

UNA TEORÍA INTEGRAL DE LA JUSTICIA

Una teoría integral de la justicia

HISTORIA, PENSAMIENTO,
INSTITUCIONES Y PROPUESTAS

JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO



JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO

ABOGADO POR LA Escuela Libre de Derecho y doctor en derecho *cum laude* y Premio Extraordinario por la Universidad Complutense de Madrid.

Investigador Nacional nivel III, adscrito al Instituto Mexicano de Estudios Estratégicos en Seguridad y Defensa Nacionales. Sus ámbitos de interés son la filosofía y la historia del derecho, así como la comparación jurídica.

Ha sido profesor y conferencista en las universidades de Bolonia y Perugia en Italia; de Göttinga en Alemania; de Buenos Aires en Argentina; la Javeriana, La Sabana y la Externado en Colombia; el Washington College of Law y la Florida International University en Estados Unidos; la Complutense y la Francisco de Vitoria en España; también en el Ateneo Pontificio Regina Apostolorum y el Pontificio Consejo para la Cultura, así como en la Escuela Libre de Derecho, la Universidad Nacional Autónoma de México, la Panamericana, la Anáhuac y el Instituto Nacional de Administración Pública, entre otras.

Es académico de número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, y académico de honor de la Real Academia Española.

UNA TEORÍA INTEGRAL DE LA JUSTICIA
Historia, pensamiento, instituciones y propuestas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 1052

DIRECTORIO

Dra. Mónica González Contró
Directora

Dr. Mauricio Padrón Innamorato
Secretario Académico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Secretaria Técnica

CRÉDITOS EDITORIALES

Wendy Vanesa Rocha Cacho
Coordinación editorial

Isidro Saucedo
Cuidado de la edición y formación en computadora

Angélica Ávila Castillo
Apoyo editorial

Edith Aguilar Gálvez
Diseño y elaboración de portada

JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO

UNA TEORÍA INTEGRAL DE LA JUSTICIA

Historia, pensamiento, instituciones y propuestas



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

México, 2026

Catalogación en la publicación UNAM. Dirección General de Bibliotecas y Servicios Digitales de Información

Nombres: Pampillo Baliño, Juan Pablo, autor.

Título: Una teoría integral de la justicia : historia, pensamiento, instituciones y propuestas / Juan Pablo Pampillo Baliño.

Descripción: Primera edición. | México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2025. | Serie: Serie Doctrina jurídica ; núm. 1052.

Identificadores: LIBRUNAM 2275548 (impreso) | LIBRUNAM 2275642 (libro electrónico) | ISBN 9786075878768 (impreso) | ISBN 9786075878775 (libro electrónico).

Temas: Justicia. | Justicia social. | Justicia global. | Administración de justicia. | Derecho -- Filosofía.

Clasificación: LCC K244.P355 2025 (impreso) | LCC K244 (libro electrónico) | DDC 340.1—dc23

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Nacional Autónoma de México. Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

La presente obra ha sido sometida a un proceso de dictaminación basado en el sistema de revisión por pares doble ciego, llevado a cabo por personas académicas independientes a la institución de afiliación de la persona autora, conforme a las Disposiciones Generales para la Actividad Editorial y de Distribución de la UNAM y los Criterios Específicos de Evaluación de la Secihti.

Primera edición impresa: 29 de octubre de 2025

Primera edición electrónica: 18 de mayo de 2026

DR © 2025. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n

Ciudad de la Investigación en Humanidades

Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

www.juridicas.unam.mx

ISBN (libro impreso): 978-607-587-876-8

ISBN (libro electrónico): 978-607-587-877-5

Impreso y hecho en México

*Como estrellas por toda la eternidad brillarán
aquellos que hubieran enseñado a muchos la justicia*

Dan. 12: 3

*Para las estrellas que iluminan mi vida:
mi madre María Luisa, mi esposa Laura,
y mis hijas Camila, Fernanda y Luisa.
En justicia*

