

FRIEDRICH A. HAYEK  
*Premio Nobel de Economía*

114  
U.S.  
C.1

# DERECHO, LEGISLACION Y LIBERTAD

*Una nueva formulación de los principios liberales  
de la justicia y de la economía política*

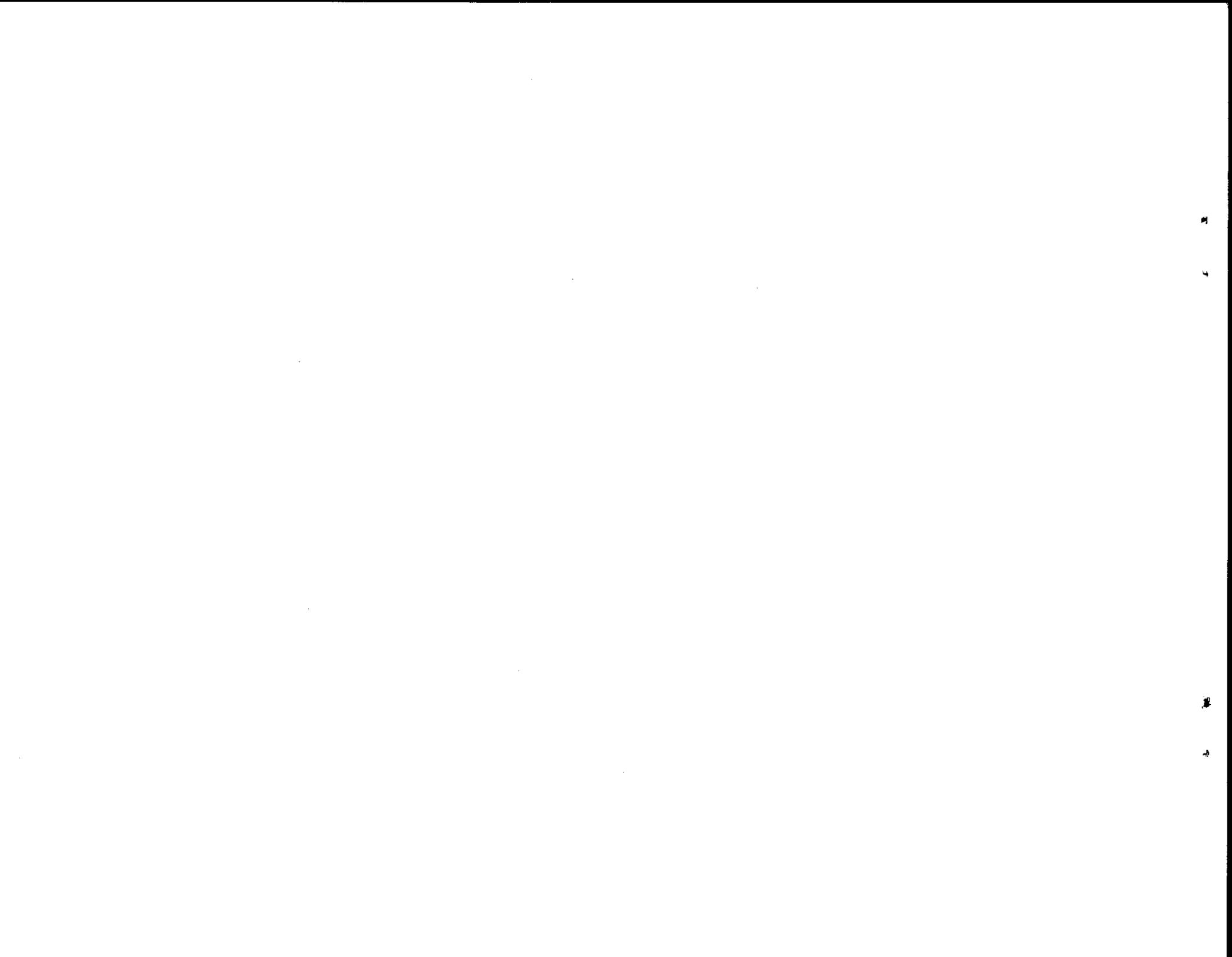
Volumen II  
EL ESPEJISMO DE LA JUSTICIA SOCIAL

01126

UNION EDITORIAL, S. A.



129



ISBN obra completa: 84.7209-083-3  
ISBN volumen II: 84-7209-097-3  
Título original: *Law, Legislation and Liberty*  
Vol. 2: *The Mirage of Social Justice*  
The University of Chicago Press, Chicago  
y Routledge and Kegan Paul Ltd., Londres  
Traducido del inglés por LUIS REIG ALBIOL

© 1976 by Friedrich A. Hayek

© 1979 para la edición en español:  
Unión Editorial, S. A.

Avenida de América, 32. Madrid-2

Depósito Legal: M. 29.039-1979

*Printed in Spain* - Impreso en España

Artes Gráficas Iberoamericanas, S. A.  
Tomás Bretón, 51. Madrid-7

*En una sociedad libre no corresponde al Estado administrar los asuntos humanos. Deberá limitarse a administrar justicia entre hombres que se ocupan de sus propios asuntos.*

*(Walter Lippmann, An Inquiry into the Principles of a Good Society, Boston, 1937, página 267.)*

## Prefacio

Diversas circunstancias han contribuido a retrasar la publicación de este segundo volumen y a hacer que haya sido rebasada la fecha en que me había propuesto entregar el borrador a la imprenta. La primera y fundamental razón ha sido mi propio descontento con la versión inicial del capítulo más importante de este segundo volumen, en el que abordo la materia que le da título. He consagrado a este tema un largo capítulo en el que he tratado de demostrar, mediante numerosos ejemplos, que lo que se nos ofrece como exigencia de la justicia social puede en definitiva no ser tan justo, debido a que las consideraciones (aludo a consideraciones ya que difícilmente podría hablarse de principios) sobre las que se basan los correspondientes juicios carecen de universal aplicación. Pretendía demostrar, fundamentalmente, que la gente nunca puede llegar a ponerse de acuerdo acerca de lo que la justicia social exige, y que cualquier intento de fijar los ingresos individuales según lo que supuestamente demande tal tipo de justicia, acabará siempre haciendo inviable el funcionamiento del mercado. Estimo ahora, sin embargo, que quienes emplean la referida expresión no saben lo que con ella pretenden decir, sino que más bien la usan como simple aserto que les permite formular pretensiones que carecen por completo de justificación.

A lo largo de mis iniciales esfuerzos encaminados a someter a crítica el aludido concepto, siempre tuve la sensación de estar moviéndome en el vacío, por lo que acabé por intentar lo que en tales casos resulta aconsejable hacer: establecer un ejemplo válido de justicia social, según mi capacidad de análisis. Sólo entonces advertí que «el rey estaba desnudo» y que la expresión «justicia social» carece totalmente de sentido. Al igual que el niño del cuento de Hans Christian Andersen «nada podía yo ver, porque nada había que se pudiera ver». Cuanto más me esforzaba por encontrar un significado concreto a la expresión, más fracasaba en mi intento, ya que no lograba justificar ese sentido de indignación, que en concretos casos a menudo experimentamos, en base a una norma general, cual exige el concepto de la justicia. Evidenciar, sin embargo, que una expresión de uso universal, que en muchas personas suscita una especie de fe religiosa, carece de fundamento y sólo sirve para inducirnos a complacer los deseos de determinados grupos sociales, resulta mucho más difícil que demostrar la falsedad de una concepción teórica.

En tales circunstancias, no podía limitarme a demostrar la inanidad de cualquier intento de poner en práctica la justicia social; era preciso, además, demostrar que tal expresión carece por completo de sentido y que su utilización es de carácter ilógico y fraudulento. No es nada agradable tener que argumentar contra una superstición tan insistentemente cultivada por personas que, por lo demás, con frecuencia son conceptuadas como lo más selecto de nuestra sociedad, así como contra una fe que ha llegado a convertirse casi en una nueva religión de nuestro tiempo y en la que también han encontrado refugio no pocos de los pastores de las religiones tradicionales), y que generalmente suele ser identificada con la misma bondad humana. Pero la actual extensión de la aludida fe no constituye prueba adicional de su veracidad, como tampoco lo es, en cuanto a la verdad, la general aceptación que en el pasado se otorgara a la existencia de las brujas o de la piedra filosofal. La larga historia del concepto de justicia distributiva, entendida como atributo de la conducta individual (idea hoy en día tan identificada con la de «justicia social»),

tampoco prueba que dicho tipo de justicia goce de relevancia alguna en relación con el mercado libre. Por ello creo que el mayor servicio que a los hombres de mi generación puedo prestar es contribuir a desvanecer este vano sortilegio, librándoles de los problemas que aparecen cuando los elevados sentimientos se convierten en instrumentos de destrucción de los valores que son fundamentales a la civilización y a la libertad. Considero, pues, que debo intentar tal empeño, aun a riesgo de ofender profundamente a muchas personas cuyas iniciativas morales, por lo demás, merecen todo mi respeto.

Como consecuencia de cuanto queda expuesto, la nueva redacción del capítulo central de este libro difiere ligeramente de la del resto del volumen, escrito por término medio hace ya seis o siete años. Por un lado, mi labor no consistía en aportar una prueba positiva de algo, sino en poner de manifiesto la inconsistencia de la tantas veces aludida expresión de justicia. Por otro, al redactar de nuevo este capítulo, no he dispuesto de las mismas facilidades en cuanto al acceso a bibliotecas adecuadamente dotadas que cuando preparé el primer borrador. Por ello, no he podido hacer referencia como antes a los más recientes trabajos publicados sobre los temas analizados. En determinado momento, la convicción de que era preciso que justificara mi postura frente a una fundamental obra que no hace mucho ha visto la luz dio lugar a que aplazara la culminación de mi esfuerzo. Pero, tras cuidadosa reflexión, he llegado a la conclusión de que todo lo que podría decir en torno a la obra de John Rawls *A Theory of Justice* (1972) no sería demasiado importante, ya que las diferencias que me separan de él son más bien de tipo terminológico que de fondo. Pese a la impresión que en sentido contrario podría recibir el lector, la afirmación de Rawls que cito en el presente volumen (páginas 170 y 171) demuestra claramente que nos hallamos de acuerdo en lo que para mí constituye el aspecto esencial. A este respecto, como indico en una nota al referido pasaje, entiendo que Rawls no ha sido debidamente interpretado.

Aunque el borrador del tercer volumen de esta obra está ya casi terminado, no me atrevo a prometer que aparezca en fecha inmediata. Estimo más bien que, cuando vuelva a ocuparme de ese viejo manuscrito, advertiré que mis ideas han evolucionado. Pero, en la medida en que me lo permita lo avanzado de mi edad, haré todo lo posible para terminar cuanto antes el volumen que coronará esta obra\*.

## CAPITULO VII

## El bienestar general y los fines particulares

Es evidente que si los hombres, tanto en la esfera pública como en la privada, tuvieran que regular sus conductas según el punto de vista de sus particulares intereses, veríanse envueltos en inimaginable confusión, deviniendo el órgano de gobierno en gran medida ineficaz. Difieren entre sí los intereses individuales y aunque el bien público sea único e idéntico, objeto es de grandes disensiones en razón a las diferentes opiniones que acerca de él tienen las distintas personas... si, siguiendo tal inclinación, asignáramos determinadas propiedades a ciertas personas, perderíamos de vista nuestra finalidad y perpetuaríamos la confusión que la norma pretende evitar. Debemos, pues, recurrir a reglas generales y, conducidos por el imperativo del interés general, modificar la ley de la naturaleza en lo que concierne a la estabilidad de la propiedad.

David Hume \*

## EL BIEN COMÚN EN UNA SOCIEDAD LIBRE

\* Uno de los axiomas clásicos de la libertad es: que la coacción sobre el individuo sólo es tolerable cuando viene exigida por el bienestar general o la conveniencia pública. Pese a ser evidente que el énfasis puesto en que sólo el carácter común<sup>1</sup>,

\* DAVID HUME, *Treatise, Works*, Green and T. H. Grose, Londres, 1890, vol. II, pág. 318.

<sup>1</sup> Sobre el significado del concepto de utilidad o interés público en la antigüedad clásica, período histórico en el que se recurrió con frecuencia al uso de términos similares, tanto en latín como en griego,

\* El tercer volumen a que alude el autor ha sido ya publicado en inglés, y lo será en breve en su traducción española. (N. d. T.)

general o público de los objetivos legitima el ejercicio del poder gubernamental, e implica el rechazo del uso del mismo en defensa de algún interés particular, la vaguedad de los términos utilizados ha permitido identificar cualquier interés con el general, haciendo con ello que muchas gentes se hayan visto obligadas a perseguir objetivos en modo alguno coincidentes con su propio interés. El bienestar común o público ha sido concepto que siempre se ha resistido a una definición precisa, lo que lo ha hecho susceptible de identificación con los particulares intereses de la clase dominante<sup>2</sup>.

La principal razón de que así acontezca es que haya parecido lógico pensar que el interés público debiera en cierto sentido ser la suma de los intereses privados<sup>3</sup>, juzgándose insoluble el problema de aglutinarlos todos entre sí. La realidad, sin embargo, es que, en la Gran Sociedad, ámbito en el cual los individuos gozan de la libertad de hacer uso de sus particulares conocimientos aplicados al logro de sus individuales metas, el bienestar común que el gobierno debe propiciar no puede consistir en la satisfacción de un conjunto de apetencias particulares, por la sencilla razón de que ni éstas, ni cuantas circunstancias las determinan, pueden ser conocidas por el gobierno, ni por cualquier otro ente. Incluso en los modernos estados-providencia, la inmensa mayoría de las cotidianas necesidades de las masas (y las más importantes también en el orden cualitativo) son facilitadas mediante procesos que el

cfr. A. STEINWENTER, «Utilitas publica-utilitas singulorum», *Festschrift Paul Koschaker* (Weimar, 1939), vol. I, así como J. GAUDEMET, «Utilitas publica», *Revue historique de droit français et étranger*, 4.<sup>a</sup> serie, 29, 1951. El empleo durante la Edad Media ha sido analizado por W. MERK en «Der Gedanke des gemeinen Besten in der deutschen Staats- und Rechtsentwicklung», *Festschrift für A. Schultze* (Weimar, 1934).

<sup>2</sup> Sobre las consecuencias de la extensa pero infructuosa discusión en torno a este tema, principalmente desarrollada en EE. UU., cfr. *Nomos V, The Public Interest* (Nueva York, 1962), así como los más remotos antecedentes contenidos en dicho trabajo.

<sup>3</sup> J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, nueva ed. (Londres, 1823), vol. I, pág. 4: «¿Qué es, por consiguiente, el interés de la comunidad? — la suma de los intereses de los miembros que la integran.»

El gobierno no puede satisfacer necesidades particulares porque no las conoce

gobierno ni conoce ni puede llegar a conocer. El más importante bien colectivo a proporcionar por el gobierno no consiste en la satisfacción directa de las necesidades personales, sino en la creación de un conjunto de condiciones en base a las cuales los individuos o grupos de individuos pueden ocuparse de la satisfacción de las mismas

Que la primera obligación de la gestión pública no es la de asegurar la satisfacción de las necesidades humanas, sino la de mantener un orden espontáneo que permita a los individuos desarrollar tal tipo de actividades según fórmulas desconocidas por la autoridad es principio que, a lo largo de la historia, ha resultado evidente. Para aquellos autores clásicos cuyas ideas permitieron establecer las bases del moderno concepto de la libertad —los estoicos y Cicerón— utilidad pública y justicia fueron términos sinónimos; y en las frecuentes ocasiones en las que durante la Edad Media se invocaba la *utilitas publica*, aludíase estrictamente a la preservación de la paz y de la justicia. Incluso en el siglo XVII, autores como James Harrington equipararon el interés público con el derecho común y la justicia, con exclusión de cualquier parcial o particular ventaja, concepción evidentemente similar a la sugerida por el lema «el imperio de la ley y no de los hombres»<sup>4</sup>.

Llegados a este punto, debemos limitarnos a indagar si estas normas de conducta individual promotoras del bienestar general pueden apuntar a algún conjunto de resultados particulares y conocidos; o si, por el contrario, deben simplemente afianzar las condiciones que en mayor medida permitan a todos alcanzar sus particulares objetivos. Aparte del hecho de que la mayoría de las metas perseguidas por los diferentes individuos son siempre forzosamente desconocidas por quienes establecen o imponen las leyes, conviene advertir que tampoco cabe identificar el interés general con la idea de que todo deseo

<sup>4</sup> JAMES HARRINGTON, *The Prerogative of Popular Government* (1658), en *The Oceana and his Other Works*, ed. J. Toland (Londres, 1771), pág. 224: «El interés público (que no es sino el Derecho Común y la Justicia) debe ser denominado el imperio de la ley y no el de los hombres.»

MISIÓN DEL GOBIERNO: MANTENER EL ORDEN ESPONTÁNEO QUE SEVA PARA QUE LOS PROPIOS INDIVIDUOS SATISFACER

particular deba verse satisfecho. La existencia de la Gran Sociedad exige la constante e imprevisible frustración de ciertos esfuerzos humanos libremente emprendidos. La conveniencia de algunas gentes siempre se opondrá a las renovaciones sociales que, en interés de todos, las mutadas circunstancias exijan. En el proceso de exploración a través del cual cada individuo examina los hechos por él conocidos y evalúa sus correspondientes oportunidades, el abandono de las erradas iniciativas es tan esencial como la general adopción de los más adecuados métodos descubiertos. Tampoco puede servirnos de guía la simple contrastación de cada una de las expectativas favorables y desfavorables, para así elegir aquellos esquemas de comportamiento que aseguren que las primeras prevalezcan sobre las segundas, ya que no se puede predecir la mayor parte de los efectos que puedan derivarse de la adopción de las alternativas de referencia. Los efectos propiciados no serán los que favorezcan el particular interés de determinadas personas, sino un tipo de intereses que no cabe someter a comparación. La clasificación de los mismos según su grado de importancia no estará basada en la que le atribuyan aquellos a quienes concierna, sino en la influencia que su logro pueda tener en la preservación del orden general.

Y aunque no es posible establecer acuerdo en cuanto a la mayoría de los fines concretos y solamente conocidos por quienes los persiguen (siendo tal tipo de acuerdo todavía más inviabile en el supuesto de que se conociesen los efectos secundarios), sí puede arbitrarse un consenso en cuanto a los medios que, para alcanzarlos, puedan ser utilizados, precisamente porque los correspondientes fines permanecen al margen del acuerdo. Entre los miembros de la Gran Sociedad, desconocidos generalmente entre sí, nunca podrá existir coincidencia en cuanto a la importancia respectiva de los fines particulares. Sólo abierto conflicto de intereses y discordia produciría el intento de llegar a acuerdo en cuanto a la relativa importancia de los objetivos. Lo que en cualquier sociedad produce paz y armonía es la circunstancia de que los individuos no se vean obligados a pactar en cuanto a los fines, sino sólo en cuanto a los medios que instrumentalmente les permiten alcanzar una

MÉTODO DE COLABORACIÓN QUE SÓLO REQUIERE ACUERDO RESPECTO A LOS MEDIOS Y NO

EN CUANTO A LOS FINES

gran variedad de metas. Así pues, la posibilidad de trasladar el orden pacífico desde el ámbito del pequeño grupo humano, capaz de coincidir en cuanto a los fines, hasta el de la Gran Sociedad, cuyos miembros bien pueden disentir acerca de ellos, se funda en el descubrimiento de la existencia de un método de colaboración que sólo requiere acuerdo respecto a los medios y no en cuanto a los fines.

El descubrimiento de que un orden sólo definible en función de determinados rasgos abstractos es más adecuado para plasmar una gran variedad de proyectos fue lo que persuadió a gentes que perseguían diferentes fines a ponerse de acuerdo para aceptar el empleo de instrumentos de plural utilidad susceptibles de ser utilizados por todos. Tal consenso pudo surgir no sólo pese a no ser previsibles los resultados que eventualmente pudieran producirse, sino precisamente por ello. Sólo porque no cabe predecir el resultado de la aceptación de cierta regla, es ésta capaz de incrementar en igual medida las oportunidades de todos. La ignorancia de los futuros resultados, en efecto, es lo que propicia el consenso en torno a normas que instrumentalmente facilitan una gran variedad de fines. En la práctica, muchos son los casos en los que deliberadamente se acepta la impredecibilidad del resultado al objeto de facilitar el acuerdo en cuanto al procedimiento. Cuando convenimos echar algo a suertes, deliberadamente establecemos igualdad en cuanto a las posibilidades que a los jugadores corresponden, en lugar de seguridad acerca de quién será el afortunado<sup>5</sup>. Las madres de niños enfermos que nunca llegarían a ponerse de acuerdo sobre cuál de ellos deberá recibir en primer lugar atención médica, estarán dispuestas a aceptar a priori que los niños sean atendidos según un orden regular. Cuando, al dar consentimiento a una norma, afirmamos «es mejor para todos...», no pretendemos decir que todos saldremos finalmente beneficiados, sino que, sobre la base de nuestros actuales conocimientos, el método propuesto ofrece mejores oportunidades

<sup>5</sup> Cfr. Proverbios, 18:18: «El azar pone fin a los peitos y decide entre los poderosos.»

generales, aunque algunos habrían salido sin duda mejor librados de haberse introducido algún otro tipo de regla.

Las normas de conducta que en la Gran Sociedad prevalecen no pretenden producir particulares y previsibles beneficios. Son más bien instrumentos susceptibles de facilitar diversos fines. Han surgido como adaptaciones a concretas coyunturas, dada su capacidad de resolver ciertos tipos de situaciones. Dicho proceso surge a través de una mecánica marcadamente diferente de aquella otra que pretende formular toda la secuencia de actos encaminados al logro de unos resultados programados. No se basan las normas en la anticipación de concretas necesidades, sino en el recuerdo de pretéritas vivencias ilustrativas de que ciertos tipos de situaciones pueden ser resueltas por ellas con diversos grados de probabilidad. El resultado de tal experiencia, conseguida a través de un proceso de prueba y error, no implica la simple enunciación de su conjunto de eventos particulares, ni el explícito conocimiento del tipo de situación que con mayor probabilidad pueda llegar a producirse. Trátase más bien de una ponderación acerca de la importancia que, al respecto, tienen ciertas normas. El respeto a determinadas normas se basa en el hecho de que el grupo que a ellas se somete ha llegado a advertir la superior eficacia de las mismas y no porque hayan sido previstos los efectos que su adopción suscita. Preténdese conservar los resultados de pretéritas experiencias en cuanto a la selección de las normas, no las experiencias en sí.

Tal proceso puede compararse al que se produce en el ánimo de un individuo que, antes de ocupar un puesto de vigilancia, decide proveerse de un cuchillo, no porque piense emplearlo en una concreta aplicación, sino para estar debidamente preparado ante diferentes posibles contingencias. Las normas y reglas de conducta desarrolladas por un grupo no son, por lo tanto, medios que apunten al logro de fines particulares, sino adaptaciones a tipos de situación que, según la pasada experiencia, se dan con alguna frecuencia. Al igual que sucede con el conocimiento que induce al hombre a proveerse de un cuchillo en determinadas circunstancias, bajo estas reglas reposa la noción de ciertas realidades existenciales, no la de concretos

acontecimientos. Dicho en otras palabras: las reglas de conducta apropiadas no son consecuencia del explícito conocimiento de sucesos particulares y concretos; consisten más bien en una adaptación al medio que nos rodea, basada en el respeto a normas cuya observancia no cabe reflexivamente justificar. Y así, con respecto al hecho de que tales reglas hayan podido prevalecer porque el correspondiente grupo social haya alcanzado cotas de éxito superiores, es necesario aclarar que nadie precisa saber por qué las cosas sucedieron así, ni cuáles fueron las razones por las cuales dichas reglas llegaron a ser objeto de general aceptación. De hecho, el motivo de su adopción, y la razón por la que las mismas son capaces de potenciar al grupo, pueden ser dispares. Ello no obstante, cabe investigar qué función representa una norma particular dentro de un sistema dado, y enjuiciar en qué medida pueda haber representado la misma una aportación positiva para, finalmente, sobre la base de dicho conocimiento, intentar mejorarla. Ello sólo será posible, sin embargo, si, al propio tiempo, se respeta el sistema integrado por las restantes normas que conjuntamente determinan el orden social existente. Nunca será posible construir de manera igualmente racional el conjunto total de reglas en cuestión, al estarle vedado a nuestro conocimiento el contenido de cuantas experiencias intervinieron en su formación. El sistema completo de normas no puede, por lo tanto, ser reducido a la programada elaboración de un conjunto de conocidos proyectos. Se trata de un sistema de valores heredado y capaz de orientar el comportamiento del hombre en su entorno social.

En tal sentido, el bienestar general al que las normas contribuyen consiste en aquello que, como hemos visto, constituye el objeto del Derecho: ese orden abstracto, general y normativo que no aspira a resultados particulares y conocidos, sino que, por vía indirecta, propicia la materialización de una amplia variedad de proyectos individuales.

#### EL INTERÉS GENERAL Y LOS BIENES COLECTIVOS

Aunque un orden social espontáneo es la primera condición exigida por el bienestar general, así como para que se produzca

la adecuada generación de esas normas de justa conducta que son objeto de nuestro análisis, antes de proceder al examen de las relaciones entre las reglas de conducta individual y el bienestar general, convendrá dedicar alguna atención a un aspecto de este bienestar colectivo que debe ser cuidadosamente distinguido de aquel otro que ocupa fundamentalmente nuestra atención. Son muchos los servicios que los hombres apetecen pero que no están dispuestos a sufragar de manera aislada. Tales servicios, por lo tanto, sólo pueden ser proporcionados si los medios necesarios se obtienen por vía coactiva. Establecido el aparato coercitivo, y de manera especial cuando el mismo conlleva el monopolio de la coerción, es evidente que los hombres se inclinarán a dejar a su cuidado la administración de los medios dedicados a la obtención de tales «bienes colectivos», término utilizado por los economistas para designar ese tipo de servicios que sólo pueden ser prestados de manera conjunta a cuantos miembros componen determinado grupo.

Pero aunque la existencia de un aparato capaz de satisfacer las necesidades colectivas sin duda contribuye al interés general, ello no significa que redunde en bien de la colectividad el que sean satisfechas cuantas apetencias colectivas surjan. Coincidirán éstas con el interés general sólo en la medida en que su satisfacción conlleve una cierta reciprocidad, es decir, que su logro implique un beneficio superior a los correspondientes costos. Aunque la apetencia por un bien colectivo concreto afecte a todos aquellos que de él logran beneficiarse, raramente estará este interés diseminado por todo el cuerpo social, colectivo, del que, en definitiva, la ley depende. Tan sólo se alcanzará el nivel correspondiente al interés general en la medida en que se establezca equilibrio entre las ventajas mutuas individuales. Ahora bien, si se exige del gobierno la satisfacción de las metas propiciadas por un grupo particular, sin que la misma implique un provecho verdaderamente general, surge la posibilidad de que tales métodos sean igualmente adoptados por intereses de carácter sólo parcial. Afírmase a menudo, erróneamente, que todo interés colectivo coincide con el general. Lo cierto es, sin embargo, que existen multitud de ejemplos

INTERÉS COLECTIVO ≠ INTERÉS GENERAL

demostrativos de que la satisfacción de un interés colectivo puede ser opuesto al general.

La historia de las instituciones sociales revela un incansable esfuerzo por impedir que ciertos sectores particulares consiguieran poner la fuerza coactiva gubernamental al servicio de sus particulares intereses. Tal batalla persiste todavía, según revela la actual tendencia a definir como interés general cuanto una coalición de intereses considere oportuno. El que la prestación de servicios por el gobierno a grupos particulares haya alcanzado en la actualidad tanta preponderancia deriva del hecho de que así se lo exigen diversos colectivos de tipo político y burocrático, siendo el gobierno consciente de que sólo satisfaciendo tales demandas podrá lograr el apoyo popular. Lamentable en verdad resulta que ciertos servicios de indudable interés general obtengan tan escaso apoyo general porque nadie se siente directamente beneficiado por ellos, así como por ser tan pocos los ciudadanos capaces de advertir de qué manera llegará a afectarles el correspondiente proceso. Para el político elegido merced al apoyo de determinado grupo de presión, una dádiva directa y tangible suele resultar más provechosa que otro beneficio de más amplia difusión.

La provisión de bienes colectivos a grupos particulares es, muchas veces, diametralmente opuesta al interés general. La restricción de la producción, así como cualquier otro tipo de limitación de la misma, redundan, en general, en beneficio del grupo integrado por los miembros de un concreto sector profesional. El que el mismo alcance la aludida ventaja no implica que con ello se asegure el interés general.

Mientras que el orden espontáneo global que la ley procura es condición imprescindible al éxito de la mayor parte de los comportamientos privados, los servicios facilitados por el gobierno — aparte del de garantizar el respeto a las normas de recta conducta — deben tener desde luego mero carácter colateral o subsidiario en relación con la provisión de las necesidades básicas normalmente atendidas por el sector privado<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> En este sentido, el «principio de la subsidiariedad» suele ser ampliamente utilizado por la doctrina social de la Iglesia Católica.

PRINCIPIO DE LA SUBSIDIARIEDAD

Pero se trata, además, de servicios que, aunque quizá deban aumentar a medida que aumenta la densidad de la población o su nivel de bienestar, en todo momento deberán ser ofertados dentro del marco general en el que, con independencia de la actividad gubernamental, opera el sector privado, a cuya ordenación y limitaciones legales deberán quedar sometidas también las aludidas actividades.

Como administrador de la masa de recursos materiales que le han sido confiados, el gobierno debe estar desde luego sometido a la obligación de acatar las normas generales de justicia. No puede limitarse a impedir que los individuos asuman comportamientos injustos. En relación con los servicios demandados por los grupos privados, la justificación de que su financiación se realice por la vía impositiva se basa en el hecho de que sólo así resulta posible cargar los oportunos costes a los correspondientes beneficiados. Pues bien, de manera similar, la justicia exige que lo que cada grupo reciba por encima del acervo común sea también proporcional a su contribución. La mayoría, a este respecto, está igualmente sujeta a la obligación de actuar de manera justa. Si confiamos la gestión del referido tipo de actividades a un gobierno democrático o mayoritario, es porque entendemos que dicho tipo de poder propiciará en mayor medida el interés general. Pervertiríamos, sin embargo, el aludido ideal, si pretendiéramos identificar el interés general con la voluntad mayoritaria.

Más adelante, en la medida de lo posible, y sin abandonar el marco de este trabajo, en el cual, por razones de espacio, tendremos que omitir el examen de muchos de los problemas relativos a la Hacienda Pública, analizaremos las relaciones existentes entre los sectores que normalmente se denominan público y privado (volumen III). Por el momento, abordaremos sólo aquellos aspectos del bienestar general que las normas de justa conducta individual propician. Nuestro objetivo, convendrá recordarlo una vez más, no consiste en estudiar las reglas de la organización del gobierno, es decir, el Derecho Público, sino aquellas otras normas de conducta individual imprescindibles a la generación de un orden espontáneo.

## NORMAS E IGNORANCIA

Para poder proseguir ordenadamente nuestra investigación, parece conveniente recordar una vez más el hecho fundamental al que, al iniciar este ensayo, hemos hecho ya referencia: la imposibilidad de conocer cuantas realidades concretas afectan a un orden social complejo. A lo largo de la historia, resulta curioso observar la escasa atención prestada por los estudiosos a hechos tan fundamentales, pese a que sólo teniendo los en cuenta es posible captar el significado de las normas. Las reglas constituyen un artificio que nos permite suplir esa consustancial ignorancia. Una colectividad omnisciente, en la que todos el mundo actuase de manera consecuente, según la importancia relativa de los diferentes fines, no precisaría disponer de normas de comportamiento. Cualquier análisis que ignore tal hecho habrá escamoteado el problema fundamental.

La función que las normas de comportamiento desempeñan — constituir un medio que permita superar los problemas planteados por nuestra ignorancia de los hechos concretos que conjuntamente determinan la superestructura del orden social — queda mejor esclarecida al examinar la relación existente entre las dos expresiones que simultánea y regularmente hemos venido utilizando para describir las condiciones esenciales de la libertad. Describimos dichas condiciones como aquellas que engendran una situación en la cual los individuos disponen de la posibilidad de aplicar sus conocimientos al logro de sus propios fines<sup>7</sup>. El uso del concreto conocimiento diseminado entre millones de individuos sólo es posible si se les otorga la oportunidad de actuar sobre la base de los conocimientos poseídos, cualesquiera que éstos sean. Ahora bien, es preciso añadir que, para que ello suceda, se les ha de permitir también decidir en cuanto a los fines a cuya consecución deseen dedicar su personal experiencia.

<sup>7</sup> Debería haber explicado ya por qué razón prefiero la expresión «se le permite utilizar a cada cual sus particulares conocimientos en la consecución de sus fines» en lugar de la empleada por Adam Smith: «cada uno debe ser libre de perseguir su manera su propio interés» (*Wealth of Nations*, ed. E. Cannan, Londres, 1904 y más adelante).

En un mundo incierto, los individuos deben propiciar, en gran medida, además de los objetivos finales y últimos, los medios que, en su opinión, les permitan alcanzarlos. La selección de dichos fines inmediatos —medios tan sólo en cuanto al logro de las metas últimas, pero que, en cada momento, no dejan de condicionar el comportamiento humano— dependerá a su vez de un conjunto de circunstancias que sólo los actores conocen. En la mayor parte de las ocasiones éstos adoptarán medios que les permitan cubrir necesidades todavía desconocidas. En una sociedad avanzada, tales medios generales —el dinero, por ejemplo— permitirán satisfacer la mayor parte de las apetencias individuales. Para poder escoger acertadamente entre las conocidas oportunidades, el actor precisa disponer del simbolismo de los precios correspondientes a los bienes o servicios por él producidos. Porque, en base a tal información, podrá usar de su conocimiento de las circunstancias concurrentes para proceder a la selección de aquellas actividades o proyectos inmediatos que le ofrezcan mejores perspectivas. A través de la elección de los proyectos inmediatos —como queda dicho, simple conjunto de medios capaces de propiciar los fines últimos— el individuo pone sus conocimientos al servicio de las necesidades de sus conciudadanos. Gracias a la libertad de elección en cuanto a los fines personales se llega así a la óptima utilización del conocimiento disperso por toda la sociedad.

Esta utilización del fraccionado conocimiento deriva también del hecho de que sean dispares las oportunidades correspondientes a los distintos individuos, no sólo por ser diferentes las circunstancias particulares de sus respectivos entornos, sino también porque la mayor parte de las mismas sólo son por ellos conocidas. Propiciase así una pléyade de posibilidades en relación con el empleo y la aplicación de los conocimientos y en ello estriba la función del orden espontáneo consustancial al mercado. Por lo tanto, la idea de que el gobierno sea capaz de determinar —y menos aún de equiparar— las oportuni-

volumen II, pág. 43 y otras). Mi preferencia se basa en el hecho de que, para un lector moderno, la frase empleada por Adam Smith tiene una necesaria connotación egoísta que no resulta en modo alguno esencial a la idea formulada.

dades de los distintos ciudadanos contradice fundamentalmente la propia lógica de la sociedad libre.

El que, en un determinado momento, la situación de cada uno de los participantes en el entramado social sea resultado de un pretérito proceso de exploración a lo largo del cual cada ser humano trata de ir situándose (y sitúa indirectamente a sus descendientes), con variada fortuna, en distintos contextos del medio físico y social, y el que, consecuentemente, las oportunidades surgidas al amparo de una cierta evolución social puedan ser aprovechadas por cualquiera, son realidades que constituyen la base de la adecuada utilización del ampliamente difundido conocimiento empírico, sobre la que descansan la prosperidad y versatilidad de la Gran Sociedad. Tal realidad, sin embargo, conlleva las impredecibles e inevitables desigualdades que cada generación, a través de las correspondientes decisiones, va creando para las siguientes. El que los padres, al elegir su lugar de residencia o profesión, consideren los efectos que su decisión tendrá sobre las expectativas de sus hijos es factor que importa en lo relativo al uso de los recursos humanos. Pero, en la medida en que se le respete al hombre la libertad de tomar las aludidas decisiones, resultará obligado aceptar que tanto él como sus descendientes deberán hacer frente a los correspondientes riesgos. Si el gobierno llegara a garantizar que, con independencia del lugar de residencia y la ocupación elegida por el individuo, la generación siguiente dispondría siempre de idénticas oportunidades —es decir, de las mismas ventajas, con independencia de las decisiones en su día adoptadas por sus progenitores— quedaría eliminado del proceso un factor que influye decisivamente en las correspondientes opciones y que, en definitiva, redundaría en el interés general.

El hecho de que, por circunstancias que hoy pueden parecerse accidentales, sean desiguales las oportunidades correspondientes a los distintos miembros de una numerosa y extensa población está inevitablemente ligado a la naturaleza del proceso de descubrimiento que es tan trascendental al mercado. Si el gobierno llegase a nivelar las posibilidades de todos, el sistema perdería por completo su lógica fundamental. Para alcanzar el deseado resultado, el poder público no podría

limitarse a garantizar la igualdad en cuanto a las circunstancias sujetas a su control. Veríase obligado a controlar también cuantas circunstancias externas afectan al éxito personal. Y, a la inversa, la libertad de elección desaparecería si alguien fuese capaz de conocer y de determinar las oportunidades de los distintos individuos. Para lograr su igualación, sería necesario que, en cada caso, quedaran compensados los efectos de aquellas realidades que el gobierno no puede controlar. Y, al igual que acontece con determinados juegos practicados por el simple placer de jugar, y no por sus resultados, el gobierno tendría que discriminar entre los diferentes individuos al objeto de compensar las correspondientes personales ventajas o desventajas. Pero con ello desaparecería el incentivo que induce a las gentes a plegarse a la lógica del sistema y a aprovechar aquellas oportunidades favorables que él va situando en su camino y no en el ajeno.

Establecido que, en ausencia de un sistema de conocimiento de cuantas circunstancias concretas y significativas han de ser tenidas en cuenta, el orden social depende del uso del conocimiento acumulado en cada individuo, forzoso resulta concluir que el papel del gobierno en el proceso de referencia no puede consistir en el logro de concretos resultados en relación con determinados individuos o grupos, sino en el establecimiento de ciertas condiciones generales, cuyos personales efectos no cabrá predecir. Imponiendo el respeto a aquellas reglas abstractas que la experiencia sugiere como más adecuadas en cuanto a la formación del orden espontáneo, es como se logrará potenciar el comportamiento de gentes desconocidas cuyas conductas deberán también apuntar al logro de fines igualmente desconocidos.

#### SIGNIFICADO DE LAS REGLAS ABSTRACTAS COMO GUÍAS EN UN MUNDO EN EL QUE LA MAYOR PARTE DE LOS HECHOS PARTICULARES SON DESCONOCIDOS

Somos, por lo general, escasamente conscientes de hasta qué punto, en lo que se refiere a nuestras decisiones, nos deja-

mos llevar, no por el conocimiento de hechos concretos y particulares, sino por la apriorística apreciación de cuáles tipos de conducta son, en determinadas circunstancias, los más apropiados. Sucede ello así, no porque éstos garanticen el logro de resultados concretos y programados, sino porque delimitan lo que resulta lícito hacer sin subvertir un orden cuya existencia nos es imprescindible para proyectar nuestro comportamiento. Dedúcese de ello que, en el ámbito de la Gran Sociedad, necesariamente ha de gozar de carácter general y abstracto todo lo que sea verdaderamente social. Ahora bien, tal realidad, si bien limita el ámbito de nuestras decisiones, en modo alguno las determina de manera inequívoca. Hallámonos tan habituados a concebir lo familiar y bien conocido como algo concreto y tangible, que es necesario hacer un cierto esfuerzo mental para apreciar que lo que en común tenemos con nuestros conciudadanos no es tanto el conocimiento de idénticos hechos particulares como ciertos rasgos generales —y a menudo notablemente abstractos— que caracterizan a nuestro entorno.

Sólo en contadas ocasiones percibimos tal realidad; por ejemplo, cuando visitamos alguna zona desconocida de nuestra región natal. Pese a que, en el pasado, nunca hayamos establecido contacto con los habitantes del lugar, es indudable que nos resultará familiar su forma de hablar y su fisonomía, el estilo arquitectónico de sus viviendas, sus técnicas de cultivo y hasta sus más específicas normas de conducta y esquemas éticos y morales. Habitualmente no podremos definir qué es lo que todo ello tiene en común. Y una vez «intuitivamente» captado tal extremo, apenas si advertiremos que sólo se trata de un conjunto de circunstancias abstractas comunes a los objetos y acontecimientos observados. En cierto sentido, es evidente que todo aquello que de común puedan tener las opiniones y puntos de vista de quienes integran la Gran Sociedad, debe forzosamente ser de tipo general y abstracto. Solamente en una sociedad de reducido tamaño, en la que se conozcan entre sí quienes la integran, adquirirán relevancia los aspectos concretos y particulares. En una más amplia, sin embargo, la semejanza que el conocimiento establece entre sus miembros habrá de basarse en la coincidencia de ciertos rasgos abstractos

y tipos de comportamiento. En la Sociedad Abierta evolucionada, el elemento común será de tipo abstracto casi en su totalidad. No es la adhesión a cosas singulares, sino la sumisión a las normas abstractas que en la sociedad prevalecen, lo que sirve de guía al comportamiento de todos sus miembros y constituye el hecho diferencial que distingue al mundo civilizado. No cabe identificar lo que llamamos *tradición* o *carácter nacional de un pueblo* — ni incluso las características peculiares a su paisaje — con circunstancias de tipo particular, sino con reglas que gobiernan el comportamiento y apreciaciones de las gentes<sup>3</sup>. Incluso cuando tales tradiciones se expresan en símbolos concretos tales como un lugar histórico, una bandera nacional, un santuario notable o la individualidad de un monarca o líder, dichos símbolos aluden a ciertos conceptos generales equiparables a las normas abstractas determinantes de lo que en dicha sociedad cabe o no cabe hacer.

Lo que permite la integración de los seres humanos en una misma civilización y posibilita el que puedan convivir y colaborar pacíficamente es que, en la persecución de sus metas individuales, los impulsos disgregantes orientados a la consecución de resultados concretos estén limitados y condicionados por un conjunto de reglas abstractas de tipo general. Si determinadas reacciones emotivas influyen su comportamiento, las normas convencionales les advierten de qué forma es posible y legítimo actuar. El acto y la voluntaria decisión son siempre eventos particulares y concretos; las reglas generales que los condicionan gozan de carácter social, general y abstracto, y aunque individualmente los hombres apunten a similares objetivos, éstos en general difieren en cuanto a los detalles concretos. Lo que a los individuos concilia, lo que les permite integrarse en un modelo social común es el hecho de que, ante situaciones diferentes y concretas, ajusten su comportamiento a unas mismas normas abstractas.

⊕ <sup>3</sup> Cfr. Mis ensayos sobre «Rules, Perception and Intelligibility» en *Proceedings of the British Academy*, XLVIII, 1962 (Londres, 1963), reeditado en *Studies in Philosophy, Politics and Economics* (Londres y Chicago, 1967) y «The Primacy of the Abstract», en A. Koestler y J. R. Smithies (eds.), *Beyond Reductionism* (Londres, 1969).

#### VOLUNTAD Y OPINIÓN, FINES Y VALORES, MANDATOS, NORMAS Y OTRAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Como para evitar la confrontación es necesario establecer entre los seres humanos un cierto consenso general, será necesario que tal acuerdo haga cada vez menor referencia a los fines particulares a medida que la sociedad aumenta en complejidad. El pacto será más viable en la medida en que los acuerdos versen sobre determinados aspectos abstractos del entorno colectivo. Deriva ello del hecho de que, a medida que aumenta en complejidad el grupo, por lo que respecta a los intereses privados va disminuyendo el número de datos concretos que todos pueden conocer. Quienes residen en una gran urbe y son asiduos lectores de los rotativos de mayor tirada frecuentemente son víctimas de la ilusión de considerar que la mayor parte de sus conciudadanos son conscientes de los acontecimientos mundiales sobre los que ellos están normalmente informados. La verdad, sin embargo, es que para la mayor parte de la población mundial, e incluso para la mayor parte de los habitantes de un concreto país, son más bien escasos los elementos comunes que todos conocen. Y lo que es cierto en relación con el conocimiento de hechos concretos lo es igualmente con respecto a las motivaciones particulares que inspiran la actividad e iniciativa individual.

Aunque, por las razones expuestas, es escaso el acuerdo que sobre actos particulares y concretos puede producirse entre hombres de una misma cultura, tradición u opinión, sí cabe establecer consenso, no en lo que concierne a eventos particulares y concretos, sino en lo que se refiere a determinados rasgos abstractos de la colaboración social que en ciertos lugares y períodos históricos prevalezcan. Es necesario admitir, no obstante, que resulta muy difícil analizar rigurosamente tal realidad, dada la imprecisión terminológica existente.

En cuanto al empleo de ciertos términos fundamentales, el lenguaje ordinario es, en efecto, tan impreciso que parece necesario establecer ciertas convenciones previas. Aunque, en mi opinión, el sentido en el que voy a utilizar los aludidos términos coincide estrictamente con sus más fundamentales signifi-

cados, es indudable que, al no haber sido siempre empleados de manera tan restringida, se ha producido una gama de confusas connotaciones, algunas de las cuales conviene eliminar. Abordaremos por parejas los principales vocablos que a este respecto ofrecen mayor trascendencia. El primer término de cada pareja se refiere a eventos únicos y particulares, mientras el segundo describe rasgos más bien generales y abstractos.

El primer par de vocablos a destacar, y acaso el que encierra mayor importancia, por lo menos el que por su poco riguroso empleo ha producido mayores confusiones en el ámbito de la ciencia política, es el de *voluntad* y *opinión*<sup>9</sup>. Denominaremos *voluntad* al impulso que nos induce hacia lo particular y concreto y que, junto con las circunstancias correspondientes al momento en cuestión, determina un acto particular.

<sup>9</sup> Al parecer, el obligado empleo del término «voluntad», en lugar de «opinión», surge con el pensamiento cartesiano y sólo se populariza a través de Rousseau. Los antiguos griegos no podían incurrir en la apuntada confusión, porque la palabra que en su idioma correspondía a voluntario (*boulomai*) hacía referencia al logro de un objeto particular y concreto (Cfr. M. POHLENZ, *Der Hellenische Mensch*, Göttingen, 1946, pág. 210). Cuando Aristóteles (*Política*, 1287) afirma que no es la voluntad sino la razón el principio que debe ser rector, claramente indica que deben ser las reglas abstractas y no los fines particulares los que condicionen los actos coercitivos. La distinción surge ya en la antigua Roma entre *voluntas* y *habitus animi*, siendo este último vocablo el que corresponde a la expresión aristotélica *héxis psyches*. (Cfr. especialmente el contraste entre la definición ciceroniana de justicia: «iustitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem», en *De inventione*, 2,53, 161, y la más conocida definición de Ulpiano: «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi», en *Dig.* 1,1.) A lo largo de la Edad Media y principios de la moderna, *ratio* y *voluntas* son permanentemente contrastadas, caracterizándose finalmente la arbitrariedad mediante la simple fórmula «stat pro ratione voluntas». No cabe duda que C. H. McILWAIN en *Constitutionalism and the Modern State* (ed. rev. Ithaca, Nueva York, 1947, pág. 145) acierta al decir en términos clásicos que «incluso en un estado popular como el que esperamos, la oposición entre la ley y la voluntad seguirá siendo el más importante de todos los problemas políticos». Resulta interesante advertir cómo G. W. F. HEGEL (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, párrafo 258, en la ed. de Leipzig, 1911, página 196) atribuye a Rousseau el establecimiento de la *voluntad* como el principio del Estado.

Llamaremos, por el contrario, *opinión* a una toma de posición en cuanto a la deseabilidad de ciertos comportamientos o familias de actos conducentes a la aprobación o desaprobación de los comportamientos individuales. Tales opiniones, que se refieren sólo a la forma de hacer las cosas, no bastan para determinar por sí mismas los actos concretos, para lo que deberán contar con la colaboración de los correspondientes fines. Un acto decisivo determina en cada momento el comportamiento; una opinión permite tan sólo poner de relieve cuáles son las reglas a observar en específica ocasión. La distinción queda más nítidamente establecida si se alude, por un lado, al impulso que motiva la acción y, por otro, a una mera disposición que nos anima a comportarnos de una determinada manera. Tras pretender un resultado concreto y una vez alcanzado el mismo, la voluntad cesa. Una opinión, por el contrario, por reflejar una disposición duradera<sup>10</sup>, da lugar a muchos específicos actos decisivos. Mientras que la voluntad apunta siempre al logro de alguna meta, habrá motivos para sospechar de la autenticidad de una opinión que persiga algún objetivo previamente establecido.

