

CAPÍTULO DECIMOQUINTO

EL DEBATE CONTEMPORÁNEO SOBRE LA JUSTICIA

I. INTRODUCCIÓN

Desde el retorno de la filosofía moral en los años cincuenta, hasta comienzos de la década de los setenta del pasado siglo, el panorama de la ética y la filosofía política se mantuvo particularmente tranquilo. Esta situación estuvo determinada por un amplio consenso en torno al escepticismo metaético, con posturas como el emotivismo, el subjetivismo y el relativismo morales. Una excepción se encontró en el utilitarismo —como búsqueda del placer o el bienestar, complementado con una serie de cálculos empíricos que permiten su materialización—. Pero la tranquilidad en el horizonte filosófico fue reemplazada en los años setenta por un fuerte cuestionamiento al escepticismo metaético y al utilitarismo predominantes, movimiento liderado en la tradición anglosajona por John Rawls, que defendió el racionalismo y el cognitivismo en cuestiones de justicia, con un replanteamiento de un discurso público democrático, en diálogo con otros proyectos y opciones posibles. La respuesta a este movimiento liberalista, de clara impronta ilustrada, no se hizo esperar. En los años ochenta se produjo un fuerte ataque proveniente de diversos autores anglosajones que se conocen como “comunitaristas”, que pretendían aportar una alternativa a las propuestas liberales, recuperando así las visiones que en materia ética expusieron Hegel y Aristóteles. Tal vez los autores que con mayor fuerza y difusión representan esta perspectiva teórica son los norteamericanos Alsdair MacIntyre, Charles Taylor, Michael Walzer y Michael Sandel. La discusión se plantea entre el “atomismo”, que defiende la prioridad del individuo frente a la sociedad, y el “holismo”, que esgrime argumentos a favor de la prioridad de la sociedad frente al individuo. Las críticas de los diversos teóricos liberales a las perspectivas comunitaristas no se hicieron esperar. Después de casi quince años de intenso debate la discusión entre liberales y comunitaristas pare-

ce hoy superada en sus puntos centrales, dando lugar a las actuales tendencias híbridas.³⁸⁹

El concepto de equidad en el plano de los valores, de la filosofía moral, tiene mucho que ver con la noción de justicia. El debate tradicional sobre este tema distingue entre una justicia distributiva o conmutativa, igualitaria, natural, humanitaria, etcétera. Sobre estos extremos no insistiremos. Lo que pretendemos en las líneas siguientes es más bien echar un vistazo a algunas de las modernas concepciones de la justicia de filósofos del derecho de nuestra época. Nos referiremos, ¡cómo no! a la justicia como equidad en la obra del recientemente desaparecido catedrático de la Universidad de Harvard John Rawls, al pensamiento del filósofo alemán Jürgen Habermas, a la teoría de uno de los máximos exponentes del pensamiento anglosajón, Ronald Dworkin, y, finalmente, en un último apartado, a modo de cajón de sastre, a otras concepciones contemporáneas de la justicia, tales como las de Nozick, Posner, Sadurski o el marxismo.³⁹⁰

³⁸⁹ Dworkin, Ronald, *La comunidad liberal*, Estudio preliminar de Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1996, pp. 17-40.

³⁹⁰ Demuijnck, Geert, *Les conceptions de l'équité dans la théorie économique et la philosophie politique*, Laboratoire de Recherches Économiques et Sociales, Lille, 1998. Forst, Rainer, *Kontexte der Gerechtigkeit, politische philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994; Wasserstrom, Richard, "Equity in the Philosophy of Law", en Mordechai Rabello, A. (ed.), *Aequitas and equity. Equity in civil law and mixed jurisdictions*, Jerusalem, The Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, The Hebrew University of Jerusalem, 1997. Second International Conference on Aequitas and Equity, 1993, pp. 163-179. Campbell, Tom, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, traducción castellana de Silvina Álvarez, del original inglés *Justice*, Barcelona, Gedisa, 2001. Así, entre las acepciones presentes en este debate contemporáneo sobre la justicia cabría destacar aquella que concibe la justicia en términos de "mérito", como combinación de la noción de igualdad con la idea de recibir lo merecido —a cada uno según lo que se merece—, perspectiva según la cual la equidad tiene que ver con el igual valor y el desigual mérito de los seres humanos —todos valemos igual en cuanto miembros de la especie humana, pero no todos nos comportamos igual como miembros específicos de ella; en cuanto seres humanos tenemos un valor mínimo, pero luego cada uno se hace merecedor de cuantías mayores, en atención a sus méritos—; la que considera que la cuestión clave es la "distribución", entendida ésta en sentido amplio, que va más allá de la adjudicación de beneficios y cargas económicos y políticos, e incluye también principios no comparativos, retributivos y de rectificación; la noción de la justicia como "imparcialidad", es decir, la consideración equitativa de todas las demandas distributivas; la distinción entre una justicia "formal" o "abstracta", de carácter jurídico, y una justicia "material" o "concreta", de carácter moral o político, que tienen que ver, respectivamente con lo que es y

II. JÜRGEN HABERMAS Y LA *DISKURSETHIK*

Muchos de los debates contemporáneos sobre la justicia intentan extraer principios “sustantivos” de justicia. El gran mérito del filósofo alemán de la Universidad de Frankfurt, actualmente retirado en Starnberg, aunque impartiendo algunos periodos clases en EEUU, como Global Professor, en la New York University, y también en Chicago, Jürgen Habermas, en su voluminosa producción —en la que destacamos en la materia sus obras *Conocimiento e interés* (1971), *La teoría de la acción comunicativa* (1984 y 1987) y, más recientemente, *Facticidad y validez* (1996)—,³⁹¹ es haber intentando sólo la vía “procedimental” hacia la justicia, a través de su idea de una ética discursiva o de un discurso ético, que implica la existencia de un diálogo real continuado, sincero, lo que él llama una “situación ideal de habla”, que entraña condiciones de libertad e igualdad que generan una “racionalidad comunicativa”. Lo importante no es preguntarse lo que encontraremos al final del camino, lo cual prejuzgaría los resultados del diálogo deliberativo real. En Habermas encontramos una teoría de la justicia que es formal, en el sentido de que se dirige principalmente a la pregunta ¿qué es justicia?, más que a la pregunta ¿qué es justo? La suya es una teoría procedimental pura, un método que permite a las comunidades trascender su propia cultura y conseguir normas universales de justicia, a diferencia de la ética, es decir, los valores. Además, Habermas sostiene que algunas sociedades, como las democracias deliberativas, pluralistas y poscapitalistas, se acercan bastante a las situaciones ideales de diálogo.³⁹² En esto se distingue de filósofos del de-

con lo que debería ser; la noción del profesor de la Universidad de Princeton Michael Walzer de las “esferas de justicia”.

³⁹¹ Habermas, Jürgen, *Conocimiento e interés*, Madrid, Taurus, 1989. *Knowledge and Human Interests*, Boston, Beacon Press, 1971, trad. castellano de Manuel Jiménez Redondo, José F. Ivars y Luis Martín Santo, revisión de José Vidal Beneyto. Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, I y II, Madrid, Taurus, 1987. trad. castellano de Manuel Jiménez Redondo, de *The Theory of Communicative Action*, Boston, Beacon Press, I, 1984. II, 1987. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998. trad. castellano de Manuel Jiménez, de *Between Facts and Norms*, Cambridge, Polity Press, 1996.

