

CONSIDERACIONES SOBRE RAWLS

SEBASTIÁN URBINA TORTELLA

Históricamente se comprueba la dificultad de llegar a acuerdos en los problemas prácticos por la vía de la argumentación racional; tales acuerdos podrían producirse, por ejemplo, en condiciones ideales de un constructo como el de la posición original (bajo el velo de la ignorancia) en el que los sujetos representativos (las partes) actúan como sujetos noumenales kantianos, o sea, una teoría como la de Rawls.

No se trata obviamente de hacer una apología del pensamiento irracional, sino de demostrar disconformidad con unos criterios que, por lo menos desde los pitagóricos y Platón, tienden a absolutizar la razón deductiva como criterio de verdad sin admitir que se producen de hecho intromisiones no estrictamente racionales en forma de intereses, en el amplio sentido de la palabra. Que por muy loable que sea el intento de incluirlo todo dentro de un sistema racional completo y suficiente, ello no ha pasado de ser, hasta ahora, una ilusión de la mente. Con el evidente peligro para el ser humano de que algún iluminado de la razón pretenda incrustar su sistema racional en los incompresivos e irracionales cerebros de sus conciudadanos.

Uno de los problemas de las teorías de la Justicia como la rawlsiana es un carácter estático, lo que las hace radicalmente irreales. No se trata de una irrealidad contingente, de lo que ahora no es o no existe pero que podría ser o existir (así, el deseo de una sociedad democrática en la época nazi no era un imposible, no ya porque así ha sucedido sino porque una aspiración democrática no era incompatible ni con el sistema económico ni con las culturas, tradiciones de la mayoría de las gentes, al menos en Europa occidental) sino de una irrealidad necesaria.

Cuanto más coherente y completa sea una construcción de deber ser,

más se expone a ser estática y alejada, por tanto, del cambio social. En cuanto incorpora elementos que permitan paliar esta situación, introduce, subrepticamente o no, aspectos de la realidad social que rompen la pretensión inicial de una construcción estática de deber ser, que no es solamente la de mostrar su perfecta coherencia interna, sino también la de ser útil y aplicable, aunque coherencia interna y utilidad no se impliquen mutuamente.

Es decir, el problema surge de la pretensión de compaginar una construcción teórica de corte apriorístico con su aplicabilidad concreta. En la medida en que lo teórico se vacía de contenido concreto, su aplicabilidad pierde significación. Pero para llenar esta última, hay que incorporar en la teoría conceptos no puramente categoriales, sino de origen empírico. Y, al tratarlos como categoriales, lo que se hace es caer en la tentación de pretender extenderlos más allá de su auténtica aplicabilidad, que no es otra que el ámbito del que fueron realmente extraídos.

Aunque la Teoría de la Justicia de Rawls y el Panóptico de Bentham se sitúan en marcos diferentes y para objetivos diferentes, en un caso para la vida en libertad, el otro para la vida en prisión, para uno la organización de una sociedad global en libertad e igualdad, para otro una institución de la sociedad, permanece el denominador común de que la racionalidad teórica de la construcción sería aceptada por los destinatarios. En Rawls los individuos no son tenidos en cuenta —como no lo son en Bentham— en tanto que sustituimos la posible información sobre sus deseos por la suposición de un deseo común irrevocable. En Bentham tampoco se supone que los individuos puedan cambiar, rebelarse, y romper el esquema supuestamente racional en el que estaban situados.

Es cierto que si Rawls quisiera tener en cuenta lo que sucede, aunque accedamos a la realidad por medio de teorías, no estaría elaborando una teoría de la justicia sino que haría sociología de la justicia, pero así, no nos moveríamos de donde estamos porque, en el mejor de los casos, sabríamos más o menos aproximadamente las opiniones y reacciones actuales de los individuos acerca de la justicia. Los resultados que nos proporcione la sociología de la justicia pueden mostrarnos, de forma más precisa y ordenada, lo que tal vez sabemos o creemos saber por intuición. Estos resultados nos sitúan mejor para saber si estamos conformes con lo que hay, lo que en el terreno del Derecho equivaldría a la duplicidad entre Derecho positivo y Derecho Natural, en la variante que se quiera, duplicidad entendida como contenido material positivizado y contenido material moralmente deseado. No obstante, hay algunas diferencias. En el ámbito de la soberanía del Estado hay un ordenamiento jurí-

dico vigente, con su correspondiente concepción de la justicia más o menos claramente formulada, mientras que hay también otra u otras concepciones de justicia que no tienen el soporte de una sanción institucionalizada en el supuesto de una transgresión a tal o tales concepciones.

