

## La justicia en el pensamiento jurídico angloamericano contemporáneo. Acotaciones críticas<sup>1</sup>

SALVADOR RUS RUFINO<sup>2</sup>

**Resumen:** Desde que John Rawls escribió su conocida *A Theory of Justice*, en el mundo de habla inglesa se produjo un hecho importante: la justicia se convirtió en un tema fundamental en los estudios de filosofía moral y política, una cuestión continuamente debatida. Sin embargo, los juristas quedaron al margen esta preocupación general. Sólo desde hace unos tres lustros comenzó a elaborarse una teoría de la justicia por los juristas, con el fin de explicar cuestiones fundamentales que inciden directamente en el Derecho y a la actividad jurídica. En el trabajo se muestran cuatro vías distintas que han intentado dar respuesta a la cuestión de por qué y cómo distribuir, y también pretenden justificar un hecho importante: la asignación de bienes y recursos.

**Palabras clave:** Justicia, Derecho, Mérito, Eficiencia, Derechos Humanos, Diálogo.

**Abstract:** Since John Rawls wrote his acquaintance *A Theory Justice*, in the English-speaking world an important fact took place: the justice was a fundamental topic in the studies and researches of moral philosophy and politics, a question continually debated. However, the jurists remained the margin this general concern. Only for about three lustrum began to elaborate a theory of the justice for the jurists, with the purpose of explaining fundamental questions which are concern directly in the Law System, the Legal Theory and the activity of lawyers. In the work are shown four differents ways which the jurists have tried to give answer to the question of why and how distribute, and they also seek to justify an important fact: the assignment of goods and resources.

**Key words:** Justice, Right, Desert, Efficiency, Human Riglets, Dialogue.

### 1. INTRODUCCION.

Este estudio tiene como objeto el análisis de las nuevas teorías de la justicia surgidas en el ámbito cultural y geográfico angloamericano. Como puede comprobarse, este propósito sería demasiado amplio, porque se trata de un debate interdisciplinar, en el que han intervenido, y siguen interviniendo -porque la cuestión no está ni mucho menos zanjada- autores de diversas ramas del saber, y por supuesto, de diferentes escuelas de pensamiento. Dada la profundidad, la extensión y la complejidad de la cuestión, que ya llamó la atención de H. Kelsen,<sup>3</sup> me he limitado a la exposición de las teorías con mayor arraigo e influencia en la tradición jurídica del *Common Law*.

1 Trabajo realizado dentro del proyecto de investigación subvencionado por la DGICYT PS 94/0150. El autor quiere agradecer la ayuda y las indicaciones recibida por los profesores B. DE CASTRO CID, de la U.N.E.D. y JAMES R. GORDLEY de la University of California Berkeley.

2 Dirección para correspondencia: Filosofía del Derecho, Universidad de León, Facultad de Derecho, 24071 León.

3 Cfr. H. KELSEN, *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1957, pp. 1 y 21, principalmente.

El inicio de la discusión sobre la justicia adquiere una gran importancia y se constituye en un tema básico de investigación en la década de los años setenta. Durante este tiempo, como es sabido, en el mundo de habla inglesa se produjo un incremento de los estudios sobre la justicia.<sup>4</sup>

Esto fue así,<sup>5</sup> entre otras razones, porque en los primeros años de la citada década, el progreso económico ininterrumpido del mundo occidental iniciado en 1945, se ve truncado. El sueño de la prosperidad incesante e ilimitada se derrumba y se llega a lo que los economistas denominan "la suma cero en la sociedad": lo que uno gana otro lo pierde. En esta situación el discurso sobre la justicia, especialmente referido a la distribución de bienes, cargas sociales y recursos, interesa a todos.

La sociedad capitalista, tras el éxito reflejado por el fuerte crecimiento económico, se vio sorprendida por una escasez material (no se producían todos los bienes que se necesitaban). Los anglosajones la denominaron escasez social: para algunos bienes existe un límite de oferta, debido sobre todo a factores sociales más que físicos. De este modo el capitalismo liberal sin renunciar a sus postulados básicos: el individualismo y la libre disposición de la propiedad privada y de los bienes, se hizo más solidario y comenzó a replantearse el problema de la justa distribución social de los bienes con el fin de crear una sociedad más justa.<sup>6</sup>

Sin embargo, es sólo a partir de los comienzos de la década de los ochenta cuando intervienen de lleno en la polémica los juristas que se habían mantenido tradicionalmente al margen —a excepción de R. Dworkin—<sup>7</sup> de las grandes discusiones o investigaciones teóricas sobre la justicia.<sup>8</sup> Desde esta fecha, la actitud fue cambiando de forma radical. Y, en la actualidad, las elaboraciones teóricas que los juristas desarrollan desde la óptica específica de los problemas que plantea la vida jurídica diaria, no sólo son considerablemente abundantes, sino que constituyen una aportación decisiva.<sup>9</sup> Puesto que ellos, admitiendo la primacía de la justicia como valor social y político, tratan de desarrollar otra vía de investigación mediante la explicación de cuáles son los fundamentos sobre los que

4 Los autores que se dedicaron al desarrollo de la cuestión fueron casi exclusivamente filósofos de la moral y la política y economistas. Son suficientemente conocidos los trabajos de J. RAWLS, R. NOZICK, F. HAYEK, K. ARROW, B. BARRY, D. RAE, J.R. LUCAS o D.D. RAPHAEL por citar sólo algunos, que monopolizaron el debate.

5 Cfr. para estas ideas F. ROMANI, "Introduzione all'edizione italiana", en ACKERMAN, B.A., *La giustizia sociale nello stato liberale*, Bologna, Il Mulino, 1984, pp. 13-16.

6 Cfr. P. van PARIJS, *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, Barcelona, Ariel, 1993, pp. 200-202.

7 Ya en su obra *Taking Rights Seriously*, London, Gerald Duckworth, 1978, 2ª ed., intenta construir, desde la perspectiva de un jurista, una teoría de la justicia basada en la afirmación de la existencia de derechos naturales, morales o humanos, como suelen denominar a este tipo de derechos en el mundo anglosajón. Cfr. T. CAMPBELL, *Justice*, Atlantic Highlands, Humanities Press International, 1988, pp. 38-55 y 85-95, también la obra de GUEST, S., *Roland Dworkin*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1992, pp. 37-41, 157-158, 297-298 y 304-305.

8 Me parece todavía válida la explicación hecha en los años cincuenta por I. TAMMELO, *Justice and Doubt. An Essay on the Fundamentals of Justice*, Wien, Springer Verlag, 1959, pp. 318-322 (es un reprint de la publicación *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Rechts*, IX, 3).

9 Esta importancia también ha sido vista por los iusfilósofos españoles, véase a modo de ejemplo los siguientes trabajos: J.A. PEREZ LLEDO, "La enseñanza del Derecho en los Estados Unidos", *Doxa*, 12, 1992, pp. 41-93; J.J. MORESO, *La teoría del Derecho en Bentham*, Barcelona, PPU, 1992; A. CALSAMIGLIA, "Ensayo sobre Dworkin", en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 7-27, "Dworkin and the Focus on Integrity", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 80, 1994, pp. 52-65, "El concepto de integridad en Dworkin", *Doxa*, 12, 1992, pp. 155-176 (reeditado con algunos añadidos bajo el título "Justicia, Eficiencia y Derecho" en la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 1988, pp. 305-355; L. PRIETO SANCHIS, "Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 14, 1985, pp. 353-378 y las frecuentes traducciones de las obras de los pensadores angloamericanos.

se construye un ordenamiento jurídico justo y, desde ahí, intentan exponer qué principios deben servir de fundamento en una sociedad para que ésta se considere justa. Por otra parte, los juristas aportan a la discusión de cuestiones sobre filosofía práctica, metodológicamente, un condicionamiento y una referencia constante a la realidad social, en suma, a los hechos.

