

En todo caso, una lectura adecuada de Rousseau no podrá en adelante prescindir de esta obra. Por mucho que Rousseau, al redactar el *Contrato*, haya pretendido limitarse a los problemas jurídicos y políticos, los «armónicos teológicos» de los conceptos que emplea resuenan constantemente, y él hubiera sido el último en lamentar que así sea. Como afirma el autor en la página final de su libro, la noción de voluntad general vehicula todo aquello que Rousseau deseaba con más ardor decir: la unión de lo divino con lo general, lo voluntario, lo político y lo legal.

José MONTOYA SÁENZ

**Wojciech SADURSKI: *Giving Desert Its Due. Social Justice and Legal Theory*, Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, 1985, 329 pp.**

Si el panorama de temas filosófico-jurídicos que cada época explora presenta un conjunto muy variado y desigual de preocupaciones, no son las referidas a la Justicia parte de aquellas cuya labilidad y ocasional circunstancia las torne pasajeras y las reduzca pronto, a pesar del fatigoso y admirable proceso de creación individual de donde surgieron y fueron, en «ein lautes Nichts», pura nada. La Justicia ha sabido interesar en todo tiempo y a las más diversas categorías de pensadores. Puede decirse así que la Teoría de la Justicia constituye, cargada de perspectivas, una de las mayores y más importantes condensaciones tópicas en la experiencia jurídica y que como tal considerada, la fecundidad reflexiva a que da lugar persiste hoy, inalterada, en las últimas elaboraciones doctrinales. Para lo que de ello repercute en una sección de actualidad bibliográfica y discusión crítica, bien ha de servir de exponente la obra de Wojciech Sadurski, prof. de Jurisprudencia en la Universidad de Sydney, que a continuación analizaremos.

Las dos partes en que internamente se divide su trabajo desarrollan los enunciados generales «Justicia-Justicia Legal-Justicia Social» y «Justicia como Equilibrio», las que junto al *Postscriptum* abierto, «Más allá de la Justicia Social», a cuestiones como libertad, utilitarismo y valor político democrático, abarcan un total de nueve capítulos. Excede, evidentemente, a un propósito de compendio proceder al comentario lineal y minucioso de cada uno de ellos. Sin embargo, no es tampoco reduciéndonos a una noticia sobre los aspectos más sobresalientes como resulta satisfecho nuestro personal afán ni, a lo seguro, el interés del lector al que desde aquí pretende informarse. Tratando de conciliar ambas exigencias y en la medida en que el espacio, flexibilizando sus límites, autorice algunas consideraciones por extenso, reservaremos éstas para las nociones de equilibrio, mérito, beneficio, igualdad y tratamiento preferencial, principalmente tratadas en la parte segunda.

Respecto de la primera (pp. 9-97), arranca el A. con las dificultades de definición de la Justicia, ya en punto previo a la distinción entre concepto y concepción, ya entre la advocación del término y el concepto. En la idea de evitar generalizaciones excesivas y dogmáticas, tanto como fórmulas eclécticas de opinable eficacia, se interroga por los criterios que en la comprensión del objeto suministran los dualismo justicia global-particular, distributiva-conmutativa, legal-social y procedimental-sustancial. Los tres primeros pares recogen la discusión argumental entre Sadurski y lo defendido en cada caso por Feinberg, Hayek, Fuller, Rawls y Dworkin, con una clara tendencia a aceptar la separación epistemológica de las distintas