CONTENIDO

PRÓLOGO	XIX
---------------	-----

INTRODUCCIÓN.	1
--------------------	---

PRIMERA PARTE

PRELIMINARES Y PANORAMA GENERAL

CAPÍTULO PRIMERO. LOS PUNTOS DE PARTIDA	9
I. Actitud, perspectivas y métodos.	9
1. Apertura, interdisciplinaria y integración	9
2. El diálogo racional, intercultural, político y analógico	12
3. El pluralismo, la precomprensión y el compromiso.	14
II. La justicia jurídica	17
1. Lo común sociocultural y lo jurídico como propio	17
2. La justicia jurídica como justicia justiciable.	19
3. Las medidas de la justicia, su fundamento y evolución	22
III. Nuevos ámbitos materiales y espaciales del derecho	26
1. Lo material privado y público, lo espacial vernáculo y compartido	26
2. Lo social y lo intra-inter-trans-y-supra comunitario	26
3. Relaciones, principios y fronteras atravesados	28
IV. Cinco tendencias jurídicas actuales	30
1. La estatalización y reconstitucionalización del derecho	31
2. La socialización del derecho	34
3. La privatización del derecho	35
4. La internacionalización del derecho estatal.	36

5. La constitucionalización del derecho internacional.	38
V. Bosquejando una ordenación de la complejidad	39
1. Necesidad de una jurisprudencia integradora	39
2. La atemperación recíproca de intereses, principios y valores . .	40
CAPÍTULO SEGUNDO. LA TEORÍA CLÁSICA DE LA JUSTICIA.	45
I. Su configuración filosófica	45
1. Preliminar	45
2. Su carácter ético-social en sus orígenes griegos	47
3. Las aportaciones de Aristóteles	51
4. La concepción nomocéntrica de los estoicos	55
5. Las aportaciones del cristianismo y la síntesis tomasiana	57
6. La evolución posterior	59
II. Su reelaboración jurídica	60
1. Preámbulo	60
2. El proceso de juridificación de la idea de justicia	61
3. Generalidad teórica y concreción práctica	66
4. Justicia jurídica, bien común político y cosmopolitismo	69
5. El problema del derecho injusto	73
III. Crisis y renovación	76
1. La cosmovisión moderna	76
2. La formalización y vaciamiento de la justicia	80
3. El resurgimiento de la justicia material	82
IV. Posibilidades y horizontes actuales	86
1. Su necesidad y conveniencia	86
2. Las actualizaciones necesarias	88
3. La recuperación del sentido ético y comunitario.	91
CAPÍTULO TERCERO. PRINCIPALES TEORÍAS DE LA JUSTICIA SOCIAL	95
I. Precedentes y antecedentes	95
1. Deberes morales y obligaciones imperfectas	95
2. El bien común y la justicia	99
II. Su itinerario de configuración histórica	102

1. El iusnaturalismo social católico	102
2. El constitucionalismo y el internacionalismo sociales	103
3. El surgimiento de un nuevo derecho social	104
4. La justicia distributiva y las modernas teorías de la justicia social	105
III. El Estado social de derecho y su contribución a la justicia social. .	108
1. El Estado de bienestar como especie del Estado social	108
2. Igualdad de oportunidades e igualdad de resultados.	110
3. Los modelos del Estado de bienestar	111
4. Presente y futuro del Estado social de derecho	112
IV. La teoría de Rawls	114
1. Introducción y presupuestos	114
2. La posición original	116
3. Los principios generales de igualdad y de diferencia.	117
4. Otras instituciones, el derecho injusto y las doctrinas comprensivas	117
V. La justicia social como distribución	119
1. Prolegómenos.	119
2. El enfoque en las capacidades	119
VI. La justicia social como reconocimiento y participación	122
1. Reconocimiento posmaterial y límites del interculturalismo . . .	122
2. La participación social	126
VII. Reflexiones finales	127
1. Necesidad de un enfoque integrador	127
2. La excesiva generalidad y otros problemas de fundamentación	128
3. Ni son todos los que están, ni están todos los que son	130
CAPÍTULO CUARTO. EL CONTEXTO HISTÓRICO DE LA JUSTICIA	
INTERNACIONAL	133
I. Del <i>ius gentium</i> al derecho internacional moderno	133
1. La teoría clásica y su cosmopolitismo	133
2. El estatalismo westfaliano.	136
II. Derechos internacionales, comunes y globales.	139