De manera similar, será necesario distinguir entre *líneas* susceptibles de provocar concretos actos y *valores*, término que engloba conjuntos o clases genéricas de eventos identificables por ciertos atributos generalmente considerados deseables. Por «deseables» pretendemos expresar algo más que el hecho de que una acción concreta sea apetecida por alguien en una ocasión particular. Nos referimos a la perdurable actitud adoptada por una o más personas ante un tipo de acontecimiento. Afirmaremos, en consecuencia, que la ley o las normas de justicia

<sup>10</sup> J. BENTHAM, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Londres, 1789, cap. XI, sect I, pág. 131, de la ed. de Oxford, 1889): «la disposición es una especie de entidad ficticia, ligada a la conveniencia del discurso, que pretende expresar lo que se supone permanente en determinado esquema mental derivado de que en esta o aquella ocasión se haya visto influido, por tal o cual motivo, a abandonar un acto que, a su modo de ver, conlleva tal o cual tendencia.» Es evidente que Bentham concibe tal disposición como el resultado de procesos conscientes de la mente que, de manera recurrente, determinan que se actúe de determinada manera.

conducta no apuntan a la consecución de fines (concretos y particulares), sino al logro de valores (abstractos y genéricos) que propician la preservación de un cierto tipo de orden social.

Existe un estricto paralelismo entre el diferente significado de los miembros de cada uno de estos pares de vocablos y la distinción establecida anteriormente entre *mandatos y normas*.

Apuntan los primeros normalmente al logro de resultados concretos o previstos y, junto con las circunstancias conocidas por quien construye el sujeto activo o pasivo del mandato, determinan un específico acto. Una regla o norma, por el contrario, se refiere a un desconocido conjunto de futuras instancias y a los actos de un indeterminado número de personas. Limitase a establecer los atributos que una concreta acción deberá reunir.

Conviene señalar, finalmente, que la observancia de normas y la adhesión a valores comunes, según ha quedado ya establecido, puede asegurar la implantación de un tipo de comportamiento en el que concurren determinados atributos abstractos; ello no podrá determinar, sin embargo, la forma particular del mismo ni tampoco cualquier otro resultado o acontecimiento concreto.

Antes de concluir el examen de estas cuestiones terminológicas, convendrá mencionar brevemente algunos otros conceptos que normalmente se utilizan en relación con los problemas que estamos examinando. El término *pluralista*, por ejemplo, ampliamente empleado en relación con la sociedad libre, alude a que tal tipo de colectividad se basa en la posibilidad de que concurren en ella una multiplicidad de fines individuales no sometidos a específica jerarquía de valores, que condicione el comportamiento de quienes la integran.

La multiplicidad de fines independientes implica, asimismo, una pluralidad de centros de decisión, siendo posible clasificar a las sociedades en *nomocéntricas y policéntricas*<sup>11</sup>. Tal distinción es parecida a la que antes hemos establecido entre organización (*taxi*) y orden espontáneo (*cosmos*), si bien se

<sup>11</sup> MICHEL POLANYI, *The Logic of Liberty* (Londres, 1951).

refiere sólo a un aspecto particular de las diferencias que entre los citados tipos de orden existen.

Entiendo, finalmente, que el profesor Michael Oakeshott ha utilizado en su cátedra los términos *teleocrático* (y *teleocracia*), por un lado, y *nomocrático* (y *nomocracia*), por otro, para establecer esa misma distinción. Un orden teleocrático que impone una determinada jerarquía de fines es necesariamente una organización, o sea, un orden edificado. Una sociedad nomocrática dará lugar, por el contrario, a un orden espontáneo. Por nuestra parte, utilizaremos ocasionalmente los citados términos para expresar el diferente carácter del orden propiciador de fines concretos, que recurre primordialmente al empleo de la organización, de aquel otro que se basa en normas generadoras de un orden espontáneo.

#### AL PROPICIAR EL LOGRO DE FINES PARTICULARES DESCONOCIDOS, LAS NORMAS ABSTRACTAS SE CONVIERTEN EN VALORES ÚLTIMOS

Aunque no existe acuerdo sobre la importancia relativa de los fines perseguidos por cada una de las partes, en la medida en que exista consenso en cuanto a cuál sea la norma que en el correspondiente caso proceda aplicar, las reglas de recto comportamiento contribuyen a solucionar las particulares diferencias de criterio. Cuando, por haber sido invariablemente observada en el pasado en casos semejantes, en el curso de una querrela se invoca una norma, lo único que el contraopinante puede hacer es ampararse en otra también reputada válida y aplicable al caso en cuestión, siempre y cuando la misma sea susceptible de alterar las conclusiones derivadas de la aplicación de aquella. Sólo si se puede descubrir dicha norma alternativa, o si se lograra demostrar que el contraopinante no aceptaría la validez de la primera en cuantos casos pudiera ser ésta aplicada, resultará posible evidenciar la improcedencia de una decisión en ella basada. Nuestra concepción de justicia general descansa en la estimación de que en cuestiones concretas es posible conciliar distintos puntos de vista individuales mediante la

*Justicia*  
aplicación de normas que, una vez estipuladas, gocen de general aceptación. Si no fuera porque, en un gran número de ocasiones, somos capaces de ponernos de acuerdo en lo que respecta a ciertos principios generales —aun cuando disentanmos acerca de los méritos o deméritos de un caso particular— el genuino concepto de justicia carecería de significado.

Las normas a aplicar definen los rasgos más destacados que caracterizan la justicia o injusticia de un acto. Todos los demás elementos de un suceso que no quepa englobar en la norma deberán ser ignorados. En este aspecto, lo más importante no es que la norma haya sido establecida con anterioridad, sino que, una vez articulada, consiga general aceptación. La formulación de lo que hasta tal momento haya inspirado el sentido de justicia y que, una vez legalmente establecido, es considerado expresión de algo que los hombres han venido desde hace largo tiempo aceptando, es logro tan trascendental como cualquier otro descubrimiento científico, aunque, al igual que este último, en la mayoría de los casos se tratará de una más adecuada aproximación al objetivo que se pretendía conseguir.

A los efectos ahora contemplados, escasa trascendencia tiene la cuestión relativa a si las normas generales llegaron a dominar la opinión pública porque se vislumbraran las ventajas que su observancia era capaz de generar o porque los grupos humanos que decidieron aceptarlas llegaron a prevalecer —dada su mayor eficacia— sobre otros que adoptaron normas menos apropiadas. Lo importante es percatarse de que las normas sólo producirán sus beneficiosos efectos si son aplicadas en la totalidad de los casos pertinentes, con independencia de si en cada caso concreto resultan o no eficaces. Como afirmara ya David Hume en su clásico parlamento sobre las normas de justicia<sup>12</sup>: «Un acto aislado de justicia con frecuencia contradice el *interés público*; y si se produjese aisladamente, sin el acompañamiento de otros, podría resultar muy perju-

<sup>12</sup> D. HUME, *A Treatise on Human Nature, Works* (Londres, 1980), volumen II, pág. 269. El largo párrafo del que se han tomado estas citas merece una cuidada lectura.

*Justicia Fiu*  
 dicial... cada acto aislado de justicia no es, considerado aisladamente, más propiciador del interés privado que del público y aunque algunos, aisladamente, pueden ser contrarios tanto al primero como al segundo, es lo cierto que el conjunto de los mismos contribuye fundamentalmente al mantenimiento del orden social, siendo también condición imprescindible al bienestar individual.»

La solución de esta aparente paradoja está, desde luego, en advertir que el afianzamiento de esas reglas abstractas no pretende otra cosa que salvaguardar un orden de carácter también abstracto, cuyas concretas manifestaciones son en gran medida imprevisibles; y que tal orden sólo será viable si existe una general expectativa de que las normas en cuestión van a ser respetadas en todos los casos, con independencia de las particulares consecuencias que se deriven de su aplicación. Significa todo ello que, pese a que, en último extremo, las aludidas normas apuntan a fines particulares, casi siempre desconocidos, solamente lograrán el pretendido objetivo si son empleadas no como medios, sino como valores generales distinguibles de todo lo que es particular. Tal es el significado de la afirmación «el fin no justifica los medios», así como el de otras máximas similares tales como *fiat justitia et pereat mundus* (hágase la justicia aunque perezca el mundo). Sólo si, con independencia de sus efectos inmediatos, las normas son aplicadas universalmente, cabrá preservar de manera permanente el orden social abstracto, meta intemporal que en todo momento coadyuva a que los individuos puedan propiciar sus todavía desconocidas metas. Constituidas en valores generales, tales normas permiten el mantenimiento de un orden cuya existencia a menudo incluso desconocen quienes las instauran. Aunque en ocasiones pueda no gustarnos que de la aplicación de las normas a un caso concreto surjan efectos imprevistos, es evidente que ni siquiera cabe prever todas las consecuencias inmediatas y aún menos los efectos remotos que se producirían si desapareciese la expectativa de que la norma va a ser aplicada a todos los casos futuros. Las reglas de justa conducta no implican la directa salvaguarda de los intereses particulares. Exigen que su propiciación quede sometida a la norma. Todo

lo dicho es tan aplicable al gobierno, en su función de administrador de medios destinados a la satisfacción de apetencias individuales, como a las personas privadas. Y es ésta la razón por la cual el gobierno, cuando se ve obligado a contemplar lo particular y temporal, deberá conformar su comportamiento a la ley permanente y general; sobre tal realidad descansa también la justificación de que aquellos que tienen por obligación primordial la formulación de las reglas de justa conducta no deben estar también involucrados en la plasmación de los objetivos temporales y concretos del gobierno.

### LA FALACIA CONSTRUCTIVISTA DEL UTILITARISMO

Denomínase generalmente «utilitarismo» a la interpretación constructivista de las normas de comportamiento. En un sentido más amplio, empléase también el aludido término para designar cualquier análisis crítico del papel que las normas e instituciones desempeñan en la realidad social. Todo aquel que no considere incuestionables los valores existentes y trate en todo momento de justificar los mismos, deberá ser considerado, en este sentido, utilitarista. Según tal planteamiento, tanto Aristóteles como Tomás de Aquino<sup>13</sup> y David Hume<sup>14</sup> deben

<sup>13</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, Ia IIae, q. 95., art. 3: «Finis autem humanae legis est utilitas hominum.»

Es erróneo considerar utilitaristas a todos aquellos autores que aceptan la existencia de ciertas instituciones en razón a su utilidad, ya que escritores como Aristóteles, Cicerón, Tomás de Aquino o Mandeville, Adam Smith o Ferguson, cuando hablan de utilidad, conciben la misma como favorecedora de una especie de selección natural de las instituciones, no determinada conscientemente por los hombres. Cuando en el pasaje citado en la nota 9 Cicerón habla de la justicia como «habitus animi, communi utilitate conservata» no alude a un utilitarismo de tipo constructivista, sino a una especie de utilitarismo evolucionista. Sobre las derivaciones de una y otra tradición en el mundo moderno, desde Bernard Mandeville, cfr. mi conferencia: «Dr. Bernard Mandeville», *Proceedings of the British Academy*, vol. 52, págs. 134 y siguientes.

<sup>14</sup> Con respecto al uso del concepto de utilidad por David Hume, cfr. especialmente su análisis de la estabilidad de la propiedad en su *Treati-*

ser considerados utilitaristas. Utilitarista será también la presente discusión. No cabe duda de que la inclinación que gentes sensatas experimentan hacia el utilitarismo es en gran parte debida a que, interpretado de la expresada manera, abarca toda discusión racional de la pertinencia de las normas existentes.

Desde finales del siglo XVIII, sin embargo, moralistas y juristas han utilizado el término «utilitarismo» en un sentido más estricto, que coincide con el que en este ensayo le daremos. Tal significado es, en parte, resultado de la gradual evolución semántica experimentada por el término utilidad. Originalmente, «utilidad» expresaba —y sigue todavía expresando— la atribución a algo de una determinada categoría instrumental, es decir, de una capacidad de ser utilizada para diversas potenciales aplicaciones. Las cosas eran útiles si permitían favorablemente resolver diversas posibles contingencias; y su grado de utilidad dependía tanto del número de casos de posible aplicación como de la importancia de las necesidades que podían ser satisfechas.

Más recientemente, el término utilidad, que, como acabamos de ver, denotaba cualidad instrumental, comenzó a ser empleada para describir una característica supuestamente común a los correspondientes fines. Puesto que los medios, en cierto modo, son medida de la trascendencia de los fines, la utilidad vino a significar el mencionado atributo común de los fines: la satisfacción que su logro era capaz de producir. A pesar de

*se*, vol. II, págs. 273 y sigs., donde argumenta que «estas reglas no derivan de utilidad o ventaja alguna que personas particulares o el público pueden obtener del disfrute de cualquier bien particular...»

«Síguese de ello que las normas generales del tipo la propiedad debe ser estable, no son consecuencia de ningún particular juicio, sino resultado de otras normas generales que deben abarcar a toda la sociedad y que no deben doblegarse ante el menosprecio o el favor.» Ignoro si J. Bentham dijo explícitamente, como sugiere C. W. EVERETT, *The Education of Jeremy Bentham*, Londres, 1931), que la idea de Hume sobre la utilidad «era muy vaga y solamente se empleaba en el sentido de propiciación de un fin sin especial intención acerca de que la felicidad tuviera especial conexión con ella». Si así fue, cabe afirmar que disponía de una correcta interpretación del vocablo.

que en anteriores épocas pocos dudaron de que la mayor parte de nuestros esfuerzos suelen estar encaminados a hacer acopio de medios capaces de propiciar imprevistos proyectos personales, la pretensión de referir la utilidad de los medios a la de algún fin último conocido indujo a los racionalistas a atribuir a éstos una propiedad mensurable y común, que indistintamente recibió la denominación de *placer* o *utilidad*.

Conviene hacer, a los efectos examinados, una necesaria distinción entre la utilidad de algo en cuanto al logro de determinados fines concretos conocidos y su utilidad en relación a diversos tipos de necesidades que con alguna probabilidad puedan presentarse en determinados contextos o en diversas potenciales situaciones. Solamente en el primer caso cabrá derivar la utilidad de un objeto o de un hábito de la importancia de sus futuras posibles aplicaciones y sólo en tal supuesto reflejará el medio la importancia de los correspondientes fines individuales. En la segunda de las hipótesis sugeridas, sin embargo, será necesario juzgar la utilidad como una propiedad instrumental que, independiente de fines particulares y conocidos y sobre la base de pretéritas experiencias, sea capaz de proporcionar respuesta adecuada a una serie de situaciones que con determinada probabilidad puedan presentarse.

El utilitarismo estricto de Jeremy Bentham y sus seguidores<sup>15</sup> refiere la tarea de juzgar lo adecuado de una determinada

<sup>15</sup> El mismo Bentham era plenamente consciente de su herencia intelectual, así como del contraste existente entre su análisis constructivista y la tradición evolucionista propia de la «common law»; cfr. su carta a Voltaire fechada alrededor de 1776 y citada por C. W. EVERETT, *The Education of Jeremy Bentham* (Columbia, 1931), págs. 110 y sigs., en la que decía: «He tomado consejo de usted con mucha mayor frecuencia que de mis compatriotas Coke, Hale y Blackstone... He construido únicamente sobre el fundamento de la utilidad, tal como fue establecido por Helvetius. Beccaria ha sido *lucerna pedibus* o, si usted me lo permite, *manibus meis*.» Se puede encontrar mucha información sobre la influencia de los racionalistas continentales, especialmente de Beccaria y Mautepertius, en D. BAUMGARDT, *Bentham and the Ethics of Today* (Princeton, 1952), particularmente en las págs. 85, 221-226 y, de manera especial, en el revelador pasaje de un manuscrito de Bentham de alrededor de 1782 citado en la pág. 557: «La idea de que la felicidad es

conducta al saldo explícito entre satisfacción e insatisfacción. El error de tal planteamiento resultó durante largo tiempo enmascarado por el hecho de que los utilitaristas recurrieran indistintamente a dos asertos cuya incompatibilidad sólo en época muy reciente ha sido posible identificar<sup>16</sup>. Ninguno de ellos proporciona convincente justificación de la necesidad de someterse a las normas morales y legales. El primero de los citados asertos —entre los que bascula incesantemente el utilitarista— no logra justificar la existencia de la norma, por lo

reducible a un número de satisfacciones (individuales) la tomó de Helvetius; dudosamente cabe afirmar que la misma tuviese sentido con anterioridad a dicho autor. (Trataré de cuestión diametralmente opuesta a la tesis establecida en la Disputa Tusculana de Cicerón; obra que, al igual que la mayor parte de los escritos filosóficos de este gran maestro del idioma, no es sino un cúmulo de absurdos.) La idea de estimar el valor de cada sensación reduciéndola a esos cuatro ingredientes la tomó de Beccaria.»

<sup>16</sup> Algunos de los más destacados de los aludidos trabajos (de J. O. UEMSON, J. HARRISON, JOHN RAWLS, J. J. C. SMART, H. J. McCLSKY, R. B. BRANDT, A. DONAGAN, B. J. DIGGS, y T. L. S. SPRIGGE) han sido convenientemente recopilados en un volumen editado por M. D. Bayles, *Contemporary Utilitarianism* (Garden City, Nueva York, 1968). Habría que añadir a ellos los dos artículos de J. D. MABBOTT, «Interpretation of Mill's 'Utilitarianism'», *Philosophical Quarterly*, vol. VI, 1956, y 'Moral Rules', *Proceedings of the British Academy*, vol. XXXIX, 1953, y las obras de R. M. HARE, *Freedom and Reason* (Oxford, 1963), J. HOSPERS, *Human Conduct* (Nueva York, 1961), M. G. SINGER, *Generalisation in Ethics* (Londres, 1963) y S. E. TOULMIN, *An Examination of the Place of Reason in Ethics* (Cambridge, 1950). Dos obras más recientes, de gran importancia, son capaces de terminar por el momento con el debate de referencia: *Forms and Limits of Utilitarianism* (Oxford, 1965), de DAVID LYONS, y *Consequences of Utilitarianism* (Oxford, 1967), de D. H. HODGSON. Para una más extensa bibliografía, véase N. RESCHER, *Distributive Justice* (Nueva York, 1966). Desde que el presente capítulo fue redactado, la tesis fundamental ha sido discutida por J. J. C. SMART y BERNARD WILLIAMS, en *Utilitarianism: For and Against* (Cambridge, 1973). Lo que en el texto se denomina utilitarismo «particularista», que en la actualidad más bien suele denominarse «utilitarismo del acto», también ha sido calificado de «crudo», «extremo» y «directo», mientras que el que llamamos «genérico» suele más bien ser denominado «de la norma» y también «modificado», «restringido» e «indirecto».

que tampoco permite abordar las cuestiones relativas a la moral y a la ley. El segundo se ve en la necesidad de postular la existencia del sistema normativo, con lo que debe desistir de la justificación de todo el sistema moral por consideraciones de tipo utilitario.

La concepción benthamiana, según la cual mediante el cálculo de la correspondiente satisfacción o insatisfacción deberá establecerse la máxima cota de felicidad para el mayor número de personas, presupone que los efectos específicos correspondientes a cada uno de los actos puedan llegar a ser conocidos por el actor. Llevado a sus últimas consecuencias lógicas, el utilitarismo desemboca en un enfoque particularista o relativo a la acción concreta que considera que, con independencia de cualquier exigencia normativa, la procedencia de cualquier acto individual debe depender tan sólo de la utilidad de sus conocidos efectos. Ciertamente es que Bentham trató de evitar que sus planteamientos pudieran ser objeto de la aludida interpretación mediante afirmaciones tales como la de que «todo acto (entendiendo en este caso por tal una clase genérica de comportamientos) deberá tender a lograr en general un máximo de placer». Pero por lo menos algunos de sus epígonos no dejaron de advertir que el argumento, en buena lógica, exigía que cada acto individual fuera decidido a la luz de un conocimiento pleno de sus concretas consecuencias. Henry Sidgwick proclamaba, por ejemplo, que «en cada caso hay que comparar todas las satisfacciones e insatisfacciones que quepa prever puedan derivarse de las alternativas conductas, y adoptar aquella que en mayor medida se nos antoje capaz de asegurar la mayor felicidad posible del conjunto»<sup>17</sup>. Y, en la misma línea de pensamiento, decía también G. E. Moore: «Entre todos los posibles comportamientos deberá elegirse aquel cuyas consecuencias totales aporten un mayor valor intrínseco»<sup>18</sup>.

La genérica interpretación alternativa denominada «utilita-

<sup>17</sup> HENRY SIDGWICK, *The Methods of Ethics* (Londres, 1874), página 425.

<sup>18</sup> G. E. MOORE, *Ethics* (Londres, 1912), pág. 232; cfr. también sus *Principia Ethica* (Cambridge, 1903), pág. 162.

rismo de la norma» fue claramente formulada por William Paley al afirmar que determinado tipo de actuación, para ser moralmente legítimo, «deberá resultar generalmente conveniente, así como en lo relativo a todos sus efectos, sean éstos mediatos o inmediatos, colaterales o remotos, por ser evidente que en el cómputo de las consecuencias, poco importa cómo y dónde aparezcan las mismas»<sup>19</sup>.

La generalizada discusión establecida modernamente en torno a los respectivos méritos del utilitarismo de tipo concreto (referido al acto) y genérico (referido a la norma) ha permitido esclarecer que sólo el primero de ellos goza de consistencia lógica, al basar la aprobación o desaprobación del comportamiento sólo en la utilidad de los previstos efectos. Sin embargo, ello exige admitir la existencia de un omnisciente conocimiento de los acontecimientos, circunstancia que nunca se da en la vida real y que, si se diera, convertiría en superflua la existencia de esos conjuntos de normas que denominamos morales. Ningún sistema utilitarista de tipo genérico o «relativo a la norma», por otra parte, lograría determinar de manera unívoca todas las normas del sistema en función de las conocidas utilidades de todos, puesto que los efectos de cualquier regla dependerán no sólo de que la misma sea regularmente observada, sino también de que tanto el actor como el resto de los sujetos acaten otro conjunto de normas. Para juzgar la utilidad de cualquier norma es necesario presuponer la existencia y efectividad de otras que carecen de utilidad conocida, con lo que la utilidad de cualquier norma quedaría siempre supeditada a otras que no pueden ser justificadas en función

<sup>19</sup> W. PALEY, *The Principles of Moral and Political Philosophy* (1785; Londres, ed. de 1824), pág. 47. Cfr. también JOHN AUSTIN, *The Province of Jurisprudence* (1832, ed. H. L. A. Hart, Londres, 1954), lecture II, pág. 38: «Ahora bien, la tendencia de un acto humano (tal como la entendemos) es la totalidad de la misma, es decir, la suma de sus probables consecuencias en la medida en que sean importantes y en que lleguen a materializarse todas sus consecuencias colaterales y remotas, y no sólo en cuanto a las directas, en la medida en que cualquiera de ellas puede influir en la felicidad general... Es necesario contemplar la clase de actos a la que pertenecen. No se trata de analizar las probables consecuencias específicas de determinado acto.»

de su propia utilidad. Llevado a sus últimas consecuencias lógicas, el utilitarismo de la norma no puede proporcionar nunca adecuada justificación de todo el conjunto de normas morales; y para ser teóricamente satisfactorio, tendría que hacer referencia a factores distintos de la utilidad.

El error fundamental del análisis utilitarista radica precisamente en que intenta justificar el sistema normativo eliminando del análisis el factor que precisamente exige su existencia: nuestra insuperable ignorancia de la realidad. Sorprendente me ha resultado siempre observar cómo hombres inteligentes y responsables —como lo fueron sin duda los utilitaristas— fueron capaces de propugnar una teoría que exigía el pleno conocimiento de los efectos de nuestro comportamiento, cuando la existencia misma del fenómeno que intentaban explicar —un sistema de normas de conducta— era la condición precisamente requerida por la circunstancia de no poder disponer del aludido conocimiento. Nunca llegaron a captar, al parecer, la función de tales normas en orden a la adaptación del hombre a dicha inevitable ignorancia de la mayor parte de las circunstancias concretas de las que dependen los efectos de nuestros actos. Fueron incapaces sin duda de advertir la lógica general de la acción regulada normativamente <sup>20</sup>.

La humanidad ha desarrollado normas de comportamiento no porque sean conocidas todas las consecuencias de un acto particular, sino precisamente porque no lo son. El rasgo más fundamental de la moral y del derecho es, precisamente, el abarcar un conjunto de preceptos que han de ser obedecidos con independencia de los concretos resultados que el comportamiento produzca. A los efectos contemplados, carece de trascendencia lucubrar acerca de cuál sería el comportamiento de un grupo de seres humanos capaces de prever todas las consecuencias de sus actos. No habría, en tal supuesto, necesidad alguna de recurrir a las normas; un utilitarismo estricto, en su variante actualista, implica sin duda el repudio de toda norma.

<sup>20</sup> El trabajo que en mayor medida llega a tomar seriamente en consideración la existencia de la ignorancia es el artículo de J. J. C. SMART, «Utilitarianism», en *Encyclopaedia of Philosophy*, vol. VIII, pág. 210.

Al igual que sucede con las herramientas de aplicación general, las normas derivan su utilidad del hecho de haber facilitado la genérica solución de problemas que con frecuencia pueden presentarse, permitiendo a los miembros de aquellas sociedades en las que las mismas han prevalecido alcanzar de manera más eficaz sus objetivos. Tanto la navaja como el martillo no fueron diseñados con vistas a una particular utilización. Surgieron porque, dada su especial forma, demostraron ser útiles ante una gran variedad de situaciones. Hay que insistir en que tales instrumentos no fueron diseñados para remediar previstas y concretas necesidades, sino que a través de un proceso de tipo evolutivo, fueron objeto de paulatina selección. El conocimiento sobre el que se basaron no se refiere al logro de resultados futuros, sino a la recurrencia de ciertas situaciones que es posible resolver a través de determinadas fórmulas intermedias susceptibles de facilitar una amplia variedad de fines. Se refiere el aludido conocimiento, no a la consideración de un conjunto de situaciones que se deba estar capacitado para resolver, ni tampoco a la importancia o categoría de los correspondientes problemas o a la probabilidad de que se produzcan, sino a la propensión a reaccionar de determinada manera ante cierto tipo de situaciones.

La mayor parte de las normas de conducta, por lo tanto, no son fruto de un proceso reflexivo derivado del conocimiento de la realidad, sino la única adaptación a que el hombre es capaz de recurrir; una especie de inconsciente «conocimiento» que, aunque ajeno a nuestra función cognoscitiva, se traduce en normas capaces de condicionar nuestro comportamiento. Ni los grupos humanos que inicialmente decidieron establecer tales prácticas, ni quienes posteriormente les imitaron, precisaron nunca saber por qué tal tipo de conducta era la más conveniente a la supervivencia del colectivo.

Preciso resulta insistir en que la importancia que atribuimos al respeto a determinadas normas no es sólo reflejo de la de los correspondientes fines. La trascendencia de una norma deriva más bien de la combinación de dos factores heterogéneos que difícilmente cabe, por separado, valorar: la importancia de los efectos y la frecuencia con que pueden producirse.

Al igual que en la evolución biológica puede suceder que, en orden a preservar la especie, no tenga tanta importancia evitar ciertos efectos letales, pero de escasa ocurrencia, como prevenir otros que aunque produzcan menos daño se dan con mayor frecuencia, así también las normas de conducta establecidas a través del proceso social evolutivo pueden orientarse a evitar perturbaciones menores, pero no infrecuentes, con preferencia a prevenir otras que, aunque de mayor gravedad, sólo en contadas ocasiones aparecen.

La única «utilidad» a la que cabe referir las normas de justicia, por lo tanto, no es de índole personal, sino más bien una «utilidad» que atañe al conjunto social. El utilitarista consecuente se ve arrastrado, por tal razón, a interpretar antropomórficamente los resultados de la evolución, identificándolos con las consecuencias de un plan, y a atribuir la paternidad de tales reglas al ente social. Pese a que rara vez se afirme de manera tan terminante como lo ha hecho recientemente determinado autor, al asegurar que la sociedad es «una especie de gran persona individual»<sup>21</sup>, todas las concepciones de tipo constructivista, de las que el utilitarismo constituye un caso particular, inciden en el error del enfoque antropomórfico. Es error que vicia también el aserto establecido por Hastings Randall, según el cual «todos los juicios morales son, en última instancia, reducibles a una valoración de fines»<sup>22</sup>. Pues bien, es esto precisamente lo que no son los criterios morales; si éstos exigieran acuerdo en cuanto a los fines, las normas, tal como hoy las entendemos, devendrían innecesarias<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> JOHN W. CHAPMAN, «Justice and Fairness», en *Nomos VI, Justice* (Nueva York, 1964), pág. 153: «La justicia como cuestión de reciprocidad sólo tiene sentido si la sociedad se entiende como una pluralidad de personas, y no —cual pretende el utilitarismo— como una especie de gran persona colectiva.»

<sup>22</sup> HASTINGS RANDALL, *The Theory of Good and Evil* (Londres, 1907), vol. I, pág. 184.

<sup>23</sup> GREGORY VLASTOS, «Justice», *Revue Internationale de la Philosophie*, XI, 1957, pág. 338: «La característica del benthamismo, opinión a la que sus partidarios opondrán vigorosamente objeción, es que lo que comúnmente se denomina 'actuar de acuerdo con los principios' carece de fundamento. Se supone que la persona debe vivir aplicando

Esencialmente, toda norma de conducta tipifica genéricas clases de comportamiento, no por sus previsibles efectos concretos —efectos que al fin y al cabo no cabe en cada caso conocer—, sino atendiendo a ciertas consecuencias probables que por nadie precisan ser conocidas. Atribuimos importancia a las normas no en razón de los efectos que los actos que conscientemente ejecutamos puedan tener, sino habida cuenta de su repercusión en la preservación del orden social. Al igual que el orden al que sirven, las normas tan sólo indirectamente contribuyen a la satisfacción de las necesidades concretas, a través de su capacidad de resolver específicas clases de conflictos que la pasada experiencia evidencia se producen entre quienes propician una gran variedad de fines. Permiten el simultáneo desarrollo de una multiplicidad de planes, no el éxito de uno solo de ellos. El carácter antropomórfico atribuido por los enfoques utilitaristas al esquema normativo deriva de su asimilación a un plan orientado a plasmar un singular conjunto de finalidades.

La justificación del utilitarismo exigiría admitir la posibilidad de llegar a una especie de reduccionismo capaz de formular las oportunas normas en función de la deliberada selección de los correspondientes medios. Tan absurda pretensión es equiparable al intento de justificar, en el terreno del lenguaje, los detalles lingüísticos particulares a través de los concretos esfuerzos realizados a lo largo de miles de generaciones por lograr la comunicación verbal. Las reglas de conducta, como las del lenguaje, no son resultado de la directa adaptación a unos hechos concretos y conocidos, sino que derivan de un proceso acumulativo a lo largo del cual el factor fundamental es, en todo momento, la existencia de un orden real establecido por las normas ya existentes. Será dentro de este orden, fun-

acto por acto el principio de la felicidad.» En el mismo artículo (página 333), Vlastos cita un interesante pasaje del obispo Butler, correspondiente a su disertación «Upon de Nature of Virtue» (Apéndice a *The Analogy of Religion*, 1736, y reeditado como apéndice al *Five Sermons by Butler*, ed. C. M. Brown, Nueva York, 1950). Butler ataca a quienes imaginan que la virtud consiste simplemente en promover, según se estime oportuno, la felicidad presente del género humano.

cionando ya con mayor o menor operatividad, donde se desarrollarán las nuevas normas cada una de las cuales sólo podrá ser juzgada en el contexto del esquema conjunto. En tal sentido, las normas, carentes de finalidad concreta, ejercen una función en el sistema existente, función que no cabe derivar del conocimiento de los resultados que, en relación con las necesidades concretas, las mismas proporcionen, sino de su compatibilidad con el esquema general. Nadie ha logrado hasta ahora concebir ni establecer un modelo normativo completo del conocimiento en función de las necesidades a cubrir y de los resultados de los medios a aplicar<sup>24</sup>.

Al igual que sucede con la mayor parte de las herramientas, no cabe relacionar las normas con ningún concreto plan de acción. Constituyen simple pertrechamiento ante determinadas imprevistas contingencias. En efecto, una gran parte de nuestra actividad está orientada no por el conocimiento de necesidades últimas y concretas, sino por el deseo de acumular un conjunto de instrumentos y medios que consideramos adecuados, así como a conseguir ciertas ventajosas posiciones. Se trata, en resumen, de acumular ese *capital* (en el sentido más amplio del término) que consideramos útil para poder desenvolvernos en el mundo real. Es éste un tipo de actividad que parece adquirir mayor relevancia a medida que va aumentando nuestra capacidad mental. A lo largo de nuestra evolución vamos adaptándonos más y más, no a circunstancias particulares, sino a la posibilidad de hacer frente a tipos de situaciones que genéricamente suelen presentarse. Nuestro horizonte mental se encuentra más poblado de medios que de fines últimos y concretos.

Podemos, por supuesto, hablar de la «mayor felicidad del mayor número de gentes». Pero no debemos incurrir en el error de pensar que cabe, mediante una especie de cómputo, determinar el monto de la aludida felicidad; o que podamos, en

<sup>24</sup> THEODOR GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts* (Copenhague, 1947, 2.ª ed., Darmstadt, 1964), pág. 11: «Es ist nun in der Tat so, dass die Ursachen für die So-Gestaltung eines gegebenen habituellen Ordnungsgefüges unbekannt sind—und es vorläufig wohl auch bleiben.»

cualquier momento, valorarlo. Si hacemos cuanto en nuestra mano está por aumentar las posibilidades de ciertas gentes que sólo el azar escogerá, conseguiremos logren sus objetivos en cuanto cabe conseguir. No por ello tendremos, sin embargo, idea alguna en cuanto a la cantidad de satisfacción producida.

TODO ANÁLISIS CRÍTICO O ESFUERZO ENCAMINADO  
A PERFECCIONAR LAS NORMAS DE CONDUCTA  
DEBE INSCRIBIRSE EN EL ÁMBITO DE UN SISTEMA NORMATIVO

Una vez establecido que cualquier sistema normativo está siempre basado en experiencias que sólo parcialmente pueden conocerse —circunstancia que afectará igualmente al correspondiente orden resultante—, es evidente que nunca será posible mejorar un orden a través de su total reconstrucción. Para poder aprovechar plenamente la experiencia contenida en las normas tradicionales, toda crítica tendente a mejorar alguna de ellas deberá quedar encuadrada en el marco de los valores establecidos, marco que necesariamente deberá ser admitido sin previa justificación. Denominaremos «críticismo inmanente» a la expresada actitud que sitúa la crítica en el ámbito del correspondiente sistema de normas y que enjuicia las particulares normas en términos de consistencia y compatibilidad con aquellas otras sobre las que el orden reposa. Una vez reconocida la imposibilidad de referir el existente sistema a sus específicos efectos, el análisis crítico de las reglas morales o jurídicas sólo resulta concebible sobre las expuestas bases.

La consistencia o compatibilidad de las diferentes reglas que integran el sistema no es de carácter lógico. A este respecto, consistencia implica más bien que todas las reglas deben estar al servicio del mismo orden abstracto y que todas deben contribuir a evitar surja el conflicto entre quienes a ellas se someten. El que dos o más normas sean o no compatibles entre sí es cuestión que depende de las específicas circunstancias concurrentes, pudiendo unas mismas reglas ser capaces de resolver el conflicto en unos casos y en otros no. Por otra parte, reglas que desde el punto de vista lógico resultan incompatibles —en

el sentido de que, ante circunstancias análogas, el individuo quede sometido a exigencias contradictorias— pueden transformarse en compatibles si se establece una relación jerárquica que determina cuál de ellas debe prevalecer sobre la otra.

Todos los problemas morales tienen por origen algún conflicto normativo, siendo lo más frecuente que el mismo nazca de la incertidumbre en cuanto a la importancia relativa de las diferentes normas. Ningún sistema normativo puede ser considerado completo en el sentido de que sea capaz de dar clara respuesta a cuantas cuestiones se planteen. La causa más general de la citada incertidumbre radica probablemente en el diferente rango jerárquico de las distintas normas que integran el sistema, puesto que el aludido rango no queda por lo general debidamente definido. El constante planteamiento de nuevas cuestiones a las que el sistema normativo es incapaz de responder hace que el mismo experimente gradual evolución que lo va adaptando al tipo de circunstancias sociales de cada momento.

Al afirmar que toda crítica del esquema normativo debe ser de carácter «inmanente», pretendemos expresar que la pertinencia de una norma deberá establecerse en función de alguna otra que, en el correspondiente contexto, se considere incuestionable. La tácita aceptación del sistema general de normas, en este sentido, determina la orientación a la que deberán ajustarse también las reglas en cuestión; orientación que, como queda consignado, no propicia ningún suceso particular, sino el mantenimiento o la restauración de un orden que las normas intentan estructurar de manera más eficaz, lo que logran con mayor o menor éxito. Lo crucial no es, en definitiva, la consistencia de las normas entre sí, sino la compatibilidad de los actos que las mismas exigen o permiten realizar.

Quizá parezca, a primera vista, sorprendente que lo que es fruto de la tradición pueda ser al propio tiempo sometido a análisis crítico. No compartimos el criterio de que toda tradición cultural deba ser considerada sagrada e inmune a la crítica. Tan sólo afirmamos que cualquier crítica que al respecto se haga deberá basarse siempre en los enfoques aportados por actitudes también tradicionales. Dicho en otras palabras: los

aspectos particulares de una situación cultural sólo pueden ser críticamente evaluados en el contexto de esa misma cultura. Ningún esquema normativo o valorativo podrá íntegramente ser referido a una construcción intencionada. El análisis crítico deberá siempre detenerse ante lo que sólo puede ser justificado sobre la base de su tradicional aceptación. Sólo cabe analizar una parte del todo; la totalidad del esquema no podrá ser alterado, sino que deberá ser aceptada sin discusión. Puede esto expresarse también diciendo que sólo podremos retocar algunas partes del todo y que éste, por su parte, nunca podrá ser objeto de una total reestructuración<sup>25</sup>.

Fundamentalmente, esto es así porque el sistema de normas dentro del cual se insertan aquellas que condicionan el comportamiento de una determinada persona incluye también las que atañen a los restantes miembros de la colectividad. La posibilidad de demostrar que si todos adoptasen determinada nueva norma, ello produciría un mejor resultado general, carece de trascendencia, ya que tal objetivo no está al alcance de nadie. Lo que sí resulta posible es que alguien adopte una norma que, dentro del sistema existente, permita reducir el grado de frustración de las expectativas. Este aparentemente paradójico resultado de que una alteración del sistema pueda traducirse en una menor frustración (lo que finalmente induce a la colectividad a aceptar la correspondiente norma) está estrechamente vinculado con el hecho de que las expectativas que motivan nuestro comportamiento no se refieren tanto a los actos ajenos cuanto a sus correspondientes efectos; y también con el hecho de que las reglas son de carácter fundamentalmente restrictivo, es decir, de carácter negativo y no positivo. Puede ocurrir, por

<sup>25</sup> Esto es lo que, a mi entender, pretende expresar Karl Popper mediante el término «ingeniería pieza a pieza» en *The Open Society and its Enemies* (Princeton, 1963), expresión que me resisto a adoptar dado que el concepto de «ingeniería» sugiere, de manera excesiva, la idea de un problema técnico de reforma basado en el pleno conocimiento de los datos físicos, mientras que lo esencial de cualquier posible optimización es el experimental intento de mejorar el funcionamiento de alguna parte del conjunto sin disponer de la comprensión completa de la estructura global.

ejemplo, que en una concreta sociedad exista la costumbre de permitir que el agua u otros líquidos contaminantes se derramen de una propiedad a otra causando por tal razón daños en parcelas ajenas, con lo que quedan frustradas ciertas expectativas personales. Si alguien, incluso sin estar motivado por consideración alguna hacia el vecino, adoptara una nueva norma capaz de evitar tal tipo de derrames, lograría reducir —al introducir una práctica diferente a la habitual— la expectativa de perjuicios con que la gente cuenta al elaborar sus planes. La citada nueva norma, inicialmente fruto de una iniciativa personal, llegará de tal manera a tomar carácter general, porque la experiencia evidenciará que es capaz de encajar más adecuadamente en el sistema de normas vigente.

La necesidad del «crítico inmanente» deriva así, en gran medida, de que los efectos de cualquier acto personal dependen también de las normas que regulan el comportamiento del resto de la población. Las consecuencias del comportamiento individual no son simples acontecimientos independientes del sistema normativo vigente, sino algo que está íntimamente relacionado con las normas que gozan de general aceptación. Y aun cuando alguien fuera capaz de descubrir una nueva norma que, caso de ser aceptada generalmente, fuera más útil que las hasta entonces observadas, no hay que olvidar que el conjunto de normas aceptadas es un dato que condiciona el convencimiento de quien propone la nueva norma acerca del carácter más beneficioso de la misma.

Todo ello significa que, en orden a conseguir los mejores resultados, determinada norma puede ser válida en un entorno social dado y en unas circunstancias concretas, y contraproducente en otro en el cual la norma no pudiera ejercer su optimizadora función. Tal circunstancia restringe grandemente la trascendencia que al juicio individual corresponde en lo que respecta al perfeccionamiento del sistema normativo establecido. Todo lo dicho apunta también a que quien se mueve en el entorno de sociedades de tipo diferente pueda sentirse obligado, en momentos también diversos, a acatar normas de muy distinto contenido.

La tan discutida cuestión en torno al «relativismo moral»

está íntimamente ligada al hecho de que toda norma moral (y jurídica) es parte de un orden existente que ningún individuo puede radicalmente modificar, ya que ello exigiría la alteración de las normas que otros miembros de la sociedad obedecen (en parte, de manera inconsciente y por mero hábito) y que, para hacer viable una sociedad de distinto tipo, tendrían que ser sustituidas por otras que nadie es capaz de imponer.

No puede, por lo tanto, existir ningún esquema moral absoluto que prevalezca independientemente del sistema social en el que el individuo está inserto. La obligación que todos tenemos de respetar un determinado esquema de comportamiento deriva de los beneficios que el correspondiente orden de tal manera nos proporciona.

A este respecto, entiendo, por ejemplo, que sería errónea decisión moral reanimar a un anciano esquimal que, con su consentimiento, hubiera sido abandonado por su tribu en el momento en que ésta debe iniciar su invernal migración, todo ello de acuerdo con su esquema moral<sup>26</sup>. En mi opinión, sólo estaría justificado hacerlo si fuésemos capaces de trasladarle a una sociedad completamente distinta y quisiéramos y pudiéramos proporcionarle los correspondientes medios de subsistencia.

El que nuestras obligaciones morales deriven del beneficio que nosotros mismos obtenemos del orden sustentado por las normas se corresponde con el hecho de que ese orden que denominamos sociedad se basa en la observancia general de las normas que permiten integrar los comportamientos de los individuos, y de que el orden social sólo puede darse si algún tipo de presión fuerza a los individuos a someterse a tales normas.

Existen, sin duda, muchos modelos de sociedad de tipo cerrado o tribal que funcionan sobre la base de sistemas normativos de muy diferente especie. Nos limitamos a aseverar que existe un esquema que, aunque imperfecto y susceptible de grandes mejoras, es el único compatible con el tipo de sociedad que

<sup>26</sup> Cfr. E. WESTERMARCK, *The Origin and Development of Moral Ideas*, vol. I (Londres, 1906), págs. 386 y sigs. 399 y sigs., obra resumida en *Ethical Relativity* (Londres, 1932), págs. 184 y sigs.

denominamos «abierta» o «humanista», en la cual cada individuo cuenta personalmente y no como simple miembro del correspondiente colectivo y en la cual las reglas son de carácter universal, es decir, aplicables por igual a todos los seres humanos y responsables. Sólo aceptando como objetivo la vigencia de tal tipo de orden general y en coincidencia con la línea de pensamiento sustentada por los estoicos de la antigüedad clásica y el pensamiento cristiano que plasmó la civilización occidental, cabrá establecer este superior sistema moral sometido a constante perfeccionamiento a través de un proceso ininterrumpido de «criticismo immanente».

#### LA «GENERALIZACIÓN» Y LA PRUEBA DE LA «UNIVERSALIZABILIDAD»

Intimamente relacionadas con la consistencia interna como método de desarrollar un sistema de normas de comportamiento, están las cuestiones comúnmente conocidas bajo el nombre de «generalización» o «universalización». De hecho, la pertinencia de una norma se establece sobre la base de la posibilidad de su generalización o universalización, lo que equivale a la prueba de «consistencia» o «compatibilidad» con el resto del aceptado sistema de normas y valores. Pero antes de explicar por qué esto tiene que ser así, convendrá comentar brevemente el significado que el término «generalización» tiene en este contexto. Normalmente, la aludida práctica contempla las consecuencias que surgirían si todos los actores realizaran el acto en cuestión<sup>27</sup>; y es evidente que, por lo que se refiere a la mayor parte de los actos, exceptuados los más corrientes, su ejecución por parte de todos resultaría nociva. La necesidad de prohibir o aconsejar determinados comportamientos a través del sistema normativo deriva de nuestra ignorancia de las consecuencias que, en cada caso concreto, provocaría cierto tipo de actos. Consideraremos, a este respecto, un sencillo y específico ejemplo. Ocurre con frecuencia que todos sabemos

<sup>27</sup> Cfr. M. G. SINGER, *Generalization in Ethics* (Nueva York, 1961).

que cierto tipo de comportamiento resultó perjudicial; ahora bien, ni nosotros ni el legislador, ni tampoco el propio actor, podemos saber en qué determinado caso el citado comportamiento resultará nocivo. Por tal razón, cuando intentamos definir un tipo de comportamiento recusable, sólo intentaremos que la correspondiente norma englobe la mayor parte de los casos en los que puedan surgir los aludidos efectos perjudiciales. Pero, con ello, quedarán también afectados otros casos en los que los citados nocivos efectos no se producirán. El único medio de evitar las consecuencias perjudiciales radica en prohibir, en general, tal tipo de comportamiento, con independencia de que los efectos nocivos surjan o no en una particular ocasión. El dilema estriba en introducir la prohibición general del correspondiente tipo de comportamiento o resignarse a aceptar el perjuicio que el mismo pueda provocar en determinado número de casos.

Volviendo ahora a la cuestión mucho más importante en torno a si es posible o no llegar a la mencionada generalización, es decir, si algo puede verdaderamente convertirse en regla general, resulta evidente que, en este orden de cosas, no nos estamos refiriendo a la posibilidad o imposibilidad material de hacerlo ni tampoco a la posibilidad o imposibilidad de imponer la obediencia a la norma. La interpretación correcta coincide con la fórmula establecida por Kant al preguntarse, en relación con las normas, si estaríamos dispuestos a desear y a pretender que la norma de referencia fuese aplicada universalmente. La dificultad que la generalización plantea es, por lo tanto, de índole moral, ya que puede resultar conflictiva con alguna otra norma o valor que por nuestra parte no estemos dispuestos a sacrificar. Dicho en otras palabras, la prueba de la «universalizabilidad» aplicada a cualquier norma se traduce en una prueba de compatibilidad con todo el sistema existente; prueba que, como hemos visto, puede desembocar, bien sea en una respuesta claramente afirmativa o negativa, o bien en la evidencia de que, siendo el sistema normativo incapaz de dar adecuada orientación, está demandando que algunos de los criterios que lo integran sean modificados o insertados en un nuevo orden jerárquico determinante de la importancia relativa de las

correspondientes normas, cuando dos de ellas resultan conflictivas.

PARA SER OPERATIVAS, LAS NORMAS TIENEN QUE SER  
APLICADAS DURANTE LARGO TIEMPO

El hecho de que las normas sean capaces de proporcionarnos auxilio ante la ignorancia de los efectos de la humana actividad y de que la importancia que se les otorga sea función tanto de la importancia de los posibles perjuicios que con ellas se pretende conjurar como del grado de probabilidad de que el correspondiente daño se produzca, en el supuesto de infracción de las normas, evidencia que, para que debidamente puedan ejercer su función, será necesario que el hombre se someta a ellas durante dilatados períodos de tiempo. Deriva tal realidad de la circunstancia de que las reglas de comportamiento contribuyen a la formación de un orden que debe obligar a todos y que a todos sirve de medio para el logro de sus particulares fines, siempre en su mayor parte desconocidos para quienes establecieron las normas o disponen de la facultad de modificarlas. Cuando, como sucede en el caso de la ley, algunas de las normas de conducta son deliberadamente estatuidas por la autoridad, sólo cumplirán su función si llegan a ser aceptadas por las gentes en la confección de sus proyectos individuales. El mantenimiento de un orden espontáneo basado en el perfeccionamiento de las normas de conducta debe, por consiguiente, apuntar a resultados a largo plazo. Las reglas correspondientes a una organización, por el contrario, propician fines concretos y resultados previsibles y ligados al corto plazo. De ahí la clara distinción de enfoques que se establece entre el del administrador de la cosa pública, interesado en resultados concretos, y el juez o legislador cuyos objetivos apuntan a la preservación de un orden abstracto que nada tiene que ver con resultado concreto y previsible alguno. Centrar la atención en este último tipo de objetivos conduce necesariamente a planteamientos de alcance miope que solamente se ocupan de los resultados concretos y que por tal razón provocarán el enfrentamiento de los

intereses privados, enfrentamiento que sólo puede ser dirimido a través de una autoritaria decisión que favorezca a uno a expensas de otros. Cuando el enfoque se centra sobre los efectos a corto plazo, puede iniciarse un proceso conducente a que el sistema social se transforme en una organización de tipo dirigista que abarque todo el cuerpo social, con lo que la libertad habrá de verse seguramente amenazada. Un colectivo social nomocrático debe limitar, pues, la coacción al cumplimiento de las normas propiciadoras de un orden concebido para perdurar en el tiempo.

