

## ENSAYO

# **LA PRIORIDAD DEL DERECHO SOBRE EL CONCEPTO MORAL DEL BIEN EN LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE JOHN RAWLS**

**Pablo Ruiz-Tagle\***

Para Rawls el ideal de una sociedad justa puede darse cuando las personas o grupos subordinan sus concepciones morales particulares a la concepción moral más amplia, que es característica del Derecho en una sociedad abierta, democrática y autorreflexiva. Rawls distingue dos partes en la estructura básica de la sociedad: la primera, referida específicamente a las libertades e igualdades, y la segunda, referida a las desigualdades canónicas y sociales, tales como ingreso, riqueza, autoridad y jerarquía. La concepción de justicia de Rawls regula cada una de las partes que él distingue en la estructura básica, y es el resultado de un acuerdo imparcial y honesto. Por ello, contiene dos principios de justicia y algunas reglas de prioridad que aseguraron la aplicación de esos principios en una orden pre-establecido. Entre estas reglas cumple un papel fundamental la prioridad del Derecho o justicia sobre el concepto moral del bien. Esta regla supone que los miembros de la sociedad acuerdan conformar sus concepciones morales particulares a los principios de justicia y no plantear demandas que puedan afectarlos, una vez que éstos han sido escogidos en relación al procedimiento propuesto.

### **Introducción**

**L**a idea de este trabajo es mostrar el concepto de la prioridad del derecho sobre el bien moral, según lo entiende en su teoría de la justicia, el profesor de Harvard, John Rawls.

\*Profesor ayudante Facultad de Derecho Universidad de Chile. Master en Derecho Universidad de Yale.

Para ello, se da una explicación general acerca de la teoría de Rawls, la que comprende la exposición de los conceptos de estructura básica de la sociedad, principios de justicia a ella aplicables, posición original y el concepto del velo de ignorancia.

Una vez concluida esta explicación general, se expone el concepto del derecho y del bien, para finalmente centrarse en el concepto de prioridad, que es crucial en la teoría de la justicia de John Rawls y extraer así algunas consecuencias a partir de la llamada prioridad del derecho sobre el concepto moral del bien.

### 1. Explicación General acerca de la Teoría de Rawls

Rawls limita el ámbito de su investigación de dos maneras fundamentales:

- En primer término, porque sólo se ocupa de formular una concepción de la justicia que pueda aplicarse a lo que llama estructura básica de la sociedad, concibiendo la sociedad como un sistema cerrado, aislado de las demás sociedades. De este modo, excluye toda discusión acerca de los principios de justicia que se aplicarían a los actos o prácticas individuales y los principios de justicia que han de aplicarse a las instituciones privadas, por muy grandes que éstas sean, como asimismo, los principios de justicia que se refieren al campo internacional de las relaciones entre estados.
- En segundo término, porque su análisis está centrado en la clase de principios de justicia que se refieren a una sociedad bien ordenada, que planteada en términos ideales, se refiere sólo a una sociedad perfectamente justa.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>John Rawls, *A theory of justice*. (Oxford: Oxford University Press, 1985), pp. 7 y 8. Hay una traducción al español de la primera edición original de 1971 de la obra de Rawls, de María Dolores González, editada por el Fondo de Cultura Económica, en Ciudad de México, en 1978. Esta traducción, desgraciadamente, tiene errores importantes. Por ejemplo, el término "fairness" que es crucial en Rawls, porque con él caracteriza toda su teoría, es traducido erróneamente como imparcialidad. Además, esta traducción carece de un índice analítico, lo que en el caso de la teoría de Rawls es indispensable, porque este autor hace continuamente referencias cruzadas de conceptos. A modo introductorio, también es bueno tener presente que tal como nos explica Robert Paul Wolff, en su libro *Understanding Rawls*. (N.J.: Princeton University Press, 1977), la primera versión de la teoría de la justicia de Rawls fue publicada en el

Lo que intenta hacer Rawls con su teoría, es construir una concepción de la justicia que generalice y lleve a un nivel más alto de abstracción, la conocida doctrina del contrato social, que antes fue planteada por otros autores como Locke, Rousseau y Kant.<sup>2</sup>

Para llevar a cabo sus propósitos, la concepción de Rawls desarrolla tres puntos:

- a) El primero, es la identificación de una estructura básica en la sociedad.
- b) El segundo, trata sobre los principios de justicia que han de aplicarse a esta estructura básica.
- c) El tercero, dice relación con la elaboración de un concepto hipotético llamado posición original que sirve para justificar sus principios de justicia.

Siguiendo el esquema trazado en estos tres puntos nos adentraremos en la teoría de la justicia de John Rawls que su autor llama *justice as fairness*.<sup>3</sup>

año 1958 en *Philosophical Review*, con el título: "Justice as Fairness". Más tarde el mismo Rawls habría perfeccionado esas mismas ideas y las habría expuesto en 1967 en la tercera serie de *Filosofía Política y Sociedad*, de Laslett y Runciman's bajo el nombre: "Distributive Justice". Esta versión de 1967 sería muy parecida a la versión definitiva, editada originalmente en 1971.

<sup>2</sup>*Op. cit.*, Rawls, p. 11. Rawls se relaciona con la tradición contractualista, poniendo especial énfasis en sus simpatías por Kant. Al explicar su opción por el contractualismo, Rawls da las siguientes razones: a) porque la terminología contractualista nos transmite la idea de que pueden concebirse principios de justicia que serían escogidos por personas racionales; b) porque la palabra "contrato" (social) sugiere la idea de una pluralidad de concepciones éticas de grupos distintos en conciliación; c) porque la fraseología contractualista sugiere la condición de publicidad que deben tener los principios de justicia y, finalmente, d) por la larga tradición de los pactistas que ayuda a definir mejor las ideas, porque las sitúa dentro de un contexto. El punto d), en realidad es válido respecto de cualquier tradición.