modalidades, pero no su contraposición radical. En este sentido puede resultar ejemplarizador su razonamiento acerca de la pareja procedimental-sustancial (pp. 49 y ss.). Para Sadurski no constituyen categorías opuestas ni aplicables a fases distintas del proceso judicial. Defiende la tesis de que la justicia del procedimiento no es autónoma de la sustantiva, persiguiendo ambas la justicia del resultado. Como prueba, que en parte recuerda las deliberaciones de Rawls sobre justicia procesal perfecta e imperfecta, acude a las prácticas seguidas en los juegos de azar, donde el resultado justo se alcanza al margen del procedimiento pues la propia aleatoriedad lo excluye. Para el A., en definitiva, la justicia del procedimiento no garantiza la del resultado y es posible que a la inversa sí, es decir, un resultado justo puede hacer justo el procedimiento que lo generó. Toma como base el proceso penal, resultando a su juicio la llamada justicia procedimental casi un instrumento de la justicia sustantiva o del resultado. El dilema se plantea sin embargo ante la exclusión de determinados métodos cuyo empleo facilitaría la obtención del resultado justo como identificación y castigo del culpable. Desaprobados por una sociedad democrática y las garantías del Estado de Derecho, se obliga a combinar los criterios de justicia sustantiva y procedimental, aparentemente disociados, considerando que el respeto y ejercicio de medidas que no siempre conducen a un resultado justo implica precisamente la justicia del resultado por cuanto justifican prioridades sociales más fuertes que la obtención de un resultado justo individual. Todavía dentro de la primera parte, el cap. 2 de los tres en que se articula, trata de dismantelar las tesis de quienes creen posible identificar lo justo con lo dispuesto por un hipotético contrato social. Contesta así el A. la tesis de Rawls sobre la vinculación a principios emanados de hipotético contrato originario estimando que su respuesta merma lo básico de toda relación contractual, el consentimiento; éste podrá ser tácito, expreso e incluso, añadiremos nosotros, presunto, pero no hipotético. De aquí concluirá Sadurski que la aceptación como justo de lo contenido en el contrato social se asentará más bien en criterios de moralidad; esto es, se acepta porque los principios morales que se predicán son justos y convincentes desde la razón, no porque vinculen ni puedan vincular a individuos cuya circunstancia vital seguramente difiere mucho de la de los hipotéticos suscriptores del contrato social original. Con todo, Sadurski no descuida que la tesis del contrato social posee diversos intérpretes y no siempre un núcleo común de argumentación. Cuando se observa lo postulado por Rawls en relación a lo expuesto por Locke y Rousseau es difícil elaborar semejanzas de las que derivar una doctrina general. El motivo no es otro que el distinto fundamento en que cada formulación toma base; la racionalidad en Rawls, la obligatoriedad en Locke y Rousseau. Existirán, pues, modelos contractuales diversos según se prime una u otra fundamentación. En este punto el A. colaciona la referencia de Buchanan en torno a la pretendida dificultad, para éste sólo especulativa, del proceso formativo del contrato entendiendo que la situación precontractual no se diferencia de la contractual si se admite que las desigualdades sobrevinidas desde la igualdad de origen pueden ser resueltas mediante soluciones alternativas. Sadurski se muestra refractario y crítico ante tal planteamiento basado, dice, más en argumentos de negociabilidad que en razones de justicia. Para nosotros el punto débil en la propuesta de Buchanan pudiera estar en presuponer la adhesión de los contratantes a esas soluciones alternativas. Por otra parte, concediendo que las alternativas se aceptaran, nada permite considerar que hubieran de ser por ello razonables, por lo que al primar la idea de obligación el A. no disimula su rechazo. El argumento de que los menos favore-