La idea de que un esquema social cuyas partes carezcan de expresa finalidad y no puedan ser conceptuadas de manera significativa, y en el que desconozcamos por qué suceden los eventos correspondientes, pueda facilitar el logro de nuestros fines de manera más eficaz que una organización deliberadamente construida, y la conclusión de que resulta más conveniente que los cambios ocurran sin que se sepa por qué (por ser consecuencia de realidades que en su totalidad nadie conoce) son tan contrapuestas a los supuestos del racionalismo constructivista, que a partir del siglo XVIII ha predominado sobre el pensamiento occidental, que la aludida idea sólo llegaría a ser universalmente aceptada cuando se abra paso, a nivel intelectual, un racionalismo de tipo evolucionista y crítico capaz de reconocer, no sólo el poder de la razón, sino también sus limitaciones; e incluso el hecho de que la misma razón es también fruto de la evolución social. La búsqueda de un orden de transparencia suficiente como para poder ser adaptado a la hipótesis constructivistas conduce, por el contrario, a la destrucción de ese otro tipo de orden mucho más complejo y extenso que cualquiera que deliberadamente quiepa construir. La libertad significa que, en alguna medida, debemos confiar nuestro destino a fuerzas ajenas a nuestro control. Ello parece intolerable a los constructivistas, quienes opinan que el hombre domina su propio destino, como si tanto la civilización como la razón fueran fruto de su voluntad.

## CAPITULO VIII

# *La búsqueda de la Justicia*

Cada una de las normas jurídicas puede ser concebida como uno de los baluartes o mojones erigidos por la sociedad para que sus miembros, al actuar, no entren en mutua colisión.

P. Vinogradoff \*

### LA JUSTICIA ES ATRIBUTO DEL HUMANO COMPORTAMIENTO

Hemos elegido la expresión «reglas de recto comportamiento» para designar aquellas normas que, sin referirse a fines concretos, contribuyen a establecer un orden espontáneo, en oposición a las normas de organización que sí tienden a con-

\* PAUL VINOGRADOFF, *Common-Sense in Law* (Londres y Nueva York, 1914), pág. 70. Cfr. también *ibid.*, págs. 46 y sigs.: «El problema estriba en permitir el ejercicio de cada voluntad personal, de manera compatible con el de otras voluntades... (Una ley) es la limitación de la libertad individual para evitar la colisión de unos con otros... En la vida social, como es bien sabido, los hombres no sólo deben evitar estos choques, sino que deben incluso establecer una cooperación lo más amplia posible, siendo la común característica de todas estas formas de cooperación la limitación de las voluntades individuales en orden a conseguir una meta común.» Véase también pág. 61: «Difícilmente cabrá definir mejor lo que es un derecho que mediante la fórmula del marco de actuación asignado a una voluntad particular dentro del orden social establecido por la ley.» En la tercera edición de H. G. Hambury (Londres, 1959) los pasajes citados corresponden a las págs. 51, 34 y siguientes y 45.

seguir unos fines específicos. Las primeras integran el *notion*, que constituye la base de una sociedad en la que puede desplegarse el Derecho Privado, circunstancia que a su vez propicia la existencia de la «Sociedad Abierta». El segundo tipo de normas (en la medida en que deban ser consideradas leyes) constituyen el Derecho Público, que tan íntimamente está ligado a la organización del gobierno. En relación con las primeras, conviene señalar que, aunque de hecho sean observadas, no siempre han de ser consideradas ley en el sentido estricto del término. Tomadas individualmente, por otra parte, no permiten establecer criterio alguno de justicia. De particular importancia es la delicada cuestión relativa a las relaciones entre justicia y ley, cuestión ésta que ha sido tergiversada tanto por la idea de que todo lo que legislativamente se estatuya haya de referirse a la justicia, como por el supuesto de que la voluntad del legislador sea capaz de determinar lo que es justo. Consideraremos, en primer término, algunas limitaciones, a menudo olvidadas, de la aplicabilidad del término justicia.

En sentido estricto, tan sólo la conducta humana puede ser calificada justa o injusta. La aplicación de estos términos a concretas situaciones sólo puede cobrar significado en la medida en que resulte lícito suponer que alguien sea directa o indirectamente responsable de que dichas realidades se produzcan. Un mero hecho o un conjunto de circunstancias que nadie pueda modificar podrán ser buenos o malos, pero no justos o injustos<sup>2</sup>. Aplicar-los citados términos a realidades

<sup>1</sup> Cfr. FRANZ BOEHM, «Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft», en *Ordo*, XVII, 1966, págs. 75-171, y «Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat», en *Reden und Schriften*, ed. E. S. Mestmäcker (Karlsruhe, 1960), págs. 102 y sigs.

<sup>2</sup> Sobre las interpretaciones de la justicia como atributo de un orden fáctico, más que algo relativo a los actos humanos, cfr. HANS KELSEN, *What is Justice?* (California, 1957), pág. 1: «La justicia es fundamentalmente una cualidad posible (y no necesaria) del orden social que regula las relaciones entre los hombres. Sólo secundariamente se trata de una virtud humana, puesto que el hombre sólo es justo cuando conforma su conducta a las normas del orden social que se supone justo... la justicia es la felicidad social, una felicidad que el orden social garantiza.» Véase también A. BRECHT, *Political Theory* (Princeton, 1959),

distintas del humano comportamiento o a las normas por las que el mismo se rige, implica el empleo de categorías erróneas. Sólo si pretendiéramos culpar a un Creador personal, tendríamos sentido tachar de injusto el hecho de que alguien haya nacido con un defecto físico, se vea aquejado por una enfermedad o sufra la pérdida de un ser querido. La naturaleza no puede ser justa ni injusta. Y aunque el inveterado hábito de interpretar el mundo físico según categorías animistas o antropomórficas nos induzca a utilizar erróneamente los vocablos y a buscar un agente responsable para cuanto nos afecta, no tiene sentido calificar de justa o injusta una realidad a no ser que admitamos que alguien podría haber hecho que las cosas acontecieran de manera distinta.

Pero si lo que no está sujeto a control humano no puede ser justo (o moral), el deseo de hacer que algo lo sea no es necesariamente argumento válido para someterlo a dicho control. Más bien, por el contrario, obrar así podría resultar injusto e inmoral, por lo menos cuando, como consecuencia de ello, queden afectados los actos de otros seres humanos.

En determinadas circunstancias, puede constituir deber jurídico o moral propiciar un cierto estado de cosas que, por tal razón, quepa calificar de justo. Es evidente que, en ese supuesto, el vocablo «justo» se refiere a los actos y no a sus resultados, puesto que sólo podrá aplicarse dicho calificativo a las consecuencias de un acto, cuando corresponda al sujeto la posibilidad de determinarlas. Ello presupone no sólo que el sujeto a quien incumbe obrar moralmente pueda hacerlo, sino también que los medios por él utilizados sean a su vez también intrínsecamente justos o morales.

Las normas mediante las cuales los hombres intentan definir como justos determinados actos pueden ser correctas o incorrectas. Se considera normalmente que una regla peca de injusta cuando describe como justo un tipo de comportamiento

pág. 146: «Los postulados de la justicia aluden generalmente a alguna deseada realidad, la que propicie, por ejemplo, la igualdad o una 'mayor' igualdad... Aunque no se estipulen en tales términos, los postulados de la justicia los llevan implícitos.»

que en realidad es injusto. Pero, aun cuando el citado hábito constituya un uso que, dada su general aceptación, cabe considerar legítimo, no está por ello exento de peligros. Lo que realmente queremos significar cuando advertimos que una norma que todos considerábamos justa demuestra no serlo, aplicada a un concreto caso, es que es regla equivocada que no define adecuadamente lo que en nuestra opinión es justo, o que su formulación no expresa nuestro verdadero criterio de justicia.

Es evidente que no sólo los actos de las personas individuales pueden ser justos e injustos, sino que también puede serlo el concertado comportamiento de varias personas, así como el de cualquier otra organización humana. El gobierno es una organización, pero la sociedad no lo es. Y aunque el orden social se vea afectado por los actos de gobierno, sus detalles concretos, en la medida en que opere como orden espontáneo, no pueden ser considerados justos o injustos. Quiere esto decir que la justicia o injusticia de lo que el gobierno exija a los individuos debe contemplarse a la luz de las reglas de recto comportamiento y no en función de los resultados que se sigan de su aplicación a un caso particular. El gobierno ha de ser ciertamente justo en todo su actuar, y es probable que de manera intencionada o circunstancial la presión de la opinión pública le lleve a desarrollar algunos de los principios sobre los que basa su comportamiento más allá de los límites admisibles. Ahora bien, la medida en que el gobierno puede con justicia extender sus atribuciones depende de su capacidad de actuar sobre los diferentes individuos a través de la aplicación de normas uniformes.

Sólo suscitarán problemas de justicia, por lo tanto, aquellos aspectos del humano comportamiento que son susceptibles de quedar sometidos a normas de recto actuar. Hablar de justicia implica siempre que alguna o algunas personas deben o no deben realizar algo; obligaciones que, a su vez, presuponen el reconocimiento de unas normas definidoras de un conjunto de circunstancias con respecto a las cuales se prohíbe o impone un determinado tipo de comportamiento. Ya sabemos que el respeto a una norma no significa que la misma tenga que haber

sido formulada expresamente. La única necesaria condición es que permita distinguir diferentes tipos de conducta, de acuerdo con lo que las gentes consideren justo o injusto.

Las normas de recta conducta se refieren a los actos individuales que afectan a otros. En un orden social espontáneo la situación de cada uno de sus miembros viene determinada por el comportamiento de muchos otros; nadie, sin embargo, es responsable ni puede garantizar que dichas múltiples influencias produzcan, para determinada persona, un concreto resultado. Aun cuando el mismo pueda verse afectado por la conducta de otros o por la concertada actuación de varios sujetos, raramente dependerá tan sólo de dichos factores. De ahí que, en un orden espontáneo, no pueda haber normas que definan la situación concreta de cada individuo. Según hemos visto, las normas de conducta individual establecen tan sólo determinadas propiedades abstractas del orden resultante, pero no su contenido concreto y particular.

Resulta, desde luego, tentador denominar justo un estado de cosas que derive de la circunstancia de que todos los que a él contribuyan hayan procedido de manera justa (o por lo menos no injusta). Sería, sin embargo, erróneo hacerlo cuando —cual sucede en el caso de un orden espontáneo— el estado de cosas resultante no es la meta propiciada por ninguno de los individuales comportamientos. Porque, puesto que sólo las situaciones creadas por la voluntad humana pueden calificarse de justas o injustas, tales calificativos no pueden ser aplicados a un orden espontáneo. Si el hecho de que A tenga mucho y B poco es independiente de cualquier tipo de comportamiento deliberado, nunca cabrá afirmar que tal situación sea justa. Veremos a este respecto que, en un orden social espontáneo, lo que se entiende por justicia «social» o «distributiva» no pasa de ser mera fórmula verbal carente de contenido y que sólo en el contexto de una organización adquiriría significado la aludida expresión.

## JUSTICIA Y LEY

Re Summer  
Worobrichan

No pretendemos afirmar que cuantas normas de recto comportamiento en determinada sociedad se observen tengan rango de ley; ni tampoco que todo lo que comúnmente se denomina ley sea norma de recto comportamiento. Aseveramos sólo que la ley que al mismo tiempo es norma del tipo indicado posee tan especial «status» que no sólo resulta aconsejable designarla con un título distinto —como el de «nomos», por ejemplo—; sino que procede también distinguirla nítidamente de otros preceptos asimismo denominados leyes, de suerte que, al desarrollar el indicado tipo de ley, queden bien establecidas sus especiales características. Para conservar el orden de una sociedad libre, en efecto, sólo deberá ser vinculante con relación al ciudadano aquel tipo de leyes que coincidan con alguna norma de recto comportamiento (se cubre con ello fundamentalmente el ámbito comprendido por el Derecho Privado y el Penal), leyes cuyo cumplimiento deberá ser amparado por medios coactivos, cualesquiera que sean las realidades que independientemente obliguen a los miembros de la organización gubernamental. Veremos más adelante que en gran parte cabe atribuir el progresivo deterioro de la libertad individual al olvido del hecho de que la ley debe hallarse al servicio de la justicia y no de los intereses particulares o de los fines específicos del gobierno.

No es preciso analizar aquí la tan debatida cuestión relativa a los requisitos exigidos para que una norma de recto comportamiento pueda ser considerada ley. Aun cuando la mayor parte de las gentes dudarían en asignar dicho título a una norma que, aunque generalmente obedecida, no se halle respaldada por una explícita promulgación, resulta difícil negárselo a todas aquellas que cuentan con el apoyo de una amplia y efectiva —aunque no organizada— aceptación social, o a aquellas otras cuya inobservancia comporte la exclusión del transgresor del correspondiente grupo social<sup>3</sup>. Existe evidentemente una tran-

<sup>3</sup> Cfr. H. L. A. HART, *The Concept of Law* (Oxford, 1961), página 195: «No hay principio alguno que prohíba la aplicación del término 'ley' a esquemas carentes de un sistema de sanciones organizado.»

sición gradual desde la apuntada realidad hasta esa otra que consideramos estado jurídico pleno, en la cual organizaciones expresamente creadas al efecto se encargan de reforzar y modificar la ley primaria. Las leyes por las que estas organizaciones se rigen forman parte, desde luego, del Derecho Público que, al igual que el propio gobierno, integra la superestructura que, edificada sobre las reglas primigenias, pretende darles mayor efectividad.

Pero si resulta innegable que, a diferencia de lo que acontece con el Derecho Público, los Derechos Privado y Penal pretenden tan sólo establecer y reforzar las normas de recto comportamiento, ello no significa que cada una de las disposiciones que los integran, consideradas aisladamente, sean reglas de la citada especie. Afirmamos sólo que el sistema, considerado en su conjunto, tiene por finalidad explicitar deter-

Hart traza una distinción fundamental entre «reglas primarias», bajo las cuales, quieranlo o no, los seres humanos se ven obligados a realizar o a abstenerse de realizar determinados actos» (pág. 78) y «las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es decir, normas de organización que han sido establecidas para reforzar las de conducta». Pese a entender que lo anteriormente expuesto es de la mayor importancia, considero difícil identificar esta distinción con «el paso decisivo que enlaza el mundo pre-legal con el mundo jurídico» (pág. 91), o que resulte de gran utilidad definir la ley como «la combinación de las reglas primarias con las secundarias» (*ibid.*).

<sup>4</sup> Cabría extenderse en la discusión de si la ley es o no un «sistema de normas», pero se trataría de cuestión puramente terminológica. Si por «sistema de normas» se entiende un conjunto de reglas articuladas, ello no incluiría ciertamente todo el sistema legal. RONALD M. DWORKIN, quien en un ensayo titulado «Is Law a System of Rules?» (en R. S. Summers, ed., *Essays in Legal Philosophy*, Oxford y California, 1968) utiliza el término «sistema» como equivalente a «colección» (página 52) y parece conceptuar como normas tan sólo las que han sido articuladas, demuestra convincentemente que un sistema tal sería incompleto y requeriría el complemento de lo que denomina «principios». (Cfr. también ROSCOE POUND, «Why Law Day», *Harvard Law School Bulletin*, vol. X, núm. 3, 1958, pág. 4: «El núcleo vital, la parte perdurable de la ley radica en los principios; ellos y no las leyes son la base de partida del razonamiento. Los principios se mantienen relativamente estables o evolucionan según pautas regulares; las reglas tienen una vida relativamente breve, no se desarrollan y son derogadas y sustituidas

minadas normas del aludido tipo. Como todas las normas de recto comportamiento han de referirse a situaciones determinadas, resulta a menudo más conveniente definir las mediante disposiciones concretas que referirse a ellas en cada norma general. Para que los derechos individuales queden salvaguardados por las normas, bastará fijar de una vez para siempre la forma en que tales derechos se adquieren, transfieren, pierden o quedan delimitados. Mediante las leyes que establecen las condiciones que deben caracterizar la adquisición o transmisión de la propiedad, la validez de los contratos, el cumplimiento de las disposiciones sucesorias, la irrogación o pérdida de derechos y otras figuras jurídicas, se pretende únicamente definir los supuestos que la ley sitúa bajo la protección de las normas de conducta. Su finalidad es hacer que las circunstancias más relevantes puedan ser por todos conocidas, asegurando así que, a través de la asunción de sus respectivas responsabilidades, los interesados puedan actuar pacíficamente. Si, en determinada transacción, se prescinde del formulismo que la ley prescribe, ello no significa que se haya infringido una norma de recto comportamiento, si bien dicha norma carecerá de la eficacia que tendría si tal formalidad hubiera sido observada. Situaciones tales como las que la idea de «propiedad» expresa, sólo en relación con las correspondientes normas de conducta adquieren significado. Desconectado del aludido sistema, el concepto pierde todo su contenido.

por otras nuevas»). Prefiero utilizar el término *sistema* para designar un conjunto de reglas mutuamente complementarias y dotadas de rango jerárquico. Y, desde luego, incluyo en el concepto no solamente las normas articuladas, sino también aquellas que todavía no lo han sido, pero que se hallan implícitas en el sistema, o que deben ser todavía descubiertas en orden a conseguir la consistencia del mismo. Por lo tanto, pese a estar plenamente de acuerdo con el profesor Dworkin, según mi terminología, la ley es un sistema (y no una mera colección de normas (articuladas y no articuladas)).

#### LAS REGLAS DE RECTO ACTUAR COMPORTAN PROHIBICIONES EN CUANTO A LA ADOPCIÓN DE CONDUCTAS INJUSTAS

Vimos en el capítulo V (vol. I) cómo el gradual proceso de extensión de las normas de recto comportamiento a gentes que ni participan ni conocen los fines particulares perseguidos ha producido un tipo de norma que cabe calificar de abstracta, término que sólo resulta apropiado en el supuesto de que no se pretenda atribuirle un sentido estrictamente lógico. Una norma sólo aplicable a aquellas personas cuyas huellas dactilares muestren una configuración definible mediante concreta fórmula algebraica sería, según el enfoque lógico, una norma abstracta. Pero dado que la realidad pone de manifiesto que cada individuo posee huellas dactilares irrepetibles, es evidente que la aplicación de la misma afectaría sólo a un concreto individuo. Por lo que se refiere a nuestro análisis, el significado del término «abstracto» queda patentizado por la fórmula jurídica clásica según la cual las normas deben ser aplicables a un número desconocido de casos futuros<sup>5</sup>. La teoría jurídica

<sup>5</sup> Planteada de una manera general, esta idea aparece en la literatura inglesa ya en el siglo XVIII, y fue desarrollada principalmente por WILLIAM PALEY en su obra *Principles of Moral and Political Philosophy* (1785, nueva ed., Londres, 1824), pág. 348: «Las leyes generales se establecen... sin tener en cuenta quiénes serán los afectados por ellas.» Vuelve a ser formulada en términos más modernos por C. K. ALLEN, *Law in the Making* (6.ª ed., Londres, 1958), pág. 367: «Una norma legal, al igual que cualquier otro tipo de norma, pretende establecer una generalización con respecto a un número indefinido de casos de una cierta especie.» Fue más sistemáticamente desarrollada en el continente europeo (fundamentalmente en Alemania) a lo largo de la discusión en torno a la distinción entre el sentido «material» y «formal» de la ley, a la que antes he hecho ya referencia (nota 24 del capítulo VI) y que ha sido nítidamente establecida por HERMANN SCHULZE, *Das Preussische Staatsrecht* (Leipzig, 1877), vol. II, pág. 209: «Dem Merkmal der Allgemeinheit ist genügt, wenn sich nur der Regel überhaupt eine Zahl von nicht vorauszusehenden Fällen logisch unterzuordnen hat.» (Cfr. también *ibid.*, pág. 205, para referencias a anteriores escritos fundamentales.) Con relación a los trabajos publicados posteriormente, cfr. especialmente ERNST SELIGMANN, *Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinn* (Berlín, 1886), pág. 63: «In

ha estimado necesario reconocer explícitamente mediante la apuntada afirmación nuestra invencible ignorancia de las circunstancias particulares que entendemos deben tener en cuenta quienes en su día las conozcan.

Ya señalamos que esta referencia a un número desconocido de casos futuros está estrechamente relacionada con ciertas propiedades que coinciden en las normas que con éxito han superado el proceso de generalización. Nos referimos concretamente a que «casi todas estas normas habrán de ser de carácter negativo, en el sentido de que, más que prescribir, prohíben

der Tat ist es ein Essentiale des Rechtsgesetzes, dass es abstrakt ist und eine nicht voraussehende Anzahl von Fällen ordnet.» M. PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit Civil* (12.ª ed., París, 1937), pág. 69: «La loi est établie en permanence pour un nombre indéterminé d'actes et de faits..., une decision obligatoire d'une manière permanente, pour un nombre de fois indéterminé.» Z. GIACOMETTI, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichts* (Zürich, 1939), pág. 99: «Generell abstrakt ist jede... an eine unbestimmte Vielheit von Personen für eine unbestimmte Vielheit von Fällen gerichtete Anordnung»; y del mismo autor, *Allgemeine Lehre des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts* (Zürich, 1960), pág. 5; «Eine solche Bindung der staatlichen Gewaltenträger an generelle, abstrakte Vorschriften, die für eine unbestimmte Vielheit von Menschen gelten und die eine unbestimmte Vielheit von Tatbeständen regeln ohne Rücksicht auf einen bestimmten Einzelfall oder eine bestimmte Person...» W. BURCKHARDT, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (2.ª ed., Zürich, 1948), pág. 200: «Die Pflichten, die das Gesetz den Privaten auferlegt, müssen (im Gegensatz zu den Pflichten der Beamten) zum Voraus für eine unbestimmte Anzahl möglicher Fälle vorgeschrieben sein.» H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* 2.ª ed., Viena, 1960), págs. 362-3: «Generell ist eine Norm, wenn sie... in einer von vornherein unbestimmten Zahl von gleichen Fällen gilt... In dieser Beziehung ist sie dem abstrakten Begriff analog.» DONATO DONATI, «I caratteri della legge in senso materiale», *Rivista di Diritto Pubblico*, 1911 (y reimpresa en *Scritti di Diritto Pubblico*, Padua, 1961, vol. II), pág. 11 de la separata: «Questa generalità deve intendersi, non già nel senso, semplicemente, di pluralità, ma in quello, invece, di universalità. Comando generale, in altre termini, sarebbe, non già quello che concerne una pluralità di persone o di azioni, ma soltanto quello che concerne una universalità di persone o di azioni, vale a dire: non quello che concerne un numero di persone o di azioni determinato o determinabile, ma quello che concerne un numero di persone o di azioni indeterminato e indeterminabile.»

determinados actos<sup>6</sup>; que pretenden proteger unos marcos específicos dentro de los cuales el individuo seguirá siendo libre de actuar como mejor le parezca<sup>7</sup>; y que la comprobación de que determinada norma posee el mencionado carácter estriba

<sup>6</sup> Todos los atributos de la ley, en su sentido más estricto, han sido alumbrados a lo largo de la amplia discusión que en el continente tuvo lugar en relación con la ley en sus sentidos «material» y meramente «formal». A menudo han sido tratados erróneamente como criterios alternativos o incompatibles con el concepto de ley en su sentido «material». Cfr. P. LABAND, *Staatsrecht des deutschen Reiches* (5.ª ed. Tübinga, 1911-14), II, págs. 54-56; E. SELIGMANN, *Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinn* (Berlín, 1886); A. HAENEL, *Studien zum deutschen Staatsrecht*, vol. II: *Gesetz im formellen und materiellen Sinne* (Leipzig, 1888); L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel* (2.ª ed., París, 1921); R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi: Expression de la volonté générale* (París, 1931); y DONATO DONATI, «I caratteri della legge in senso materiale», *Rivista di Diritto Pubblico*, 1911, reimpresso en la obra de este mismo autor *Scritti di Diritto Pubblico* (Padua, 1961). Probablemente la más extendida definición de ley, en su sentido material, ha sido la formulada por GEORG JELLINEK, *Gesetz und Verordnung* (Friburgo, 1887), pág. 240: «Hat ein Gesetz den nächsten Zweck, die Sphäre der freien Tätigkeiten von Persönlichkeiten gegeneinander abzugrenzen, ist es der sozialen Schrankenziehung halber erlassen, so enthält es Anordnungen eines Rechtssatzes, ist daher auch ein Gesetz im materiellen Sinn; hat es jedoch einen anderen Zweck, so ist es kein materielles, sondern nur ein formelles Gesetz, das seinen Inhalt nach als Anordnung eines Verwaltungsaktes, oder als ein Rechtspruch sich charakterisiert.»

<sup>7</sup> Además de la cita de P. Vinogradoff, que encabeza este capítulo, cfr. F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I (Berlín, 1840), págs. 331-2: «Sollen nun in solcher Berührung freie Wesen nebeneinander bestehen, sich gegenseitig fördernd, nicht hemmend, in ihrer Entwicklung, so ist dieses nur möglich durch Anerkennung einer unsichtbaren Grenze, innerhalb welcher das Dasein, und die Wirksamkeit jedes einzelnen einen sichern, freien Raum gewinne. Die Regel, wodurch jene Grenze und durch die dieser freie Raum bestimmt wird, ist das Recht.» También P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (4.ª ed., Tübinga, 1901), vol. II, pág. 64, obra en la que adscribe al Estado la tarea de «die durch das gesellige Zusammenleben der Menschen gebotenen Schranken und Grenzen der natürlichen Handlungsfreiheit der Einzelnen zu bestimmen». J. C. CARTER, *Law, Its Origin, Growth, and Function* (Nueva York y Londres, 1907), páginas 133-34: «La costumbre, así cultivada e impuesta, vino a ser el

en investigar la posibilidad de su generalización o universalización». Trataremos de demostrar que todas estas características coinciden necesariamente en las normas de recto comportamiento sobre las que el orden espontáneo se basa, pero no en las normas de organización que integran el Derecho Público<sup>8</sup>.

El hecho de que prácticamente todas las normas de recto comportamiento sean de tipo negativo, en el sentido de que mediante ellas no se pretenda establecer un deber positivo (con excepción de quienes lo hayan asumido en virtud de su propio comportamiento), es a menudo considerado novedoso descubrimiento que, sin embargo, apenas se somete a adecuado aná-

origen de la ley. La tendencia directa y necesaria de esta restricción fue trazar las líneas delimitadoras de la acción individual, dentro de las cuales cada individuo puede actuar libremente sin concitar la oposición de los demás. Hállase aquí elucidada en su forma más prístina y sencilla la función que a la ley corresponde.» J. SALMOND, *Jurisprudence* (10.<sup>a</sup> edición por G. Williams, Londres, 1947), pág. 62: «La norma de justicia restringe la esfera de la libertad individual a límites consistentes y acordes con el general bienestar de la especie humana. Dentro de la esfera delimitada para cada hombre por la norma de justicia, éste es libre de perseguir razonablemente su propio interés.» H. LEVY-ULLMAN, *La Définition du droit* (París, 1917), pág. 165: «Nous définissons donc le droit: la delimitation de ce que les hommes et leur groupements ont la liberté de faire et ne pas faire, sans encourir une condamnation, une saisie, une mise en jeu particulière de la force.» DONATO DONATI, «I caratteri della legge in senso materiale», *Rivista di Diritto Pubblico*, 1911 y reeditada en la obra del mismo autor *Scritti di Diritto Pubblico* (Padua, 1961), vol. II, pág. 23 de la separata del artículo: «La funzione del diritto infatti sorge e si esplica per la delimitazione delle diverse sfere spettanti a ciascun consociato. La società umana si trasforma da società anarchica in società ordinata per questo, che interviene una volontà ordinatrice a determinare la cerchia dell'attività di ciascuno: dell'attività lecita come dell'attività doverosa.»

<sup>8</sup> ADAM SMITH, *The Theory of Moral Sentiments* (Londres, 1801), Parte VI, sección II, introd. vol. II, pág. 58: «La sabiduría de cada estado o comunidad intenta, en la medida de lo posible, aplicar la fuerza de la sociedad para impedir que quienes están sujetos a su autoridad incidan o perturben la felicidad y bienestar de los demás. Las reglas a tal objeto establecidas constituyen el derecho civil y criminal de cada estado o nación.»

lisis<sup>9</sup>. Aunque esta afirmación es válida por lo que respecta a la mayor parte de las normas de conducta, existen excepciones. Algunas leyes referentes a la familia imponen obligaciones que no son consecuencia de un previo y deliberado compromiso (por ejemplo, los deberes que los hijos tienen respecto a los

<sup>9</sup> El énfasis en el carácter primario de la justicia surge ya en HERÁCLITO (cfr. J. BURNET, *Early Greek Philosophy*, 4.<sup>a</sup> ed., Londres, 1930, pág. 166). Fue claramente establecido por ARISTÓTELES en la *Ética a Nicómano*, 1134 a: «La ley existe para hombres entre los cuales existe la injusticia.» Reaparece frecuentemente en la época moderna, por ejemplo, en LA ROCHEFOUCAULD, *Maximes* (1665), núm. 78: «L'Amour de la justice n'est que la crainte de souffrir injustice», y llega a ser una preocupación fundamental en DAVID HUME, IMMANUEL KANT y ADAM SMITH, para quienes las reglas de recto comportamiento sirven principalmente para delimitar y proteger los dominios individuales. L. BAGOLINI, *La Simpatia nella morale e nel diritto* (Bologna, 1952), pág. 60, alude incluso al tratamiento de «il problema del diritto e della giustizia dal punto di vista della ingiustizia» como característica especial del pensamiento de Adam Smith. Cfr. su *Theory of Moral Sentiments* (1759), parte II, sect. II, capítulo I, vol. I, pág. 165 de la edición de 1801: «La mera justicia no es, en la mayor parte de los casos, otra cosa que una virtud negativa, que nos prohíbe tan sólo dañar a nuestros semejantes. Escaso es el mérito positivo del hombre que se limita a abstenerse de violentar la persona, la propiedad o reputación ajena, pero cumple todas las normas peculiarmente relacionadas con la justicia y hace cuanto sus semejantes pueden obligarle a hacer o que, de no ser hechas, merecen sanción. Frecuentemente cabe respetar todas las normas de la justicia mediante una conducta simplemente pasiva, o incluso no haciendo nada.» Cfr. también ADAM FERGUSON, *Institutes of Moral Philosophy* (Edinburgo, 1785), pág. 189: «La ley fundamental de la moralidad, en su inicial aplicación al comportamiento humano, es prohibitiva y proscribida el mal comportamiento»; JOHN MILLAR, *An Historical View of the English Government* (Londres, 1787), citado por W. C. LEHMANN, *John Millar of Glasgow* (Cambridge, 1960), página 340: «La justicia exige tan sólo que me abstenga de perjudicar a mi prójimo.» Igualmente J.-J. ROUSSEAU, *Emile* (1762), Libro II: «La plus sublime vertu est négative; elle nous instruit de ne jamais faire de mal à personne.» Este punto de vista se encuentra también ampliamente difundido entre juristas como F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts* I (Berlín, 1840), pág. 332, que afirma «Viele aber gehen, um den Begriff des Rechts zu finden, von dem entgegengesetzten Standpunkt aus, von dem Begriff des Unrechts. Unrecht ist ihnen Störung der Freiheit durch fremde Freiheit, die der menschlichen

padres), sino de una situación en la que el sujeto se encuentra emplazado por circunstancias ajenas a su control. Se dan también casos —aunque sean más bien excepcionales— en los que

Entwicklung hinderlich ist, und daher als ein Uebel abgewehrt werden muss.»

En el siglo XIX el filósofo ARTHUR SCHOPENHAUER y el economista FRÉDÉRIC BASTIAT fueron sendos portavoces de este tipo de planteamiento. El segundo de los autores citados fue probablemente influido por el primero. Ver A. SCHOPENHAUER, *Parerga und Paralipomena*, II, 9, «Zur Rechtslehre und Politik», en *Sämtliche Werke*, ed. A. Hübscher (Leipzig, 1939), vol. VI, pág. 257: «Der Begriff des Rechts ist nämlich ebenso wie auch der der Freiheit ein negativer, sein Inhalt ist eine blosser Negation. Der Begriff des Unrechts ist der positive und gleichbedeutend mit Verletzung im weitesten Sinn, also laesio.» F. BASTIAT, *La Loi* (1850), en *Oeuvres Complètes* (París, 1854), vol. IV, pág. 35: «Cela est si vrai qu'ainsi qu'un des mes amis me le faisait remarquer, dire que le but de la Loi est de faire régner la Justice, c'est de se servir d'une expression qui n'est pas vigoreusement exacte. Il faudrait dire: *Le but de la Loi est d'empêcher l'Injustice de régner*. En effect, ce n'est pas la Justice qui a une existence propre, c'est l'Injustice. L'un résulte de la absence de l'autre.» Cfr. también J. S. MILL, *Utilitarianism* (1861, ed. J. Plamenatz, Oxford, 1949), pág. 206: «La justicia, al igual que muchos otros atributos morales, se define mejor por sus conceptos opuestos.»

Entre los filósofos, MAX SHELER ha recalado, más recientemente, este mismo punto. Cfr. su *Der Formalismus in der Ethik und die materielle Wertethik* (3.<sup>a</sup> ed., 1927), pág. 212: «Niemals kann daher (bei genauer Reduktion) die Rechtsordnung sagen, was sein soll (oder was recht ist), sondern immer nur, was nicht sein soll (oder nicht recht ist). Alles, was innerhalb der Rechtsordnung positiv gesetzt ist, ist reduziert auf pure Rechtsein— und Unrechtseinverhalte, stets ein Unrechtseinverhalt.» Cfr. también LEONHARD NELSON, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht* (Leipzig, 1917), pág. 133, acerca de la «Auffassung vom Recht... wonach das Recht... die Bedeutung einer negativen, den Wert möglicher positiver Zwecke einschränkenden Bedingung hat»; e *ibid.*, pág. 151, acerca de «Einsicht in den negativen (Werte nur beschränkenden) Charakter des Rechts».

Entre los autores contemporáneos, cfr. I. C. ROBBINS, *The Theory of Economic Policy* (Londres, 1952), pág. 193: El liberal clásico «propone una especie de división del trabajo: el estado prescribirá lo que no deberán hacer los individuos, al objeto de que no se entrometan en el camino ajeno; los ciudadanos, por su parte, podrán hacer cuanto no esté prohibido. Atribúyesele a aquél la tarea de establecer reglas

el sujeto se ve sometido a ciertas normas de comportamiento respecto a terceros por el hecho de hallarse incluido en un determinado grupo humano. Es significativo que la *common law* inglesa contemple tan sólo un supuesto de este género: la prestación de ayuda a quienes se encuentran en pe-

formales y a éste la responsabilidad de establecer el contenido del comportamiento.» K. E. BOULDING, *The Organisational Revolution* (Nueva York, 1953), pág. 83: «La dificultad estriba, al parecer, en que la justicia es concepto negativo; es decir, que no es la justicia, sino la injusticia o el descontento, lo que induce a la acción.» MCGEORGE BUNDY, «A Lay View of Due Process», en A. E. Sutherland (ed.), *Government under Law* (Harvard, 1956), pág. 365: «Sugiero, pues, que el proceso legal se interprete más como remedio imperfecto de grandes errores que como fuente de pura justicia positiva... O quizá quepa pensar que la ley no es algo bueno en sí, sino instrumento que deriva su valor más de lo que evita que de lo que hace... Lo que exige de los tribunales no es que hagan justicia, sino que garanticen una cierta protección contra la injusticia grave.» BERNARD MAYO, *Ethics and Moral Life* (Londres, 1958), pág. 204: «Con sólo algunas evidentes excepciones, la función de la ley es la de evitar que algo acontezca.» H. L. A. HART, *The Concept of Law* (Oxford, 1961), pág. 190: «La ley y la moralidad consisten principalmente en normas de abstención, formuladas generalmente en forma negativa, como prohibiciones.» LON L. FULLER, *The Morality of the Law* (Yale, 1964), pág. 42: «En lo que cabe considerar moralidad básica social, las obligaciones concernientes a otras personas... requieren normalmente tan sólo preceptos de abstención que, como decimos, son generalmente de naturaleza negativa.» J. R. LUCAS, *The Principles of Politics* (Oxford, 1966), pág. 130: «Ante la imperfección humana, el Estado de Derecho se establece, en parte, en forma de procesos encaminados a asegurar no una justicia absoluta, sino a evitar la peor especie de injusticia. La injusticia, más bien que la justicia, es la que 'lleva los pantalones' en el terreno de la filosofía política, porque al ser falibles, no nos resulta posible identificar de antemano lo que en todos los contextos posibles será una decisión justa. Viviendo entre hombres egoístas, tampoco cabe asegurar que la misma sea aplicada. Para alcanzar la debida concreción, adoptamos, pues, fórmulas negativas estableciendo diversos procedimientos encaminados a evitar las formas de injusticia que con mayor incidencia se dan, en lugar de intentar propiciar todas las modalidades de justicia.»

Acercas del tema general planteado, cfr. E. N. CAHN, *The Sense of Injustice* (Nueva York, 1949). Define dicho autor la «justicia» (páginas 13 y sigs.) como «el proceso activo encaminado a remediar o prevenir aquello que es capaz de suscitar sentimientos de injusticia». Cfr. tam-

ligro en alta mar<sup>10</sup>. La legislación moderna tiende a ir algo más allá, imponiendo a veces positivas obligaciones en cuanto al salvamento de vidas por determinada persona<sup>11</sup>. Es posible que, en el futuro, el ordenamiento jurídico alcance mayor desarrollo en esta dirección, si bien, probablemente, tal evolución quedará limitada por la gran dificultad que representa el especificar mediante una norma general la correspondiente obligación. En la actualidad, las normas de recto comportamiento que imponen una acción positiva son de índole más bien excepcional, limitándose a aquellos casos en los que circunstancias accidentales hayan situado temporalmente a unas personas en estrecho contacto con otras. De ahí que, en principio, quepa atribuir carácter negativo a todas las normas de recto comportamiento.

Esta situación es la lógica consecuencia del proceso de extensión de las normas más allá del ámbito de una comunidad cuyos miembros pueden compartir e incluso conocer los individuales fines respectivos<sup>12</sup>. Las normas no encaminadas al

bién la afirmación de Lord Atkin, citada por A. L. GOODHART, *English Law and the Moral Law* (Londres, 1953), pág. 95: «La norma 'debes amar a tu prójimo', en el ámbito legal se transforma en 'no debes perjudicar a tu prójimo'».

<sup>10</sup> Cfr. A. L. GOODHART, *op cit.*, pág. 100 y J. B. AMES, *Law and Morals*, *Harvard Law Review*, XXII, 1908/9, pág. 112.

<sup>11</sup> Cfr. el párrafo 330c, del Código Penal Alemán, añadido en 1935, que propugna el castigo de «cualquiera que, en casos de accidente, peligro común o desgracia, no presta ayuda, cuando alguien lo precisa y razonablemente puede ser demandado, especialmente si el sujeto puede prestarla sin incurrir en un peligro sustantivo y sin desatender otras importantes obligaciones».

<sup>12</sup> La «obligación general de mutua asistencia», que MAX GLUCKMAN (*Politics, Law and Ritual in Tribal Society*, Londres y Chicago, 1965, página 54) describe como característica de la sociedad tribal y especialmente del grupo familiar y por cuya supresión se incrimina a la Gran Sociedad, resulta incompatible con ésta, y su abandono es parte del precio que es necesario pagar por el logro de un orden pacífico más amplio. Esta obligación puede producirse en relación con personas concretas y conocidas, y aunque en la Gran Sociedad puede muy bien existir una obligación moral hacia concretas personas libremente elegidas por el actor, no cabe imponerla a través de un sistema de reglas no discriminativas.

logro de una concreta finalidad nunca pueden prescribir un comportamiento determinado. Deberán limitarse a establecer un marco de actuación dentro del cual los sujetos puedan seleccionar sus propios fines particulares. De este modo, como ya hemos visto, las normas se limitan a prohibir los actos que puedan resultar perjudiciales a otros, lo que sólo puede conseguirse a través de normas definidoras del campo de acción de los individuos o de las organizaciones dentro del cual la interferencia de terceros quede proscrita.

Ya hemos señalado que las normas de recto comportamiento no prohíben cualquier acto que a otros pueda perjudicar. Comprar o no comprar, prestar o no prestar un servicio a determinada persona es parte esencial de nuestra libertad. Pero si decidimos abstenernos de comprar o preferimos dejar de prestar el servicio en cuestión, puede sin duda derivarse de ello algún perjuicio para quienes, de antemano, nos consideraban usuarios o contaban con nuestros servicios. Análogamente, al adoptar una decisión sobre algún bien patrimonial —un árbol de nuestro jardín o la fachada de nuestra casa, por ejemplo— quizá privemos a nuestro vecino de algo que para él puede tener un elevado valor sentimental. Aunque alguien les atribuya una extraordinaria importancia, las normas de recto comportamiento no pueden proteger, por lo tanto, cualquier expectativa, sino tan sólo aquellas que cabría denominar «legítimas», es decir, aquellas que las propias normas hayan previamente creado y definido<sup>13</sup>.

La principal función que a las normas de recto comportamiento corresponde es delimitar para cada ser humano el área de sus expectativas, indicándole al propio tiempo los objetos materiales o servicios que puede utilizar en orden a alcanzar sus propósitos, así como cuál es el margen de libertad que puede otorgar a su comportamiento. Lo que en modo alguno

<sup>13</sup> Cfr. PAUL A. FREUND, «Social Justice and the Law», en Richard B. Brandt, ed., *Social Justice* (Englewood Cliffs, New Jersey, 1962), página 96: «Las expectativas razonables son, por lo general, más bien el fundamento que la consecuencia de la ley; sirven también de base a la crítica de la ley positiva y son, por lo tanto, germen del proceso legal evolutivo.»

pueden hacer las normas —si es que pretenden garantizar a todos análoga autonomía decisoria —es proporcionar idéntico tipo de seguridad en lo que respecta al comportamiento ajeno, excepto en aquellos casos en que alguien haya voluntariamente prometido obrar de específica manera.

Las normas de recto comportamiento, por lo tanto, delimitan determinados entornos dentro de los cuales prevalece la seguridad. Acontece tal realidad, sin embargo, no porque la propiedad de concretos objetos haya sido asignada a determinadas personas, sino porque, a partir de hechos comprobables, resulta posible decidir a quién corresponde legítimamente la misma. Pese a que, desde David Hume e Immanuel Kant<sup>14</sup> todo esto debiera resultar evidente a cualquiera, tratados enteros se han seguido escribiendo basados en el error según el cual «la ley confiere a cada individuo un singular conjunto de libertades en relación con la utilización de los bienes materiales, imponiéndole simultáneamente otro también singular conjunto de restricciones»; o bien que, «por lo que se refiere a los actos relativos a los bienes propios, la ley me favorece con respecto a cualquier otro individuo»<sup>15</sup>. Semejante enfoque revela una supina ignorancia acerca de la verdadera función de las reglas de justo comportamiento.

Lo cierto es que estas últimas establecen sólo los límites que el comportamiento permisible no deberá rebasar. Deja, sin embargo, a los individuos que a las mismas se someten la libertad de determinar el contenido del correspondiente recinto protegido. En términos legales puede afirmarse, a este respecto, que las normas, lejos de conferir derecho alguno a determinados

<sup>14</sup> I. KANT, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*. I, 2, párrafo 9: «Bürgerliche Verfassung ist hier allein der rechtliche Zustand, durch welchen jedem das Seine nur gesichert, eigentlich aber nicht ausgemacht oder bestimmt wird. Alle Garantie setzt also das Seine von jedem (dem es gesichert wird) schon voraus.» La traducción de John Ladd reza así (*The Metaphysical Elements of Justice*, Indianápolis, 1965, pág. 65): «Una constitución civil sólo proporciona la condición jurídica en cuyo marco la propiedad de cada persona quede asegurada y garantizada, pero no estipula ni determina en qué consiste tal propiedad.»

<sup>15</sup> R. L. HALE, *Freedom through Law* (California, 1952), pág. 15.

individuos, se limitan a establecer las condiciones según las cuales tales derechos pueden ser adquiridos. Cuál sea el entorno afectado por cada centro de decisión dependerá, no sólo del comportamiento del actor, sino también de acontecimientos completamente ajenos a él. Las normas sólo sirven para que, a partir de verificables circunstancias, cualquier actor pueda identificar cuáles son las áreas protegidas que tanto a sí mismo como a los demás corresponden<sup>16</sup>.

Puesto que las consecuencias de la aplicación de las normas de recto comportamiento dependen de circunstancias fácticas independientes, nunca cabrá justificar una norma en función del resultado alumbrado en determinada ocasión. A este respecto, el fundado comentario de John Locke, al referirse al fenómeno de la competencia —«lo que cuenta no es el resultado sino la forma en que la competencia se desarrolle»<sup>17</sup>— es, en términos generales, igualmente aplicable al concepto liberal de la justicia, a la par que fiel reflejo del alcance que en un orden espontáneo la misma tiene. Del hecho de que determinado sujeto logre enriquecerse con motivo de una justa y concreta transacción mercantil mientras que, con motivo de otra igualmente justa operación, otro se arruine<sup>18</sup>, nada cabe colegir en

<sup>16</sup> Sólo a través de esta interpretación cabe eliminar el carácter tautológico de la célebre fórmula de Ulpiano (*Dig.*, I, 1.10) «Iustitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere.» Resulta de cierto interés advertir que Ulpiano en esta frase sustituye un término más antiguo, que describe una actitud mental, por el vocablo «voluntas». Cfr. CICERÓN, *De Inventione*, II, 35, 160: «Iustitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suum cuique tribuens dignitatem.»

<sup>17</sup> JOHN W. CHAPMAN, «Justice and Fairness», *Nomos* VI, 1963, página 153.

<sup>18</sup> D. HUME, *An Enquiry concerning the Principles of Morals*, Works IV, pág. 174: «Todas las leyes que regulan la propiedad, así como todas las civiles, son de índole general. Contemplan ciertas circunstancias esenciales sin tomar en consideración el carácter, situación y relaciones de la persona en cuestión, así como cualquier particular consecuencia que estas leyes pueden producir en cualquier concreto caso. Desposeen, sin escrúpulo alguno, al hombre generoso de todas sus propiedades si éstas han sido fraudulentamente adquiridas y no gozan de legítimo título, para asignarlas a un avaro miserable que ha amontonado ya un inmenso cúmulo de riquezas. El bien público exige que la pro-

cuanto a la justicia de las mismas. La justicia nada puede aseverar acerca de las apuntadas imprevistas consecuencias de un orden espontáneo, que por nadie han sido deliberadamente provocadas<sup>19</sup>.

Al eliminar determinadas fuentes de incertidumbre, las normas de recto comportamiento propician la cooperación y evitan el conflicto. Al presuponer que el individuo debe poder libremente proyectar y realizar su propia vida, quédale vedada la posibilidad de eliminar por completo la incertidumbre. Ofrecen seguridad sólo en la medida en que logran proteger algunos medios de ajena interferencia, permitiéndose así que, al proyectar su comportamiento, determinados individuos puedan contar con ellos. Incapaces son de garantizar, sin embargo, el éxito de su utilización en la medida en que el mismo dependa, sea de cuestiones fácticas, sea del anticipado comportamiento de otros. No pueden las normas, por ejemplo, garantizar que, a los precios esperados, pueda determinado individuo realizar las adquisiciones o ventas por él contempladas.

riedad sea regulada por normas generales e inflexibles; y aunque tales normas son adoptadas en la forma en que mejor sirven al interés público, resulta imposible prevenir todo percance o conseguir que en todos los casos se deriven benéficas consecuencias. Basta con que, en términos generales, resulten esenciales a la pervivencia de la sociedad civil y que los buenos efectos preponderen sobre los nocivos.»

