

LOS ENCLAVES DE LA JUSTICIA *

I. El "Sentido de la Justicia"

El hecho de que las ideas de valor conceptúen sentimientos humanos de aprobación y desaprobación y los impulsos resultantes, y el de que los términos de valor simbolicen tales sentimientos e impulsos, fundamenta la expectativa de que el examen de estos sentimientos e impulsos pueda revelar el contenido de los valores. Un examen semejante podría descubrir qué clase de situaciones estimulan la clase de aprobaciones o desaprobaciones expresadas por el valor en cuestión, y a qué clases de acción estamos entonces impelidos, sin caer en la petición de principio de si todos los sentimientos e impulsos relacionados a un cierto valor tienen algo esencial en común, o son meramente un conjunto heterogéneo asociado con el término común sólo por un accidente cultural e histórico. A pesar del aire psicológico¹ de esta clase de investigación, su cercanía con la justicia continúa, en verdad, una muy vieja actitud que ve las raíces de todas las concepciones de la justicia no en algo ya formulado, sino en un peculiar sentimiento o instinto humanos.² Éste, dijo Gény hace medio siglo, "es una clase de instinto que, sin recurrir a la razón razonadora, se dirige por sí mismo hacia la mejor

* Este ensayo fue preparado como parte del capítulo final de un libro sobre 'Human Law and Human Justice' en el curso de la revisión del libro del autor, *The Province and Function of Law* (1946). Esta revisión se publicará en 1964 o en los primeros meses de 1965 en Maitland Publications Pty. Ltd. 65 York Street, Sidney, Australia.

¹ Véase, por ejemplo, F. R. Bienenfeld, *Rediscovery of Justice* (1949), esp. pt. i, "Justice in the Nursery". Acerca del valor especial de las reacciones de los niños en una investigación semejante, véase W. D. Lamont, *Principles of Moral Judgement* (1946) 35-36. Tanto Lamont como Bienenfeld reconocen, claro está, su deuda con los estudios pioneros de Piaget de psicología infantil, esp. *The Moral Judgement of the Child* (1932). Para críticas al planteamiento de Bienenfeld, esp. la asunción del paralelismo entre las etapas de desarrollo individual y el de la sociedad, véase W. Friedmann, *Book Review* (1949) 65 *Law Quarterly Review* 91. Y sobre la "psicodinámica" de la justicia, I. Tammelo, "Justice and Doubt" (1959) 9 *Osterr. Zeitschrift für öffentliches Recht* 308, en 399-403.

El trabajo de Lamont es una investigación sobre ética más bien paralela al actual tipo de investigación sobre la justicia, interesándose no en lo que deben ser los *standards* morales de los hombres, sino en lo que de hecho son. Véase *id.* 9 sigs., esp. 10; y sobre la naturaleza psicológica de su interés *id.* 20, 24 sigs., 35 sigs., 137 sigs.

² Véase F. S. Cohen, *Ethical Systems and Legal Ideals* (1933) 100. El mismo David Hume, después de la más famosa proclama de la filosofía inglesa acerca de la infranqueable brecha entre el "es" y el "debe" (*A Treatise on Human Nature*, bk. iii, pt. i, § i), inmediatamente dio a entender que podría encontrarse un puente en la agradable "satisfacción o sentimiento" de "satisfacción" evocado por la virtud, y el "molesto" de la "culpa" evocado por el vicio. Véase *id.* § ii; y cf. S. I. Benn y R. S. Peters, *Social Principles and the Democratic State* (2 imp. 1961) 40-41.

solución, es decir, la que mejor se conforma al fin de toda organización jurídica".³ Esta clase de noción de justicia resulta obviamente atractiva al hombre común (entre quienes deberíamos incluir, quizá a muchos abogados comunes), porque eleva a teoría precisamente su falta de articulación acerca de la justicia.⁴ Alienta en ellos, también, la orgullosa, cuando no condescendiente creencia de que el vasto tejido de teorías sobre la justicia propuestas durante milenios por filósofos y juristas no es más que una serie de intentos de articulación de ese sentido común de la justicia, que a ellos les resulta tan natural. Y les permite rechazar tales teorías, si piensan que no reflejan este "sentido común", y aun condenarlas por oscurecer, mediante ideales artificiales, el íntimo y personal sentido de justicia.

La intimidad misma de esta intuición y el misterio de su inaccesibilidad a la comprobación racional es, sin embargo, anatema para el severo racionalista o para el pensador científico. Desde el punto de vista racionalista, aun cuando se admite el sentimiento en el alma humana, se pone en duda su capacidad de alcanzar una valoración correcta. El hacer justicia presupone, en primer lugar, un conocimiento de cuáles son los hechos verdaderos relevantes al juicio; y los sentimientos internos ni reúnen ni interpretan estadísticas. En segundo lugar, aun asumiendo que todos los hechos relevantes sean conocidos, el "sentido de la justicia" que opera sobre estos datos es "en gran medida un compuesto de doctrinas morales aceptadas". En cuanto tal "no es más inexpugnable a la crítica intelectual que las creencias sobre las cuales se basa". El "sentido de la justicia", bajo esta luz, requiere el examen crítico de la filosofía y de la ciencia. No puede ser la prueba final de la justicia; y convertirla en ello sería "simplemente asignarle autoridad última a nuestra ignorancia moral".⁵ Inclusive este severo punto de vista tiene fi-

³ Véase F. Géný, *Science et Technique en Droit Privé Positif* (1921) 215. Cf. H. Sidgwick, *Methods of Ethics* (1874) 236: "La ética científica sólo puede ser la organización y la elaboración sistemática de los principios y los métodos implicados en el razonamiento moral de los hombres comunes".

⁴ Véase la apoteosis que hace F. Pollock (*Essays in Jurisprudence and Ethics* (1882) 288 sigs., del "sentido moral" como "el tribunal invisible e informal de los hombres justos" (*id.* 297). También mantenía que la habilidad para formular juicios éticos era independiente del conocimiento que se tuviera de "filosofía moral" (*id.* 266), siendo ésta simplemente un intento de explicación del primero (*id.* 294). Pensaba que la "auténtica tarea del filósofo" era "establecer principios en bases a los cuales pudiera darse una versión racional de la moralidad que ya le era familiar"; y (simultáneamente) pensó que "los juicios éticos no están organizados y que no esperamos que alguna vez lo estén" (*id.* 272-3). Para un intento de racionalización de estas posiciones y sobre algunos otros aspectos del concepto de justicia de Pollock, véase F. E. Dowrick, *Justice According to the English Common Lawyers* (1961) 103, 74. Todo esto lo vio Pollock en el contexto del "sentido moral inglés", hostil al "método cuasi-legal y escolástico" y a la autoridad final que este último presuponía (*id.* 272). Y véase *infra* n. 25.

⁵ Cohen, *op. cit. supra* n. 2, en 100-101. Cf. las críticas de Austin y Bentham, en las *Lectures* (3ª ed. 1869) lect. iv, 144-159, del primero y su *Province of Jurisprudence Determined* (ed. H. L. A. Hart, 1954) 36, 46, 52 y 87-100, esp. 95-96, 98-99; y en la obra de

nalmente que reconocer, sin embargo, que las teorías de la justicia son, en algún grado, intentos de articular y refinar este sentimiento, y que carecen de algo cuando se alejan demasiado de él.

No obstante es también innegable que nuestros impulsos y sentimientos modernos de justicia están ellos mismos influidos (si no es que determinados) por las teorías filosóficas de la justicia que han penetrado, en versiones más o menos corruptas, en la herencia cultural de nuestras sociedades.⁶ En esta medida, el "sentido de la justicia" tiene elementos racionales, cognoscitivos, y argumentativos; e inclusive sus elementos emocionales, irracionales e intuitivos, son susceptibles de ser tratados racionalmente, de ser expresados en forma racional y quizá, también, de ser reducidos al orden de la razón.⁷ Por ello mismo tenemos que reconocer que, en tanto que los sentimientos y los impulsos incluidos en "el sentido de la justicia" pueden variar de acuerdo con el tiempo y el lugar y, hasta un cierto punto, de hombre a hombre, el hecho de que estos sentimientos e impulsos sean en parte una función de una continua tradición cultural, significa que tienden a poseer cierta homogeneidad. Y en la medida en que hay contacto, confluencia, convergencia, difusión y separación de fuentes comunes, como ocurre entre las varias corrientes de la cultura humana, en el "sentido de la justicia" puede haber algún elemento común a los hombres de todos los tiempos y lugares, aun excluyendo toda base biológica de universalidad. En breve, es posible generalizar sobre *algunos aspectos* del "sentido de la justicia", pero no sobre el "sentido de la justicia" concebido como dato final impenetrable. Concebido de este último modo, como ocurre con el *Volkgeist* de Savigny, el concepto no sólo encuentra graves dificultades con respecto a la "universalidad"; simplemente termina con la discusión, ya que cierra el paso a toda investigación ulterior.

Bentham, *Rationale of Judicial Evidence* (1827) bk. i, c. vii (6 *Works* [ed. J. Bowring, 1843] 239). Y en general véanse las críticas discutidas por Dowrick, *op. cit. supra* n. 4, en 101-105. Así Sven Ranulf le puso a su obra *The Jealousy of the Gods and the Criminal Law at Athens* (1933), el subtítulo "A Contribution to the Sociology of Moral Indignation", tratando de analizar las emociones y las pasiones que están debajo de los argumentos aparentemente racionales, para reducir así su fuerza y preparar el terreno para un cálculo utilitario de decisiones prácticas. Véase *id.* en 2.

⁶ Acerca de la interacción entre *standards* "especulativos" y "prácticos", véase Pollock, *op. cit., supra* n. 4, c. x, esp., en 284-85.

⁷ Así Greene M. R. (*The Judicial Office* [1938] 7) ve la operación del "sentido de la justicia" como dependiendo de lo que finalmente sean las cualidades racionales: "amplitud de criterio, paciencia", la habilidad para suspender el juicio y reconocer que una posición que habíamos tomado se ha demostrado equivocada. En verdad, al igual que Lord Coke consideró la "razón" no como "razón natural" sino como aquello que se adquiere mediante un largo estudio y experiencia, así Lord Greene (*id.* 8-9) niega la eficacia del sentido de la justicia meramente "natural".

II. El "sentido de la injusticia"

Es un hecho, sin duda lamentable, que los sentimientos e impulsos de justicia del hombre común parecen animarse principalmente en reacción contra injusticias padecidas personalmente, ya sea en la propia vida individual⁸ ya en alguna *cause célèbre* que inflame la imaginación de una nación o del mundo entero.⁹ Por consiguiente, un investigador del "sentido de la justicia" tiende a verlo manifestado en una emoción apasionada que es más bien ajena a su propio sentimiento en tanto que observador imparcial. ¿Diremos que el sentido de la justicia del investigador fracasa al reflejar el sentido común de la justicia? ¿O que en algún modo la emoción apasionada es ajena a los sentimientos e impulsos que expresan el sentido común de justicia, aun cuando empíricamente los acompañe? Dejando estos problemas a un lado ¿hasta qué punto se afecta la investigación por el hecho de que lo que usualmente se despierta es el sentido de injusticia más bien que el de justicia?¹⁰ ¿Hasta qué punto las conclusiones acerca de la injusticia son traducibles a términos de justicia? Justicia e injusticia no son lógicamente contradictorios. Una injusticia no es una negación de la justicia en general; sólo es un caso particular en que la justicia no ha sido realizada. Aun la explicación más clara de "injusticias particulares" sólo nos suministrará, cuando más, un número limitado de casos individuales de lo que la justicia no es.

A pesar de todas estas incomodidades y dificultades, el sentido de la injusticia ha sido reconocido, aun desde Aristóteles, como un índice de la idea de justicia. "Las múltiples formas de injusticia, pensó, aclaran muy bien las múltiples formas de justicia".¹¹ Un escritor americano contemporáneo, E. N. Cahn, se decidió en 1949 a reivindicar esta tesis que expresó en el título de su obra: *The Sense of Injustice*. Planeó un estudio empírico del sen-

⁸ Véase, verb. grac., la mayoría de los ejemplos empleados por E. N. Cahn, *The Sense of Injustice* (1949) 13-28.