Así como en el terreno de la cultura jurídica actual no suelen tener gran repercusión los planteamientos de deber ser, en el sentido de derecho ideal, en el estricto terreno de la justicia (aunque todo derecho implique una justicia) está, entre otros, el ejemplo de la gran repercusión que ha producido la teoría de Rawls, es decir, la de una justicia que debe ser. La duplicidad es mal vista en el terreno jurídico, probablemente por motivos de seguridad y certeza de lo regulado, pero no parece serlo en el de la justicia, como si la insatisfacción por la justicia que es no implicara peligro de ningún tipo y la justicia que es pudiera seguir sin más quebraderos de cabeza.

La duplicidad, que me parece inevitable, se debería al carácter asimétrico o desigual de las sociedades, lo que se concreta en la asimetría entre los ciudadanos y la subsiguiente duplicidad teórica.

Simplificando mucho y contando con la benevolencia del lector, podríamos decir que la duplicidad del Derecho Natural escolástico-medieval proviene, por lo menos en alguna medida, de la asimetría, en términos más clásicos, de las contradicciones sociales aunque dada la impronta religiosa de la época, que impregna el pensar y el hacer individual y social, se proyecta más allá de sí mismo, entre este mundo y el otro, entre lo laico y lo divino. Naturalmente, todas las asimetrías requieren una mediación ideológica que las justifique o que tienda un puente superador. La conexión entre el más allá y el aquí materializa la superación de las asimetrías.

Igual que en el Derecho Natural escolástico-medieval, en el Derecho Natural racionalista pasamos por alto las complejidades que lo envuelven para decir que la asimetría real, o las contradicciones reales se canalizan ya en este mundo, pero utilizando la abstracción generalizadora "hombre" o "ser humano".

En nuestros días la duplicidad se niega en el terreno jurídico con el expediente de la representación política democrática a pesar de que la asimetría sigue subsistiendo, porque la representación de la voluntad lo es solamente a nivel político, sin que la asimetría económico social alcance los niveles de igualdad propios del ámbito político. Pero aunque se niegue la duplicidad se siguen elaborando teorías de la justicia que

afectan ciertamente al terreno jurídico. Imaginemos los cambios legislativos que deberían producirse si se llevara a la práctica alguna de las teorías de la justicia más relevantes. Pero ¿por qué tienen tanta repercusión estos replanteamientos de lo que hay, de lo que existe, si vivimos en sociedades democráticas en las que la soberanía popular está fielmente representada en el poder político y éste incluye una justicia? No deberían producirse duplicidades en el ámbito jurídico democrático y sin embargo se producen (las quejas de ser tratados injustamente por el derecho vigente se pueden ver, por ejemplo, en los medios de comunicación).

En mi opinión, la persistencia de tal duplicidad proviene de la asimetría social que provoca en los individuos el deseo de revisión o supresión de tales asimetrías.

A pesar de que pueda interpretarse predominantemente como un esfuerzo de legitimación, creo que en Rawls nos encontramos una cierta revisión de la asimetría social lo que implica una elaboración de supuestos desde los que enjuiciar lo actual.

El carácter estático de la construcción de Rawls se manifiesta en el punto de partida. Dado que su elaboración se justifica por su coherencia interna, los presupuestos deben permanecer inalterables para que, de esta forma, no padezca la coherencia de la construcción. Pero una crítica a Rawls es posible, a pesar de que se sitúa en el deber ser, en cuanto topamos con la evidencia histórica y biológica del ser humano que para su propia supervivencia necesita la adaptación al medio. Si esto es cierto, los presupuestos no pueden tener la pretensión de absolutez, ya que las teorías que permiten este proceso adaptativo constituyen el intento de superar las inadecuaciones de anteriores teorías, exigiendo, por tanto, la formulación de nuevos presupuestos, aunque sigue siendo cierto que la evidencia histórica o las nuevas adaptaciones no afectan a la coherencia interna de una construcción.