El punto de partida común de todos los juristas, es el hecho de la distribución social de bienes, recursos, cargos, castigos, etc. Desde esta exigencia se establecen los criterios y normas que deben justificar y fundamentar la distribución o determinar cómo se deben distribuir los bienes y por qué se les asignan y adjudican a una persona determinada y no a otra. Por tanto, ante el hecho de la distribución existen dos niveles complementarios. De un lado, el aspecto argumentativo teórico que responde a la pregunta por qué y cómo distribuir; de otro, el aspecto práctico que se cuestiona sobre la asignación a tal o cual individuo. Este segundo nivel implica la caracterización de la justicia como una exigencia individual irrenunciable, fundada en el modo de ser del hombre, y también como una exigencia social que debe armonizar las distintas tendencias de los individuos en la sociedad, atribuyéndole a cada uno aquello que le corresponde, lo que es suyo.

En suma, el problema central consiste en justificar la distribución inicial, y esto afecta directamente al Derecho. Por esta razón, es lógico, que los juristas se ocupen de la justicia desde el punto de vista práctico, porque tiene una gran influencia e importancia como medio de llevar a cabo la distribución social y mantener ordenada la sociedad. De este modo tratan de justificarla mediante una teoría de la argumentación y de la adjudicación, y en ambos aspectos se puede encontrar también un punto de coincidencia inicial: la asignación de algo se realiza mediante la decisión de quién o quiénes pueden y deben tomar la resolución.

Metodológicamente he optado por estudiar el problema de la teoría de la justicia entre los juristas distinguiendo cuatro tendencias, que se corresponden con otros tantos epígrafes. Se puede admitir que no son las únicas tendencias que se pueden identificar,<sup>10</sup> quizá se podría incluir una más, por ejemplo, el marxismo, pero, como algunos autores han destacado, esta corriente de pensamiento que ha contribuido notablemente al desarrollo de la teoría de la justicia, no ha tenido, ni tiene un gran arraigo en el mundo anglosajón.<sup>11</sup> Algo parecido sucede con el iusnaturalismo, que es defendido de

10 Cfr. los trabajos de B. BARRY, *The Liberal Theory of Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1973; L.L. WEINREB, "The Complete Idea of Justice", *The University of Chicago Law Review*, 51, 1984, pp. 752-809; F. VALLESPIN OÑA, *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Madrid, Alianza Editorial, 1985; M.A. RODILLA, "Buchanan, Nozick, Rawls: Variaciones sobre el Estado de Naturaleza", *Anuario de Filosofía del Derecho*, II, 1985, pp. 229-284; T. CAMPBELL, *Justice*, cit.; B. BARRY, *A Treatise on Social Justice*, Volume I: Theories of Justice, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1989; J. REIMAN, *Justice and Modern Moral Philosophy*, New Haven-London, Yale University Press, 1990; T. MORAWETZ, (ed.), *Justice*, Aldershot, Dartmouth, 1991, en el que recopila una serie de trabajos ya publicados que abarcan la amplia temática que los anglosajones atribuyen a la teoría de la justicia; R. DREIER, *Recht-Staat-Vernunft. Studien zur Rechtslehre 2*, Frankfurt, Suhrkamp, 1991, pp. 18-29, recoge un ámbito más amplio que el angloamericano; J. STERBA, "Conceptions of Justice a Practical Reconciliation", en M. KARLSSON-O.P. JONSSON- E.M. BRYNJANDOTTIR, *Recht, Gerechtigkeit und der Staat*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 223-235; M. ELOSEGUI ITXASO, M., "Comunitarismo versus Liberalismo. Estado de la cuestión", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1994, pp. 618-622; W. KYMLICKA, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, Barcelona, Ariel, 1995, capítulos 3-6; B. BARRY, *Justice as Impartiality*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

11 Véase M. COHEN, (ed.), *Marx, Justice and History*, Princeton, Princeton University Press, 1980; A.E. BUCHANAN, *Marx and Justice*, London, Methuen, 1982; H. COLLINS, *Marxism and Law*, Oxford, Clarendon Press, 1982; T. CAMPBELL, *The Left and Rights*, London, Routledge Kegan & Paul, 1983; R.G. PEFFER, *Marxism, Morality and Social Justice*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

una forma *sui generis* por un grupo muy reducido de juristas entre los que cabe destacar J. Finnis.<sup>12</sup> También se puede echar de menos para completar el panorama algún movimiento como los *Critical Legal Studies*.<sup>13</sup> En mi opinión, sin entrar en mayores profundidades, ésta y otras corrientes doctrinales, por ejemplo, *New Right Jurisprudence* o *Law and Literature*, no han intentado desarrollar una teoría de la justicia, más bien se han dedicado a aspectos metodológicos y críticos, por esta razón, me ha parecido oportuno excluirlas. Lo que sí se puede afirmar es que en algunas de las ideas de cada una de estas tendencias filosóficas laten y son identificables entre los autores anglosajones, muy dados a construir su pensamiento de un modo muy ecléctico.

## 2. LA JUSTICIA COMO RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS.

Es sabido que los derechos humanos constituyen en este momento uno de los grandes temas u objeto de la investigación y de la reflexión iusfilosófica. Para muchos autores, el contenido material del Derecho justo se identifica con el respeto a estos derechos, con que sean verdaderamente prácticos, operativos en la sociedad. Desde esta perspectiva la justicia se considera un asunto relativo al respeto de los derechos humanos, evitando la violación de los mismos. Así pues, el aforismo clásico 'a cada uno lo suyo' puede transmutarse 'a cada uno sus derechos', que no dependen de la gracia o el favor de otros: no es un extra moral, sino que son intrínsecos al propio hombre, al ser humano, son debidos a él y, por tanto, generan obligaciones por parte de los otros, de los demás.<sup>14</sup>

Estos autores, en general, opinan que la administración de justicia sirve para determinar qué derechos tienen los individuos y ofrece la seguridad de que todos serán tratados con la misma consideración y respeto.<sup>15</sup> De ahí que ellos valoren sobre todo la igualdad,<sup>16</sup> que tiene su manifestación más clara en la actividad judicial. Si ésta es conculcada, se llegaría a una situación de absoluta desigualdad, de injusticia, que pondría en peligro los propios derechos.<sup>17</sup>

En el mundo anglosajón la noción de derechos humanos está sometida a una intensa discusión en la que participan un variado número de autores procedentes de distintas tendencias –consecuencialismo, individualismo, realismo, etc.– y diversos campos del saber.<sup>18</sup> El mismo término que sirve para designar estos derechos, *right* es idéntico a la palabra que se utiliza para denominar la adecua-

12 Cfr. C.I. MANSSINI-CORREAS, *Los derechos humanos. Una paradoja de nuestro tiempo*, Santiago, Alfabetá impresores, 1989, pp. 87-100; J. RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, "El iusnaturalismo de John Finnis", *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, pp. 375-406.

13 Cfr. R. MANGABEIRA-UNGER, "The Critical Legal Studies Movement", *Harvard Law Review*, 96/3, 1983, pp. 561-675; M. KELMAN, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Harvard University Press, 1987; A. ALTMAN, *Critical Legal Studies. A Liberal Critique*, Princeton, Princeton University Press, 1990; J. BOYLE, *Critical Legal Studies*, Adhershott, Dartmouth, 1994, recoge un gran número de artículos publicados en diversas revistas por autores que se adscribieron a este movimiento.