cidos deben ratificar el contrato porque supondrá una mejora en su situación no es para Sadurski un camino que conduzca a la justicia en términos satisfactorios. En cuanto al intento de obviar los inconvenientes de la tesis anterior a través de lo que Rawls ha denominado «veil of ignorance» se examina también críticamente por entender de imposible aplicación a toda la sociedad y sólo factible en grupos concretos. Una cosa es, dirá Sadurski, aplicar la prueba del velo de la ignorancia a personas particulares para detectar sus opiniones imparciales sobre la justicia, y otra muy distinta defender que la adopción de esta perspectiva por todos los miembros de una sociedad desembocaría en un acuerdo unánime sobre los principios de justicia. Para demostrar esta segunda afirmación Rawls tendría que probar dos proposiciones; primera que las condiciones de la posición original representan sólo el modelo puro de la elección racional y no presuponer ningún juicio moral sustantivo, y segunda que las mismas condiciones de la posición original no pueden llevar a la derivación de ningún otro conjunto de principios. Los críticos de Rawls han abundado en lo insostenible de tales proposiciones; para construir la posición original es preciso apelar a intuiciones morales y dicha apelación precede conceptualmente a la derivación de los principios de justicia. Las consideraciones de Sadurski sobre esta materia y en relación al «equilibrio reflexivo» (pp. 64-72), darán paso finalmente a la crítica de las teorías intuicionistas en cuyo método no hallará el A., como tampoco en las propuestas emotivistas, rigor suficiente para sentar un consenso moral universal del que derivar juicios morales capaces de convertirse en auténticos principios de justicia. Ya en el cap. 3, último de esta primera parte, y para nuestro particular interés el más sugerente de toda ella, se examina el problema de la justicia sustantiva en relación a la equidad en y ante la ley. Plantea, pues, la equidad con un prisma desde el que de un lado aparece en su manifestación externa o del ámbito de aplicación de la ley, y del otro en su significación interna o de contenido como cualidad intrínseca de la ley. Esta segunda contemplación de la equidad con relación a la ley es definida por condición de igualdad interna de las leyes como ausencia de discriminación, privilegio o trato de favor hacia personas o grupos y fue formulada por Rousseau estableciendo que la ley debe perjudicar o beneficiar a todos en la misma medida y de igual manera. Sadurski discrepa señalando el error de principio en que se incurre: la igualdad absoluta produce desigualdad, un tratamiento igual con base en un determinado criterio será desigual con base en otro distinto de aquél. El problema reside por tanto en la elección de un criterio, de un criterio que no resulte discriminatorio. En este propósito analiza y critica duramente la clasificación no discriminatoria propuesta por Hayek en cuanto subordinada a la posible opinión de la mayoría que, ciertamente, no evita la existencia de minorías discriminadas y no es a juicio del A. un expediente o criterio razonable desde el punto de vista moral. Refiere a continuación un segundo tipo de criterio esta vez basado en la distinción entre rasgos voluntarios e involuntarios; así, resultará discriminatoria toda clasificación sostenida en rasgos involuntarios como sexo, raza, filiación, etc. El problema surge ante la definición como rasgo voluntario o involuntario de situaciones tales como la pobreza. Una tercera vía criteriología lleva finalmente al A. a considerar que ciertas clasificaciones discriminatorias pueden responder a deseos de equidad en la medida en que persiguen intereses superiores que de alcanzarse justiciarían lo razonable del criterio y a la inversa, lo que sin duda nos deja sumergidos en un mar de subjetivismo y muy lejos del lugar de partida, la equidad en la ley. El cap. concluirá con un apartado sobre exclusión y diferenciación en el que trata de

ponderar el alcance de ambas nociones. Sadurski acude como ejemplo de exclusión a los clubs que limitan la condición de socios a quienes reúnen determinadas condiciones: se aplica un sólo criterio e igual para todas las personas. Por contra la diferenciación aparece al acoger distintos criterios para grupos de personas diferentes; entonces se produce discriminación.