<sup>3</sup>*Op. cit.*, Rawls, pp. 111 y 112. El término "fairness" es de difícil traducción al español, pero puede ser entendido como un estado de desapasionamiento, desprejuicio y honestidad, que implica un candor intelectual y una buena fe que se traduce en claridad y perfección en las propias convicciones. Rawls cree que gracias a este "fairness", las personas deben cumplir el rol que les asignan las reglas de las instituciones en una sociedad, siempre que las instituciones sean justas, es decir, satisfagan sus dos principios de justicia y que además se hayan aceptado voluntariamente los beneficios que esas instituciones proporcionan y las oportunidades que ellas ofrecen para lograr los intereses propios.

### 1.1. La Estructura Básica de la Sociedad

Rawls piensa que en todas las sociedades ciertas instituciones principales forman lo que él llama una estructura básica. Esta se identifica con la Constitución Política del Estado y con los principales acuerdos y planes sociales y económicos. Por ejemplo, en un Estado donde exista un sistema político democrático, liberal y representativo, la protección jurídica de la libertad de pensamiento y de conciencia, y la familia monógama, serían instituciones que formarían parte de lo que este autor llama estructura básica de la sociedad.<sup>4</sup>

Según Rawls, es posible identificar estas instituciones en cualquier sistema social y ellas tienden a favorecer ciertas posiciones iniciales en el comienzo de la vida de algunas personas respecto de otras, lo que hace que las desigualdades que se derivan de las mismas sean muy significativas. Nuestro autor, además, plantea que estas diferencias sociales iniciales, que se producen entre los distintos grupos y personas, no pueden ser justificadas apelando a nociones o criterios donde tenga primacía el concepto de mérito moral personal.<sup>5</sup>

Teniendo presente estas ideas, Rawls intenta construir una teoría de la justicia que nos permita saber cuándo las instituciones de la estructura social básica son justas y cuándo son injustas. En eso consiste su planteamiento de la justicia.

Su idea es construir una concepción ideal para estas instituciones que forman la estructura básica, porque Rawls cree que, una vez que esta teoría sea obtenida, el resto de los problemas de justicia será más fácil de resolver. Además piensa que esta teoría ideal es la única que puede proporcionar una base para una comprensión sistemática de los problemas más apremiantes que se relacionan con la justicia, cita, entre ellos, el problema de la desobediencia civil.<sup>6</sup>

Al comenzar su análisis, Rawls distingue dos partes distintas que se dan en toda estructura básica de la sociedad. Ellas son las siguientes:

<sup>4</sup>*Op. cit.*, Rawls, p. 7.

<sup>5</sup>*Ibidem*, nota 4. Esta idea es criticada por Robert Nozick en *Anarchy, State and Utopia* (New York: Basic Book Inc., 1974). En la Parte II, secciones I y II, Nozick desarrolla una teoría propia de la justicia basada en el concepto de "entitlement" (titularidad) de los beneficios sociales. Este criterio parece justificar la aplicación del criterio de mérito moral personal a la estructura básica de la sociedad.

<sup>6</sup>*Op. cit.*, Rawls, p. 9.

- a) La primera, se refiere específicamente a las libertades básicas, entre las cuales incluye:
  - La libertad política que consiste en el derecho a votar y ser elegido en los cargos públicos,
  - La libertad de expresión y de asamblea,
  - La libertad de conciencia y pensamiento, y
  - El derecho de obtener propiedad personal y no estar sometido a arrestos arbitrarios;
- b) La segunda, se refiere a las desigualdades económicas y sociales, como por ejemplo, las desigualdades de ingreso, riqueza, autoridad y jerarquía.<sup>7</sup>

Los criterios que Rawls usa para distinguir estas dos partes de la estructura social básica no están enteramente claros. Al parecer, se trata de limitar el papel de la intuición en la elección de los principios de justicia que más adelante se proponen y, para eso, se crea esta diferencia anticipada de la primera parte de la estructura social básica, sobre la segunda.

Lo que sí está muy claro es que las instituciones que están comprendidas en las dos partes que Rawls distingue en la estructura social básica serán consideradas justas o injustas, según criterios diferentes. A la primera parte de la estructura social básica se aplicará el primer principio de justicia, y a la segunda, el segundo principio de justicia.

Todo esto lo podremos ver a continuación porque expondremos los principios de justicia y las reglas de prioridad con que ellos deben ser jerarquizados, según como Rawls entiende que estos principios deben aplicarse a la estructura social básica.

## 1.2. Los dos Principios de Justicia

Después de un largo y detallado desarrollo, que por razones de espacio no podemos reproducir aquí, Rawls expone su concepción de la justicia que consta de dos principios de justicia y algunas reglas de prioridad. Estos principios, según nuestro autor, han de aplicarse a la estructura social básica, para saber si ésta es justa o injusta.

Los principios en cuestión, Rawls los expresa del modo siguiente:

**Primer principio:** Cada persona debe tener un derecho igual, al más amplio sistema total de libertades básicas, que sea compatible con un sistema similar de libertad para todos.

<sup>7</sup>*Ibid.*, nota 6, p. 61.

**Segundo principio:** Las desigualdades sociales y económicas han de ser adecuadas para que hagan posible en forma conjunta:

- a) Que los cargos y funciones de autoridad sean asequibles para todos, bajo condiciones de igualdad de oportunidades, y
- b) Que se produzca el mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro que sea razonable.<sup>8</sup>

Estos dos principios de justicia deben aplicarse a las dos partes de la estructura básica de la sociedad, de acuerdo con un orden pre-establecido. Este orden se expresa en reglas de prioridad que Rawls detalla y elabora de un modo muy cuidadoso, usando para ello un concepto que llama "orden lexicográfico".<sup>9</sup>

Las reglas de prioridad vienen entonces a explicitar un orden de aplicación de los principios de justicia a la estructura básica de la sociedad. Ellas son las siguientes:

**Primera regla de prioridad:** (la prioridad de la libertad o del primer principio de justicia sobre el segundo).

El supuesto básico de esta regla es que la libertad sólo puede ser restringida en nombre de la libertad misma. Por consiguiente para poder restringir la aplicación del primer principio de justicia, es necesario que dicha restricción sea justificada por una de estas dos razones:

- porque una libertad más restringida reforzará el sistema total de libertades que todos comparten, y
- porque las desigualdades que se produzcan en las libertades básicas serán aceptables para aquellos que detentan una libertad menor.