14 Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. XIV; T. CAMPBELL, *Justice*, cit., p. 36.

15 Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 275; J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson, 1975, pp. 35-48; A. GEWIRTH, *Reason and Morality*, Chicago, Chicago University Press, 1978, cap. 2; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.

16 Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 273.

17 Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 22, 170, 231 y 298.

18 Cfr. C.I. MASSINI, *Derechos Humanos*, cit., capítulos II al V. Una visión muy completa de la amplísima problemática de la fundamentación y justificación de los derechos humanos puede encontrarse en la obra de J. RODRIGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *La razón de los derechos. Perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1995, especialmente los capítulos 2, 3 y 4.

ción moral y no tiene nada que ver con la palabra *law*, 'derecho'. Ellos han reservado el vocablo *right* para expresar, por ejemplo, los intereses cuya satisfacción permitiría mantener unos ideales y valores que son conflictivos en la sociedad.

El representante que mejor ha expuesto este punto de vista del liberalismo, entre los juristas, es R. Dworkin. Su realización más acabada data, como se ha dicho, de 1977, cuando publicó su trabajo *Taking Rights Seriously*. En él intenta la construcción de una teoría de la justicia basada, como se ha dicho, en un individualismo radical iusnaturalista.<sup>19</sup> Desde su punto de vista para elaborar una teoría de la justicia hay que superar el ordenamiento jurídico, los derechos positivos, y llegar a formular una teoría de los derechos fundamentales. Dworkin afirma que la titularidad de los derechos corresponde a todos los hombres por el hecho de serlo y, de este modo, se convierte en portador de unos derechos básicos, inalienables y universales, que son previos a toda organización o pacto humano. La legitimidad de una forma de gobierno se funda en el respeto y protección de esos derechos que tienen la característica de que no pueden ser conculcados en aras del bienestar social, del *Welfare State*, e incluso admite la posibilidad de llegar a la desobediencia del Derecho como postura de fuerza para mantener los derechos fundamentales, tesis que defiende en obras más tardías como *A Matter of Principle*<sup>20</sup> y *Law's Empire*.<sup>21</sup>

El problema se plantea en la caracterización y cualificación de estos derechos y cómo influyen en la instauración de una sociedad justa.<sup>22</sup> A esta pregunta Dworkin responde que los derechos referidos a la dignidad y a la igualdad de las personas son los pilares sobre los que se debe asentar la justicia. De ahí que desarrolle una teoría de la justicia fundamentada en la igualdad más que en la libertad en la que, por ejemplo, la cuestión de la discriminación reciba el calificativo de injusta porque supone, en la práctica, la violación no sólo de unos derechos, sino también la conculcación y el desprecio de la igualdad.<sup>23</sup>

Estos derechos deben estar presentes en el ordenamiento jurídico. Para evitar que los derechos fundamentales –los que él considera como irrenunciables en el hombre– queden mediatizados o sometidos a las coyunturas y decisiones políticas, Dworkin afirma que deben ser recogidos en los textos jurídicos básicos, en las constituciones y también en las sentencias de los jueces. De ahí que estos derechos, como muchos de los preceptos constitucionales, ofrezcan una justificación general a las decisiones políticas. Pero como la operatividad de tal reconocimiento no es muy grande, ya que se limita a marcar las líneas directrices del poder político constituido, R. Dworkin se centra en desarrollar una teoría de la justicia sometida al poder jurisdiccional del juez<sup>24</sup> que, contra lo que afirmaba el

19 Cfr. L. PRIETO SANCHIS, "Teoría del Derecho y filosofía política en Ronald Dworkin", cit., p. 355.

20 R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, especialmente la Parte Tercera.

21 R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 285-288.

22 Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 87.

23 Para R. DWORKIN la igualdad de consideración y respeto es fundamental y axiomática. Esta se concreta en dos aspectos. De un lado, hace referencia a un derecho que exige un tratamiento igual, a la justa distribución de los bienes y de las oportunidades que cada ser humano tenga o que le haya sido concedida. Y, de otro, un derecho a recibir un trato igual, que se concreta en una igualdad de consideración y respeto de las decisiones políticas referentes a la forma en que han de ser distribuidos tanto los bienes como las oportunidades, véase *Taking Rights Seriously*, cit., pp. XIV y 281. R. DWORKIN se ha ocupado en sus investigaciones de desarrollar una teoría sistemática de la igualdad, como ejemplo, pueden consultarse los cuatro artículos publicados con ese título: "What is Equality? Equality of Welfare (Part I)", *Philosophy and Public Affairs*, 10, 1981, pp. 185-246; "What is Equality? Equality of Resources (Part II)", *Philosophy and Public Affairs*, 10, 1981, pp. 283-345; "What is Equality? The Place of Liberty (Part III)", *Iowa Law Review*, 73, 1987, pp. 1-54; "What is Equality? Political Equality (Part IV)", *University of San Francisco Law Review*, 22, 1987, pp. 1-30.

24 Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 116.

realismo jurídico, no crea el Derecho, sino que es un buen conocedor del mismo y de sus fundamentos morales, y está dotado de las cualidades como: erudición, conocimiento profundo del ordenamiento jurídico, habilidad, paciencia y perspicacia. De este modo, el juez, se convierte en protector de los derechos individuales. El juez en sus juicios y, sobre todo, en los casos difíciles, se ve en la obligación de trascender el "libro de reglas", el código normativo, en que con frecuencia se transforma el Derecho. El debe utilizar en la administración de la justicia con sabiduría los principios, morales y políticos, para emitir una sentencia o llegar a la resolución de un caso. En especial en citados supuestos difíciles (*Hard Cases*) en los que con frecuencia se ven implicados los derechos fundamentales.

Si los derechos individuales son importantes en las decisiones de los jueces, también lo son en la actividad legislativa, en la que las decisiones se toman de acuerdo con una combinación equilibrada entre los fines y los derechos fundamentales. Sólo donde éstos últimos están implicados existe o puede existir justicia, de tal forma que éstos suponen un veto a los fines basados en la legislación que infringe o conculca sistemáticamente los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, R. Dworkin va a construir su teoría de la justicia partiendo de la igualdad, en el doble sentido indicado antes. Como el respeto de los derechos humanos es el contenido de la justicia y como la igualdad es el derecho fundamental básico, la igualdad es el núcleo esencial de la justicia. El trato como un igual exige sólo que el gobernante considere a las personas con el mismo interés y respeto; por ejemplo, no debe distribuir los bienes o las oportunidades de forma desigual basándose en que algunos ciudadanos tienen más derecho a ellos porque son merecedores de más cuidado o solicitud, o porque contribuyen con más medios al mantenimiento de la sociedad. Esto puede limitar la igualdad porque el ideal de bien vivir de uno no debe considerarse mejor o más noble o superior al de otro.<sup>25</sup>

### 3. LA JUSTICIA COMO DECISION NEGOCIADA.

Ningún análisis de la justicia es suficiente por sí mismo para ofrecer una calificación acerca de una situación determinada o sobre un asunto concreto. Cualquier teoría sobre la justicia que quiera influir en la vida práctica debe tener en cuenta la dificultad de emitir un juicio sabio y bien informado o para establecer unos criterios explícitos y unas reglas de prioridad bien definidos, por una instancia neutral cualificada, a la que se le atribuye la capacidad de decidir.

