBERT CASAMIGLIA, «Ensayo sobre Dworkin», prólogo de la ed. española de *Los derechos en serio*, de éste, pág. 7.

<sup>103</sup> DWORKIN, op. cit., 6, págs. 234-275.

<sup>104</sup> *Ibid.*, 6, 1, pág. 245, donde alude a «la idea, sugerente aunque imprecisa, de Rawls», y dice que su respuesta (la de Dworkin) «es compleja y, en ocasiones, nos alejará de su texto, pero no —eso espero— de su espíritu».

<sup>105</sup> *Ibid.*, 6, 2, A, págs. 246 y ss.

esta manera. Las teorías de la justicia, como los dos principios de Rawls, describen una realidad moral objetiva, es decir, que no han sido creadas, sino más bien descubiertas por los hombres o las sociedades tal como se descubren las leyes de la física. El instrumento principal de este descubrimiento es una facultad moral, que por lo menos algunos hombres poseen, que en determinadas situaciones producen intuiciones concretas de moralidad política.» Así: «El razonamiento moral o la filosofía moral es un proceso de reconstrucción de los principios fundamentales mediante la disposición de los juicios concretos en el orden correcto, así como el naturalista construye la forma de un animal entero a partir de los fragmentos de hueso que ha encontrado.»

El modelo «constructivo», en cambio, «no trata las intuiciones de justicia como indicios de la existencia de principios independientes, sino más bien como rasgos estipulados de una teoría general aún por construir, como si un escultor se propusiera esculpir el animal que mejor se adecue a una pila de huesos que ha encontrado casualmente»... «No supone que exista realmente el animal que hace coincidir con los huesos.»

En el modelo natural, quien se enfrenta con los datos de la intuición «está en la situación del astrónomo que tiene datos empíricos claros, pero que todavía no puede conciliarlos en una explicación coherente, digamos, de los orígenes del sistema solar». Formula una explicación del modelo natural «porque se basa en una posición filosófica que favorece la analogía entre las intuiciones morales y los datos empíricos».

Para el modelo constructivo, el «motor»: «es una doctrina de responsabilidad que reclama a los hombres que integren sus intuiciones»... «Presupone que para cualquier concepción de la justicia es esencial una coherencia expresa y que las decisiones se tomen de acuerdo con un programa que se puede hacer público y seguir mientras no se cambie»... «no descansa en presupuestos escépticos y relativistas. Por el contrario, supone que cada hombre y cada mujer que razone dentro de las líneas del modelo sostendrá sinceramente las convicciones con que se acerca a él, que esa sinceridad se extenderá a la crítica de actos o sistemas políticos que ofenden lo más profundo de tales convicciones considerándolos injustos. El modelo no niega, pero tampoco afirma, la condición objetiva de ninguna de estas convicciones; por consiguiente, es coherente con la ontología moral que presupone el modelo natural, aunque como modelo de razonamiento no la exige». Mientras el modelo natural «parte de que las intuiciones morales son observaciones precisas», en cambio el modelo constructivo no parte de que esas intuiciones sean informes precisos, sino de la congruencia de proporcionar «un estándar público que permita poner a prueba, disentir o predecir lo que hacen y no permita apelaciones a intuiciones excepcionales que, en los casos particulares, puedan convertirse en máscaras del prejuicio o del interés particular».

A su juicio, «el modelo natural considera las intuiciones desde el punto de vista personal del individuo que las tiene y las da por observaciones discrecionales de la realidad moral. El modelo constructivo contempla dichas intuiciones desde un punto

de vista más público, es un modelo que alguien podría proponer para el gobierno de una comunidad donde las firmes convicciones de cada uno de los miembros difieren, aunque no demasiado, de las convicciones que sostienen los demás».