<sup>19</sup> Cfr. JOHN RAWLS, «Constitutional Liberty and the Concept of Justice», *Nomos VI, Justice* (Nueva York, 1963), pág. 102: «Dicho en otras palabras, los principios de justicia no seleccionan unas determinadas distribuciones de los bienes apetecidos como justas, habida cuenta de las necesidades particulares. Abandónase tal pretensión por considerarla basada en un planteamiento erróneo. No cabe a tal respecto ofrecer concreta respuesta a los principios de la justicia que definen más bien las limitaciones que deben constreñir a las instituciones y a toda actividad conjunta para que no susciten queja alguna por parte de las personas que en ellas se integran. Si se respetan tales restricciones, la distribución resultante, cualquiera que ésta sea, debe ser conceptualmente justa (o por lo menos no injusta).»

ES DE ÍNDOLE NEGATIVA, NO SÓLO LA NORMA  
DE RECTO COMPORTAMIENTO, SINO TAMBIÉN  
LA PRUEBA DE LA JUSTICIA

Al igual que, a lo largo de su evolución desde el estadio de la sociedad tribal (teleocracia) hasta el correspondiente a una sociedad basada en el respeto a algún esquema normativo (nomocracia), las normas de comportamiento han ido perdiendo progresivamente su dependencia de las finalidades concretas para, rebasada esa etapa, ir gradualmente adquiriendo un contenido abstracto y negativo, así también el legislador que pretenda reglamentar una sociedad evolucionada deberá someter el resultado de su esfuerzo a la prueba de la universalización. El concepto de justicia que estimamos idóneo (aquel que exige que todo sea contemplado desde un único esquema normativo) sólo con extraordinaria lentitud ha ido surgiendo a lo largo de este proceso. Una vez establecido, sin embargo, ha llegado a ser el factor que fundamentalmente sustenta la progresiva evolución del modelo social hacia esa comunidad de seres libres e iguales ante la ley que denominamos Sociedad Abierta. El enjuiciamiento del comportamiento humano sobre la base de las normas, y no de los hechos particulares, es condición esencial para la existencia de la Gran Sociedad.

La justicia, en definitiva, no consiste en la plasmación de un determinado equilibrio entre los diversos intereses o clases sociales que en específicas circunstancias entre sí compitan; no le corresponde establecer tampoco un orden concreto de realidades que de antemano quepa considerar justo; ni puede, finalmente, tomar en cuenta cuáles sean los concretos resultados que específica acción produzca. El respeto a una norma de recto comportamiento a menudo alumbrará consecuencias que, de ser fruto de un intencionado comportamiento, cabría considerar injustas. Por otro lado, tampoco resulta anormal que la conservación de un orden espontáneo exija la introducción de cambios sociales que, de ser de índole deliberada, podrían tacharse de injustos.

Conviene señalar, a este respecto, que el concepto de justicia sería por completo ajeno a una hipotética sociedad de seres

omniscientes, ya que en ella la pertinencia de cualquier acto habría de ser juzgada en función de su capacidad para contribuir al logro de un conjunto de conocidos resultados cuya relativa prioridad, a través de la supuesta omnisciencia, resultaría también evidente. Como cualquier otra abstracta construcción, la justicia consiste en nuestra constante adaptación a la inmanente ignorancia de un cúmulo de hechos concretos; ignorancia que ningún avance científico podrá nunca eliminar. Es dicha ignorancia —tanto de la trascendencia relativa de los respectivos fines individuales como de innumerables acontecimientos concretos— la que exige que el orden de la Gran Sociedad se base en la observancia de un conjunto de reglas abstractas que no propicien el logro de un fin concreto y específico.

La prueba a la que las normas de recto comportamiento se van viendo sometidas a lo largo del proceso evolutivo que las va transformando en universales (y que, por lo general, también les va otorgando su carácter negativo) es de esta misma negativa naturaleza. La gradual reformulación de las mismas se realiza a través de un proceso que va eliminando toda referencia a cualquier circunstancia particular que no pueda ser conocida por quienes a las normas han de someterse. Tan sólo las normas no orientadas a la consecución de fines concretos y relacionadas con hechos susceptibles de ser conocidos por quienes a ellas han de someterse logran superar con éxito la mencionada prueba.

Mediante las normas de recto comportamiento no se pretende garantizar el logro de ninguna pretensión concreta; van surgiendo, más bien, a lo largo de un tenaz y persistente esfuerzo (la «constans et perpetua voluntas» de Ulpiano<sup>20</sup>) merced al cual cada generación va perfeccionando la coherencia del heredado modelo normativo. El legislador que pretenda introducir deliberadamente nuevas reglas de especie similar a las que en el pasado engendraron la Gran Sociedad deberá someter su obra a la contrastación de la prueba negativa. Obligado a permanecer dentro del sistema existente y a limitar su esfuerzo a la tarea de mejorar en lo posible el orden ya establecido, no

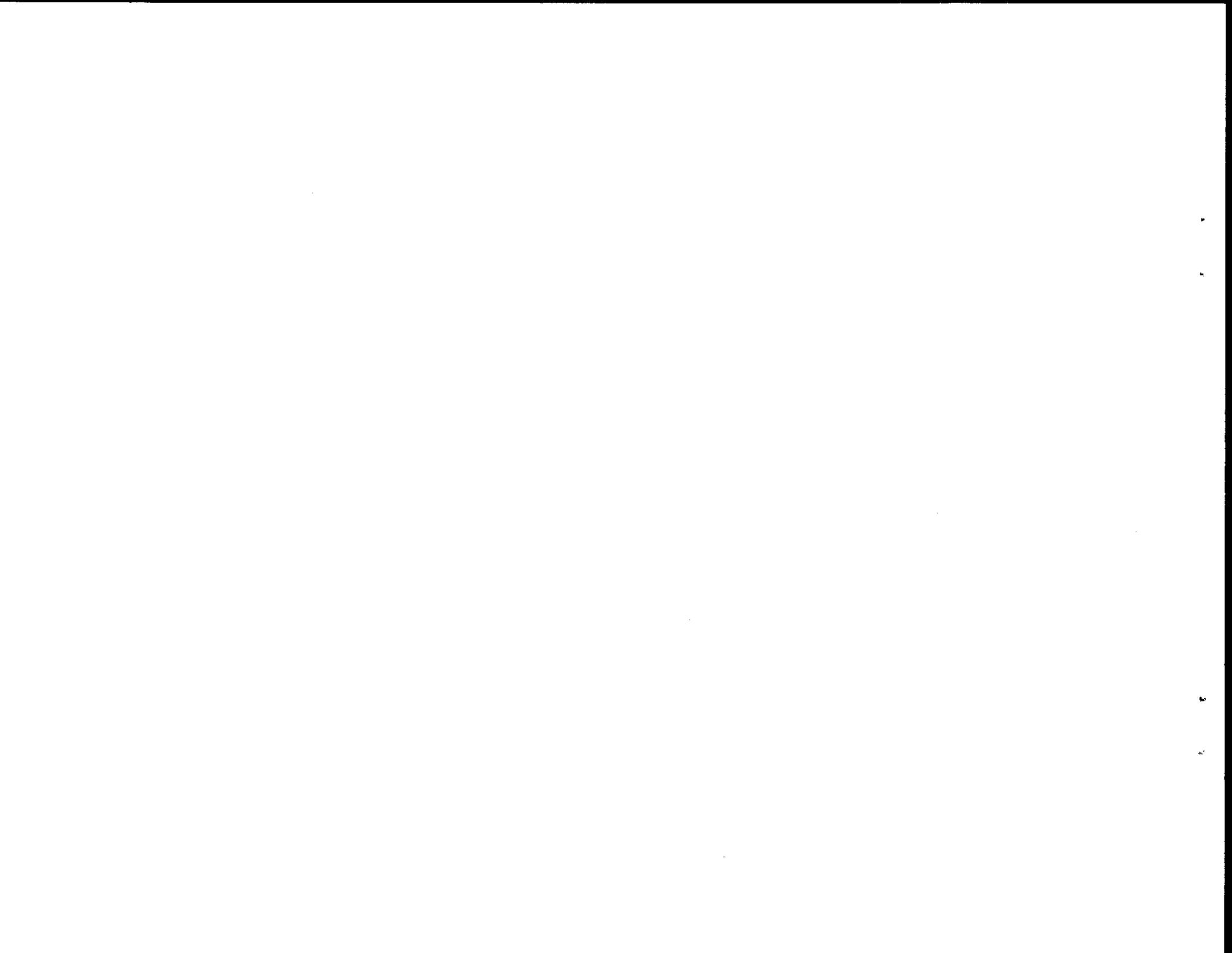
<sup>20</sup> Cfr. *supra* nota 16.

serán muchas las opciones a las que pueda recurrir en relación con el contenido de la ley.

Tanto la reiterada aplicación de la prueba negativa de la universalización (es decir, la comprobación de la universal aplicabilidad de las normas en cuestión) como el esfuerzo encaminado a ir eliminando cualquier posible divergencia entre las mismas (e incluso con criterios de justicia todavía inarticulados pero ya generalmente aceptados) pueden, a lo largo del tiempo, transformar radicalmente el inicial sistema normativo. Ahora bien, aunque la aludida prueba negativa puede sernos útil en la labor de ir seleccionando y modificando el contenido de determinado esquema, nunca será capaz de ofrecernos justificación alguna en cuanto a la validez de la totalidad del mismo. Irrelevante a la vez que inútil resulta intentar dilucidar a partir de qué concreto sistema de normas arrancó en su día la evolución de referencia. Y no resulta improbable pensar que quizá determinado sistema normativo supere en tal medida a todos los demás en cuanto a que con mayor eficacia sea capaz de propiciar la génesis de la Gran Sociedad, que las ventajas aparecidas en cada una de las sucesivas etapas evolutivas conduzcan a que, aun partiendo de diferentes sistemas iniciales, se llegue a producir un proceso similar al que los biólogos denominan «evolución convergente» en virtud del cual, bajo la presión de la «exigencia social»<sup>21</sup>, aparezca en diferentes momentos y lugares un único tipo de esquema normativo basado en el respeto a la propiedad privada y en la relación contractual. Porque, en efecto, parece innegable que, dondequiera que la Gran Sociedad ha surgido, prevalecía también un sistema comprensivo de lo que David Hume denominaba «las tres leyes fundamentales de la naturaleza: la estabilidad de la propiedad privada, su transmisión por consentimiento, y el cumplimiento de los compromisos pactados»<sup>22</sup>. O, lo que es lo mismo, en los términos utilizados por un moderno autor para encuadrar cual-

<sup>21</sup> Cfr. D. HUME, *Enquiry, Works*, IV, pág. 195: «Todas estas instituciones surgen simplemente porque la sociedad humana precisa de ellas.»

<sup>22</sup> D. HUME, *Treatise, Works*, II, pág. 293.



quier moderno sistema jurídico, «la libertad de construcción, la inviolabilidad de la propiedad y la obligación de compensar por los daños producidos»<sup>23</sup>.

Aquellos sobre quienes recaiga la responsabilidad de articular, interpretar y desarrollar el existente esquema de normas, por lo tanto, lejos de poder imponer de manera arbitraria su irrestricta voluntad, habrán de dedicarse a resolver determinados problemas concretos. Quizá les haya correspondido la aludida función porque se les haya considerado especialmente aptos para llevar a buen término la tarea de elaborar normas concordes con el prevalente sentido de justicia, así como para lograr insertarlas adecuadamente en el existente sistema normativo. Y pese a que la ignara interpretación constructivista acerca del origen de las instituciones sociales pretenda atribuir el nacimiento de la norma legal a alguna resolución individual, tal supuesto no deja de ser tan antitético a la realidad a la par que mítico como aquel otro que pretende atribuir a un pacto el origen de la agrupación social.

No se les ha otorgado a quienes incumbe la responsabilidad de formular las leyes ilimitado poder para instituir cuantas disposiciones consideren oportunas. Fueron elegidos, por el contrario, dada su supuesta habilidad para descubrir fórmulas operativas, eficaces y generalmente satisfactorias. Ciertamente que, con frecuencia, ese acertado comportamiento les llevará a posiciones sociales propicias a que puedan seguir disfrutando de la confianza de las gentes cuando, en realidad, no sean ya merecedores de ella; o para mantenerse en el poder cuando el oportuno respaldo popular les haya sido ya negado. Pero todo ello en nada modifica la circunstancia de que, en su día, obtuvieran la autoridad en razón a su supuesta habilidad de llevar a cabo la función que determinado orden social precisa: descubrir aquello que las gentes consideran justo. No deriva, en definitiva, su autoridad de una supuesta capacidad de hacer justicia, sino de descubrirla.

La tarea de plasmar un sistema legal es, por lo tanto, labor

<sup>23</sup> LEÓN DUGUIT, mencionado por J. WALTER JONES, *Historical Introduction to the Theory of Law* (Oxford, 1940), pág. 114.

intelectual cuajada de dificultades. Presupone la axiomática aceptación de determinadas normas y la circunscripción del esfuerzo legislativo al sistema por ellas acotado. Trátase de un esfuerzo que con mayor o menor acierto podrá ser realizado, pero que, por lo general, veda a quienes como legisladores hayan recibido el respaldo popular la posibilidad de actuar de manera arbitraria. Es una labor que más se asemeja a la búsqueda de la verdad que a la construcción de un nuevo edificio. Y, a lo largo del esfuerzo orientado a ordenar y a reconciliar entre sí un complejo conjunto de reglas inarticuladas, para así integrarlas paulatinamente en un sistema normativo explícito, aparecerán con frecuencia situaciones conflictivas que, a la luz de los principios más generalmente aceptados, nos obligarán a repudiar alguna de las normas hasta entonces reputadas válidas. Pero el principio fundamental deberá ser siempre que la justicia (es decir, la norma generalmente aplicable) prevalezca sobre el impulso circunstancial, incluso en aquellos casos en los que éste sea mayoritariamente compartido.

Aunque en esta materia nuestro particular sentido de la justicia constituirá normalmente la base de partida, no cabe considerar definitivo ni infalible lo que en cada caso éste nos dicte, ya que pudiera tratarse de error manifiesto. Porque, aunque la justificación de nuestra opinión acerca de la justicia de determinada norma nos haya obligado a aplicarla universalmente, ello no excluye que, más tarde, puedan surgir casos en los que, de no hallarnos ya comprometidos, desearíamos no tener que aplicarla, evidenciándose con ello que lo que hasta entonces habíamos considerado correcto criterio de justicia, en realidad no lo es. De cara al futuro, en consecuencia, quizá nos veamos obligados a reajustar la norma en cuestión. La comprobación de la existencia de una insalvable discrepancia entre nuestro intuitivo sentido de la justicia y el conjunto de normas que también consideramos oportuno conservar puede obligarnos a revisar el mencionado criterio.

Más adelante analizaremos con mayor detenimiento la cuestión relativa a las modificaciones que, en orden a la preservación del esquema social, convendrá introducir en las normas aceptadas para hacerlas aplicables a todos por igual. Con cierta

frecuencia constataremos que efectos que nos parecen injustos pueden no serlo, por tratarse de inevitables consecuencias del justo comportamiento de todos los implicados. En definitiva, en el orden abstracto que el mundo civilizado conoce —engendradora de la mayor parte de las correspondientes ventajas— el principio rector deberá ser siempre el intelecto y no la intuitiva inspiración acerca de lo que pueda antojársenos bueno. Los esquemas morales hoy existentes albergan sin duda ciertos resabios de las primigenias etapas evolutivas que, a partir de la pequeña horda, dieron paso a la organización tribal y luego a las más complejas agrupaciones de clanes para, a través de los sucesivos estadios, alumbrar finalmente la Gran Sociedad. Y aunque ciertas normas o criterios surgidos a lo largo de dichas sucesivas etapas presupongan la necesaria aceptación de las más primitivas, otras habrá que sean incompatibles con algunos de los nuevos elementos del sistema.

#### LAS IMPLICACIONES DEL CARÁCTER NEGATIVO DE LA PRUEBA DE JUSTICIA

El que la humanidad disponga de criterios negativos acerca de lo que es injusto y, por el contrario, no disponga de criterio alguno positivo de justicia, es circunstancia en diversos aspectos trascendental. Significa, en primer lugar, que aunque no podamos construir un sistema legal totalmente nuevo mediante la progresiva eliminación de la injusticia, sí está en nuestra mano lograr la paulatina transformación del existente en otro más justo. En el proceso de elaboración de un conjunto de normas merecedoras de general aceptación, dispondremos de un criterio «objetivo» acerca de lo que es injusto (interpretando el término «objetivo» en el sentido de ser, aunque no universal, interpersonalmente válido para cuantos miembros de la comunidad estén dispuestos a reconocer la validez de la mayor parte de las restantes normas). La aludida prueba de injusticia, por lo tanto, aunque no nos permita edificar un sistema social totalmente nuevo, puede alumbrar el camino conducente a la adecuada evolución del ya existente.

Llegados a este punto, conviene advertir también que Kant, en su investigación filosófica sobre la ley, atribuía a su imperativo categórico el aludido sentido negativo en relación con la ley existente. Tal circunstancia ha pasado a menudo inadvertida porque, por el contrario, en el análisis de los fenómenos morales, Kant aplicó el citado principio como si, a partir del mismo, y por algún proceso de tipo deductivo, resultara posible elaborar todo el esquema moral. En lo que a la filosofía de la ley respecta, sin embargo, Kant fue plenamente consciente de que el imperativo categórico proporcionaba tan sólo una necesaria aunque no suficiente condición de justicia, es decir, una condición similar a lo que nosotros hemos denominado prueba negativa o de la universalización que nos permite ir progresivamente eliminando la injusticia. Con mayor lucidez que muchos otros filósofos posteriores advirtió que, por haber logrado superar la mencionada prueba, «las disposiciones jurídicas deben hacer abstracción de todo concreto fin particular, asumiendo con ello esos aspectos negativos y limitativos que restrictivamente configuran el ejercicio de la libertad»<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. M. J. GREGOR, *Laws of Freedom* (Londres, 1964), pág. 81. Cfr. también la afirmación consignada pocos párrafos más arriba en el sentido de que las «leyes jurídicas... nos prohíben simplemente emplear ciertos medios para obtener cualquier fin deseado». Y la página 42 para la descripción del carácter negativo de la prueba propugnada por Kant como «simplemente la limitación de la libertad a través de la condición formal de su profunda consistencia consigo misma».

Debo a este excelente libro el haberme podido percatar de hasta qué punto coinciden mis conclusiones con la filosofía kantiana de la ley, sobre la cual, aparte referencias ocasionales, no había vuelto a reflexionar desde mi época estudiantil. Lo que no había advertido, antes de haber leído el libro de Miss Gregor, es que Kant, en su filosofía de la ley, insiste en el uso del imperativo categórico como prueba negativa, y que no intenta —como hace en su filosofía moral— utilizarlo como una base de partida de procesos deductivos, a través de los cuales quema inferir el contenido positivo de las normas morales. Ello me inclina poderosamente a pensar, aunque no pueda ofrecer prueba favorable alguna al respecto, que, contrariamente a lo que en general se supone, Kant no descubrió el principio del imperativo categórico a lo largo de sus reflexiones sobre la moral para, posteriormente, aplicarlo a la ley, sino que descubrió más bien su básica concepción en el análisis que

Significativo resulta advertir el paralelismo existente entre esta concepción negativa y limitativa de las normas de justicia y la moderna teoría del conocimiento según queda expresada, por ejemplo, en la obra de Karl Popper<sup>25</sup>. Las leyes naturales se conciben, en efecto, como prohibiciones cuya validez justifica el repetido fracaso de todo esfuerzo orientado a evidenciar su falsedad; prueba que, en última instancia, implica la comprobación de la coherencia interna del sistema general cognoscitivo. El citado paralelismo entre una y otra rama del saber vuelve a producirse en el hecho de que sólo un ininterrumpido esfuerzo por eliminar lo falso o lo injusto puede aproximarnos tanto a la verdad como a la justicia, si bien nunca nos procurará la certeza de haber alcanzado la verdad o la justicia absolutas.

Parece ser, pues, que, en la misma medida en que no resulta posible establecer a nuestro antojo la verdad, tampoco la justicia depende de un simple acto volitivo. Aunque nuestro deseo de que algo sea justo logre prevalecer sobre nuestra razón durante algún tiempo, ciertas exigencias mentales han de producir los correspondientes e ineluctables efectos. Y aunque, a través de espúreos razonamientos, llegásemos a convencernos de que algo que deseáramos fuera justo lo es, es lo cierto que tal coincidencia depende sólo de la razón y no de arbitraria decisión. No será, pues, una discrepante opinión ajena, ni reacción sentimental íntima alguna lo que nos impida concebir como justo lo que no lo es. Más bien será la consistencia lógica —sin la cual la función cognoscitiva resulta inimaginable— lo que nos obligue a hacer compatible la norma en cues-

Hume hace en torno a la ley para, posteriormente, aplicarlo a la moral. Pero mientras su brillante reflexión sobre el desarrollo de la norma legal y su correspondiente insistencia en el carácter negativo y autónomo de la misma me parece uno de sus más definitivos logros, su tentativa de transformar lo que en el campo legal es prueba de justicia aplicable a un cuerpo de normas ya existente en una premisa de la cual quepa derivar deductivamente el sistema de normas estaba condenado al fracaso.

<sup>25</sup> KARL R. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery* (Londres, 1955), *The Open Society and its Enemies* (esp. 4th ed., Princeton, 1963), y *Conjectures and Refutations* (2.ª ed., Londres, 1965).

ción con las restantes normas de comportamiento que también consideramos válidas.

El opuesto planteamiento, según el cual los criterios de justicia deben ser de tipo positivo, ha tenido, en el curso del tiempo, notable influencia. El liberalismo clásico suponía la existencia de una justicia objetiva. Por ello, cuando el positivismo jurídico llegó a evidenciar la inexistencia de criterios positivos de justicia, se popularizó la espúrea conclusión de que debería descartarse toda posibilidad de hacer referencia a los mismos. En gran medida, tal error deriva directamente del positivismo jurídico<sup>26</sup>. De esta aparente imposibilidad concluyó la citada escuela que todo lo relativo a la justicia es cuestión puramente emocional, opinable y relativa, supuesto que, de ser cierto, habría hecho peligrar el modelo liberal clásico<sup>27</sup>.

La aludida conclusión positivista, sin embargo, deriva del erróneo supuesto según el cual los criterios de justicia deben ser de tipo positivo, es decir, traducibles a premisas a partir

<sup>26</sup> Cfr. p. ej., la afirmación de G. RADBRUCH citada más adelante, en la nota 69.

<sup>27</sup> En cuanto a este proceso, cfr. JOHN H. HALLOWELL, *The Decline of Liberalism as an Ideology with Particular Reference to German Politico-Legal Thought* (California, 1943), especialmente las páginas 77 y 111 y sigs. Hallowell pone de relieve cómo los principales teóricos liberales del Derecho, en la Alemania de finales del siglo XIX, a causa de su aceptación del enfoque positivista, que consideraba toda ley como creación deliberada del legislador, al volcar la atención sobre la constitucionalidad del acto legislativo y desatender el contenido de la norma establecida, perdieron toda su capacidad de resistencia a la sustitución del *Rechtsstaat* «material» por el meramente «formal» y contribuyeron al descrédito del liberalismo al ligarlo con el positivismo jurídico, tesis con la cual es fundamentalmente incompatible. Tal realidad viene también reflejada en los primeros escritos de CARL SCHMITT, especialmente en su *Die geistesgeschichtliche Lage des deutschen Parlamentarismus* (2.ª ed., Munich, 1926), pág. 26: «Konstitutionelles und absolutistisches Denken haben also an dem Gesetzesbegriff ihren Prüfstein, aber natürlich nicht an dem, was man in Deutschland seit Laband Gesetz im formellen Sinn nennt und wonach alles, was unter der Mitwirkung der Volksvertretung zustandekommt, Gesetz heisst, sondern an einem nach logischen Merkmalen bestimmten Satz. Das entscheidende Merkmal bleibt immer, ob das Gesetz ein genereller, rationaler Satz ist, oder Massnahme, konkrete, Einzelverfügung, Befehl.»

de las cuales quepa deducir todas y cada una de las normas de comportamiento. Ahora bien, aceptado el supuesto de que la prueba de justicia de un acto no tiene por qué depararnos la posibilidad de construir un sistema integral de normas de comportamiento, sino que nos autoriza tan sólo a ir persistentemente aplicando dicha prueba negativa a las diferentes partes de un preexistente y heredado sistema buena parte de cuyas reglas gozan ya de universal respeto, resulta perfectamente posible coincidir con el supuesto positivista relativo a la inexistencia de criterios positivos de justicia, sin que por ello debamos renunciar a la idea de que la evolución del esquema legal no pueda ser fruto de arbitraria decisión sino de inmanente exigencia, ni a la de que la adecuada solución de los problemas relativos a la justicia haya de surgir del descubrimiento y no de arbitraria decisión estatutaria. De la inexistencia de criterios positivos de justicia no cabe concluir que la voluntad deba prevalecer incontrolada. La justicia, en efecto, puede obligarnos a desarrollar de determinada manera el existente orden legal. Y puede también poner de relieve que la eliminación de la injusticia exige la oportuna evolución de ciertas normas de comportamiento.

El positivismo jurídico se ha convertido en uno de los factores que en mayor medida han contribuido a minar el modelo liberal clásico (basado en el supuesto de la existencia de una justicia ajena al logro de concretos resultados). Junto con otros tipos de pragmatismo constructivista, tales como los propugnados por William James<sup>28</sup>, John Dewey<sup>29</sup> o Vilfredo Pareto<sup>30</sup>,

<sup>28</sup> WILLIAM JAMES, *Pragmatism* (reimpresión, Nueva York, 1940), página 222: «'La verdad' es, en resumen, tan sólo lo práctico en el ámbito del pensamiento, al igual que lo justo lo es en lo referente al comportamiento.»

<sup>29</sup> JOHN DEWEY y JAMES TUFT, *Ethics* (Nueva York, 1908 y después); JOHN DEWEY, *Human Nature and Conduct* (Nueva York, 1922 y posteriormente); y *Liberalism and Social Action* (Nueva York, ed. de 1963).

<sup>30</sup> VILFREDO PARETO, *The Mind and Society* (Londres y Nueva York, 1935), párrafo 1210: «Cuando una persona dice: 'eso es injusto', lo que pretende decir es que ello ofende sus sentimientos en cuanto referidos al equilibrio social al que el sujeto está habituado.»

tal enfoque es radicalmente antiliberal, aunque haya llegado a ser la base y fundamento de ese pseudoliberalismo que durante las últimas décadas ha acabado usurpando el empleo del término liberal.

#### LA IDEOLOGÍA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Dada la existencia de una cierta ambigüedad en torno al significado concreto de la expresión «positivismo jurídico», y puesto que ésta es utilizada en muy diversos sentidos<sup>31</sup>, convendrá iniciar su estudio con un comentario dedicado a aclarar el significado original de la expresión «derecho positivo». Evidenciaremos, al respecto, que la implícita insinuación de que tan sólo la ley deliberadamente establecida es verdaderamente ley sigue constituyendo la tesis central de la doctrina positivista, tesis de la cual derivan todos sus restantes asertos.

Como ha quedado ya consignado<sup>32</sup>, el término «positivo», en su aplicación al campo de la normativa legal, deriva del latín «positus» (establecido) o «positivus», vocablos a su vez enraizados con la expresión griega «thesei», que aludía a lo que es creación de la voluntad humana, en contraste con lo que, aunque surja de manera natural, no es producto de humana invención, concepto este último para el que se reservaba el vocablo «physei» (por razón de naturaleza). El énfasis puesto en el supuesto que la ley haya de ser siempre producto de la humana creación es, evidentemente, coetáneo del moderno positivismo jurídico y queda claramente recogido en la afirmación de Thomas Hobbes según la cual «non veritas sed auctoritas facit legem»<sup>33</sup>, así como en su aserto de que la norma legal está constituida por «los mandatos emitidos por quienes disfrutan de la capacidad legislativa»<sup>34</sup>. Pero fue, desde luego,

<sup>31</sup> Cfr. H. L. A. HART, *op. cit.*, pág. 253.

<sup>32</sup> Cfr. vol. I, pág. 40.

<sup>33</sup> THOMAS HOBBS, *Leviathan*, cap. 26, ed. Latina (Londres, 1651), pág. 143.

<sup>34</sup> THOMAS HOBBS, *Dialogue of the Common Laws* (1681), en *Works*, vol. VI, pág. 26.

Jeremy Bentham quien con mayor crudeza formuló el citado principio al afirmar que «todo sistema legal comprende leyes de una doble especie, estando la primera integrada por disposiciones concretamente elaboradas por entes autorizados y competentes; ley que cabe denominar real, verdadera o legislativamente engendrada; ley que las autoridades inglesas distinguen con el apelativo de estatutaria. Cabe, por el contrario, reservar para el conjunto de normas supuestamente establecidas por la segunda de las vías apuntadas los calificativos de ley inexistente, irreal, imaginaria, ficticia, espúrea o ley jurisprudencial. El ordenamiento jurídico inglés atribuye a este tipo de normativa legal los inadecuados y poco específicos términos de ley no escrita o común»<sup>35</sup>. Es de Bentham de quien John Austin deriva el concepto según el cual «toda ley debe ser establecida por algún ser dotado de inteligencia» y también que «no puede haber ley alguna sin que exista el correspondiente acto legislativo»<sup>36</sup>. Este fundamental enfoque del positivismo jurídico es también consustancial a su más moderna versión, la sustentada por Hans Kelsen, tal como queda reflejada en su sugerencia de que «las normas que regulan el comportamiento nunca pueden derivar de la razón; sino de la humana volición»<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> JEREMY BENTHAM, *Constitutional Code* (1827), en *Works*, vol. IX, pág. 8 y cfr. *The Theory of Legislation*, ed. C. K. Ogden (Londres, 1931), pág. 8: «El sentido original de la palabra ley y también su sentido corriente es... la voluntad de mando de un legislador.»

<sup>36</sup> JOHN AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, 4.<sup>a</sup> ed. (Londres, 1879), vol. I, págs. 88 y 555. Cfr. también l. c., pág. 773: «Los derechos y deberes de las gentes políticamente subordinadas y los derechos y deberes de las personas privadas proceden de un ente común: el 'Estado Soberano'; cfr. también *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. H. L. A. Hart (Londres, 1954), pág. 124: «Estrictamente hablando, cada ley propiamente dicha es una disposición *positiva*. Porque ha sido implantada o establecida por su autor, individual o colectivo, o porque existe gracias a su creación o institución por parte de su autor colectivo o individual.»

<sup>37</sup> HANS KELSEN, *What is Justice?* (California, 1967), pág. 20. Aludiremos a aquellos trabajos de Kelsen, a los que principalmente nos referiremos en lo sucesivo, haciendo referencia al año de su publicación. Citaremos principalmente:

En la medida en que el aludido aserto pretenda establecer que *el contenido* de toda norma legal haya de ser siempre consecuencia de un deliberado acto de voluntad, no se trata sino de una simple variante de la espúrea tesis defendida por el constructivismo y es, por lo tanto, objetivamente inexacta. Existe, sin embargo, una ambigüedad fundamental en la afirmación de que la determinación de la ley es materia que corresponde al legislador, ambigüedad que permite a los constructivistas eludir ciertas conclusiones que, de manera demasiado clara, evidenciarían los errores que su más fundamental hipótesis conlleva<sup>38</sup>. La afirmación de que el legislador es quien determina la ley puede expresar simplemente que es él quien instruye a los entes encargados de su aplicación acerca de cómo proceder en cuanto al descubrimiento del contenido de la misma. En un sistema legal evolucionado donde corresponde a una única organización la responsabilidad de asegurar el cumplimiento de la ley, quien la domina (hoy en día el ente legislador) debe proporcionar a quienes la aplican tal tipo de orientación. Ello, sin embargo, en manera alguna presupone que sea el legislador quien determine *el contenido* de esa ley, contenido que incluso puede desconocer casi por completo. El legislador que recomienda que los tribunales, por ejemplo, se esfuercen por conseguir que el derecho común en todo momento prevalezca, puede tener muy limitada consciencia de su contenido; en este

1935, «The Pure Theory of Law», *Law Quarterly Review*, 51.

1945, *General Theory of Law and State* (Harvard).

1957, *What is Justice?* (California).

1960, *Reine Rechtslehre*, 2.<sup>a</sup> edición (Viena).

<sup>38</sup> El mismo Kelsen insiste repetidamente en que «es imposible 'desear' algo de lo que se es previamente ignorante» (1949, pág. 34, y 1957, pág. 273). Pero, como veremos, evita el escollo que ello representaría para las formas menos sofisticadas del positivismo, limitando la «voluntad» del legislador al acto de otorgar validez a la norma, con lo que el legislador que ha convertido algo en ley no precisa conocer el contenido de la ley que ha promulgado.»

El primer autor que recurrió a este truco fue, al parecer, THOMAS HOBBS. Cfr. *Leviathan*, cap. XXVI: «El legislador no es aquel que en primer lugar hace la ley, sino aquel a través de cuya autoridad las leyes continúan siendo leyes.»

sentido bien puede, por ejemplo, recomendar la aplicación y vigorización de las normas consuetudinarias o la prevalencia de los ideales de equidad y de recta intencionalidad. Reflejan los expuestos ejemplos diversas instancias en las que el contenido de la ley ninguna relación tiene con el legislador y respecto a las cuales la afirmación de que sea éste quien determine el contenido de la ley constituiría inexcusable abuso terminológico. El hecho de que el legislador se limite a establecer cuál debe ser el comportamiento de los tribunales en orden a descubrir la ley ninguna información facilita en cuanto a la mecánica según la cual se determine el contenido de la misma. Los positivistas, sin embargo, son de la opinión de que, una vez admitido que todos los sistemas legales debidamente evolucionados operan en la forma apuntada, queda simultáneamente justificado el aserto de que la voluntad del legislador es el factor condicionante del contenido de la ley, supuesto del que se derivan cuantos asertos básicos integran el enfoque positivista.

Es evidente que tal afirmación, si bien no deja de ser cierta por lo que respecta a las normas que gobiernan una organización, por lo que a las normas legales de recta conducta se refiere implica radical falacia, según ha sido demostrado repetidas veces por los estudiosos del derecho privado y especialmente de la *common law*<sup>39</sup>. Curioso resulta observar cómo los más conspicuos partidarios del positivismo jurídico han surgido en el seno de quienes se especializaron en el estudio del Derecho Público y eran por añadidura socialistas. Hombres proclives, por lo tanto, a soluciones de tipo organizativo y, al parecer, totalmente ajenos a las conclusiones alcanzadas por los investigadores del siglo XVIII, en el sentido de que cabe

<sup>39</sup> Los teóricos de la Historia del Derecho, por lo menos a partir de H. S. Maine, niegan que la ley repose en el mandato emitido por una autoridad soberana. Cfr. p. e., H. KANTOROWICZ, *The Definition of Law* (Cambridge, 1958), pág. 35: «Toda la tradición jurídica, en particular las aportaciones de los comentaristas italianos y de los pandectistas alemanes, carecería de sentido si la ley hubiera de ser considerada un cuerpo de preceptos emanados de un ente soberano.»

estructurar un orden espontáneo sobre la base del respeto a las normas de recto comportamiento.

Por tal razón, los positivistas han intentado en todo momento silenciar las diferencias que separan a las normas de recto comportamiento de aquellas otras que corresponden a la organización, reiterando incesantemente que cuanto abarca el concepto de ley es materia de la misma especie, e insistiendo, de manera especial, en que ninguna relación guarda la justicia con el proceso según el cual se va estructurando la ley. A partir de la negativa a admitir la posibilidad de que pueda haber criterios positivos de justicia, han llegado a la errónea conclusión de que tampoco puede haber prueba objetiva que permita contrastar la idoneidad del justo comportamiento —entendiendo, por añadidura, por justicia, no el correcto comportamiento individual, sino algo íntimamente ligado a la justicia distributiva—. Concluyen por tal vía, finalmente, como reveladoramente aseverara Gustav Radbruch, que, «si nada puede establecer lo que es la justicia, alguien deberá determinar, por lo menos, lo que es legal»<sup>40</sup>.

Tras demostrar sin dificultad alguna que el aspecto de la ley que principalmente suscita su interés (el relacionado con la organización gubernamental o el Derecho Público) nada tiene que ver con la justicia, pasan a afirmar que lo propio acontece con cuanto comúnmente recibe el apelativo de ley, incluidos aquellos esquemas normativos que propician un orden de tipo espontáneo. Pierden de tal suerte totalmente de vista el hecho de que las normas que exige el mantenimiento y potenciación del funcionamiento del orden espontáneo y aquellas otras que corresponden al gobierno de una organización operan de muy distinta manera. Conciben estos autores la existencia del Derecho Privado más bien como trasnochada e injustificable ano-

<sup>40</sup> GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (6.ª ed., Stuttgart, 1963), pág. 179: «Vermag niemand festzustellen, was gerecht ist, so muss jemand festsetzen, was rechtens sein soll.» Cfr. también A. BRECHT, *Political Theory* (Princeton, 1959), pág. 147: «La ciencia es incapaz de establecer la justicia de una realidad. Difieren las opiniones al respecto y, en términos absolutos, no corresponde a la ciencia respaldar a ninguna de ellas.»

maña. Para Radbruch, por ejemplo, «se trata de una parcela de la iniciativa libre que, aunque en constante retracción, por el momento sigue formando parte del omnicompreensivo ordenamiento de la cosa pública»<sup>41</sup>. Para Hans Kelsen, «todas las leyes verdaderas» son órdenes que condicionalmente otorgan facultades punitivas a las correspondientes autoridades<sup>42</sup>. Tal es el estado de cosas al que se está llegando bajo el influjo de los planteamientos positivistas, cuyas profecías están tomando visos de autorrealización.

La insistencia de los positivistas en que todo aquello que, como consecuencia de una determinada evolución histórica, recibe hoy *el nombre* de «ley» es necesariamente de una única especie, conduce a la exigencia de que, a efectos analíticos, se interprete la palabra ley de una manera única y general (es decir, integradora de todas cuantas instancias conllevan la aplicación del término ley) y que cuanto satisfaga la aludida definición deba, a cualquier efecto, ser tenido por ley. Ahora bien, tras la prolongada batalla librada por la humanidad, a lo largo de tantos siglos, por lograr establecer un «orden legal», término por el cual entendían nuestros antepasados no un orden autoritario, sino aquel tipo de orden que deriva de la individual obediencia a las normas de justo comportamiento; habida cuenta que casi durante el mismo período de tiempo el término ley

<sup>41</sup> GUSTAV RADBRUCH, «Vom individualistischen zum sozialen Recht» (1930), reimpresso en *Der Mensch im Recht* (Göttingen, 1957), pág. 39: «Für eine soziale Rechtsordnung (ist) das Privatrecht... nur ein vorläufig ausgesparteter und sich immer verkleinernder Spielraum für die Privatinitiative innerhalb des allumfassenden öffentlichen Rechts.» Cfr. también en su *Rechtsphilosophie*, pág. 224: «Der Sozialismus würde ein fast völliges Aufgehen des privaten Rechts im öffentlichen Recht bedeuten.»

<sup>42</sup> Véase H. A. L. HART, *The Concept of Law* (Oxford, 1961), pág. 35, en relación con la afirmación de H. KELSEN, en *General Theory of Law and State* (Harvard, 1945), pág. 63: «Nadie debe robar; si alguien lo hace será castigado... Si es que existe, la segunda norma contiene a la primera, siendo ésta la verdadera norma... La ley es la norma primaria que estipula la sanción.» Cfr. también KELSEN, 1957, pág. 248, donde la propiedad privada se considera la «función pública por excelencia» y se contempla la existencia de «un dominio específico de intereses 'privados' como una concepción de tipo ideológico.»

ha otorgado sentido a conceptos tales como el de «imperio de la ley», el *Rechtsstaat*, la separación de poderes, así como al correspondiente a la más tradicional concepción de la ley como salvaguarda de la libertad individual, a la par que ha servido, a través de tantos textos constitucionales, para establecer una aceptable limitación a la restricción de los derechos fundamentales; teniendo en cuenta todo ello, y a no ser que queramos dejar huero de contenido uno de los más fundamentales condicionantes de la civilización occidental, no resulta posible aceptar el aserto según el cual «cuando yo utilizo una palabra, ésta significa precisamente lo que yo quiero que signifique»<sup>43</sup>, ya haya sido el mismo emitido por Humpty Dumpty o por el profesor Glanville Williams<sup>44</sup>. Procede advertir que, al menos en determinados contextos —entre los que debe quedar incluido el legal—, la palabra «ley» tiene un específico significado que permite distinguirla del que le corresponde en otros; y que en tal sentido, lo que se denomina ley pueda diferir, en cuanto a su origen, atributos, función y contenido, de otras posibles interpretaciones.

Ahora bien, la definición de ley como algo comprensivo de todo aquello que emana de la voluntad del legislador conduce no sólo a la inclusión en la ley de todas las posibles manifestaciones de la aludida voluntad, sea cual fuere su esencia (la ley puede tener cualquier contenido)<sup>45</sup>, sino también a aceptar que, a través del examen de dicho contenido, no cabe establecer distinción alguna entre los diferentes asertos legales. Y, de igual manera, que la justicia no debe ser factor determinante

<sup>43</sup> LEWIS CARROLL, *Through the Looking Glass*, Capítulo VI.

<sup>44</sup> GLANVILLE WILLIAMS, «The Controversy concerning the Word 'Law'», *British Year Book of International Law*, XXII, 1945, versión revisada en P. Laslett (ed.) *Philosophy, Politics, and Society* (Oxford, 1956); y «Language and the Law», *Law Quarterly Review*, LXI y LXII, 1945 y 1946.

<sup>45</sup> H. KELSEN, «The Pure Theory of Law», *Harvard Law Review*, LI, 1935, pág. 517: «Cualquier contenido de la ley puede ser legal; no existe comportamiento humano que no pueda constituirse en contenido de una norma legal.» También *General Theory of Law and State* (Harvard, 1945), pág. 113: «Las normas legales pueden tener cualquier tipo de contenido.»

de la ley, sino consecuencia de la misma. Contrariamente a lo sostenido por la concepción tradicional, en el sentido de que la justicia antecede a la ley<sup>46</sup> o que, por lo menos, de alguna manera la limita en cuanto a su contenido, la hipótesis de que sea el legislador el creador de la justicia constituye la más característica afirmación del positivismo legal. Desde la opinión expresada por Thomas Hobbes —«no puede haber ley injusta»<sup>47</sup>— hasta la de Hans Kelsen «el término justo es sinónimo de legal o legítimo»<sup>48</sup>— los partidarios del enfoque positivista han orientado invariablemente sus esfuerzos hacia el descrédito de la idea de que la justicia pueda servir de guía en cuanto a la determinación del contenido de la ley.

#### LA «TEORÍA PURA DEL DERECHO»

La tesis fundamental sustentada por el positivismo jurídico a la que estamos haciendo referencia implica, sin duda, que el legislador no sólo debe indicar al juez cuál sea el procedimiento adecuado para identificar la ley, sino que le corresponde igualmente establecer, sin restricción alguna, el contenido de la misma. La «teoría pura del derecho» de Hans Kelsen constituye la más elaborada formulación de dicho planteamiento. Intenta el citado autor hacer plausible y verosímil su tesis recurriendo a una injustificable metamorfosis de los vocablos que lleva hasta límites tales que hasta a sus propios epígonos confunde.

En primer lugar, y por lo que se refiere a la relación que liga los conceptos de «ley» y «regla», sustituye Kelsen el término «regla» por el de «norma». Y, más adelante, haciendo violencia al lenguaje<sup>49</sup>, extiende el significado de este último

<sup>46</sup> Cfr. las citas de Paulus y Accursius, a las que se ha hecho referencia, vol. I, cap. IV, así como a la nota que encabeza este capítulo.

<sup>47</sup> THOMAS HOBBS, *Leviathan*, Parte I, capítulo 13.

<sup>48</sup> H. KELSEN, «The Pure Theory of Law», *Law Quarterly Review*, vol. 50, 1934, pág. 482.

<sup>49</sup> E. BODENHEIMEN, *Jurisprudence* (Harvard, 1962), pág. 169, describe con cierto fundamento este tipo de uso como una «contradictio in adjecto» (contradicción en los términos).

término hasta incluir en él las que el citado autor denomina «normas individuales», es decir, todo tipo de imperativo o expresa exigencia normativa. Utiliza, en segundo lugar, el término «orden» no en el sentido referido a una realidad fáctica, sino haciendo alusión a las normas reguladoras de una concreta organización<sup>50</sup>, vedándose a sí mismo, con ello, la posibilidad de advertir que tan sólo algunas de las normas de conducta pueden engendrar, en determinadas circunstancias, un orden social; y que, por tal razón, procede distinguir dichas normas de aquellas otras que gozan de diferente esencia<sup>51</sup>. Identifica,

<sup>50</sup> Este ha sido, desde luego, un hábito legal normal que adquirió popularidad entre los cultivadores de la ciencia social por obra de Max Weber, cuya influyente reflexión sobre la relación entre «orden jurídico y orden económico» (en *Max Weber of Law in Economy and Society*, ed. Max Rheinstein [Harvard, 1954], cap. I, sección 5; cfr. también cap. II, sección I) resulta, a los efectos por nosotros contemplados, totalmente inútil y es más bien nuestra representativa de una ampliamente extendida confusión. Para Weber el «orden» es, en el fondo, algo que debe «obligar», que debe gozar de «validez», o que debe ser impuesto por, o estar contenido en una máxima legal. El orden sólo existe como organización y para el citado autor la existencia de un orden espontáneo nunca llega a plantearse. Al igual que la mayor parte de los positivistas y de los socialistas, nos ofrece un planteamiento antropomórfico y concibe el orden no como *cosmos* sino como *taxis*. Hace para sí mismo de tal manera inviable la comprensión de los auténticos planteamientos teóricos de la ciencia social.

<sup>51</sup> Cfr. p. e., KELSEN, 1945, pág. 3: «La ley constituye una ordenación de la conducta humana y 'orden' implica un sistema de normas.» Véase también, pág. 98: «Un orden, un sistema de normas. En este orden —o, lo que es lo mismo, esta organización—...»; 1960, pág. 32: «Eine 'Ordnung' ist ein System von Normen, deren Einheit dadurch konstituiert wird, dass sie alle denselben Geltungsgrund haben»; y *Demokratie und Sozialismus* (Viena, 1967, pág. 100, nota: «So wie ja die Jurisprudenz nichts anderes ist als eine Ordnungslehre.» En una ocasión, por lo menos, alude Kelsen a una adecuada y defendible interpretación del orden «natural», pero evidentemente estima que mediante la misma ha logrado demostrar su carácter metafísico e irreal. En el ensayo *Die Idee des Naturrechts* (1928), reeditado en su *Aufsätze zur Ideologiekritik*, ed. E. Topitsch (Neuwied, 1964), pág. 75, escribe: «Unter einer 'natürlichen' Ordnung ist eine solche gemeint, die nicht auf dem menschlichen und darum unzulänglichen Willen beruht, die nicht auf dem menschlichen und darum unzulänglichen Willen beruht,

en tercer lugar, la «existencia» de una norma con su «validez», concepto que, a su vez, considera lógicamente derivado de un original acto decisorio de alguna inapelable autoridad o «norma básica»<sup>52</sup>. Y, en cuarto y último lugar, relaciona los vocablos crear, establecer, postular (*erzeugen, setzen*) con todo aquello «que a la acción humana se refiere»<sup>53</sup>, con lo que, no sólo lo que deriva de designio humano, sino también toda realidad de índole espontánea, como las reglas que regulan el lenguaje, la moral o la urbanidad, quedan automáticamente englobadas en el ámbito de las normas «positivas o intencionadas»<sup>54</sup>.

die nich 'willkürlich' geschaffen ist, sondern die sich gleichsam 'von selbst', aus einer irgendwie objektiv gegebenen, d. h. aber unabhängig vom subjektiv-menschlichen Willen existenten, dem Menschen aber doch irgendwie fassbaren, vom Menschen erkannten Grundtatsache, aus einem vom menschlichen Verstand nicht ursprünglich produzierten, aber von ihm doch reproduzierbaren Grundprinzip ergibt. Diese objektive Tatsache, dieses Grundprinzip, ist die 'Natur', oder in einem religiös-personifikativen Ausdruck 'Gott'.» Si en este sentido se interpreta el término «orden» como un orden real del comportamiento, «objetivo» como algo que sea independiente de la voluntad de *cualquier persona*, y «no producido por voluntad humana» como algo que no es consecuencia del comportamiento humano, sino del designio humano, todo el texto (excepto el último párrafo) no sólo se convierte en un aserto significativo, sino en un aserto que es cierto cuando se trata de órdenes sociales espontáneos.

<sup>52</sup> KELSEN, 1945, pág. 40: «La existencia de una norma legal implica su validez.» Cfr. también, págs. 30, 155 y 170, así como 1957, pág. 267: «Si afirmamos que una norma 'existe', ello significa que la misma goza de validez.» Igualmente en 1960, pág. 9: «Mit dem Worte "Geitung" bezeichnen wir die spezifische Existenz einer Norm.»