Los autores que siguen un planteamiento de la justicia como decisión negociada admiten que el sistema actual de justicia exige, además del uso de conceptos abstractos, atender y juzgar sobre hechos concretos. La justicia supone ante todo la emisión de un juicio que se fundamente en criterios claros y en reglas bien definidas. Esta es una tradición antigua en el pensamiento occidental. De este modo, la justicia no está circunscrita a una situación dada o fijada, sino que tiene relación directa con la capacidad individual de fijar situaciones concretas. Dicho de otra forma, interesan más las características del hombre justo y no tanto los hechos. Ese hombre justo es el juez prudente, bien informado y conocedor de las leyes. A este hombre se le exige una serie de cualidades como imparcialidad, inteligencia, amabilidad, conocimientos profundos, prudencia y una cualidad difícil de definir como es la sabiduría, que le permitan actuar con neutralidad moral y emitir un juicio imparcial.<sup>26</sup>

25 Cfr. el opúsculo de R. DWORKIN, *Justice and Good Life*, Kansas City, Kansas University/Department of Philosophy, 1991.

26 Cfr. B. BARRY, *Justice as Impartiality*, cit., pp. 130-133.

Desde esta perspectiva procedimental, la teoría de la justicia consistirá en saber cómo se llegan a aplicar de forma justa los criterios de justicia. La justicia se alcanzará a través de las decisiones del juez que argumenta de una forma coherente, correcta y suficientemente justificada. Por tanto, el fin se cifrará en buscar una epistemología de lo imparcial, que sirve para introducir tanto la neutralidad moral, como la imparcialidad en el juicio, que como se verá, tiene una estrecha relación con el problema de la distribución de los bienes escasos que constituye realmente la verdadera preocupación.

Dentro de la amplísima tradición liberal de la justicia, si nos atenemos sólo al contenido, se pueden distinguir dos grandes tendencias. La que considera la justicia como beneficio mutuo, cuyo representante más destacado es el filósofo D. Gauthier.<sup>27</sup> En esta corriente, una regla justa se concibe como una regla por la que cada uno puede someterse en nombre de su interés personal, aunque sea a largo plazo. Esta tendencia se opone a aquella otra que concibe la justicia como imparcialidad y que considera regla justa aquella que es compatible con tener en cuenta de manera igual los intereses de todas las partes. Metodológicamente ambas son constructivistas porque recurren a la introducción de modelos o situaciones hipotéticas razonadas, en las que las elecciones o decisiones de todos los autores son necesariamente justas.<sup>28</sup>

Sin embargo, en la primera, aquella que propugna el beneficio mutuo, el enfoque constructivista consiste en elaborar un proceso adecuado de negociación. Esta toma forma en dos etapas. En primer lugar se trata de especificar la base de comparación no cooperativa considerada pertinente, el estado de naturaleza, o cualquier otra situación inicial.

En segundo lugar, se intenta determinar el diferencial del aporte del individuo concreto en el momento de la cooperación. Por su parte, aquella que defiende la tradición de la imparcialidad, el enfoque constructivista consiste en construir una situación que incorpore una condición de universalidad.<sup>29</sup> Esta vía de interpretación entre los juristas, hasta donde llegan mis noticias, ha sido asumida por B. Ackerman,<sup>30</sup> para quien la condición citada se manifiesta por medio del diálogo intersubjetivo, en el que cada uno expresa sus puntos de vista personales, y los somete al contraste con otros, en un

27 Su obra más conocida es *Morals by Agreement*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

28 Cfr. P. van PARIJS, *¿Qué es una sociedad justa?*, cit., p. 209.

29 Cfr. P. van PARIJS, *¿Qué es una sociedad justa?*, cit., p. 210.

30 Cfr. los trabajos de C. ROSENKRANTZ, en el estudio preliminar a la edición española de la obra de B.A. ACKERMAN, *Justicia Social en el Estado Liberal*, Madrid, CEC, 1993 y de A. CALSAMIGLIA, "La justicia social en el Estado liberal", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 19, 1994, pp. 219-230. Este autor se ha ocupado en sus investigaciones por los temas relacionados con la Filosofía del Derecho, Moral y Política, por ejemplo, veáanse los siguientes estudios: *Social Justice in the Liberal State*, New Haven, Yale University Press, 1980; *We the People Vol. 1: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991; *The Future of Liberal Revolution*, New Haven, Yale University Press, 1992; "Law and the Modern Mind", *Daedalus*, 1974, pp. 119-131; "Four Questions for Legal Theory", *Nomos*, 22, 1980, pp. 436-446; "Beyond the New Deal: Reply", *Yale Law Journal*, 90, 1981, pp. 1412-1434; "What is Neutral about Neutrality?", *Ethics*, 93, 1983, pp. 372-390; "On Getting What We Don't Deserve", *Social Philosophy and Policy*, 1, 1983, pp. 60-70; "Foreword: Law in an Activist State", *Yale Law Journal*, 92, 1983, pp. 1-45; "Foreword: Talking and Trading", *Columbia Law Review*, 85, 1985, pp. 899-903; "Why Dialogue?", *Journal of Philosophy*, 86, 1989, pp. 5-22; "Neutrality", en DOUGLASS, R.B., MARA, G.M. y RICHARDSON, H.S., *Liberalism and the Good*, New York-London, Routledge, 1990, pp. 29-43; "Die Zukunft der Liberalen Revolution", *Die Neue Gesellschaft/ Frankfurter*, 39/3, 1992, pp. 221-231; "Liberating Abstraction", *University of Chicago Law Review*, 59, 1992, pp. 317-348; "Von der Revolution zur Verfassung", *Transit: Europäische Revue*, 4, 1992, pp. 46-61; "Rooted Cosmopolitanism", *Ethics*, 104, 1994, pp. 516-135; "Political Liberalisms", *Journal of Philosophy*, 91, 1994, pp. 364-386; "La démocratie dualiste, 1789 et l'Invention de la Constitution", *LGDJ-Bruylant*, 1994, pp. 191-204.

diálogo libre de todo dominio o imposición.<sup>31</sup> De esta forma, Ackerman cree haber llegado a descubrir el método capaz de generar principios generales de justicia que le permite ofrecer un camino para solucionar -o llegar a solucionar- los problemas de la distribución en el estado liberal democrático, mediante la presentación, como él dice, de la tradición liberal de una forma más genuina de lo que lo hicieron los partidarios de la utilidad y el contrato social.<sup>32</sup> Este planteamiento recuerda a los siguientes modelos: “el foro de la razón” de I. Tammelo, “el auditorio universal” de Ch. Perelmann y “una situación ideal de diálogo” o “un discurso ideal” de J. Habermas.

Para Ackerman el diálogo neutral es el instrumento capaz de alcanzar una distribución adecuada, no mediante el asentimiento a un principio de justicia, sino más bien mediante el procedimiento de resolución de las disputas, en el que el individuo tiene la seguridad de alcanzar el resultado que espera o merece.<sup>33</sup> Por tanto, las normas de justicia son la consecuencia lógica de dirigir la conversación de una forma adecuada.<sup>34</sup>

Ackerman articula esta idea afirmando que la justicia tiene que realizarse contando con la justificación de la desigualdad en relación con los bienes deseados y, a la vez, limitados.<sup>35</sup> La distribución de estos bienes se hace mediante argumentos racionales expuestos en la conversación. De este modo, será la Asamblea, lugar en el que todos pueden exponer sus ideas y argumentos, la que decida cómo se distribuyen los recursos escasos. Ackerman explica esta situación mediante el recurso al mito de una nave espacial en la que hay que distribuir un material para vivir. La única manera de distribuirlo es que cada viajero de la nave, partiendo de una situación originaria, defienda sus intereses observando unas reglas.<sup>36</sup> Ahora bien, ese diálogo está limitado por ciertas condiciones que evitarán la desigualdad o el abuso de una parte.<sup>37</sup> De este modo, el núcleo central de la teoría reside en la determinación de estas reglas básicas. Una vez que son establecidas, conocidas y ratificadas, los principios derivados de ellas son operativos mediante una perfecta tecnología de la justicia<sup>38</sup>.