1. El derecho internacional contemporáneo y sus características .	139
2. Las variantes del nuevo pluralismo jurídico.	142
III. Los dilemas de la comunidad mundial.	144
1. Un marco jurídico provisional	144
2. Universalismo, interculturalismo y desigualdad.	145
3. Constitucionalismo global o multiconstitucionalismos	145
4. ¿Un orden jurídico?	149
5. Tres estructuras complementarias	149
IV. El entorno actual	150
1. Del optimismo a la desilusión	150
2. Realismo y esperanza esforzada.	153
CAPÍTULO QUINTO. PRINCIPALES TEORÍAS DE LA JUSTICIA GLOBAL.	155
I. A manera de introducción	155
1. Necesidad y urgencia de la justicia global	155
2. Limitaciones y mérito de las teorías actuales	156
II. Un panorama general	158
1. Los términos del debate contemporáneo.	158
2. El enfoque estatalista: libertarianismo y liberalismo	159
3. El enfoque cosmopolita	160
4. Reconocimiento y participación	163
III. Variaciones sobre Rawls.	165
1. Su importancia.	165
2. Apreciaciones sobre su postura estatalista	165
3. Opinión sobre su clasificación de los pueblos	166
4. Crítica a la no aplicación del principio de diferencia	168
IV. Tres reflexiones sobre Pogge y O'Neill.	170
1. Puntos de partida, neutralidad y ecumenismo.	170
2. ¿A quiénes obliga la justicia global?	173
V. Obligaciones jurídicas y deberes éticos	174
1. Aportaciones de Pogge.	174
2. La teoría de las obligaciones de O'Neill	176
VI. Algunas propuestas para la justicia social global	182

1. Aplicaciones del principio de diferencia	183
2. El dividendo global de Pogge.	184
3. Reformas fiscales internacionales.	185
4. El mínimo vital.	186
5. Otras modificaciones a la estructura internacional	187
6. La integración económica, política y jurídica	189
7. Grandes reformas y pequeñas conquistas	191
CAPÍTULO SEXTO. UNA VOZ QUE CLAMA EN EL DESIERTO	193
I. Pertinencia de la doctrina social cristiana	193
1. Insuficientes motivaciones de su desconocimiento.	193
2. Lo teológico, filosófico, científico y prudencial	195
II. Características generales	196
1. Personalismo comunitario	196
2. Un saber dialogante	197
3. Reflexividad práctica	198
4. Universalidad e historicidad.	198
III. Principales contenidos	199
1. Exposición de sus documentos fundamentales (1891-2020) . . .	199
2. Síntesis de sus principios, valores y temática	205

SEGUNDA PARTE

UNA TEORÍA INTEGRADORA DE LA JUSTICIA

CAPÍTULO SÉPTIMO. BREVE RECAPITULACIÓN CONCLUSIVA	209
I. Presupuestos, nociones, contexto y finalidades.	209
1. El itinerario, el trayecto y la meta	209
2. La materia sociocultural y la formalidad jurídica	210
3. La justicia como medida obligatoria de la convivencia	210
4. Intentar comprender los nuevos y cambiantes derechos	211
II. El valor de la teoría clásica.	212
1. Una reflexión integradora y una tipología abierta.	212
2. Los motivos histórico-culturales de su declive	214

3. Una recuperación necesaria y conveniente	215
III. El legado de las teorías de la justicia social	216
1. La novedad de los reclamos colectivos	216
2. La primera socialización del derecho y el Estado	217
3. La relevancia de las teorías de la justicia finiseculares	218
4. Seis pendientes de la justicia social	220
IV. Los retos de la justicia global	221
1. Importancia y apremio	221
2. Realidades y conceptos cambiantes y en evolución	221
3. Multiplicidad de teorías y propuestas	223
4. El otro camino de la justicia	223
V. Dos cuestiones finales	224
1. La relevancia ignorada de la DSI	224
2. Conclusiones generales	225
CAPÍTULO OCTAVO. BASES PARA UNA COMPRENSIÓN INTEGRADORA	227
I. Las principales coordenadas de la reflexión	227
1. Valor, aspectos comunes y diferencias de las teorías	227
2. El panorama filosófico actual	229
3. Las reflexiones jurídicas contemporáneas	230
4. Las distintas orientaciones del derecho presente	234
II. La necesidad de articular una diversidad compleja	234
1. De nuevo los presupuestos	234
2. La estrategia ecuménica	235
3. El integracionismo	236
4. La ontonomía	236
III. La injusticia como lugar de reflexión	238
1. Una vía tradicional de actualidad	238
2. Las ventajas de reflexionar desde lo injusto	239
IV. Injusticia, compasión y derecho	243
1. Una teoría de la injusticia como exclusión	243
2. Las otras partes del todo	250