<sup>53</sup> KELSEN, 1945, págs. 115-22.

<sup>54</sup> KELSEN, 1960, pág. 9: «Da der Tatbestand der Gewohnheit durch Akte menschlichen Verhaltens konstituiert wird, sind auch die durch die Gewohnheit erzeugten Normen durch Akte menschlichen Verhaltens gesetzt, und sohin, wie die Normen, die ser subjektive Sinn von Gesetzgebungsakten sind, *gesetzte*, das heisst *positive* Normen.» Encuentro difícil creer que, en frases como las que siguen, las palabras que he puesto en cursiva, puedan haber sido consistentemente empleadas para significar el hecho de conferir validez y dotar de contenido a una norma: 1945, pág. 113: «Una norma es legalmente válida porque ha sido creada según una definida regla y solamente en virtud de ello»; *ibíd.*, págs. 392: las normas de la ley positiva «*derivan de la*

La conjunción de estas dos últimas interpretaciones engendra, a su vez, una *doble* ambigüedad. Por un lado, el aserto de que una norma es consecuencia de un concreto proceso puede significar, bien sea que su contenido es fruto de una determinada manera de actuar, o bien que una específica mecánica le ha otorgado la correspondiente validez. Pero también puede significar que el contenido de la misma es consecuencia de un comportamiento deliberado y racional, o bien que, aun siendo consecuencia del humano comportamiento, de hecho no obedece a concreto propósito humano (es decir, que se trata de un proceso «natural», en uno de los sentidos clásicos del término).

El análisis del aserto según el cual la «teoría pura del derecho» constituye una ciencia «normativa» (sea cual sea el significado que a esta expresión se pretenda dar) es tema que rebasaría el ámbito de este trabajo<sup>55</sup>. No se trata, desde luego,

voluntad arbitraria de la autoridad»; 1957, pág. 138: «La ley positiva creada por el hombre»; *ibíd.*, pág. 25: «Una norma pertenece a determinado orden legal sólo si ha adquirido existencia»; *ibíd.*, pág. 251: «La ley consuetudinaria, ley creada según un específico método»; *ibíd.*, pág. 289: «El orden social, denominado legal, intenta imponer a los hombres cierto tipo de conductas que el legislador considera deseables», lo que evidentemente parece referirse a la determinación del contenido de la ley; «On the Pure Theory of Law», *Israel Law Review*, I, 1966, pág. 2: «Para que una norma legal sea 'positiva' debe quedar establecida, es decir, estipulada o promulgada o, para decirlo metafóricamente, 'creada' a través de algún acto humano», y *Aufsätze zur Ideologiekritik*, ed. E. Topitsch (Neuwied, 1965), pág. 85: «Die Normen des positiven Rechtes gelten... weil sie auf eine bestimmte Art erzeugt, von einem bestimmten Menschen *gesetzt* sind.» Confieso mi incapacidad para captar el significado de una afirmación como la que sigue: «Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates», *Kant-Festschrift der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* (Berlín, 1924), pág. 220: «Auch das sogenannte Gewohnheitsrecht wird *gesetzt*, ist 'positiv', ist Produkt einer Rechtserzeugung, Rechtsschöpfung, wenn auch keiner *Rechtssatzung*», lo que literalmente significa que la ley consuetudinaria, aunque establecida, no es producto de un acto legislativo.

<sup>55</sup> Tal examen mostraría que la concepción propugnada por Kelsen respecto de una «ciencia» que «pretende descubrir la propia naturaleza de la ley» (1957, pág. 226) descansa en lo que Karl Popper denomina

de una ciencia empírica y sólo en el sentido del de la lógica o las matemáticas cabe considerarla ciencia. La teoría de referencia se ocupa de elaborar simplemente las consecuencias que de su propia definición de «ley» se derivan, llegándose por la aludida vía a identificar los conceptos de «existencia» y «validez» de una norma, quedando esta última categoría determinada por la posibilidad de que pueda ser deducida de una hipotética «norma básica». En ningún momento, sin embargo, queda adecuadamente justificada la «eficacia» práctica de todo el sistema normativo. Postúlase que tal definición de ley es la única, no sólo viable, sino incluso significativa y, al considerar auténtico «conocimiento» tan sólo aquel que la definición implícitamente contiene, la «teoría pura» no duda en negar contenido a cuantos asertos pretendan otorgar al término «ley» cualquier sentido más restringido o que de otra manera discrepe del postulado. Esto es especialmente cierto en lo que concierne al inicial aserto según el cual no cabe hacer distinción alguna entre un sistema legal en el que prevalezca el Estado de Derecho o *Rechtsstaat* y otro en el cual tal cosa no acontezca, por lo que todo orden legal, incluido aquel en el cual la autoridad disfruta de un poder ilimitado, constituye un Estado de Derecho.<sup>56</sup>

«esencialismo metodológico, es decir, la teoría que afirma que la finalidad de la ciencia es revelar esencias y describirlas por medio de definiciones» (K. POPPER, *The Open Society and its Enemies*, nueva edición, Princeton, 1963, vol. I, pág. 32). La consecuencia es que Kelsen presenta como «conocimiento» lo que es simplemente conciencia de una definición y se considera autorizado para calificar de falsos o carentes de sentido todos aquellos enunciados en los que el término ley se utiliza en un sentido más estricto que aquel que el autor considera el único legítimo. La «teoría pura del derecho» es por lo tanto una de esas pseudociencias que, como el marxismo y el freudismo, se consideran irrefutables por ser todos sus enunciados verdaderos por definición, pero que en cambio nada nos dicen acerca de la realidad. Kelsen, por lo tanto, no tiene por qué presentar como falsos o sin sentido aquellos enunciados en los que el término ley se utiliza en un diferente sentido.

<sup>56</sup> La afirmación de que cualquier Estado es Estado de derecho (*Rechtsstaat*) o de que la norma legal prevalece necesariamente en cualquier Estado, es una de las que con mayor frecuencia reitera Kelsen.

Las conclusiones inferidas de una definición, sin embargo, nada pueden revelarnos acerca del mundo real. Ahora bien, la insistencia en que el término «ley» sea utilizado en este sentido particular, así como en el supuesto de que no cabe, desde el punto de vista de la «ciencia» jurídica, establecer distinción alguna entre los distintos esquemas legales, intenta concretamente desacreditar cierta concepción que durante un largo tiempo ha inspirado tanto a la normativa jurídica como a la mecánica judicial y que ha propiciado el orden espontáneo que es consustancial a la sociedad libre. Asegura tal básica concepción que la coerción sólo está justificada si se utiliza para imponer un general respeto a las normas de recto comportamiento. El positivismo jurídico, por el contrario, pretende legitimar en igual medida el uso de la violencia que se halla al servicio de algún interés o fin particular.

Al analizar las más trascendentales instancias correspondientes a la aplicación de la ley —cuando, por ejemplo, el juez debe decidir acerca de cuál sea la regla a aplicar en un caso concreto— es cuando más claramente se advierte en cuán escasa medida puede el positivismo jurídico auxiliarnos en la tarea de formular la ley. En todos aquellos casos en los que el legislador nada indica al juez en cuanto a la manera adecuada de proceder a este respecto (tantas veces le dice tan sólo que deberá hacerlo de manera justa), el hecho de que su dictamen adquiera «fuerza de ley» nada nos dice en cuanto al contenido de la correspondiente norma. El juez está condicionado no sólo por las normas específicas cuya validez y vigencia proceden del legislador, sino también por las exigencias íntimas de un sistema normativo que, globalmente, nadie ha proyectado y cuyos elementos en alguna medida pueden todavía permanecer inarticulados; sistema que, aunque tiende hacia la consistencia, nunca la alcanzará con plenitud. La mencionada realidad pone de relieve que, ajeno a la voluntad y hasta a la propia consciencia del legislador, existe un sistema de normas generalmente acep-

Cfr., p. e., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Tubinga, 1911), página 249, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (Tubinga, 1922), pág. 190; 1935, pág. 486; 1960, pág. 314.

tado al que, con frecuencia, el legislador remite al juez. Tal es el significado cabal del aserto según el cual el juez puede hallarse condicionado por una ley cuyo específico contenido y existencia en nada dependen de legislador. En su labor investigadora podrán los tribunales acertar o fracasar, habida cuenta que el contenido normativo tan sólo implícitamente está inserto tanto en el sistema general de normas como en su conexión con el orden fáctico de los acontecimientos. De igual manera, resulta claro que, aunque la correspondiente decisión pueda legalmente adquirir validez (es decir, alcanzar fuerza de ley), no por eso queda eliminada la posibilidad de que el juez yerre dando a su dictamen un contenido opuesto a la ley. Pero cuando se hace el doble aserto de que una decisión judicial puede alcanzar «fuerza de ley» y al propio tiempo puede ser también «contraria a la ley», no hay duda de que el término «ley» está siendo utilizado en sentidos contradictorios, sentidos que, sin embargo, se intenta equiparar cuando se asigna análoga categoría tanto a la norma individual establecida por el juez como a aquella otra que su decisión infringe. El juez no puede lógicamente derivar la validez de una norma del acto que a él le otorga la capacidad de imponerla. A tal efecto, deberá apelar a las exigencias de un sistema de normas cuya existencia es ajena, por completo, tanto a su propia voluntad como a la del legislador.

El constante empleo, por parte de Kelsen y sus seguidores, de términos equivalentes al de «crear» para describir el proceso según el cual adquieren validez las normas o preceptos e incluso sistemas normativos completos dotados de existencia propia (es decir, que gozan de general aceptación y reconocimiento) y que pueden incluso ser anteriores al propio legislador (e incluso ser ignorados por éste), les lleva con frecuencia a conclusiones en modo alguno derivables de las premisas establecidas. Ahora bien, el hecho de que el contenido de un sistema de normas al que el legislador confiere validez pueda ser por completo ajeno a su voluntad, y la circunstancia de que, lejos de contemplar la posibilidad de sustituir el citado esquema de normas generalmente aceptadas por otro completamente original, el legislador ni siquiera se considere autorizado a ha-

cerlo, y esté incluso dispuesto a aceptar como dadas algunas de las mencionadas reglas, tiene fundamentales consecuencias. Porque, en efecto, implica que, en numerosas instancias en las que el legislador desearía modificar la ley, no podrá dictar las correspondientes normas de manera arbitraria, sino que su actuación deberá quedar contenida dentro de los límites marcados por aquella parte del esquema normativo que no está en su mano modificar. Dicho de otro modo: *la elección de la concreta norma que resulte razonable u obligado imponer dependerá del conjunto de reglas que de hecho sean observadas en determinado grupo social*. Aunque las aludidas dos especies de leyes puedan en algunos casos coincidir, las de la primera pueden comprender ciertas normas que, por ser generalmente respetadas, no resulte necesario imponer coactivamente; mientras que las de la segunda bien pueden incluir otras que las gentes voluntariamente no respeten, pero cuya observancia resulta esencial por causas similares a las que justifican el respeto de las primeras, razón por la cual quienes deseen someterse a las primeras pueden, con fundamento, exigir el respeto de las últimas.

Claro está que, según la definición positivista, hasta que dichas normas no gocen de validez, carecerán de existencia, es decir, no habrán alcanzado la categoría de ley o «norma». Preténdese, mediante tal piraeta dialéctica, justificar su vinculación a la arbitraria decisión del legislador. Pero este aserto, que el lector desprevenido podría erróneamente relacionar con el contenido de la ley, es tan sólo incontrovertible y tautológica afirmación, habida cuenta de las definiciones aceptadas. Pese a todo lo expuesto, el argumento suele ser utilizado para justificar afirmaciones tales como la de que «la ley positiva deriva de la arbitraria decisión de alguna autoridad»<sup>57</sup>; o que «las normas reguladoras del comportamiento humano nunca pueden emanar de la razón, sino de la voluntad»<sup>58</sup>. O, finalmente, que «la ley positiva es resultado de actos realizados, en el espacio y el tiempo, por algún ser humano»<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> KELSEN, 1946, pág. 392.

<sup>58</sup> KELSEN, 1957, pág. 20.

<sup>59</sup> KELSEN, 1957, pág. 295.

El constante empleo de expresiones similares a las consignadas produce la *suggestio falsi* (a la que sucumben también con tanta frecuencia los mismos que las utilizan) de que el contenido de la ley es y debe ser siempre resultado de alguna decisión humana. Lo cierto es, sin embargo, que, con gran frecuencia, no cabe, mediante arbitraria decisión, ni tampoco en base a las consecuencias que lógicamente se deriven de un previo acto decisorio, dar adecuada respuesta al crucial problema relativo a cuál sea la regla que en un concreto caso deberá ser aplicada. Tal decisión, por el contrario, habrá de ser más bien consecuencia de un proceso de índole racional merced al cual se determine cuál sea la regla que, en el aludido caso, es, por un lado, susceptible de universal aplicación y, por otro, compatible con las restantes normas que también son consideradas válidas. Se intenta justificar el aserto original que identifica la validez de la ley con su promulgación equiparando el concepto «establecer» con el de «otorgar validez», y este último con el de «refrendar por la autoridad». No es esto, sin embargo, lo que se pretendía expresar al afirmar que toda ley válida debe haber sido «decretada». Ni contribuye todo ello, en lo más mínimo, a descargar al juez de su responsabilidad de establecer el contenido de la ley; labor respecto a la cual bien puede el legislador haberle referido a la investigación de una «ley natural» que, integrada por reglas ya existentes (en el sentido normalmente atribuido a esta palabra), nada tiene que ver con la voluntad del legislador. La existencia de un reconocido procedimiento conducente a descubrir lo que deba ser considerado justo no excluye que el mismo pueda depender del prevalente concepto de justicia, incluso cuando, en la mayor parte de los casos, la obligada aplicación de una solución concreta impida recurrir a los principios generales de justicia.

La insistencia en que el término «ley» sea empleado e interpretado siempre en el sentido establecido por el positivismo jurídico y, de manera especial, el supuesto de que, a efectos legales, son intrascendentes las diferencias funcionales que distinguen entre sí a los dos tipos de normas que los cuerpos legislativos establecen persiguen, en el presente contexto, la concreta finalidad de eliminar cualquier tipo de limitación al poder

legislativo derivable del deseo de circunscribir su actuación a determinado entorno. Inténtase neutralizar, en otras palabras, la doctrina explícitamente desarrollada por John Locke, según la cual «la autoridad legislativa es una autoridad que solamente debe ser ejercida de una particular manera... quienes la ejercen deberán tan sólo promulgar normas generales»<sup>60</sup>.

En este orden de ideas el positivismo jurídico equivale simple y llanamente a la ideología del socialismo —si es que se nos permite englobar a todas las demás variantes del constructivismo bajo el título correspondiente a la más influyente y respetable de ellas— y de la omnipotencia del poder legislativo. Se trata de una ideología surgida del deseo de controlar integralmente el orden social y que parte del supuesto de que cabe, a nuestro antojo, determinar cualquier aspecto del mismo.

En el caso concreto de la «teoría pura del derecho» esta ideológica adherencia queda aún en mayor medida reflejada en el entusiasmo con que sus partidarios recurren a ella para tachar de improcedentes y de «ideológicamente» inspiradas ciertas fundamentales conclusiones inferidas por otros autores con relación al significado de la ley. En el específico sentido en que, en forma constante aunque no siempre consistente, el término ley fue empleado, tanto en la antigüedad como modernamente, por una serie de autores que, pasando por Locke, Hume, Bentham, enlaza a Grotius con Emil Brunner, la ley es inseparable de la propiedad privada a la vez que condición esencial a la libertad individual. Ahora bien, mientras que el aludido enfoque resulta acertado en relación con aquellas genéricas normas de justo comportamiento que propician la formación de un orden espontáneo, es erróneo en lo que respecta a los específicos preceptos que corresponden al orden propio de una organización. Por otra parte, para quienes con-

<sup>60</sup> M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers* (Oxford, 1967), pág. 63, ensayo fundamentalmente basado en la obra de JOHN LOCKE, *Second Treatise of Government*, XI, párrafo 142: «Deben gobernar mediante leyes promulgadas y establecidas, que, en ningún caso concreto, deberán alterar. Deberá aplicarse una misma regla a ricos y pobres, al privilegiado cortesano y al labriego que labora para ganar su pan mediante el arado.»

sideran que el poder del legislador debe tener carácter limitado, la libertad individual es algo ilusorio<sup>61</sup> que identifican con la libertad colectiva, es decir, con la democracia<sup>62</sup>. El positivismo jurídico ha llegado a ser así el fundamental soporte ideológico del poder democrático ilimitado.

Obvio resulta, sin embargo, que, en tal supuesto, la ley dependerá tan sólo de las concretas decisiones mayoritariamente adoptadas, por lo que —como afirma Kelsen— «en los planteamientos racionales intervienen sólo humanos intereses, que engendran los correspondientes conflictos de intereses; conflictos cuya solución exigirá la prevalencia de unos sobre otros, o bien la plasmación de alguna fórmula transaccional, resultando imposible evidenciar cuál de las apuntadas fórmulas debe ser reputada justa»<sup>63</sup>.

La inexistencia de una contrastación *positiva* de la justicia se ofrece como evidencia de que ninguna prueba de justicia puede permitirnos determinar si una concreta norma legal es o no válida<sup>64</sup>. Pero, desde luego, ni siquiera se contempla la posibilidad de que exista una prueba negativa susceptible de determinar la justicia de ciertas normas.

Históricamente, sin embargo, fue la búsqueda de la justicia lo que engendró el sistema de reglas generales que propician y mantienen el orden espontáneo. Para plasmar un orden del tipo aludido no es imprescindible que el ideal de justicia determine el contenido concreto de las normas consideradas justas (o por lo menos no injustas). Debe simplemente disponerse de

<sup>61</sup> HANS KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Tübinga, 1920), pág. 10: «Die im Grunde genommen unrettbare Freiheit des Individuums», que en la segunda edición de 1929, pág. 13 se transforma en: «im Grunde unmögliche Freiheit des Individuums».

<sup>62</sup> KELSEN, 1957, pág. 23: «Democracia, por naturaleza, significa libertad.»

<sup>63</sup> KELSEN, 1957, págs. 21 y sigs. En 1945, pág. 13, hace casi literalmente la misma afirmación.

<sup>64</sup> Cfr. *ibid.*, pág. 295: «Aquel que niega la justicia de una tal ley, es decir, de la ley positiva, y afirma que la ley así denominada no es verdadera ley, debe probar su aserto. Pero esta prueba deviene prácticamente imposible desde el momento en que no existe un criterio objetivo de justicia.»

una prueba negativa que progresivamente permita ir eliminando aquellas normas que, por no poder ser generalizables de manera compatible con las restantes normas cuya validez no cabe cuestionar, deben ser reputadas injustas. En este sentido, por lo menos en teoría, pueden ser varios los sistemas de normas de comportamiento capaces de superar la aludida prueba. La existencia de diferentes criterios de justicia no excluye la posibilidad de que objetivamente una prueba negativa de injusticia concuerde con algunos, aunque no con todos los esquemas existentes. La persecución de un ideal de justicia (al igual que la búsqueda de la verdad) no presupone que aquello que se considere justo lo sea; tan sólo cabe identificar lo que es injusto (o erróneo). En relación con las reglas de adecuado comportamiento, la ausencia de injusticia es condición necesaria pero no suficiente. Debe quedar incontestado, por el momento, el interrogante de si, dado un concreto nivel de conocimientos, la persistente aplicación de la citada prueba negativa producirá o no, tal como hemos sufrido, una convergente evolución que finalmente desemboque en un sistema final único.

Nuestro aserto de que la teoría pura del derecho elaborada por Kelsen no es sino una ideología no implica planteamiento crítico alguno por nuestra parte (aun cuando sus partidarios así lo estimen). Dado que tras cualquier orden social hay siempre alguna ideología, los criterios que, en el ámbito del orden social, permitan identificar la ley tendrán también determinada base ideológica. En lo que se refiere a la teoría pura del derecho, conviene insistir especialmente en ello por la única y exclusiva razón de que es su autor quien se vanagloria precisamente de haber evidenciado que todas las restantes teorías del derecho son tan sólo simples ideologías<sup>65</sup> y se atreve a afirmar que la única que se halla libre del aludido defecto es la suya. Esta *Ideologiekritik* llega incluso a ser considerada

<sup>65</sup> Por ejemplo, en «Was ist die Reine Rechtslehre?» en *Demokratie und Rechtsstaat, Festschrift für Z. Giacometti* (Zurich, 1953), pág. 155: «Von den vielen in der traditionellen Jurisprudenz vorgebrachten Doktrinen, die die Reine Rechtslehre als politische Ideologien aufgezeigt hat...»

por algunos de sus epígonos como uno de sus grandes logros<sup>66</sup>. Pero, admitido que todo orden cultural ha de apoyarse en alguna ideología, es evidente que Kelsen se limita a sustituir una ideología por otra que postula que los órdenes que sobre la fuerza reposan son todos de especie similar, por lo que todos los órdenes merecen ser considerados generadores de un «estado de derecho», término que antaño tan sólo se utilizaba para designar un tipo particular de orden que, de manera exclusiva, permitía garantizar la libertad individual. Pese a que, en el esquema establecido, la afirmación de Kelsen resulta tautológicamente verdadera, no le asiste por ello derecho alguno a negar validez, como reiteradamente hace<sup>67</sup>, a otras proposiciones en las que, como no desconoce el autor de referencia, el término «ley» se emplea en muy diferente sentido. El significado del término «ley» sólo puede derivar del sentido que le atribuyan quienes forjaron el actual orden social; y nunca resultará posible otorgarle una interpretación que cubra cuantos significados haya podido tener el referido término. Para aquellos antepasados nuestros el concepto de ley no significaba, como para Kelsen, cualquier «técnica social» que en la violencia se base, sino tan sólo aquella que es capaz de limitar la misma, y a la que, haciendo referencia a la «ley», se pretendió singularizar. Es evidente que la gestión de una organización orientada al logro de concretas finalidades y la coactiva aplicación de genéricas reglas encaminadas a inducir la formación de un orden autosustentante no constituyen «técnicas sociales» similares. Y si, por avatares históricos, el término ley ha llegado a

<sup>66</sup> Cfr. la introducción a HANS KELSEN, *Aufsätze zur Ideologiekritik*, ed. E. Topitsch (Neuwied, 1964).

<sup>67</sup> Por ejemplo, en «Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates», en *Kant-Festschrift zu Kant's 200 Geburtstag*, editado por la Internationale Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (Berlín, 1924), pág. 219: «Dagegen muss angenommen werden, dass im Gesetzgebungsbegriff der Gewaltlehre unter 'Gesetz' nur die generelle Norm verstanden sein soll... Bei dem Worte 'Gesetz' denkt man eben nur oder doch vornehmlich an generelle oder abstrakte Normen»; y 1945, pág. 270: «Por legislación como función podemos entender difícilmente otra cosa que la creación de normas legales generales.»

ser indistintamente identificado con una u otra de las citadas técnicas, no debiera el esfuerzo investigador confundir aún más las cosas intentando cubrir con una única definición ambas acepciones del término.

El hecho de que, inspirado en el ideal de justicia, el hombre haya inintencionadamente fraguado un orden social autosustentante (ideal que, lejos de considerar justos unos específicos actos, exige tan sólo se proceda al descubrimiento de normas susceptibles de ser consistentes y generalmente aplicadas, así como a la incesante revisión del sistema de justicia existente, al objeto de ir eliminando cuantos conflictos entre las distintas normas vayan surgiendo a lo largo del aludido proceso de generalización) implica que el contenido de tal sistema sólo pueda ser concebido, interpretado y perfeccionado en función de dicho ideal de justicia. A tal concepto se alude cuando se distingue entre un orden legal y un gobierno arbitrario, razón por la cual se exige para aquél el respeto de los jueces.

Es también indudable, como han advertido no sólo algunos adversarios del enfoque positivista (Emil Brunner, por ejemplo)<sup>68</sup>, sino también alguno de sus más fervientes defensores como Gustav Radbruch<sup>69</sup>, que ha sido la prevalencia del positivismo lo que, ante el renovado deslizamiento hacia el arbitrio gubernamental, ha dejado inermes a los defensores de la ley. Dispuestos como estaban a aceptar una definición de

<sup>68</sup> E. BRUNNER, *Justice and the Social Order* (Nueva York, 1945), pág. 7: «El estado totalitario es simplemente y tan sólo el del positivismo legal trasladado a la práctica política.»

<sup>69</sup> G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (4.<sup>a</sup> ed. por E. Wolf, Stuttgart, 1950), pág. 355: «Diese Auffassung vom Gesetz und seiner Geltung (wir nennen sie die positivistische Lehre) hat die Juristen wie das Volk wehrlos gemacht gegen Gesetze noch so willkürlichen und verbrecherischen Inhalts. Sie setzt letzten Endes das Recht der Macht gleich, nur wo die Macht ist, ist das Recht.» Véase también en la misma obra, pág. 352: «Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Ueberzeugung 'Gesetz ist Gesetz' den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts. Dabei ist der Positivismus gar nicht in der Lage, aus eigener Kraft die Geltung von Gesetzen zu begründen. Er glaubt die Geltung von Gesetzen schon damit erwiesen zu haben, dass es die Macht besessen hat, sich durchzusetzen.»

la ley según la cual Estado y Estado de Derecho son conceptos sinónimos, no les quedó otra opción que aceptar el enfoque establecido por Kelsen al afirmar retrospectivamente que «para la ciencia jurídica, el derecho (*Recht*) nazi no dejaba de ser derecho (*Recht*). Cabe lamentarse de ello, pero no negarlo»<sup>70</sup>. La conclusión es, desde luego, inescapable, enjuiciada la cuestión según los supuestos jurídicos positivistas.

A este respecto, es necesario admitir que los comunistas, por lo menos, fueron mucho más sinceros que los socialistas como Kelsen quien, al insistir en que la única definición legítima de la ley es la suya, derivaba subrepticamente enunciados pretendidamente fácticos de lo que, en realidad, era tan sólo una definición de la ley diferente de la sustentada por aquellos cuyos argumentos pretendía rebatir. Los primeros teóricos del comunismo, por el contrario, admitían que su ideología significaría «la victoria del socialismo sobre toda ley» y «la gradual eliminación de la ley como tal», porque «en una comunidad socialista... toda ley se transforma en simple acto administrativo», y que «toda regla fija queda referida a consideraciones de tipo utilitario y discrecional»<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> HANS KELSEN, en *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, ed. F. M. Schmoelz (Salzburgo, 1963), pág. 148. De acuerdo con tal punto de vista, siempre que, a lo largo de la historia, la independencia jurídica del juez no haya prevaído y esté sometido a las órdenes de un monarca absoluto, haya producido sentencia contraria a las normas de justicia generalmente reconocidas válidas, sería obligado afirmar que el juez ha actuado de acuerdo con la ley. Los jueces que obedecieron los preceptos establecidos por el régimen nazi, bajo lo que consideraron una coacción autoritaria, pueden merecer nuestra conmiseración. Pero sólo confusión produciríamos si mantuviéramos que su comportamiento estuvo gobernado por el verdadero espíritu de la ley. Esta idea fue asumida por (presumiblemente por vía de los juristas socialistas ingleses, cfr. *The Constitution of Liberty*, cap. 16, sección 5) H. J. LASKI, *The State in Theory and Practice*, Londres, 1934, pág. 177: «El estado hitleriano, al igual que el inglés o el francés, es un *Rechtsstaat* en el sentido de que el poder dictatorial le ha sido legalmente otorgado al Führer.»

<sup>71</sup> Para una más completa relación de referencias y citas, cfr. mi libro *The Constitution of Liberty* (Londres y Chicago, 1860), pág. 240 y

## DERECHO Y MORAL

Pese a que no es posible acometer aquí la tarea de analizar todo el conjunto de problemas concernientes a la relación entre derecho y moral, cuestiones éstas que tan debatidas han sido en los últimos tiempos<sup>72</sup>, conviene, sin embargo, formular algunas puntualizaciones. La primera de ellas se refiere a la conexión que liga el planteado tema con el positivismo jurídico. Porque sobre la base de las investigaciones del profesor H. L. A. Hart —que, en mi opinión, constituyen una de las más acertadas críticas de la aludida escuela— se identifica dicha línea de pensamiento con su aserto según el cual «en ningún sentido tiene por qué ser cierto que la ley deba recoger o satisfacer determinadas exigencias morales», con lo que se identifica al profesor Hart con los supuestos positivistas<sup>73</sup>. Ahora bien, pese al rechazo por mi parte de las tesis de referencia, no veo exista razón alguna que nos obligue a negar validez al aserto de Hart siempre y cuando el mismo quede debidamente expresado. Muchas normas legales, en efecto, ninguna relación guardan con las morales; otras, indudablemente válidas, pueden encontrarse incluso en abierto conflicto con algún mandamiento moral de general aceptación. La afirmación de Hart, por otro lado, tampoco excluye la posibilidad de que, bajo ciertos supuestos, el juez, en la determinación del contenido de la ley, deba recurrir a las existentes reglas morales, especialmente en aquellos casos en los que las admitidas normas se encuentren

notas. En cuanto a los comentarios de Kelsen, cfr. *The Communist Theory of Law* (Nueva York, 1955).

<sup>72</sup> En relación con el informe británico *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution* (Londres, Cmd 247, 1957), más generalmente conocido por Wolfenden Report, y su discusión por Lord Devlin en la conferencia por él pronunciada en la British Academy sobre «The Enforcement of Morals», *Proceedings of the British Academy*, XLV, 1959 (editado también separadamente). Cfr. particularmente H. L. A. HART, *Law, Liberty and Morality* (Oxford, 1963), y LON L. FULLER, *The Morality of Law* (Yale, 1964).

<sup>73</sup> R. M. DVORKIN, «The Model of Rules», *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967, reeditado por Robert S. Summers, *Essays in Legal Philosophy* (Oxford, 1968).

explícitamente relacionadas con conceptos morales tales como el de la «buena fe» u otros similares; o cuando presupongan la tácita observancia de ciertas otras normas de conducta que, aunque en el pasado no hayan sido impuestas, deban ser obligatoriamente observadas al objeto de que la ley articulada logre asegurar el correspondiente orden social. El sistema legal de cualquier país está cuajado de este tipo de referencias a normas morales a las que el juez rinde pleitesía en la medida en que tiene conocimiento de su existencia.

Cuestión completamente distinta es aquella que se refiere a si la existencia de unas generalizadas y sólidas convicciones morales sobre determinada materia es condición suficiente para su imposición coercitiva. La respuesta no debe olvidar que, en un orden espontáneo, el uso de la coerción sólo puede estar justificado en aquellos casos en los que así lo exija la protección del ámbito privado individual contra ajena interferencia. La coerción, por el contrario, no deberá ser utilizada en dicho entorno cuando no lo exija la protección de terceros. La ley sirve al orden social, es decir, a las relaciones que entre los diferentes individuos se establecen, por lo que los actos que, aparte de los correspondientes sujetos, a nadie más afectan no deben quedar sometidos a ella, por mucho que de las correspondientes cuestiones se ocupen la costumbre o la moral. La importancia de este respeto a la libertad individual, en el correspondiente dominio protegido (y en cualquier otro supuesto en el que no se produzca conflicto con el comportamiento ajeno), estriba en el hecho de que la evolución de la costumbre y de la moral es un proceso experimental, característica que no comparte la mecánica de la coactiva imposición de normas generales. Compiten entre sí alternativas normas de conducta a lo largo del aludido proceso, perpetuándose tan sólo aquellas que con mayor eficacia contribuyen a garantizar la supervivencia del grupo, estableciéndose así un esquema sobre el que, más adelante, puede resultar posible elaborar una legislación apropiada.

Con estas reflexiones no pretendemos insinuar que la conducta privada individual no adquiera, en algunos aspectos, notable transcendencia en relación con el futuro del corres-

pondiente grupo, especialmente en lo que se refiere a la función procreadora. Con todo, parece dudoso que la pertenencia de un individuo a una comunidad deba autorizarle a ocuparse del comportamiento reproductor de sus congéneres, siendo más lógico pensar que las aludidas cuestiones han de quedar mejor resueltas en función de los respectivos índices de fertilidad que la libertad materializará.

Otra cuestión que no deja de ofrecer interés es la referente a hasta qué punto los vigentes criterios morales son capaces de limitar, no sólo el poder legislativo, sino también el ámbito que los criterios legales pueden y deben cubrir. El tema adquiere especial transcendencia en lo relativo al ideal consustancial a la Sociedad Abierta, que establece que todos los seres humanos deben estar sometidos a idénticas normas. Trátase de un ideal que, en mi opinión por lo menos, nunca deberá ser preterido, ya que es condición indispensable para la existencia de un orden general pacífico. Entiendo, sin embargo, que la excesiva impaciencia por conseguir la apuntada meta más bien puede demorar el momento de su consecución que acelerarlo. Porque cualquier tentativa dirigida a propiciar el respeto a un principio cuando la generalidad de las gentes no estén todavía dispuestas a hacerlo ha de desatar reacciones que pueden impedir, incluso, que durante un largo período de tiempo se alcancen hitos que esfuerzos más modestos hubieran logrado materializar. Pese a que, como ideal, considero aconsejable que las fronteras nacionales dejen de constituir obstáculo al libre desplazamiento de las personas, estimo que, en un plazo inmediato, cualquier intento de llevarlo a la práctica daría lugar al renacimiento de sentimientos nacionalistas de intensidad tal que quedarían seriamente amenazadas posiciones ya alcanzadas en la aludida dirección. Por mucho que nuestros contemporáneos afirmen estar dispuestos a aceptar el principio de que las leyes deban ser aplicadas a todos por igual, es lo cierto que, en la práctica, sólo se avienen a hacerlo con aquellos que de hecho consideran sus iguales. Poco puede el orden jurídico hacer en cuanto a acelerar el proceso de referencia y fácilmente puede, por el contrario, perjudicarlo si se vigorizan latentes predisposiciones.

Lo fundamental, en resumen, es advertir que la distinción entre normas morales y jurídicas no gira en torno a la que se elaboran espontáneamente surgidas de las intencionadamente elaboradas, ya que, originariamente, tampoco la mayor parte de las normas jurídicas nacieron de manera deliberada. Habrá más bien que distinguir entre un tipo de reglas susceptibles de coactiva imposición por parte de la autoridad reconocida y otro en que ello no sucede. Tal distinción perdería todo su significado si la totalidad de las normas, incluidas aquellas que la comunidad considera de carácter moral, fueran objeto de coactiva aplicación. Ahora bien, la determinación de que ciertas normas deben ser impuestas coactivamente (y que, por lo tanto, deberán ser consideradas ley) no dependerá sólo de su promulgación por la autoridad competente; en muchas ocasiones, vendrá exigida por la interdependencia de ciertos conjuntos de normas que hace que cada una de ellas debe ser respetada, pues sólo así se logrará alcanzar lo que otras normas coactivamente imponibles pretenden plasmar: el mantenimiento del existente orden general regulador del humano comportamiento. Y si bien la imposición de tales normas queda justificada porque mantiene vivo un orden con cuya existencia todo el mundo cuenta, nada avala la implementación de otras normas que no contribuyan al logro de la apuntada realidad.

Puede existir, pues, de hecho, un cuerpo de normas cuya observancia propicie un ordenado desarrollo del comportamiento humano, parte de las cuales gocen del refrendo legal; otras, por el contrario, estarán implícitas en las normas legalmente establecidas, porque sólo siendo observadas aquéllas lograrán éstas cumplir la función exigida. Debe entenderse, por lo tanto, que la validez legal de ciertas normas autoriza al juez a atribuir idéntica validez a algunas de sus implicaciones, aunque no hayan sido refrendadas por el legislador ni coactivamente impuestas por tribunal alguno.

#### LA LEY NATURAL

Una de las principales causas de la confusión reinante en torno al tema que nos ocupa deriva del hecho de que, bajo la

ambigua expresión «ley natural» suele agruparse cuantos esquemas teóricos se oponen al positivismo jurídico, aunque los mismos sólo coincidan entre sí en su común antagonismo a la aludida escuela. En la actualidad, son precisamente los positivistas quienes con mayor insistencia reiteran esta falsa dicotomía. Según su enfoque constructivista, en efecto, la ley sólo puede ser fruto de la creación de algún ser humano o de alguna inteligencia sobrehumana<sup>74</sup>. Pero, como ha quedado consignado, el término «natural» se empleó originariamente en el sentido de que la ley no deriva de ningún proceso racional e intencionado, sino de una selección natural susceptible de engendrar esquemas cuya función cabe descubrir, pero cuya esencia puede por completo diferir de las intenciones de quienes les dieron vida.

Es probable, pues, que los positivistas pretendan calificar de «natural» la tesis aquí sustentada. Ahora bien, aunque es innegable que la interpretación de referencia ha sido calificada de «natural» por algunos de sus defensores, hoy se utiliza el referido término de manera tan equívoca, que es aconsejable renunciar a su empleo. Y aunque los términos «natural» y «naturaleza» hoy son empleados en muy diverso sentido, quizá sea ésta otra de las razones que aconsejan renunciar a su uso en el debate científico. Cuando utilizamos los referidos términos para aludir al orden permanente del mundo externo o material,

<sup>74</sup> La incapacidad por parte de los positivistas de concebir una tercera posibilidad que suple el supuesto de que las normas son inventadas por una mente humana y así como el de que sugiere que las mismas son producto de una inteligencia sobrehumana, se halla claramente reflejada en el comentario de AUGUSTE COMTE, en *Système de la Politique Positive* (París, 1854), vol. I, pág. 356: «La superiorité nécessaire de la moral démontré sur la moral révélée.» Esta misma idea surge en KELSEN, «On the Pure Theory of Law», *Israel Law Review*, I, 1966, pág. 2, nota, donde se afirma que «la ley natural es —en último término— ley divina, porque si se supone que la naturaleza crea la ley, debe existir una voluntad y esta voluntad solamente puede ser voluntad de Dios, que se manifiesta en la naturaleza creada por él.» Todo ello resulta aún más evidente en el ensayo en el que Kelsen se refiere a este tema, en concreto «Die Grundlage der Naturrechtslehre», *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, XIII, 1963.

contrastándolo con lo sobrenatural o con lo que es artificial, pretendemos sin duda expresar algo diferente a lo que queremos decir cuando aludimos a lo que constituye la naturaleza de un objeto<sup>75</sup>. Mientras que en el primero de los apuntados sentidos no se puede considerar naturales los fenómenos culturales, en el segundo, un concreto fenómeno cultural puede indudablemente formar parte de la naturaleza o resultar inseparable de determinadas estructuras.

Aunque no se puede otorgar a las normas de recto comportamiento una esencia natural en el sentido de considerar que formen parte de un orden eterno, o en el de que sean consustanciales a la naturaleza del ser humano, ni tampoco en el de que la mente humana esté constituida de forma tal que el hombre se vea ineluctablemente obligado a adoptar las aludidas normas de comportamiento, no por ello puede afirmarse que éste pueda elegir a su capricho las normas de conducta; ni que pueda organizar la sociedad sobre la base de la arbitraria elección de las que considere más oportunas; ni, finalmente, que las mismas le sean impuestas sin que en ello intervenga voluntad alguna, siendo en tal sentido de carácter «objetivo». Considérase, a menudo, que sólo lo que es universalmente verdadero puede ser reputado «objetivo», por lo que resulta impropio aplicar tal calificativo a lo que sólo es propio de una específica sociedad<sup>76</sup>. No cabe, sin embargo, derivar la

<sup>75</sup> Cfr. DAVID HUME, *Treatise*, Parte II, sección II, *Works*, II, página 258: «Donde una invención es obvia y absolutamente necesaria, debe decirse con más exactitud que es natural, como algo que surge inmediatamente de un origen natural, sin intervención del pensamiento o de la reflexión. Aunque las reglas de la justicia sean artificiales, no son arbitrarias. Denominarlas 'leyes de la naturaleza' no es la expresión más impropia, si por ello entendemos lo que es común a cualquier especie, o incluso si reducimos el concepto a significar lo que es inseparable de la especie.» Cfr. también K. R. POPPER, *The Open Society and its Enemies* (4.ª ed., Princeton, 1963), I, 60 y sigs., especialmente pág. 64: «Casi todos los equívocos pueden reducirse a una presunción fundamental, en concreto, la idea de que 'convención' implica 'arbitrariedad'.»

<sup>76</sup> Cfr. por ejemplo, E. WESTERMARCK, *Ethical Relativity* (Londres, 1932), pág. 183: «La objetividad implica universalidad.»

apuntada conclusión del significado que normalmente se otorga al término «objetivo». Los puntos de vista y opiniones que propician un orden social, e incluso el correspondiente orden, son independientes del específico comportamiento de cualquier individuo concreto y, por lo general, ningún singular acto de voluntad es capaz de alterarlo, por lo que el orden, en tal sentido, debe ser considerado realidad objetiva. Las realidades derivadas del comportamiento humano de carácter no intencionado deben, por tal razón, ser reputadas objetivas.

La interpretación evolucionista de la ley aquí propugnada (así como de las restantes instituciones sociales) guarda tan escasa relación con la ley natural como con el positivismo jurídico. En análoga medida difiere del supuesto de que la ley tenga una causa supranatural, como del que sea deliberada creación de alguna mente humana. En manera alguna ocupa una posición equidistante entre el positivismo jurídico y la mayor parte de las concepciones jusnaturalistas, puesto que difiere de uno y otras según una dimensión diferente.

Una vez más deberemos soslayar el análisis de la objeción metodológica que contra el criterio aquí sustentado no dejarán de lanzar los partidarios de la «teoría pura del derecho». Nuestra argumentación —dirán— es más bien una sociología del derecho que una «ciencia de las normas»<sup>77</sup>. En contestación a tal afirmación, convendrá brevemente subrayar que, para determinar lo que en una concreta colectividad constituye la ley verdadera, tanto el jurista como el juez necesitan disponer de algún esquema teórico que no pretenda derivar la validez de la ley de una supuesta «norma básica», sino de algo que más bien haga referencia a la función que la ley debe desempeñar. Porque la ley que procede descubrir estará frecuentemente incluida en alguna norma que, aunque quizá permanezca inarticulada, ejerce ya funciones similares a las que corresponde a las normas legales generalmente consideradas válidas en la medida

<sup>77</sup> También cabe consultar sobre estos temas, al objeto de identificar su concepto de «ciencia legal», los primeros trabajos de KELSEN, *Ueber Grenzen juristischer und soziologischer Methode* (Tubinga, 1911) y *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* (Tubinga, 1922).

en que contribuyen a la incesante revisión del existente orden espontáneo<sup>78</sup>.

#### LEY Y SOBERANÍA

Poco cabe añadir a lo ya dicho en relación con el concepto de soberanía (Vol. I, Cap. IV, págs. 147-150), concepto que tan fundamental papel desempeña en los planteamientos jurídico-positivistas. Recordar lo entonces consignado no carece, sin embargo, ahora de interés, porque en el presente contexto la interpretación atribuida al concepto de «soberanía» por la tantas veces aludida escuela positivista como poder esencialmente ilimitado ejercido por alguna suprema autoridad legislativa ha servido de fundamento a los modelos políticos que atribuyen a la soberanía popular y a las cámaras democráticas poderes ilimitados.

Para el positivista que define la ley como algo cuyo contenido deriva de la voluntad del legislador, tal conclusión desde luego es ineluctable. Utilizado el término ley en el indicado sentido, en efecto, queda automáticamente excluida cualquier limitación legal del supremo poder legislativo. Pero si, por el contrario, dicho poder no deriva de una imaginaria «norma básica», sino de una ampliamente compartida opinión acerca del tipo de leyes a establecer por el orden legislador, es evidente que, aun en ausencia de una superior autoridad, la libertad del legislador quedará constreñida. La lógica del argumento

<sup>78</sup> Cfr. MAFFEO PANTALEONI, *Errores di Economia* (Bari, 1925), vol. I, pág. 112. «Quella disposizione che crea un ordine, è la disposizione giusta; essa è quella che crea uno stato di diritto. Ma la creazione di un ordine, or di un ordinamento, è appunto ciò stesso che esclude il caso, l'arbitrio, o il capriccio, l'incalcolabile, l'insaputo, il mutevole senza regola.» También LUDWIG VON MISES, *Theory and History* (Yale, 1957), pág. 54: «La base última de la justicia es su capacidad de preservar el orden social»; y MAX RHEINSTEIN, «The Relations of Morals and Law», *Journal of Public Law*, I, 1952, pág. 298: «Ley justa es aquella ley acerca de la cual, por proceso racional, puede demostrarse que facilita, o por lo menos no impide, la plasmación de un orden social pacífico.»

colectivista sólo gozaría de apodético carácter en el supuesto de que el aserto de que la ley es siempre resultado de la voluntad del legislador se refiriese —cual sucede en el sistema propuesto por Kelsen— no sólo a su validez, sino también a su contenido. Tal supuesto, sin embargo, no se ajusta a la realidad. Para alcanzar su objetivo, el legislador que pretenda mantener en funcionamiento determinado orden espontáneo no puede a su antojo otorgar validez a cualquier regla. No goza, a este respecto, de poder ilimitado, dado que sólo algunas de las reglas que intente imponer serán reputadas legítimas por sus conciudadanos, con lo que su capacidad de imponer coactivamente otras quedará congruentemente limitada.

En el ámbito del Derecho Internacional quizá resulten indispensables los conceptos de «soberanía» y «Estado»; aunque quizá deje su aceptación vacía de contenido la disciplina en cuestión. Uno y otro son, sin embargo, conceptos tan erróneos como inútiles en el contexto legal. A partir de John Locke, por lo menos, la historia del constitucionalismo (que cabe equiparar a la del liberalismo) no ha sido sino una ininterrumpida lucha contra los conceptos de soberanía y omnipotencia estatal.

CAPITULO IX

*La Justicia*  
«social o distributiva»

Tan grande es la incertidumbre en cuanto al mérito, tanto por su natural oscuridad como por el alto concepto que de sí mismo tiene cada individuo, que ninguna norma de conducta puede basarse en él.

*David Hume* \*

El bienestar, sin embargo, no depende de ningún principio ni en cuanto a quien lo disfruta ni en cuanto a quien lo distribuye (uno lo situará aquí y otro más allá). Depende del contenido material de la voluntad; lo que a su vez depende de los hechos particulares, por lo que no puede ser sometido a una norma general.

*Immanuel Kant* \*

---

\* La primera cita pertenece a la obra de DAVID HUME, *An Enquiry concerning the Principles of Morals*, sec. III, part. II, *Works* IV, pág. 187, y debe ser situada en su contexto: «Lo que parece más obvio es que se procediera a adjudicar la propiedad en función de la virtud, dando a todos la posibilidad de obrar bien, en proporción a su propensión a hacerlo... Pero si el género humano adoptara tal criterio, tan grande es la incertidumbre en cuanto al mérito, tanto por su oscuridad natural, como por el alto concepto que de sí mismo tiene cada individuo, que ninguna norma de conducta puede basarse en él. De tratarse de llevarlo a la práctica, la consecuencia inmediata sería la desintegración de la sociedad.»

La segunda procede de la traducción de *Der Streit der Fakultäten* (1798), de Immanuel Kant, sec. 2, párr. 6, nota 2. En el original: «Wohlfahrt aber hat kein Prinzip, weder für den der sie empfängt,

## EL CONCEPTO DE «JUSTICIA SOCIAL»

Aunque en el capítulo precedente he defendido la concepción de la justicia como fundamento indispensable y limitativo de la ley, debo ahora atacar el abuso que de este término se hace, abuso que amenaza con destruir esa manera de interpretar la ley que la ha convertido en salvaguardia de la libertad individual. Es en cierto modo comprensible que los hombres hayan intentado aplicar a los efectos globales del comportamiento de muchas personas —aun cuando los mismos no hayan sido previstos ni proyectados— la concepción de justicia elaborada para la conducta individual. La justicia «social» (también llamada a veces justicia «económica») llegó a ser considerada atributo que deben compartir los «actos» de la sociedad, o el «trato» que ésta otorgue a los diferentes individuos o grupos. De manera similar a como el pensamiento primitivo suele abordar la interpretación de ciertos procesos regulares, los resultados de la espontánea ordenación del mercado fueron considerados fruto de la decisión de una mente capaz de proyectarlos deliberadamente; los beneficios o perjuicios recibidos por los distintos sujetos fueron así ligados a nuestros actos deliberados y, por lo tanto, susceptibles de valoración a la luz de las correspondientes normas morales. Tal concepción de la justicia «social» es directa consecuencia de ese antropomorfismo o personificación de la sociedad mediante el cual el pensamiento ingenuo intenta interpretar los procesos auto-ordenadores. El que no hayamos logrado superar todavía tales primitivos enfoques es síntoma de la inmadurez de nuestra mente; ello nos autoriza a exigir todavía que procesos impersonales (procesos que satisfacen mejor los deseos humanos de lo que pueda hacerlo una organización deliberada) ajusten sus resul-

noch für den der sie austeiht (der eine setzt sie hierin, der andere darin); weil es dabei auf das *Materiale* des Willens ankommt, welches empirisch und so einer allgemeinen Regel unfähig ist.» Existe una traducción inglesa de este ensayo, en el que dicho pasaje ha sido traducido en términos algo diferentes. Véase *Kant's Political Writings*, ed. H. Reiss, trad. H. B. Nisbett (Cambridge, 1970), pág. 183, nota.

tados a los preceptos morales que los hombres han elaborado como guía del comportamiento individual<sup>1</sup>.