A pesar de las dificultades de trasladar estas nociones a la realidad social, el autor no duda en afirmar que mediante el diálogo, que él considera superior al contrato, las personas involucradas en el debate pueden llegar a tener criterios de justicia efectivos y aplicables, sin presuponer ningún Derecho preexistente o algunos valores controvertidos.<sup>39</sup> Y es un método que puede valer en la sociedad actual para resolver las disputas.

Lógicamente, ese diálogo neutral originario ha de asentarse sobre los principios de la racional-

31 Cfr. P. van PARIJS, *¿Qué es una sociedad justa?*, cit., p. 210-211.

32 Cfr. B.A. ACKERMAN crítica con los postulados de J. RAWLS a lo largo de su obra, por ejemplo, “Foreword: Law in an Activist State”, cit., pp. 1122-1124, “Foreword: Talkind and Trading”, cit., pp. 902-903. Véase T. CAMPBELL, *Justice*, cit., pp. 98-99.

33 B.A. ACKERMAN crítica con los postulados de J. RAWLS a lo largo de su obra, por ejemplo, “Foreword: Law in an Activist State”, cit., pp. 1122-1124, “Foreword: Talkind and Trading”, cit., pp. 902-903.

34 Esta teoría sería un híbrido de la propuesta de R. DREIER, *Recht-Staat-Vernunft*, cit., pp. 23-25, que toma elementos de un modelo contractualista y otro procesal.

35 Cfr. B.A. ACKERMAN, *Social Justice in the Liberal State*, p. 3.

36 Cfr. B.A. ACKERMAN, *Social Justice in the Liberal State*, p. 21.

37 ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 44.

38 Cfr. B.A. ACKERMAN, *Social Justice in the Liberal State*, pp. 5 y 18.

39 Aquí B.A. ACKERMAN mantiene una actitud abiertamente crítica con los planteamientos de R. DWORKIN, véase de este autor *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 131-149 y *Law's Empire*, cit. pp. 355-399.

lidad,<sup>40</sup> la coherencia<sup>41</sup> y la neutralidad,<sup>42</sup> elementos imprescindibles para preservar la igualdad de los hombres en la Asamblea en la que cada uno esgrimirá sus argumentos para conseguir que le concedan lo que él quiere y cree merecer.

La exposición de las razones tiene —como se ha dicho— lugar en unas condiciones y situaciones ideales,<sup>43</sup> no sólo respecto a la efectiva realización u operatividad de los valores sociales a través de una perfecta tecnología de la justicia,<sup>44</sup> sino también a la misma existencia de medios para asegurar lo que Ackerman denomina 'flexibilidad transaccional', es decir, el uso eficaz de los medios tecnológicos para que cada cual posea toda la información sobre los acuerdos que se puedan llegar a formalizar. Y esto es también una manifestación más de la igualdad de la que gozan todos los hombres.

Ahora bien, es necesario pasar del mundo imaginario al mundo social real. Cuando Ackerman lo hace e intenta desarrollar una teoría de justicia, toma como modelo los contratos, un ámbito del Derecho que domina por su dedicación académica y profesional. Parte de los presupuestos del libre intercambio y de la responsabilidad individual en los acuerdos adoptados por las personas. Esto le lleva, en contraste con Rawls, a poner el énfasis en los acuerdos actuales más que en los hipotéticos. De esta forma el contrato y el diálogo sirven como elementos para regular la realización del libre intercambio y así alcanzar la justicia en la organización social.

Finalmente, Ackerman expone las tres condiciones necesarias para que una ley de contratos sea justa en una sociedad real. Primero, no se puede olvidar que todos están de acuerdo en alcanzar su concepción del bien. El proceso de libre intercambio ayuda a conseguirlo y a ser iguales. De esta forma, el libre intercambio es el medio necesario para que las personas consigan lo que desean. Segundo, la libertad del contrato debe ser restringida para justificar tanto la equidad y como una justa distribución. Tercero, y último, asume la existencia de valores intrínsecos en el libre intercambio porque es la manifestación individual de su concepción del bien.

#### 4. LA JUSTICIA COMO DISTRIBUCION EFICIENTE.

El concepto de eficiencia es clave en el desarrollo del análisis económico del Derecho. Como es sabido, la eficiencia<sup>45</sup> aplicada al Derecho —al *Common Law*— actúa como un sistema de asignación de responsabilidades entre los sujetos implicados en actividades que los interrelacionan para conseguir maximizar los valores o los bienes, y para minimizar los costes de estas actividades. Así pues, el único objetivo que se debe perseguir es el de alcanzar la máxima eficiencia en los sistemas de asignación, costes, transacciones, contratos, responsabilidad civil, etc. Uno de los juristas que ha intentado desarrollar una teoría de la justicia desde estos postulados es R. Posner.

40 Cfr. B.A. ACKERMAN, *Social Justice in the Liberal State*, cit. pp. 10 y 67. Sobre el poder afirma que debe servir para la construcción de una sociedad justa y que se constituye, por lo tanto, en la capacidad para hacer cosas, véase "Neutralities", cit., p. 31.

41 Cfr. B.A. ACKERMAN, *Social Justice in the Liberal State*, cit., pp. 10-11, la traducción la he tomado de la edición de C. ROSENKRANTZ, "Introducción...", cit., p. 39.

42 Cfr. B.A. ACKERMAN, *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 11-12 y 368.

43 Cfr. B.A. ACKERMAN, *Social Justice in the Liberal State*, pp. 24-31.

44 ACKERMAN, B.A., *Social Justice in the Liberal State*, cit., p. 22 y pp. 174-177, en las que expone la necesidad de llegar a alcanzar una comunicación perfecta para que las partes estén informadas en el momento de la toma de decisiones, pp. 174-177.

45 En términos económicos 'eficacia' significa el logro de los objetivos, y 'eficiencia' la consecución de los fines propuestos con el mínimo gasto o esfuerzo.

R. Posner, como teórico de la justicia, presenta su teoría casi por entero como un contraste con la interpretación del utilitarismo. En su *Economics of Justice* comienza con el famoso concepto que Rawls propone: la justicia es la estructura básica de la sociedad que consiste en averiguar cuál es el mejor modo para que las instituciones de la sociedad distribuyan de forma adecuada los derechos y los deberes fundamentales y determina desde la perspectiva de la cooperación social, la división de las ventajas que se derivan de ella.<sup>46</sup> Esta idea la recoge Posner en el prólogo de su libro.<sup>47</sup> Todo el libro está escrito bajo la influencia del análisis económico del Derecho e intentando entender o explicar las relaciones sociales, económicas y jurídicas.<sup>48</sup>

En *The Economics of Justice* le interesa presentar una concepción económica de la justicia que la equipara a la eficiencia o maximización de la riqueza, referida casi exclusivamente a la tradición jurídica del *Common Law*. En su análisis, como tendré ocasión de demostrar, se sitúa en contra el utilitarismo, pero sólo el de Bentham, porque considera esta doctrina filosófica inadecuada para el mundo actual.<sup>49</sup>

El desarrollo del análisis económico del Derecho supone un acercamiento a las teorías económicas liberales individualistas de la denominada Escuela de Chicago y, además, proporciona un nuevo método de análisis tanto de las instituciones y normas jurídicas, como de conceptos fundamentales como la igualdad, la legitimidad, la libertad, etc. El punto de partida es la defensa del capitalismo liberal dando un especial apoyo a la propiedad privada de los medios de producción<sup>50</sup> y a la libertad en el intercambio o libre mercado no intervenido por el estado.<sup>51</sup> Posner ve que sólo a través de esta teoría y mediante esta forma de desarrollar la actividad económica la única vía para llegar a la eficacia, o sea, a la maximización de la riqueza.