En el mismo sentido, cuando se refiere a las circunstancias subjetivas de los cooperantes en relación a las circunstancias de la justicia, dice Rawls: "Algunos de estos defectos provienen de fallos morales del egoísmo y la negligencia; sin embargo, en gran medida, son simplemente parte de la situación natural humana" (1). El que entienda Rawls que, en gran medida, los fallos morales sean parte de la naturaleza humana supone una concepción estática de la naturaleza humana fenotípica que no

(1) Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, Madrid, FCE, 1979, pg. 153.

se vería esencialmente afectada por los cambios en la naturaleza y la sociedad, lo que puede ser cierto desde el punto de vista del fenotipo pero que no lo es si tomamos en cuenta la posibilidad de la sociedad y la cultura de convertir una misma información genética en personas sumamente distintas, por ejemplo, a través de procesos diferenciales de educación.

De ahí que la irrealidad del punto de partida no permita una teoría de la justicia realizable. La irrealidad radical de Rawls, si se me permite esta afirmación, se situaría en esta voluntaria ignorancia de la necesidad de adaptación que excluiría el carácter básico y permanente de los aspectos procedimentales, porque en cuanto no se adaptan chocan con las necesidades humanas y en cuanto se adaptan dejan de tener el carácter absoluto e irrevocable que tienen los puntos de partida de la teoría rawlsiana.

El velo de la ignorancia intenta neutralizar las modificaciones y adaptaciones que el conjunto de experiencias individuales y sociales provocarían en cualquier intento de fosilización intelectual. Es precisamente este conjunto de experiencias el que hace variar el sentido y la interpretación de postulados formales como "suum cuique tribuere" y otros similares. Si nos vemos despojados de los conocimientos concretos de nuestra vida personal y social, inmersa en una formación histórica, los postulados formales no pueden darnos nada porque nada dicen. Era, pues, necesario que el velo de la ignorancia recubriese a los individuos para que éstos callaran y pudiera oírse la voz de Rawls. Sólo parando el tiempo y el espacio podría soñarse que la primera formulación del "suum cuique tribuere" se mantuviese en su primigenio significado. La abstracción generalizadora deja en el camino aspectos que pueden modificar la formulación, porque ésta se nutre de aquéllos. La solución es, por tanto, eliminarlos con el vuelo de la ignorancia. Podría decirse que lo planteado por Rawls no queda afectado por estas críticas ya que él plantea una situación ideal, pero entiendo que nunca se da esta situación ideal, ni desde el punto de vista del que la emite ni desde cualquier situación real, presente o futura. Nos encontramos otra vez con la necesidad de formular un ideal para no superponernos miméticamente a lo real. Pero creo que la propuesta ideal legítima no es la que ignora las características socio-históricas del ser humano. Estas características, por no ser permanentes, tienen que ver con la forma concreta en que se relacionan los individuos, tanto directamente como a través de las instituciones. Ignoradas voluntariamente por Rawls, al nivel de principios e instituciones, tienen que introducirse a través de la interpretación que, como elemento dinámico, es tratado poco extensamente por Rawls. Si la justicia es considerada por Rawls como una virtud de las instituciones sociales, a menos que atesoran un a priori del concepto de justicia intemporal, se verá abocada al

fracaso. Serán, además de las normas, las cambiantes interpretaciones las que definan en cada momento la justicia, aunque lo hagan dentro del marco flexible de determinadas instituciones. Por ejemplo, el que se suponga, como lo hace Rawls, que los individuos no adopten un criterio prudencial sino moral choca con la asimetría social existente. ¿Por qué todos los individuos de una sociedad adoptarían un punto de vista moral uniforme?

Si Rawls parte, como así creo, del modelo de sociedad occidental, ya que afirma que a ella va dirigido, supone que o bien las asimetrías son eliminables o son funcionales al modelo. Pero no está demostrado que no sean disfuncionales al modelo. En tal caso sería poco coherente suponer que todos los individuos adoptarían un único punto de vista moral. Esto sería posible en cuanto seres noumenales, no en cuanto seres empíricos, y sin embargo el modelo parece referirse, por lo menos aplicarse, a la sociedad occidental tal como Rawls la ve y desea verla. Esta adhesión moral de todos los individuos de una sociedad choca también con la característica del pluralismo. Ya sería un logro la aceptación de unos fines, los suficientes para mantener una cierta cohesión social, lo que supone que todos sus miembros creen que vale la pena la supervivencia de tal modelo social. Esto introduce la consideración de criterios prudenciales.