La enorme cantidad de cuestiones hasta aquí abordadas impide concluir individualmente sobre ellas. Sin embargo, si hubiera de aventurarse alguna general y globalizadora para esta primera parte, acaso no pueda ser otra que la renuncia del A. a considerar la igualdad como un parámetro definidor de la justicia. Existe, en verdad, un sustrato mínimo en el que la igualdad debe presidir la acción del legislador. Más allá de él, la igualdad debe tomarse no tanto uniformadora sino distributiva. La cuestión clave será a partir de este momento la distribución de los bienes distribuibles de acuerdo con las diferencias y características de cada sujeto o grupo. En esta problemática vendrá a desenvolverse la segunda parte de la obra girando en primer lugar alrededor de la noción de equilibrio (cap. 4). En su concreción el A. desvelará que su concepción de justicia social se basa en gran medida en la utilización de un mecanismo compensatorio, al que toma como convicción moral fuertemente entretrejida en importantes sectores de la sociedad para la categorización básica y primaria de la idea de justicia social. A este fin tratará Sadurski de alcanzar tal categorización desde la especificidad de la noción de equilibrio a la que caracteriza con las siguientes notas. 1) Equilibrio como autonomía, de manera que dentro del colectivo se respete al individuo. Las intromisiones en la esfera individual rompen el equilibrio. 2) Equilibrio como necesidad de que las condiciones materiales de vida sean iguales para todos los individuos, entendiendo la igualdad no como identidad uniformada sino en términos de identidad de posibilidades de acceso a los estándares de vida dominantes en la sociedad, y 3) Equilibrio como equivalencia entre esfuerzo y resultado. Las dos últimas notas tienen carácter hipotético; son exigencias más teóricas que prácticas. Lo importante es sin embargo, que así resulta el argumento base de la misma referida aquí no a aspectos materiales sino morales y proyectada particularmente sobre la problemática de la justicia social, suficientemente amplia además para establecer postulados sobre la perspectiva distributiva de lo que quepa considerar justicia social. Llegados a este punto se inicia el cap. 5 bajo el rótulo «La distribución de acuerdo con los méritos». La idea de «mérito» tipificada por Sadurski posee las siguientes características: a) Una íntima ligazón al sujeto, excluyéndose todo lo que no resulta del esfuerzo o carga personal, así del azar o de situaciones aleatorias; b) Las consideraciones meritorias carecen de dimensión valorativa; un sujeto no suele merecer con base en sus necesidades (D. Miller, *Social Justice*, Oxford, 1976), y c) La noción de mérito se refiere a actuaciones anteriores que son las que admiten dimensión valorativa.

Para el A. llegar a prescindir de esta demarcación conduciría a confundir la noción de mérito con otros posibles fundamentos de la justicia distributiva, tales como la idea de utilidad, la de titularidad o la de derecho en su sentido subjetivo. La distinción es sin duda adecuada y en especial clarificadora referida al derecho, sin que ello deba ser óbice a reconocer la existencia de situaciones de controversia donde el derecho puede resolver en favor de una de las partes de acuerdo a méritos. Por consiguiente, más que por un sentido literal el A. parece optar por uno metafórico que bien puede reflejar la explicación de J. A. Passmore («Civil Justice and Its Rivals», en *Justice*, E. Kamenda & A. Tay [eds.], London, 1979):

no es lo mismo tener derecho a X que merecer X, pues una cosa es el aspecto legal y otra el problema moral. Otro de los conceptos que intenta distinguirse respecto de la noción de mérito hace a la idea de «habilidades intrínsecas» de cada persona. ¿Se las debe computar a la hora de calificar una situación como meritosa? Sadurski estima muy difícil separar prácticamente habilidad de mérito, pero no considera que de ello se deduzcan juicios arbitrarios. Lo arbitrario resulta del tratamiento que las prácticas sociales conceden a determinadas habilidades, aunque el cálculo de su incidencia respecto al otorgamiento del mérito es ciertamente difícil. En realidad, se nos dirá con Friedman, las cualidades intrínsecas de un individuo no son justas ni injustas; la justicia o injusticia comienza en la resignación frente a las limitaciones naturales tomando las sociales como una extensión de aquéllas (M. Friedman, *Free to Choose*, Harmondsworth, 1979). El A. no se priva de traer a colación en este punto la opinión de Jan Tinbergen (*Income Differences*, Amsterdam, 1975), quien considera justo en relación a las habilidades personales, y a fin de evitar que se produzcan situaciones injustas en personas que puedan carecer de ellas, que el sistema tributario grave progresivamente tales habilidades y no el trabajo o el esfuerzo marginal de los individuos que las poseen, con lo que sólo esa parte de los beneficios que emanan de cualidades sería objeto de tributación fiscal. Contra ello, que no deja de tener una singular peculiaridad, se ha afirmado que equivaldría a un atentado a la libertad individual y al derecho de elegir el libre desarrollo de la personalidad. La opinión de Sadurski en todo este tema puede resumirse entendiendo que el papel que las habilidades juegan en la justicia distributiva forma parte del principio del balance de cargas y beneficios, es decir, que en tanto no constituyan una carga no hay razón alguna para pensar que son relevantes en la distribución justa.