Para realizar un modelo constructivo, Rawls propone —como recuerda Dworkin— la noción del equilibrio, en virtud del cual «hacemos un movimiento de avance y retroceso entre adaptaciones a la convicción (producida por nuestras intuiciones) hasta lograr la mejor adecuación posible». La técnica del equilibrio está pensada «para seleccionar la mejor teoría de la justicia de una lista de teorías alternativas que no sólo debe ser finita, sino suficientemente corta como para que las comparaciones entre ellas sean factibles» y está pensada «para conciliar gente que discrepa estableciendo lo que constituye terreno común entre ellos...». «El modelo requiere que los funcionarios, o los ciudadanos, se guíen por el mejor programa que actualmente puedan organizar, por razones de congruencia que no presuponen, como presupone el modelo natural, que la teoría escogida sea “verdad” en ningún sentido definitivo».

Para el modelo natural, en cambio, el método del equilibrio y el proceso de avance y retroceso —explica también Dworkin, refiriéndose a la teoría de Rawls— «sería nada menos que eliminar y excluir pruebas, como si un naturalista borrara las huellas que frustran sus esfuerzos para describir el animal que las dejó o un astrónomo que no tuviese en cuenta las observaciones que no encuentran cabida en su teoría...». «El modelo natural no ofrece una explicación satisfactoria de esa característica de vaivén del equilibrio», pues la conciben con la convicción de que en él «los principios de justicia son rasgos intemporales de alguna realidad moral independiente, a la cual los seres humanos imperfectos deben intentar adaptarse lo mejor posible». Por ello, concluye Dworkin que la técnica del equilibrio no puede basarse en el modelo natural.

En segundo lugar reconoce Dworkin <sup>106</sup> que *la hipótesis del contrato*, para Rawls, «es un poderoso argumento a favor de sus principios porque encarna principios filosóficos que aceptamos o aceptaríamos si pensáramos en ellos». Siendo así, el contrato no es una «premisa o postulado fundamental de esa teoría», sino «una especie de punto intermedio», una argumentación más amplia, «algo que es, en sí mismo, el producto de una teoría política más profunda, que defiende los principios *a través* del contrato más bien que *a partir* del contrato. Por consiguiente, debemos tratar de identificar las características de una teoría más profunda que recomiende el recurso de un contrato... como motor de una teoría de la justicia».

Por ello, y para profundizar en una teoría deontológica acerca de la justicia, intenta una clasificación inicial de las teorías políticas, que podrían ofrecerse en el modelo constructivo «como teorías profundas y capaces de utilizar un contrato como recurso intermedio». Y considera que una teoría tal «podría estar *basada en los objetivos*, en cuyo caso se tomaría como fundamental algún objetivo, como puede ser mejorar el bienestar general; podría estar *basada en los derechos* y tomar como

---

<sup>106</sup> *Ibid.*, 6, 21, B, págs. 257 y ss.

fundamental algún derecho, como el derecho de todos los hombres a tener la mayor libertad general posible, o podría estar *basada en los deberes* y tomar como fundamental algún deber, como el obedecer a la voluntad de Dios, tal como se expresa en los Diez Mandamientos».

Después de realizar un análisis de estas tres bases y consecuentes teorías y de dar por sentado que el «modelo constructivista» —que Rawls y él siguen— tiene por meta «consolidar una teoría que unifique nuestras convicciones y pueda servir como programa para la acción pública», Dworkin opina que «una teoría profunda basada en objetivos no puede servir de base al contrato», pues éste resulta «como un agregado inútil y causante de confusión», ni «por razones muy similares sirve una teoría profunda basada en deberes». No niega Dworkin que las partes contratantes puedan decidir imponerse e imponer a sus sucesores ciertos deberes, así como pueden decidir la adopción de ciertos objetivos en el ejercicio de su juicio sobre lo que es su propio interés. Pero entiende que los deberes descritos por Rawls, según la interpretación del mismo Dworkin, se impondrían en la posición original, es decir, serían —como éste dice— deberes naturales. Y siendo así —sigue razonando Dworkin—, «entonces, nuevamente, hemos hecho un contrato suprarrogatorio (en cuanto convenido sobre, o además, de los términos de la obligación), hemos trepado a la colina sólo para volver a bajarla. Habríamos hecho mejor elaborando simplemente los principios de justicia a partir de los deberes que la teoría profunda considera fundamentales».