Suponer que lo que harán los individuos se deriva de un razonamiento estrictamente deductivo implica admitir que los datos de la posición original son considerados unos axiomas y que los individuos no son seres empíricos. Si lo fueran no podrían admitir como axiomas intocables los datos de partida, sean cuales sean, por su necesidad de adaptación. El conjunto de experiencias teórico-prácticas que acompañan al ser humano conforman la racionalidad e irracionalidad con que actúa. Sólo despojando al ser humano de sus características puede pensarse que su proceso vital sea comparable a una cadena deductiva. Incluso suponiendo que hubiera una sola vía racional, entendida como adecuación a fines, está, además, la racionalidad de los fines. Entiendo que sólo a partir de una actitud dogmática puede afirmarse la inamovilidad de los presupuestos básicos. Sólo desde una perspectiva temporal los principios materiales pueden considerarse permanentes, es decir, permanentes en relación a una época, una cultura, una formación social, una teoría. La historia de la humanidad ha visto como han sido sustituidos o revisados axiomas que en su momento fueron el fundamento de edificios teóricos, dotados de una coherencia interna considerada suficiente. En definitiva, la racionalidad teórica no existiría como racionalidad al margen de la racionalidad práctica, es decir, al margen de este conjunto de experien-

cias y tradiciones que constituyen un grupo social humano. Lo que no quiere decir que exista una relación mecánica.

Puede suceder incluso, que los individuos de un grupo actúen como si hubiera unos axiomas, lo que permite, por ejemplo, la adopción de determinados criterios morales, pero cuando esto sucede lo que se llega a poner en evidencia es la inadaptación del lenguaje que un día sirvió para comunicar determinados criterios morales. Sócrates es uno de los ejemplos históricos que pusieron en evidencia el lenguaje moral de su época, ambiguo e insuficiente, porque respondía mejor a las circunstancias de la sociedad homérica pero ya no encajaba, al menos en parte, en las nuevas circunstancias de la polis griega.

Cuando Rawls habla de la incondicionalidad de sus principios respecto de cualquier circunstancia histórica, alega la razón de la simplicidad. Pero la simplicidad vuelve a ser irreal en el siguiente sentido. El principio "suum cuique tribuere" sólo puede valer de forma incondicionada si lo simplificamos irrealmente aislando los datos que lo volverían condicionada. De este modo el principio puede valer incondicionalmente puesto que parece racional, supuesto el deseo de libertad equitativa, de que se de a cada uno lo suyo. Si aislo los datos sociales siempre tiene razón el principio. Tanto en un contexto económico esclavista, liberal, como en uno socialista, la distribución que se haga será considerada como una consecuencia del principio incondicionado. Pero un principio que vale para cualquier tipo de circunstancia no nos sirve para nada ya que hagamos lo que hagamos lo estamos aplicando. De modo que podemos olvidarnos teóricamente de él y hacer cualquier cosa.

Cuando se hace referencia a las circunstancias de la justicia se supone, siguiendo a Hume, tanto la escasez relativa como circunstancia objetiva, como el conflicto de intereses como circunstancia subjetiva. Estas características son generales a todas las sociedades, pero no es irrelevante el grado de escasez relativa y hasta dónde llega esta escasez para eliminar, al menos en parte, la imprecisión de esta condición de la justicia. Rawls nos dice que se refiere a la sociedad occidental, con lo cual tenemos una cierta información real y una contradicción con otra afirmación de Rawls cuando dice: "Así pues, aunque la concepción de la posición original es parte de la teoría de la conducta, no se deduce de ello en modo alguno que existan en la realidad situaciones que se le parecen" (2).

(2) Ibid., pg. 146.

Tenemos, por el contrario, situaciones reales que se parecen a las formulaciones teóricas de Rawls con lo cual, tanto la escasez relativa como los conflictos e intereses, pueden concretarse en determinados modelos sociales. De este modo, sus afirmaciones de que los principios que las partes deben escoger tienen que valer incondicionalmente podría quedar desmentido por la localización espacio-temporal, tanto de escasez relativa como de conflicto de intereses.