**Segunda regla de prioridad:** (la prioridad del segundo principio de justicia sobre cualquier criterio de eficacia o bienestar).

La igualdad de oportunidades y el principio del beneficio a los menos

<sup>8</sup>*Op. cit.*, Rawls, p. 302. En la traducción al español de María Dolores González se notan diferencias importantes en los principios de justicia. Por eso es recomendable revisar los principios en su idioma original.

<sup>9</sup>*Op. cit.*, Rawls, p. 42. El término "orden lexicográfico" que sirve como criterio de prioridad, exigiendo cumplir el primer principio de Rawls para poder considerar el segundo, se origina, según nuestro autor, en la forma en que se ordenan las palabras en un diccionario. En una nota al margen en la misma página recién citada, Rawls conecta este concepto de orden lexicográfico con escritos de diversos autores como, por ejemplo, I.F. Pearce, A.K. Sen, J.S. Mill, Kant y otros.

aventajados deben servir como pautas de organización de la estructura social básica, con preeminencia sobre cualquier principio de eficiencia o utilidad.

Por consiguiente, para poder restringir la aplicación del segundo principio de justicia, es necesario que se cumplan dos condiciones:

- que las desigualdades de oportunidades aumenten las de aquellos que tengan menos, y
- que todas las cantidades excesivas de ahorro tengan como propósito preferente, alivianar el peso de aquellos que más lo sufren como carga.<sup>10</sup>

Existe otra forma de prioridad en la teoría de Rawls, que es la prioridad del Derecho o la justicia sobre el concepto moral del bien. El análisis de esta forma de prioridad motiva este trabajo y a ello nos abocaremos en más profundidad en los capítulos siguientes.

Ahora continuaremos con la explicación general acerca de la teoría de Rawls, tratando los conceptos de posición original y velo de ignorancia, para luego exponer las ideas de Rawls acerca del Derecho y su prioridad.

### 1.3. La Posición Original y el Velo de Ignorancia

Lo que Rawls llama posición original corresponde a la noción de "estado de naturaleza" en la teoría tradicional de los pactistas. Sin embargo, esta posición original no puede ser asimilada a un determinado estado histórico, ni mucho menos a una situación primitiva de cultura, sino que debe ser entendida en términos hipotéticos, como una situación que nos permitirá llegar en forma unánime a una cierta concepción de la justicia.<sup>11</sup>

En consecuencia, lo que Rawls llama posición original es una manera de decidir que tiene la forma de un juego que hace que las partes que en él intervienen adopten en forma unánime los principios del autor.

Entre los rasgos más importantes de este juego hipotético, en que consiste la posición original, está la idea del "velo de ignorancia". Esta idea implica una exigencia, que se traduce en que antes de tomar su decisión acerca de los principios de justicia debe suponerse hipotéticamente que ninguna de las partes que intervienen en esa elección, será capaz de saber cuál será su clase social, su status, ni la fortuna que tendrá en la distribución de cualidades naturales o habilidades, ni la inteligencia ni la fuerza que poseerá, ni los

<sup>10</sup>*Op. cit.*, Rawls, p. 302.

<sup>11</sup>*Ibid.*, nota 10, p. 17 y siguientes.

gustos personales o tendencias de carácter. Rawls, incluso, supone que en la posición original nadie podrá conocer su concepción completa acerca del bien, ni sus tendencias psicológicas más esenciales. El llamado velo de ignorancia sólo permite a los que intervienen en la posición original conocer lo que él llama hechos generales acerca de la teoría política, de la economía, de la psicología y de la sociedad que tengan conexión con las circunstancias propias de la justicia. Hay aquí, obviamente, una petición de principios.<sup>12</sup>

Rawls coloca todas esas exigencias, porque quiere que las partes hagan una elección que sea unánime. Como todos estarán situados en un estado tan similar, nadie será capaz de diseñar principios que lo favorezcan particularmente, y así los principios de justicia que sean elegidos serán el resultado de un acuerdo honesto e imparcial. Esta decisión unánime, Rawls espera obtenerla porque, según él, existe una regla mediante la cual los seres humanos toman decisiones en condiciones de incertidumbre. Esta norma, llamada regla de decisión máxima bajo incertidumbre, dispone que si un ser humano es obligado a tomar una decisión en condiciones inciertas, seguramente su resolución estará dirigida a favorecer la posición menos afortunada, que pueda derivarse de la decisión que se haya de tomar, porque creará que, igual que cualquier otra persona, puede llegar a quedar encasillado en esa posición desfavorable.<sup>13</sup>

Pero además existen otros rasgos que también caracterizan la posición original y que Rawls espera que aceptemos. Por ejemplo, las partes que intervienen en la elección de los principios de justicia deben pensar como jefes de familia, porque al momento de elegir es necesario que las personas piensen que los principios de justicia afectarán a sus descendientes, sin que estos últimos puedan después alterar esa elección. Además la elección debe realizarse en condiciones de escasez moderada y los principios de justicia que sean escogidos deben caracterizarse por ser perpetuos, generales, universales y públicos.<sup>14</sup>

<sup>12</sup>*Op. cit.*, Rawls, p. 137. Este punto también es muy criticado por Robert Nozick en la obra citada en la nota 5. En cambio, el concepto de "velo de ignorancia" es comentado favorablemente por D.D. Raphael en *Moral Philosophy*. (Oxford: Oxford University Press, 1985), pp. 71 y 72.

<sup>13</sup>*Op. cit.*, Rawls, p. 152. En una nota al pie de esta página, Rawls explica que para entender mejor ésta y otras reglas de decisión bajo incertidumbre, puede verse W.J. Baumol, *Economic Theory and Operations Analysis*. (N.J., Englewood Cliffs: Prentice Hall Inc., 1965), capítulo 24 y R.D. Luce y Howard Raiffa, *Games and decisions*. (New York: John Wiley and sons, Inc. 1957), capítulo XIII.