CAPÍTULO NOVENO. BOSQUEJO DE LA POSTURA INTEGRADORA . . .	253
I. La búsqueda de las complementariedades.	253
II. En lo sociocultural	253
1. En lo antropológico y comunitario	254
2. En lo político	254
3. En lo económico	255
4. En su reflexión y discernimiento	256
III. En lo jurídico	259
1. Derecho y justicia	259
2. Libertad, igualdad y justicia social.	264
3. La actitud ante el derecho injusto	265
4. Las fuentes de las obligaciones.	266
5. Preliminar sobre justicia global	266
 CAPÍTULO DÉCIMO. CONTENIDO, JUSTIFICACIÓN Y FUNDAMENTOS DE LA JUSTICIA	 269
I. Los contenidos de la justicia jurídica y su justificación	269
1. Los contenidos generales	269
2. Su justificación	272
3. Reglas, determinaciones y obligatoriedad	273
4. Los derechos humanos, actualidad y pendientes	275
II. Los fundamentos complementarios	278
III. Los acuerdos y los compromisos	279
1. El acuerdo constitucional-legal-formal-cerrado	279
2. El compromiso constitucional-legal-material-abierto	281
IV. Los debates y las deliberaciones	284
1. Fundamentación, justificación, ajuste y modificación	284
2. El debate social sobre acuerdos y compromisos.	285
3. La deliberación jurídica sobre acuerdos y compromisos	295
 CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO. LA NUEVA TIPOLOGÍA DE LA JUSTICIA	303
I. Ámbitos, relaciones y categorías de la justicia	303
1. Las materias, los espacios y las sociedades	303

2. Los sujetos, las posiciones, las prestaciones y los objetos	306
II. Los nueve tipos de la justicia actual	311
III. Su proyección en lo internacional y global	315
1. Un contexto heterogéneo y en plena evolución	315
2. Boceto de una tipología internacional y global	320
CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO. REFLEXIONES SOBRE LA JUSTICIA	
SOCIAL Y GLOBAL	327
I. La justicia social en el derecho actual	327
1. El reconocimiento jurídico de la justicia social	327
2. Las instituciones jurídicas de la justicia social	329
II. La exigibilidad de los derechos sociales	330
1. Su proceso de consolidación	331
2. Su protección internacional	332
3. Su progresiva consolidación	333
4. Sus alcances y límites actuales	335
III. Justicia global y obligaciones internacionales	337
1. Posturas asumidas en materia de justicia global	337
2. Precisiones sobre las obligaciones jurídicas internacionales	341
IV. Tipología revisada e instituciones de la justicia global	349
1. Características de las obligaciones globales	349
2. Exposición de sus diferentes clases	352
V. Propuestas concretas hacia la exigibilidad de la justicia global	356
1. Las grandes reformas	356
2. El camino de la jurisdicción	359

PRÓLOGO

Es un gusto prologar este nuevo libro del doctor Juan Pablo Pampillo Baliño, quien es un jurista que ya tiene un recorrido académico muy importante y reconocido que incluye numerosas publicaciones.