⁹ Véanse los ejemplos utilizados por N. S. Timasheff, *An Introduction to the Sociology of Law* (1939) 96-97. Y cf. acerca de este punto A. R. Blackshield, "Empiricist and Rationalist Theories of Justice" (1962) 48 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 25, en 29-30.

¹⁰ Cf. C. J. Friedrich, *The Philosophy of Law in Historical Perspective* (1958) 199, quien, al igual que Cahn, acepta esto como un hecho y piensa que su fundamento ontológico es el "sistema de valores" sostenido por cada hombre, ya sea personalmente o como parte de un grupo más amplio. Cuanto más claramente está amenazado, con mayor conciencia se sostiene el valor. Friedrich concluye "que la justicia y la injusticia no pueden relacionarse a ningún valor único, sea éste la igualdad o cualquier otro, sino solamente al complejo sistema de valores de un hombre, una comunidad, o la humanidad". Cf. Dworkin, *op. cit. supra* n. 4, en 74.

¹¹ *Ética Nicomaquea* v. 1; Santo Tomás de Aquino, *Comentario a la "Ética Nicomaquea" de Aristóteles*, 5, 1; n.º 893. Aun antes Heráclito había dicho que "si no hubiese injusticia, los hombres nunca habrían conocido el nombre de la justicia". Cf. Platón, *República* 440 c-d.

tido de la injusticia en tanto que un "fenómeno familiar y observable" que muestra "cómo surge la justicia" y "su propósito biológico". Pensó que su "naturaleza activa, vital y experimental" estaba lamentablemente oscurecida por las confusas nociones del derecho natural acerca de "relación ideal, condición estática o criterios preceptivos". La respuesta a nociones semejantes es "simplemente contemplativa y la contemplación no produce efectos concretos"; en tanto que la respuesta a la injusticia (Cahn pensó) "se encuentra, en el organismo humano, viva con movimiento y calor".¹² Sin duda es alentador y confortante, en una era caracterizada por las más masivas crueldades del hombre hacia el hombre durante dos milenios y por la indiferencia no menos masiva de vastas secciones de la humanidad que asiste como espectadora, pensar (como lo hace Cahn) que "el organismo humano" enfáticamente identifica la injusticia sufrida o de la que ha sido testigo como una especie de ataque.¹³ Es también natural que esta tesis haya sido bien recibida por "el hombre común". Pero las resultantes investigaciones empíricas sobre este fenómeno, aportan tan poco a nuestro conocimiento como esas generalizaciones vagas. Los pensamientos y teorías que surgen acerca del derecho y de la sociedad, en su mayoría parecen derivarse de fuentes distintas del "sentido de la injusticia".

La triste verdad es que esta clase de investigación, aun cuando en otro sentido sea prometedora, encara dificultades casi insuperables. En primer lugar, la cuestión "¿qué es lo que la gente considera justo?" nos dirige hacia el entero campo de la conducta humana, dentro y fuera del ámbito de un derecho particular. Principios como los que se encuentran aquí listos para ser descubiertos, yacen dentro de un "pozo sin fondo", repleto de un caos infinito de actos y motivos individuales, distribuidos en una infinita multitud de conjuntos de circunstancias particulares. En segundo lugar, aun si intentamos delimitar una cámara de observación más precisa dentro del "pozo sin fondo", encontramos que lo que determinada gente siente como justo o injusto varía de acuerdo con la oportunidad que tiene de pensar en ello y con el grado de consciencia de las implicaciones de lo que dicen sentir o pensar.¹⁴ Se ha encontrado que esta dificultad permanece aun cuando la investigación se concentre en aquellas situaciones particulares en las cuales cada miembro de un grupo limitado de personas es consciente o se preocupa de la injusticia.¹⁵

¹² Cahn, *op. cit. supra* n. 8, en 13.

¹³ *Id.* 136.

¹⁴ A. Barton y S. Mendlovitz, "The Experience of injustice as a Research Problem" (1960) 13 *Journal of Legal Education* 24, 25. Cf. para otras dificultades relativas a este planteamiento, Lamont *op. cit. supra* n. 1, en 25.

¹⁵ Barton y Mendlovitz, *loc. cit. supra* n. 14. En estas circunstancias nos parece innecesario hacer otra cosa que no sea dejar constancia de nuestro pleno acuerdo con la hábil demostración de A. E. Sutherland (*The Law and One Man among Many* [1956])

Cualquier luz que pueda arrojarse sobre el contenido de la idea de justicia mediante la evidencia empírica de la manera como opera el sentido de injusticia de los hombres, será, claro está, bienvenida; pero las perspectivas no son ciertamente tales que podamos asignarle al "sentido de la injusticia" el papel de *primum mobile* de nuestra entera comprensión de la justicia. Aun aquellos que más subrayan el "sentido de la injusticia" tienen, por fuerza, que admitir que éste no es una respuesta al problema de la justicia, sino "sólo una de las muchas causas que son constitutivas de respuestas particulares".¹⁶ El autor del presente trabajo cree que inclusive en una investigación que se centrara en el "sentido de la injusticia" (o de la "justicia"), debe buscarse una mayor comprensión al través de caminos más variados, menos precisos y menos simplistas. Y estos caminos los sugerimos no como temas independientes que debieran *suplementar* el tema principal de los que exploran el "sentido de la injusticia", sino como una advertencia acerca de unos asuntos respecto de los cuales deberían ser más explícitamente conscientes, en tanto que, *de hecho*, son factores importantes del tema que principalmente les atañe.

Dentro de estos caminos uno de los centrales es ciertamente la introspección, y no sólo la introspección de la experiencia personal de los investigadores,¹⁷ sino de la experiencia que indirectamente infieren de otras personas¹⁸ y de las corrientes de cultura de las cuales ellos forman parte. Y como parte de estas últimas no pueden ignorarse las teorías de la justicia socialmente heredadas, en la medida en que manifiestan tanto el contenido que, según las épocas, ha tenido el "sentido común de la justicia", como las influencias que continuamente moldean y remoldean ese contenido.¹⁹

III. Directrices a partir del "quasi-sentido de la justicia"

A pesar de que no podamos aceptar como establecido ningún sentido humano común de la justicia, susceptible de definición, de buen grado reco-

72-74) de que "el sentimiento de un abuso inmerecido... no cuenta para nada. El sentimiento de la injusticia no sólo debe experimentarse; también debe ser justo".

¹⁶ Cahn, *op. cit.*, *supra* n. 8, en 175.

¹⁷ Véase Lamont, *op. cit.* *supra* n. 1, en 22 sigs.

¹⁸ Véase *id.* 24 sigs.

¹⁹ Consideramos que éste es el núcleo de la tesis de Sutherland (*op. cit.* *supra* n. 15, en 73-74), que en tanto que no es posible ignorar el "sentido de la injusticia" de los jueces y otras personas, ésta no es simplemente una cuestión acerca de lo que le espanta a un juez, sino relativa a una sutil consciencia de "participación en los errores y en las pasiones del resto de la humanidad" y de que "su indignación es una guía hacia la justicia sólo cuando se ha despertado justamente". Véase la discusión *id.* 69 y siguientes de las tesis en *Rochin v. California* (1952) 342 U. S. 165 y otros casos. Véanse también las cuestiones planteadas por F. S. Cohen acerca de la tesis de Cahn en (1950) 63 *Harvard Law Review* 1481, esp. 1484: "Do we have here, in truth, a 'sense of injustice'? Or do we have simply the 'fact of resentment'?"

nocemos que esta noción puede entenderse en un sentido amplio que puede denominarse "quasi-sentido de la justicia". Éste no se referiría necesariamente a actitudes humanas innatas sino, más bien, a los productos finales de las interacciones de los individuos y las herencias culturales en segmentos particulares de la humanidad. En la sección VI sugeriremos que la mejor manera de conceptualizarlos es, más bien, en términos de "enclaves de la justicia" controlados por una sociedad particular, articulados, pero también moldeados, por las teorías de la justicia que sus miembros llegan a aceptar. Mientras tanto debemos reconocer que es posible ofrecer directrices que se originan en el "quasi-sentido de la justicia", las cuales en cierta medida pueden servir como guías para sociedades particulares y aun cuando insistamos en las advertencias anteriores, podemos mencionar y discutir brevemente cierto número de esas directrices.^{19 a}

a) La directriz de reconocer con el máximo posible de precisión todos los aspectos de la situación en la que uno actúa.

b) La directriz de que, en general, la acción debe respetar el principio de reciprocidad entre las personas.

c) La directriz de que, en general, la acción debe respetar el principio de igualdad entre las personas.

d) La directriz de que, en general, las violaciones graves a la distribución de privilegios socialmente aprobados, deben ser contrarrestadas mediante la concesión de reparaciones a las personas perjudicadas.

e) La directriz de que, en general, se agradecerán las contribuciones a acuerdos socialmente aprobados, y de que, cuando sea apropiado, serán recompensadas, mediante inmunidades protectoras o en otra forma.

f) La directriz de que la desaprobación expresada por el castigo debe respetar la dignidad humana del culpable.

g) La directriz de que el castigo, en ningún caso, debe exceder una razonable proporcionalidad en relación con la ofensa.

a) *Directriz relativa al contexto de la acción.* La directriz de considerar toda la situación exige que obtengamos una imagen, lo más verdadera posible, de todos los hechos y valores implicados en ella y, especialmente, de los valores contrapuestos asociados con los hechos. Puesto que todos ellos serán afectados por la acción que se decida, el no tomarlos en cuenta constituye una falla de la justicia sea cual fuere la decisión. Introspectivamente todos somos conscientes del *shock* de descubrir nuevos hechos relevantes después de que una decisión ha sido formulada, y aun cuando el hombre de la calle

^{19 a} En lo que toca a esta formulación mucho le debo a las discusiones con mi colega A. R. Blackshield después de la publicación de su trabajo, "Empiricist and Rationalist Theories of Justice" (1962) 48 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 25. Se advertirá que hemos rechazado la forma psicológica que tiene allí su enunciado.

lance, a menudo, juicios en contra de esta directriz, son pocos aquellos que, después de dirigir su atención hacia el asunto, niegan que se trate de un presupuesto esencial a toda acción justa.

La presente directriz no significa, claro está, que siempre sea injusto *cambiar* la situación de hecho que realmente hemos encontrado; tampoco le otorga un rango sacrosanto a cualquier valor que surja en la existente situación. Simplemente afirma que es un deber examinar con diligencia y honestidad la situación de hecho; y, también, el deber de reconocer que los valores sólo serán afectados, después de una confrontación concienzuda con otros valores que, honradamente, se consideren superiores. Esta directriz tiene, en suma, dos corolarios —respeto para los hechos verdaderos y deferencia para todos los otros valores, así como para la justicia, que surjan de estos hechos. A menos de que estas condiciones sean satisfechas, la acción, aun cuando se conforme en otros aspectos al sentido de la justicia, no será, en general, experimentada como “justa”.²⁰

b) *Directriz de reciprocidad entre las personas.* Reciprocidad significa aquí que en cualquier caso en que un elemento de la situación, tal como es conocida por el actor, consista en que la situación implica a un ser humano que ha ejecutado una acción previa hacia el actor, la acción de éste, debe, en general, imitar y reciprocitar esa acción previa. Esta directiva en ningún sentido es absoluta, pero parece gozar de un amplio consenso de apoyo en cuanto *standard* que debe ser obedecido con *excepción* de los casos en que o es obviamente inapropiado o entra en conflicto directo con otros valores a los que la justicia debe dar prioridad en una situación dada.