El uso de la expresión «justicia social» en este sentido es relativamente reciente y quizá no haga un siglo que comenzara a ser empleada. Se utilizó, en principio, para designar los esfuerzos organizados tendientes a procurar el respeto a las normas de recto comportamiento individual<sup>2</sup>. Empléase también en ocasiones a nivel académico para evaluar los efectos de las instituciones sociales<sup>3</sup>. Pero en el sentido en que hoy en día es utilizada de manera más general y al que constantemente se hace referencia en la discusión pública —sentido que será el que en el presente capítulo examinemos— coincide con el que durante mucho tiempo ha tenido la expresión «justicia distributiva». Parece haber alcanzado tal significado en la época en que (y seguramente gracias a su influencia) Stuart Mill equiparara de forma explícita ambos términos, en pasajes como el que sigue: «La sociedad debe dar el mismo trato a quienes hayan prestado los mismos servicios. Este es, en términos absolutos, el más elaborado módulo abstracto de justicia social y distributiva hacia el que deberían orientarse, no sólo las instituciones sin excepción, sino también los esfuerzos de todos los ciudadanos»<sup>4</sup>. Puede también servir de ejemplo el siguiente comentario: «Generalmente se considera justo el que cada persona reciba lo que merece (bueno o malo) e injusto que reciba una ventaja o quebranto que no

<sup>1</sup> Cfr. P. H. WICKSTEED, *The Common Sense of Political Economy* (Londres, 1910), pág. 184: «Es ocioso pretender que un instrumento éticamente indiferente haya de producir resultados éticamente deseables.»

<sup>2</sup> Cfr. GIORGIO DEL VECCHIO, *Justice* (Edinburgo, 1952), pág. 37. En el siglo XVIII la expresión «justicia social» fue ocasionalmente utilizada para describir la aplicación de reglas de comportamiento justo en una sociedad ya establecida. Véase EDWARD GIBBON, *Decline and Fall of the Roman Empire*, cap. 41 (World's Classics, vol. IV, pág. 367).

<sup>3</sup> Por ejemplo, por JOHN RAWLS, *A Theory of Justice* (Harvard, 1971).

<sup>4</sup> JOHN STUART MILL, *Utilitarianism* (Londres, 1861), cap. 5, página 92; en J. Plamenatz, ed., *The English Utilitarians* (Oxford, 1949), pág. 225.

merece. Es ésta tal vez la forma más clara y terminante según la cual, por lo general, las gentes conciben la justicia. Puesto que implica la idea de mérito, inmediatamente se plantea la cuestión acerca de la naturaleza de éste<sup>5</sup>.

Resulta significativo que el primero de los citados pasajes esté incorporado a uno de los cinco significados de la justicia que Stuart Mill distingue; y aunque cuatro de ellos se refieren a las normas de recto comportamiento individual, alude el último a una situación que puede —aunque no necesariamente— depender de una deliberada decisión humana. Mill, sin embargo, parece no haber advertido que este último significado se refiere a una realidad completamente distinta de aquellas a las que aluden las cuatro anteriores y que esta última apreciación de la «justicia social» ha de conducir a un auténtico socialismo.

Tales afirmaciones, que explícitamente relacionan la «justicia social y distributiva» con el «trato» que la sociedad otorga a los individuos según sus correspondientes méritos, muestran claramente que se trata de algo muy distinto de la justicia interpretada en su sentido propio, al tiempo que revelan la razón de la vacuidad del aludido concepto. La exigencia de la «justicia social», en efecto, está orientada no hacia el individuo, sino hacia la sociedad. Ahora bien, la sociedad, en el sentido estricto en que resulta posible distinguirla del aparato gubernamental, es incapaz de actuar según un plan específico,

<sup>5</sup> *Ibid.*, págs. 66 y 208, respectivamente. Cfr. también la revisión de J. S. Mill de F. W. NEWMAN, *Lectures on Political Economy*, publicadas originariamente en 1851, en la *Westminster Review*, y reproducidas en *Collected Works*, vol. V (Toronto y London, 1967), pág. 444: «Es evidentemente injusta la distinción entre rico y pobre, relacionada tan a la ligera con la idea de mérito y demérito, e incluso con la de esfuerzo y voluntad de esfuerzo.» Véase también *Principles of Political Economy*, book II, cap. 1, ed. W. J. Ashley (Londres, 1909), págs. 211 y sigs.: «Hacer que la remuneración sea proporcional al trabajo realizado es realmente justo, en la medida en que el nivel de trabajo sea consecuencia de una decisión personal libre: cuando la misma depende de diferencias naturales o de la fuerza o capacidad, este principio de remuneración es en sí mismo injusto, puesto que premia tan sólo a quienes ya tienen.»

por lo que la exigencia de «justicia social» se convierte en exigencia de que los miembros de la sociedad se organicen de aquella manera según la cual resulte posible asignar partes concretas del producto social a los distintos individuos o grupos. Surge así la fundamental cuestión de si existe el deber moral de someterse a un poder que intenta coordinar los esfuerzos de los miembros de la sociedad al objeto de materializar un modelo particular de distribución que se considera justo.

Admitida la existencia de semejante poder, la cuestión de cómo deben distribuirse los medios disponibles en cuanto a la satisfacción de las necesidades se convierte ciertamente en una cuestión de justicia, a la que la moral dominante es incapaz de dar respuesta. Quedaría justificado incluso el supuesto admitido por la mayor parte de los teóricos modernos de la «justicia social», a saber, que todos deben recibir idéntica porción en tanto en cuanto no exista alguna especial razón que aconseje apartarse de tal principio<sup>6</sup>. La cuestión clave es, sin embargo, determinar si resulta moral que los hombres deban quedar sometidos a los poderes directivos que requiera un sistema en el que los beneficios individuales puedan ser significativamente calificados de justos o injustos.

Debe admitirse, desde luego, que la forma en que los beneficios son distribuidos a través del mecanismo del mercado debería ser considerada en muchos casos marcadamente injusta en el supuesto, claro está, de que tal resultado fuera consecuencia de una deliberada distribución. No es éste, sin embargo, el caso. Dicha distribución es resultado de un proceso cuyos

<sup>6</sup> Cfr., por ejemplo, A. M. HONORÉ, «Social Justice», en *McGill Law Journal*, VIII, 1962, y la versión revisada en R. S. Summers, ed., *Essays in Legal Philosophy* (Oxford, 1968), pág. 62 de la reimpression: «La primera (de las dos proposiciones que definen el principio de la justicia social) es la que afirma que en cuanto simple ser humano, y abstracción hecha de su conducta, todo hombre tiene derecho a una parte alicuota en las cosas que consideramos ventajosas y que de hecho son generalmente apetecidas y conducen al bienestar.» Véase también W. G. RUNCIMAN, *Relative Deprivation and Social Justice* (Londres, 1966), pág. 261.

individuales efectos no fueron pretendidos ni previstos por nadie cuando surgieron las correspondientes instituciones. Estas han perdurado por juzgarse que satisfacían las expectativas de todas o de la mayor parte de las gentes en cuanto al objetivo de ver sus necesidades cubiertas. Exigir justicia de tal proceso es un claro dislate y es evidentemente injusto privilegiar en semejante sociedad a algunos, como si dichas personas tuvieran derecho a una concreta participación.

#### EXITO POPULAR DE LA IDEA DE «JUSTICIA SOCIAL»

La apelación a la «justicia social» se ha convertido, sin embargo, en el argumento más manido y eficaz en la discusión política. Casi siempre que se pide la intervención del gobierno a favor de determinado grupo, se hace en su nombre: y si se logra que determinada medida sea considerada imperativo de la «justicia social», cualquier oposición perderá rápidamente consistencia. Se podrá discutir si una medida concreta es o no exigida por la «justicia social». Nunca, sin embargo, se pondrá en duda que ésta constituye modelo al que la acción política deberá apuntar, o que tal expresión goza de un preciso significado. Cabe afirmar, en consecuencia, que probablemente no existe en la actualidad movimiento o personalidad política que de buena gana no apele a la «justicia social» en apoyo de las concretas medidas propugnadas.

No cabe, por otra parte, negar que la demanda de «justicia social» ha transformado y sigue transformando en gran medida el orden social según una dirección que jamás contemplaron quienes inicialmente propugnaron tales metas. Aunque la aludida expresión ha contribuido indudablemente a hacer a todos más iguales ante la ley, resulta dudoso que, en lo que respecta a la demanda de justicia distributiva, haya logrado hacer más justa a la sociedad o reducido el descontento de las gentes.

Es indudable que, desde un principio, esta expresión recogió las aspiraciones del socialismo. Pese a que el socialismo clásico haya sido normalmente definido en función a su exigencia nacionalizadora de los medios de producción, la aludida

medida política no era para aquel movimiento sino instrumento en cuanto a lograr una «justa» distribución de la riqueza, razón por la cual, una vez descubierto por los socialistas que dicha redistribución podía, en gran medida y con menor oposición, lograrse por la vía fiscal (y los servicios del gobierno así financiados), desistieron en la práctica de propiciar su prístina exigencia y centraron su programa en la realización de la «justicia social». Podría decirse, en efecto, que la diferencia principal entre el orden social al que el liberalismo clásico aspiraba y el tipo de sociedad que en la actualidad se está estructurando estriba en que el primero estaba regido por los principios del recto comportamiento individual, mientras que la sociedad actual está comprometida a satisfacer cuantas exigencias le impone la «justicia social». Dicho con otras palabras, mientras que el liberalismo exigía al individuo un comportamiento justo, la sociedad actual atribuye de manera creciente el deber de realizar la justicia a una autoridad que goza del poder de dictar a las gentes lo que éstas deben hacer.

La expresión de referencia pudo producir tal efecto a causa de que el apuntado ideal se trasladó poco a poco desde el movimiento socialista a los restantes movimientos políticos e incluso a la mayor parte de los pensadores morales. Fue también adoptada por un amplio sector del clero de la mayor parte de las confesiones cristianas, el cual, a medida que iba experimentando un debilitamiento de la fe en una revelación sobrenatural, parece haber ido encontrando consuelo y refugio en esta nueva religión de tipo social que le permitía ir sustituyendo la promesa de una justicia en el cielo por otra en la tierra, permitiendo así a los jefes religiosos proseguir su lucha por el bien. La Iglesia Católica Romana, de manera especial, ha convertido esta aspiración a la «justicia social» en parte fundamental de su doctrina oficial<sup>7</sup>, si bien la mayor parte de los ministros de las confesiones cristianas parecen pugnar también entre sí por

<sup>7</sup> Cfr. especialmente las encíclicas *Quadragesimo Anno* (1931) y *Divini Redemptoris* (1937), y el ensayo de JOHANNES MESSNER, «Zum Begriff der Sozialen Gerechtigkeit», en *Die soziale Frage und der Katholizismus* (Paderborn, 1931), editado para conmemorar el cuarenta aniversario de la publicación de la encíclica *Rerum Novarum*.

proponer metas a cual más mundanas, metas que también parecen subyacer en la mayor parte de sus reiterados esfuerzos ecuménicos.

Los diversos gobiernos autoritarios y dictatoriales de nuestro tiempo tampoco han dejado de proclamar la «justicia social» su primordial aspiración. El autorizado testimonio de Andrei Sajarov nos habla de cómo millones de hombres en la Rusia actual son víctimas de un terror que «trata de ocultarse tras el lema de la justicia social».

El compromiso con la «justicia social» se ha convertido, de hecho, en la principal válvula de escape de la emotividad. Ha llegado a ser el atributo que permite distinguir al hombre bueno y prueba suficiente de que se dispone de adecuada conciencia moral. Puede dudarse eventualmente sobre cuál de las aspiraciones en conflicto concuerda verdaderamente con la justicia, pero en ningún caso se dudará de que el concepto tenga un significado preciso y exprese un alto ideal; ni tampoco que contribuya a descubrir algunos de los graves defectos de que adolece el orden social existente y que resulta urgente eliminar. A pesar de que, hasta hace muy poco, cualquiera que en la correspondiente copiosa literatura existente, pretendiese encontrar una definición inteligible del concepto que nos ocupa habría fracasado en el empeño, parecen existir pocas dudas, tanto entre las masas como entre la gente culta, de que la expresión «justicia social» posee un significado definido e inteligible.

Pero la casi universal aceptación de una idea no prueba su validez ni le otorga contenido, al igual que la general creencia en las brujas o en los espíritus no constituye prueba de que a tales conceptos corresponda realidad alguna. La «justicia social»<sup>8</sup>, en realidad, no pasa de ser una superstición cuasi-religiosa

<sup>8</sup> La expresión «justicia social» (o más bien su correspondiente expresión italiana) fue utilizada por primera vez, en su sentido moderno, por Luigi Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di diritto naturale* (Palermo, 1840), y ha sido más ampliamente difundida por Antonio Rosmini-Serbati, *La costituzione secondo la giustizia sociale* (Milán, 1848). Para un análisis más moderno, cfr. N. W. WILLOUGHBY, *Social Justice* (Nueva York, 1909); STEPHEN LEACOCK, *The Unsolved Riddle*

del tipo de las que cabe tolerar y respetar en tanto en cuanto se limiten a contribuir a la felicidad de quienes las sustentan, pero contra las que es preciso luchar cuando se convierten en pretexto para someter por la coacción a las gentes. La generalizada fe en la «justicia social», probablemente, constituye hoy la más grave amenaza que se cierne sobre la mayor parte de los valores de la civilización libre.

*of Social Justice* (Londres, y Nueva York, 1920); JOHN A. RYAN, *Distributive Justice* (Nueva York, 1916); L. T. HOBHOUSE, *The Elements of Social Justice* (Londres, y Nueva York, 1922); T. N. CARVER, *Essays in Social Justice* (Harvard, 1922); W. SHIELDS, *Social Justice, The History and Meaning of the Term* (Notre Dame Ind. 1941); BENVENUTO DONATI, «Che cosa è giustizia sociale?», *Archivio giuridico*, vol. 134, 1974; C. DE PASQUIER, «La notion de justice sociale», *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1952; P. ANTOINE, «Qu'est-ce la justice sociale?», *Archives de Philosophie*, 24, 1961. Para una relación más completa de este tipo de estudios cfr. G. DEL VECCHIO, *op. cit.*, págs. 37-39.

Pese a la abundancia de escritos sobre el tema, cuando hace diez años redacté el primer borrador de este capítulo, me di cuenta de que era todavía muy difícil emprender cualquier discusión seria acerca de lo que la gente quiere decir mediante la expresión de referencia. Aparecieron casi de inmediato, sin embatgo, un gran número de estudios serios, particularmente los dos trabajos citados en la precedente nota 6, así como R. W. BALDWIN, *Social Justice* (Oxford y Londres, 1966) y R. RESCHER, *Distributive Justice* (Indianápolis, 1966). Un tratamiento mucho más profundo del tema puede hallarse en un ensayo escrito en alemán por el economista suizo EMIL KÜNG, *Wirtschaft und Gerechtigkeit* (Tubinga, 1967). Hay comentarios muy sutiles en la obra de H. B. ACTON, *The Morals of the Market* (Londres, 1971; trad. esp.: *La moral del mercado*, Unión Editorial, Madrid, 1978), especialmente en la página 71: «La pobreza y el infortunio son males, pero no injusticias.» Muy importante es también la aportación de BERTRAND DE JOUVENEL, *The Ethics of Redistribution* (Cambridge, 1951), así como determinados pasajes de su obra *Sovereignty* (Londres, 1957), dos de los cuales conviene citar. Pág. 140: «La justicia ahora recomendada no es una cualidad relativa al hombre o a su comportamiento, sino a una determinada configuración de las cosas en la geometría social, que nada tiene que ver con los medios utilizados. En la actualidad la justicia es algo que existe con independencia del hombre justo.» Pág. 164: «Ninguna proposición escandalizará más a nuestros contemporáneos que aquella que asevera: es imposible establecer un orden social justo. Pese a que la misma deriva lógicamente del verdadero concepto de justicia, por nosotros tan trabajosamente alumbrado, cuando se acomete una

Tenga o no razón Edward Gibbon, es indudable que las creencias morales y religiosas pueden destruir una civilización y que, cuando tal tipo de doctrinas prevalecen, no sólo los más excelsos ideales metafísicos, sino también los líderes morales más venerables —figuras a veces de indiscutida santidad, cuyo altruismo se halla más allá de toda sospecha— pueden convertirse en graves peligros para valores que también la gente considera inquebrantables. Sólo cabe ahuyentar tal amenaza sometiendo nuestros más queridos sueños de un mundo mejor a un despiadado análisis racional.

Son muchos los que creen que la «justicia social» es un nuevo valor moral que procede añadir a los ya tradicionalmente admitidos, para que así quede integrado en el actual marco moral. Lo que no suele reconocerse es que, para que la expresión alcance sentido, es preciso alterar radicalmente el carácter de todo el orden social, sacrificando con ello necesariamente algunos de los valores que lo sustentan. La transformación de nuestra sociedad en otra fundamentalmente diferente se está produciendo paso a paso y sin que seamos conscientes de cuál ha de ser el resultado final del proceso. El pueblo, en la seguridad de que cabe alcanzar algo parecido a la «justicia social», ha otorgado a los gobiernos poderes que éstos no pueden ne-

labor distributiva, hacer justicia implica establecer un orden de prelación social, cosa que la mente humana es incapaz de hacer con relación a todos los recursos y en todos los aspectos de la realidad. Los hombres tienen que satisfacer necesidades, recompensar méritos y actualizar posibilidades. Considerando incluso tan sólo estos tres aspectos y aun suponiendo —cosa que no sucede— que existen señales e indicios precisos susceptibles de valorar estos aspectos, no cabe ponderar correctamente entre sí los tres conjuntos de *índices* adoptados.»

El ensayo, otrora tan famoso e influyente, de GUSTAV SCHMOLLER, sobre «Die Gerechtigkeit in der Volkswirtschaft», en *Jahrbuch für Volkswirtschaft, etc.*, vol. V, 1895, es, intelectualmente, en extremo decepcionante: un planteamiento pretencioso de la confusión característica del «benefactor» que se empeña en ignorar determinadas ulteriores desagradables consecuencias. Sabemos ahora lo que sucede cuando las grandes decisiones se dejan en manos de «jeweilige Volksbewusstsein nach der Ordnung der Zwecke, die im Augenblick als die richtige erscheint»!

garse a utilizar en la satisfacción de las aspiraciones de un número siempre creciente de intereses particulares que, a su vez, han aprendido a utilizar el sésamo de la «justicia social».

No tengo duda alguna de que se reconocerá finalmente que la «justicia social» ha sido el señuelo que ha inducido a los hombres a abandonar muchos de los valores que en el pasado inspiraron el desarrollo de la civilización. Se trata de un intento de satisfacer un anhelo heredado de los pequeños grupos ancestrales que ningún significado tiene en la Gran Sociedad de hombres libres. Por desgracia, este vago deseo, que ha llegado a ser uno de los impulsos que en mayor medida mueven a la acción a gentes de buena voluntad, no sólo está abocado al fracaso, cosa ya bastante triste, sino que, al igual que la mayor parte de los intentos propiciadores de alguna inalcanzable meta, ha de producir consecuencias indeseadas; de hecho, la destrucción de ese medio que es indispensable al florecimiento de los valores morales tradicionales, y en especial el de la libertad personal.

#### SOBRE LA INAPLICABILIDAD DEL CONCEPTO DE JUSTICIA A LOS RESULTADOS DE LOS PROCESOS ESPONTÁNEOS

Debemos ahora distinguir con claridad dos problemas totalmente distintos que la aspiración a la «justicia social» plantea en un mercado libre.

El primero de ellos estriba en dilucidar si, en un orden económico basado en el mercado, tiene verdadero y concreto significado el concepto de «justicia social».

El segundo, si el orden de mercado puede subsistir cuando se le impone (en nombre de la «justicia social» o de cualquier otra finalidad) algún módulo de ingresos que se base en la apreciación de los méritos y necesidades de los diferentes individuos o grupos por parte de una autoridad que disponga de poder para imponer su propio criterio.

La respuesta a una y otra de las aludidas preguntas debe ser un rotundo no.

Y, sin embargo, es la generalizada aceptación de la «justicia social» lo que induce a las sociedades contemporáneas a realizar esfuerzos cada vez mayores en la dirección apuntada por la segunda de las cuestiones planteadas, proceso que goza de una singular tendencia hacia la autoaceleración: cuanto más se admite que la posición de los individuos o de los grupos debe depender de la acción del gobierno, mayor es la insistencia para que la acción estatal se oriente hacia un claro modelo distributivo; y cuanto más intente el gobierno realizar determinado preconcebido modelo de distribución, tanto más deberá someter a control a los distintos individuos y grupos. En la medida en que la fe en la «justicia social» domine la acción política, tal proceso deberá necesariamente conducir a un sistema totalitario.

Pero centremos en primer lugar nuestra atención en torno al significado, o por mejor decir la ausencia de significado, de la expresión «justicia social», para considerar después los efectos que las tentativas de imponer *cualquier* modelo preconcebido de distribución han de producir en la estructura social.

El aserto de que en una sociedad de hombres libres (en contraste con lo que acontece en cualquier organización de tipo coactivo) el concepto de «justicia social» resulta huero y carente de significado tal vez parezca increíble a la mayor parte de las gentes. ¿Acaso no nos sentimos constantemente turbados al advertir cuán injustamente trata la vida a muchas personas; o al ver sufrir a los buenos y prosperar a los malos? ¿No disponemos todos de un cierto sentido del mérito, que con complacencia aplicamos cuando advertimos que los resultados no se corresponden con el esfuerzo y el sacrificio?

La primera consideración que ha de hacer tambalear tal certeza de quienes así argumentan es que análogos sentimientos experimentamos también con respecto a las diferencias que el destino reserva a los hombres, de las cuales ninguna instancia humana es responsable, razón por la cual resultaría evidentemente absurdo calificar de injusta la aludida realidad. Es cierto que clamamos contra la injusticia cuando una serie de calamidades inciden repetidamente sobre una familia, mientras otra reposa cómodamente en la prosperidad, o cuando un

esfuerzo meritorio se ve frustrado por algún imprevisto accidente, y particularmente cuando a individuos que se hayan esforzado por igual, sonríe en un caso el éxito y en otro el más rotundo fracaso. No deja de ser trágico constatar el fracaso de los más meritorios esfuerzos realizados por los padres en pro de sus hijos, o de los jóvenes para labrarse un porvenir, o de un explorador o científico en pos de una brillante idea. No dejaremos de rebelarnos contra el destino, aun cuando en tales casos no sepamos a quién culpar, o no veamos forma alguna de evitar o prevenir los aludidos efectos.

En una sociedad de hombres libres, lo mismo cabe decir con respecto al sentimiento general de injusticia en relación con la distribución de los bienes materiales. Pese a que, en este caso, estemos menos dispuestos a admitirlo, nuestras quejas sobre la injusticia de los resultados del mercado en modo alguno implican que alguien haya actuado de manera culpable o injusta. No existe contestación a la pregunta: ¿quién es el que ha sido injusto? La sociedad ha sido convertida simplemente en esa nueva deidad a la que inculpamos y exigimos reparación si no logra colmar las expectativas por ella misma creadas. No existe individuo o grupo alguno contra el que quienes sufren deban dirigir sus quejas. Y no cabe concebir regla alguna de recto comportamiento individual que pueda simultáneamente asegurar el orden y soslayar tales distorsiones.

El único reproche que estas quejas pueden contener es el de que se tolera la existencia de un sistema en el que, puesto que cada cual es libre de orientar su actividad, nadie tiene el poder ni el derecho de hacer que los resultados se ajusten a los deseos de nadie. En semejante esquema —en el que cada cual pueda orientar sus conocimientos al logro de sus propios objetivos—, el concepto de «justicia social» carece necesariamente de significado, ya que en él nadie está en posición de determinar los ingresos relativos de las diferentes personas o de evitar que los mismos dependan en parte de circunstancias accidentales. Sólo cabe dar significado al concepto de «justicia social» en una economía dirigida o de «mando» (como sucede en el

<sup>9</sup> Cfr. la nota 7 del capítulo VII.

caso del ejército), en la que se le ordene al individuo lo que debe hacer; cualquier concepción concreta de la «justicia social» sólo puede plasmarse en un sistema centralizado del tipo aludido. En tal supuesto, la gente debe ser guiada por específicas directrices y no por normas de recto comportamiento individual. En realidad, ningún sistema de normas de recto comportamiento, y, por consiguiente, ningún comportamiento libre individual, puede producir resultados que satisfagan principio alguno de «justicia distributiva».

No nos equivocamos, desde luego, cuando advertimos que los efectos del proceso propio de una sociedad libre sobre los diferentes individuos no se ajustan a principio alguno de justicia. Erramos, sin embargo, cuando de ello concluimos que se trata de resultados injustos, y que alguien debe ser culpado. En una sociedad libre en la que la situación de los diferentes individuos y grupos no es consecuencia del designio de nadie —o cuya posición no pueda ser alterada de acuerdo con principios de carácter general— las diferencias de remuneración no pueden en rigor ser calificadas de justas o injustas. Muchos comportamientos individuales orientados a conseguir una determinada retribución pueden, sin duda, ser juzgados justos o injustos. Pero no existen principios de conducta individual capaces de configurar un modelo de distribución que, en cuanto tal, quepa considerar justo. En consecuencia, tampoco existe la posibilidad de que el individuo sepa qué es lo que tiene que hacer para asegurar la justa remuneración de sus compañeros.

LA MECÁNICA DEL JUEGO ECONÓMICO EN EL QUE SÓLO  
EL COMPORTAMIENTO —NO EL RESULTADO—  
PUEDE SER JUSTO

• Según ha quedado indicado, la justicia es atributo de la conducta humana, que hemos aprendido a exigir de nuestros semejantes porque, para asegurar la formación y el mantenimiento de un orden fructífero, es necesario adoptar ciertos tipos de comportamiento. La justicia puede, pues, predicarse de los

resultados intencionados de la acción humana, pero no de cualquier otra circunstancia que no haya sido deliberadamente establecida por el hombre. Exige la misma que, en el «trato» con otra u otras personas, es decir, en los actos intencionados que afecten al bienestar de los demás, se observen ciertas normas de comportamiento uniformes. Nada tiene que ver, sin embargo, con la forma en que el proceso impersonal del mercado asigne el dominio de los bienes y servicios. No puede ser tal proceso justo ni injusto, por tratarse de resultados que no han sido ni pretendidos ni previstos y que dependen de una multitud de circunstancias que nadie en su totalidad conoce. La conducta individual en el curso de dicho proceso bien puede ser justa o injusta; pero puesto que actos plenamente justos han de provocar en otros consecuencias que no han sido ni deseadas ni previstas, no pueden las mismas ser consideradas justas ni injustas.

Tomamos la decisión de mantener y exigir el cumplimiento de normas uniformes de comportamiento para que se ponga en marcha un proceso que ha demostrado ser capaz de mejorar considerablemente las oportunidades de todos en relación con la satisfacción de nuestras propias expectativas, mecánica que sin duda exige que individuos y grupos asuman el riesgo de tener que hacer frente a un innecesario fracaso. Ahora bien, si se acepta el proceso de referencia, la recompensa de los distintos grupos e individuos debe ser ajena al control deliberado. Se trata tan sólo del único procedimiento hasta ahora descubierto en orden a conseguir que la información que se encuentra ampliamente difundida entre millones de personas pueda ser utilizada eficazmente en beneficio de todos y que al propio tiempo asegura también a todos una libertad individual que, desde el punto de vista ético, es en sí misma deseable. Aunque se trata de un procedimiento que, por supuesto, nunca ha sido «planificado», hemos aprendido a mejorarlo gradualmente habida cuenta de lo mucho que ha sido capaz de incrementar la eficacia del ser humano en aquellos grupos donde ha sido llevado a la práctica.

Trátase de un proceso que, como afirmara Adam Smith<sup>10</sup> (y antes que él probablemente descubrieran ya los estoicos), en todos sus aspectos esenciales (exceptuando el hecho de que, por lo general, no sea practicado tan sólo como diversión) es totalmente similar a los juegos cuyos resultados dependen tanto de la suerte como de la habilidad. Más adelante denominaremos al mismo «el juego de la catalaxia». Como cualquier otro juego, se desarrolla según unas reglas que condicionan el comportamiento de cuantos en él participan, pero cuyos propósitos, destreza y conocimiento difieren entre sí. Todo ello hace que el resultado sea impredecible y que existan siempre ganadores y perdedores. Y aunque, cual sucede en cualquier juego, deba insistirse en la necesidad de que todos los jugadores se comporten honestamente y nadie haga trampas, sería dislate exigir que todos los jugadores alcanzaran un resultado justo.

Dichos resultados serán, necesariamente, en parte fruto de la destreza y en parte consecuencia del azar. Algunas de las circunstancias que hacen que los servicios de determinada persona resulten más o menos valiosos para sus semejantes, o que le obliguen a alterar la orientación de sus esfuerzos, no dependen del hombre ni son de carácter previsible.

En el capítulo siguiente volveremos a ocuparnos de la mecánica del proceso de descubrimiento que el juego de la competencia implica. Nos limitaremos por el momento a recalcar que los resultados que para los distintos individuos o grupos tenga un proceso encaminado a utilizar más información de la que persona o institución alguna pueda poseer, son de carácter imprevisible y, por necesidad, habrán de apartarse a me-

<sup>10</sup> Cfr. ADAM SMITH, *The Theory of Moral Sentiments* (Londres, 1801), vol. II, parte VII, sec. II, cap. I, pág. 198: «Los estoicos parecen haber considerado que, aunque la vida del hombre es un juego de gran destreza, existe en ella también la influencia del azar, o de lo que vulgarmente se denomina la suerte.» Cfr. también ADAM FERGUSON, *Principles of Moral and Political Science* (Edinburgo, 1792), vol. I, pág. 7: «Los estoicos concibieron la vida como un juego en el que el entretenimiento y el mérito de los participantes consiste en jugarlo atentamente y bien, con independencia de la importancia de la correspondiente apuesta.» En una nota, Ferguson se refiere a los *Discourses of Epictetus* recogidos por Arriano, libro II, cap. V.

La crítica de Polanyi y el tiempo del liberador la antinomia 194

nudo de las esperanzas e intenciones que determinaron la dirección e intensidad del esfuerzo personal. Sólo podremos hacer uso efectivo de este conocimiento disperso si (circunstancia que también Adam Smith fue de los primeros en percibir<sup>11</sup>) permitimos que opere el principio de «realimentación negativa» que, naturalmente, exige que algunos tengan que sufrir alguna inmerecida desilusión respecto a sus expectativas.

También veremos más adelante que la importancia que para el funcionamiento del orden de mercado tienen los precios y salarios, y por lo tanto los ingresos de los diferentes grupos e individuos, no es principalmente debida a los efectos de los precios sobre quienes los perciben, sino al hecho de que los mismos se comportan como señales que inducen a quienes participan en el proceso económico a alterar la dirección de sus esfuerzos. Su función no es tanto recompensar a la gente por lo que ha hecho cuanto señalar lo que, tanto en beneficio propio como del interés general, se debe hacer. Veremos, asimismo, que para que exista un incentivo capaz de mantener aquella movilidad que un orden de mercado libre requiere, será necesario a menudo que la recompensa a los esfuerzos de la gente no se corresponda con los méritos reconocibles. Será, por el contrario, conveniente que, pese a haber hecho los mayores esfuerzos de que se sea capaz, y por razones que los actores no podrán prever, aparezcan resultados más o menos distintos de lo que razonablemente cabría esperar. En un ordenamiento espontáneo, la cuestión de si alguien ha hecho o no lo «adecuado» no puede ser siempre

<sup>11</sup> Cfr. G. HARDIN, *Nature and Man's Fate* (Nueva York, 1961), pág. 55 «En un mercado libre, dice en efecto Smith, los precios se establecen a través de un proceso de realimentación negativa.» El tan ridiculizado «milagro» de que la persecución del propio interés sirva al interés general se reduce a la evidente proposición de que un orden en el que el comportamiento de sus elementos debe apuntar a desconocidos efectos sólo puede funcionar sobre la base de que los mismos se vean inducidos a responder a señales que reflejen los efectos de los aludidos eventos. Lo que a Adam Smith resultaba evidente ha tenido que ser redescubierto mucho más tarde por el análisis científico, que ha bautizado el fenómeno con el nombre de «sistemas auto-organizantes».

ligada al mérito, sino que debe determinarse con independencia de si las personas afectadas podrían o deberían haber dispuesto de más adecuada información.

Lo que esto concretamente significa es que a los hombres se les puede permitir elegir ocupación sólo si la remuneración que por ella esperan recibir se corresponde con el valor que a sus servicios atribuyan quienes de ellos hagan uso; y también que este valor no guardará a menudo relación alguna con los méritos o necesidades individuales. La remuneración correspondiente al mérito y la indicación de lo que una persona debe hacer, tanto en interés propio como en beneficio de los demás, son cosas fundamentalmente distintas. No son las buenas intenciones o las existentes necesidades, sino la realización de lo que, al margen de las motivaciones, de hecho más beneficia a los demás, lo que asegura la mejor recompensa. Entre quienes intentan escalar el Everest o llegar a la luna, la honra no corresponde a quienes realizan el mayor esfuerzo, sino a quienes primero alcanzan la meta.

El hecho de que, en esta perspectiva, las gentes no se hayan percatado todavía de que no cabe hablar de la justicia o injusticia de los resultados se debe en parte al equívoco uso que del término «distribución» se hace, empleo que sugiere inevitablemente la existencia de un agente cuya voluntad y decisiones determinan la respectiva situación de las diferentes personas o grupos<sup>12</sup>. Por supuesto que no existe tal agente, y por eso es por lo que hay que recurrir a un proceso impersonal que determine la asignación de beneficios. Esto es precisamente así porque, a través de él, podemos obtener una estructura de precios y remuneraciones que hace que tanto el volumen total de la producción como la parte que, en función tanto de la habili-

<sup>12</sup> Cfr. L. VON MISES, *Human Action* (Yale, 1949; traducción española: *La Acción Humana*, Unión Editorial, 3.ª ed., 1979), pág. 255, nota: «No hay en la economía de mercado nada que con precisión quepa denominar distribución. Los bienes no son producidos primero para ser después distribuidos, cual sucedería en el orden socialista.» Cfr. también M. R. KÖTHBARD, «Towards a Reconstruction of Utility and Welfare Economics», en M. Sennholz (ed.), *On Freedom and Free Enterprise* (Nueva York, 1965), pág. 231.

*relación*  
dad propia como del simple azar, recibe cada individuo sea lo mayor posible, habida cuenta del estado del conocimiento existente.

Poco contribuiría a nuestros propósitos el que en estos momentos nos extendiéramos más sobre la importancia relativa del azar y de la habilidad en la efectiva determinación de los respectivos ingresos. Veríamos claramente que se dan grandes diferencias entre las distintas actividades, situaciones y momentos, así como entre los grupos sociales más competitivos y los menos emprendedores. Me inclino a pensar que, dentro de cualquier sector o profesión, la correspondencia entre la habilidad y los resultados personales es mayor de lo que suele creerse, pero que las posiciones relativas de todos los miembros de un determinado sector o profesión con relación a los de otros se encuentren más a menudo afectadas por circunstancias que escapan al control y al conocimiento de los correspondientes individuos. (Y tal vez sea ésta la razón por la cual la llamada injusticia «social» sea considerada por lo general más grave que los correspondientes infortunios individuales)<sup>13</sup>. La cuestión esencial, sin embargo, es advertir que, en general, el mecanismo de los precios no hace que las remuneraciones sean proporcionales a la habilidad y al esfuerzo. Pero que, pese a ello —e incluso cuando sea evidente que la suerte juega un gran papel y que desconocemos por qué algunos suelen ser más afortunados que otros en cuanto a prever el futuro— sigue siendo de interés general proceder según el supuesto de que los pretéritos éxitos de algunos hacen más probable que esas mismas personas seguirán actuando también más acertadamente en el futuro, por lo que conviene inducirles a proseguir en sus esfuerzos.

<sup>13</sup> Cfr. W. G. RUNCIMAN, *op. cit.*, pág. 274: «Los agravios de la justicia social se establecen con relación a un grupo. La persona víctima de una injusta discriminación a nivel individual, de una injusta desigualdad, sólo será víctima de una injusticia de tipo individual.»

LA SUPUESTA NECESIDAD DE PODER CONFÍAR  
EN LA JUSTICIA DE LAS RECOMPENSAS

Con insistencia se ha venido afirmando que las gentes sólo toleran las grandes diferencias de riqueza porque creen que los distintos individuos en realidad reciben lo que merecen; que las masas soportan de hecho el orden de mercado porque (y en la medida en que) piensan que las diferencias en cuanto a las recompensas fundamentales se corresponden con el mérito. El mantenimiento de una sociedad libre, por lo tanto, se basa en la idea de que en ella tiene lugar alguna forma de «justicia social»<sup>14</sup>. El orden de mercado, sin embargo, no nació de semejantes opiniones ni fue justificado sobre tales bases. Tras su decadencia durante la Edad Media y su parcial destrucción por las restricciones impuestas por las autoridades, resurgió cuando finalmente se abandonó el vano empeño —perseguido durante más de un milenio— de encontrar los precios y salarios justos. Los últimos escolásticos, tras reconocer la vacuidad de aquellas fórmulas, afirmaron que, por el contrario, la única exigencia de la justicia era que los precios derivaran del recto comportamiento de quienes en el mercado intervinieran, es decir, que se tratase de precios competitivos establecidos sin recurso al fraude, al monopolio o a la violencia<sup>15</sup>. De esta tradi-

<sup>14</sup> Cfr. IRVING KRISTOL, «When Virtue Loses all Her Loveliness—Some Reflections on Capitalism and The Free Society», *The Public Interest*, núm. 21 (1970), reproducido en el trabajo del autor *On the Democratic Idea in America* (Nueva York, 1972), así como en Daniel Bell e Irving Kristol (eds.), *Capitalism Today* (Nueva York, 1970).

<sup>15</sup> Cfr. J. HÖFFNER, *Wirtschaftsethik und Monopole im 15 und 16 Jahrhundert* (Jena, 1941) y «Der Wettbewerb in der Scholastik», *Ordo*, V, 1953; también MAX WEBER, *On Law in Economy and Society*, ed. Max Rheinstein (Harvard, 1954), págs. 295 y sigs. También H. M. ROBERTSON, *Aspects on the Rise of Economic Individualism* (Cambridge, 1933), y B. GROETHUYSEN, *Origines de l'esprit bourgeois en France* (París, 1927). En relación con las más importantes discusiones establecidas en torno al precio justo por los jesuitas españoles durante el siglo XVI, véase L. MOLINA, *De iustitia et de jure*, vol. 2, *De Contractibus* (Colonia, 1959), disp. 347, núm. 3, y especialmente la disputa 348, núm. 3, donde se define el precio justo como aquel que se establece

ción derivaron John Locke y sus contemporáneos la concepción liberal clásica de la justicia según la cual, como acertadamente se ha dicho, sólo puede ser justa o injusta «la forma en que se desarrolle la competencia, no sus resultados»<sup>16</sup>.

Es indudable que, especialmente entre quienes en el mercado descollaron, se desarrolló la idea de que el éxito individual gozaba de una vigorosa justificación moral; y que mucho después de que los principios básicos del orden que nos ocupa fueran elaborados y defendidos por los moralistas católicos, en el mundo anglosajón lograron el decidido apoyo del calvinismo. Es ciertamente importante para el orden de mercado —es decir, para la sociedad de libre empresa, erróneamente denominada «capitalismo»— que la gente crea que su propio

«absque fraude, monopoliiis atque aliis versutiis, communiter res aliqua vendi consuevit pretio in aliqua regione, aut loco, et habendum est pro mensura et regula iudicandi pretium iustum rei illius in ea regione». Acerca de la humana incapacidad de determinar de antemano el precio justo, cfr. JUAN DE SALAS, *Commentarii in Secundam Secundae D. Thomae de Contractibus* (Lyon, 1617), *Tr. de empt. et vend.*, IV, núm. 6, pág. 9: «...quas exacte comprehendere, et ponderare Dei est, not hominum». Y J. DE LUGO, *Disputationes de Iustitia et Iure* (Lyon, 1643), vol. II, d. 26, s. 4, núm. 40; «pretium iustum mathematicum, licet soli Deo notum». Cfr. también L. MOLINA, *op. cit.*, disp. 365, núm. 9: «Omnesque rei publicae partes ius habent conscendendi ad gradum superiorem, si cuiusque sors id tulerit, neque cuiquam certus quidam gradus debetur, qui descendere et conscendere possit.» Quizá exagera H. M. ROBERTSON (*op. cit.*, pág. 164) al escribir que «puede asegurarse que la religión subyacente al espíritu capitalista es más bien el jesuitismo que el calvinismo».

<sup>16</sup> JOHN W. CHAPMAN, «Justice and Fairness», *Nomos VI, Justice* (Nueva York, 1963), pág. 153. La concepción lockiana persiste incluso en JOHN RAWLS, por lo menos en su primer ensayo, «Constitutional Liberty and the Concept of Justice», *Nomos VI, Justice* (Nueva York, 1963), pág. 117, nota: «Si se acepta que la ley y el gobierno deben eficazmente defender a largo plazo la competencia, el pleno empleo de los recursos, un amplio acceso a la riqueza y a la propiedad, y un razonable mínimo social, y en el supuesto de que exista la igualdad de oportunidades, la correspondiente distribución será justa o al menos no injusta. Todo ello resulta del funcionamiento de un sistema justo... un mínimo social es tan sólo una opción de tipo cautelar y de racional previsión de futuro.»

bienestar depende primordialmente de sus personales esfuerzos y decisiones. Pocas circunstancias contribuirán, en efecto, en mayor medida a que un individuo sea trabajador y eficiente que la convicción de que es de él de quien primordialmente depende el logro de los fines que se ha propuesto alcanzar. De ahí que la educación y la opinión dominante fomenten a menudo esta convicción. Creo que ello ha de redundar en beneficio de la mayor parte de cuantos componen la sociedad, la cual no dejará de obtener de tales planteamientos importantes frutos morales y materiales. Pero también es cierto que puede conducir a una exagerada confianza en la adecuación de la aludida generalización que hará que quienes han fracasado, considerándose a sí mismos igualmente capaces (y acaso con toda razón), consideren amarga ironía y dura provocación la tesis de referencia.

Desafortunado resulta que, especialmente en los Estados Unidos, algunos escritores de renombre como Samuel Smiles y Horacio Alger, y también posteriormente el sociólogo W. G. Sumner, hayan defendido la libre empresa sobre la base de que en dicho sistema suele ser recompensado quien más lo merece. Puede incluso resultar fatal para el futuro del orden de mercado el que tal argumento haya llegado a ser el único que la opinión popular haya llegado a captar. En este principio se basa en gran medida la elevada estima que de sí mismo suele tener el hombre de empresa. Con frecuencia adquiere éste un aire de probidad que, desde luego, no contribuye a su popularidad.

Constituye grave dilema establecer si es o no conveniente que, entre los jóvenes, se cultive la convicción de que les ha de sonreír el éxito si realmente hacen el necesario esfuerzo; o si, por el contrario, debemos insistir en que inevitablemente han de triunfar a veces gentes indignas mientras fracasan quienes eran más merecedores del triunfo; si debemos permitir que prevalezca la opinión de aquellos grupos que valorizan la excesiva confianza en que el individuo capaz y trabajador recibirá la merecida recompensa, aportando con ello los correspondientes beneficios a los demás, o si, prescindiendo de semejante idea —en parte, sin duda, errónea— las gentes tolerarán las

Edm.  
W  
el  
Capit.

diferencias en cuanto a las recompensas que sólo en parte dependerán del esfuerzo y, en parte también, del simple azar.

#### NO EXISTE UN «VALOR PARA LA SOCIEDAD»

La fútil investigación medieval en torno al precio y al salario justos, abandonada finalmente cuando llegó a advertirse que el único precio justo es el precio «natural», es decir, aquel que surge en el mercado competitivo con independencia de las leyes humanas, pero sometido a tan elevado número de circunstancias que sólo Dios puede prever<sup>17</sup>, no constituyó el último intento de encontrar esta piedra filosofal. La aludida inquietud ha surgido de nuevo modernamente y se expresa no sólo en la general exigencia de la «justicia social», sino también en el largo e igualmente inútil empeño de establecer criterios de justicia en relación con los procedimientos de conciliación y arbitraje de las disputas laborales. Casi un siglo de esfuerzos por parte de animosos hombres y mujeres pertenecientes a todas las regiones del orbe por descubrir principios a cuya luz pudiera establecerse la justicia salarial, ha sido incapaz de producir, según propia confesión, una sola regla que pueda ser útil al propósito contemplado<sup>18</sup>. A la vista de ello, sorprende que árbitros experimentados, como Lady Wootton, después de admitir que quienes en ese ámbito actúan «se esfuerzan en la imposible tarea de hacer justicia en el vacío ético», porque «nadie sabe, en el contexto de referencia, en qué consiste la justicia», no duden en concluir que, a tal efecto, deba ser la legislación la que establezca los oportunos criterios y explícitamente recomienden la determinación política de rentas y salarios<sup>19</sup>. Es difícil llevar a mayores extremos el equivocado supuesto de que el parlamento sea capaz de determinar lo que es justo. No creo que la aludida autora pretenda realmente

<sup>17</sup> Cfr. las citas recogidas en la nota 15.

<sup>18</sup> Cfr. M. FOGARTY, *The Just Wage* (Londres, 1961).

<sup>19</sup> BARBARA WOOTTON, *The Social Foundation of Wage Policy* (Londres, 1962), págs. 120 y 162, y también su *Incomes Policy, An Inquest and a Proposal* (Londres, 1974).

defender el atroz principio implícito en su afirmación de que toda recompensa deba ser fijada por el poder político.

Otra base de apoyo de la idea según la cual las categorías de justo e injusto pueden ser significativamente ligadas a las remuneraciones establecidas por el mercado es el supuesto de que los diferentes servicios tienen un determinado y verificable «valor para la sociedad» y que, con frecuencia, las remuneraciones reales se apartan de tal valor. Aunque la expresión «valor para la sociedad» sea empleada con tanta frecuencia a la ligera, incluso por los propios economistas, en rigor no existe cosa semejante. Implica ese mismo tipo de antropomorfismo o personificación de la sociedad que el término «justicia social» conlleva. Los servicios sólo pueden ser valiosos a nivel individual (o de las agrupaciones de individuos), y un mismo servicio puede tener muy dispares valores para los diferentes miembros de una misma sociedad. Considerar las cosas de otro modo es considerar a la sociedad, no como un orden espontáneo de hombres libres, sino como una organización cuyos miembros están obligados a servir una única jerarquía de fines. Esto, sin embargo, implica transformar la sociedad en un sistema totalitario en el que la libertad personal brilla por su ausencia.

Aun cuando resulta tentador hablar del «valor para la sociedad» en lugar del servicio que el individuo presta a sus semejantes, de hecho es sumamente engañoso decir, por ejemplo, que un hombre que venda millones de cerillas, ingresando así 200.000 dólares por año, preste «a la sociedad» mayor servicio que otro que, proporcionando sabiduría o una más noble satisfacción a unos pocos millares de personas, ingrese tan sólo 20.000 dólares anuales. Una sonata de Beethoven, un cuadro de Leonardo, o una obra de Shakespeare son también aportaciones que carecen de «valor para la sociedad»; satisfacen tan sólo las apetencias de aquellos que conocen y son capaces de valorar tales creaciones. Poco sentido tiene afirmar, por ejemplo, que un boxeador o un cantante sean socialmente más valiosos que un violinista o un bailarín por el hecho de que, mientras los primeros actúan ante millones de espectadores, los segundos lo hagan ante más reducidas audiencias. La cuestión no es que los verdaderos valores sean dispares, sino que

los valores atribuidos a los diferentes servicios por los distintos grupos son invalorable entre sí. Lo único que esta expresión significa es que unos reciben una suma dineraria más elevada, aportada por un público más numeroso<sup>20</sup>.

Por regla general, los ingresos que a los diferentes individuos corresponden en el mercado no coincidirán con los valores relativos que determinado individuo atribuya a los correspondientes servicios. Aunque es cierto que, mientras exista oferta de un bien determinado, quienes lo demanden entre muchos otros lo harán hasta aquella cuantía para la cual el valor relativo de las últimas unidades adquiridas se equipare con su precio, hay pares de artículos que nunca son adquiridos por la misma persona. El precio relativo correspondiente, por ejemplo, a los bienes que sólo los hombres o sólo las mujeres consumen no coincidirá con el valor relativo atribuido por nadie a los aludidos bienes.