Rawls hace intervenir su teoría de la justicia al nivel de la distribución. Sus individuos aparecen en el mercado como aspirantes a bienes primarios, como consumidores (aunque las mercancías no sean los únicos bienes primarios). Pero si intervienen en el momento de la distribución es que da por supuesto el de la producción. Otra vez tenemos que referirnos al modelo occidental, al que se dirige la teoría de Rawls. Podemos suponer que el momento de la producción está caracterizada por el modelo de propiedad privada de los medios de producción con un Estado partícipe-sustentador, y al mismo tiempo corrector de las deficiencias, tanto económicas como sociales. Si partimos de este supuesto podemos aplicar el criterio deductivo que mencionaba Rawls, ya que las posiciones que se ocupan en el momento de la producción se reproducen en el momento de la distribución. De este modo, el conflicto de intereses se presenta más delimitado y menos incondicional. Los principios de la justicia de Rawls, concretamente el segundo, hacen el papel de correctores de las desigualdades que fluyen naturalmente de un determinado supuesto de partida, un determinado modo de producción.

Su concepción de la distribución y su papel es consecuente con su concepción de los planes de vida. Así nos dice: "Tales planes determinan los objetivos e intereses de un yo, aunque no se presume que estos sean egoístas. Que sea o no así depende del tipo de fines que una persona persiga" (3). Parece suponer que los planes de vida de las partes se plantean abstractamente como si no estuvieran afectados por formas históricas de vivir y producir. Los objetivos e intereses de un yo necesitarían determinados bienes para realizar sus planes, pero estos objetivos e intereses siempre se plantean en un aquí y ahora con una concreta jerarquización social, un sistema productivo y un reparto de la escasez. Los objetivos e intereses no pueden sustraerse a todo este cúmulo de circunstancias porque la racionalidad teórica no está desligada de todo ello. Sin que baste atender a estas circunstancias para conocer exactamente los objetivos e intereses de las personas, tampoco pueden ignorarse, porque nuestro horizonte teórico siempre se apoya en circunstancias fácti-

(3) *Ibid.*, pgs. 154-155.

cas, entre las que se encuentran también las tradiciones, los sentimientos, la cultura, etc.

Rawls sigue hablando abstractamente de las necesidades y dice: "Así pues, aunque la partes tienen, en términos generales, necesidades e intereses semejantes, o en alguna manera complementarias, de modo que la cooperación mutuamente ventajosa sea posible, tienen, no obstante, también sus propios planes de vida" (4).

En el mismo sentido insiste Rawls al decir: "En una sociedad de santos en la que todos convinieran en un ideal común, si es que tal comunidad puede existir, no habría disputas acerca de la justicia... Pero una sociedad humana está caracterizada por las circunstancias de la justicia. La explicación de estas condiciones no implica ninguna teoría particular de la motivación humana. Más bien, su objetivo es reflejar en la descripción de la posición original las relaciones de los hombres entre sí, las relaciones que constituyen el escenario de la justicia" (5).

Rawls pretende mostrar las relaciones de los hombres entre sí, y ello es posible desde una perspectiva que suponga la permanencia e inalterabilidad de la naturaleza humana, la perduración de un marco de convivencia que permita tomarse como punto de partida para la elaboración de una teoría de la justicia que pretenda ser, como su punto de partida, permanente e incondicional.

Un tipo similar de soluciones se producen cuando Rawls encara el problema de la justicia entre generaciones. Para salir al paso de este problema y para no dogmatizar en exceso las formulaciones que se hagan en un momento dado, señala: "Por ejemplo, podemos suponer que son cabezas de familia y que por lo tanto tienen un deseo de promover el bienestar, al menos de sus descendientes más inmediatos" (6).

Pero, igualmente, el deseo de promover el bienestar no es incondicionado. Las distintas generaciones, y las distintas formaciones históricas, no identifican necesariamente lo que se entiende por promoverse el bienestar, a menos que remitamos el problema de los objetivos e intereses a los planes de vida, aunque ello sólo comporte relegar indefinidamente el problema, sujeto a las mismas objeciones.

(4) *Ibid.*, pg. 153.

(5) *Ibid.*, pgs. 155-156.

(6) *Ibid.*, pg. 154.

A la vista de la actual preocupación por los problemas del medio ambiente ¿cómo puede incluirse en el mismo apartado, por ejemplo, la confianza sin límites en el desarrollo, propia del siglo XIX, con la actual preocupación y consciencia por la limitación y protección de los recursos naturales?