²⁰ Desde que formulamos lo anterior, ha aparecido la formidable tesis de H. Prosch, “The Problem of Ultimate Justification” (1961) 71 *International Journal of Ethics* 155-174, que, en un aspecto, es una demostración cuasi-ontológica del lugar central que ocupa el contexto en cualquier función que realice la justificación moral en el pensamiento, en la acción y en los sentimientos humanos (161-62). Un acto “debe salir a nuestro mundo social... debe concordar con las relaciones que mantenemos con otros...”, aun si su propósito es cambiarlas (161-62, 172-3). La tesis de Prosch es que, dejando a un lado esas cuestiones relativas a la *explicación*, la muy discutida cuestión de la “justificación última” consiste en una búsqueda de lo que no existe. Tras cualquier justificación que se ofrezca como última, habrá siempre una explicación no justificada. Véase 171 y sigs. De la importancia del contexto, deriva también el corolario de que en la medida en que la influencia de una persona (y, por tanto, su responsabilidad) tiende a aumentar en un contexto más reducido, la prioridad, en lo que toca a los deberes, puede justamente ser la opuesta de la que usualmente piensan aquellos que pretenden encontrar un “principio último de justificación” (por ejemplo, en el deber hacia toda la humanidad) a partir del cual debe surgir toda justificación ética. Véase 172-73. Para un claro ejemplo del tipo de posición que Prosch pone aquí en cuestión, véase Lamont, *System of Ethics* (trad. N. Guterman, 1956) 200; y véase Greene M. R., *op. cit. supra* n. 7, en 7-8, 10, quien, sin embargo, deja a la ‘justicia’ más bien en el aire al colocarla entre el contexto amplio que le atribuye a la “filosofía moral y a la psicología”, y el campo más reducido de lo que “la ley considera relevante”.

c) *Directriz de igualdad entre las personas.* Igualdad significa aquí que la acción ejecutada debe ser tal que afectará a todos los seres humanos involucrados en la situación, tal como es conocida, y que afectará igualmente a cada uno, y de la misma manera que a otros seres que en situaciones "similares" han sido afectados por una acción previa. ("Similar" abarca aquí no simplemente el conocimiento de las condiciones, sucesos, actos y personas, sino también un juicio de relevancia que, a su vez, implica una valoración de los fines de la acción). Creemos, sin embargo, que las pretensiones de absolutez del principio de igualdad, desde los pitagóricos en adelante, deben ser rechazadas en teoría;²¹ y a estas alturas agregamos que las directrices de cualquier "sentido de la justicia" que pueda descubrirse, parecen afirmarlo únicamente como un principio general del cual es correcto apartarse cuando es obviamente inapropiado o entra en conflicto con otros valores a los que la justicia debe dar prioridad en una situación dada.

d) *Directriz para la asistencia de los perjudicados.* Siempre que el actor perciba la situación en la que debe actuar como debida a una violación grave de una distribución de ventajas socialmente aprobada, su acción debe incluir una reparación del entuerto. La vieja idea de la justicia como restauradora del equilibrio y la armonía, pueda o no mantenerse en un plano teórico, parece (al menos en este sentido) representar un componente constante del "sentido común de la justicia".

e) *Directriz para recompensar a los que contribuyen a las disposiciones socialmente aprobadas.* Siempre que el actor perciba la situación en la que debe actuar como debida a la contribución de una persona a las disposiciones socialmente aprobadas, la acción que ejecuta *vis-à-vis* de esa persona debe ser tal que exprese aprecio por esta contribución. Si esta expresión debe traducirse en términos de recompensas concretas, o sólo en términos de una acción deferencial, dependerá de la amplitud de la contribución y del sacrificio que la acompañe, así como de los hábitos y las costumbres del grupo social en lo que respecta al reconocimiento y, en general, de las posiciones del actor y de las personas implicadas en la situación particular.²²

f) y g) *Directrices respecto del castigo.* Parece correcto decir que a través de la historia de Occidente el sentido de la justicia ha exigido que una acción que se desaprueba gravemente sea en todo caso castigada.²³ De manera opues-

²¹ Véase Stone, *Province* 262-64; e *infra* págs. 8-13.

²² Cf. en general Lamont, *op. cit. supra* n. 1, 154 y sigs.

²³ Véase F. H. Bradley, *Ethical Studies* (2ª ed. 1927) 26-27; Lamont, *op. cit.*, 135-36. Sobre la literatura filosófica más reciente, véase G. Hawkins "Freewill, Responsibility and Punishment", que aparecerá en I. Tammelo, A. Blackshield y E. Campbell (eds.), *Australian Studies in Legal Philosophy* (1963; será publicado como separata especial. Nº 39 del

ta a la recompensa, esta exigencia de castigo puede variar desde la inflicción de un sufrimiento concreto hasta la manifestación de desaprobación meramente simbólica mediante una reprimenda o cosa semejante, variando esto según la conducta implicada, los hábitos y las costumbres del grupo y las posiciones del actor y de las otras personas que intervienen en el caso.

Hay que agregar que, en todo esto, los procesos cognoscitivos y valorativos han sido formulados desde el punto de vista del actor en la situación en la que debe hacerse justicia. Mientras él delibera, otras personas pueden también estar meditando sobre la clase de acción que la justicia le exige llevar a cabo; y una vez que ha actuado, otras personas inevitablemente meditarán acerca de si la acción que llevó a cabo era en verdad justa. Sus meditaciones se desenvolverán, naturalmente, a la luz de sus sentidos de la justicia. En la medida en que el intento de explicar ésta por referencia a un supuesto "sentido común de la justicia" no es meramente quimérico, debe haber algunas directrices (ofreciéndose las antes mencionadas sólo como un posible ejemplo) de las cuales pueda decirse que son comunes a los "sentidos" de la justicia de "cualquier hombre", esto es, de los miembros del grupo en general. Y si se supone, como es el caso en algunos escritores recientes, que esta comunidad se aplica a la humanidad en general, entonces esto debe poder decirse de "cualquier hombre" en el mundo.

Pero no debería alentar complacencia alguna el hecho de que cuando tratamos de idear posibles absolutos del sentido de la justicia, tomando en cuenta el conocimiento "moderno", incluyendo el "psicológico", terminemos cerca de las posiciones del derecho natural clásico.²⁴ Porque también es un hecho que nadie puede realmente hallarse en posición de probar el contenido de un "sentido común de la justicia" ni siquiera en su propia sociedad, mucho menos en el mundo entero, y tampoco (como hemos visto) ofrecer un método mediante el cual pueda verificarse la existencia de tal sentido. Por consiguiente, debemos estimar las afirmaciones acerca del "sentido común de la justicia" en lo que valen, como intuiciones impresionistas (cuyo valor varía de acuerdo con la experiencia, el poder introspectivo, la imaginación y la sabiduría del autor particular) de lo que podemos esperar de nuestros semejantes desde el punto de vista de sus impulsos y sentimientos espontáneos. Su naturaleza no científica no es suficiente para que las descartemos como inútiles; pero, por ello, no debemos permitir que sean erigidos en absolutos universales o cuasi-universales basados en evidencia empírica.

Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie) 117-137, con el cual cf. Lamont, *op. cit.*, c. viii. Véase esp. S. I. Benn, "An Approach to the Problems of Punishment" (1958) 33 *Philosophy* 332 (redactado ahora de nuevo como c. iii de Benn y Peters, *op. cit. supra* n. 2) para un ejemplo interesante de la mezcla de nociones utilitarias y kantianas, discutidas además en *infra* pág. 11 y sigs.

²⁴ Para un buen ejemplo, véase Lamont, *op. cit. supra* n. 1, c. vii.

Por último, debemos ser conscientes de la tentación de engañarnos pretendiendo, mediante el ocultamiento de las incertidumbres de la evidencia empírica tras las oscuridades y tortuosidades de nuestra formulación de las directrices, que se trata de un descubrimiento empíricamente fundado. De ese modo podría parecernos plausible afirmar que el anterior conjunto de directrices constituye una serie de verdades empíricamente fundadas acerca del sentido de justicia de cualquier hombre. Podríamos entonces refutar cualquier duda acerca de ellas que estuviese empíricamente basada, sosteniendo que es claro que esas directrices son, necesariamente, sólo aproximativas y no exhaustivas; y que aun pequeñas diferencias en el sentido de la justicia de diferentes hombres pueden producir diferencias en sus juicios de justicia. Esto refutaría con cierta plausibilidad aquellos casos que nuestros oponentes podrían fácilmente señalar, en los cuales el curso de una acción genuinamente justa de acuerdo con el sentido de justicia del actor es, con igual claridad, injusta de acuerdo con el sentido de otros observadores que meditan sobre su acción. Cualquier otra objeción de este tipo podría ser refutada diciendo que la fuente de tales diferencias no reside en los contenidos de las directrices dadas por los respectivos "sentidos de la justicia", sino en el hecho de que los juicios de justicia de los críticos se basarían en sus conocimientos y valoraciones de la situación en que se ejecutó la acción, y el juicio del actor en los suyos. Diferencias de esta clase, podría agregarse, estarán casi siempre presentes entre los seres humanos, ya sea a través de diferencias en acumen y en experiencia cognoscitiva y valorativa, o a través de diferencias en la cantidad de información disponible acerca de los hechos de la situación particular. Podría concluirse, por consiguiente, que, en la práctica cuando menos, casi todas las diferencias en los juicios de justicia de los hombres se originan en tales fuentes. En efecto, el resultado de estas plausibles advertencias sería salvar la pretensión de que los contenidos de un universal "sentido común de la justicia" han sido fundados empíricamente; salvaguardándola, sin embargo, de cualquier procedimiento de verificación imaginable.²⁵

También debemos ser conscientes de los graves peligros sociales que podemos crear mediante estos autoengaños. La mayoría de los dirigentes hindúes, siguiendo al gran Mahatma Gandhi, estaban totalmente convencidos de que la "no-violencia" (significando con ello la aceptación del precepto hindú, en realidad mucho más rico, de *ahimsa*) era una especie de *datum* del sentido común de la justicia del pueblo hindú inclusive durante la horrible

²⁵ Desde luego podemos evitar este error, como lo hizo Pollock, *op. cit. supra* n. 4, en 270, identificando en forma explícita "el sentido moral de la humanidad" únicamente con aquella parte de él "cuyo carácter y circunstancias son lo suficientemente parecidas a las nuestras como para que sus opiniones sean dignas de consideración" (!). Pero entonces caemos en otro error, el de santificar para la humanidad nuestras propias "versiones nacionales". Véase *id.* 270, 272.

carnicería mutua del periodo de partición en que perecieron cientos de miles. Y la mayoría de los hindúes educados mantienen esta convicción hasta nuestros días. Pretender una insostenible base empírica para supuestas directrices del "sentido común de la justicia" es ocultar la actualidad de su función normativa e inspiradora e invitar a la negligencia tanto en lo que toca a la previsión como al enfrentamiento de las realidades de la conducta del hombre. Podría también ocurrir que sustituyese *el deber de educarnos* en el dominio de nosotros mismos por las ilusiones de un autodomínio humano *espontáneo*. Por estas razones, el autor del presente trabajo, a pesar de que admite la sinceridad de la creencia de que el "sentido común de la justicia" puede, de alguna manera, fundarse empíricamente, no comparte, sin embargo, tal creencia. Lamenta concluir afirmando que la tarea humana es, más bien, crear el consenso que dicha creencia asume como existente, y mantenerlo y extenderlo en aquellos limitados enclaves de preceptos y hombres en donde ya ha surgido un cierto consenso.

IV. *Reconsideraciones modernas de la igualdad como ideal de la justicia*

El tema de que la igualdad entendida de alguna manera correcta es la llave para comprender la justicia, continúa repitiéndose desde sus orígenes griegos y hebraicos hasta el pensamiento y la práctica modernos; y en tanto que actualmente es un punto central de interés,²⁶ merece aquí alguna otra consideración.

Al igual que "el sentido común de la justicia", el principio de igualdad se topa, *ab initio*, con el problema de sus diferentes interpretaciones. Es tentador, por consiguiente, ver si hay alguna manera, mediante la eliminación de estas diferencias, de descubrir un núcleo de consenso en lo que toca a la significación de la igualdad como ideal. Éste parece haber sido, en efecto, el punto de partida de Chaim Perelman, aun cuando lo haya formulado reduciendo la compleja y discutida noción de "justicia" a "justicia formal", por una parte, y a las nociones opuestas que los hombres tienen de la "justicia concreta", por la otra. En tanto que todas las nociones concretas opuestas se dejan, así, a un lado, la "justicia formal" de Perelman (que él también llama "*la règle de justice*") se resuelve en el principio de igualdad, el cual requiere que "seres considerados como esencialmente similares deben ser tratados de la misma manera".²⁷

²⁶ El último gran estudio de la preguerra fue el de R. H. Tawney, *Equality*; el explícito interés contemporáneo por la igualdad en cuanto tal, es un fenómeno de la posguerra, quizá paralelo al renovado interés por el derecho natural; comenzando en los Estados Unidos con H. A. Myers, *Are Men Equal?* (1945), y en Inglaterra con D. Thomson, *Equality* (1949).