³⁹² Campbell, Tom, *op. cit.*, nota 390, p. 223: “La visión de Habermas del diálogo interactivo difiere del modelo de la conversación restringida propuesto por Ackerman (1980), en que el primero apunta a producir un tipo de acuerdo basado en normas compartidas antes que una agregación de preferencias autointeresadas, incorporando así ideas de solidaridad, lealtad, respeto mutuo y entendimiento social compartido”.

recho como Rawls, que postulan un ideal irreal y acontextuado. De aquí surgen también algunos inesperados ingredientes sustantivos en la teoría de Habermas, tales como un compromiso con la libertad política y la igualdad social. Esto se debe a que, en opinión del pensador alemán, la participación igual y equitativa en el tipo de diálogo en el que se manifiesta la racionalidad comunicativa presupone una cuota importante de igualdad social y económica.

Una potencial contradicción en la teoría habermasiana sería la combinación entre una democracia participativa radical y el veto judicial. En la medida en que existe un sistema de control judicial institucionalizado en tribunales constitucionales, sucede que la justicia es sustraída de los normales procedimientos de la democracia deliberativa. Es interesante, llegados a este punto, reseñar la postura del autor en relación con la justicia constitucional, es decir, en relación con aquellas cuestiones sobre lo correcto y lo incorrecto que son sacadas del normal proceso democrático deliberativo de los partidos políticos, las elecciones y las decisiones legislativas, en una discusión pública abierta, y trasladadas a los tribunales, en particular a los tribunales constitucionales, para que decidan sobre ellas. Esta jurisdicción constitucional en una sociedad democrática ideal quizá no debería ser necesaria. Pero, ante las carencias de esa situación de habla ideal, Habermas le concede un papel importante en la vida real, como control de las posibles equivocaciones e injusticias existentes en las democracias reales y, por otro lado, también como precondition del proceso democrático, instando a los legisladores a que tengan en mente desde el inicio mismo de sus deliberaciones el contenido normativo de los principios constitucionales. La admisión habermasiana de la justicia constitucional es realizada con cautelas.

Para Habermas es imposible tener una perspectiva real sobre la naturaleza de la existencia humana desde el punto de vista de las ciencias de la naturaleza, y hay que entenderla desde el punto de vista interno o del participante —en relación con la idea de Max Weber de comprensión interpretativa: *verstehen*—. No basta entender racionalmente, hay que comprender participativamente. Las metodologías empíricas tampoco serían suficientes para las ciencias sociales porque podrían dar una “explicación” de la realidad que sirviese para dominar a los seres humanos haciéndoles creer que la versión dada es la única posible y que no habría más opción que adaptarse a ella, cuando sabemos que la gente tiene capacidad de autonomía y que no puede —o mejor dicho, no debe— ser

manipulada y controlada, y que en las ciencias jurídicas, como ejemplo de ciencias sociales, todo o casi todo es defendible siempre que se defienda argumentativamente, frente a los razonamientos aritméticos y excluyentes, al modo todo o nada, propios de las ciencias de la naturaleza, en las que dos más dos siempre son cuatro.

Habermas se aferra al “lenguaje” como la capacidad distintiva humana que nos permite apreciar la sociedad humana. Se muestra partidario del diálogo, de la reflexión crítica, de lo que él llama una “situación ideal del habla”, como requisito suficiente para una comunicación exitosa y para la justificación y legitimación de lo que se discute. Este enfoque lleva a un tipo ideal de “racionalidad comunicativa” en la que la gente lucha para alcanzar un acuerdo acerca de la verdad y la justifica en condiciones en las que no hay coerción y en las que la participación está abierta a todos por igual. Esta búsqueda del conocimiento requiere el “compromiso” de establecer un “acuerdo” que trascienda las meras creencias. La justicia viene a colación como un requisito de la racionalidad comunicativa en general, ya que el diálogo supone la igualdad de los participantes. De este modo, la verdad y la justicia van unidas de la mano como presupuestos indispensables del diálogo.

Siguiendo la teoría de los “actos de habla” de John Searle y a los filósofos del lenguaje desde Wittgenstein, Habermas explora la idea de que hablar es un tipo de acción “estratégica”, donde se pueden realizar afirmaciones “criticables” acerca del mundo, que podrían tener o no “validez” dependiendo de que pudieran defenderse. Algunas de las condiciones para que la acción comunicativa sea “racional” serían que las expresiones lingüísticas tengan significados idénticos para los diferentes interlocutores, siendo intercambiables entre ellos y no meramente subjetivas, trascendiendo del ámbito puramente individual. Además, los términos deberían tener un significado constante. Por otro lado, los participantes deberían responsabilizarse de las posiciones que mantienen, comprometerse a defender sólo pretensiones válidas y a aceptar las consecuencias prácticas del acuerdo. Los que intervienen en el diálogo deben ser sinceros, decir la verdad, buscar un acuerdo no forzado y creer en la corrección normativa de sus aseveraciones, en un contexto en el que comparten un lenguaje común y buscan coordinar sus acciones. El individuo en la situación ideal de diálogo está excluido que trate a los demás como medios para alcanzar sus propios fines e intereses particulares, como sí que ocurre a menudo en la vida real. En el esquema habermasiano se favorecen algunas formas de

habla, como decir la verdad y buscar la justicia cuando esto se hace de buena fe y con sinceridad, frente a la noción de persuasión interesada y al engaño. ¿Acaso esto daría entrada a un cierto componente o contenido mínimo de derecho natural —en terminología de Hart— en un discurso que a primera vista se prometía puramente procedimental, aislado de contenidos materiales sustantivos?

Sólo pueden afirmar su validez aquellas normas que busquen la aprobación de todas las personas que participen en el discurso práctico. A esta situación se la denomina contra-fáctica, en el sentido de que no existe de hecho completamente, sino que es más bien un ideal regulativo. A diferencia de la concepción de Kant, y en el fondo la de Rawls, para los que el procedimiento de toma de decisiones puede ser llevado a cabo por una sola persona, para Habermas se trata de un proceso inevitablemente “interpersonal”, una versión socializada del discurso. En la línea de Hegel y Marx, Habermas busca una racionalidad en desarrollo en la sociedad humana. El conocimiento y la justicia no son logros individuales, sino que están insertos en el desarrollo social. En este contexto, Habermas habla de la “formación discursiva de la voluntad”. Es una consideración de “empatía”: una norma es justa si es universalizable en el sentido de que todos pueden desear que sea obedecida por cada uno en situaciones semejantes. Esta idea no es particularmente original. Ya se encuentra en el principio kantiano de universalidad. La verdadera originalidad del pensamiento de Habermas es haber combinado una teoría social y normativa con una doctrina sociológico-realista que hace hincapié en lo que el autor llama la “facticidad”. La fuerza por sí sola nunca es suficiente, debe existir un acuerdo sobre qué fuerza puede ser usada y llegar a imponerse.³⁹³

III. JOHN RAWLS: *JUSTICE AS FAIRNESS*

La justicia como equidad es el tema abordado por el filósofo del derecho estadounidense John Rawls en *Una teoría de la justicia* (1971) y desarrollado en sus escritos posteriores.³⁹⁴ Rawls se basa en la equidad pro-

³⁹³ Sobre el tema de la validez en Habermas, véase el capítulo 1.2.7. de nuestra obra, *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, *op. cit.*, nota 174, pp. 120-124.