Rawls tiene que suponer que la persona moral es autónoma, dividiendo artificialmente al ser humano, separando artificialmente racionalidad teórica y práctica para que sus deseos e intereses tengan la autonomía propia de los puros espíritus. Para que la teoría de Rawls puede desenvolverse sin los inconvenientes de la racionalidad práctica soluciona el problema negándolo: "La concepción de la justicia elimina las condiciones que dan origen a actitudes antisociales. Es, por tanto, estable en sí misma" (7). Pero también podríamos decir que las actitudes antisociales (o las contradicciones sociales) favorecen el que pueda darse una fácil solución por medio de una Teoría de la Justicia. Digo fácil porque entiendo que se puede mejorar el presente si lo conocemos, no si lo ignoramos, y la actitud de Rawls y la de sus individuos en la P O es la de ignorar, convirtiendo en fútiles arbitrariedades la suma de conocimientos que permiten tanto una actitud sociológica como metaética.

Cuando Rawls se refiere a los principios de la justicia hace especial hincapié en la importancia de las instituciones y por ello dice: "El objeto primario de los principios de la justicia social es la estructura básica de la sociedad, la configuración de las instituciones sociales más importantes en un esquema de cooperación. Hemos visto que estos principios habrán de gobernar la asignación de derechos y deberes en estas instituciones, y que habrán de determinar la correcta distribución de los beneficios y las cargas de la vida social. Los principios de la justicia para las instituciones no deberán confundirse con los principios que se aplican a los individuos y a sus acciones en circunstancias particulares" (8).

En relación a lo que sea una institución Rawls hace un desdoblamiento entre la institución como objeto abstracto, es decir, como conjunto de reglas que la delimitan, y la institución como actividad propia de la misma a partir de las reglas que permiten este hacer, o no hacer. Pero lo que, en definitiva, es justo o injusto es la institución como actividad, no como objeto abstracto. La justicia de su realización vendría dada, fundamentalmente, porque los principios de justicia han sido escogidos con la condición de que sean públicos y que todos los individuos

(7) *Ibid.*, pg. 17.

(8) *Ibid.*, pg. 75.

sepan a que atenerse, es decir, saben lo que se puede esperar de cada uno de ellos así como los límites de los principios. Todos conocen las reglas del juego. La descripción que hace Rawls de las instituciones se asemeja profundamente a las instituciones propias del modelo de sociedad occidental, aunque supone que existe un acuerdo público acerca de lo que es justo e injusto. Esta suposición no sólo no coincide con lo que sucede en los modelos de la sociedad occidental sino que parecería plausible que el acuerdo público sobre lo justo e injusto podría haber mejor en una sociedad en la que hubiese desaparecido la asimetría social, o las contradicciones sociales.

Como la asimetría puede entenderse de diversas formas y en diversos grados, me limitaré a decir que sin considerar la posible superación de la asimetría económica, no eliminada en la construcción de Rawls no sería posible plantearse la consecución de un acuerdo público sobre lo justo y lo injusto. Pero decir superación de la asimetría económica es decir bien poco. Así que, por lo menos entiendo que dicha superación o nivelación no viene dada suficientemente por los mecanismos que palián la desigualdad como punto de partida. Si al nivel del primer principio de justicia de Rawls todos los individuos parten en pie de igualdad, la enunciación del segundo principio muestra mecanismos amortiguadores de la desigualdad, y ésta consiste en la apropiación privada de la riqueza creada, aunque se parta en condiciones de igualdad de oportunidades. Aceptado este supuesto sólo queda, para no aumentar la desigualdad, que los más desfavorecidos se beneficien de las ventajas económicas que puedan conseguir los más favorecidos.