²⁷ Ch. Perelman, "*L'Idéal de Rationalité et la Règle de Justice*" (1961) 53 *Bulletin de la Société Française de Philosophie* 1-50, en 10. Véanse, también, sus formulaciones

En la medida en que quisiéramos usar este principio como un criterio autosuficiente de justicia, tendríamos que reconocer —como lo hace el mismo Perelman— que carece de valor. Puesto que si se le tomase aislado, justificaría las leyes más atroces, como la ley que castigara a todas las personas que se considerasen por cualquier criterio único inferiores, siempre y cuando la pena fuese la misma para todos ellos. Obviamente, esto no es lo que él quiere decir.²⁸ Por otra parte, sin embargo, si no lo usamos como criterio auto-suficiente, la fórmula no parece ser más que lo siguiente, a saber, que de cualquier manera que delimitemos una clase de personas para un tratamiento legal diferente de otras clases, la justicia exige que todos los miembros de esa clase caigan dentro de ella. Y si esto es indiscutible, lo es en cuanto verdad lógica, más bien que en cuanto precepto de justicia; pues simplemente dice que una clase incluye a todos sus miembros.²⁹ Reducir la justicia a esto, sería descuidar los problemas verdaderamente difíciles que surgen precisamente al tratar de delimitar, a los efectos de colocarlos en esa clase, *cuáles* seres son “esencialmente similares”.

Las últimas formulaciones que Perelman le ha dado a estas ideas³⁰ no responden directamente a las dificultades que hemos planteado en otros sitios. Sin embargo, en un intercambio de cartas del 23 de enero de 1962, que mucho estimamos, señaló que “*de plus en plus, je centre le fondement de la philosophie sur le problème de la justification*”. Esto sugiere, prometedoramente, que a su noción de “justicia formal” (o de tratamiento igual bajo una regla) puede dársele cuerpo haciendo referencia a su otro notable trabajo sobre el razonamiento no riguroso (o “argumentación”),³¹ en particular

anteriores en lo que respecta a la “justicia formal”, comenzando con su *De la Justice* (1945) e incluyendo el estudio de la UNESCO “*La Justice...*” (1957) 41 *Revue Internationale de Philosophie* 344, discutidos ampliamente en J. Stone y G. Tarello, “Justice, Language and Communication” (1960) 14 *Vanderbilt Law Review* 331-381, *passim*, esp. 347 y sigs., 335 y sigs.

²⁸ Aunque ocasionalmente escribe como si no advirtiera la posibilidad. Véase, por ejemplo, “*L’Idée de Justice...*” (1959) en *Annales de l’Institut International de Philosophie Politique* 128, 135.

Cf. Dowrick, *op. cit. supra* n. 4, en 14, quien observa, a propósito de los axiomas clásicos relacionados, que “presuponen un sistema extremadamente detallado de reglas éticas o jurídicas que definan lo que le corresponde a los individuos y cuáles individuos son iguales”.

²⁹ Véase Stone y Tarello, artículo citado *supra* n. 27, en 359; Benn y Peters *op. cit. supra* n. 2, en 124-25, 126.

³⁰ En (1960) *Dialectica* 230-38, y (1961) 53 *Bulletin de la Société Française de Philosophie* 1-50.

³¹ Él mismo ha reconocido, en términos generales, que su “teoría de la argumentación” en buena medida se propone clarificar la manera como aplicamos la razón a los valores. Véase *id.*, “How do we apply Reason to Values?” (1955) 52 *Journal of Philosophy* 797-802, esp. 798. Véanse la discusión y las citas en J. Stone, “Reasons and Reasoning in Judicial and Juristic Argument”, que aparecerá en E. Hambro y otros (eds.), *Papers dedicated to Frede Castberg on the Occasion of his 70th Birthday* (1963) 154-175. Perelman usa “razón” como un término general, identifica el razonamiento riguroso (lógico) con el “analítico”

refiriendo a esta clase de razonamiento la cuestión crítica de la justicia, la cual debe solucionarse antes de que surjan la igualdad o "justicia formal". La pregunta es ésta: ¿Cuándo son los seres o las situaciones "esencialmente similares" en un sentido que garantice su sujeción a una misma regla, distinta de la aplicada a otros seres o situaciones?³² Hasta qué punto puede volverse adecuada la noción de "justicia formal" por medio de este recurso al razonamiento no riguroso, depende, desde luego, de las capacidades de esta clase de razonamiento. En la medida en que Perelman ha tomado en cuenta estas capacidades, el éxito es aún dudoso. Porque como el autor del presente trabajo lo ha mostrado en otra parte,³³ la teoría de la argumentación de Perelman deja en algo así como un *impasse* el punto esencial que consiste en saber cuándo debe considerarse como aceptable (o en sus palabras "racional"), la conclusión de un razonamiento no riguroso.

Su criterio de "racionalidad" es el siguiente: "merecedor de un auditorio universal por parte de la totalidad de los seres razonables". Ahora, nosotros no debemos esperar, claro está, que el razonamiento de la nueva retórica pueda ser tan preciso como el del argumento riguroso; por definición es particularmente adecuado para aquellos temas que no son susceptibles de métodos más severos. En el mejor de los casos puede producir, no pruebas, sino una mayor "intensidad de adhesión".³⁴ Sin embargo, por imprecisas que sean sus indicaciones, apenas son útiles si no son al menos indicaciones, ya sea en una dirección o en otra. ¿Cuánta ayuda, pues, podemos esperar si tomamos "un auditorio universal de la totalidad de los seres razonables" como nuestro foro de apelación en lo que toca a la "racionalidad" de un argumento que se refiere a la justicia? Si este auditorio "universal" incluye a cada persona en el mundo, distinguiéndose a todos los hombres (en el sentido clásico) de otras creaturas por su razón, entonces son obvias las dificultades con que tropezamos cuando se trata de alcanzar cualquier veredicto a partir de él. Y la propuesta misma de dirigirnos a un *forum* semejante, también estaría reñida con la realidad, ahora aceptada, de que en las sociedades de masa muy frecuentemente la dinámica de los consensos refuerza las irracionalidades en lugar de revelar una razón común. Si, por otra parte, este "auditorio universal" del cual el razonamiento debe ser digno (si es que es "racional") sólo consiste en una clase limitada de seres humanos que son razonables en un sentido diferente al de todos sus semejantes, ¿qué significa, entonces, razonable en este sentido especial? Nosotros estamos tratando (insistamos en ello) de delimitar un "auditorio" que sirva

y se refiere a las otras áreas como "el campo de aquellas razones que, según Pascal y los lógicos contemporáneos, la razón no conoce". Véase *id.* 802.

³² Para más citas relativas a la clase de argumento implicado, véase *infra* n. 105.

³³ Ensayo citado *supra* n. 31, esp. en 169-170.

³⁴ Véase Perelman, artículo citado *supra* n. 31, en 799.

(conceptualmente) como *forum* para juzgar la cuestión de la "racionalidad"; no obstante, la nota que se nos ha ofrecido para delimitar este *forum* es la de "razonabilidad". Ambas palabras, "racional" y "razonable" son ambiguas y aun engañosas en cualquier lenguaje occidental, tanto en el uso común como en el filosófico. Para evitar complicaciones triviales, lo "razonable" debería distinguirse de lo "racional" con mucha mayor claridad de lo que Perelman lo ha hecho en este contexto.³⁵

Stephen Toulmin³⁶ ha evitado esta clase de dificultad dando una especie de definición ostensiva del argumento "racional" acerca de valores, ofreciendo como su modelo para este propósito la forma en la cual los jueces del *common law* razonan a partir de sus decisiones y para llegar a ellas. También Perelman, en su formulación más reciente, parece moverse hacia una salida similar del problema que consiste en delimitar el auditorio "universal" de los hombres "razonables". "Las reglas de justicia", urgía en 1960, "surgen de una tendencia natural a la mente humana de considerar como normal y racional y, por consiguiente, como *no menesterosa de otra justificación*, la conducta que está en conformidad con los precedentes".³⁷ Desgraciadamente, como todo abogado serio sabe, la cuestión acerca de si un caso anterior es un precedente para la situación presente, depende de una estimación de las "semejanzas esenciales" y de las "diferencias" entre ambos, lo cual, en realidad, no es muy diferente de la estimación que constituye la preocupación central de la nueva retórica de Perelman. Y, en todo caso, en la medida en que esta clase de ideas se le ofrece a los abogados como ayuda para encontrar la justicia, su significación parece ser la de decirles que lo que necesitan hacer para decidir problemas de justicia es *actuar como si*

³⁵ Este problema de los "hombres razonables" ciertamente no se aclara en el último artículo citado, donde, en verdad, (en 800) Perelman sugiere que lo que está dirigido a un auditorio "universal", por ejemplo, el imperativo categórico de Kant, es necesariamente "racional". Sin embargo, simultáneamente afirma que él quiere decir un auditorio humano más o menos perfecto y que esto debe significar que consiste en "seres razonables". Cf. la apelación de los abogados a "la mejor clase de ciudadanos" (6ª ed. [1929] 48), o a "los miembros honrados de la comunidad" (Lord Denning, *The Road to Justice* [1955] 4). Véase, en general, Stone *Province* 185-86; y en cuanto a Pollock cf. su "Judicial Caution and Valour" (1929) 45 *Law Quarterly Review* 293, en 294-95, en el que define "razonable" en términos de "hombres honrados y bien informados" y de "el ilustrado sentido común de la nación".

En *Poulton v. Commonwealth* (1953) 89 C. L. R. 540 se ve muy bien hasta qué punto es indeterminado como una guía hacia la justicia, decir que la "justificación" debe ser digna de un auditorio de hombres razonables. Allí, siguiendo autoridades anteriores, se sostenía que los "términos justos" son cualesquiera términos que "no sean tan poco razonables" que "no puedan justificarse a los ojos de los hombres razonables". De otra forma, nadie podría ver en qué términos se representaba la "justicia ideal". Véase esp. 574-78. Dígase lo que se dijere sobre esto en cuanto problema de interpretación de un término estatutario, suena raro como comentario sobre la noción de justicia.

³⁶ *The Uses of Argument* (1958); sobre lo cual, véase Stone, ensayo citado *supra* n.

³⁷ 155.

³⁷ Véase Ch. Perelman, "*La Règle de Justice*" (1960) 14 *Dialectica* 230, 237.

fuesen abogados. De manera que, en la medida en que Perelman ha intentado que su teoría de la argumentación sea relevante respecto de su teoría de la justicia, ello parece haberlo retrotraído a una de las tesis principales de su primer trabajo sobre *La Justice*, el de 1945. La cual, según se recordará, es que todo lo que puede "racionalmente" decirse acerca de lo justo es que consiste en la adhesión a una regla, a saber, la de tratar en forma similar todas las situaciones que son esencialmente similares.³⁸

¡Pocas veces se ha visto mayor falta de colaboración entre disciplinas diferentes! Porque, claro está, lo que los abogados buscan en los filósofos es una guía para determinar cuándo deben cambiarse las normas del derecho, o cuándo no deben seguirse los precedentes, *debido a que son injustos*. Por tanto, decirle a abogados hambrientos de justicia que observen la regla o la ley, o los precedentes, no los guía un ápice hacia la justicia, si no es que, en verdad, los invita a creer que aquello de lo cual están hambrientos no es más que una ilusión. Y en tanto que se dirige a los no-abogados (incluyendo a los filósofos), esta clase de respuesta es probable que ayude a construir sobre la base de su excusable falta de familiaridad con la naturaleza de los problemas del abogado, muros aún mayores de malentendidos y mala comunicación.

Si para los abogados el problema de la justicia fuese, en verdad, observar las normas y los precedentes, sería difícil entender concepciones tales como las de Sir Patrick Devlin según las cuales "la decisión justa" siempre fluctúa entre "la ley" y el "*aequum et bonum*" del caso. Cualquier norma de dere-

³⁸ Nosotros creemos que para aumentar la significación de su trabajo para los abogados, es indispensable una integración más estrecha de sus posiciones sobre la justicia y sobre la nueva retórica.