³⁹⁴ Rawls, John, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*. Selección, traducción y presentación de M. A. Rodilla, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1999; Rawls, John, *La giustizia come equità, saggi 1951-1969*. A cura di Giampaolo Ferranti,

cedimental de una “posición originaria” —versión rawlsiana del estado de naturaleza del que hablaran los contractualistas clásicos—, en la que todas las causas de parcialidad estarían excluidas, lográndose así un resultado imparcial y justo. Se habla de una equidad procedimental porque lo que determina un resultado equitativo es la equidad del procedimiento seguido para alcanzarlo. En otras palabras, se presupone que una negociación equitativa producirá resultados equitativos. El método a seguir es el del “equilibrio reflexivo”, consistente en seleccionar nuestras más fuertes y seguras convicciones morales como puntos de partida provisionales y luego trabajar retrospectivamente sobre los principios que justificarían tales intuiciones. Así, por ejemplo, trataremos de justificar nuestra convicción de que la esclavitud es mala a través de la idea fundamental de la igualdad entre todas las personas. Siempre debemos estar dispuestos a revisar nuestras intuiciones originales, pues podrían estar distorsionadas, y así mediante un proceso reflexivo de adelante hacia atrás, en el que los principios son desarrollados y revisados, comprobándose y puliéndose, lo que nos lleva a un equilibrio reflexivo y a unas “convicciones meditadas sobre la justicia”. Hay que lograr una síntesis coherente entre los principios escogidos en la posición original y los juicios morales meditados.

A esta teoría de la corrección moral de Rawls se le puede objetar que las intuiciones morales sobre las que se trabaja no son fiables en sí mismas como datos puros y es cuestionable que esas percepciones se acerquen a la verdad moral. Además, existirían tantas percepciones y verdades morales como sujetos individuales. A estas objeciones responde Rawls diciendo que su teoría de la justicia se refiere al sentido de justicia más arraigado en las sociedades modernas, democráticas y liberales —del tipo de sociedades occidentales como la estadounidense—. Defien-

Liguori, Napoli, 1995. Una versión abreviada de este trabajo (menos de la mitad de la extensión) se presentó al Congreso del mismo título de la *American Philosophical Association. Eastern Division*, el 28 de diciembre de 1957, y se publicó en el *Journal of Philosophy*, 54, 1957, pp. 653-662; Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. cast. de María Dolores González Soler, 2a. reimpr. de la ed. de 1979, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993; Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Edición a cargo de Erin Kelly, Barcelona, Paidós, 2002. Clair, André, “L’affirmation du droit: Reflexions sur la ‘Theorie de la justice’ de Rawls”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 67, 4, octubre-diciembre 1990, pp. 537-575. de Filippis, Bruno, *Il problema della giustizia in Rawls*, Naples, Ed. Scient. Italiane, 1992. Fabella, Raul V., “Rawlsian Nash Solutions”, *Theory and Decision*, 30, 2, marzo 1991, pp. 113-126.

de la posibilidad de llegar a un cierto grado de consenso, pese a las diferencias, en lo que él llama una sociedad “bien ordenada”.

Para lograr la justicia, las personas en la posición original deben ser libres e iguales, es decir no deben estar presionadas ni sometidas a limitación anterior alguna, sino que tienen que ser independientes y autónomas. Rawls niega que las partes sean egoístas y las presenta más bien como mutuamente desinteresadas, con deseos humanos por su propio bienestar, desde luego, pero sin que ello entrañe envidia o ganas de perjudicar a otras personas en su propio interés.

En la obra de Rawls la justicia se considera como una virtud de las instituciones sociales. No se trata de la justicia como una virtud particular de las personas. La teoría de la justicia como equidad es una teoría política y no metafísica. La concepción de la justicia del autor anglosajón se basa en los dos principios siguientes: 1. toda persona que participa en una práctica tiene igual derecho a la misma libertad compatible con una igual libertad de los demás; 2. las desigualdades son arbitrarias a menos que razonablemente se resuelvan en ventajas para todos, y a condición de que las posiciones y las cargas a las que van ligadas, o que puedan derivarse, estén abiertas a todos. Estos principios describen la justicia como la síntesis de tres ideas: libertad, igualdad y compensación por los servicios que contribuyen al bien común.

El segundo principio visto define qué tipos de desigualdad son admisibles como excepción al principio primero. Por desigualdad no deben entenderse sin más las diferencias existentes entre las personas. Quienes participan en un juego no protestan porque existan posiciones diferentes, ni porque existan diferentes cargos públicos —como los de presidente, senador, gobernador o juez—, cada una con sus propios y específicos derechos y deberes. La desigualdad a la que según Rawls hay que oponerse es aquélla que no supone ventaja “para todos” los implicados. Todos deben beneficiarse de la desigualdad para que ésta sea admisible. Resultan injustificadas las desigualdades en las que las desventajas de unos se tornan en ventajas para otros.

Además, cualquier posición que goce de especiales beneficios debe ser conquistada mediante una competición equitativa, en la que los participantes sean juzgados por sus propios méritos. Si determinadas situaciones ventajosas no fuesen “accesibles”, los excluidos de ellas tendrían razón para sentirse tratados injustamente. Ninguna persona racional debería considerarse menospreciada al ver que otros ocupan posiciones mejores que la

suya, a menos que tenga razones para pensar que esa situación es el resultado de una injusticia. La idea de imparcialidad en la distribución de los beneficios y las cargas es esencial.

El poseer una moralidad debe implicar, por otra parte, el reconocimiento de principios que se apliquen imparcialmente, tanto a la conducta propia como a la de otros, y no de principios que sean utilizados para la consecución de los propios intereses. Una persona cuyos juicios morales coincidan siempre con sus propios intereses bien podría ser considerada sospechosa de no tener moralidad alguna. Estas ideas, ya familiares en el discurso desde los sofistas griegos, contemplan la aceptación de los principios de justicia como compromiso entre personas dotadas de poder aproximadamente igual, que aun pudiendo imponer su voluntad las unas sobre las otras, en nombre de la paz y de la seguridad, y a la vista de la igualdad de fuerzas existente entre ellos, prefieren someterse a un “pacto entre sujetos racionales interesados” —en la medida en que acuerdan lo que más les convenga— que llegan a un equilibrio de intereses.