Pero se puede partir de otro supuesto en que el aumento de riqueza no se apropie privadamente para ser compensado posteriormente en forma de transferencias. Podemos suponer un tipo de simetría en la posibilidad de creación de más riqueza, sin que este plus se apropie privadamente, de la misma forma que todos tenemos la misma posibilidad de poder político pero quién lo consigue no se lo apropia privadamente, sino que su poder político es público. También el poder económico alcanzado puede ser público. En este caso la asimetría podría darse en una desigual distribución posterior en función del esfuerzo, u otros motivos. La diferencia entre los diferentes modelos radica en que la desigualdad se da en el modelo de Rawls, tanto en el momento de la producción como en el de la distribución aunque está compensada. En el modelo alternativo la desigualdad podría darse en el momento de la distribución, pero ya no en función del lugar ocupado en el momento de la producción sino en función de criterios públicos que podrían debatirse entre los individuos. En definitiva, se acercaría a la organización de la igualdad po-

lítica, en la que existe simetría como punto de partida. Como he apuntado antes esta alternativa sería plausiblemente mejor, al hacer más afines los dos principios.

Refiriéndose ahora a las instituciones, Rawls distingue entre las reglas constitutivas, y las estrategias y máximas. Estas últimas no formarían parte de lo que Rawls llama instituciones. Esto quiere decir que separa la estructura de la institución del funcionamiento de la misma. Se trata de si podemos reducir el problema de la justicia al elemento estático o procedimental de las instituciones. Desde el punto de vista rawlsiano se podría decir que una institución es justa aunque actúe injustamente.

A partir de estos presupuestos no es extraño que Rawls siga reduciéndose al aspecto formal: "Imaginemos también que esta concepción de la justicia es ampliamente aceptada en la sociedad, y que las instituciones son administradas imparcial y consistentemente por jueces y otros funcionarios. Esto es, casos semejantes son tratados de modo semejante, siendo las semejanzas y diferencias relevantes, aquellas identificadas mediante las normas en vigor... Esta administración imparcial y consecuente de las leyes e instituciones, cualesquiera que sean sus principios sustantivos, podemos llamarla justicia formal. Si pensamos que la justicia expresa siempre un tipo de igualdad, entonces la justicia formal exige que las leyes e instituciones se deban aplicar igualitariamente (esto es, de la misma manera) al administrarlas a aquellos que pertenecen a las clases definidas por ellas... La justicia formal es la adhesión a principios, o como han dicho algunos, la obediencia al sistema" (9).

Cuando Rawls pretende ir más allá de las reglas constitutivas y adentrarse en la administración de las instituciones se queda igualmente en un planteamiento formal. Aunque hable de que los jueces administren las instituciones de forma imparcial, el ejemplo que utiliza nos retrotrae otra vez a las reglas constitutivas en vez de enfrentarse al problema de la interpretación. Es cierto que hay una administración imparcial cuando casos semejantes son tratados de forma semejante, pero las semejanzas y diferencias relevantes son remitidas a las normas vigentes. Sin embargo, aunque parece desprenderse de lo dicho por Rawls que tales problemas se resuelven deductivamente, no es nada absurdo pensar que su solución pasa por un proceso interpretativo-creativo. Si esto es así, el supuesto sistema tiene lagunas que pueden llenarse creativamente y no deductivamente. El que esto contradiga o pueda poner en peligro la división de poderes como señala R. Dworkin no evita el problema de que

(9) *Ibid.*, pgs. 79-80.

los jueces, aunque ello sea competencia del legislativo, de hecho hagan creación por medio de la interpretación, al menos en determinados casos.

El propio Rawls es perfectamente consciente de los problemas que produce el quedarse a nivel de reglas constitutivas cuando dice: "La inevitable vaguedad de las leyes en general y el amplio ámbito concedido a su interpretación, favorece la arbitrariedad al tomar decisiones que sólo la lealtad a la justicia puede mitigar. Se sostiene así que, donde encontramos la justicia formal, el estado de derecho y el respeto de las expectativas legítimas es probable que encontremos también la justicia sustantiva. El deseo de observar imparcial y consistentemente las reglas, de tratar de modo semejante casos semejantes y de aceptar las consecuencias de la aplicación de las normas políticas, está íntimamente vinculada al deseo, o al menos a la disposición, de reconocer los derechos y libertades de los demás y de compartir equitativamente los beneficios y cargas de la cooperación social. Un deseo tiende a estar asociado a otro" (10).

El problema que se plantea es la importancia que pueda tener la arbitrariedad, como la llama Rawls, dentro de su construcción. Si es una afirmación general, sea cual sea la estructuración de las instituciones, tendremos que enfrentarnos con un momento interpretativo que alimentará el sentido de las normas vigentes de las instituciones, supuesto que estas no pueden definir a priori la totalidad de posibles significados. Pero aún en el caso de que todas las normas jurídicas tuvieran su definición de significado este último no se aplicaría automáticamente en todos los casos, sino que exigiría a su vez un proceso de interpretación.