En 1959 ("*L'Idée de Justice...*", citado *supra* n. 28) todavía ofrecía una versión de la justicia en la cual no jugaba un papel esencial, en relación a los valores, su teoría sobre la función del razonamiento no riguroso. Contrariamente, había expuesto la tesis de que la razón aplicada a los valores no es razón "analítica" (queriendo decir razonamiento riguroso o lógica), sino razonamiento dialéctico o retórico, pero sin hacer todavía ninguna referencia particular a su teoría de la justicia. Inclusive en 1959 presenta la justicia en términos analíticos dentro del esquema: *acto justo* (conformidad con una regla); *regla justa* (conformidad con una regla más amplia [130], o con el ideal de justicia o "consciencia jurídica" que trasciende el derecho positivo [130-32] o está preordinado a él [133-35]); *actor justo* (esto es, el modelo, en su aspecto histórico-religioso, suministrado por el expositor divino o profético, o el modelo secular análogo del individuo que elige libremente guiado por su consciencia; en relación a todos ellos permanece, sin embargo, el problema de distinguir los ejemplares falsos de los verdaderos [137-142, 144]). En cuanto al nivel de la regla justa, que es lo más importante para la actividad de los abogados, Perelman observa en 1959 la variabilidad de los diversos ideales de justicia que se ofrecen para fijar los límites de las clases de las "entidades esencialmente similares", y señala que para que una regla sea justa es necesario que no sea "arbitraria". Explica, además, que debe tener "un fundamento en la razón que la justifique". A estas alturas uno esperaría alguna unión orgánica con su teoría de la argumentación. En cambio, simplemente incorpora, por medio de una referencia, su primer tratamiento de 1945. Véase *id.* 135.

cho, explicaba Lord Devlin, es una prescripción abstracta para casos medios y es siempre más o menos injusta para el caso particular; y el jurado inglés es "una institución única... que le permite a la justicia ir incluso más allá" *del punto a que la ley puede ser extendida*.³⁹

Las palabras de Lord Devlin ciertamente expresan la opinión, muy general entre los abogados, de que aplicar una norma justa a un caso que cae dentro de ella no siempre hace justicia; y que esto sea así parece contradecir cualquier identificación de la justicia con la simple observancia de una norma. Por otra parte también es una opinión general de los abogados la de que en un momento dado muchas normas de derecho no son ni siquiera justas *en cuanto normas*. De manera que aun cuando hayamos encontrado una norma indubitable, el abogado consciente puede y a veces debe cuestionar su justicia; de la misma manera que con respecto a una norma del derecho acerca de la cual hemos convenido que es indubitablemente justa, puede ponerse en tela de juicio que sea justo aplicarla a un caso particular que cae dentro de ella. Cuestiones semejantes acerca del derecho formuladas por abogados no se responden diciendo que nos adherimos a una regla o a la ley o al precedente.⁴⁰

³⁹ Sir Patrick Devlin, *Trial by Jury* (1956) 153-57. Para un bonito contraste que pone de relieve el punto, véase *ex p. Herman: re Mathieson* (1960) W. N. (N. S. W.) 6, en donde se sostiene que es incorrecto que el juez de un tribunal donde se ventilan asuntos de menor cuantía y que por ley es también un tribunal de "equidad y buena consciencia", dicte sentencia por una suma menor que la reclamada, en vez de ejercer la facultad legal de reabrir la transacción. Véase esp. en 9. Y véase también la vacilación de las cortes sobre este punto en *Leeder v. Ellis* (1952) 86 C. L. R. 64, esp. la Full Court y P. C. que afirma la decisión de J. Sugerman en 73.

Es innecesario recordarle al lector que en grado de apelación la verdadera cuestión es a menudo cuál es la norma de derecho. De acuerdo con una idea de lo que sea la norma, la "justicia" debe hacerse dentro de él, en tanto que según otra idea, no puede hacerse justicia porque estaría fuera de él. La cuestión jurídica previa de hasta qué punto la ley se extiende, a menudo se parece muchísimo a una decisión sobre la justicia del asunto; y no justicia bajo una norma, sino, más bien, la delimitación, o extensión o reducción de la clase que cae dentro de la norma para permitir una decisión justa. Para un caso reciente simple, véase *Wirth v. Wirth* (1956) 98 C. L. R. 228.

En el sistema de Perelman sus nociones de "equidad" *De la Justice* (1945) 44 y sigs., (esp. 48) y de "actor justo" conscienzudo (véase *supra* n. 38) están propuestas para dejar campo a estos problemas; como ocurría con "consciencia" en la vieja actividad del Chancellor.

⁴⁰ Es claro, sin embargo, que en ciertos momentos Perelman advierte que la adhesión a una regla o a una regla que es consistente con una regla más amplia, no valdrá como una descripción de la justicia ni siquiera para los abogados. Véase "*L'Idée de Justice*", cit. *supra* n. 28, 128, y esp. 129, 143.

Acerca del tratamiento de la posición de Perelman en A. Ross, *On Law and Justice* (1958) 273 y sigs., véase J. Stone, "Social Engineers' and 'Rational Technologists'" (1961) 13 *Stanford Law Review* 670, 688-690; Stone y Tarello, artículo citado *supra* n. 27, 347-348, n. 39.

V. Utilitarismo "modificado" y justicia como equidad

El esfuerzo de centrar, de alguna manera, a la justicia en la igualdad es prominente en otras corrientes de la filosofía contemporánea. El "utilitarismo modificado", por ejemplo, trata de responder a algunas de las dificultades del utilitarismo injertándole algo que se asemeja al principio de Kant de que la máxima de la acción debe ser capaz de formar parte de un sistema de legislación universal.⁴¹ Siendo, por sus intenciones, un compromiso entre la igualdad y otros valores establecidos, a saber, la utilidad o el 'bien' de las consecuencias, no encara la clase de dificultades que están aquí bajo discusión. En una idea conexa de la justicia como "equidad", se piensa al ideal como implicando un máximo de libertad, compatible para cada persona, con una libertad igual para todos, excepción hecha de los casos en que la desigualdad causará una ventaja para todos.⁴² En el contexto de empeños semejantes, otros filósofos han prevenido rápidamente en contra de los elementos ilusorios presentes en las fórmulas igualitarias, acerca de los cuales muchos abogados han tenido consciencia desde hace mucho tiempo.

Tales abogados señalan que de cualquier manera que interpretemos la igualdad, no podemos especificar *a priori* las condiciones bajo las cuales podemos pasar de un conjunto de "derechos individuales" (en cuyos términos se expresa la igualdad) a una norma de acción social que no viole esos derechos. La "equidad" no puede reducirse a una simple igualdad,⁴³

41 J. Harrison, "Utilitarianism..." (1952-53) 53 *Proceedings of the Aristotelian Society* 105-134, reimpreso en E. A. Olafson, *Justice and Social Policy* (1961) 55-79. Lamont, *op. cit. supra* n. 1, 154 ofrece una definición de "legislación justa" que, en sustancia, es la de Roscoe Pound; pero se deriva de un análisis filosófico independiente con fuertes aires benthamitas y kantianos. Respecto de este último, *id.* 142-43. Cf. los *Methods of Ethics* (5ª ed. 1893) bk. iii, cc. v, xiii, de H. Sidgwick que es bastante anterior.

Para ejemplos de la influencia de la doctrina kantiana, bastante opuesta, de que todo hombre debe ser tratado como un fin en sí mismo, nunca sólo como un medio, cf. Thomson y Myers, citado *supra* n. 26, en el que ambos, por último, prescriben que el tratamiento justo exige que cada persona sea tratada sobre la base de que es un hombre. Cf. Sir Ernest Barker, *Principles of Social and Political Theory* (1951) bk. iv, § iii, en lo que respecta a la idea de que lo que está implicado no es la igualdad de derechos sino la igualdad de la capacidad jurídica para tener derechos; y L. T. Hobhouse, *Elements of Social Justice* (1922) 95. Benn y Peters, aunque critican esas tesis (*op. cit. supra* n. 2 en 108-110, 122-24) eventualmente llegan (en 110, siguiendo a E. F. Carr, *Ethical and Political Thinking* [1947] 156) a la misma conclusión, a saber, de que "el único derecho universal... es el derecho a consideración igual". Y véase 111, donde la liga kantiana es explícita.

42 J. Rawls, "Justice as Fairness" (1958) 67 *Philosophical Review* 164-194, reimpreso en Olafson, *op. cit.*: n. 41, 80-107. Cf. respecto a las nociones de igualdad y de equidad en los niños Ross, *op. cit. supra* n. 40, 269; Lamont, *op. cit. supra* n. 1, 135-39, trazando este último el surgimiento gradual de nociones más abstractas y flexibles.

43 R. Wollheim, "Equality" (1955-56) 56 *Proceedings of the Aristotelian Society* 281-300, reproducido como "Equality and Equal Rights" en Olafson, *op. cit.* 111, propone el caso extremadamente hipotético de una comunidad de 100 miembros cuyos primeros

ni tampoco puede articularse adecuadamente en términos de una norma. "Experiencia, conocimiento del mundo y conocimiento de la naturaleza humana, todo parece ayudarnos, pero no podemos decir cómo".⁴⁴ Otra manera de decir lo mismo es que los "derechos" (en el sentido "político" o "moral"), cuya igualdad entre todas las personas se supone que es la prueba de la justicia, no resultan ser derechos *strictu sensu*, esto es, derechos asegurados por deberes legales correlativos. Cuando más, son más bien privilegios o libertades.⁴⁵ Y el resultado final en la distribución de los bienes entre quienes poseen tales derechos está condicionado por las disposiciones legalmente sancionadas que establecen ciertos límites dentro de los cuales es permisible disputar esos privilegios o libertades. Nadie pensará ahora que el orden legal no debe poner límite alguno a la lucha entre individuos de variadas fuerzas, talentos y capacidades. En verdad una gran parte de lo que significamos con el término justicia se refiere a la cuestión de lo que deben ser estas interferencias legales, y cuándo y cómo deben introducirse para modificar los resultados de la lucha. Por consiguiente no debemos sorprendernos de encontrar que cuando tratamos de distinguir aquellas interferencias que son injustas de las que son justas, tampoco pueda hacerse esto en términos de igualdad. Palabras tales como "indebido" o "no-razonable", si no es que vocablos aún más francamente valorativos,⁴⁶ siempre resultan centrales en aquellos términos a los cuales a fin de cuentas reducimos el problema. Y lo que estos términos valorativos, y otros semejantes, exigen o prohíben, no puede obviamente decidirse con anterioridad a la experiencia social.⁴⁷

Esta indeterminación de la igualdad es también evidente si planteamos

99 miembros siempre otorgan sus primeras preferencias a 99 cursos de acción diferentes, en tanto que el centésimo por lo regular otorga su preferencia al curso de acción 99 que es el preferido por el miembro número 99. Si nos basamos únicamente en la igualdad, siempre debe preferirse el curso de acción 99; sin embargo, pocas personas aceptarían esto como la conclusión justa, o incluso como una conclusión más justa que la que consiste simplemente en sortear. En cuanto al principio del "juicio imparcial" véase Denning, *op. cit. supra* n. 35, 1-44. La "consideración igual" a la que muchos escritores llegan como la prescripción final de la igualdad (véase *supra* n. 41) es claramente esencial al "juicio imparcial"; pero podría no agotar el contenido de la "justicia" o de la "equidad" o siquiera de un "juicio imparcial". Acerca de la "igualdad ante la ley", en general cf. Benn y Peters, *op. cit. supra* n. 2, 122-23 y Lamont, *op. cit. supra* n. 1, 134.

⁴⁴ Véase Wollheim, ensayo citado *supra* n. 43, esp. 124-27.

⁴⁵ Véase Stone, *Province* 120-22.

⁴⁶ La naturaleza valorativa de la calificación puede ser muy franca, como ocurre en E. F. Carrit cuando escribe "alguna razón, distinta de la preferencia... por el contrario" (*op. cit. supra* n. 41, 157) y en los "buenos fundamentos" de Benn y Peters (*op. cit. supra* n. 2, 110).