En cambio, a su juicio, tiene sentido el contrato si está basado en derechos. «Es más, parece un desarrollo natural de una teoría así.» Su idea básica «es que los distintos individuos tienen intereses que están facultados para proteger si así lo desean. Al ampliar una teoría tal parece natural el intento de identificar las instituciones que un individuo vetaría en el ejercicio de los derechos que se hayan considerado fundamentales. El contrato es un recurso excelente para este propósito... «Debe ser una teoría que se base en los conceptos de derecho que son *naturales*, en el sentido de que no son producto de ninguna legislación, convención o contrato hipotéticos.»

Pero —advierte— que, en el modelo constructivo «por lo menos, el supuesto de los derechos naturales no es metafísico ni ambicioso. No existe más que la hipótesis de que el mejor programa político dentro del sentido de dicho modelo es el que considera fundamental la protección de ciertas opciones individuales, que no es adecuado subordinar a ningún objetivo o deber o combinación de ellos. Esto no requiere ninguna ontología más cuestionable o controvertible que la que requeriría cualquier elección contraria de conceptos fundamentales y, en particular, no más que la hipótesis de un objetivo fundamental en que se basan las diversas teorías utilitaristas populares. Tampoco es inquietante que una teoría profunda rawlsiana convierta estos derechos en derechos naturales en vez de hacerlos jurídicos o convencionales. Es obvio que cualquier teoría basada en derechos no debe presumir que éstos no son simplemente producto de un acuerdo legislativo deliberado o de una costumbre social explícita, sino que son fundamentos independientes para juzgar la legislación y las costumbres». En suma, para Dworkin, el modelo constructivo, en el supuesto de que los derechos son naturales en este sentido, «es simplemente,

dado su poder para unificar y explicar nuestras convicciones políticas, un supuesto que hay que hacer y examinar, una decisión programática básica que se ha de someter a esa prueba de coherencia y experiencia».

Esto explica la tercera rectificación de Dworkin acerca de que no se pacta la «posición originaria» del contrato según la construcción de Rawls, sino que es su punto de partida, es lo que él ha denominado «modelo natural», a partir del cual comienza realmente el «modelo constructivo rawlsiano». A juicios de Dworkin <sup>107</sup>, el contrato social, concebido y empleado del modo que lo hace Rawls, presupone «que tiene como supuesto los derechos naturales»... «todo aquel cuyo consentimiento es necesario para un contrato tiene una posibilidad de veto sobre los términos de ese contrato, pero el valor de ese veto está limitado para él, por el hecho de que su juicio debe referirse más bien a su propio interés antecedente que al actual». Por lo tanto, el derecho básico, en la teoría de Rawls, «no puede ser el derecho a ningún objetivo individual determinado, como podría ser el derecho a la seguridad de la vida o a llevar una vida acorde con una determinada concepción del bien. Tales derechos dirigidos a objetivos individuales pueden ser estipulados por las personas colocadas en la posición original por considerar que favorecerían mejor su interés. Pero la posición original, en sí, no se puede justificar sobre el supuesto de un derecho tal, porque las partes que contratan no saben que tienen ningún interés ni los ordenan lexicográficamente con preferencia a otros». Por ello —concluye Dworkin— «el derecho básico en la teoría profunda de Rawls no puede ser derecho a ningún objetivo individual determinado»...

Hemos visto que, para Rawls, el primer principio de su concepción de la justicia como equidad es que «cada persona tiene un igual derecho al más alto esquema de iguales libertades básicas compatible con un esquema similar de libertades para todos». Dworkin dice que «Rawls presenta ese principio como producto del contrato y no como condición de éste; que éste «sostiene que los participantes de la posición original escogerían esas libertades básicas para proteger los bienes básicos que deciden valorar, como el respeto a sí mismos, en vez de tomar tales libertades como objetivos en sí mismas. Por supuesto que, en realidad, podría valorar las actividades protegidas como libertades básicas por sí mismas y no como medios para alcanzar algún otro objetivo o interés, pero seguramente no harían esto».