Ha dado clases en varias universidades de América y Europa y ha desarrollado eficazmente diversos proyectos académicos y profesionales. Agreguemos que en el ámbito de la filosofía del derecho, ha postulado una personal teoría jurídica que ha llamado “integradora o comprensiva”, cuyas características de algún modo también nutren el presente libro.*

Me interesaría comenzar mi gustosa tarea mencionando algunas características genéricas que el lector podrá constatar en esta obra:

i) *Rechazo al juridicismo*: conocemos que los iuspositivismos, el legalista decimonónico y el normativista kelseniano, asumieron que era posible comprender y operar el derecho limitando su mirada a las normas jurídicas, y de ese modo dar la espalda totalmente a las otras dimensiones de la vida social (política, económica, cultural, etcétera). Pampillo sabe y enseña historia, filosofía jurídica y derecho comparado, de manera que le es constitutiva una perspectiva abierta a todo lo humano.

ii) *Axiología cognitivista*: muy lejos está la teoría del autor de este libro de los escepticismos axiológicos que proclamaba Kelsen: “la justicia es un ideal irracional”, y hoy suscribe Ferrajoli: “los valores se asumen, pero no se justifican racionalmente”. Expresamente toma distancia también de los críticos que remiten el derecho a la política y lo reducen a lucha por el poder. En definitiva, hay confianza en que la razón puede identificar la más justa o valiosa conducta o norma jurídica.

iii) *Saber práctico*: la teoría jurídica contenida en el libro no se reconoce como un saber teórico, que con base en la teoría de la correspondencia, se circunscribe a decir lo que son las cosas, sino que permite acceder a la verdad práctica cuyo objeto es guiar las conductas conforme a obtener o

* Cfr. Pampillo Baliño, Juan Pablo, *Filosofía del derecho. Teoría global del derecho*, México, Porrúa, 2005. Una versión resumida y actualizada puede verse en “Fundamentos de una teoría global del derecho. Principios de una filosofía jurídica comprensiva”, *Diritto e Processo. Annuario Giuridico della Università degli Studi di Perugia*, año 18, Perugia, 2018.

conservar el bien (la justicia). Al detallar su método, Pampillo de muchas maneras reclama que el jurista no asuma el rol de espectador, sino que sea protagonista, que se “comprometa con la acción” que reclama la justicia, y en esa sintonía propone el camino de “ver-juzgar y actuar”.

iv) Humanismo: conocemos al autor como alguien a quien le “duele” la injusticia y el sufrimiento de cualquier ser humano; por eso no nos sorprende que Pampillo apele a Villoro Toranzo para reflexionar desde la injusticia y la exclusión del otro, y termine recuperando la definición del derecho como “el mínimo de amor exigido en la sociedad”. Más aún, a la hora de las propuestas, todas ellas se inscriben al servicio de una sociedad más igualitaria.

v) Actualidad doctrinaria: puede sorprender la profusa y variada bibliografía a la que apela Pampillo, en donde se encuentran autores antiguos y actuales, pertenecientes al ámbito del *civil law* y el *common law*, que aportan al tema central del libro desde especialidades epistemológicas muy variadas. A ello se agrega referencias de instituciones vigentes en otras culturas, que a su vez enriquecen las propuestas.

vi) Valentía: en los tiempos que corren, aprecio que no es frecuente encontrar entre académicos elogios a la Iglesia Católica, por no considerarlo como “políticamente correcto”; sin embargo, corroboramos en la obra un detalle muy amplio y preciso sobre la Doctrina Social de la Iglesia, remitiendo a tesis que racionalmente pueden contribuir a una sociedad mejor o más humana.

vii) Sin cientificismo: claramente el autor se aparta de una tradición bastante consolidada en nuestras facultades de derecho, de pretender discursos estrictamente científicos que remitan a alguna rama del derecho; por el contrario, en esta obra hay una enorme diversidad epistemológica a la que se recurre en respaldo de los análisis respectivos. Pampillo ha insistido en la necesidad de transitar caminos de pluralidad gnoseológica, y sabe muy bien que la verdad no se asimila únicamente a lo que se puede probar y suministre una certeza absoluta y apodíctica.

viii) Vocación dialógica: de mil maneras reclama el autor que el camino para encontrar la verdad y acertar en las propuestas, es el del intercambio sincero y humilde de opiniones; en ese método encuentra el respaldo de la dialéctica y la retórica clásica, así como el de las actuales teorías dialógicas y pragmáticas. Se atreve Pampillo a postular una “ordenada complementariedad de perspectivas” y a defender un “diálogo racional, cultural, político y axiológico”.