⁴⁷ Wollheim, *op. cit.* 127. M. Berger *Equality by Statute* (1952) 63 ve la línea en el punto en que una "clase" se vuelve una "casta", esto es, un grupo fuera o dentro del cual el movimiento es "virtualmente imposible" por la agudeza de distinción en *status*, prestigio o "estilo de vida". Y véase M. Weber, "Class, Status, Party", en H. H. Gerth y C. W. Mills (eds.), *From Max Weber* (1946).

el problema a través de la dimensión temporal de la comprensión actual.⁴⁸ Cuando despojamos el principio de igualdad de las prescripciones adheridas a él a través del curso del tiempo por las tradiciones judaico-cristianas y por el surgimiento de convicciones éticas y políticas que se originaron de los movimientos sociales revolucionarios que jalonan la historia humana, el principio resulta muy pobre como guía hacia la justicia. Nos encontramos con que no podemos insistir en la igualdad en todos los aspectos, a la vez en la igualdad de tratamiento jurídico y en la igualdad de posiciones de hecho.⁴⁹ Porque las posiciones de hecho siempre son desiguales, completamente aparte de lo que el derecho pueda estipular. Tratamiento igual por parte del derecho que opera sobre semejantes desigualdades de hecho entre poderes, talentos y fortunas personales, simplemente santificaría o inclusive ahondaría esas desigualdades de hecho; por otra parte, para eliminar o reducir esas desigualdades, el derecho debe recurrir a un tratamiento desigual de las personas interesadas.⁵⁰ “Con la misma rapidez con que eliminamos distinciones, creamos otras nuevas y la diferencia está en que consideramos injustificables las que descartamos, mientras que las nuevas que creamos parecen razonables.”⁵¹

La igualdad, por tanto, debe considerarse sujeta a restricciones, a saber, de que es posible, si hay razón suficiente, apartarse de ella, de que sólo los casos “*esencialmente similares*” serán gobernados por la misma regla. De nuevo, la determinación crucial es saber qué se entiende por *razón suficiente*, o cuáles casos son *esencialmente similares* y deben caer dentro de una regla; y este problema también se oculta tras de la palabra “precedente”, cuando se nos dice que la justicia significa seguir precedentes.

De todas maneras, no sólo es inevitable algún tipo de modificación del principio de igualdad.Cuál será esta modificación es algo que debe surgir de otros valores, diferentes de la igualdad, por ejemplo, las capacidades na-

⁴⁸ Cf. Sir Isaiah Berlin, “Equality” (1955-56) *Proceedings of the Aristotelian Society* 301-326, reimpresso como “Equality as an Ideal” en Olafson, *op. cit. supra* n. 41, 128-150, especialmente 129 y siguientes, 142 y siguientes; Benn y Peters, *op. cit. supra* n. 2 114-15, 378.

⁴⁹ *Pace* la extraña distinción en M. Jaeger, *Liberty versus Equality* (1943), cuando insiste en que las cosas y los hombres deben ser o (absolutamente) iguales, o no iguales, pero agrega que “pueden ser iguales en algunos aspectos y no en otros”. Véase el problema en Thomson, *op. cit. supra* n. 26 en 10. Y sobre este punto en general véase *id.* 3 y siguientes; Lamont *op. cit. supra* n. 1, 142-43; Benn y Peters *op. cit. supra* n. 2, 108; Ross, *op. cit., supra* n. 40, 269-74; y Mayers, *op. cit. supra* n. 26, 17 y siguientes, cf. ahora con este último las tesis de J. Barzun, *The House of Intellect* (1959), J. W. Gardner, *Excellence* (1961), y Benn y Peters, *op. cit.* 118-122.

⁵⁰ Para puntos de vista acerca del principio de igualdad como demanda de una remoción semejante, véase D. D. Raphael, “Justice and Liberty” (1950-51) 51 *Proceedings of the Aristotelian Society* 167-197; Berlin, ensayo citado *supra* n. 48, en Olafson, *op. cit.* 137 y siguientes. En esta clase de contexto, la palabra “desigualdad” está usada peyorativamente para significar una que debe ser abolida. Véase Benn y Peters, *op. cit.* 118, y Lamont, *op. cit.* 139.

⁵¹ Benn y Peters, *op. cit.* 115; cf. *id.* 127.

turales de los individuos, sus contribuciones a los valores sociales o culturales o al buen gobierno, o quizá también al logro de la igualdad en el resto de la comunidad, o cualquiera de otros muchos. Lo que tiene que determinarse es la justificación, en un tipo dado de situación, de aquel valor distinto de la igualdad en base al cual nos apartamos de ella. La igualdad sigue siendo *alguna parte* de la justicia en la medida en que no debemos, salvo por razones aceptables, apartarnos de ella. Pero los problemas difíciles de la justicia, aquellos de los cuales los hombres se quejan, por los que lloran, luchan y a menudo mueren, se refieren a la siguiente cuestión: ¿Cuáles son las razones aceptables para apartarse de ella? Y ésta es sólo otra manera de hablar de los términos del acuerdo que por el momento existe *entre la igualdad y los otros valores*. La justicia de cualquier hombre, o de cualquier generación aquí y ahora es, (como si dijéramos) "una mezcla de satisfacción de demandas y deseos... que, en cuanto modelo general, preferimos a la mezcla que suministra cualquiera otra solución".⁵² Éste es un hecho que se refiere a los esfuerzos de los hombres para darle realidad a la justicia, independientemente de cualquier cuestión acerca de la universalidad e indivisibilidad del ideal de justicia en general. Y es un hecho fundamental para todos aquellos cuyo tarea es la creación o la administración de la ley humana, o de los empeños de esas personas. Lo que los hombres, en su exigencia de justicia, han logrado en el pasado, y hasta qué punto podemos esperar mantener esos logros, son aspectos vitales del aquí y ahora de nuestro problema de la justicia.

VI. Los enclaves de la justicia históricamente dados

Los enclaves de la justicia, en tanto que los hombres han sido capaces de conquistarlos y mantenerlos, no sólo abarcan áreas en las que se manifiesta un sentido "común" de justicia, sino probablemente también áreas en las que convergen preceptos derivados de teorías diferentes e inclusive opuestas. Los preceptos, fuera de esos enclaves, a veces se oponen entre sí, de la misma manera que el "sentido de la justicia" de algunos hombres se opondrá al de otros. En tales áreas los conflictos difícilmente se resolverán por medio de un argumento riguroso. No puede excluirse totalmente la posibilidad de un conflicto cuyo origen sea únicamente un error lógico, pero,

⁵² Berlin, ensayo citado 148. Estamos de acuerdo con Thomson, *op. cit. supra* n. 26, en 9, en que tanto la "igualdad" como la "libertad" siguen siendo criterios importantes aun cuando ambas estén limitadas. Están limitadas por la formulación de otras distinciones en términos de ellas mismas o de otros valores y, finalmente, de las "ventajas para todos los interesados". Cf. Benn y Peters, *op. cit.* 111-12; H. L. Hart *The Concept of Law* (1961) 154-161; Lamont, *op. cit. supra* n. 1, 160; y sobre la clase de argumento implicado *id.* 140-48 y *supra* pp. 9-11. Sobre las afiliaciones entre "igualdad" y "libertad", véase Thomson, *op. cit.* 20-24, 136-155, esp. en 147; y Lamont, *op. cit.* 158-161.

por lo general, los protagonistas respectivos permanecen impermeables a la lógica formal. Si en estas áreas externas se desea mantener una comunicación auténtica entre las respectivas posiciones, dos cosas son esenciales. La primera es cierta clarificación de conceptos como la que se ha intentado aquí, que no impida (como si dijéramos) los juicios valorativos de quien escucha, sino que más bien permita que la valoración de uno de los sujetos que juzga se presente a los otros. Dicho en forma más positiva, esto supone que reconozcamos, en cualquier caso, la importancia de separar en nuestras teorías los componentes intelectuales de los componentes emotivos, de tal manera que fijemos con mayor precisión los puntos en los cuales y a partir de los cuales surgen nuestros conflictos, y a veces inclusive las razones de nuestra divergencia.

La otra cosa esencial es reconocer que debemos luchar para lograr unos procedimientos metódicos de argumentación entre las posiciones opuestas, que son distintos de los procedimientos rigurosos de la lógica formal tradicional; y en forma correspondiente, debemos considerar estos nuevos procedimientos como valiosos a pesar de que no puedan suministrar demostraciones completas, y a pesar de que ni siquiera puedan llevar a cambio alguno en las convicciones o a un mayor consenso entre quienes escuchan. Ya nos hemos referido a las pretensiones de la llamada "nueva retórica" de suministrar un instrumento metódico de argumento y justificación del tipo requerido. Agregamos aquí que, desde luego, los "lugares" aceptados a partir de los cuales debe proceder esta clase de argumento, a menudo (si no es que siempre) deben ser extraídos de los hechos empíricos de las vidas actuales de los hombres en la sociedad actual. Las relaciones entre la ley y la justicia, y entre la ley y la sociedad, deben, por tanto, ser consideradas, más bien que a la manera de paralelas aisladas, como desplazándose en caminos que se compenetran y entrecruzan.

Cualquier teoría de la justicia representa un equilibrio más o menos estable entre las realidades de la vida del individuo y la vida de la sociedad tal como él las ve, y lo que concibe como las relaciones ideales de los individuos en la sociedad. Podemos intentar escapar de las tensiones allí implicadas. Podemos aceptar algún ideal absoluto cuyo origen sea una fuente trascendental, por ejemplo, la religión, o crearnos uno *a priori*. O podemos intentar escapar de las tensiones negándole toda significación al ideal de justicia, mediante una actitud escéptica hacia todo aquello que no está probado empíricamente. O tolerar las tensiones porque debemos hacerlo y buscar un equilibrio en alguna de las numerosas formas de relativismo o de derecho natural de contenido variable. Para quien sostenga cualquiera de estas posiciones, o la mayoría de ellas, su idea de la justicia, a pesar de que se asome a los problemas del mundo externo, es asunto de interés íntimo profundo. Alcance o no objetividad su tesis, en el sentido de que parece ser compartida

por muchos o la mayoría de los hombres, tal posición sigue siendo un acto personal de reconocimiento y dedicación a la vez. De todas maneras para él y dentro de él, la teoría de la justicia que sostiene es normativa, comprometiendo su propio ser; en tanto que para el observador aquello que reconoce y aquello a lo que está dedicado, así como la cuestión de cuántos hombres la sostienen en esos términos, son hechos para ser observados y descritos.

Las tesis que los hombres han sostenido sobre la justicia son objetivas en un sentido muy diferente cuando miramos el asunto *sub specie humanitatis*. La infinita variedad, cambios y conflictos en las tesis de los hombres sobre la justicia a lo largo de los siglos y de los milenios, no han impedido la manifestación de lo que aquí nos atrevemos a llamar enclaves de consenso en la práctica de sociedades particulares, o grupos de ellas. En la mayoría de las sociedades occidentales, por ejemplo, el éxito mismo en alcanzar y mantener tales enclaves puede ser la fuente de algunas de las dificultades que se encuentran al teorizar sobre la justicia. Hemos visto, por ejemplo, las dificultades que encara el principio de la igualdad de los hombres en cuanto base de la justicia; y hemos visto que muchos piensan que este principio, a menos de que se le dé, mediante otros valores, un contenido más específico, permite elecciones tan amplias que destruye toda posible guía que pudiera derivarse de él. Sin embargo, en una sociedad en que un número importante de individuos se encuentra todavía excluido de la sociedad legal, el principio de igualdad suministra en sí mismo una guía. También en esa situación los filósofos, sin duda, son capaces de convencerse a sí mismos de que semejante exclusión está justificada, invocando algún otro principio diferente al de la igualdad, tal como Aristóteles, quien no obstante su creencia en la igualdad ante la ley, argumentó que algunos hombres eran esclavos por naturaleza.⁵³

Sin embargo, aun en aquellas sociedades (tenemos que añadir sin rodeos) en donde no existe esa vergonzosa sujeción, la claridad de las directrices parece también borrarse. La igualdad plantea, entonces, cuestiones acerca de las sub-clasificaciones entre los seres humanos y, por consiguiente, acerca de cuáles similitudes y diferencias son esenciales para este propósito. De esta manera, lo hemos visto repetidamente, a menudo se torna problemático saber cuáles son las similitudes y las diferencias esenciales que se utilizarán como referencia para decidir el ámbito de las normas del derecho. En la medida en que, por ejemplo, los principios de Stammler prohíben la simple exclusión de algunos hombres de la sociedad legal, esos principios tendrían un mensaje claro para una sociedad que incluyera esclavos. Pero, por la misma razón, un principio que *simplemente* lo prohibiera no tendría un mensaje claro para una sociedad en la que ningún hombre fuese esclavo.