La justicia se concibe en Rawls como la virtud práctica de entes que tienen intereses concurrentes en competición y pretensiones en conflicto y en la que cada uno tratará de hacer valer sus propios derechos frente a los demás. En una comunidad de santos difícilmente podrán verificarse disputas en torno a la justicia: todos juntos se adaptarán altruistamente a un fin común, la gloria de Dios. Las cuestiones de equidad se plantean cuando personas libres, que no tienen autoridad las unas sobre las otras, se embarcan en una actividad común y establecen y reconocen entre sí las reglas que la definen y que determinan las cuotas respectivas de beneficios y de cargas. Las partes estimarán legítima una determinada práctica cuando ninguno tenga la sensación de que otro le explotará y cuando nadie se verá obligado a aceptar pretensiones que no estima legítimas. Las personas implicadas en una práctica justa deberán poder confrontar abiertamente y sostener las posiciones respectivas, cualesquiera que éstas sean, y todos lo aceptarán. El reconocimiento mutuo de los principios por parte de personas libres que no tienen autoridad las unas sobre las otras es fundamental en la idea de justicia, donde, en el lenguaje ordinario, la equidad se aplica sobre todo a prácticas en las que es “facultativo” participar —por ejemplo, los juegos o la función del juez— y la justicia a prácticas en las que no se plantea tal elección —por ejemplo, la esclavitud—. Aunque Rawls hable de la “justicia como equidad” esto no implica que los conceptos de justicia y de equidad sean la misma cosa, del

mismo modo que hablar de la “poesía como metáfora” no significa que ambas sean nociones idénticas, aunque puedan coincidir. Si la justicia como equidad —*justice as fairness*— es un tema interesante, un paso más adelante sería hablar de justeza —*rightness*— como equidad.³⁹⁵

En la justicia se impone el deber de juego limpio —*fair play*—. Así, en general, no se puede uno echar atrás de una obligación negando la justicia de una práctica sólo cuando nos toca a nosotros obedecer. Si una persona se opone a algo debería, en la medida de lo posible, comunicar sus intenciones de antemano, evitando beneficiarse de las ventajas que de tal práctica derivarían. Un *free rider* es alguien que va por libre y que en un sindicato goza de las ventajas de la acción sindical, pero se niega a participar en cargas tales como el pago de las cuotas. El deber de *fair play* está muy relacionado con otros deberes *prima facie*, como los de fidelidad o gratitud. El reconocimiento del deber de *fair play* es una parte necesaria del criterio para reconocer al otro como persona con intereses y sentimientos similares a aquellos que experimentamos nosotros mismos.³⁹⁶

La innovación más evidente de la teoría de Rawls se refiere a su noción de “posición original” y de “velo de ignorancia”. La equidad es el objetivo que debe marcarse una sociedad bien ordenada. Pero la equidad está en principio ya al comienzo y caracteriza la “posición original”. Para Aristóteles la equidad no tiene necesariamente que aparecer inicialmente. La equidad es la justicia realizada plenamente, en acto. El punto de vista de Rawls es completamente diferente. La equidad es a la vez inicial y final. La “posición original” define una situación entre socios en la que éstos se encuentran en una situación de igualdad. Es esto lo que hace tal situación equitativa.

Los dos principios de la concepción de John Rawls de la justicia como equidad serían el principio de “igual libertad” y el de “diferencia”. A ellos nos hemos referido ya anteriormente. Estos principios se encuentran entre sí en un orden serial o lexical —la palabra exacta sería lexicográfico—, es decir, en un orden en el que el primer principio debe ser satisfecho por completo antes de pasar al segundo, el segundo antes de pasar al tercero y así sucesivamente. No se puede poner en juego un principio nuevo antes de que los que le preceden hayan sido completamente

³⁹⁵ Maffettone, Sebastiano y Veca, Salvatore (a cura di), *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, Roma, Laterza, 1997, pp. 319 y ss., especialmente p. 333.

³⁹⁶ Rawls, John, *La giustizia come equità. Saggi 1951-1969*. A cura di Giampaolo Ferranti, *op. cit.*, nota 394, pp. 70 y ss.

satisfechos o bien reconocidos como inaplicables. Todo tipo de razonamiento que implique un balance de ganancias y pérdidas de diferentes personas, toda sociedad en la que no se aseguren las libertades y derecho civiles y políticos básicos, está descartada. Esto no puede ser negociado o pactado. La justicia tiene prioridad.

Un orden lexical nunca compara los principios entre sí. Los que se encuentran situados antes tienen valor absoluto sobre aquellos que les siguen, y esto no admite excepciones. Así, según el orden lexical existiría un primer principio: el de la mayor libertad igual para todos, que se refiere a las libertades básicas en una sociedad, las libertades políticas y civiles, y un segundo principio: a) el de igualdad justa —*fair*— de oportunidades, unido al b) principio de diferencia. En realidad, se trataría de las tres divisas o postulados revolucionarios franceses: la libertad —primer principio—, la igualdad —primer principio y parte a) del segundo principio— y la fraternidad —parte b) del segundo principio—. La libertad y la igualdad son dos premisas claras en Rawls. La fraternidad expresa una estima social recíproca y supone un sentido de amistad cívica y de solidaridad social.

La tensión entre los dos principios de la justicia está ya presente en la noción de equidad, como condición que se impone igualmente a todos, y que a la vez reenvía a la existencia singular de cada uno y a la necesidad de tratar a cada individuo en atención a sus necesidades e intereses. En la posición original los individuos no se distinguen unos de otros. Pero en la vida social efectiva cada uno está enteramente singularizado. Es la equidad la que regula el paso de una identidad formal de todos a una individualización concreta y sustancial de cada uno.³⁹⁷

IV. RONALD DWORKIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY*

El filósofo del derecho anglosajón —discípulo directo de Herbert Lionel Adolphus Hart en el Balliol College de Oxford, donde ha sido, a su vez el maestro de Joseph Raz, y que dividía el año académico en dos mitades, una como global professor en la New York University y otra en el University College de Londres— Ronald Dworkin, aunque sin referirse nunca a la idea de una toma de decisión en equidad explícitamente, o a

³⁹⁷ Clair, André, “L’affirmation du droit, réflexions sur la théorie de la justice de Rawls”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, IV, 1990, pp. 545-564.

un tribunal que falle a la luz de consideraciones de equidad, claramente contempla esta posibilidad cuando alude a la formación de las sentencias y a los fallos judiciales que se basan más en principios y estándares que en reglas y normas jurídicas. Los materiales legales en este caso serían, más que normas legales, esos principios, si bien sin caer en un relativismo o subjetivismo absoluto, sin atribuir a la intuición un papel excesivo.³⁹⁸ En opinión de Dworkin no hay nada de extrajurídico en la decisión de un juez basada en la equidad —en lo que él denomina los principios, en consideraciones de justicia—. No habría nada de irracional o intuitivo en ello. Cuando estemos ante un mismo caso al que son de aplicación diversos principios jurídicos, los principios aplicables no se excluirán entre sí al modo todo-nada, como ocurre cuando el conflicto se produce entre normas jurídicas, sino que el modo de aplicarse será relativo y más complejo, en función del peso e importancia de los principios en juego, que convivirán entre sí en una mayor o menor proporción, sin que ninguno quede totalmente fuera de juego.