La exposición del análisis económico del Derecho de Posner, como se ha dicho, está recogida en su obra *Economic Analysis of Law* donde él define la eficiencia como la explotación de los recursos económicos para que satisfagan las necesidades humanas y en el uso maximizarlos.<sup>52</sup> Una sociedad eficiente es aquella en la que los bienes están a disposición de aquellos que quieren o pueden pagar los precios más elevados, y en la mentalidad de Posner esto es justo porque son ellos precisamente para quienes tienen el valor más alto.<sup>53</sup> A esta maximización de la riqueza se llega a través de

46 Cfr. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 7.

47 R. POSNER, *The Economics of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1981, p. VII.

48 Cfr. R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., p. VII.

49 Cfr. R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., pp. 2, 13, 33-47.

50 Cfr. R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., pp. 179-182.

51 Cfr. R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., p. 67.

52 Cfr. R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown & Co., 1977, 3ª reimp., p. 4.

53 R. POSNER no es ajeno al problema de la circularidad de la riqueza, pero le atribuye una escasa relevancia. Además opina que los problemas se suelen ilustrar casi exclusivamente con ejemplos irreales y porque cualquier distribución de riqueza inicial se altera en cualquier momento y no importando mucho cómo. De este modo una distribución de riqueza inicial no puede ser determinante con políticas consistentes con la maximización de la riqueza, véase *The Economics of Justice*, cit., pp. 109-112 y "A Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law", *Hofstra Law Review*, 9, 1981, pp. 786-787. De este modo, la función que Posner le asigna al sistema jurídico, el *Common Law*, es deudora del planteamiento de R.H. COASE, véase "The Problem of Social Cost", *Journal of Legal Studies*, 3, 1960, pp. 1-44, existe traducción en castellano, quien argumenta que el Derecho, de una forma u otra, está en manos de la parte que más paga, lo cual implica una maximización de la riqueza como medio para solventar los conflictos económicos entre los litigantes. Posner atribuye responsabilidades entre las personas comprometidas en la realización de actividades para maximizar el valor del conjunto, o bien, minimizar el coste del conjunto para poder alcanzar los mismos fines, cfr. R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., p. 178.

operaciones de intercambio dentro de un mercado libre donde cada cual produce y oferta lo que quiere, e intenta captar, usando los medios que le parece conveniente, a sus clientes. Es el sistema del liberalismo capitalista: el juego de la oferta y la demanda no intervenida por un factor externo o extraño a la propia actividad económica. Dicho con otras palabras la libre competencia entre los agentes económicos. El final, según Posner, es el óptimo de Pareto donde ningún individuo puede aumentar su bienestar sin disminuir el de los demás miembros de la sociedad.<sup>54</sup>

Estas ideas se vuelven a reflejar en *The Economics of Justice* donde Posner considera la economía como algo más que un simple instrumento, esto es, como la forma de llegar a la maximización de la riqueza, ofrece un fundamento seguro y válido para sentar las bases éticas de las instituciones sociales y su desarrollo.

La preocupación por este tema en R. Posner es continua y, en esta obra, se propone hacer un desarrollo y una fundamentación de la justicia desde una filosofía pragmática y usando como método el análisis económico del Derecho.<sup>55</sup>

Para Posner la maximización de la riqueza tiene una clara ventaja sobre el utilitarismo y la filosofía moral kantiana, porque otorga valor sólo a la disposición de pagar. Esta determinación engloba tanto al deseo y a la habilidad para alcanzar la posesión de un bien particular. Esto es fácil de observar en las transacciones comerciales que dejan al margen cualquier consideración sobre la capacidad de gozo individual, que se ignora en el sistema de maximización de la riqueza.

Posner no ofrece una definición exacta de qué es la maximización de la riqueza desde el punto de vista ético. Más bien lo compara con otras nociones como valor, utilidad, felicidad, consentimiento, etc. Lo más aproximado a una definición es que "la riqueza de una sociedad es la suma de satisfacción de estas preferencias... que lo son mediante el dinero".<sup>56</sup> Dentro de una teoría moral, la maximización social de la riqueza debe considerarse como el criterio último para juzgar si un acto o los actos son buenos o justos.<sup>57</sup> La moralidad es ante todo una guía del comportamiento, de las acciones, individuales, por tanto, desde la perspectiva posneriana antes de que uno actúe debería preguntarse si su acción va a incrementar la riqueza de la sociedad. La maximización requiere que el individuo esté dispuesto tanto a pagar como a actuar.

El principio de maximización de la riqueza puede ser usado como un principio de justicia que coordine el comportamiento individual con las decisiones colectivas. El no declara la supremacía de este principio sobre el resto, sino que compara la maximización de la riqueza con otros principios, pero no deja claro si es un valor ético independiente o si es derivado e instrumental.<sup>58</sup> La maximización de la riqueza nos ofrece un fundamento –según Posner– seguro a la teoría de la justicia distributiva y correctiva,<sup>59</sup> e incluso un fundamento al concepto del Derecho mismo.<sup>60</sup> La eficiencia no es –a su juicio– el criterio último moral para ordenar la sociedad, pero reconoce que es un instrumento subordinado cuyo valor depende de otros valores; por tanto, esta visión de la eficiencia lleva a pre-

54 Cfr. E.J. MISHAN, "Pareto Optimality and the Law", *Oxford Economics Papers*, 19, 1967, pp. 247-287; J. TORRES LOPEZ, *Análisis económico del Derecho. Panorama doctrinal*. Madrid, Tecnos, 1979, pp. 30-34, donde afirma que el óptimo de Pareto es un criterio "que se funda en que el individuo es el mejor juez de su propio bienestar y que el bienestar de la sociedad depende del bienestar de los individuos que la componen" (p. 32).

55 Cfr. R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., p. 8.

56 R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., p. 61.

57 Cfr. R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., pp. 112-115.

58 Cfr. R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., pp. 107-108.

59 Cfr. R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., p. 69.

60 Cfr. R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., p. 74.

guntarnos ¿eficiencia con qué fin? ¿con qué propósito? Si se responde a esta pregunta en términos de creación de riqueza, se vuelve a plantear la cuestión sobre los fines para los que el dinero se utiliza. Así volvemos otra vez al valor de la riqueza como medio para satisfacer los deseos humanos y evitar cualquier evaluación moral de esos deseos. De este modo se puede justificar la maximización de la riqueza como un camino para incrementar la libertad individual, así los individuos pueden hacer elecciones racionales de acuerdo con sus propias preferencias y deseos personales.

Este principio es capaz de superar algunas de las monstruosidades, como él dice, del utilitarismo. Cuando se dan situaciones como la segregación racial, o la esclavitud o un tipo de contrato que se asemeja a ella, Posner afirman que son coherentes con el criterio de maximización de la riqueza, aunque estén en contradicción con las intuiciones morales comunes.<sup>61</sup>

En el caso de que la eficiencia y el consentimiento general se encuentren en oposición, Posner cae en la ambigüedad: "la eficiencia, como la hemos definido, conserva una fuerza moral considerable incluso cuando está en conflicto con las nociones de autonomía y consentimiento".<sup>62</sup> Cabría hacerse varias preguntas ¿qué ocurre con el problema de la justicia desde este punto de vista? ¿será el consentimiento uno de los argumentos de peso, junto con la maximización de la riqueza para resolver los conflictos, o el problema se resuelve mediante la atribución de preeminencia absoluta a la maximización de la riqueza como árbitro de lo bueno y lo justo?