<sup>14</sup>*Op. cit.*, Rawls, pp. 146 y 147. En esta página hay un esquema muy

Para explicar la introducción en su teoría del concepto de posición original, Rawls dice lo siguiente: "Así como cada persona tiene que decidir mediante la reflexión racional lo que constituye su bien, esto es, el sistema de fines que para él es racional perseguir, del mismo modo un grupo de personas tiene que decidir, de una vez y para siempre, lo que para ellos significará justo o injusto".<sup>15</sup>

Por eso, en la posición original, Rawls exige además ciertos rasgos de carácter y personalidad a los miembros que han de elegir los principios de justicia. Supone, por ejemplo, que ellos sólo aceptarán las obligaciones que puedan autoimponerse y que al decidir lo harán sin estar pendientes de los intereses ajenos, sino que sólo de los suyos propios.<sup>16</sup>

Asimismo, cada uno de estos miembros debe proteger sus intereses y lo que él llama su "capacidad" de promover su propia concepción del bien, empleando con ese propósito los medios más efectivos para lograr sus fines, razonando del modo como se opera en el razonamiento económico.<sup>17</sup>

Pero Rawls se ocupa de colocar exigencias, porque espera que en la argumentación acerca de los principios de justicia, no se agreguen elementos que impliquen sacar ventajas políticas y económicas, influyendo el "fairness" con que debemos tomar nuestra decisión en la posición original.<sup>18</sup>

Así se explica, el que haciendo una especie de prevención general y distanciándose de Rousseau entre los autores pactistas, Rawls nos recuerde que en su teoría el contenido del acuerdo original no se relaciona con el ingreso a una sociedad dada, ni tampoco con la adopción de una forma

ilustrativo que sirve para aclarar muchas dudas respecto de la posición original. Brian Barry en *The Liberal Theory of Justice*. (Oxford: Oxford, University Press, 1975), p. 53 y siguientes. Aquí se comenta una serie de alternativas que pueden asumirse respecto de la posición original y los principios de justicia, sin salirse del esquema general de la teoría de Rawls. Por ejemplo: a) podemos aceptar o rechazar la idea de la posición original; b) podemos también aceptar o rechazar los rasgos que caracterizan el concepto de posición original en Rawls; c) podemos aceptar o rechazar los principios de justicia de Rawls y la relación que éstos tienen con el concepto de posición original, etc...

<sup>15</sup>*Op. cit.*, Rawls, p. 11.

<sup>16</sup>*Ibid.*, nota 15, pp. 13 y 14.

<sup>17</sup>*Ibid.*, nota 15, p. 14.

<sup>18</sup>*Ibid.*, nota 15, p. 12.

determinada de gobierno, sino que se refiere a la forma en que estaríamos dispuestos a aceptar ciertos principios morales.<sup>19</sup>

En fin, la posición original es un concepto difícil de aceptar. Por eso, Rawls intenta por segunda vez una justificación general de las condiciones que en ella ha exigido, y nos dice que ellas tienen como propósito "representar" la igualdad que existe en cuanto a la personalidad moral de los seres humanos. Esta personalidad moral se caracteriza porque todas las personas tienen una concepción del bien y de la justicia.<sup>20</sup>

En esta segunda justificación de la posición original, Rawls usa la palabra "representación", haciéndonos pensar con este término en una especie de categoría, que sería aquello en que consistiría la posición original. Podríamos suponer, entonces, que la posición original habría sido planteada para que, al elegir los principios de justicia, tengamos presente la personalidad moral de los seres humanos y por eso Rawls la habría diseñado con tantas restricciones.

Pero Rawls no se hace esperar e intenta una tercera justificación de la posición original. En ella nos plantea que podremos comprobar la validez de esta situación inicial, y de las restricciones que en ella deben existir, según si los principios que de ella se derivan se acomodan o no a nuestras "convicciones más firmes".<sup>21</sup>

En este punto, Rawls nos presenta dos ejemplos de convicciones que servirían como patrones de medida para justificar la situación inicial y los principios de justicia que allí se escojan. Estos ejemplos de justificación, que muestran la convicción de Rawls que la posición original es adecuada, son el de la intolerancia religiosa y la discriminación racial.<sup>22</sup>

Ya a estas alturas, Rawls comienza a echar mano de argumentos de menor convicción. Nos pide, por ejemplo, que al menos consideremos su idea de la posición original como un "recurso expositivo" que en la reflexión filosófica nos hará suponer que nuestra deliberación y posterior compromiso con los principios de justicia es razonable, e incluso apela a una especie de

<sup>19</sup> *Op. cit.*, Rawls, pp. 15 y 16. Ver en Jean Jacques Rousseau, *El Contrato Social*, capítulos V, VI y VIII del libro primero, donde se explica que el propósito del pacto social en Rousseau es una transformación moral que sirve para justificar el origen de la autoridad (voluntad general) y con ello la entrada de los hombres en la sociedad civil.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, Rawls, p. 19.

<sup>21</sup> *Ibid.*, nota 20, pp. 19 y 20.

<sup>22</sup> *Ibid.*, nota 20, p. 19.

"intuición especial" que se produce en la posición original, que nos permitiría observar nuestros objetivos morales y nuestras relaciones morales "desde lejos".<sup>23</sup>

En fin, el capítulo de la posición original deja muchas dudas en el camino y preguntas sin resolver.

Esperamos que con las explicaciones que se han hecho en términos generales, puedan entenderse los rasgos más elementales de la teoría de Rawls, ya que después de esta introducción, y en base a ella, continuaremos nuestros comentarios, entrando directamente a tratar el concepto del derecho.