Según la famosa frase de Dworkin, la justicia se fundamenta en los derechos y los derechos son “triumfos”. Allí donde se aplique un derecho básico nada puede interponerse en su camino. El pensador anglosajón pone el énfasis en la igualdad, antes que en la libertad, y su principio moral básico es el de “igual consideración y respeto”. Sostiene que el derecho contiene “principios” además de reglas. Estos principios se distinguen no por su mayor generalidad o vaguedad, sino por el hecho de que, en el razonamiento jurídico, tienen un cierto “peso” más que un efecto “todo o nada”, es decir, proporcionan razones para una decisión particular de distinta fuerza, pero no determinan de manera definitiva el caso en cuestión. Los principios operan en el razonamiento jurídico especialmente en relación con los casos “difíciles” —es decir, poco claros—, en los que no hay reglas relevantes que no sean ambiguas o en los que las reglas producen resultados que son inaceptables en términos de ciertos principios jurídicos básicos. Estos principios encierran derechos con un rango en la jerarquía normativa más importante que el de los derechos positivos comunes. Si aceptamos los principios legales, entonces los jueces tienen un fundamento suficiente para llegar a decisiones correctas,

³⁹⁸ Sobre el tema conexo de la validez en Dworkin, véase el capítulo 2.2.3.A) de nuestro trabajo, *Concepto y fundamento de la validez del derecho*, *op. cit.*, nota 174, pp. 208-212.

conforme a la equidad, en cada caso, no importa cuan difíciles puedan ser. Dworkin sostiene que los jueces, al determinar qué principios existen en el derecho y qué peso hay que otorgarles en casos particulares, determinan con sus propios juicios personales qué es el derecho, sin que su tarea se limite sólo a complementarlo. Según Dworkin, existe una “respuesta correcta” para los casos difíciles, a modo de ideal al que debemos tratar de aproximarnos de un modo objetivo. Se trataría de un proceso similar al de la escritura de una “novela en cadena”, en la que un grupo de autores, teniendo en cuenta el trabajo de quienes escribieron con anterioridad, desarrolla un nuevo capítulo coherente, y luego pasa el relevo al siguiente autor, que está limitado en cierto modo por lo que le precede, pero que goza a la vez de un cierto margen de libertad. De lo dicho se desprende la conclusión de que la concepción de la equidad, y la empresa jurídica en general, debe ser coherente. Esto significa que los jueces apelan directamente a principios de justicia y equidad para ver entre varias decisiones alternativas cuáles se adecuan mejor al derecho existente, escogiendo la “mejor decisión posible”, del mismo modo en que cada uno de los hipotéticos participantes en la “novela en cadena” intenta escribir un buen capítulo.

Para el profesor Dworkin, el derecho básico último es el derecho de “igual consideración y respeto”, derecho diferente de la “igualdad de tratamiento” real, término que utiliza para aludir a aquellas situaciones en las que cada persona acaba recibiendo y teniendo la misma cantidad del bien valioso que se está distribuyendo. La justicia implica el derecho a ser tratado como un igual, no el derecho a un tratamiento igual. El principio de ser tratado como un igual se encuentra en la esencia misma del concepto de justicia, a modo de principio abstracto que se puede satisfacer a través de muchos ideales políticos concretos diferentes —el igualitarismo, la meritocracia, la utilidad general o la equidad rawlsiana, entre otros—. En esto consiste la equidad, no en distribuir los bienes desigualmente por considerar que algunos ciudadanos merecen mayor consideración, sino en estimar que nadie es más noble o superior que los otros, que todos somos dignos de ser tratados con igual consideración y respeto.

Dworkin descarta varios tipos de igualdad. Descarta la igualdad del “bienestar”, porque no hay manera alguna practicable y aceptable de medir el bienestar; la igualdad de “satisfacción”, porque depende de los gustos y objetivos individuales, que resultan moralmente arbitrarios y controverti-

dos, siendo especialmente no equitativo tomar en cuenta los gustos caros; la igualdad de “logros”, porque es relativa a factores subjetivos, tales como las preferencias y ambiciones individuales, considerándose especialmente no equitativo el tener en cuenta las ambiciones inusuales. Se manifiesta partidario, por el contrario, de una igualdad “distributiva” equitativa de los recursos, fácilmente mensurable y controlable a través de los mecanismos del mercado. Dicha igualdad no tomará en consideración la mera suerte, incluida la que opera en la distribución de las dotes naturales, siendo —en terminología del autor— “insensible a las dotes”, aunque no por ello sensible a las ambiciones. No seremos compensados por nuestros gustos caros o por aquellas capacidades que estén por debajo de la media, pero estaremos protegidos frente a circunstancias que puedan perjudicarnos gravemente y frente a incapacidades grandes. Todo esto tiene lugar a través de un acuerdo “equitativo” al modo de aquél al que llegarían los hipotéticos supervivientes de un naufragio arrojados a una isla desierta que tiene abundantes recursos y en la que no hay población nativa. La división equitativa de los recursos en estas circunstancias sería aquella que lograrse superar el “test de la envidia”, en virtud del cual, una vez distribuidos los recursos, nadie preferirá un lote distinto del que en la subasta le ha correspondido.³⁹⁹

Dworkin parte de la idea de igualdad como igualdad de recursos. Los recursos son necesarios para satisfacer nuestras necesidades básicas, pero a la vez son escasos. La vida de un individuo será buena en la medida en que resuelva con habilidad el reto que de manera autónoma se impuso de conseguir esos recursos. El “test de la envidia” es un parámetro que sirve para medir hasta qué punto ese logro se ha conseguido. Este test implica

³⁹⁹ Dworkin, Ronald, “What is Equality? Part II, Equality of Resources”, *Philosophy and Public Affairs*, 10, 1981. Dworkin, Ronald, “In Defense of Equality”, *Social Philosophy and Policy*, 1, 1983. Dworkin, Ronald, “Why Liberal Should Believe in Equality?”, *New York Review of Books*, 29, 1, 1983. Reimpreso en *A Matter of principle*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1985. Dworkin, Ronald, “What is Equality? Part III, The Place of Liberty”, *Iowa Law Review*, 73, 1987. Dworkin, Ronald, “What is Equality? Part IV, Political Equality”, *University of San Francisco Law Review*, 22, 1987. Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, trad. castellano de Claudia Ferrari, revisión técnica de Ernesto Abril, *Law’s empire*, London, Fontana, 1986. Dworkin, Ronald, *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós, 1990. Dworkin, Ronald, *La comunidad liberal*, estudio preliminar de Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 1996.

que debe preguntársele a cada una de las personas que participan en la distribución de recursos si ha quedado satisfecha con los recursos que ha adquirido en la distribución que de los mismos se hace a través de la *subasta walrasiana* —llamada así en honor del investigador que la ideó, Leon Walras—. La subasta, que se presenta como un ejercicio hipotético que debería realizarse en un mundo ideal, sólo podrá terminar cuando nadie envidie el conjunto de recursos que controla cada una de las otras personas. Es necesario que el test se aplique a lo largo de la historia de una sociedad, es decir, de una manera diacrónica. Por ejemplo, si a María se le pregunta si envidia a Pedro, probablemente contestará que sí porque en ese momento Pedro cuenta con más recursos que ella. Por el contrario, si a María se le aclara qué tipo de vida ha llevado y lleva Pedro en comparación con la de ella y que le han llevado a tener más recursos: sus decisiones laborales, el tiempo de ocio con el que cuenta para descansar y estar con su familia y amigos, etcétera, probablemente contestará que no envidia a Pedro en absoluto y que considera que los dos paquetes de recursos son iguales.