Esta ambigüedad refleja la inconsistencia de la estructura del razonamiento de Posner. El, en primer lugar, trata de defender su principio moral económico mostrando que las creencias éticas convencionales, las virtudes, etc. derivan de ella.<sup>63</sup> Más tarde él dice que el principio de maximización de la riqueza se fundamenta en los valores convencionales de la autonomía personal y el consentimiento.<sup>64</sup>

La eficiencia social, como se ha dicho, supone que los bienes estén al alcance de aquellos que quieren y pueden pagar un precio más alto por ellos, esas son las personas para las que los bienes y servicios tienen un valor más alto, es decir, les atribuyen una capacidad para satisfacer un conjunto más amplio de necesidades. Por tanto la eficiencia trata de poner en manos de los más capaces económicamente tales bienes y servicios. La piedra de toque para saber si una institución o un acto humano es o no justo, o bueno, es si maximiza la riqueza.<sup>65</sup>

La maximización de la riqueza es un objetivo intermedio justificado por su efectividad en el aumento de la felicidad y la libertad, y sirve también como una consideración que nos permite destacar ciertas formas de felicidad y favorecer algunas libertades sobre otras.

El libro titulado *The Problems of Jurisprudence* es,<sup>66</sup> como cualquier trabajo de Posner, polémico.<sup>67</sup> En él dedica unas enjundiosas páginas al problema de la justicia.<sup>68</sup> En la parte del libro que

60 Cfr. R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., p. 74.

61 Cfr. R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., pp. 86-87.

62 R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., pp. 102-103.

63 Cfr. R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., pp. 66-67.

64 Cfr. R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., pp. 94-98.

65 R. POSNER, *The Economics of Justice*, cit., p. 115.

66 R. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.

67 Cfr. R.S. SUMMERS, "Judge Richard Posner's Jurisprudence", *Michigan Law Review*, 89, 1991, pp. 1302-1333, donde termina haciendo un balance muy negativo del libro. E. RAKOWSKI, "Posner's Pragmatism", *Harvard Law Review*, 104 1991, pp. 1681-1704. El lector de estos artículos -aunque aparecen como reseñas- puede encontrar una dura crítica a las tesis de POSNER.

68 Cfr. R. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, cit., Parte IV, capítulo 11 donde hace un desarrollo un poco novedoso de lo que él entiende por justicia correctiva, retributiva, procedimental y distributiva, pp. 313-352.

titula *Substantive Justice* afirma que más que buscar un método para responder a cuestiones jurídicas concretas, debemos elevarnos un poco más y buscar los principios de la justicia, que para él se resumen en una norma ético-política que pueda ser usada como fundamento que explique las obligaciones legales.<sup>69</sup> Pero el punto de partida ético se encuentra con gran dificultad: muchos problemas jurídicos tienen una solución complicada porque en la actualidad es casi imposible encontrar una premisa ética que satisfaga a todos, puesto que estamos sumidos en una sociedad marcada por la diversidad moral.

El punto de partida que toma es la teoría de la justicia de Aristóteles desarrollado en el libro V de su *Ética a Nicómaco*.<sup>70</sup> En este simple hecho podemos notar una gran giro: Posner toma como guía el planteamiento de un clásico. Su aproximación al problema de la justicia se realiza a través de Aristóteles y critica a sus contemporáneos con la autoridad del Estagirita.

El autor desarrolla su teoría de la justicia al hilo de un problema que le preocupa como juez: la administración de la justicia. Afirma que en la actualidad existe una tesis muy difundida entre los jueces norteamericanos: hay que juzgar ciñéndose a los actos, a los hechos, dejando de lado a las personas. Sin embargo, afirma Posner, las reglas no sólo son modificadas para tener en cuenta los cambios de circunstancias, sino también están sujetas a la excepción. Aquí nos encontramos con un contraste. De un lado, existe una regla o un standard de comportamiento que es general en sus términos y se aplica sin que sea patrimonio de nadie, de otro, un sistema en el que los derechos y obligaciones de uno dependen de lo que uno es.<sup>71</sup>

Finalmente, el problema de la justicia distributiva lo resuelve afirmando que examinamos las teorías a la luz de nuestras intuiciones, las cosas no nos ayudan a creer. La diversidad moral lleva a que lo que convence a un grupo, no convenga a otro.<sup>72</sup> Las medidas de distribución pueden ser, y de hecho lo son, un método para corregir las diferencias negativas externas entre las personas. Para concluir esta exposición, sólo decir que Posner no puede acordar la teoría de la maximización de la riqueza con esta noción de justicia distributiva.<sup>73</sup>

## 5. LA JUSTICIA COMO RESPETO DEL MERITO.

En la actualidad, en el pensamiento anglosajón, se aprecia un renacer de las doctrinas del mérito, especialmente en el ámbito de la filosofía moral (G. Sher, J. Feinberg,<sup>74</sup> M. Slote, etc.) El convencimiento de que el individuo puede y debe ser tratado de acuerdo con sus méritos está en la base de muchas teorías que pretenden determinar situaciones que se denominan justas o equitativas. Estas teorías se basan, en nuestra confianza instintiva en que hay que recompensar a las personas de acuerdo con los trabajos realizados, lo cual supone reconocer que la utilidad, la proclamación de la igualdad y la libertad, la búsqueda de la imparcialidad, son declaraciones vacías, un eco que se extingue. Pues bien, también desde la perspectiva jurídica, se ha propuesto una teoría en la que el mérito ocupa la idea central para la realización efectiva de la justicia en la sociedad y para llegar a una jus-

69 Cfr. R. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, cit., p. 313.

70 Cfr. R. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, cit., pp. 313-316, pero las referencias a Aristóteles son constantes a lo largo del capítulo.

71 Cfr. R. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, cit., p. 320.

72 Cfr. R. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, cit., pp. 340-341.

73 Cfr. R. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, cit., pp. 382-387.

74 J. FREINBERG, *Doing and Deserving*, Princeton, Princeton University Press, 1970.

tificación teórica de la misma. W. Sadurski<sup>75</sup> es un ejemplo destacado de esta orientación que lleva a cabo un intento de rescatar la idea de mérito para que sea inteligible, realista y operativa para poder construir un Derecho justo y una sociedad justa.

Para Sadurski el mérito está relacionado siempre, en primer lugar, con las personas,<sup>76</sup> de suerte que cualquier juicio sobre el mérito se hace inevitablemente sobre personas, que son responsables de sus acciones. De este modo, no tiene sentido conceder mérito a las acciones sobre las que las personas no son responsables o no están bajo su control directo. En segundo término, las consideraciones sobre el mérito implican siempre una valoración moral de las acciones. Por tanto, se puede decir que el mérito está relacionado siempre con una valoración humana de alguien por alguien. Y, en tercer lugar, el mérito se refiere siempre al pasado, se evalúan ciertas acciones que realmente han sucedido. Por otra parte, el mérito no considera o no tiene en cuenta sólo el hecho concreto, la situación determinada, sino también las circunstancias que rodean a las personas.<sup>77</sup>

El aspecto básico de esta teoría es que la justicia exige que se trate a las personas como responsables de sus acciones. Por tanto, se deben recompensar o castigar sus actuaciones de acuerdo con las conductas que observen, pero también considerando los resultados, éxitos o fracasos.<sup>78</sup> Los teóricos del mérito –y Sadurski entre ellos– mantienen que una sociedad será justa cuando la distribución de los beneficios y las cargas se haga de acuerdo con los méritos y las acciones individuales. Las acciones justas serán aquellas que buscan mantener, alcanzar o restablecer la proporcionalidad, el equilibrio social, sobre todo a través de la administración de las recompensas, castigos y compensaciones adecuadas. De ahí que se afirme que la justicia requiere que las personas deben obtener lo que se merecen. Esto, en el ámbito social implica que para la justicia lo que cuenta es el esfuerzo consciente con riesgo, inversión de tiempo, etc., que tiene efectos socialmente beneficiosos, más que el orientado a obtener consecuencias ventajosas para uno mismo.<sup>79</sup> Por tanto, el mérito queda limitado al comportamiento –siempre referido a las conductas debidas– que beneficia a la sociedad con independencia de la cualificación moral del individuo y del móvil final de la acción.