ix) *Esperanza esforzada*: frente a las alternativas de cierta ingenuidad escatológica o un pesimismo paralizante, Pampillo escribe: “entre los ideales que surgieron tras las posguerras y las decepciones que les han seguido, en nuestros días se impone el deber de perseverar en la esperanza, que puede encontrar en la justicia global, en los derechos humanos y en el ordenamiento jurídico internacional, los medios adecuados para consolidar la utopía cosmopolita”.

x) *Preocupación realista*: una crítica reiterada a autores y teorías actuales, es haberse olvidado del derecho concreto y pecar de cierto formalismo, racionalismo o distanciamiento con la realidad. De ahí la insistencia en la clásica prudencia que canaliza un saber capaz de unir las exigencias generales o universales, con lo circunstanciado y contingente, y habilitar eventualmente la justicia del caso, o equidad fundada en la racionalidad del legislador, que de haber conocido anticipadamente el caso en cuestión, hubiese previsto la excepción equitativa.

xi) *Conceptos analógicos*: Descartes será el que exitosamente fije que la verdad es clara y distinta, y de ese modo sólo se aceptan conceptos unívocos; pero Pampillo, apoyándose privilegiadamente en Beuchot y la filosofía clásica, reivindica los conceptos analógicos. Incluso en algún otro trabajo recordamos que habla del analogado principal del derecho. Declara el autor que dicha “hermenéutica analógica” lo aparta de los riesgos extremos del “univocismo” y del “equivocismo”.

Las notas adelantadas precedentemente son típicas y constitutivas de la preocupación doctrinaria de Pampillo y de su “teoría global o integral del derecho”, aunque en este caso enfocada privilegiadamente a la justicia.

Estimamos que un aspecto central del libro está en asumir la riqueza de la visión clásica de la justicia, aquella perfilada originariamente por Aristóteles y completada por Tomás de Aquino, aunque destacando los aportes del derecho romano y la Escuela de Salamanca, en especial la obra de Francisco de Vitoria, pues esas antiguas enseñanzas pondrán —a juicio del autor— los cimientos del derecho internacional, transnacional, supranacional y global común.

Se lamenta Pampillo del olvido de aquel tesoro teórico, con conceptos y proyecciones que mantienen actualidad, no con la pretensión de volver estricta y dogmáticamente a la misma, sino con la intención de complementarla de manera dialógica con las novedades que fueron introducidas sobre todo en el último tercio del siglo XX en relación con la justicia social y luego con la justicia global o internacional.

Ese trabajo de enriquecimiento o reformulación está forzado por: la cosmovisión social que impone la modernidad, las exigencias de la nueva justicia social de finales del siglo XIX, las originales teorías de la justicia propuestas a partir del 1970 y los reclamos de justicia global que acompañan las últimas décadas del siglo XX.

En sintonía con ese propósito enriquecedor o de síntesis, Pampillo llega a identificar diferentes tipos o especies de la justicia global: *i)* justicia conmutativa global en sentido amplio; *ii)* justicia conmutativa global en sentido estricto; *iii)* justicia distributiva global en sentido amplio; *iv)* justicia distributiva en sentido estricto; *v)* justicia legal global, y *vi)* justicia social global.

Se detiene el autor en los capítulos tercero y quinto a estudiar las principales teorías sobre la “justicia social” y la “justicia global”, y el lector encontrará interesantes y variadas consideraciones centradas en: J. Rawls, la justicia social como “distribución” y el enfoque en las capacidades (A. Sen y M. Nussbaum); la justicia social como “reconocimiento y participación” (N. Fraser, A. Honneth, D. Held e I. M. Young); la justicia “transnacional” de O. O’Neill y la justicia “global” de Th. Pogge, el libertarismo de R. Nozick, el cosmopolitismo moral de Ch. Beitz y el cosmopolitismo institucional de B. Barry, entre otros.

Destaquemos que Pampillo analiza especialmente las teorías de Rawls, O’Neill y Pogge, para concluir insistiendo en la necesidad de un diálogo con el pensamiento clásico que ya incluía deberes positivos de asistencia a los pobres, el derecho de éstos a acceder a la propiedad en supuestos de extrema necesidad y la existencia del bien común universal.