## 2. El Concepto del Derecho en Rawls

Como dice Hart, con las ideas de Rawls puede verse cómo es posible concebir los principios de justicia sin que éstos tengan que fundarse necesariamente en meras intuiciones, ni en derivaciones de principios utilitarios, ni tampoco en teorías perfeccionistas que plantean que existen exclusivamente ciertas formas del bien moral que deben ser perseguidas y maximizadas. En Rawls, en cambio, los principios de justicia son concebidos como aquellos que personas libres y racionales, que buscan sus propios intereses, podrían acordar para el gobierno de sus formas de vida en sociedad y sus instituciones principales, si tuviesen que elegir estos principios, a partir de un velo de ignorancia; esto es, en ignorancia acerca de sus propias habilidades, de sus propensiones psicológicas, de su concepción particular del bien, de su status y posición en la sociedad y del nivel de desarrollo de la sociedad en la cual ellos serán miembros.<sup>24</sup>

Estos principios de justicia, que Rawls quiere elegir en la posición original, se justifican porque son en cierto modo armoniosos con nuestros juicios ordinarios de sentido común e iluminan nuestros razonamientos acerca de la justicia. Además, como también nos explica Hart, estos principios una vez que son elegidos, para los efectos de su implementación, requieren de un proceso de cuatro etapas, en las cuales nuestro conocimiento es mayor y el velo de ignorancia se supone que va progresivamente debilitándose. La primera etapa es aquella en que las partes eligen los principios de justicia, para luego moverse hacia una segunda etapa, donde en una convención consti-

<sup>23</sup>*Ibid.*, nota 20. pp. 21 y 22.

<sup>24</sup>H.L. Hart, "Rawls on Liberty and its Priority", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, (Oxford: Oxford University Press 1985), p. 224.

tuyente escogen de acuerdo con ellos una constitución y establecen derechos y libertades básicos para los ciudadanos. La tercera etapa es la legislativa y en ella se dictan leyes y políticas, las que para ser consideradas justas no pueden contradecir lo acordado en las dos primeras etapas. La última etapa es la de aplicación de las reglas que realizan jueces y otros oficiales a los casos particulares.<sup>25</sup>

De este modo, puede verse cómo se conecta la concepción moral de Rawls con un concepto del derecho. Este concepto incluye una etapa constituyente, otra legislativa y una de aplicación directa de estos principios, en la forma de reglas, a los casos particulares. Ahora trataremos sobre este concepto del derecho de Rawls en forma más específica.

Rawls utiliza las palabras inglesas "right" (derecho) y "justice" (justicia) como sinónimos, para designar lo que él entiende por derecho. Esta forma de entender el derecho es, al parecer, corriente en los países del "common law".

Por ejemplo, el famoso *Blacks Law Dictionary* define el término *right* en una de sus acepciones, diciendo que esta palabra, cuando es usada como sustantivo y es tomada en un sentido abstracto, significa justicia, corrección ética o consonancia con las reglas de derecho o los principios de la moral. Esta significación del término *right* corresponde a uno de los significados clásicos de la palabra latina *jus* y en un sentido más abstracto se lo puede considerar como el fundamento de todos los derechos o el complejo de principios morales subyacente, que imparte el carácter de justicia a todas las leyes positivas o les da a las mismas un contenido ético.<sup>26</sup>

Junto con la palabra *justice*, que, según hemos visto, Rawls asimila al concepto de derecho, este autor utiliza la palabra *fairness*. Este término, de difícil traducción al español, le sirve a Rawls para caracterizar toda su teoría y puede ser entendido como un estado de desapasionamiento, desprejuicio y honestidad que implica un candor intelectual y buena fe que se traduce en claridad y perfección en las propias convicciones. El elemento llamado *fairness* está estrechamente vinculado al concepto de derecho y justicia que tiene Rawls, y en él representa una convicción íntima de que, en definitiva, todos reconoceremos que estos conceptos se identifican con la concepción de la justicia que él nos propone.<sup>27</sup>

<sup>25</sup>*Ibid.*, nota 24, pp. 225 y 226.

<sup>26</sup>Henry Campbell Black, *Blacks Law Dictionary*, third edition (Minn., St. Paul: West Publishing Company, 1933), p. 1159.

<sup>27</sup>Webster *New International Dictionary of the English Language* (Mass., Springfield: G. & C. Merriam Company, 1921), p. 784.

Por otra parte, al igual que respecto de todos los otros conceptos éticos, Rawls exige al concepto moral de derecho (*right*), ciertas restricciones formales para que sea aceptable desde el punto de vista de la posición original. De acuerdo con estas restricciones, el concepto de derecho debe ser un concepto general y universal en su aplicación, debe tener un carácter público, implicar una cierta jerarquización de las demandas cuando entren en conflicto y además poseer una cierta finalidad.<sup>28</sup>

Todo esto implica que la definición de sistema legal en Rawls, se identifica con un orden coactivo de reglas públicas, dirigido a personas racionales que tiene el propósito de regular la conducta y proveer de una estructura que permita desarrollar la cooperación social. En este concepto formal de sistema legal, el Estado de derecho o *rule of law* se identifica con la administración imparcial y regular de un conjunto de reglas públicas.<sup>29</sup>

Por eso, según Rawls, salvo en casos excepcionales, estamos siempre obligados a cumplir las leyes, porque en la medida que ellas hayan sido dictadas de acuerdo con una constitución justa y representen la regularidad e imparcialidad que se identifica con la *rule of law*, ellas nos obligan plenamente. En estas circunstancias de regularidad e imparcialidad, estamos obligados a respetar, incluso, las leyes que nos parezcan injustas.<sup>30</sup>

Ahora bien, existen en la concepción de Rawls importantes diferencias entre el concepto de derecho y el concepto del bien. Entre estas diferencias, son especialmente notables las siguientes: a) Los principios de justicia o derecho (*right*) son elegidos en la posición original, en cambio, el concepto del bien que está basado, según veremos, en un concepto de elección racional y en una racionalidad deliberativa, no es elegido del mismo modo; b) Los principios de justicia o derecho tienen un contenido único, porque están basados en una decisión unánime, en cambio la concepción del bien que cada persona puede tener, en la teoría de Rawls puede ser muy diferente a la que tenga otra persona, y finalmente, c) Los principios de justicia son elegidos bajo un velo de ignorancia, en cambio la concepción acerca del bien que una persona puede tener, puede estar basada en un conocimiento completo acerca de los hechos.<sup>31</sup>

Estas son las relaciones que en Rawls pueden observarse a grandes

<sup>28</sup>Op. cit., Rawls, pp. 130-134.

<sup>29</sup>Ibid., nota 28, p. 235.

<sup>30</sup>Ibid., nota 28, p. 350. Ver además cap. VI, pp. 53 a 59.