La hipótesis de que en el Estado de Derecho es probable que se dé conjuntamente la justicia formal y la sustantiva es sólo un problema de grado ya que los problemas de superación de lagunas y antinomias ha sido y es un tema permanente en los trabajos de los teóricos del Derecho.

Pero esta arbitrariedad en la toma de decisiones por parte de los jueces, como es llamada por Rawls, sólo podría ser mitigada por la lealtad a la justicia. Dos aspectos merecen ser comentados. En primer lugar, mitigar no equivale a eliminar. No sabemos el alcance que pueda tener esta mitigación y si este aspecto replantea la división tajante entre justicia formal y justicia sustantiva. Si la arbitrariedad en las decisiones es inherente a todo sistema de reglas, sólo idealmente podemos suponer que afecta únicamente a la justicia sustantiva, ya que ésta sólo es posible dentro de un sistema de reglas. De ahí que la arbitrariedad tenga que afectar

(10) *Ibid.*, pg. 81.

a lo formal y a lo sustantivo, sin que el aislamiento artificial de la justicia formal y la justicia sustantiva pueda dar cuenta de la toma de decisiones.

El otro aspecto a considerar es el de la lealtad a la justicia que señala Rawls. Parece suponer una justicia, bien porque existe un acuerdo público sobre ella, bien porque tiene un concepto empírico de la misma. En el primer caso, y aparte del hecho de que no se da un concepto unitario de justicia, hay que distinguir entre la formulación del acuerdo público y la aplicación de esta formulación a los casos concretos, que nos reenvía a los problemas de interpretación ya mencionados. En el caso de que se tratara de un concepto apriorístico de justicia habría que preguntar de nuevo por qué se supone que todos los individuos participarán del mismo. Y si se trata de una noción de justicia en la línea de los contenidos mínimos de derecho natural de Hart, aparece de nuevo el problema de que su formulación tiene un carácter formal que requiere ser rellenado tanto en el momento legislativo como en el interpretativo.

Creo que puede decirse que aunque los individuos pudieran pactar en condiciones de imparcialidad, los principios que deben inspirar tanto la estructura básica de la sociedad como las instituciones, se van transformando por medio del momento decisional. Los jueces, situados en algún lugar del proceso socioeconómico, no tienen sólo en cuenta la justicia supuestamente implícita en las estructuras formales. Reinterpretan las normas, a la luz de los supuestos valores del ordenamiento, y construyen los hechos, en su intento de acoplar situaciones a lo que es la racionalidad teórico-práctica vigente, es decir, el ordenamiento.

En definitiva, el aislamiento artificial de una teoría del contexto general del desarrollo humano no me parece el modo más conveniente de colaborar en la tarea de conseguir una mayor justicia, ya que supone una autonomía de las reglas respecto de los sujetos reglados, una supuesta autonomía al margen de los sujetos reales como seres biológicos, psicológicos y sociales. Es el problema de aceptar o no la total autonomía del contexto de justificación en el llamado campo de las ciencias sociales.

BIBLIOGRAFIA

- BARRY, B., *The Liberal Theory of Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1973.
- FERRATER MORA, J., *De la materia a la razón*, Madrid, Alianza U., 1979.
- KLIEMT, H., *Filosofía del estado y criterios de legitimidad*, Alfa, 1979.
- MILLER, D., *Social Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1976.
- NIELSEN, K., "Rawls and Classist Amoralism", *Mind*, 86, 1977, pgs. 19-30.
- RAPHAEL, D. D., Critical notice on *An Theory of Justice* by John Rawls, *Mind*, 83, 1974, pgs. 118-27.
- RAWLS, J., "The Basic Liberties and Their Priority", *The Tanner Lectures on Human Values*, Cambridge University Press, 1982.
- RODRÍGUEZ MARÍN, J., "La teoría del contrato social rediviva", *Teorema*, V/1, 1975, pgs. 109-116.
- RUBIO CARRACEDO, J., *La utopía del estado justo de Platón a Rawls*, Valencia, 1982.
- WOLF, R. P., *Para comprender a Rawls*, Mexico, FCE, 1981.