En la *subasta walrasiana* el subastador entrega a cada uno de los naufragos que llegan a una isla desierta un número igual de fichas, para lo que podrían usarse, por ejemplo, conchas. Las fichas les servirán para adquirir los bienes que deseen. Luego el subastador divide los recursos disponibles en lotes. Aquí interviene el concepto de “costos de oportunidad”. Dado que en la vida humana existen tiempo e ingresos limitados, por un lado, y alternativas diferentes acerca de cómo invertir el tiempo y el dinero, por otro, el valor de la alternativa elegida se mide comparando la decisión que efectivamente fue tomada con las que dejaron de tomarse. La decisión será correcta si, según los parámetros de cada individuo, es más valiosa que las opciones rechazadas. Por el contrario, será incorrecta si es menos valiosa. En la formulación de Dworkin la intervención del Estado debe limitarse a la configuración de las “circunstancias correctas” para que este proceso sea posible en condiciones de libertad e igualdad. Desde su óptica liberal, toda forma de paternalismo estatal debe ser rechazada. Esto se encuentra en relación con la distinción entre la libertad negativa y la libertad positiva, distinción formulada por primera vez por Isaiah Berlin en una conferencia impartida en la Universidad de Oxford en 1958.

¿Cuál es el papel de la suerte en el panorama descrito? Para Dworkin existen dos tipos de suerte: la suerte de opción y la suerte lata. Cuando, por ejemplo, voy caminado por la calle y un meteorito cae sobre mi cabeza, puedo decir que he tenido mala suerte en sentido lato. Igualmente, si como consecuencia de un accidente pierdo el 95% de mis aptitudes mentales, puedo decir que he tenido mala suerte en sentido lato. Pero si se me había ofrecido un seguro para la eventualidad de que por un accidente quedara incapacitado y no lo acepté, prefiriendo invertir en unos bonos de alto riesgo y luego quede incapacitado, la mala suerte lata se convirtió también para mí, al no contratar el seguro, en mala suerte de opción. La distribución desigual de los recursos y capacidades personales debemos ubicarla dentro de la suerte lata: nadie elige nacer feo, tonto o discapacitado. Pero nuestra mala o buena suerte lata puede ser neutralizada o potenciada hasta el infinito a través de las opciones y elecciones que cada uno realice en su vida para encauzarla. Aquí juega un papel importante más que el cociente intelectual la “inteligencia emocional”, concepto éste en boga actualmente. Lo importante es la capacidad de gestionar hábilmente nuestra vida y nuestras emociones.

En el mundo ideal-ideal, los principios y parámetros que deberían definir el sistema para llevar a cabo la “subasta” de la que hemos hablado serían: el principio de “seguridad”, a tenor del cual el sistema debe incluir normas que reduzcan la libertad de las personas para mantener las vidas de los asociados y permitirles mantener el control sobre los recursos que han adquirido; el principio de “abstracción”, que ordena que los bienes sean subastados en la forma más abstracta posible. Así, en lugar de subastar un campo sembrado de trigo, acero o muebles, deben subastarse un campo sin cultivar, el hierro y la madera; el principio de “corrección”; el principio de “autenticidad”, o posibilidad de formar con anterioridad a la realización de la subasta una personalidad auténtica con opiniones propias, referente a asuntos de conciencia, religión, trabajo, relaciones interpersonales y similares, así como la posibilidad de cambiar esas opiniones; el principio de “independencia”, que elimine de la subasta las consecuencias de los prejuicios sociales —en asuntos raciales, de género y de orientación sexual, por ejemplo—. Frente a este mundo ideal-ideal, en el mundo ideal-real existiría un déficit de igualdad, que se manifiesta en un déficit de recursos y en un déficit de libertad. Por último, en el mundo real-real se presentarían situaciones de grandes desigualdades y falta de compromiso de los ciudadanos y dirigentes políti-

cos. En este mundo opera el principio de “victimización”. Una persona es víctima cuando el valor de su libertad es menor que el que tendría en una distribución “defendible”, propia del mundo ideal-real.⁴⁰⁰

Aunque Dworkin no lo plantea expresamente, esta escisión entre el mundo ideal-ideal, el mundo ideal-real, y el mundo real-real, tiene mucho que ver con la justicia y la equidad. La justicia, como ideal, funcionaría más en los dos primeros y es a medida que nos acercamos al mundo real-real cuando se hace necesario que el ideal abstracto se convierta en “justeza” adaptada a la realidad concreta de la vida.

V. OTRAS CONCEPCIONES DE LO JUSTO

Además de las teorías vistas, existen otras concepciones de lo justo en el debate jurídico contemporáneo. Entre ellas destaca la teoría de la justicia como “título” de Robert Nozick —en su obra *Anarquía, Estado y utopía* (1974), un clásico de los años setenta, publicado tres años después del libro de Rawls *Una teoría de la justicia* (1971), y en el que se muestra partidario del libertarismo del Estado mínimo, con su rampante *laissez-faire*, muy en sintonía con la política de la nueva derecha de Margaret Thatcher y Ronald Reagan—. ⁴⁰¹ Los derechos, como la justicia, son, en la terminología de Nozick, cuestiones de títulos —*entitlement*—, término que se refiere al hecho de estar en posesión de capacidades o derechos. Estos títulos no dependen de la gracia o el favor de otras personas, sino que constituyen obligaciones que se deben al titular de los derechos y que pueden ser exigidos por éste. Los derechos están particularmente relacionados con el análisis de la justicia “formal”, que puede definirse como tratar a las personas de acuerdo con sus derechos positivos existentes, socialmente reconocidos. Las cuestiones de justicia “material” se consideran separadamente acudiendo a otros recursos distintos a la apelación a los derechos. Un puente entre la justicia formal y la material, que permite extender la hipótesis de la justicia como derechos de aquélla a ésta, es el recurso a la noción de derechos humanos. Entre estos títulos o derechos en los que se ex-

⁴⁰⁰ Dworkin, Ronald, *La comunidad liberal*, op. cit., nota 400, pp. 55-110, dentro del Estudio introductorio de Daniel Bonilla e Isabel Cristina Jaramillo.

⁴⁰¹ Nozick, Robert, *Anarchy, State and utopia*, Oxford, Blackwell, 1974, trad. al castellano de Rolando Tamayo y Salmorán, *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

presa la idea de justicia se trata especialmente la propiedad o “tenencias”, como el autor prefiere llamar a las posesiones.

Otro teórico contemporáneo de la justicia, Richard Posner, cuyo trabajo está muy en la línea de la tradición utilitarista, presenta su teoría de la justicia como “eficiencia”. En su libro *The Economics of Justice* (1981) sugiere que su interés respecto a la justicia tiene que ver principalmente con la “rentabilidad” de la aplicación del derecho.⁴⁰² En dicha obra se presenta una concepción económica de la justicia, que la equipara con la eficiencia económica, aunque sin caer en el extremo de reducir la idea de justicia a los beneficios de la maximización de la riqueza. El principal logro de la teoría de Posner es aplicar el tipo de teoría económica individualista al contenido de las doctrinas jurídicas en áreas tales como el derecho de daños, el derecho contractual y el derecho penal, ofreciendo, al igual en esto que Nozick, una defensa entusiasta del libertarianismo capitalista.

Posner define la “eficiencia” como la “satisfacción total de aquellas preferencias que están respaldadas con dinero”. En estos términos, una sociedad eficiente es una sociedad en la que los bienes están en manos de quienes tienen la capacidad y el deseo de pagar por ellos el precio más alto, ya que éstas son las personas que más los valoran.