De aquí y aparte algunas consideraciones de análisis entre mérito y libre voluntad, mérito y determinismo, pasan a examinarse los obstáculos fundamentales interpuestos a la noción de mérito en la construcción de la teoría de la justicia compensatoria. Los principales pueden reducirse a dos; el primero la ausencia de valores unitarios en la sociedad. Es cierto que la búsqueda de valores unívocos en una sociedad plural reviste una dificultad enorme, que para el A. podría simplificarse mediante la concreción de los argumentos y postulados sociales fundamentales defendidos en cada época. El segundo hace a la imposibilidad de medición de conceptos tan intangibles como esfuerzo, creatividad, generosidad moral, etc... Mantiene a pesar de ello su tesis Sadurski. La justicia compensatoria parte de la idea de desequilibrio de cargas y beneficios a rectificar con arreglo a un adecuado sistema de compensaciones. En este propósito el A. se preguntará si realmente la recompensa es un principio del merecimiento. La respuesta defiende que el mencionado principio se nutre también y de modo muy importante de la idea de esfuerzo. El problema que esto nos plantea es establecer cuál sea el fundamento último del mérito, aun admitiendo que varios *standards* valorativos contribuyen a su mejor determinación, pero no a su plena definición. Así ocurre con la noción de responsabilidad, que para unos es carga y para otros beneficio, dilema en el que también se instala el A. puesto que no niega que las cargas incluyan también algún tipo de satisfacciones.

El cap. 6.º se ocupa de otra de las nociones que articulan su concepción de la justicia como equilibrio. «Necesidades y Justicia» presenta la tesis de que una necesidad exige la satisfacción de la misma en la medida en que se trata de una carga que debe ser compensada, pero entendiendo que tal reivindicación tiene

lugar no en nombre de la justicia como mérito, pues mérito y necesidad no son ideas asimilables para Sadurski, especialmente si se trata de satisfacción de necesidades básicas. En cuanto a la propia definición de tales necesidades básicas, el A. las distingue previamente de las no básicas, acogiendo sólo a las primeras en su teorización de la justicia social como justicia distributiva. El inconveniente de este planteamiento residirá de consecuencia en la imprecisión de lo que debe tomarse como necesidad no básica. Aquí el obstáculo a la posición del A. nos parece insalvable; en efecto no se pueden listar, porque no existen criterios de distinción universales, ni unas ni otras necesidades, con lo que toda posible distinción será al cabo arbitraria y ciertamente no unánime entre los agentes sociales. En todo caso, el A. insiste en que sólo lo relevante para la subsistencia debe tomarse en consideración para determinar qué sean necesidades básicas. Pero más que la propia definición lo que importa de este obstáculo es que sólo la previa satisfacción de tales necesidades permite el funcionamiento de la idea de justicia social como justicia compensadora con base en el mérito del peticionario.

En cuanto al «tratamiento preferencial», materia del cap. 7.º el A. aboga con claridad en favor del principio de trato preferente pero no tanto desde una posición metodológica como de defensa moral del mismo. El principio se enuncia como la concesión de cierta prioridad para los individuos menos favorecidos, prioridad que representa la compensación a la carga que soportan.