Por tanto, la creatividad del principio de igualdad, en la construcción,

⁵³ Y cf. respecto de las racionalizaciones de los prejuicios raciales en los Estados Unidos, Berger, *op. cit. supra* n. 47-63 sigs.

por ejemplo, de las garantías de los derechos civiles y de los "derechos del hombre", o derechos naturales o fundamentales, no es una creatividad auto-genética. Depende de la unión fecunda del valor igualdad con otros valores, tales como el de la santidad del alma humana como reflejo del creador divino en la tradición judeo-cristiana, o de los preceptos divinos acerca de la fraternidad del hombre y la paternidad de Dios, o de la singularidad del hombre como ser dotado de razón y voluntad. No obstante, a través de cualquiera unión de valores, los enclaves sostenidos por la justicia en las sociedades occidentales han llegado a incluir otros territorios sumamente valiosos: el reconocimiento de que en la ciudad terrestre la justicia exige el derecho, aun cuando el derecho no pueda reemplazarla totalmente;⁶⁴ el reconocimiento de que no estamos autorizados para excusar la perpetración de la injusticia humana, embelleciendo los halagos de la ciudad celeste; el reconocimiento de que la justicia es una función tanto del bienestar material como del bienestar psicológico y espiritual, y tanto de la oportunidad concreta como de la libertad abstracta. Dentro de los enclaves de la justicia así establecidos se halla también el reconocimiento de que la justicia exige ciertas condiciones generales y cierta organización que deben ser creados por la sociedad para que los derechos de los individuos tengan realidad en ella, aun cuando cuáles sean con precisión esas condiciones y esa organización constituye una zona de tensiones y luchas que todavía no se domina con firmeza. De la misma manera, dentro de los enclaves establecidos se reconoce que el área de la mente y del espíritu no es una área de coerción legal, a pesar de que continúa la tensión y la lucha respecto de cuál es el *área precisa* de esta inmunidad.

Es obvio que, de tiempo en tiempo, mediante grandes actos de liderazgo profético, se le ha dado un nuevo contenido a las obligaciones que los hombres sienten hacia sus semejantes. Es claro que esos actos, ya sea que tengan un origen secular o (más usualmente) religioso, son raros. Es claro también que aun cuando ocurren, el nuevo contenido se abre camino lentamente dentro de la textura y el proceso actual de la vida del grupo. No sólo entre los antiguos israelitas ha acontecido que la generación que recibe la revelación liberadora tiene aún que terminar sus días de servidumbre en el desierto. En todo caso no hablamos aquí de esas raras dispensas, sino del crecimiento ordinario de la experiencia ética de los hombres, y especialmente de su experiencia de la justicia, así como del cuerpo de ideas que surgen de aquéllas.

En estos términos parece claro que las teorías de la justicia dominantes en una época y en un lugar dados son, en una forma u otra, emanaciones de lo que hemos llamado los enclaves de la justicia que el grupo sostiene. El enclave es como un complejo de actitudes y funciones y expectativas y valores concomitantes, que se manifiestan en áreas concretas de los asuntos

⁶⁴ Cf. Dowrick, *op. cit. supra* n. 4, 28-29.

del grupo. Desde el punto de vista del observador exterior consiste en hechos empíricamente observables, aun cuando dentro del grupo los miembros puedan experimentarlo como un creador de normas y, por tanto, de obligaciones. Cuando decimos que las teorías de la justicia son emanaciones de los enclaves de la justicia, no identificamos, sin embargo, los enclaves con estas teorías. Las teorías son, más bien, intentos (que a menudo compiten entre sí) de explicar, o justificar, o extender, o retractar, o modificar, el ámbito de los enclaves que se mantienen. Se subraya, por consiguiente, que los enclaves de la justicia, tal como hablamos de ellos aquí, no son teorías de la justicia que podamos utilizar como criterios de juicio. Los enclaves no son sustitutos de semejantes teorías o criterios. Tales teorías siguen siendo importantes por ellas mismas.

En los órdenes sociales y legales más estables de Occidente, esas teorías cumplen, en verdad, cinco funciones vitales en relación a los enclaves de la justicia que allí se sostienen. Una función, en las inestables periferias de los enclaves establecidos, es pelear para defender o extender el territorio del enclave en los puntos inestables de su frontera. Las teorías se ofrecen (como si dijéramos) como bases de derecho para extender o retractar o firmemente mantener; y su función es marginal respecto de la base de consenso ya ganado. Amargas cuestiones de este tipo afectan ahora, por ejemplo, los límites del poder de los sindicatos para excluir o castigar a sus miembros; pero no ponen en entredicho nuestra aceptación de la organización y la acción del sindicato como parte de los requisitos previos para que haya justicia en las relaciones económicas. Una segunda función es servir como medio para explicar los enclaves de consenso heredados entre las generaciones y mantener este consenso estable y continuo frente al cambio social y los traumas menores que pueden acompañarlo. Una tercera función de las teorías de la justicia es la de arma contra la posible desviación, por parte de quienes detentan el poder, de las expectativas basadas en teorías generalmente sostenidas. El debido proceso legal en tanto que se usa contra el poder gubernamental en alguno de sus muchos aspectos, es un recordatorio para algunas de estas expectativas más o menos articuladas. Una cuarta función, estrechamente relacionada, es la de medio de presión sobre los nuevos centros de gobierno que de tanto en tanto surgen en la sociedad, para ayudar a que se sometan a las responsabilidades anejas al poder. Precisamente en este espíritu A. A. Berle, Jr., ha planteado la cuestión de si la gran corporación moderna no debiera ella misma someterse a procedimientos adecuados en el ejercicio de su poder de emplear y despedir, o de remover su planta de un área cuya población depende enteramente de ella.

Las teorías de la justicia, por último, pueden ser emanaciones de los enclaves en el sentido de que expresan una reacción (a veces violenta) contra los contenidos o los límites de estos enclaves. Semejantes teorías, al igual

que aquellas que caracterizan las revoluciones éticas brillantadas por líderes carismáticos, revelan de nuevo la naturaleza ambivalente de la justicia —teorizando entre una insurgencia rebelde y una racionalización conservadora. Sin embargo, en el sentido más profundo y menos peyorativo, la relación de la mayoría de las teorías de la justicia respecto de los enclaves es la de racionalizar aquello que se sostiene y la razón por la cual se sostiene. Y esto implica el más fundamental de todos los puntos relativos a la relación de las teorías de la justicia con los enclaves de la justicia. Éste es que los enclaves, tal como nosotros los concebimos, son complejos empíricamente dados de circunstancias, actitudes, exigencias, funciones, expectativas y otros hechos relativos a la dotación biológica o social, manteniéndose todos ellos en una cierta estabilidad dentro de tensiones tolerables. En cuanto *enclaves de la justicia* no se justifican, por tanto, por *sí mismos*. De manera que el reconocimiento de ellos como tales y la valoración del cambio dentro de ellos, implica recurrir a algunas ideas acerca de la justicia que no están derivadas en una forma meramente empírica. Las diferentes teorías de la justicia, a la vez que emanaciones de los enclaves, también son portadores de estas ideas que no están derivadas empíricamente.

Los últimos párrafos han formulado el asunto en términos de una política democrática estable, del tipo occidental. En los nuevos estados que aún están en desarrollo y que hoy día constituyen la clase singular más numerosa de estados, el poder público, usualmente, lucha todavía para establecerse y la comunidad para poner límites tanto al poder público como al privado. Bajo tales condiciones, que a menudo suponen grandes traumas, las teorías de la justicia suelen desplazarse hacia el centro de la escena política y social y la lucha para vindicarlas se vuelve crucial para todo el futuro social, político y económico. En esta clase de situación, sin embargo, las teorías de la justicia que se originan en la experiencia occidental no se trasplantan fácilmente a sociedades mucho menos desarrolladas. Tampoco se encuentran a la mano teorías indígenas adecuadas o capaces de una rápida elaboración. La vindicación del principio abstracto de autodeterminación a menudo deja esos nuevos estados ante un vacío tanto de derecho como de justicia en sus arreglos internos. El experto a quien se llama para redactar o mejorar el derecho de esos estados quizá encuentre una ayuda mayor para sus problemas en el estudio de las correlaciones del cambio social y legal que en cualquier estudio de las teorías de la justicia en cuanto tales.

En general, en toda clase de sociedades, la profunda tragedia de la vida del hombre con la justicia, es la fragilidad de los enclaves establecidos aun en las sociedades más estables. Posiciones que parecían seguras, sostenidas por los más altos niveles de logro intelectual y artístico, desaparecieron en Alemania, entre las dos guerras, en la arena movediza nazi. Aun cuando un enclave se sostiene en conjunto firmemente, a veces sucede que se sos-

tiene en forma incierta, si es que se sostiene, respecto de algún segmento social. La sociedad y su justicia, por así decirlo, son duales e inclusive esquizofrénicas, como sucede con el *apartheid* en Sudáfrica y con el segregacionismo sureño en los Estados Unidos, con el antisemitismo de muchas sociedades a través de muchos siglos, el cual estaba sancionado legal o socialmente. A la luz de todo esto, hay poco motivo de sorpresa frente al hecho de que las teorías de la justicia modeladas según la experiencia occidental hayan vivido poco en la mayoría de los nuevos estados asiáticos y africanos. Aquello que ha sido transferido o adoptado de la experiencia de otros pueblos es susceptible de ser todavía más frágil, a pesar de que, ocasionalmente, como lo sugiere la experiencia hindú hasta el momento, pueda demostrarse aún viable.

Este carácter tentativo de nuestro dominio de los enclaves de la justicia ya establecidos, llama la atención sobre otra clase de tensión que acompaña a nuestro dominio de la justicia. Ya hemos hablado de las tensiones en cada uno de nosotros en tanto que buscamos un equilibrio sostenible entre las realidades de las relaciones humanas tal como se nos presentan y el ideal de estas relaciones tal como deseamos verlas. Advertimos, ahora, que siempre que este equilibrio se logra para la mayoría de una sociedad dada, también está sujeto a otras fuerzas y tensiones que se originan en la práctica de la justicia, la cual abarca, desde luego, no sólo su realización sino también su fracaso parcial o total. Esta clase de tensión nos recuerda, a su vez, que el valor *funcional* de una teoría de la justicia, y su influencia social en general, parece ser independiente de la coherencia con la cual puede ser demostrado al intelecto.

La historia presenta, por una parte, numerosos ejemplos de inspiración y guía para la acción que fueron suministradas por teorías que, al examinarlas fríamente, sólo ofrecen, en el mejor de los casos, las más vagas indicaciones. Una explicación parece ser que la determinación hacia una acción es una función no sólo de la teoría tal como pueda ser formalizada en palabras, sino también de las circunstancias de la época y del lugar en la que produce su impacto psicológico. Una teoría de la justicia que se centra en el concepto del "libre albedrío individual" puede parecer muy indeterminada en una sociedad moderna de "libre empresa"; no lo parecería así en una sociedad feudal o de castas, como no lo pareció en la Inglaterra de los primeros años del siglo XIX, que aún se enfrentaba a una serie de disposiciones sociales y económicas de la época pre-industrial. De todas maneras, siuviésemos que tomar una u otra posición, diríamos que en términos de su función social, las teorías de la justicia son enemigas del *statu quo*. Y podríamos agregar que esto es lo que debe esperarse de lo que pretende ser un modelo de la crítica al derecho, puesto que el derecho necesariamente es más fijo y se mueve con mayor lentitud que los fenómenos que intenta gobernar. Éste sería, sin embargo, solamente un aspecto de la función social

de las teorías de la justicia. Porque las teorías de la justicia también sirven para establecer y preservar, entre las generaciones, las áreas de consenso ya logradas.