Los maximizadores de riqueza se articularían a través de un sistema de reglas y sanciones administrado por abogados y jueces. Los ciudadanos quebrantan la ley cuando los beneficios económicos a recibir superan las ventajas de respetar el derecho, y someten sus disputas a litigio si esperan obtener más beneficios económicos que cargas equivalentes. Por su parte, los tribunales deciden los casos a ellos sometidos del modo más eficiente económicamente, aplicando las sanciones más severas a las conductas económicamente más destructivas, adjudicando derechos a aquellos litigantes que estarían dispuestos a pagar por ellos un precio más alto en un mercado libre, y decidiendo sobre la responsabilidad y los daños para asegurar que los recursos correspondan a quienes tengan mayor capacidad para capitalizarlos. La parte que valora más un derecho comprará siempre tal derecho, o sus beneficios, a la parte a la que los tribunales se lo hayan adjudicado.

Otra concepción de la justicia interesante es aquélla que la concibe como “mérito”. Esta idea es muy antigua y ya en épocas lejanas se decía

⁴⁰² Posner, R. A., *The Economics of Justice*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1981.

que ser justo es dar a cada uno lo que se merece —el *suum cuique tribuere* de los *tria iuris praecepta* romanos—. Recientemente ha habido un retorno a la idea de que el mérito es un componente esencial de la noción de justicia, dadas las limitaciones del utilitarismo. Se rastrean seguidores de la teoría del mérito desde Adam Smith e Immanuel Kant hasta John Stuart Mill y Henry Sidgwick. Especial mención hay que hacer del trabajo del filósofo polaco-australiano, que ahora vive en Italia, Wojciech Sadurski, *Giving Deserts its Due: Social Justice and Legal Theory*, cuya teoría del “equilibrio” hipotético entre cargas y beneficios en que consiste la justicia, descansa en la noción central de mérito.⁴⁰³

Según las teorías del mérito, la justicia se logra cuando hay un equilibrio o proporción entre la distribución de aquello que está bien merecido —es decir, que es positivo— y aquello que no se merece —lo negativo—, particularmente a través de la administración de recompensas, castigos y compensaciones adecuadas. Aunque el término mérito —*desert*— puede ser usado de manera muy amplia, en la teoría de la justicia se entiende como mérito “moral”, en un doble sentido: como contrapuesto al mérito convencional o “institucional”, en el sentido de que no presupone normas sociales o reglas distributivas preexistentes; y como contrapuesto a lo “natural”, es decir a aquello que acaece de modo que no media elección o intervención humana, lo que se conseguiría con una especie de “suerte boba”, sin que para ello se requiera esfuerzo alguno. Muchos teóricos del mérito requieren también que éste vaya ligado a la bondad, a motivos moralmente encomiables. No es este el caso de Sadurski, que no exige en su teoría del mérito un valor moral del individuo, sino exclusivamente un efecto beneficioso para la sociedad, aunque éste no sea su móvil. Lo que sí requiere Sadurski para que podamos hablar de mérito es una conducta que sea de alguna manera “gravosa”, es decir, que incorpore un elemento de “sacrificio”, trabajo, riesgo, responsabilidad o molestia.

La teoría del mérito no impide concebir la justicia como un modelo de “distribución” y posible “rectificación” de injusticias, en relación con la idea de respeto por la dignidad humana. Aliviar las necesidades básicas podría ser una cuestión de justicia allí donde la necesidad es inmerecida, es decir, cuando no es el resultado de una elección insensata o inmoral de

⁴⁰³ Sadurski, Wojciech, *Giving Desert its Due, Social Justice and Legal theory*, Dordrecht, Reidel, 1985.

las personas que padecen dicha necesidad. Por otra parte, la teoría del mérito puede explicar cómo cuando a través de elecciones inteligentes y del esfuerzo de las personas los frutos del trabajo “exceden” con mucho el grado de méritos, debe compensarse esta situación en apariencia no equitativa. La idea es que el equilibrio entre cargas y beneficios de cada uno de los miembros de la sociedad tiene que ser equivalente. Así, la persona que nazca con importantes desventajas deberá ser compensada con beneficios que hagan que su posición se asemeje lo más posible a la de las otras personas no desaventajadas, de la misma manera que el delincuente que roba debe ser desposeído del bien robado, siendo devuelto a la misma posición del no delincuente.

El problema radica en las insuperables dificultades teóricas y prácticas existentes para medir el mérito, lo cual requiere un conocimiento considerable del funcionamiento interno de las mentes y de las emociones de las personas cuyos méritos se intentan medir. Quienes critican las teorías de la justicia como mérito alegan también que las mismas llevan a confundir la moral con el derecho, alentando una intromisión injustificada y coactiva en la vida de los ciudadanos. Además, institucionalizar la compensación por el mérito socava las bases sobre las que el mérito es adquirido, realizándose los comportamientos meritorios para obtener las recompensas, es decir por móviles auto-interesados. Del mismo modo, la conducta de una persona que se abstiene de realizar actos criminales por miedo a la sanción no sería considerada meritoria. El problema se reduce si admitimos la conducta prudencial como un tipo de base para el mérito, ya que evitar sanciones e intentar obtener remuneraciones pueden considerarse ejemplos comunes de conducta prudencial. Otra dificultad espionosa para la teoría del mérito de Sadurski es que el esfuerzo no siempre es en sí mismo una carga, sino que puede ser bienvenido y disfrutarse. Para solventar este escollo el autor alude al concepto de elecciones que realizaría la “persona media”, es decir la amplia mayoría de individuos de la sociedad.

Otra concepción importante de la justicia es la tesis de Marx de la justicia como “críticGa” a una situación de explotación. La mayoría de las teorías de la justicia contemporáneas se han originado en los Estados Unidos de Norteamérica, lo cual explica el predominio en ellas de las ideas del capitalismo liberal, y hacen buena la afirmación marxista de que la justicia es intrínsecamente un concepto burgués, capitalista e indi-

vidualista. Desde esta perspectiva, la teoría socialista de la justicia critica la idea de justicia, tachándola de ideológica, de artilugio al servicio de los intereses de la clase dominante, la burguesía, que bajo ideas como esa trata de presentar como universal e inmutable un concepto que no es sino una visión deliberadamente deformada de la realidad, una ideología o “superestructura”, instrumento de dominación y explotación de la clase dominada, el proletariado. La justicia para Marx y Engels no es más que la expresión ideologizada, glorificada, de las relaciones económicas existentes.⁴⁰⁴

Sin embargo, el debate reciente sobre Marx y la justicia recoge la cuestión relativa a saber si podría haber, en un nivel de análisis más profundo, concepciones normativas de la justicia del derecho que fuesen característicamente socialistas, que abarcasen algunos de los valores que sólo pueden ser realizados en una sociedad socialista. Más específicamente se sostiene que las sociedades socialistas se aproximan al principio de justicia “distributiva”: a cada uno de acuerdo con su capacidad, a cada uno de acuerdo con sus necesidades, una máxima que el propio Marx adoptó en *El programa de Gotha*, una suerte de igualitarismo comunal.

Todo depende de que sigamos una versión “fuerte” del materialismo dialéctico marxista —según la cual toda idea de justicia, como instrumento al servicio de la clase burguesa, es rechazable y lo único que importa es la infraestructura económica— o una versión “débil” —que permita expresar al socialismo unos contravalores a la justicia capitalista—.