Por lo tanto, las remuneraciones que individuos y grupos reciben en el mercado dependen del valor que sus respectivos servicios tengan para quienes los reciben (o, estrictamente hablando, para la demanda menos perentoria que la oferta esté dispuesta a satisfacer) y no de un supuesto «valor para la sociedad».

Otra fuente de crítica contra la injusticia de este principio de remuneración es que las remuneraciones así asignadas suelen ser a menudo muy superiores a lo que precisaría la motivación de quienes prestan estos servicios. Pero ello no puede suceder de otra manera mientras se pretenda: que todos cuantos prestan el mismo servicio reciban la misma remuneración; que suplementarias cantidades del servicio en cuestión sigan siendo ofertadas en tanto en cuanto el precio exceda al costo; y que cualquiera que desee comprarlo o venderlo pueda con libertad hacerlo. Se sigue de ello que todos los vendedores menos los marginales han de recibir forzosamente un beneficio superior al estrictamente necesario para inducirles a prestar ese servicio, del mismo modo que todos los compradores menos los marginales obtienen los artículos adquiridos a un precio inferior al que

<sup>20</sup> No se equivocaba seguramente Samuel Butler (*Hudibras*, II, 1) al afirmar: «Una cosa valdrá lo que se pague por ella en dinero.»

Pero pueden ser medidas

le

verdaderamente estarían dispuestos a pagar. Por lo tanto, la remuneración que el mercado establece nunca podrá ser justa en el sentido de que alguien trate de recompensar a sus semejantes por los esfuerzos y sacrificios en su favor asumidos.

El examen de las actitudes que los distintos grupos adoptan respecto a la remuneración de los servicios muestra también, incidentalmente, que las masas en modo alguno envidian todos los ingresos superiores a los suyos, sino, por lo general, solamente aquellos que se obtienen a través de actividades cuya función no comprenden o que consideran perniciosas. Nunca he constatado que la gente común envidie los elevados ingresos de un boxeador o de un torero, de un ídolo del fútbol, de una estrella de la pantalla o de un rey del jazz; incluso, a menudo, parece alegrarse del despliegue de lujo y derroche que tales figuras hacen, ante el que palidece el de los grandes magnates de la industria o de las finanzas. La queja contra la injusticia surge cuando la mayoría de la gente no es capaz de captar la utilidad que reporta determinada actividad; con frecuencia porque, erróneamente, la considera nociva (caso del «especulador», error al que suele acompañar la opinión de que sólo las actividades deshonestas pueden proporcionar tan elevados ingresos) y, sobre todo, cuando los abultados ingresos se emplean para acumular una fortuna (conclusión que esta vez es consecuencia del también erróneo supuesto según el cual es preferible gastar que invertir). La compleja estructura de la Gran Sociedad contemporánea, sin embargo, dejaría de operar si las remuneraciones de las diferentes actividades estuvieran sometidas a la opinión que la mayoría tenga acerca de su respectivo valor, o dependiera de la idea que alguna persona pudiera tener sobre la importancia relativa de las múltiples diversas actividades que componen el sistema.

La cuestión fundamental no es que las masas no tengan en muchas ocasiones idea alguna acerca del valor que determinada actividad tiene para los demás, por lo que serán por lo general sus prejuicios los que determinen la correspondiente intervención del poder público. Lo importante es que nadie conoce el aludido extremo, sino en la medida en que el mercado lo expresa. Es cierto que nuestra estima de determinadas acti-

vidades difiere, a menudo, del valor que el mercado les atribuye, lo que nos suele inducir a denunciar la correspondiente injusticia. Pero si inquirimos acerca de cuál debiera ser la remuneración de la niñera o del carnicero, del minero o del juez de un alto tribunal, del buzo o del limpiador de cloacas, del promotor o del «jockey», del inspector de rentas o del inventor de un fármaco salvador, del piloto de avión a reacción o del profesor de matemáticas, advertiremos que la apelación a la «justicia social» no nos ha de proporcionar la más ligera ayuda para decidir al respecto, y si, pese a todo, recurrimos a ella, en realidad no hacemos sino insinuar que, sin previa justificación, los demás deben aceptar nuestro punto de vista.

Quizá se intente contraargumentar que, aunque no podamos dar al término «justicia social» un significado preciso, ello no constituye obstáculo insuperable, ya que, en realidad, se trata de un problema análogo al que, como indicamos anteriormente, se presenta en relación con la justicia propiamente dicha. Si no sabemos lo que es «socialmente justo», sí conocemos lo que es «socialmente injusto», por lo que, eliminando constantemente la «injusticia social» allí donde la descubramos, nos iremos aproximando gradualmente a la «justicia social». Este argumento, sin embargo, deja de lado la dificultad fundamental. Ningún criterio nos dice qué es lo «socialmente injusto», ya que no hay sujeto alguno al que quepa atribuir la correspondiente injusticia y no hay norma de conducta individual alguna cuya observancia asegure a los individuos y a los grupos que operan en el orden de mercado aquella posición que como tal (es decir, con independencia del procedimiento que permita su identificación) pudiéramos calificar de justa<sup>21</sup>. No se trata de una cuestión relativa al error sino al absurdo. Es como aludir a la «moralidad de una piedra».

<sup>21</sup> Sobre el tema general de la relación entre la remuneración y el mérito, además de los pasajes de David Hume y de Immanuel Kant que encabezan este capítulo, cfr. el cap. VI de mi libro *The Constitution of Liberty* (Londres y Chicago, 1960; trad. esp.: *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, 3.ª ed., 1977) y también MAFFEO PANTALEONI, «L'Atto economico», en *Errotemi di Economia* (2 vols., Padua, 1963), vol. I, pág. 101; «E tre sono le proposizioni che conviene com-

## EL SIGNIFICADO DE «LO SOCIAL»

Podría esperarse que del examen del significado del atributo «social» surgiera alguna luz en cuanto al esclarecimiento del significado de la expresión «justicia social». Semejante intento, sin embargo, nos lleva de inmediato a un callejón sin salida muy similar al que entraña el propio concepto de «justicia social»<sup>22</sup>. Originariamente, lo «social» tuvo, por supuesto, un significado preciso (análogo al que tienen otros términos similares tales como «nacional», «tribal» u «organizativo»), es decir, perteneciente a, o característico de la estructura y el funcionamiento de la sociedad. En este sentido, la justicia siempre es, evidentemente, un fenómeno social y la incorporación de tal término al sustantivo, un pleonasma<sup>23</sup>. Es como si habláramos de un «lenguaje social». En su primitivo uso, sin embargo, hubo de emplearse el vocablo para distinguir la concepción prevalente de la justicia frente a las sostenidas por grupos o personas privadas.

Pero la «justicia social», tal como hoy se entiende, no es

prendere bene: La prima è che il merito è una parola vuota di senso. La seconda è che il concetto di giustizia è un poliseno che si presta a quanti paralogismi si vogliono ex amphibologia. La terza è che la remunerazione non può essere commisurata da una produttività (marginale) capace di determinazione isolatamente, cioè senza la simultanea determinazione della produttività degli altri fattori con i quali entra in una combinazione di complementarità.»

<sup>22</sup> Sobre los antecedentes históricos del término «social», cfr. KARL WASSERRAB, *Sozialwissenschaft und Soziale Frage* (Leipzig, 1903); LEOPOLD VON WIESE, *Der Liberalismus in Vergangenheit und Zukunft* (Berlín, 1917), y *Sozial, Geistig, Kulturell* (Colonia, 1936); WALDEMAR ZIMMERMAN, «Das 'Soziale' im geschichtlichen Sinn— und Begriffswandel», en *Studien zur Soziologie, Festgabe für L. von Wiese* (Maguncia, 1948); L. H. A. GECK, *Ueber das Eindringen des Wortes «Sozial» in die Deutsche Sprache* (Göttingen, 1963); y RUTH CRUMMENERL, «Zur Wortgeschichte von 'Sozial' bis zur englischen Aufklärung», ensayo inédito preparado para un examen de doctorado en Filología (Bonn, 1963). Cfr. también mi ensayo «What is 'Social'?— What does it Mean?» en versión inglesa revisada, en *Studies in Philosophy, Politics and Economics* (Londres y Chicago, 1967).

<sup>23</sup> Cfr. G. DEL VECCHIO, *op. cit.*, pág. 37.

«social» en el sentido que se corresponde con el atribuible a las «normas sociales», es decir, algo que ha llegado a ser práctica individual en el curso de la evolución social. No se la considera, en efecto, producto de la sociedad o de algún proceso social, sino esquema que debe ser impuesto a la sociedad. La relación de lo «social» con el conjunto de la sociedad o el interés de todos sus miembros es lo que gradualmente le fue otorgando respetabilidad moral. Cuando, a lo largo del tercer cuarto del siglo pasado, su uso se fue generalizando, se convirtió en llamada a las entonces clases dominantes para que se interesaran por el bienestar de los estamentos más necesitados, cuyos intereses no habían hasta entonces recibido la debida consideración<sup>24</sup>. La «cuestión social» se planteó, de este modo, como una llamada a las clases superiores para que adquirieran conciencia de su responsabilidad con relación al bienestar de los sectores sociales más descuidados, cuya voz apenas se había dejado sentir a nivel gubernamental. La «política social» (o *Sozialpolitik*, por expresar el término en el idioma del país entonces más destacado en el aludido movimiento) se puso a la orden del día, convirtiéndose en la principal preocupación de las gentes buenas y progresistas. El término «social» fue desplazando poco a poco a otros, tales como «ético» o simplemente «bueno».

Pero desde esta llamada a la conciencia pública para que se ocupase de los desafortunados, reconociéndolos como miembros de la misma sociedad, se pasó gradualmente a la idea de que la propia «sociedad» es responsable de la situación material de todos sus miembros y de que cada uno debe recibir lo que le es «debido». Ello significa que los procesos sociales deben ser deliberadamente orientados al logro de determinados resultados, lo cual implica una personificación de la sociedad a la que se identifica con un sujeto dotado de mente consciente y capaz de someter su comportamiento a las exigencias de la

<sup>24</sup> En relación con este tema resulta muy instructivo el trabajo de LEOPOLD VON WIESE, *Der Liberalismus in Vergangenheit und Zukunft* (Berlín, 1917), págs. 115 y sigs.

moralidad<sup>25</sup>. «Social» se convirtió así, cada vez más, en equivalente a virtuoso, en cualidad distintiva del hombre bueno y en ideal ordenador de la acción comunitaria.

Pero aunque esta evolución sin duda extendió ilimitadamente el campo de aplicación del término «social», no consiguió darle nuevo significado. Hasta tal punto le privó de su significado descriptivo original, sin embargo, que los sociólogos americanos se han visto precisados a acuñar, en su lugar, el nuevo término «societal». En realidad, se ha producido una situación en la que se puede aplicar la palabra «social» a cualquier cosa públicamente deseable, pero que al propio tiempo vacía de significado preciso a cualquier término con el que se asocia. No sólo «justicia social», sino también «democracia social», «economía social de mercado»<sup>26</sup> y «Estado social de derecho» (*rule of law* y, en alemán, *sozialer Rechtsstaat*) son expresiones que, gracias al epíteto «social», pueden significar lo que se quiera, pese a que justicia, democracia, economía de mercado o *Rechtsstaat* no dejan de tener un significado evidente. Se trata de una palabra que ha llegado a ser una de las principales fuentes de confusión en el ámbito del léxico político y que probablemente ya no puede ser utilizada para ningún fin útil.

Al parecer, no tiene límite la violencia que cabe infligir al lenguaje para promover ciertos ideales. El término «justicia social» hasta ha dado origen recientemente a la expresión «justicia global»! Su contraria, la «injusticia global», ha sido defi-

<sup>25</sup> Característico de las muchas discusiones en torno al tema por parte de los filósofos sociales es el trabajo de W. A. FRANKENA, «The Concept of Social Justice», en *Social Justice*, ed. R. B. Brandt (Nueva York, 1962), pág. 4, cuyo argumento descansa en la presunción de que la expresión «la sociedad actúa», aplicada a un orden espontáneo, carece de significado. Aunque los utilitaristas parecen inclinarse por esta interpretación antropomórfica de la sociedad, normalmente tal supuesto no es tan ingenuamente admitido como lo hace J. W. Chapman en la citada afirmación, nota 21 al capítulo VII.

<sup>26</sup> Es de lamentar el uso de esta expresión, aunque, gracias a ella, algunos de mis amigos en Alemania (y, más recientemente, también en Inglaterra) hayan logrado hacer aceptable en círculos más amplios el tipo de orden social por el que abogo.

nida en una reunión ecuménica de jefes religiosos americanos como algo caracterizado por «una dimensión pecaminosa en lo económico, político, social, sexual, así como en las estructuras de clase y en los sistemas propios de la sociedad global»<sup>27</sup>. Parece como si la convicción de que se está defendiendo una buena causa, y no cualquier otra, produjera una mentalidad más sesgada e intelectualmente incluso aún más deshonestas.

#### «JUSTICIA SOCIAL» E IGUALDAD

Los más generalizados intentos de dar significado concreto al concepto de «justicia social» se basan en consideraciones de tipo igualitario, exigiéndose que toda desviación en el disfrute de los bienes materiales del ideal igualitario quede legitimada por un interés general identificable que justifique las correspondientes diferencias<sup>28</sup>. Este supuesto se basa en una falsa analogía con las organizaciones humanas encargadas de distribuir recompensas, en cuyo caso realmente la justicia exige que las mismas se determinen de acuerdo con alguna regla reconocible de general aplicabilidad. Ahora bien, los beneficios obtenidos en el mercado, aunque la gente tienda a considerarlos como recompensas, no cumplen semejante misión. Su funcionalidad (si es que cabe aplicar este término a un esquema

<sup>27</sup> Cfr. la «Toma de Conciencia» asumida por la «Aspen Consultation on Global Justice», una «Reunión ecuménica de líderes religiosos americanos» celebrada en Aspen, Colorado, entre el 4 y el 7 de junio de 1974. Se admite que la injusticia global «se caracteriza por la existencia de una dimensión de pecado en las estructuras y sistemas políticos, económicos, sociales, raciales, sexuales y de clase, correspondientes a la sociedad global». *Aspen Institute Quarterly* (Nueva York), núm. 7, tercer cuatrimestre, 1974, pág. 4.

<sup>28</sup> Cfr. especialmente A. M. HONORÉ, *op. cit.* Lo absurdo de la afirmación de que en la Gran Sociedad es necesario justificar moralmente el que A tenga más que B, como si ello fuera resultado de algún artificio humano, se hace obvio si consideramos no sólo el complejo y elaborado aparato del gobierno que la prevención de tal realidad exigiría, sino también que tal aparato habría de tener poder suficiente para dirigir tanto el comportamiento de todos los ciudadanos como los productos derivados del mismo.

que nunca fue planificado, sino que ha surgido porque, sin que la gente supiese por qué, contribuía a potenciar el esfuerzo humano) se cifra en señalar a los individuos lo que pueden hacer sin destruir el orden en el que están insertos y que resulta a todos imprescindible. Los precios que en una economía de mercado deban pagarse por las diferentes formas de trabajo u otros factores de producción, para que aquélla ajuste entre sí el comportamiento de los distintos individuos, aunque la acción vaya acompañada de esfuerzo, diligencia, habilidad, necesidad, etc., no pueden ser función de tales magnitudes. Las consideraciones de justicia carecen de sentido en relación a efectos que no dependen de la voluntad ni del deseo de nadie, sino de circunstancias que nadie conoce en su totalidad.

La afirmación de que las diferencias en cuanto a las remuneraciones deban ajustarse a los merecimientos no habría sido ciertamente considerada evidente en una comunidad de agricultores, comerciantes o artesanos; es decir, en una sociedad en la que el éxito o el fracaso dependen claramente sólo en parte de la habilidad y de la laboriosidad, pero en parte también de la respectiva suerte personal, aunque también en tales sociedades los individuos no dejen de proclamar ante Dios o el destino lo injusto de su suerte. Pero, aunque duela a la gente que su remuneración dependa en alguna medida del simple azar, eso es precisamente lo que conviene que ocurra para que el orden de mercado pueda con rapidez ajustar su esquema a la inevitable e imprevisita mutación de las circunstancias y para que el individuo pueda libremente decidir lo que considere oportuno hacer. La actitud hoy prevalente es propia de una sociedad en la que gran parte de los individuos trabajan integrados en organizaciones en las cuales son remunerados a los niveles estipulados en función del tiempo trabajado. Tales co-

<sup>29</sup> Uno de los pocos filósofos modernos que han advertido y discutido clara y francamente tal extremo ha sido R. G. COLLINGWOOD. Cfr. su ensayo sobre «Economics as a Philosophical Science», *Ethics* 36, 1926, pág. 74: «Un precio justo, un salario justo, una justa tasa de interés constituyen contradicciones terminológicas. Qué sea lo que una persona deba obtener a cambio de sus bienes o de su trabajo es cuestión totalmente carente de significado.»

munidades no condicionan los diferentes ingresos de sus miembros al funcionamiento de un mecanismo impersonal cuya misión es orientar sus esfuerzos, sino a las decisiones de un poder humano que es capaz de asignar las partes en consonancia con el mérito.

El postulado de la igualdad material sólo podría ser considerado base de partida en el supuesto de que la participación de los diferentes individuos o grupos dependiera de alguna decisión humana. En una sociedad en la que tal realidad fuera incuestionable, la justicia exigiría, sin duda, que la asignación de los medios para satisfacer las necesidades humanas se efectuara de acuerdo con un principio uniforme tal como el mérito o la necesidad (o una combinación de ambos) y que, cuando el principio adoptado no justificara una diferencia, la participación de los distintos individuos fuera igual. Probablemente la actual aspiración a la igualdad material se basa a menudo en la creencia de que las desigualdades son efecto de la decisión de alguien, creencia totalmente errónea en un auténtico orden de mercado y que sólo tiene una validez muy limitada en la economía «mixta» altamente intervencionista que hoy existe en la mayoría de los países. Esta clase de orden económico hoy prevalente ha adquirido en gran parte el carácter que le distingue como resultado de las medidas del gobierno encaminadas a conseguir lo que se considera exigencia de la «justicia social».

Ahora bien, cuando se trata de elegir entre un genuino orden de mercado, que ni realiza ni puede realizar una distribución de acuerdo con un modelo de justicia material, y un sistema en el que el gobierno emplee el poder de que dispone para llevar a efecto dicha distribución, la cuestión que se plantea no es si el gobierno debe ejercer, justa o injustamente, los poderes que en todo caso tiene que ejercitar, sino si debe ostentar y hacer uso de unos poderes adicionales susceptibles de determinar la parte de riqueza que a los diferentes miembros de la sociedad deba corresponder. En otras palabras, la exigencia de «justicia social» no requiere sólo que el gobierno observe unos principios de acción en consonancia con las normas uniformes en aquellas intervenciones que en cualquier caso tiene que realizar, sino también que emprenda determinadas activi-

dades adicionales y asuma, por consiguiente, nuevas responsabilidades, tareas que no son necesarias para mantener la ley y el orden y que tratan de satisfacer ciertas necesidades colectivas que el mercado no puede atender.

El gran problema es si esta nueva exigencia de igualdad no se halla en conflicto con la igualdad ante las normas de conducta que el gobierno debe a todos imponer y exigir en una sociedad libre. Existe, por supuesto, una gran diferencia entre un gobierno que aplica a todos los ciudadanos las mismas normas en las actividades que acomete con finalidades distintas a las distributivas y otro gobierno que hace todo lo necesario para situar a los distintos ciudadanos en iguales (o menos desiguales) condiciones materiales. Entre uno y otro objetivo puede realmente producirse aguda discrepancia. Puesto que la gente se diferencia según muchos atributos que el gobierno no puede modificar, no cabe asegurar a todos la misma posición material sin que el gobierno trate a los individuos de manera muy diferente. Para asegurar la misma posición material a quienes difieren considerablemente en fuerza, inteligencia, habilidad, conocimiento y constancia, así como en su entorno físico y social, el gobierno tendría que tratarlos de manera muy discriminatoria para compensar las desventajas y deficiencias que directamente no puede alterar. Por otra parte, una estricta igualdad en cuanto a los beneficios que el gobierno puede proporcionar conduciría claramente a la desigualdad de las posiciones materiales.

Sin embargo, no es ésta la única ni la principal razón por la que un gobierno que trate de asegurar a sus ciudadanos una posición material igual (o un determinado tipo de bienestar material) tiene que tratarlos de manera muy desigual. También tiene que obrar así porque, en semejante sistema, tendrá que decir a la gente lo que debe hacer. Desde el momento en que las recompensas esperadas por el individuo no son ya indicación apropiada acerca de cómo debe dirigir sus esfuerzos allí donde sean más necesarios, puesto que dichas recompensas no corresponderán ya al valor que sus servicios tengan para los demás, sino al mérito moral o merecimiento que se le supone a cada individuo, los incentivos pierden aquella función de guía

que en el orden de mercado tienen, por lo que deberán ser sustituidos por los mandatos de la autoridad. Una oficina central de planificación deberá asignar las tareas a los diferentes grupos o individuos en base a sus propios criterios de oportunidad o eficacia; en orden a conseguir sus fines, tendrá que imponerles muy diversas cargas y obligaciones. Los individuos pueden ser tratados según normas uniformes en lo que concierne a las recompensas, pero no ciertamente respecto a los diferentes tipos de trabajo que deban realizar. Al asignar las tareas que cada uno tiene que desarrollar, la autoridad planificadora central deberá guiarse por consideraciones de eficacia y oportunidad y no por principios de justicia o igualdad. No menos que en el orden de mercado, los individuos se verán sometidos, por el interés general, a una enorme desigualdad, sólo que estas desigualdades estarán determinadas no por la interacción de las habilidades individuales en un proceso impersonal, sino por la inapelable decisión de la autoridad.

La política de bienestar, extendida cada vez a sectores más amplios, evidencia que una autoridad cuya finalidad sea conseguir determinados resultados para los individuos, tiene que disponer de poderes esencialmente arbitrarios para obligarles a hacer lo que se considera necesario al objeto de alcanzar esos objetivos. La plena igualdad de muchos implica la sumisión general a las órdenes de una élite que cuida de todo. Mientras que la igualdad de derechos bajo un gobierno limitado es ciertamente posible, siendo la misma indispensable a la libertad individual, la pretensión de una igualdad en las condiciones materiales sólo puede lograrse a través de un gobierno que disponga de poderes totalitarios<sup>30</sup>.

No nos equivocamos, desde luego, cuando observamos que

<sup>30</sup> Si en algo han coincidido cuantos han estudiado seriamente el ideal de la igualdad, es en que la igualdad material y la libertad son entre sí incompatibles. Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America*, libro II, cap. I (Nueva York, ed., 1946, vol. II, pág. 87): las comunidades democráticas «claman por la igualdad en la libertad, pero si no pueden lograr tal objetivo seguirán clamando por la igualdad en la esclavitud»; WILLIAM S. SORLEY, *The Moral Life and the Moral Worth* (Cambridge, 1911), pág. 110: «La igualdad se logra tan sólo a través

los efectos sobre los diferentes individuos y grupos del proceso económico de una sociedad libre no se ajustan a principio alguno discernible de justicia. Erraríamos, sin embargo, si de ello dedujéramos la injusticia de dicho proceso e intentáramos determinar un responsable. En una sociedad libre en la que la posición de los distintos individuos y grupos no sea resultado del designio de nadie —o no pueda ser modificada de acuerdo con un principio de general aplicabilidad— las diferencias de remuneración no pueden entenderse en términos de justicia o injusticia. Existen, sin duda, muchas clases de comportamiento individual que tienden a conseguir determinadas remuneraciones y que pueden ser calificadas de injustas. Pero no existen principios de conducta individual que establezcan un modelo de distribución que, como tal, pueda ser calificado de justo. Por consiguiente, tampoco existe la posibilidad de que el individuo pueda saber lo que debe hacer para asegurar la justa remuneración de sus semejantes.

Nuestro esquema ético está constituido por un sistema de normas de conducta individual. En la Gran Sociedad ninguna conducta que por tales normas se guíe, o que dependa de las decisiones individuales sometidas a ellas, puede producir para los individuos resultados que podamos calificar de justos en el sentido en que consideramos justas o injustas las recompensas intencionadas, porque, en semejante sociedad, nadie tiene poder o conocimientos suficientes como para asegurar que quienes resultan afectados por sus decisiones obtendrán lo que considere justo. A quienes se les asegura una remuneración de acuerdo con un principio considerado parte de la «justicia social» no se les puede dejar en libertad para hacer lo que les plazca: la remuneración que advierte acerca de la urgencia de

de una constante interferencia sobre la libertad»; o más recientemente GERHARD LEIBHOLZ, «Die Bedrohung der Freiheit durch die Macht der Gesetzgeber», en *Freiheit der Persönlichkeit* (Stuttgart, 1958), pág. 80: «Freiheit erzeugt notwendig Ungleichheit und Gleichheit notwendig Unfreiheit». Son éstos unos pocos ejemplos que encuentro en una revisión somera de mis notas. Gentes que se proclaman partidarias entusiastas de la libertad siguen, sin embargo, clamando por la igualdad material.

una labor no puede ser justa en este sentido, ya que la necesidad de actuar de una determinada manera depende a menudo de accidentes imprevisibles y no ciertamente de las buenas intenciones o esfuerzos de quienes son capaces de hacerlo. Y una autoridad que fijara las remuneraciones con la intención de reducir, según se estime, la clase o el número de individuos que deban dedicarse a cada ocupación no puede hacer que esas remuneraciones sean «justas», es decir, proporcionadas al mérito, a la necesidad o las aspiraciones de las personas afectadas. Deberá ofrecer lo que se precise para atraer o retener al número de personas que cada tipo de actividad requiera.

#### LA «IGUALDAD DE OPORTUNIDADES»

No puede negarse, desde luego, que en el orden de mercado existente en la actualidad son a menudo muy diferentes, no sólo los resultados, sino también las oportunidades iniciales de los diferentes individuos; éstos se ven afectados por circunstancias físicas y sociales que escapan a su control, pero que, en muchos aspectos, pueden ser efectivamente modificadas por la intervención del gobierno. La exigencia de una igualdad de oportunidades, es decir, de una equiparación de las condiciones de partida (*Startgerechtigkeit*) seduce y ha sido defendida por muchas personas que, en general, se muestran partidarias del mercado libre. Entendida como igualdad de oportunidades ante aquellas situaciones que dependen de las decisiones del gobierno (como el nombramiento de cargos públicos y cosas semejantes), constituyó este extremo uno de los puntos capitales del liberalismo clásico, de ordinario expresado mediante la frase francesa «la carrière ouverte aux talents». Hay también argumentos a favor de que el gobierno proporcione, equitativamente, los medios para la escolarización de los menores; gentes que aún no han adquirido la ciudadanía plena y responsable, si bien cabe discutir que deba ser precisamente el gobierno quien administre los correspondientes medios.

Pero todo esto queda aún muy lejos de crear una verdadera igualdad de oportunidades, incluso para aquellas per-

sonas que poseen idénticas cualidades. Para conseguirlo, el gobierno tendría que controlar cuantas circunstancias físicas y humanas afectan a toda la población y tratar de proporcionar a todos idénticas oportunidades. Cuando mayor sea el éxito alcanzado en este empeño, mayor será la legítima exigencia de que, en virtud del mismo principio, queden eliminados cuantos obstáculos aún subsistan, o bien sean los mismos neutralizados imponiendo cargas excepcionales sobre quienes se encuentren todavía relativamente favorecidos. Pero para ello, el gobierno habrá de controlar literalmente cuantas circunstancias afecten al bienestar individual. Por muy seductora que, a primera vista, resulte la expresión «igualdad de oportunidades», cuando la idea se lleva más allá del área de los servicios que, por otras razones, tiene que proporcionar el gobierno, se convierte en ideal totalmente ilusorio. Cualquier intento de llevarlo a la práctica se traduciría en una verdadera pesadilla.

#### «JUSTICIA SOCIAL» Y LIBERTAD BAJO LA LEY

La idea de establecer las recompensas de acuerdo con los méritos o merecimientos de los servicios prestados «a la sociedad» presupone la existencia de una autoridad que no sólo las distribuya, sino que asigne también las funciones que cada cual deba desempeñar para ser recompensado. La realización de la «justicia social» requiere, en otras palabras, que los individuos obedezcan, no sólo unas normas generales, sino también determinados mandatos sólo a ellos dirigidos. El tipo de orden social en el que los individuos se ven precisados a servir a un único sistema de fines es la llamada organización y no el orden espontáneo del mercado. No se trata de un sistema en el que el individuo sea libre, por estar sólo sometido a unas normas generales de recto comportamiento, sino de uno en el que todo el mundo está sometido a específicos dictados de la autoridad.

Se afirma a veces que, para materializar la «justicia social», basta la simple modificación de las normas de conducta

individual. Sin embargo, no es posible establecer un conjunto de normas o principios que regulen la conducta individual de tal suerte que, en una sociedad desarrollada, el efecto conjunto de las actividades produzca una distribución de los beneficios sociales que quepa calificar de materialmente justa, o que asegure cualquier otro tipo de asignación de las ventajas e inconvenientes entre los distintos individuos y grupos. Para plasmar cualquier modelo concreto de distribución a través del proceso del mercado, cada productor tendría que saber, no sólo a quién benefician (o perjudican) sus actos, sino también en qué medida las demás personas (actual o potencialmente) afectadas por sus actividades quedarán también condicionadas por los servicios recibidos de los restantes miembros de la sociedad. Como vimos anteriormente, las normas de conducta pertinentes sólo pueden determinar el carácter formal del orden configurado, pero no las ventajas específicas que del mismo lleguen a recabar los distintos grupos o individuos.

Conviene poner de relieve hecho tan evidente, puesto que incluso juristas eminentes han afirmado que la sustitución de la justicia individual o conmutativa por la «social» o distributiva no tiene por qué destruir la libertad individual bajo la ley. El célebre filósofo del derecho alemán Gustav Radbruch sostiene, en efecto, explícitamente que «la comunidad socialista también puede ser un *Rechtsstaat*, es decir, que también en ella puede prevalecer la *rule of law*, aunque sería un *Rechtsstaat* gobernado por la justicia distributiva y no por la conmutativa»<sup>31</sup>. Y un autor francés recuerda que «hay quien sostiene que a ciertos funcionarios de elevado rango se les debería atribuir la capacidad de 'pronunciarse' sobre la distribución de la renta nacional, del mismo modo que los jueces se pronuncian sobre cuestiones jurídicas»<sup>32</sup>. Pero tales opiniones no tienen en cuenta el hecho de que no cabe establecer un mode-

<sup>31</sup> GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (Stuttgart, 1956), pág. 87: «Auch das sozialistische Gemeinwesen wird also ein Rechtsstaat sein, ein Rechtsstaat freilich, der statt von der ausgleichenden von der austeilenden Gerechtigkeit beherrscht wird.»

<sup>32</sup> Cfr. M. DUVERGER, *The Idea of Politics* (Indianápolis, 1966), pág. 201.

lo específico de distribución, imponiendo a los individuos unas simples normas de conducta, sino que la consecución de unos resultados previamente fijados exige la coordinación deliberada de las diferentes actividades en consonancia con las concretas circunstancias de tiempo y lugar. En otras palabras, se ha de impedir que los individuos obren en base a sus propios conocimientos y en pro de sus propios fines, circunstancia que constituye la esencia de la libertad. El supuesto exige, por el contrario, que se les obligue a obrar de la manera que mejor permita alcanzar los fines fijados por la autoridad en función del conocimiento por ella poseído.

La justicia distributiva que el socialismo propugna es, por lo tanto, incompatible con el imperio de la ley y con la libertad bajo la ley que el aludido principio trata de asegurar. Las normas de justicia distributiva no pueden ser aplicadas equitativamente. Son más bien normas que regulan la conducta de unos superiores con sus subordinados. Aunque algunos socialistas hace tiempo llegaron a la inevitable conclusión de que «los principios fundamentales de la ley formal según los cuales cada caso debe juzgarse de acuerdo con principios racionales generales... sólo sirven para la fase competitiva del capitalismo»<sup>33</sup>, y también los comunistas, mientras tomaron en serio el socialismo, llegaron incluso a proclamar que «el comunismo no significa la victoria de la legalidad socialista, sino la victoria del socialismo sobre todo tipo de legalidad, ya que al abolir las clases con sus intereses antagónicos, la ley también desaparecerá»<sup>34</sup>, cuando, hace más de treinta años, señalé que aquí estaba el punto crucial de la discusión sobre los efectos políticos de cualquier política económica de tipo socia-

<sup>33</sup> KARL MANNHEIM, *Man and Society in an Age of Reconstruction* (Londres, 1940), pág. 180.

<sup>34</sup> P. J. STUCHKA (Presidente del Tribunal Supremo Soviético) en *Enciclopedia del Estado y del Derecho* (en ruso, Moscú, 1927), citado por V. GSOVSKI, *Soviet Civil Law* (Ann Arbor, Michigan, 1948), I, página 70. Los trabajos de E. PASCHUKANIS, el autor soviético que ha desarrollado con mayor consistencia la idea de la desaparición de la ley en el socialismo, han sido descritos por KARL KORSCH en *Archiv sozialistische Literatur*, III (Frankfort, 1966) como el único desarrollo coherente de las enseñanzas de Karl Marx.

lista<sup>35</sup>, mi comentario suscitó gran indignación y violentas protestas. Pero ese punto crucial aparece también incluso en el énfasis con que Radbruch señala que el paso de la justicia conmutativa a la distributiva significa una progresiva sustitución del derecho privado por el público<sup>36</sup>, puesto que éste no consiste en normas de conducta dirigidas a los ciudadanos privados, sino en normas de organización destinadas a los funcionarios públicos. Es decir, como el propio Radbruch recalca, se trata de un derecho que subordina los ciudadanos a la autoridad<sup>37</sup>. Sólo si se entiende por derecho, no las normas generales de recto comportamiento, sino las normas dictadas por la autoridad (o respaldadas éstas por una cámara legislativa), puede afirmarse que las medidas tendientes a la justicia distributiva pueden ser compatibles con el imperio de la ley. Tal

<sup>35</sup> *The Road to Serfdom* (Londres y Chicago, 1944), cap. IV. Para una discusión de la tesis central de este libro por parte de los juristas, cfr. W. FRIEDMANN, *The Planned State and the Rule of Law* (Melbourne, 1948), reproducido en la obra del mismo autor *Law and Social Change in Contemporary Britain* (Londres, 1951); HANS KELSEN, «The Foundations of Democracy», *Ethics* 66, 1955; ROSCOE POUND, «The Rule of Law and the Modern Welfare State», *Vanderbilt Law Review*, 7, 1953; HARRY W. JONES, «The Rule of Law and the Modern Welfare State», *Columbia Law Review*, 58, 1958; A. L. GOODHART, «The Rule of Law and Absolute Sovereignty», *University of Pennsylvania Law Review*, 106, 1958.

<sup>36</sup> G. RADBRUCH, *op. cit.*, pág. 126.

<sup>37</sup> Las ideas de Radbruch sobre estas materias han sido resumidas por Roscoe Pound (en su introducción a R. H. GRAVES, *Status in the Common Law*, Londres, 1953, pág. XI): Radbruch «comienza por distinguir entre justicia conmutativa, una justicia correctora que devuelve a su propietario lo que le ha sido usurpado o le otorga una compensación sustancial, y justicia distributiva, una distribución de los bienes no con criterio de igualdad, sino de acuerdo con algún esquema de valores. Existe, pues, un contraste entre una ley coordinativa, que asegura los intereses a través de la reparación, o alguna otra fórmula equivalente que a todos trata por igual, y la ley subordinativa, que favorece los intereses de algunos en función de determinada escala valorativa. El derecho público, afirma el autor, es un derecho de subordinación, que subordina los individuos al interés público, pero no los intereses de otros individuos con esos intereses públicos.»

enfoque, sin embargo, expresa tan sólo la idea de mera legalidad y deja de ofrecer protección a la libertad individual a la que originariamente pretendía servir.

No existe razón alguna para que, en una sociedad libre, el gobierno deje de asegurar a todos la oportuna protección contra la miseria garantizándoles un mínimo de ingresos; o para que deje de fijar un nivel de ingresos por debajo del cual nadie debería caer. Establecer esta seguridad contra el extremo infortunio no puede menos de redundar en beneficio de todos. Puede considerarse, en otras palabras, evidente deber moral prestar asistencia, en una sociedad organizada, a quienes no son capaces de velar por sí mismos. Ahora bien, garantizar unos ingresos mínimos y uniformes al margen del mercado en beneficio de todos aquellos que, por la razón que fuere, sean incapaces de obtener, a través del mercado, un adecuado sustento no conduce a una restricción de la libertad ni es incompatible con el imperio de la ley. Los problemas que estamos considerando surgen sólo cuando la autoridad se pone a determinar la remuneración que a los servicios prestados debe corresponder, quedando con ello marginado ese mecanismo impersonal del mercado que permite orientar los esfuerzos individuales.

Tal vez la sensación más aguda de agravio por la injusticia de que se es objeto, no a través del comportamiento de determinadas personas, sino en razón del «sistema», surge cuando no se dispone de las mismas oportunidades de las que otros disponen para desarrollar las propias cualidades. La causa de ello puede radicar en la disparidad de circunstancias físicas o sociales, algunas de las cuales, por lo menos, son inevitables. La más importante de estas circunstancias es evidentemente la situación familiar. La institución familiar no sólo satisface una profunda necesidad psicológica, sino que suele también ser instrumento de transmisión de importantes valores culturales. No cabe la menor duda de que quienes carecen totalmente de ambiente familiar, o han crecido en condiciones desfavorables, se encuentran en una situación notoriamente desfavorable. Difícilmente puede discutirse que sería deseable que ciertas instituciones públicas se ocuparan, en la medida de lo posible, de

la asistencia a los niños infortunados cuando los parientes o vecinos no presten dicha asistencia. Pocos creerán seriamente (pese a lo que dijera Platón) que podamos atender plenamente estas deficiencias, pues al no poder garantizar a todos este beneficio, la exigencia de igualdad llevaría a arrebatarlo a quienes ya lo disfruten. Tampoco creo que la igualdad más drástica compensará aquellas diferencias en cuanto a la capacidad de disfrutar e interesarse por los valores culturales que una educación apropiada confiere.

Existen, por supuesto, muchas otras desigualdades insuperables que podrían parecer tan faltas de fundamento como las económicas, pero que, sin embargo, se dejan sentir menos que estas últimas, debido a que no se consideran efecto de la acción humana o de instituciones que quepa alterar.

#### EL ÁMBITO ESPECIAL DE LA «JUSTICIA SOCIAL»

No cabe duda que los sentimientos morales que se expresan en la demanda de una «justicia social» derivan de una actitud que, en condiciones más primitivas, el individuo desarrolló hacia los demás miembros de los pequeños grupos a los que pertenecía. En relación con el miembro del propio grupo al que se conoce personalmente, bien puede reconocerse la existencia de un deber de asistirle y de orientar la propia acción en orden a satisfacer sus necesidades. Ello es posible en razón al conocimiento que se tiene de su persona y de sus particulares circunstancias. Pero la situación es totalmente distinta en la Gran Sociedad o Sociedad Abierta. En ésta los bienes y servicios aportados por cada individuo benefician mayormente a personas desconocidas. La mayor productividad de este tipo de sociedad descansa en una división del trabajo que va mucho más allá del ámbito en que cada individuo se mueve. Esta extensión del proceso de intercambio más allá de grupos relativamente pequeños, que abarca un amplio número de personas desconocidas, ha sido posible desde el momento en que se ha otorgado al extraño e incluso al extranjero la protección de las mismas normas de comportamiento

que se aplican a las relaciones con los miembros conocidos del propio pequeño grupo.

Esta ampliación de las mismas normas de recto comportamiento al resto de las gentes suele considerarse, con razón, como uno de los logros más altos de la sociedad liberal. Lo que no se suele advertir es que esta extensión de las normas a las relaciones con todos (más allá de los grupos más íntimos, como la familia o el círculo de amigos personales) exige la atenuación por lo menos de algunas normas que son de obligado cumplimiento en las relaciones con los demás miembros del grupo reducido. Si las obligaciones jurídicas para con los extraños o extranjeros tienen que ser las mismas que las que se tienen para con los vecinos o habitantes de la misma aldea o ciudad, estas últimas tienen que reducirse de modo que puedan aplicarse a todos por igual. Es claro que los hombres querrán siempre pertenecer también a grupos de menor tamaño y no dudarán en asumir voluntariamente mayores obligaciones para con los amigos o compañeros que ellos mismos eligen. Pero estas obligaciones morales hacia algunos no pueden necesariamente transformarse en obligaciones exigibles frente a terceros en un sistema de libertad bajo la ley, ya que, en tal sistema, la selección de aquellos hacia los cuales una persona desea asumir especiales obligaciones morales debe ser decisión personal y no imposición legal. Un sistema de normas pensado para una Sociedad Abierta y que, por lo menos en principio, deba aplicarse a todos ha de tener un contenido menor que el que corresponde a un grupo pequeño.

En particular, un acuerdo común sobre el status o posición material de los diferentes miembros sólo es posible en los grupos relativamente pequeños, en los que resulten familiares el carácter y actividad de los demás. En tales comunidades la opinión acerca del estado apropiado irá también asociada al sentimiento de lo que uno mismo debe a los otros, y no a la mera exigencia de que alguien conceda la oportuna remuneración. Las demandas de «justicia social» suelen dirigirse como algo obvio —aunque a menudo implícitamente— al gobierno de la nación en cuanto organismo que dispone de

los poderes necesarios para ello. Pero es muy dudoso que, excepto en los países de menor tamaño, puedan aplicarse a escala nacional unos patrones ajustados a las condiciones locales familiares al individuo; y es evidente que pocos hombres estarán dispuestos a conceder a los extraños el mismo derecho a gozar de unos ingresos determinados que, sin embargo, están dispuestos a reconocerles a sus conciudadanos más próximos.

Es cierto que en los últimos años la preocupación por el sufrimiento de las masas de los países pobres ha inducido a los electores de los más ricos a aprobar sustanciales ayudas en favor de los primeros; difícilmente puede decirse, sin embargo, que, en estos casos, las consideraciones de justicia hayan desempeñado un papel significativo. Estas ayudas han sido concedidas más bien en razón a que los grupos de poder compiten entre sí por atraer a sus órbitas, en lo posible, a los países subdesarrollados. Pero debe observarse que la moderna tecnología que ha hecho posible la aludida asistencia sólo pudo surgir porque algunos países pudieron acumular grandes riquezas, mientras la mayor parte del resto del mundo apenas evolucionaba.

Lo importante, sin embargo, es advertir que al extender nuestra mirada más allá de los límites de nuestras fronteras, y sobre todo más allá de los límites de lo que consideramos nuestra civilización, difícilmente podremos seguir engañándonos pensando que sabemos en qué consiste lo «socialmente justo». Podremos, en efecto, constatar cómo precisamente aquellos grupos que —como los sindicatos— más insisten en la necesidad de promover la «justicia social» dentro del propio país suelen ser los primeros en oponerse a conceder ayuda a otras naciones. En el ámbito internacional, la imposibilidad de ofrecer un modelo por todos reconocido de «justicia social», o unos principios sobre los que quepa basar tal modelo, deviene obvia. A escala nacional, en cambio, siguen siendo muchos los que aún consideran que lo que para ellos y su entorno es evidente debe servir de base a la política nacional y a la orientación del coactivo poder del gobierno. En realidad, a este nivel esa idea se convierte en puro arbitrio cuya eficacia entre los

ingenuos bien intencionados han aprendido a explotar con éxito a los representantes de los intereses organizados.

Existe, a este respecto, una diferencia fundamental entre lo que resulta posible hacer en los reducidos grupos y en la Gran Sociedad. En el pequeño grupo, el individuo puede conocer los efectos de sus propios actos sobre sus compañeros, por lo que las normas pueden prohibirle hacerles cualquier tipo de daño y exigir, al mismo tiempo, que preste determinadas formas de ayuda a sus congéneres. En la Gran Sociedad, por el contrario, muchos de los efectos del comportamiento de una persona sobre los demás le son totalmente desconocidos. De ahí que no puedan servirle de guía al individuo los efectos que específicamente se produzcan en el caso concreto. Tan sólo normas que definan los actos prohibidos o exigidos pueden darle orientación. Desconocerá con frecuencia quién se beneficiará concretamente de su acción, por lo que no puede saber si está supliendo una angustiada necesidad o incrementando una ya abundante oferta. No puede aspirar a plasmar unos resultados justos si desconoce quién es la persona afectada. El paso desde el pequeño grupo a la Gran Sociedad o Sociedad Abierta —y el tratamiento de todas las demás personas como seres humanos en lugar de como amigos o enemigos conocidos— exige ciertamente la reducción del ámbito de las obligaciones para con los demás.

Si las obligaciones legales de una persona tienen que ser las mismas con relación a todos, incluso extraños y extranjeros (y mayores tan sólo en el caso de obligaciones voluntariamente asumidas o derivadas de vínculos físicos, tales como los que ligan a los padres con los hijos), las obligaciones jurídicamente exigibles para con los vecinos y amigos no pueden ser superiores a las que nos ligan a los extraños. Es decir, todas aquellas obligaciones que se basen en el conocimiento personal o en la familiaridad con las circunstancias individuales no pueden ya imponerse. La extensión de la obligación de someterse a unas normas de recto comportamiento a círculos más amplios y, en definitiva, a todos los hombres, implica, pues, la atenuación de las obligaciones para con los demás miembros del pequeño grupo propio. Los sentimientos mora-

les por nosotros heredados, que acaso incluso sean innatos, son en cierto modo inaplicables a la Sociedad Abierta (que es de carácter abstracto); y el tipo de «socialismo moral» que cabe aplicar en el ámbito del grupo, y que con frecuencia satisface instintos profundamente arraigados, resulta inviable en la Gran Sociedad. Ciertos tipos de conductas altruistas en pro de los amigos y conocidos, que en los pequeños grupos pueden ser altamente deseables, pueden no serlo en la Sociedad Abierta, en la que incluso pueden resultar perjudiciales (la decisión tomada, por ejemplo, por los miembros de un mismo sector de no competir entre sí)<sup>38</sup>.

A primera vista, puede parecer paradójico que el progreso moral exija una reducción de las obligaciones específicas para con los demás. Sin embargo, quienes estimen que el principio de que todos los hombres deben ser tratados por igual —condición que tal vez sea la única capaz de propiciar la paz— es más importante que la ayuda especial al sufrimiento visible, no podrán dejar de desear que se cumpla la aludida condición que sin duda exige que permitamos que nuestra razón prevalezca sobre nuestros instintos heredados. Porque la gran aventura moral en la que el hombre moderno se halla embarcado, una vez establecida la Gran Sociedad, se ve amenazada si se le exige basar sus relaciones con sus congéneres en normas que sólo resultan aplicables a los miembros de un grupo tribal.

<sup>38</sup> Cfr. BERTRAND DE JOUVENEL, *Sovereignty* (Chicago, 1957), página 136: «La sociedad de reducido tamaño, como medio en el que el hombre inicialmente aparece, mantiene para éste una atracción infinita; indudablemente el mismo recurre a ella para renovar su ímpetu, pero cualquier intento encaminado a reproducir los mismos rasgos en una sociedad grande, es utópico y apunta a la tiranía. Admitido esto, resulta claro que en la medida en que las relaciones sociales llegan a ser más difusas y variadas, el bien común, concebido como confianza mutua, no puede ser propiciado mediante metodologías políticas propias de la sociedad reducida y cerrada. A este respecto, tal modelo es, por el contrario, engañoso en extremo.»

LA PRETENSIÓN DE COMPENSAR  
LAS TAREAS INGRATAS

Probablemente espere el lector que examine ahora con detalle algunas de las aspiraciones concretas cuya justificación suele basarse en la «justicia social». Pero esto, como una amarga experiencia me ha demostrado, sería no sólo labor interminable, sino también inútil. Después de cuanto queda expuesto, debería ser evidente que no existe pauta alguna que, basada en el mérito, las necesidades o los merecimientos, permita establecer, en el orden de mercado, cuál deba ser la distribución de los beneficios materiales; y menos aún un principio en virtud del cual resulte posible conciliar las distintas pretensiones al respecto. Aludiré, por lo tanto, tan sólo a dos temas en cuyo tratamiento con frecuencia se apela a la «justicia social». El primero de ellos acompaña, por lo general, a los argumentos mediante los cuales se pretende evidenciar la injusticia de la distribución que el mercado establece, si bien luego nunca se intente introducir la oportuna corrección. Recoge el segundo el tipo de situación que con mayor facilidad induce al gobierno a actuar en nombre de la «justicia social».