Obviamente el grado de seguridad y la garantía de continuidad en los enclaves de consenso varía según las sociedades y, en una sociedad, según las épocas. Una gran parte de los estudios del autor del presente trabajo sobre "Derecho y Sociedad" en la Parte III de *The Province and Function of Law* se refieren a los factores que dentro de cada sociedad influyen en este asunto de grado, tanto en lo que respecta al derecho como en lo que respecta a las teorías de la justicia que sirven para criticar su derecho. Desde luego es un truísmo afirmar que cuanto más tenue es nuestro dominio de los valores al parecer aceptados, más fácil es que esté usualmente en peligro y se rompa durante un periodo de choque y frustración, tanto por lo que toca al individuo como por lo que toca al grupo. Tal vez tenga razón Jaspers al pensar que la confrontación del hombre con el poder destructivo de las armas nucleares debe exigirle que persiga la razón y la justicia con mayor firmeza y constancia que en cualquier época anterior. Y con toda seguridad también tiene razón en pensar que, en todo caso, ése es un resultado automático o, en verdad, el más probable, de esta confrontación.⁵⁵

En verdad ya hemos empezado a ver la evidencia que fundamenta el punto anterior. Las nuevas armas, por ejemplo, inevitablemente refuerzan las manos del estado Leviathan contra las demandas de sus propios súbditos, incluyendo demandas hechas a título de justicia. Y con ello no queremos solamente decir (lo que es bastante obvio) que la inercia y el miedo frente a los detentadores del poder probablemente aumenta en la medida en que las armas se vuelven más temibles y están controladas con una mayor exclusividad por quienes detentan el poder. También queremos decir que cuando las armas nucleares de los otros estados amenazan su propia sociedad, la importancia de los problemas de la justicia doméstica se considera (sin duda equivocadamente) mucho menos importante. Las preocupaciones acerca de la justicia entre súbdito y súbdito y gobierno y súbdito tienden a subordinarse a las preocupaciones relativas a la supervivencia nacional. No es éste, desde luego, un fenómeno nuevo; se presenta siempre en época de guerra. La diferencia es que ahora tiende a ser un fenómeno de la época de paz, o (deberíamos tal vez decir) de la época no-paz-no-guerra en que, por el momento, se ha convertido la época de paz. Estas tergiversaciones, que surgen de la peligrosa situación en la que ahora vivimos, tienden a acelerarse por cambios correspondientes en los intereses de los teóricos. A pesar de que las fatigadas teorías de estrategia política y militar raramente son presentadas por sus exponentes como un sustituto de los criterios de la conducta justa, es fácil equivocarse y tomarlas como tal. Aun cuando ello no ocurra, el horror de los

⁵⁵ K. Jaspers, *The Future of Mankind* (1961).

riesgos que enfrentamos tiende a disminuir la importancia de otros problemas, casi hasta el punto de la irrelevancia. De manera que siempre que estos riesgos se ahondan, la verdad, y aun la justicia misma, tienden a presentarse sólo en versiones nacionales.

Debemos ser conscientes de estas fragilidades y tergiversaciones en la generación actual de hombres, no para desesperarnos, sino para ser capaces de luchar con mayor firmeza y efectividad para detenerlos y cambiarlos siempre que podamos y en la mejor forma en que podamos. Dentro de todas las tensiones de nuestra época, todavía se encuentra la prueba de que hombres dotados de firmeza y de valor pueden proteger los enclaves de consenso acerca de la justicia que ya han sido ganados. Nadie que esté familiarizado con el llamado "Periodo McCarthy" en la política americana durante los primeros años de la década de los cincuenta y con el proceso de decisiones judiciales sobre libertades civiles desde esa época hasta ahora, podrá menos que reconocer un enclave que finalmente se mantuvo firme a pesar de lo que inclusive un juicio sobrio podría haber predicho en esa época. Y no deberíamos descuidar este hecho en las polémicas que actualmente rodean los opuestos puntos de vista en lo que toca a los límites adecuados de las funciones de los magistrados de la Suprema Corte de los Estados Unidos. El mismo país, y hasta un cierto grado la misma clase de hombres durante el mismo periodo, han comenzado a ampliar los límites que a lo largo de la historia americana han más o menos excluido el segmento negro de la sociedad americana de la comunidad jurídica americana.⁵⁶ La mayoría de las otras democracias políticas podrían atestiguar momentos de la historia reciente no menos alentadores. Y los esfuerzos épicos de las clases educadas de la India para introducir intactas en la nueva vida nacional las áreas de consenso heredadas tanto de la asociación británica como de la tradición hindú, han logrado éxitos no menos significativos para el futuro de Asia.

Esta base indudable para mantener el espíritu humano alto, no puede ser mal interpretada como confianza y complacencia en el futuro de la justicia entre los hombres. Tal vez ahora sea más fácil que nunca en la historia humana destruir y arrasar, uno por uno, en la mayoría de las sociedades humanas, todos los enclaves de la justicia, y ciertamente ahora es mucho más fácil que sean destruidos de un día para otro mediante la aniquilación de sus bases físicas. Estos hechos mismos hacen que sea cada vez más importante que nos preguntemos, con mayor consciencia que antes, qué entendemos por justicia, abarcando en ello los significados que hemos heredado, pero también, y sobre todo, el significado que en estos días tienen para nosotros aquellos significados. Esos significados en parte heredados se encuentran en

⁵⁶ Véase Berger, *op. cit. supra* n. 47, en el que traza el desarrollo hasta 1952 en relación a los grupos minoritarios de los Estados Unidos, con numerosas buenas intuiciones en lo que toca a los límites de la acción legal efectiva en esta área.

las teorías de la justicia que sostuvieron los hombres de épocas y lugares pasados cuando se enfrentaron a las perplejidades de sus situaciones; y deben ser comprendidos por nosotros en la mejor forma que podamos, en el mismo espíritu y en el mismo contexto.

Esto nos vuelve a llevar, muy significativamente, a la relación entre estas áreas de hechos institucionalizados, complejos, que se refieren a las actitudes estables de los hombres y su conducta entre ellos, que nosotros por el momento hemos llamado los enclaves de la justicia sostenidos en el grupo, y el poder normativo, la obligación experimentada por cada miembro, que es el aspecto contrario del hecho de que el enclave es sostenido. Hemos visto que una de las funciones de las teorías de la justicia consiste en ayudar en la transmisión, a generaciones posteriores, del contenido de lo que ha llegado a sentirse como obligación en la experiencia de aquellos que los precedieron. Ellas juegan un papel vital, junto con la institucionalización de las actitudes mismas del grupo, en la recurrente tarea de inducir a las generaciones futuras al reconocimiento de los valores sostenidos por el grupo; o, en los términos bárbaros de Talcott Parson de "interiorizar" los valores sociales. En otro sentido, sin embargo, ninguno de estos factores de la transmisión garantiza lo que el Cardenal Newman llamó asentimiento "real" para distinguirlo de un mero asentimiento "conceptual".⁵⁷ Ambos están cuando menos un poco alejados de la intensidad del *engagement* personal que se encuentra en aquellos que de hecho lucharon para establecer un enclave particular, o que ahora luchan para extender o defender sus fronteras. Después de todo, ésta no es más que otra manera de ver por qué los enclaves están siempre en peligro de ser desplazados; por qué es importante hacer presente este peligro a todos los miembros del grupo; y por qué es importante que un considerable número de miembros de cada generación se vuelva *engagés* ya sea en la defensa de los enclaves o en la lucha para extenderlos.

Por consiguiente, las teorías de la justicia, en su aspecto mediador, son retrospectivas, y nos proporcionan un cierto grado de acceso a la experiencia de las generaciones que ganaron los enclaves de justicia que nosotros heredamos. En su aspecto de desafío, hacen un llamado a la generación actual para que apruebe y defienda o inclusive extienda estos enclaves, y mediante ello preserve o cree nuevos enclaves (y las teorías que emanan de ellos), respecto a los cuales, por otra parte, pueden otorgarle, en su generación, un

⁵⁷ J. H. Newman, *A Grammar of Assent* (1870) 77-92 y *passim*. Para una discusión del concepto de conocimiento por "connaturalidad" o "inclinación", o "conocimiento experimental" como la base sobre la cual se genera el asentimiento "real", véase J. Maritain, *The Range of Reason* (1953) 22; B. Miller, "Being and the Natural Law" (1964) *Australian Studies in Legal Philosophy* 219-235, en 223, n. 6. El Padre Miller ha observado (carta al autor del 22 de abril, 1963) que cuando la experiencia humana de la justicia se inclina así hacia el lado positivista, y cuando el "derecho natural" es entendido (como Miller lo entendería) como requiriendo que sea tomado en cuenta el conocimiento de las ciencias sociales modernas, se descubre una amplia base común.

asentimiento meramente "conceptual". En su plenitud, este asentimiento "real" compromete más que el puro conocimiento; también compromete a la emoción. Está, en efecto, constituida de actos y actitudes de hombres reales, con sus dotes concretas biológicas y sociales, que viven en una circunstancia concreta que a su vez tiene sus antecedentes en las condiciones y sucesos pasados. El conocimiento de las teorías de los hombres del pasado hace posible poner de relieve estas teorías y permite así a la generación actual trascenderlas a la vez mediante un examen racional y (sobre todo) someterlas a una crítica a la luz de la experiencia del mundo de esta última generación. Y esta crítica, este repensar racional, y este trascender deben ser considerados como una necesidad constante no sólo en lo tocante a las teorías de la justicia que se sostenían previamente y que recientemente se recibieron, sino también, y en forma aún más vital, en lo que respecta a los enclaves de la justicia que en ese momento se sostienen. Porque al insistir en que los enclaves de la justicia que los hombres sostienen deben siempre defenderse, extenderse y revitalizarse tenazmente, de nuevo subrayamos que son los *enclaves de la justicia* los que deben ser objeto de esta clase de acción comprometida.

La cuestión de si un enclave de la justicia propuesto como tal lo es efectivamente no puede nunca considerarse como finalmente resuelta, y desde luego no por el hecho de que en un momento dado ese enclave se sostiene. Si se considera el contenido normativo de los enclaves como "moralidad positiva", entonces una parte de la función permanente de las teorías de la justicia debe ser la de la "moralidad crítica".⁵⁸ Porque ciertamente no podemos asumir que existe ningún tipo de inevitabilidad a la manera hegeliana en la conquista por parte de los hombres de esos enclaves, ni en los resultados de las continuas interacciones entre ellos y las teorías de la justicia que surgen para conquistar la adhesión del hombre mismo.

Tampoco podemos asumir, aun cuando de ese modo se insista en la función crítica de las teorías de la justicia, que su continua interacción con los enclaves constituye un desarrollo inevitable, a la manera hegeliana, en el conocimiento que el hombre tiene de la ética y de la justicia. El problema es más bien el de ser consciente, en cada generación, del intercambio y entrecruzamiento entre las teorías *urdidas por el intelecto* y los enclaves *experimentados* en la vida social, y entre el pasado y el presente de ambos. Y todo esto señala con claridad no sólo los riesgos de tergiversación, sino también la posibilidad de un cambio constante en el conocimiento pleno que los hombres tienen de la justicia.

Sin las ideas de los hombres del pasado, que las teorías predominantes nos ayudan a penetrar, los enclaves de consenso que constituyen nuestra herencia a menudo no serán más que palabras sostenidas con aparato y proce-

⁵⁸ Véase H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality* (1963) *passim* acerca de la distinción entre moralidad positiva y moralidad crítica.

dimientos técnicos, algo más o menos útil que hemos casualmente encontrado en el desván. Sin embargo, a menos de que vayamos más allá de esas ideas y nos preguntemos qué significado tienen para nosotros en nuestra situación, estaremos abandonando, en el momento del reto más grande, el privilegio y la responsabilidad de elección que constituye la única manera de hacerle frente. Lo cual significa que nosotros debemos movernos libremente hacia el futuro, pero sólo después de haber advertido con cuidado y comprensión el lugar en que nos encontramos, y por consiguiente el único a partir del cual podemos continuar moviéndonos. En las recientes palabras de Jaspers: "no podemos decir lo que harán los hombres libres; qué aspecto de la libertad se realizará, mediante qué decisiones, en qué situaciones. Pero nos toca a nosotros crear aquello que no podemos conocer". Cuando el reto es a nuestro recuerdo mismo y a nuestro actual reconocimiento de la cuestión de la justicia, se vuelve aún más crítica la preservación consciente de la continuidad de esta corriente de pensamiento. Una sociedad en la cual la justicia no se reconociera ni siquiera como problema, no sería humana en ningún sentido que pudiera interesarnos.

JULIUS STONE

(traducción de Alejandro Rossi)