El concepto marxista de justicia puede abordarse desde un análisis que distingue entre la justicia formal y la justicia material como conceptos contrastantes. Así, Marx diferencia entre una justicia formal —como concepto jurídico, como conformidad con las normas imperantes, como justicia dentro de un sistema particular o justicia “interna”, que consiste en la aplicación eficiente de las normas en dicho sistema— y una justicia “externa” al sistema, que puede servir como instrumento crítico del mismo. Desde el primer punto de vista un sistema es injusto si no logra aplicar eficientemente las reglas que lo regulan. Desde el segundo enfoque, la justicia no es algo “relativo” a un determinado sistema, sino un “ideal absoluto”, a la luz del cual cabría criticar los distintos sistemas. Según el primer modelo, una sociedad es injusta sólo en la medida en que no aplica cohe-

⁴⁰⁴ Marx, Karl, *Obras escogidas*, Madrid, Fundamentos, 1975.

rentemente sus normas. La justicia en este sentido sería un concepto moralmente neutral, una justicia formal, que se limita a verificar la propia coherencia desde —siguiendo la terminología de Hart— el punto de vista interno. Pero existiría una concepción material de lo justo, una justicia de contenidos, que no sería moralmente neutral, y que permitiría, desde el punto de vista del observador externo, del marxista, por ejemplo, criticar las sociedades y sistemas capitalistas y conceptualizar al derecho como un fenómeno típico de ellos, que desaparecería cuando desaparecieran las clases sociales, lo cual se lograría a través de la revolución y la instauración de una sociedad comunista. Según esta idea de lo justo, los derechos son instrumentos para legitimar conductas posiblemente antisociales y seguramente auto-interesadas. Es la justicia como “crítica” propia del marxismo.

Pero la realidad ha mostrado que la idea comunista es una utopía. Como utopía funciona sobre un modelo en el que se da prioridad a la igualdad sobre la libertad, que es más propia del liberalismo capitalista, a la sociedad sobre el individuo, y en la que el principio rector sería una distribución de acuerdo con la necesidad y una contribución de acuerdo con la capacidad. Frente a la ideología capitalista de la distribución conforme al mérito, a tenor de la cual se explicarían las desigualdades sociales apelando al distinto valor de las contribuciones hechas por quienes participan en la producción y su financiación, que presupone que quienes triunfaron en un sistema de libre empresa y propiedad privada “merecen” mayores beneficios, por sus inteligentes decisiones, su trabajo duro y sus habilidades superiores, frente a todo esto se encuentra la alternativa socialista de distribución de acuerdo con las necesidades sociales. Llámemosles a estas mejoras que oferta el comunismo cuestiones de justicia o bien exigencias de mera humanidad, comunidad y autorrealización, lo cierto es que se trata de priorizar las necesidades de todos los seres humanos considerados como entes con igual valor, cuyo sufrimiento cuenta por igual, sin importar la clase social o la riqueza. Estamos ante una concepción impregnada del discurso de la justicia.

Finalmente, podríamos referirnos a las concepciones de la justicia desarrolladas desde la perspectiva “feminista” liberal, desde el siglo XIX en adelante, como una cuestión de género, de igualdad de derechos entre las mujeres y los hombres. Más aún, las feministas posmodernas señalan la existencia de múltiples perspectivas de género, existiendo diferencias importantes a tener en cuenta entre mujeres de diferentes razas, clases y

circunstancias. Tenemos, por ejemplo, la famosa tesis de Carol Gilligan, que distingue entre la visión masculina de la justicia, que pone el énfasis en las normas y los derechos, y la perspectiva femenina, que se centra más en las relaciones interpersonales: lo que importa es mantener buenas relaciones y no establecer qué derechos han sido violados; la humanidad debería triunfar sobre la justicia y no a la inversa.

Otra importante representante de este debate es la feminista contemporánea Iris Marion Young, en su importante libro *Justice and the politics of difference* (1990).⁴⁰⁵ En su obra se señalan dos condiciones sociales que definen la justicia: la opresión, el límite institucional al auto-desarrollo, y la dominación, el límite institucional a la autodeterminación. La injusticia se produce cuando la dominación lleva a la opresión. Tanto la opresión como la dominación se ven muy bien ejemplificadas en el racismo y el sexismo. La opresión se divide en cinco importantes tipos o categorías: la explotación —retomando la concepción marxista—; la marginación —de quienes no tienen trabajo o casa, o sufren una enfermedad mental—; la carencia de poder —aplicable también a aquellos con trabajo, pero cuyas experiencias laborales son una flagrante negación de su libertad para ser ellos mismos y desarrollar sus capacidades, por ejemplo un empleado común no profesional—; el imperialismo cultural —cuando la cultura expresa la visión del grupo dirigente como si fuese la única posible—; y la violencia —cuando se usa la fuerza para humillar y aterrorizar a las víctimas, ya se trate de violencia física o psicológica, por ejemplo la violencia doméstica—.

Habría que superar algunas dicotomías inaceptables. Así la que opone la esfera privada, como territorio tradicional de las mujeres, y la esfera pública, reservada a los hombres. Esto es inaceptable, puesto que la opresión es una característica tanto en el mundo privado como en el público. Otra dicotomía inaceptable sería la que existe entre el sentimiento —privado y femenino— y la razón —pública y masculina—, no sólo porque la razón está influida por el sentimiento, sino porque, como muestran las teorías cognitivas, la razón también influye en los sentimientos y sólo sentimos cosas que previamente hemos pensado, hasta el punto de que cambiando nuestros pensamientos podemos influir sobre nuestros sentimientos y emociones, llegando a modificarlos.

⁴⁰⁵ Young, I. M., *Justice and the politics of difference*, New Haven, Princeton University Press, 1990, trad. castellano de Silvina Álvarez, *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra, 2000.

Para Young sería erróneo buscar la “imparcialidad” como virtud, pues tratamos de separarnos de nuestra propia situación y de las particularidades de nuestro yo en la equivocada creencia de que lo moral en lo universal no es viable. Una persona totalmente desvinculada es una persona vacía, más amoral que moral. Yo soy yo y mis circunstancias, como decía Ortega y Gasset. Frente a la idea de Rawls de la posición original, bajo el velo de ignorancia, lo cierto es que “la visión desde todos los puntos de vista se transforma en la visión desde ningún punto de vista”. Es como si tratásemos de describir a un “hombre normal”, al hombre medio. ¿Cómo sería en realidad ese hombre?: ni alto ni bajo, ni listo ni tonto, ni bueno ni malo..., un ser neutro. Del mismo modo en que, como decía Freud, no existe la normalidad, sino que ésta es más bien un ideal al que hay que tender, la realidad está plagada de diferencias y particularidades. Además la imparcialidad en la práctica está condenada al fracaso puesto que pasa por alto las desigualdades y las opresiones a las que están sometidos los grupos dominados. La alternativa de Young a la imparcialidad es la justicia, precisamente entendida como equidad. Propone programas de “acción afirmativa”, que persiguen otorgar prioridad en el empleo a personas negras o a las mujeres para que estén mejor representadas. Todo esto presupone para Young que el problema no es la discriminación, sino la opresión a ella ligada. La igualdad de trato entendida como un principio absoluto de no discriminación sería una igualdad como semejanza, como asimilación, como homogeneización, que pasa por alto las diferencias de grupo que pueden hacer necesarias medidas afirmativas, en las que la no discriminación no debería ser vista como un fin en sí mismo, sino como un posible medio para alcanzar una mayor justicia.