Finalmente, el cap. 8 parte del razonamiento de que si la justicia social como justicia distributiva en su concepción de compensación se basa positivamente en la idea de merecimiento, el mismo principio de equilibrio de cargas y beneficios puede establecerse para la justicia distributiva del castigo. Con ecos kantianos, la dialéctica de su reflexión considera que el daño causado por una persona a otra constituye una infracción de los derechos de ésta, de ahí que sea condición de justicia distributiva restablecer el equilibrio perdido mediante una justa redistribución de las cargas. En contra de cuanto sostiene Sadurski se ha mantenido que el castigo no es enmarcable en la doctrina de la justicia como equilibrio ya que ni cumplir la ley es una carga ni el crimen necesariamente un beneficio, presentándose al respecto dos objeciones. Así, es cierto que toda actuación delictiva, en la medida al menos que atente contra valores materiales, puede resultar lucrativa para el delincuente, lo que supondría sino la puesta en marcha de mecanismos redistributivos que no se compensarían sólo con la restitución de lo robado, pues entonces se trataría de mero equilibrio, y que por la aplicación del castigo sobrepasarían su límite. Por otro lado, si fuera el caso de un delincuente que en la comisión del delito sufriera un percance, desde la óptica del juego de balance de beneficios, en tanto que ello supondría un lucro cesante, el veredicto judicial habría de ser en justa compensación menos riguroso. También se argumenta en contra de la teoría del equilibrio que deberá tenerse en cuenta el desequilibrio previo a la infracción, es decir, la inferioridad del delincuente, lo que en buen sentido distribucionista obligaría a compensarle con un trato preferencial. Sadurski se mostrará pese a ello inclinado a la posibilidad de una justicia como equilibrio también en materia penal acudiendo a la tesis retribucionista, bien que no siempre conforme con la totalidad de las conclusiones que de ésta se derivan. Sin duda conforme con H. Wehohfen («Retribution Is Obsolete», en C. J. Friedrich [ed.], *Responsability: Nomos III*, New York, 1960, p. 118) al considerar el retribucionismo comparable en última instancia a una necesidad primitiva de venganza, se ocupa de lo que denomina «falacias del retribucionismo». Así, puntualizará que la que sostiene que

«el castigo anula el delito cometido» no debe entenderse en términos de equivalencia absoluta, pues pocas veces es posible restituir a la víctima en la posición anterior a la comisión del delito. La restitución afecta a la víctima y el castigo se contempla desde la perspectiva del infractor, y además de este plano dual y asimétrico están las dificultades prácticas en la ponderación de la restitución. Por otra parte es igualmente falaz sostener el retribucionismo desde el llamado «derecho al castigo», pues en realidad debe considerarse más bien «derecho a un sistema de castigo». En todo caso, frente a la tesis utilitaristas, el A. preferirá la vía retribucionista: la constitución de sociedades claustrales y segregadas no contribuye a la reforma del individuo. En su aceptación retribucionista presenta como elementos claves los de culpabilidad, proporcionalidad y responsabilidad.

Cierra la obra el cap. 9, mostrando como resumen que siendo finalidad inicial conectar justicia legal y justicia social, se acaba en una reflexión más abarcadora, penetrando en particular la concepción de la justicia de carácter distributivo, de equilibrio de cargas y beneficios, en definitiva de méritos, corregidos por criterios de prelación con base en situaciones injustas tomadas como puntos de partida. La obra toda representa un esfuerzo encomiable de persecución del ideal de justicia en sus múltiples manifestaciones y con pretensión del ideal de justicia en sus múltiples manifestaciones y con pretensión globalizadora; una pretensión que si en algo cumplida en la estructura de su argumentación abre a partir de ella el camino donde, como Sadurski reconoce, comienza la utopía.

José CALVO GONZÁLEZ