<sup>31</sup>Ibid., nota 28, pp. 446-451.

rasgos, entre el concepto del derecho y el concepto moral del bien. Para observar con más detalle este punto, expondremos a continuación la forma en que él entiende el concepto de bien moral, para después explicar el concepto de prioridad y, finalmente, algunas consecuencias que se derivan de estas ideas.

### 3. El Concepto del Bien en Rawls

La concepción moral acerca del bien en la teoría de Rawls, cumple un papel fundamental porque, por una parte, en la forma restringida de los así llamados bienes sociales primarios, sirve para elegir los principios de justicia y, por la otra, en la forma de una concepción más amplia, puede adoptar cualquier contenido, con tal que no contradiga los principios de derecho y la concepción de justicia que haya sido públicamente elegida en forma unánime en la posición original.<sup>32</sup>

Por eso puede decirse que el concepto del bien en la teoría de Rawls, es análogo al concepto de racionalidad porque, al igual que este último, tiene una función descriptiva que implica cumplir con dos tipos de propiedades fundamentales. La primera, se refiere a que cuando describimos algo como bueno, debe servir para dar consejo y mostrar aprobación; la segunda, exige que aquello que llamamos bueno sirva como criterio de evaluación y de cambio entre las diferentes clases de cosas. Cuando algo cumple estas propiedades podemos, según Rawls, considerarlo bueno.<sup>33</sup>

Es cierto que la estructura social básica, al estar organizada de acuerdo con la concepción de la justicia de Rawls, es más consecuente con cierto tipo de concepciones morales acerca del bien, que respecto de otras. Pero en ella, el pluralismo está asegurado, porque la prioridad del derecho sobre el bien se construye a partir de un consenso que se produce en la posición original entre las distintas concepciones morales, sobre la base de una transacción, que, gracias al velo de ignorancia, se supone equitativa.<sup>34</sup>

Esto explica, por qué Rawls insiste en que él extrae muchos elementos de la concepción moral del bien de Kant y de un filósofo norteamericano llamado Josiah Royce, cuya idea principal al respecto, es que el bien de una persona está determinado por lo que para esa persona es su plan de vida a largo

<sup>32</sup>*Ibid.*, nota 28, p. 395.

<sup>33</sup>*Ibid.*, nota 28, p. 405.

<sup>34</sup>*Ibid.*, nota 28, p. 425.

plazo en circunstancias razonables. Es decir, el bien en esta concepción se identifica con la satisfacción del deseo racional planificado.<sup>35</sup>

Siguiendo esta idea, Rawls distingue dos clases de explicaciones acerca del bien. La primera se refiere a una noción restringida acerca del bien y la segunda dice relación con una noción completa acerca del concepto moral del bien. Ahora trataremos sobre estas dos partes de la explicación acerca del concepto moral de bien en la teoría de Rawls.<sup>36</sup>

### 3.1. Noción Restringida acerca del Bien

En una primera etapa de la teoría de Rawls, se utiliza el concepto de bien para definir la clase de personas menos favorecidas de una sociedad, entendiendo que esta clase es aquella que tiene una menor proporción de bienes sociales primarios. Estos bienes están relacionados con la estructura básica de la sociedad que regula los principales acuerdos políticos y económicos, porque en la teoría de Rawls las partes que intervienen en la posición original hipotética donde son elegidos los principios de justicia, sólo deben poder ver y perseguir aquella clase de bienes que todas las personas desearían. Ellos son, el bien social primario de la libertad, el bien de la igualdad y los bienes ligados a los sistemas de regulación de las diferencias de autoridad, ingreso y riqueza.<sup>37</sup>

Rawls, eso sí, se encarga en todo momento de precisar que el bien social primario por excelencia es el sentido del propio respeto y la confianza en el propio mérito que cada persona tiene derecho a tener.<sup>38</sup>

Los bienes sociales primarios tienen por función dar forma a una clase

<sup>35</sup>*Ibid.*, nota 28, p. 408. Ver cap. IV, p. 40.

<sup>36</sup>En la traducción al español de María Dolores González se traduce el concepto "thin theory of the good", como "teoría específica del bien", lo que a mi juicio es erróneo porque el término "thin", tal como es usado por Rawls en su teoría, es traducido mucho más exactamente como "restringido" o "restringida". John Finnis en *Fundamentals of Ethics* (Oxford: Oxford University Press, 1985), pp. 48 a 53, expone y critica duramente la "thin theory of the good" de Rawls, desde el punto de vista del concepto clásico de "racionalidad práctica". Según Finnis, con esta noción "restringida" se excluyen de la elección ética fundamental ciertas clases de bienes importantes y se privilegian otros, que no lo son tanto.

<sup>37</sup>*Op. cit.*, Rawls, p. 396.

<sup>38</sup>*Ibid.*, nota 37, p. 440.

de juicio moral que Rawls espera que todas las personas hagan en forma unánime, en la posición original.<sup>39</sup>

Para ello introduce una serie de restricciones formales, que implican la construcción de un procedimiento mediante el cual se tiene acceso a esta noción restringida sobre el bien. De modo que las personas que intervienen en la posición original sólo pueden tener esta noción restringida y así elegirán como propias aquellas ideas acerca del bien que cumplan con las siguientes restricciones que se exponen a continuación:

1. Las concepciones restringidas del bien deben tomar en cuenta que se ha de definir lo bueno como todo aquello que tiene las cualidades que racionalmente las partes deseen en las cosas. La bondad es asimilada y restringida, de modo que represente casi exclusivamente una cierta racionalidad formal.

2. La noción restringida del bien, para ser considerada como tal, debe estar integrada en un proyecto o plan racional de vida, sólo si este proyecto de vida es congruente con lo que Rawls llama "principios de elección racional" y con la "racionalidad deliberativa". Ahora intentaremos explicar estos dos últimos conceptos.