Por tanto, para Sadurski, la justicia adquiere relevancia social no sólo porque nos preocupa quién consigue tal o cual puesto, sino también porque deseamos ser tratados como seres humanos cuyas acciones y determinaciones deben ser dignas de respeto. De ahí que una preocupación clara por la justicia implique un compromiso con la idea de que la persona eligiendo por sí misma tiene algún mérito en sí y por sí.<sup>80</sup>

La consideración de la justicia en términos de méritos permite explicar el doble aspecto de la justicia: la distribución y la reparación de las injusticias. El mérito construye un ideal de proporcionalidad de las experiencias y trata de encaminarse a la restauración de la proporcionalidad; de este modo, siempre que un ideal -hipotético balance social de beneficios y cargas- se trastoque, la justicia en la organización social exige su restauración.<sup>81</sup>

La justicia, basada en el mérito, tiene su razón de ser en el hecho de que no todas las acciones que trastocan el equilibrio social son injustas. Sólo aquellos actos intencionalmente dañinos, se pue-

75 W. SADURSKI, *Giving Desert its Due: Social Justice and Legal Theory*, Reidel, Dordrecht, 1985.

76 Cfr. W. SADURSKI, *Giving Desert its Due*, cit., p. 251.

77 Cfr. W. SADURSKI, *Giving Desert its Due*, cit., p. 118.

78 Cfr. W. SADURSKI, *Giving Desert its Due*, cit., p. 223.

79 Cfr. W. SADURSKI, *Giving Desert its Due*, cit., p. 116.

80 Cfr. W. SADURSKI, *Giving Desert its Due*, cit., pp.118-119.

81 Cfr. W. SADURSKI, *Giving Desert its Due*, cit., p. 101.

den calificar de malos y, por tanto, merecen un castigo. Asimismo, los sujetos que han llevado a cabo de dichos actos deben, están obligados, a compensar a sus víctimas inocentes. Por tanto, el mérito ofrece un fundamento racional y real a la justicia rectificadora, positiva y compensatoria, y sirve para preservar el equilibrio social. Es claro que éste es sólo un punto de vista que se podría denominar 'negativo'. Sin embargo, desde el punto de vista positivo, la justicia persigue un nivel proporcionado de mérito, un equilibrio social.

En las teorías del mérito no se establece una igualdad absoluta entre las cargas de un individuo y las recompensas que recibe, aunque exista una idea de la adecuada proporcionalidad de cargas y recompensas, como de premios y castigos. Por el contrario, es ese balance de beneficios y cargas en la vida de cada persona el que podría ser equivalente al balance en las vidas de otros miembros de la sociedad.

Por tanto, esta corriente doctrinal considera el mérito como valor o criterio más importante para proceder a la atribución y distribución de las cosas. Pero junto al mérito, tienen que considerarse otros criterios tales como la igualdad y la imparcialidad, reconociendo que el hombre está dotado de derechos fundamentales propios de su modo de ser. Tienen que ser respetadas también, por tanto, las exigencias de un equilibrio o balance en las posiciones básicas que los sujetos ocupan dentro de la organización social. Este balance tendrá las siguientes características: a) una sociedad identificada con el respeto mutuo de las libertades. Si el equilibrio se rompe, debe restaurarse mediante un castigo proporcionado al infractor; b) una satisfacción igual para todas las personas de las condiciones materiales básicas, de tal forma que puedan desarrollar la vida; c) una contribución igual al desarrollo de la sociedad; dicho con otras palabras: debe haber un equilibrio entre lo que se da y se recibe de la sociedad. La conjunción de todos estos criterios nos llevará a formular una teoría de la justicia capaz de fundamentar la igualdad de trato social, político y económico.<sup>82</sup>

En consecuencia, para construir una teoría de la justicia basada en el mérito, no basta con la realización de la premisa mayor, a saber, que las personas deben ser tratadas de acuerdo con sus méritos, sino que se necesitan unos fundamentos morales, que se pueden resumir en la afirmación de que hay que tratar a las personas como sujetos responsables de sus conductas y sus acciones. Sólo entonces puede ser cierto que la ordenación de la sociedad depende de cómo actúen los individuos cuando tengan la oportunidad de demostrar su responsabilidad. En suma, todos deben desarrollar su actividad poniendo en juego sus talentos individuales y mostrando cuáles son sus méritos y excelencias. Con lo cual, la justicia irá más allá de establecer niveles o límites formales, y llegará a formular una teoría de lo que es justo o injusto socialmente.

## 6. A MODO DE CONCLUSION.

Para concluir esta apretada exposición, sólo quiero decir que he intentado dar un panorama, aunque sea parcial, del pensamiento jurídico contemporáneo en un ámbito geográfico muy concreto: los países de habla inglesa; en un lapso de tiempo determinado: los últimos quince años; y desarrollado por un grupo de autores que tienen en común ser juristas.

El debate sobre la justicia -que implica otras muchas cuestiones- pone de relieve la existencia de una diversidad de conceptos de lo que es la justicia. Algunos la comprenden desde el punto de vista del respeto a los derechos inalienables, otros en la decisión acordada mediante una negociación,

---

82 Cfr. W. SADURSKI, *Giving Desert its Due*, cit., pp.104-105.

otros como eficiencia en la distribución y otros la fundamentan en el mérito individual. Todas estas tendencias tienen un punto de confluencia: el intento de llegar a una distribución y asignación social justa de los bienes y medios que son, por su propia naturaleza, escasos.

El aporte de los juristas a este problema ha sido mostrar que la discusión no tiene que ser necesariamente sobre ideas abstractas, sino que plegados a la realidad jurídica intentar extraer los elementos que esa misma realidad nos proporciona para poder llegar a fundamentar racionalmente la naturaleza de la justicia. Por eso he dicho que esta oscura tarea, lejos de la espectacularidad de los filósofos de la moral o la política, es sin duda más eficaz por estar pegada a la realidad existente, a los problemas que sufren los hombres, a lo que reclama la inmediata solución y, desde mi punto de vista, proporciona una visión del problema complementaria, imprescindible y enriquecedora.

Sea cual haya de ser el desenlace de esta polémica, lo que de ella podemos desprender, en lo que atañe al tema tratado, es que la consideración jurídica del hombre será la guía principal que nos indique a qué tipo de justicia debemos recurrir en cada situación. Pero no será la única guía, sino que tendrá que intervenir también decisivamente la filosofía política -tal como recientemente ha puesto de relieve J. Rawls en su obra *Political Liberalism*-<sup>83</sup> para determinar en cada caso si el tratamiento habrá de ser según la igualdad, la libertad, la eficiencia, la proporción o el mérito. Por otra parte, como ha dicho A. Kaufmann, "toda teoría que se formule no puede separar el qué y el cómo hacer justicia, ambas se condicionan mutuamente, y esta circularidad indelimitable está inscrita en el mismo ser humano, ya que el hombre es a la vez un qué y un cómo".<sup>84</sup>

(Septiembre 1995)

---

83 J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.

84 A. KAUFMANN, "Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático", *Anales de la Cátedra Francisco de Suárez*, 25, 1985, p. 62.