En cuanto al segundo concepto de la teoría política, la igualdad, que cree «más abstracta aún que el de la libertad», y a la opinión de Rawls acerca de lo que escogerían las personas colocadas en la situación original, Dworkin observa que «no corresponden a un ideal igualitarista: Primero, porque subordinan la igualdad de recursos materiales, cuando es necesaria, a la libertad de la actividad política, haciendo que las exigencias del primer principio tengan prioridad sobre las del segundo. Segundo, porque no tienen en cuenta la privación relativa, en cuanto justifican

---

<sup>107</sup> *Ibid.*, 6, 2, C, págs. 268 y ss.

cualquier desigualdad cuando los que están peor están mejor de lo que estarían en términos absolutos de no existir esa desigualdad».

Y añade que el mismo Rawls «pone en claro que esas desigualdades son requisitos no de una noción concurrente de la libertad ni de algún objetivo superior, sino de un sentido más básico de la igualdad misma, y acepta una distinción entre lo que él llama dos concepciones de la igualdad». A saber: una, la que la pone en relación «con la distribución de ciertos bienes, algunos de los cuales darán, casi seguro, mejor estatus y más prestigio» a quienes más los posean (para lo cual Dworkin señala que se proponen varios sistemas), y otra, «la igualdad aplicada al respeto que se debe a las personas independientemente de su posición social». «Por ende —comenta Dworkin—, el derecho a la igualdad de consideración y respeto es más abstracto que las concepciones estándar de igualdades que distinguen a las diferentes teorías políticas, y cree que si Rawls la sitúa en la posición original es «como un recurso para poner a prueba» los argumentos concurrentes y hacer valer «ese derecho abstracto».

Además, según el mismo Rawls, este derecho abstracto «es debido a los seres humanos en cuanto personas naturales». Por lo cual dice Dworkin que «no es, según él, un producto del contrato, sino una condición de la posición original... «Es, por consiguiente, un derecho único que no emerge del contrato, sino que, tal como debe serlo el derecho fundamental, es el supuesto del diseño de éste.»

«Por lo tanto —concluye Dworkin—, podemos decir que la justicia como equidad descansa sobre el supuesto de un derecho natural de todos los hombres y todas las mujeres a la igualdad de consideración y respeto»... «simplemente en cuanto seres humanos con la capacidad de hacer planes y de administrar justicia».

14. Reconoce Dworkin <sup>108</sup> que muchos colegas y estudiantes, especialmente juristas, le han expresado a modo de crítica que las instituciones y disposiciones políticas que, según Rawls, alegarían los hombres en la posición original «no son más que unas formas idealizadas de las que actualmente se encuentran en vigor en los Estados Unidos»; «son las instituciones de la democracia constitucional liberal»... «la justicia en cuanto equidad les parece, en su totalidad, una racionalización que puede ser desechada sin riesgo alguno por quienes quieren formular una crítica más radical de la tradición liberal». A juicio de Dworkin, «este punto de vista es absurdo»... «El supuesto más básico de Rawls no es que los hombres tengan derecho a ciertas libertades que Locke o Mill consideraban importantes, sino que tienen derecho a igual consideración y respeto en el diseño de las instituciones políticas.» Reconoce que «puede ser impugnado de múltiples maneras. Será negado por quienes crean que algún objetivo, sea la utilidad o el triunfo de una clase, o el florecimiento de alguna idea de cómo deben vivir los hombres, es más fundamental que cualquier derecho individual, incluso que el derecho a la igualdad. Pero no puede ser negado

---

<sup>108</sup> *Ibid.*, págs. 274 y s.



en nombre de ningún concepto más radical de igualdad, porque un concepto tal no existe.