2.1. Los "principios de elección racional", que en la concepción de Rawls tienen como función restringir el concepto del bien, se expresan del modo siguiente:

- a) Al elegir el proyecto racional de vida, que en definitiva modelará la concepción particular del bien, cada persona debe tratar de que este proyecto se realice en una alternativa del mejor modo posible y usando para ello los medios más efectivos.
- b) Las partes deben tratar de que el proyecto racional acerca de su propio bien se realice en el menor tiempo posible y que incluya la realización de la mayor cantidad de intereses y propósitos, y finalmente,
- c) Debe elegirse aquel proyecto racional acerca del propio bien que tenga mayores probabilidades de éxito.<sup>40</sup>

2.2. La noción de "racionalidad deliberativa", Rawls la extrae de Sidgwick. Esta noción supone que al elegir la concepción del bien, debe

<sup>39</sup>*Ibid.*, nota 37, pp. 407-416.

<sup>40</sup>*Ibid.*, nota 37, pp. 407-433.

tenerse pleno conocimiento acerca de los hechos y los factores relevantes que permiten tomar una decisión respecto del modo de acción que satisface sus deseos más fundamentales, en un plan racional de vida.<sup>41</sup>

3. Finalmente Rawls exige que la concepción del bien sea elegida teniendo en cuenta el "principio aristotélico". Este principio exige perfeccionar sucesivamente nuestra acción y nuestra propia concepción del bien y se expresa diciendo que en igualdad de circunstancias, los seres humanos disfrutan con el ejercicio de sus capacidades una vez que son realizadas y que este disfrute es mayor, cuanto más capacidades se realizan y mayor es la complejidad de las mismas.<sup>42</sup>

Lo que Rawls quiere obtener con todas estas restricciones es un compromiso en relación con los principios de justicia que él ha propuesto y que este compromiso no pueda ser alterado por las concepciones del bien que cada persona pueda tener. Para eso restringe la noción del bien, imponiendo respecto de ésta, una serie de requisitos e intentando racionalizarla mediante esta teoría restringida del bien, con la cual se pretende transformar la noción del bien en una noción que tenga características tan hipotéticas, como son las que ya están implicadas en la noción de la justicia de la posición original.

De ese modo, para saber si algo es bueno o malo en la teoría de Rawls, tendremos que preguntarnos si se ajusta o no al proyecto de vida que las partes hayan previamente elegido, proyecto que se elige considerando los "principios de elección racional", con "racionalidad deliberativa" y teniendo en cuenta la mayor obtención de "bienes sociales primarios" y el "principio aristotélico". Esta noción restringida acerca del bien, anticipa la elección de los principios de justicia que debe realizarse en la posición original.<sup>43</sup>

Por eso en la posición original, al estar sometido a la noción restringida acerca del propio bien, se supone que las partes elegirán como principios de justicia aquellos que más aseguren el bien social primario de la libertad y éstos son los principios de Rawls. Sólo una vez que estos principios morales aseguren el bien social primario de la libertad y estén estructurados según nuestra noción restringida acerca del bien, de acuerdo con lo que Rawls nos propone, es posible pensar en una noción más completa acerca del propio bien.

<sup>41</sup>*Ibid.*, nota 37, pp. 416-424.

<sup>42</sup>*Ibid.*, nota 37, p. 424.

<sup>43</sup>*Ibid.*, nota 37, p. 434.

### 3.2. Noción Completa acerca del Bien

Como ya lo explicábamos antes, una vez que las partes en la posición original eligen los principios de justicia y derecho, entonces y sólo entonces, podemos comenzar a hablar de la existencia de una noción completa acerca del propio bien. Esto supone que nunca podremos tener una idea del bien que se oponga a los principios de justicia que ya han sido previamente elegidos en la posición original.<sup>44</sup>

Esta noción completa acerca del bien, en la teoría de Rawls no está muy desarrollada porque puede tener prácticamente cualquier contenido, pero comprende algunas definiciones de conceptos morales en forma esquematizada. Por ejemplo, se preocupa de definir los actos buenos, como aquellos que estamos en libertad de hacer o no hacer, y los que promueven o intentan promover el proyecto racional de vida que cada persona ha diseñado para lograr su propia realización. Por otra parte, la noción completa acerca del bien también debe dar una explicación acerca de las diferentes clases de valor moral o la ausencia del mismo y nos permite saber en definitiva, si una persona y una sociedad en su conjunto, son buenas o no.<sup>45</sup>

Pero para entender en toda su complejidad la idea de Rawls acerca del derecho y del bien, es necesario adentrarse en una explicación acerca del concepto de "prioridad", lo que haremos a continuación.

## 4. El Concepto de Prioridad en la Teoría de Rawls

Rawls afirma que en la discusión moral, para que pueda hablarse de racionalidad en cuanto a los medios empleados y los fines perseguidos, debe existir un criterio para asignarle el peso de convicción a cada una de las distintas argumentaciones y principios. Este criterio debe ser lo más explícito posible y constituye una parte fundamental de cualquier concepción de la justicia. En la teoría de Rawls este criterio se llama prioridad.<sup>46</sup>

Desde el punto de vista de Rawls, el concepto de prioridad tiene el propósito de hacer que nuestras concepciones acerca de la justicia converjan entre sí y también tiene la función de plantear fórmulas generales y aceptables

<sup>44</sup> *Ibid.*, nota 37. p. 435.

<sup>45</sup> *Ibid.*, nota 37, pp. 434-439.

<sup>46</sup> *Ibid.*, nota 37, p. 41.

que puedan implicar un acuerdo en cuanto a los principios de justicia. Lo que sucede es que el acuerdo original que Rawls nos presenta en su teoría, es el que determina hasta qué punto las partes que en él intervienen están preparados para comprometerse y simplificar sus juicios. De modo que son ellos los que establecen las reglas de prioridad, con las que en definitiva fijarán una concepción común de justicia.<sup>47</sup>

Pero la función más importante que Rawls asigna al concepto de prioridad, es la de representar un límite al papel de la intuición y con ello pretende hacer posible la unanimidad que es necesaria para elegir su concepción de la justicia. En la teoría de Rawls, la intuición moral sólo debe servirnos para ubicar una posición inicial desde la cual podamos juzgar el sistema social como un todo. A partir de esta posición y pensando en el hombre más representativo, debemos preguntarnos por los principios que es razonable elegir en relación con la estructura básica de la sociedad. La intuición en la teoría de Rawls no debe tener más funciones que éstas. A partir de este hecho inicial y sólo a partir de él, pueden elegirse ciertos principios de justicia que posteriormente son jerarquizados entre sí y finalmente especificados con gran detalle en relación con cuestiones y problemas que tienen intencionalmente un carácter muy específico.<sup>48</sup>