La circunstancia a la que se suele recurrir para demostrar la injusticia del actual orden de mercado se refiere a que los trabajos más ingratos son también, por lo general, los peor remunerados. En una sociedad justa, se afirma, quienes extraen el carbón, limpian las chimeneas o cloacas, o realicen cualquier otro tipo de trabajo sucio o servil, deberán recibir una remuneración superior a la que perciban quienes realicen tareas más gratas.

Sería injusto, desde luego, que, sin especial compensación, un superior jerárquico destinara a esas ingratas tareas a personas tan capaces como otras de realizar algún otro tipo de actividad. Si, por ejemplo, en una organización como la del ejército dos personas con idénticas posibilidades laborales fueran obligadas a trabajar en dos tareas, una de ellas atractiva y la otra repulsiva, la justicia exigiría sin lugar a duda que quien realizara la labor ingrata fuera de algún modo compensado.

Pero la situación es totalmente distinta cuando la gente

se gana la vida vendiendo sus servicios al mejor postor. En este caso, el sacrificio que es preciso afrontar es completamente irrelevante y lo único que cuenta es el valor (marginal) que los servicios tengan para quienes los utilicen. La razón de ello no es sólo que los sacrificios en que las distintas personas incurrir con motivo de la prestación de un mismo servicio son con frecuencia dispares; ni que sea imposible tener en cuenta las razones por las cuales algunas personas no son capaces de proporcionar servicios de tan especial utilidad, sino que aquellos cuyas aptitudes —y por consiguiente remuneraciones— son inferiores a las correspondientes a ciertas ocupaciones particularmente atractivas, podrán a menudo orientar su esfuerzo laboral hacia ese otro tipo de tareas más ingratas, pero, por tal razón, menos competidas, pudiendo obtener con ello unos superiores ingresos. Al ser rehuídas dichas tareas por quienes son capaces de prestar otro tipo de servicios que los consumidores valoran en más, quienes no poseen tales capacidades o habilidades dispondrán de la oportunidad de ganar más de lo que de otro modo hubieran podido conseguir.

El que aquellos cuyo trabajo sea poco valorado por los demás tengan que soportar mayor fatiga y esfuerzo para ganarse el sustento en comparación con otros que, posiblemente, disfruten en la realización de un trabajo por el que perciben una buena remuneración, es la necesaria concomitancia de un sistema en el que el volumen de los ingresos se basa en el valor que los correspondientes servicios tengan para quienes los utilizan y no en la aplicación de cualquier criterio relativo al mérito o merecimiento. Esta modalidad de remuneración debe prevalecer, por lo tanto, en todo orden social en el que el individuo sea libre de elegir entre las ocupaciones que se le ofrecen, en vez de verse obligado a desempeñar aquellas que la autoridad le asigne.

En el único sentido en el que puede considerarse justo el que el minero, el basurero o el matarife reciban recompensas más elevadas que otros que se dedican a más gratas actividades, es que sólo así se logre inducir a un número suficiente de personas a realizar este tipo de tareas, dado que

la alternativa sería que fueran expresamente destinadas a ellas por la autoridad. En un orden de mercado puede tacharse de infortunio el hecho de haber nacido en una aldea en la que la mayor parte de la gente sólo puede ganarse la vida mediante la pesca (o, si se trata de mujeres, limpiando el pescado). En ningún caso, sin embargo, puede calificarse de injusta tal situación. Porque ¿quién sería el responsable de la aludida injusticia? Por lo demás, tampoco sería lícito ignorar que, de no haber existido esas oportunidades de empleo, lo más probable es que no se hubiera siquiera llegado a nacer, dado que la mayor parte de la población de la aldea posiblemente deba su existencia a que las citadas oportunidades de trabajo permitieron a sus antepasados producir y procrear.

#### EL RESENTIMIENTO POR LA PÉRDIDA DE LAS POSICIONES ADQUIRIDAS

La apelación a la «justicia social» que en la práctica ha tenido quizá mayor influencia no coincide precisamente con la que más resonancia ha tenido en la discusión teórica. Las consideraciones que en torno a una supuesta «justicia social» más han inducido al poder público a interferir en el funcionamiento del orden de mercado se basan en la idea de que es necesario evitar que la gente pierda, sin culpa propia, la posición material a la que esté habituada. Ninguna otra consideración relativa a la «justicia social» habrá ejercido tal vez más influencia que la «fuerte y casi universal creencia de que es injusto frustrar las legítimas expectativas de bienestar. La única cuestión sometida a debate es la referente a cuáles sean, en concreto, dichas expectativas legítimas». Pero, como dice este mismo autor, «se estima legítimo que hasta los más numerosos estamentos tengan la seguridad de que no han de producirse fuertes y repentinos cambios que les sean perjudiciales»<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> EDWIN CANNAN, *The History of Local Rates in England*, 2.ª ed. (Londres, 1912), pág. 162.

La opinión según la cual las situaciones económicas desde hace tiempo establecidas crean unas justas expectativas que es preciso mantener, no pasa, sin embargo, de ser mero expediente al que se recurre a falta de un criterio más sólido de «justicia social». Cuando las expectativas no se cumplen y, por consiguiente, las recompensas resultan desproporcionadas al sacrificio incurrido, tal situación suele ser tachada de injusta, sin tomarse siquiera la molestia de demostrar que, en justicia, corresponde realmente a los afectados percibir los esperados ingresos; y, por lo menos, se considera injusto que un numeroso grupo de personas experimenten un deterioro de su posición económica como consecuencia de circunstancias que no pudieron prever o alterar.

Ahora bien, la reiterada incidencia de tal tipo de inmerecidos golpes de fortuna en algunos es algo consustancial al mercado. Es la forma según la cual el principio cibernético de la «realimentación negativa» mantiene el orden. Sólo a través de esta evolución indicadora de que determinadas actividades deben ser reducidas, cabe ajustar continuamente el esfuerzo de todos a una variedad tan grande de acontecimientos que ningún individuo o grupo es capaz de, mentalmente, abarcar. Puede así hacerse uso de la información dispersa que, en la Gran Sociedad, fundamenta el bienestar. No podemos contar con el funcionamiento de un sistema que obliga a los individuos a reaccionar ante acontecimientos imprevisibles si no se permite que, con independencia de los particulares merecimientos, el valor de los servicios ofertados por los distintos grupos sufra la oportuna evolución. Ello es consustancial a aquel proceso de constante adaptación a las cambiantes circunstancias que hace que hasta el simple mantenimiento del nivel de vida existente dependa de que, por amarga experiencia, alguna lleguen a descubrir la errónea orientación de sus esfuerzos y, consecuentemente, se vean en la necesidad de buscar trabajo en algún otro sector. Análogo argumento cabe oponer al resentimiento producido por las inmerecidas ganancias de aquellos para quienes la realidad haya evolucionado de manera más favorable de lo que cabía esperar.

El sentimiento de injusticia que la gente experimenta cuando

advierde que su posición económica empeora o degenera por completo, es en gran parte resultado del supuesto según el cual se tiene derecho a la aludida situación y que mientras se siga trabajando con la habitual laboriosidad y honestidad, es justo que se siga manteniendo la misma posición económica. Pero la idea de que moralmente merecemos seguir ingresando los mismos emolumentos que en el pasado percibíamos, carece de entidad. Sólo sería injusto que, habiendo respetado, por nuestra parte, puntualmente, las reglas de juego, alguien nos arrebatara lo que nos haya correspondido.

Precisamente porque en el mercado todos recibimos unos beneficios que no cabe justificar sobre bases morales, tenemos la obligación de aceptar el también inmerecido deterioro de nuestro nivel de ingresos. Nuestro único título moral a cuanto el mercado nos proporciona deriva del sometimiento por nuestra parte a aquellas reglas de conducta que propician la existencia del orden social. Nadie está obligado, en este supuesto, a proporcionar a nadie determinados ingresos, a no ser que exista un previo compromiso contractual. Si, como proponen los socialistas, se nos privara radicalmente de todos los «beneficios inmerecidos» que el mercado nos proporciona, la humanidad quedaría huérfana de buena parte de las ventajas de la civilización.

No tiene sentido contraargumentar, como se hace a menudo, que, puesto que debemos tales beneficios a la «sociedad», corresponde a ésta asignarlos a quienes, en su opinión, en mayor medida los merezcan. La sociedad, conviene repetirlo, no es una persona capaz de actuar, sino una estructura ordenada de comportamiento que resulta de la observancia por los individuos que la integran de ciertas reglas abstractas. Los beneficios que del funcionamiento de la citada estructura social recibimos no son atribuibles a la intención que haya movido a alguien a facilitárnoslos, sino al hecho de que quienes componen el cuerpo social cumplen, por lo general, determinadas reglas en la persecución de sus fines, una de las cuales reza que nadie debe coaccionar a los demás a fin de asegurar para sí mismo o para terceros un específico beneficio. Ello nos impone la obliga-

ción de atenernos a los resultados del mercado aun cuando los mismos nos sean desfavorables.

La posibilidad de que cualquiera pueda seguir percibiendo ingresos similares a los que ahora percibe, es consecuencia del hecho de que otros muchos individuos respetan las normas que aseguran el funcionamiento del orden social existente. Y aunque ello proporcione a la mayoría las mejores perspectivas de éxito en la utilización de sus respectivas capacidades, tales logros dependerán siempre también de lo que, desde el punto de vista individual, puede parecer consecuencia del mero azar. La magnitud de las oportunidades que al ser humano se le ofrecen no es obra suya, sino consecuencia del hecho de que los demás respeten análogas reglas del juego. Pedir protección para no ser desplazado, por otros a los que ahora favorecen las circunstancias, de la posición que durante cierto tiempo se haya disfrutado, equivale a negar a nuestros competidores esas mismas oportunidades que nos elevaron a la actual posición social.

Toda protección a una posición adquirida implica, por lo tanto, necesariamente, un privilegio que a todos no cabe otorgar y que, de haber existido antaño, habría impedido que quienes ahora de él pretenden beneficiarse, alcanzaran esas posiciones cuya protección reclaman. En concreto, puede no ser justo participar equitativamente en un aumento general del nivel de vida si este aumento (o tal vez el simple mantenimiento del correspondiente nivel de vida) depende del continuo ajuste de toda la estructura a nuevas e imprevisibles circunstancias que modificarán y, con frecuencia, incluso reducirán la capacidad de contribución de algunos a la satisfacción de las necesidades de los demás. Por tal razón, pueden no ser justas algunas demandas, como por ejemplo las de los agricultores norteamericanos cuando exigen la «paridad» de los precios agrícolas, así como las correspondientes a cualquier otro grupo social que intente preservar su posición social relativa o absoluta.

La satisfacción de tal tipo de aspiraciones particulares puede, pues, no sólo no ser justa, sino hasta eminentemente injusta, puesto que su admisión implica negar a otros aquellas oportunidades que facilitaron el acceso a su especial situación a quienes ahora respaldan dichas pretensiones. Tal es la razón

por la que este tipo de ventajas se suelen conceder sólo a los grupos organizados capaces de exigir la materialización de sus reclamaciones. Y así, mucho de lo que actualmente se hace en nombre de la «justicia social» no sólo es injusto, sino también altamente antisocial en el verdadero sentido de la palabra, puesto que sólo sirve para proteger algún interés establecido. El hecho de que cuando un número suficientemente elevado de personas pide protección se interprete como un «problema social» puede constituir un serio problema, principalmente porque, oculto bajo el manto de la «justicia social», el tema es susceptible de recibir un apoyo generalizado. En el tercer volumen de esta obra se evidenciará que las actuales instituciones democráticas hacen que las cámaras parlamentarias sean incapaces de resistirse a tales demandas, cuando las mismas son respaldadas por grupos lo suficientemente numerosos. Ello, sin embargo, no altera el hecho de que presentar las correspondientes medidas como exigencias de la «justicia social» no pasa de ser mero pretexto para hacer que determinados intereses de grupo prevalezcan sobre el interés general. Y aunque, en la actualidad, toda aspiración de un grupo organizado se presenta como un «problema social», sería más exacto afirmar que, si bien los intereses a largo plazo de muchos individuos coinciden en gran medida con el interés general, los correspondientes a grupos organizados casi siempre resultan opuestos al aludido interés colectivo. Y, sin embargo, son precisamente estos intereses de grupo los que comúnmente suelen ser considerados «sociales».

#### CONCLUSIONES

La tesis fundamental del presente capítulo, a saber, que en una sociedad de hombres libres, a quienes se les permita orientar sus conocimientos hacia el logro de sus propios fines, la expresión «justicia social» carece por completo de significado, es, por naturaleza, afirmación indemostrable, cual sucede con cualquier aserto de carácter negativo. Cabrá evidenciar que, en determinadas circunstancias, la apelación a la «justicia

social» no servirá de inspiración a nuestro comportamiento. Pero la afirmación de que, en una sociedad libre, el término de referencia carece de significado debe limitarse a ser una advertencia para que se reflexione sobre el significado de las palabras que se utilizan y una invitación a que no se haga uso de expresiones cuyo significado se desconoce.

En la medida en que se suponga que expresión tan utilizada goza de sentido preciso, será necesario demostrar que cualquier intento de imponer ese ideal en una sociedad de hombres libres hará a ésta inviable. Tales esfuerzos, sin embargo, implicarán simple redundancia si se acepta que tal sociedad carece de la condición fundamental que la aplicación del concepto de justicia (interpretado éste en su aspecto distributivo) exige: que sus resultados dependan de la humana intencionalidad; o, lo que es lo mismo, se reconoce que la intencionada distribución de recompensas es incompatible con el orden mercantil. No es necesario, en efecto, demostrar la inviabilidad de algo que ni siquiera tiene existencia.

Espero haber demostrado con la debida claridad que el término «justicia social» no es, como se cree generalmente, inocua expresión de buena voluntad hacia los menos afortunados. La misma ha llegado a ser, en efecto, exigencia fraudulenta en pro de la protección de intereses particulares que sobre ninguna otra base cabría justificar. Para que la discusión política pueda desarrollarse con la debida honestidad es preciso que la gente llegue a advertir la necesidad de relegar la aludida expresión al campo de la demagogia y del periodismo barato y que cualquier pensador responsable se avergüence de recurrir a ella; porque, reconocida su carencia de significado, no es lícito seguir haciendo uso de ella. Por lo que a mí respecta, he de confesar que, tras los arduos esfuerzos realizados por poner al descubierto los perniciosos efectos que la apelación a la «justicia social» ha producido en nuestros esquemas morales, y después de haber constatado con tanta frecuencia la ligereza con que, hasta los más eminentes pensados

res recurren a ella<sup>40</sup>, creo que la expresión ha llegado a producirme una cierta alergia. Estoy absolutamente convencido de que el mayor servicio que pueda yo todavía prestar a mis congéneres es contribuir a que todos lleguen a avergonzarse de utilizar por vía oral o escrita el término «justicia social».

Que en el estado actual del debate el continuo uso del mismo no sólo resulta fraudulento, sino que es también fuente de constante confusión política, así como elemento destructor de la moralidad, queda evidenciado por el hecho de que eminentes pensadores y filósofos<sup>41</sup>, después de acertadamente

<sup>40</sup> Aunque uno ha llegado ya a habituarse a encontrar en las confusas mentes de los filósofos sociales una constante alusión a la justicia social, me duele enormemente advertir cómo un pensador tan distinguido como el historiador PETER GEYL (*Encounters in History*, Londres, 1963, pág. 358) se anima a utilizar también irreflexivamente dicha expresión. J. M. KEYNES (*The Economic Consequences of Mr. Churchill*, Londres, 1925, *Collected Writings*, vol. IX, pág. 223) tampoco duda en afirmar que «por razones de justicia social, ningún argumento puede justificar la reducción de los ingresos de los mineros».

<sup>41</sup> Cfr., por ejemplo, WALTER KAUFMANN, *Without Guilt and Justice* (Nueva York, 1973) quien, después de rechazar fundadamente los conceptos de justicia distributiva y retributiva, considera que ello le obliga a rechazar el concepto de justicia por completo. Tal cosa, sin embargo, a nadie debe sorprender, habida cuenta que hasta el *Times* de Londres, en un artículo (1 marzo 1957) preñado de sensatez, a propósito de la traducción al inglés de la obra de JOSEF PIEPER, *Justice* (Londres, 1957), comenta que, a grandes rasgos, «cabe afirmar que, en la medida en que la noción de justicia continúa influyendo en el pensamiento político, se ha visto reducida al contenido de la «justicia distributiva» y que la idea de «justicia conmutativa» ha dejado de influir, casi por completo, en nuestros cálculos, excepto en lo que de la misma se halla incorporado en las leyes y costumbres, por ejemplo, en las máximas de la Common Law que perviven por puro conservadurismo». Algunos filósofos sociales contemporáneos rehúyen incluso por completo el tema, definiendo la «justicia» de una forma que sólo es comprensiva de la justicia distributiva. Cfr., por ejemplo, BRIAN M. BARRY, «Justice and the Common Good», *Analysis*, 19, 1961, pág. 80: «aunque Hume utiliza la expresión 'reglas de justicia' para incluir cosas tales como las normas que garantizan la propiedad, el concepto de 'justicia' está ahora analíticamente unido al 'mérito' y a la 'necesidad', hasta el punto de poder tachar de injustas algunas de las que Hume denominara 'reglas de justicia'» (el cursivo es mío). Cfr. *ibid.*, pág. 89.

reconocer la falta de significado del término «justicia» en su sentido distributivo (o redistributivo) hoy predominante, deducen de ello la vacuidad del propio concepto de justicia, con lo que reniegan de uno de los supuestos morales más fundamentales sobre los que descansa el funcionamiento de una sociedad de hombres libres. Porque es tal tipo de justicia la que administran los tribunales; y es justicia en este sentido original del término la que permite ordenar adecuadamente la conducta humana, propiciándose de tal manera la pacífica coexistencia en la libertad. Mientras que la llamada a la «justicia social» constituye tan sólo un intento de justificar moralmente lo que carece de justificación moral, siendo el concepto, por añadidura, incompatible con la norma básica de toda sociedad libre, según la cual sólo es lícito imponer aquellas normas que sean de universal aplicación, la justicia en el sentido de sometimiento a las normas de recto comportamiento es condición indispensable a la colaboración entre hombres libres.

Estamos tocando un problema que, con todas sus ramificaciones, alcanza excesiva complejidad como para que pueda ser abordado aquí de manera sistemática, si bien vamos a hacer breve referencia a él. Se trata de que la moral no puede ser ajustada a la medida de nuestros deseos o ensoñaciones. Para que la moral sea viable tiene que satisfacer ciertos requisitos, requisitos que acaso no resulte posible especificar, pero que sí cabe descubrir a través de la continua aplicación del método de prueba y error. Lo que se precisa no es una mera coherencia o compatibilidad entre las normas o los actos por ellas regulados. Un sistema moral debe también producir un orden viable capaz de mantener en marcha el mecanismo del mundo civilizado que dicho orden supone.

No estamos familiarizados con los sistemas morales inviables, ni nos será posible observarlos en la práctica, porque las sociedades que los adoptan no tardan en desaparecer. Con frecuencia son predicados, sin embargo, por las más veneradas personalidades; y las sociedades en proceso de decadencia —que sí cabe observar— son con frecuencia colectividades que se han dejado arrastrar por los consejos de los citados re-

formadores morales, quienes siguen siendo tenidos en alta estima cuando, de hecho, son los auténticos destructores de la vida social. Con mayor frecuencia, sin embargo, el evangelio de la «justicia social» se apoya en sentimientos mucho menos nobles: la repulsa de quienes disfrutan de una posición más holgada, es decir, la envidia, «la más antisocial y dañina de todas las pasiones» como la calificó John Stuart Mill<sup>42</sup>, esa animosidad que considera escandalosa la posesión de riquezas, que no tolera que unos naden en la abundancia mientras otros tienen necesidades básicas sin cubrir y que pretende amparar tras el lema de la justicia lo que con la justicia nada tiene que ver. Porque, por lo menos quienes desean despojar de su riqueza al potentado, no para hacer que gentes más dignas disfruten de la correspondiente riqueza, sino porque consideran intolerable la simple existencia de aquél, no pueden pretender que tales demandas gocen de justificación moral alguna; están cediendo, simplemente, a una pasión que es totalmente irracional y que, de hecho, perjudica precisamente a aquellos a cuyos rapaces instintos apelan.

Moralmente no cabe exigir la entrega de lo que carecería de existencia si otros no hubiesen arriesgado los necesarios recursos. Quiénes atacan la concentración de riqueza son incapaces de advertir que lo que en definitiva crea riquezas, no es el esfuerzo físico ni el simple hecho de ahorrar e invertir, sino la acertada orientación de los recursos hacia los empleos más productivos. No cabe duda de que la mayor parte de quienes han amasado grandes fortunas en la esfera industrial han beneficiado en mayor medida a las gentes a través de la creación de los correspondientes puestos de trabajo que si hubieran entregado a los pobres lo que para ellos era superfluo. La idea de que los trabajadores son perjudicados por aquellos que precisamente más les benefician es puro dislate. Aunque sin duda existen también formas menos meritorias de hacer fortuna (que cabe controlar a través del perfeccionamiento de las reglas del juego), la más directa y fundamental fuente de opulencia es la adecuada orientación de la inversión hacia

<sup>42</sup> J. S. MILL, *On Liberty*, ed. McCallum (Oxford, 1946), pág. 70.

aquellas aplicaciones que en mayor medida permiten mejorar la productividad laboral, tarea en la que estrepitosamente fracasó el sector público por razones inherentes a su organización burocrática de tipo no competitivo.

Pero no es sólo alentando el culto a los prejuicios maliciosos y nocivos como la «justicia social» contribuye a destruir los auténticos principios morales. Porque el aludido enfoque, especialmente en sus modalidades más igualitarias, está en permanente conflicto con alguno de los principios morales básicos sobre los que ha de fundarse necesariamente cualquier sociedad de hombres libres. Ello resulta evidente cuando se advierte que la pretensión de que a todo el mundo otorguemos la misma consideración es incompatible con el hecho de que todos nuestros esquemas morales reposen en el principio de la aprobación o desaprobación de la conducta ajena; y, de manera similar, que el postulado tradicional que afirma que todo adulto normal debe ser responsable del bienestar propio y del de los seres que de él dependen —lo que significa que, por culpa propia, nunca se debe ser una carga para los amigos o allegados— es también incompatible con la idea de que la «sociedad» o el gobierno deban garantizar a todos unos adecuados ingresos.

Aun cuando todos estos principios morales hayan sufrido una importante degradación a manos de ciertas modas pseudo-científicas contemporáneas que apuntan a la destrucción de todo tipo de moral, poniendo con ello en peligro las bases de la libertad individual, la generalizada dependencia ajena que la «justicia social» conlleva acabará destruyendo inevitablemente también la libertad de decisión sobre la que reposa todo esquema moral<sup>43</sup>. De hecho, esa sistemática búsqueda del *ignis fatuus* de la «justicia social» que denominamos socialismo se basa en la monstruosa idea de que corresponde al poder po-

<sup>43</sup> Sobre la destrucción de los valores morales por error científico, véase la discusión presentada por mí en la conferencia inaugural como profesor visitante de la Universidad de Salzburg, *Die Irrtümer des Konstruktivismus und die Grundlagen legitimer Kritik gesellschaftlicher Gebilde* (Munich, 1970, más tarde reproducido para el Walter Eucken Institute, de Friburgo en Brg., por J.C.B. Mohr, Tubinga, 1975).

lítico determinar la posición económica de individuos y grupos, idea basada en la falsa hipótesis según la cual, dado que ello siempre es así, el socialismo se limita a intentar transferir tal poder desde las clases privilegiadas a las populares. Sin embargo, ha sido el gran mérito del orden de mercado el que, en la medida en que el mismo se difundió a lo largo de las dos últimas centurias, logró despojar a todos de la posibilidad de hacer uso de semejante tipo de poder. El orden de mercado ha producido, de hecho, la mayor reducción de poder que jamás se haya conocido. Pero ese gran triunfo de la libertad personal corre el peligro de ser arrebatado de nuevo bajo el señuelo de la «justicia social». Y no pasará mucho tiempo sin que quienes detentan el poder de aplicar la «justicia social» se atrincheren en sus posiciones, y otorgando favores a cambio del poder recibido, se aseguren el apoyo de una guardia pretoriana que garantice que su particular interpretación de la «justicia social» sea la que prevalezca.

Antes de dejar este tema quiero subrayar una vez más que reconocer que el término «justicia» carece totalmente de significado en expresiones tales como justicia «social» «económica», «distributiva», o «redistributiva», no debe inducirnos a arrojar al niño con el agua de la bañera. No sólo la justicia que administran los tribunales es sobremanera importante debido a que sobre ella se basan las normas de recto comportamiento; existe también un auténtico problema de justicia en relación con el comportamiento deliberado de las instituciones políticas, problema a cuyo estudio ha dedicado recientemente el profesor Rawls un importante libro. Discrepo tan sólo de él en cuanto entiendo que el empleo del término «justicia social», en relación con la materia abordada, es fuente de confusión. Coincido, sin embargo, con un autor que, antes de abordar el problema, reconoce que elegir un concreto sistema social o una mecánica distributiva que quepa considerar justa «es meta que contiene un error de base y que carece de una respuesta definida. Los principios de justicia definen, más bien, las exigencias que es preciso imponer sobre las instituciones y actividades colectivas para que las mismas resulten aceptables a las gentes. Si

tales constricciones quedan satisfechas, la distribución resultante, fuere cual fuere, deberá ser considerada justa (o, por lo menos, no injusta)»<sup>44</sup>. Y más o menos esto es lo que, a lo largo del presente capítulo, he intentado demostrar.

<sup>44</sup> JOHN RAWLS, «Constitutional Liberty and the Concept of Justice», *Nomos IV, Justice* (Nueva York, 1963), pág. 102, donde el pasaje citado viene precedido por la afirmación siguiente «Es el conjunto de instituciones el que debe ser juzgado, y juzgado desde un punto de vista general.» No estoy seguro de que el último y más popular trabajo del profesor Rawls, *A Theory of Justice* (Harvard, 1971), contenga una afirmación tan terminante en cuanto al punto principal de su tesis, lo que puede explicar por qué, a menudo, y, a mi juicio, equivocadamente, haya sido su obra interpretada como partidaria de una opción socialista; véase, por ejemplo, DANIEL BELL, «On Meritocracy and Equality», *Public Interest*, Otoño, 1972, pág. 72, quien considera la teoría de Rawls como «el esfuerzo más amplio y comprehensivo de la filosofía moderna por justificar la ética socialista».

## Justicia y derechos individuales

El paso desde una concepción negativa de la justicia, en cuanto definida por unas normas de conducta individual, a una concepción «positiva» que atribuye a la sociedad el deber de proporcionar a los individuos determinadas cosas, se efectúa a menudo insistiendo sobre los *derechos* del individuo. Entre las generaciones más jóvenes, las instituciones del Estado benefactor, en cuyo seno han nacido, parecen haber generado la idea de que pueden pedir en justicia que la sociedad les proporcione determinados servicios y que la misma tiene la obligación de concedérselos. Sin embargo, por más fuerte que ese sentimiento sea, su existencia no demuestra que dichas pretensiones tengan algo que ver con la justicia, ni que puedan ser satisfechas en una sociedad libre.

En determinado sentido, el término «derecho» expresa que toda norma de recto comportamiento atribuye al individuo un correspondiente derecho. En la medida en que las normas de conducta delimitan el dominio individual, el ser humano tiene derecho al citado ámbito y en su defensa cuenta con la aprobación y el apoyo de los demás. Cuando los hombres crean organizaciones tales como el gobierno, encaminadas a hacer

\* Este apéndice ha sido publicado anteriormente en forma de artículo, en la edición conmemorativa del 75 aniversario de la revista noruega *Farmand* (Oslo, 1966).

cumplir las normas de conducta, el individuo puede exigir en justicia que la autoridad defienda su derecho y que se le compense de cualquier infracción del mismo.

Ahora bien, tales pretensiones sólo pueden ser justas, es decir, basadas en el derecho, en la medida en que se dirijan a personas u organizaciones (tales como el gobierno) capaces de actuar y que, en cuanto a sus actividades, se hallen sometidas a las normas de recto comportamiento. Quedan incluidos en la especie aludida los derechos frente a quienes hayan aceptado voluntariamente alguna obligación y los que surgen entre personas vinculadas por especiales circunstancias (tales como las relaciones paternofiliales). En las expuestas condiciones, las normas de recto comportamiento confieren a algunos individuos ciertos derechos y a otros los correspondientes deberes. Pero las normas, en cuanto tales, sin la presencia de las particulares circunstancias a que se refieren, no pueden conferir a nadie derechos sobre ningún concreto bien. Un niño tiene derecho a su manutención y alojamiento, porque los padres o tutores, o tal vez una determinada institución, tienen el deber correspondiente. Tales derechos, sin embargo, no pueden ser en abstracto determinados por una norma de recto comportamiento sin que queden simultáneamente establecidas las circunstancias particulares en cuanto a quién afecte la correspondiente obligación. Nadie puede tener derecho a una situación determinada si a nadie se le obliga a proporcionarla. No gozamos del derecho de que nuestras casas no ardan, ni del de que nuestros servicios o productos encuentren comprador, ni a que se nos otorgue la propiedad de determinados bienes o servicios. La justicia no impone a nuestros semejantes, como deber general, el que deban ocuparse de nosotros. Sólo podremos pretenderlo cuando exista una organización creada al efecto. No tiene sentido hablar del derecho a una situación que nadie tiene el deber, y quizá ni siquiera la posibilidad, de proporcionar. Y tampoco lo tiene hablar de derechos en un orden de tipo espontáneo, cual es la sociedad, a menos que se admita que alguien deba transformarla en una organización capaz de asumir, consecuentemente, el control de los resultados.

Puesto que entre todos hemos de sostener la organización

gubernamental, poseemos —en virtud de los principios que determinan dicha organización— ciertos derechos llamados normalmente políticos. La existencia de una organización gubernamental coactiva y las normas por las que la misma se rige dan pie a que, en justicia, se goce del derecho de participar en los servicios del gobierno, e incluso pueden justificar la aspiración a una equitativa codeterminación de lo que el gobierno deba hacer. Pero ello no justifica que se demande aquello que el gobierno ni tiene el deber, ni tal vez siquiera el poder, de otorgar a todos. En tal sentido, no somos miembros de una organización llamada sociedad, porque la sociedad que produce los medios que permiten satisfacer la mayor parte de nuestras necesidades no es una organización dirigida por una voluntad consciente y es incapaz de hacer lo que, en tal supuesto, podría hacer.

Los tradicionales derechos políticos y civiles, incorporados formalmente en las constituciones, constituyen, en definitiva, unos derechos que el Poder Público se compromete a proteger y cuyo ejercicio puede, en justicia, ser demandado. Según veremos, todos estos derechos no son otra cosa que concretas aplicaciones de una fórmula más general (por la que de hecho podrían ser sustituidos), según la cual la coacción sólo debe ser utilizada para imponer la obediencia a unas normas generales aplicables a un número desconocido de casos futuros. Sería de desear que tales derechos fueran, a través de su aceptación por todos los gobiernos, realmente universales. Pero, en la medida en que los poderes de los gobiernos queden de alguna manera limitados, estos derechos no pueden implicar deberes del gobierno en cuanto a crear una determinada situación particular. Lo que propugnamos es que lo que el gobierno realice sea conforme a la justicia; de ello no podemos deducir que el gobierno deba disponer de poderes de tipo positivo. Ningún pronunciamiento hacen los citados derechos fundamentales acerca de si la organización coercitiva que denominamos gobierno puede y debe, en justicia, ser empleada para determinar la particular situación material de los distintos individuos o grupos.

A los derechos negativos —recogidos en las distintas cons-

tituciones y que son mero complemento de las normas que protegen el dominio individual, así como al positivo derecho de los ciudadanos a participar en la cosa pública, han sido añadidos recientemente nuevos derechos humanos de tipo positivo y de índole «social y económica», a los que se atribuye igual y hasta superior dignidad<sup>1</sup>. Se trata del derecho que se supone corresponde a todo ser humano de recibir determinados beneficios, sin que se especifique sobre quién ha de recaer la obligación de proporcionarlos y cómo deberá realizarse tal función<sup>2</sup>. Estos derechos positivos, sin embargo, exigen como contrapartida que alguien (una persona u organización) tenga el deber de proporcionar aquello a lo que los demás tienen derecho. No tiene sentido, desde luego, concebirlos como reclamaciones dirigidas a la «sociedad», ya que la «sociedad» no puede pensar, actuar, valorar o «tratar» a nadie de un manera específica. Para satisfacer estas exigencias es preciso sustituir el orden espontáneo que llamamos sociedad por

<sup>1</sup> Con respecto a las discusiones sobre el problema de referencia, cfr. los trabajos reunidos en la *Philosophical Review*, abril 1955, y en D. D. Raphael (ed.), *Political Theory and the Rights of Man* (Londres, 1976).

<sup>2</sup> Cfr. la «Declaración Universal de los Derechos Humanos» adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Las bases doctrinales de este documento están recogidas en el volumen titulado *Human Rights, Comments and Interpretations*, editado por la UNESCO (Londres y Nueva York, 1945). Su apéndice contiene no sólo un Memorandum distribuido por la UNESCO sobre las Bases teóricas de los Derechos Humanos (págs. 251-4), sino también un «Informe del Comité de la UNESCO sobre las Bases teóricas de los Derechos Humanos» (denominado en otros lugares «Comité de la UNESCO de los Derechos Humanos») en el que se explica que sus esfuerzos se dirigen a reconciliar los conceptos distintos y «complementarios de los derechos humanos», uno de los cuales, «partía de las premisas inherentes a los derechos individuales, mientras que el otro reflejaba los principios marxistas», por lo que se logra «una síntesis equilibrada de las dos citadas tendencias». «Esta formulación consensuada» —se dice a modo de explicación— «debe de alguna manera reconciliar los diversos enfoques contrapuestos o divergentes que ahora existen» (!). (Los representantes británicos en este Comité fueron los Profesores H. J. Laski y E. H. Carr) (!).

una organización deliberadamente dirigida: el «cosmos» del mercado deberá ser sustituido por alguna «taxis» cuyos miembros deberán ajustar su conducta a las instrucciones recibidas. No se les puede permitir que empleen sus conocimientos en beneficio de sus propios fines, sino que deberán cumplir el plan que sus gobernantes hayan trazado para asegurar la satisfacción de las distintas necesidades. Se sigue de todo ello que los viejos derechos civiles y los nuevos derechos sociales y económicos no pueden simultáneamente prevalecer, por ser de hecho incompatibles. No cabe imponer legalmente los nuevos derechos sin conculcar al mismo tiempo ese orden liberal que los viejos derechos civiles propician.

La nueva tendencia recibió su principal impulso con la proclamación por el presidente Franklin Roosevelt de sus «Cuatro Libertades», a saber, la «libertad de la indigencia» y del «temor», junto con las antiguas «libertad de expresión» y de «culto». Quedó este enfoque definitivamente consagrado en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Puede decirse que este documento es un intento de fundir los derechos correspondientes a la tradición liberal de Occidente con la concepción, totalmente diferente, derivada de la revolución marxista rusa<sup>3</sup>. A la lista de los derechos civiles clásicos enumerados en sus primeros veintiún artículos se añaden otras siete garantías tendientes a expresar los nuevos «derechos sociales y económicos». En estas cláusulas adicionales se asegura «a todos los hombres, en cuanto miembros de la sociedad», la satisfacción de unas aspiraciones de tipo positivo a determinados beneficios, sin que al mismo tiempo se le atribuya a nadie el deber de proporcionarlos. En el mencionado

<sup>3</sup> *Ibid.*, pág. 22. El Profesor E. H. Carr, Presidente del Comité de expertos de la UNESCO, explica que «si la nueva declaración de los Derechos del Hombre debe incluir el cuidado del individuo en la infancia y en la vejez, en la incapacidad y en el desempleo, a través de los servicios sociales, queda claro que ninguna sociedad puede garantizar el disfrute de tales derechos a menos que, como contrapartida, se le otorgue la facultad de controlar y dirigir las capacidades productivas de los individuos que de ellos se benefician».

documento no se definen estos derechos de manera tal que un tribunal pueda determinar su contenido en un caso particular. ¿Cuál puede ser, por ejemplo, el sentido jurídico de la afirmación según la cual «todo el mundo tiene derecho a la satisfacción de sus necesidades económicas, sociales y culturales, en la medida en que ello sea imprescindible a su dignidad y al desarrollo de su personalidad» (Art. 22)? ¿Ante quién puede «todo el mundo» reclamar unas «justas y favorables condiciones de trabajo» (Art. 23, 1)? ¿O un «justo y adecuado puesto de trabajo» (Art. 23, 3)? ¿Qué consecuencias puede tener el reconocimiento del derecho «a participar libremente en la vida cultural de la comunidad y a ser partícipes del progreso científico y sus beneficios» (Art. 27, 1)? También se afirma que «todos» tienen derecho «a un orden social e internacional en el que se respeten plenamente los derechos y libertades formulados en esta Declaración» (Art. 28), dando por supuesto, al parecer, que ello no sólo es posible, sino que existe actualmente un método conocido que permite satisfacer estas aspiraciones en beneficio de todos los hombres.

Es evidente que todos estos «derechos» se basan en la interpretación de la sociedad como organización construida deliberadamente que a cada uno asigna el puesto que debe ocupar. Los aludidos derechos no pueden adquirir carácter universal en un sistema de normas de recto comportamiento basado en la responsabilidad individual, por lo que exigen que la sociedad, en su conjunto se convierta en una única organización, es decir, se transforme en un orden totalitario en el pleno sentido de la palabra. Hemos visto que las normas de recto comportamiento aplicables a todos por igual, al no someter a nadie a los dictados de una autoridad, nunca pueden determinar qué propiedades corresponden a cada cual. Se trata de normas que nunca pueden tomar la forma «todos deben tener esto o aquello». En una sociedad libre, lo que el individuo tenga dependerá siempre, en cierta medida, de circunstancias que nadie puede prever y que nadie tiene el poder de determinar. Por consiguiente, las normas de recto comportamiento nunca pueden otorgar a una persona en cuanto tal (en cuanto distinta de los miembros de una organización específica) el de-

recho a cosas determinadas; sólo podrán ofrecer la posibilidad de adquirir los correspondientes derechos dominicales.

Según parece, no se les ocurrió a los autores de la Declaración que no todo el mundo es empleado de una organización y que el derecho a una «justa y conveniente remuneración, incluyendo una razonable limitación de las horas de trabajo y vacaciones pagadas» (Art. 24), es algo que no cabe garantizar. La concepción de un «derecho universal» que asegure al campesino, al esquimal, y presumiblemente al Abominable Hombre de las Nieves, «vacaciones pagadas» demuestra lo absurdo de semejante pretensión. El más elemental sentido común debería haber sugerido a los autores de este documento que lo que decretaban como derechos universales es algo que, tanto en la actualidad como en el futuro previsible, es totalmente imposible de llevar a la práctica; que al proclamar solemnemente como derechos tales aspiraciones se tergiversaba irresponsablemente el concepto de «derecho» hasta extremos que sólo pueden contribuir a la desaparición de todo respeto al mismo.

Todo el documento ha sido redactado en base al pensar «organizativo» y que percibimos también en las declaraciones de los líderes sindicales o de la Organización Internacional del Trabajo y que, aunque también refleja la actitud del empleado de la empresa privada, del funcionario público y de los cuadros de las grandes compañías, es totalmente incompatible con los principios en que se basa el orden correspondiente a la Gran Sociedad. Si el documento fuera tan sólo producto de las meditaciones de un grupo internacional de filósofos sociales (como lo fue en su origen), limitaría a ser, en cierto modo, una inquietante demostración de hasta qué grado el pensar organizativo ha sido asimilado por esos filósofos sociales y de la medida en que tales pensadores se han alejado de los ideales básicos de la sociedad libre. Su aceptación por un conjunto de hombres de Estado, supuestamente responsables y preocupados por la creación de un orden pacífico internacional, debe despertar en nuestro ánimo la mayor inquietud.

El pensar organizativo, en gran parte resultado de la influencia del constructivismo racionalista de Platón y sus epí-

gonos, ha viciado durante mucho tiempo los planteamientos de los filósofos sociales; tal vez por ello no debería sorprendernos que, a nivel académico, ciertos filósofos, en su plácido transcurso por la vida como miembros de alguna organización, hayan perdido toda noción de cuáles son las fuerzas que verdaderamente sustentan la Gran Sociedad, por lo que, en su papel de filósofos-reyes platónicos, propongan una reorganización social de tipo totalitario. Si fuera cierto, como hemos dicho, que los derechos sociales y económicos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos han llegado a ser hoy «aceptados por la gran mayoría de los moralistas americanos y británicos»<sup>4</sup>, ello revelaría una triste falta de ingenio científico en tales pensadores.

Ahora bien, el espectáculo de la Asamblea de las Naciones Unidas, proclamando solemnemente que *todo* individuo (!), «teniendo siempre presente esta Declaración» (!), debe luchar para asegurar la observancia universal de estos derechos humanos, sólo sería cómico si las ilusiones con ello creadas no apuntaran a tan trágicas consecuencias. Ver a la más amplia autoridad hasta ahora creadas por el hombre socavar el respeto a sí misma, que tanto debería cultivar, y tratar de justificar el ingenuo prejuicio de que cabe crear una situación que consideramos deseable por el simple arbitrio de proclamar su existencia; ver la auto-decepción de que podemos beneficiarnos del orden espontáneo de la sociedad, y al mismo tiempo moldearlo a nuestro capricho, es algo realmente trágico<sup>5</sup>.

El hecho fundamental que tal engañoso supuesto prefiere no advertir es que la disponibilidad de aquellos bienes que todos deseamos facilitar al mayor número de personas depen-

<sup>4</sup> G. VLASTOS, «Justice», *Revue Internationale de la Philosophie*, 1957, pág. 331.

<sup>5</sup> Sobre el documento íntegro, cfr. MAURICE CRANSTON, «Human Rights, Real and Supposed», en el volumen editado por D. D. Raphael, citado en la nota 1, donde el autor argumenta que «un concepto filosóficamente respetable de los derechos humanos se ha visto enturbiado, oscurecido y debilitado en años recientes por la tentativa de integrar en él derechos específicos de una categoría lógica diferente». Cfr. también del mismo autor: *Human Rights Today* (Londres, 1955).

de de que éstas empleen en su obtención el mayor conjunto posible de los conocimientos disponibles. Proclamar el derecho a unos bienes no es lo mismo que producirlos. Si en verdad se desea que todo el mundo viva bien, no procede decretar lo que la gente deba hacer, sino proporcionar los necesarios alicientes para que todos se pongan a hacer cuanto a los demás pueda beneficiar. Hablar de derechos cuando de lo que en realidad se trata es de meras aspiraciones que sólo un sistema voluntario puede colmar, no sólo desvía la atención de las realidades que exclusivamente pueden producir la riqueza deseada, sino que al propio tiempo degrada el contenido del término «derecho», concepto cuyo estricto significado es de la mayor trascendencia para la preservación de la sociedad libre.

## CAPITULO X

## *El orden de mercado o catalaxia*

El concepto que el género humano tiene de la equidad es variable; y uno de los factores que inducen al cambio es descubrir de vez en cuando que, en alguna materia concreta, lo que se consideraba justo y equitativo se ha convertido (y quizá siempre fue) ineconómico.

*Edwin Cannan \**

### LA NATURALEZA DEL ORDEN DE MERCADO

En el capítulo segundo hemos contemplado el carácter general de los órdenes espontáneos. Es necesario ahora examinar con más detenimiento los atributos propios del sistema de mercado libre y la naturaleza de los beneficios que el mismo ofrece. El tipo de orden ahora analizado, no sólo comporta los comunes beneficios de todo orden —orientar nuestras actividades y facilitar una correlación entre las expectativas de las distintas personas—, sino que, de manera especial, permite incrementar las posibilidades de los seres humanos en cuanto a disponer de un volumen de bienes y servicios que de otra suerte les serían negados. Hemos de percatarnos, sin embargo, de que este sistema coordinador de los comportamientos individuales que fa-

\* EDWIN CANNAN, *The History of Local Rates in England* (Londres, 2.<sup>a</sup> ed., 1912), pág. 173. El término «ineconómico» se usa aquí en el amplio sentido de las condiciones generales que el funcionamiento del mercado requiere, sentido que, por engendrar confusión, debe ser evitado.

cilita considerablemente la coincidencia de expectativas y la utilización tanto de los conocimientos como de la pericia ajena, exige el pago del precio consistente en la renuncia a algunas de nuestras restantes expectativas.

Una mejor comprensión del orden que venimos analizando exige dejar de lado ciertas equívocas asociaciones mentales que el término «economía» sugiere. El concepto de economía, en el estricto sentido en que se aplica a una familia, explotación agrícola o empresa, consiste en un entramado de actividades gracias al cual un conjunto de medios se orientan, de acuerdo con un plan único, a la consecución de ciertos fines ordenados con arreglo a determinada escala de valores. El orden de mercado, sin embargo, no sirve a una sola escala de fines. Lo que comúnmente se denomina sistema económico nacional o social no es, en el sentido antes mencionado, una sola y única economía, sino una red de economías entrelazadas<sup>1</sup>. Y aunque comparte —como veremos— algunas de las características formales de un orden económico, discrepa de él en cuanto a la más importante de todas ellas. Las actividades que en él se desarrollan, en efecto, no vienen regidas por una única escala o jerarquía de valores. El principal error en que en esta materia se incurre consiste en considerar que las actividades económicas de los miembros de una colectividad forman o deben formar parte de una economía, en el sentido estricto del término; y que los criterios que gobiernan a esta última deben ser igualmente aplicables a lo que comúnmente se denomina sistema económico nacional o global. Ahora bien, siempre que se emplean los citados términos, se da a entender que se hace alusión a un es-

<sup>1</sup> Cfr. KARL MENGER, *Problems of Economics and Sociology* (Illinois, 1963), pág. 93. «La nación en cuanto tal no es un gigantesco sujeto que tenga necesidades, que trabaje, practique la economía o consuma; y lo que se denomina 'economía nacional' no es la economía de una nación en el verdadero sentido de la palabra. 'La economía nacional' no es un fenómeno análogo al de las economías concretas de la nación, a las que pertenece también la economía financiera. No es una unidad económica de grandes proporciones, como tampoco es una economía contrapuesta a o que coexista en el país con las economías singulares. En su sentido más general, es un peculiar complejo de economías singulares.» Véase también el apéndice I de esta obra.

quema socialista que ha de operar en función de un solo plan y que ha de tener por meta un único conjunto de finalidades.

En tanto que, en su interpretación más característica, una economía es una organización en el sentido técnico aquí establecido, es decir, una deliberada ordenación por un solo centro decisorio de los medios conocidos, el complejo mundo del mercado ni depende ni puede depender de una única escala de valores. El mercado sirve a una multiplicidad de objetivos que son diversos y entre sí invalorable y que corresponden a todos y cada uno de los miembros que integran el sistema.

Tan grande es la confusión derivada de la ambigüedad de la palabra «economía», que conviene a nuestro actual estudio limitar su uso a los actos deliberadamente coordinados propiciadores de una única escala de valores. En su consecuencia, debemos adoptar otro vocablo que describa el sistema de economías entrelazadas que constituyen el orden de mercado. Pues bien, habida cuenta de que ya desde la remota antigüedad fue propuesta la palabra «cataláctica» para designar la ciencia que trata del orden de mercado<sup>2</sup>, y que dicho término ha sido utilizado de nuevo recientemente<sup>3</sup>, parece apropiado emplearlo para designar el orden de mercado propiamente dicho. El término «cataláctica» deriva del verbo griego «katallatein» (o «katallasssein») que significa no sólo «intercambiar», sino también «admitir en la comunidad» y «transformar de enemigo en amigo»<sup>4</sup>. De él deriva el adjetivo «cataláctico», utilizado, en lugar de «económico» para describir el tipo de fenómenos propios de la «ciencia cataláctica». Los antiguos griegos ni conocieron este vocablo ni acertaron a formar el correspondiente sustantivo; de haber dispuesto de él, hubiera tomado la forma de «katalaxia». Es por ello por lo que hoy cabe crear el vocablo «catalaxia» para expresar el orden producido por el mutuo

<sup>2</sup> RICHARD WHATLEY, *Introductory Lectures on Political Economy* (Londres, 1855), pág. 4.

<sup>3</sup> Especialmente por L. VON MISSES, *Human Action* (Yale, 1949), *passim*.

<sup>4</sup> H. G. LIDDELL y R. A. SCOTT, *A Greek-English Dictionary* (Londres, nueva ed., 1940) en las voces katallagden, katallage, katallagma, katallaktikos, katallasso (-tto), katalakterios y katallaxis.