«Rawls sostiene, efectivamente, que este derecho fundamental a la igualdad exige una constitución liberal y apoya una norma idealizada de las estructuras económicas y sociales actuales; argumenta, por ejemplo, que los hombres puestos en la posición original protegerían las libertades básicas en interés de su derecho a la igualdad, una vez que haya sido alcanzado cierto nivel de comodidad material, porque entenderían que la amenaza a su autorrespeto —protegido por las libertades básicas— es entonces la amenaza más grave a la igualdad de respeto. Sostiene también que esos hombres aceptarían el segundo principio con preferencia a la igualdad material porque entenderían que sacrificarse por envidia de otros es una forma de estar subordinado. Naturalmente, es posible que estos argumentos estén equivocados». Pero «los críticos del liberalismo tienen ahora la responsabilidad de demostrar que estos argumentos son erróneos. No pueden decir que las actitudes y supuesto básicos de Rawls están tan lejos de los suyos propios como para permitir un enfrentamiento».

He traído a colación estas observaciones por lo ilustrativas que resultan del modelo constructivo de Rawls y de Dworkin. Ambos sostienen unos principios morales que no sólo son justificativos y básicos del contrato social, sino que continúan fundamentando todo lo que, al desarrollarlo y ponerlo al día, se construya. Es cierto que no construyen ni a Leviathan ni a Demos, ni tampoco un sistema formal de producción de normas o pirámide jurídica, sino un sistema para comprobar los principios inherentes a una constitución que, por ende, sirven para interpretarla, así como a todas las leyes de ella dimanantes y para orientar sus sentencias a los jueces.

Su modelo constructivo es como una bisagra entre unos principios intuitivos y las realizaciones jurídicas comprobadas por mediación de su método del equilibrio y del avance y retroceso entre las adaptaciones y la convicción de nuestras intuiciones, hasta lograr la mejor adecuación posible.

No se elabora deductivamente desde los principios, como hacía la escuela del derecho natural y de gentes, ni dialécticamente entre normas, valores y naturaleza de las cosas, ni existencialmente, ni tampoco en un ir y venir desde los primeros principios de la naturaleza del hombre a las cosas y de la naturaleza de éstas (la *rerum natura*) a los principios, en constante interacción. Como dice Casamiglia <sup>109</sup>: «Dworkin no es un autor iusnaturalista porque no cree en la existencia del derecho natural...» «Dworkin rechaza el modelo de razonamiento típico del naturalismo —que se basa en la existencia de una moral objetiva que el hombre puede y debe descubrir—. El autor americano intenta construir una tercera vía —entre el iusnaturalismo y el positivismo— fundamentada en el *modelo reconstructivo* de Rawls.»

Podemos decir que ambos actúan como en la física se construye un modelo; formulan una hipótesis de contrato social que sirve a modo de andamio para construir,

---

<sup>109</sup> CASAMIGLIA, loc. cit., pág. 11.

desde él, las estructuras jurídicas, concretar sus principios y leyes, y adjudicar los derechos.

Si con los sistemas del siglo pasado el hombre quería someter a su mente la estructuración de los fenómenos que recogía y sistematizaba, da la impresión que con estos nuevos modelos se trata de programar e informar un ordenador. De ahí que quepan diversos tipos de programas. Vallespín Oña <sup>110</sup> ha señalado que en el «neocontractualismo» <sup>111</sup>, mientras Nozick y Buchanan, en el suyo, contribuyen a legitimar sendos modelos de Estado *neoliberal*, el de Rawls defiende el de «un *Estado social* progresista, abierto al fomento de nuevas cotas de dignidad y desarrollo humano». O, como antes ha precisado <sup>112</sup>: «Rawls parece dar a entender que sus principios podrían justificar tanto un sistema liberal basado en la propiedad privada de los medios de producción, si bien con un fuerte intervencionismo estatal que corrigiera las disfuncionalidades del mercado, cuanto un sistema “liberal socialista”, con fuerte predominio del sector público, lógicamente superior a los sistemas “socialistas”».

Estamos, pues, ante ideologías y, como tales, políticamente constructivas según el modelo que se programe, aunque se trate de corregir continuamente su desarrollo por el método del equilibrio y del avance y retroceso propuesto por Rawls.

---

<sup>110</sup> F. VALLESPÍN OÑA, op. cit., 6, III, pág. 208.

<sup>111</sup> Cfr. *supra*, 3.

<sup>112</sup> VALLESPÍN, op. cit., 3, II, II, pág. 128.