Esta pluralidad de diferentes principios que son armonizados entre sí, es una de las características más sobresalientes de la teoría de Rawls. En ella, los diversos criterios se van combinando en un orden que establecen las reglas de prioridad, haciendo cada vez más compleja esta combinación, a medida que la complejidad de las decisiones morales así lo requiere.<sup>49</sup>

Por ejemplo, en la concepción de Rawls, la libertad siempre debe ser preferida antes que los beneficios sociales y económicos y por eso es que existe una prioridad, llamada prioridad de la libertad. Pero en gran medida el problema subsiste, porque siempre hay que establecer un criterio para determinar la relación que existe entre los distintos tipos de libertad.<sup>50</sup>

Frente a estos diferentes principios, la regla de prioridad de Rawls tiene la misión de provocar una jerarquización inalterable, una verdadera convicción acerca del orden que deben seguir nuestros razonamientos ante las realidades que los afectan. Rawls nos explica, que a medida que su concep-

<sup>47</sup>*Ibid.*, nota 37, pp. 41, 42 y 44.

<sup>48</sup>*Ibid.*, nota 37, p. 45.

<sup>49</sup>*Ibid.*, nota 37, p. 63.

<sup>50</sup>*Ibid.*, nota 37, pp. 250, 303, 239.

ción general e ideal de la justicia se va especificando ante las situaciones no-ideales, las reglas de prioridad deben irse haciendo más sofisticadas y esto puede hacer que estas reglas se hagan inoperantes o ininteligibles. Cuando llegamos a este extremo, debemos aceptar que ya no es posible hablar de un sistema de racionalidad moral intersubjetivo.<sup>51</sup>

Por eso, en la concepción de Rawls el concepto del derecho tiene prioridad sobre el concepto moral del bien, porque se supone que todos los miembros de la sociedad acuerdan conformar sus concepciones particulares acerca del bien, a lo que los principios de justicia requieren o al menos acuerdan no plantear demandas que puedan afectar estos principios de justicia, una vez que éstos han sido elegidos en forma unánime.<sup>52</sup>

Así se asegura que los planes de vida de cada persona puedan estar formados por principios morales de la más variada especie, porque los principios de elección racional con los que ellos se forman, cuando se aplican a estos planes, no fijan determinadamente un contenido preciso, sino que dejan en manos de cada individuo un campo donde intervienen sus propias diferencias y elecciones particulares. Esta indeterminación no presenta ninguna dificultad en la concepción de Rawls, porque al existir la prioridad del derecho sobre la concepción moral del bien, no hay modo de afectar los principios morales más elementales, que son los principios de justicia, elegidos para regular la estructura básica de la sociedad.<sup>53</sup>

Toda esta concepción de la prioridad del derecho sobre el bien se apoya en que los principios de justicia tienen un contenido definido y que los argumentos que los soportan sólo requieren unanimidad en relación con un concepto restringido del bien que incluye, exclusivamente, ciertos bienes básicos. Una vez que esta concepción de la justicia se establece, la prioridad del derecho tiene por función asegurar la precedencia de sus principios sobre los principios que forman las visiones particulares acerca del concepto moral del bien.<sup>54</sup>

El derecho adquiere por este procedimiento una dignidad superior y una independencia muy marcada, en relación con el bien y no puede ser afectado por los diferentes conceptos, que en una sociedad pluralista pueden y deben existir acerca de este concepto moral y su realización.

<sup>51</sup>*Ibid.*, nota 37, p. 41.

<sup>52</sup>*Ibid.*, nota 37, p. 449.

<sup>53</sup>*Ibid.*, nota 37, p. 564.

<sup>54</sup>*Ibid.*, nota 37, pp. 24, 25, 563-565.

Con ello, Rawls quiere rescatar el valor de la igualdad de la personalidad moral de los seres humanos, inscribiendo su teoría en las ideas que se propusieron principalmente en los escritos de Kant. Rawls realiza el rescate de esta idea, con el propósito de construir una visión alternativa, viable y sistemática, con la cual las ideas utilitarias, intuicionistas y perfeccionistas, acerca de la relación entre el bien y el derecho, puedan quedar fundamentalmente superadas.<sup>55</sup>

### 5. Consecuencias de la Prioridad del Derecho sobre el Bien

- a) En la concepción de Rawls podemos distinguir una moral personal y una moral social. Esta última se identifica con el trasfondo ético del derecho y con ciertos principios de justicia que se aplican a la estructura básica de la sociedad.
- b) En la concepción de Rawls, el derecho es definido en forma independiente de la moral personal.
- c) En la concepción de Rawls, el trasfondo ético del derecho y los principios de justicia que se refieren a la estructura básica de la sociedad tienen un contenido único que se forma mediante una transacción y un consenso que es logrado en la posición original en forma unánime, bajo ciertas restricciones, especialmente en cuanto a la noción del propio bien.
- d) En la concepción de Rawls, una vez que los principios de justicia y del derecho han sido asegurados, el concepto de bien personal puede tener cualquier contenido, con tal que éste no contradiga esos principios ya acordados en la posición original, y, por último,
- e) El concepto restringido acerca del bien y el concepto acerca del bien forman dos concepciones o puntos de vista independientes, que se conectan entre sí a través del concepto llamado posición original, sólo una vez que los principios de justicia han sido elegidos. □

<sup>55</sup>*Op. cit.*, Rawls, p. 586. Esta idea de Rawls de sentirse heredero intelectual de Kant, es duramente criticada por Robert Paul Wolff, en *Understanding Rawls* (N.Y.: Princeton University Press, 1977). Por otra parte, para tener una idea general de las críticas de Rawls, ver Norman Daniels, *Reading Rawls* ed. (N.Y.: Basic Books Inc., 1975), que reúne la más interesante y completa selección de artículos sobre la obra de Rawls; sin embargo, en ella no se trata directamente el tema de la prioridad del derecho sobre el bien.