El derecho en el que confía Pampillo cuenta con reglas —normas y principios—, instituciones y procedimientos, aunque reiteremos que su teoría se nutre de dimensiones variadas (antropológicas, económicas, políticas, formales-simbólicas, histórico-culturales, y comparativas).

Destaca que el derecho a partir del siglo XIX experimenta notables cambios; así, junto al derecho privado y público, se le suma el derecho social, y espacialmente el derecho queda convertido en intra-estatal, estatal, internacional, transnacional, supranacional y global. De ese proceso advierte la re-constitucionalización de los ordenamientos jurídicos nacionales, la socialización del derecho privado y público, la privatización del derecho público y social, la internacionalización de los derechos nacionales y la constitucionalización del derecho internacional. En el terreno del derecho global Pampillo descarta explícitamente la opción por un gobierno mundial y escoge la alternativa de lo que llama “multiconstitucionalismo” o “constitucionalismo multinivel”.

Si bien la obra reconoce que su pretensión es reflexionar sobre la “justicia jurídica”, llama la atención que esa mirada se asume desde una “perspectiva integradora”, y así concluye con diversos reclamos, entre ellos mencionemos: *i)* articular las diversas vertientes de la justicia social: económica-distributiva, sociocultural-identitaria y sociopolítico-participativa; *ii)* equilibrar derechos con obligaciones; *iii)* alentar reglas, instituciones y procedimientos jurídicos que canalicen la justicia; *iv)* promover una educación cívica y social funcional a la justicia, y *v)* incorporar en la agenda de estudio a la Doctrina Social de la Iglesia con su personalismo comunitario.

Tiene claro Pampillo que la configuración de la justicia global, a diferencia de la justicia social, es todavía incipiente, y a los fines de la realización de aquélla, se necesitan “grandes reformas” en distintos terrenos, que van desde lo estructural (ONU, OMC) hasta la fiscalidad internacional, la propiedad intelectual, entre otros; pero también señala el camino jurisdiccional, que aunque más modesto no es menos efectivo, y aquí el autor menciona expresamente algunas sentencias que ya son funcionales a la justicia global.

A la hora de hacer un balance final sobre el libro nos gustaría subrayar: *i)* viene bien el recordatorio que nos hace Pampillo de no pensar la justicia anclada en el ámbito estatal, pues en estos tiempos de globalización y de crisis de la soberanía de los Estados, la pretensión de sociedades más justas requiere computar esa dimensión internacional o global; *ii)* los “golpes de jurisprudencia” que menciona el autor, nos llevan a prestar mucha atención a los poderes judiciales —nacionales y supranacionales— para controlar eventuales desbordes en el visible proceso de judicialización del derecho, y reclamar una clara idoneidad “ética” en aquellos que ejercen dicho poder; *iii)* destacaré que la “función subsidiaria” que le reconoce Pampillo al derecho, reclama atender a la moral racional que lo debe nutrir en orden a mejorarlo y potenciar su eficacia. Y aquí corresponde reivindicar una axiología cognitivista y objetivista sin la cual los derechos humanos son —parafraseando a R. Spaemann— “edictos de tolerancia de la autoridad, revocables por la misma”; *iv)* la gran mayoría de los juristas de nuestro espacio cultural hemos sido formados con una matriz de confianza en las normas jurídicas, sin prestar atención a la distancia que existe entre su promulgación y su aplicación, de ahí la necesidad de abrir la mirada del jurista a toda la realidad social, y *v)* resulta absolutamente incompatible con el clima académico o universitario asumir posturas dogmáticas o cronolátricas que rechacen cuestionamientos, miradas hacia atrás en el tiempo y finalmente diálogos sinceros en búsqueda de la verdad.

En síntesis, fácilmente se detectará que este sintético balance está visiblemente incorporado al presente libro de Pampillo, de ahí que sólo corresponde felicitarlo por el mismo y por alentar la lectura enriquecedora sobre el antiguo y siempre presente tema de la justicia.

Recordemos que en última instancia la paz es obra de la justicia, y que ésta se manifiesta en el “buen vivir” social; por eso se trata de un tema que no puede resultar indiferente a nadie, aunque especialmente convoca a juristas y a los que tienen responsabilidades sociales. A todos los inquietos por la justicia van a encontrar en la lectura del presente libro provechosas tesis e interrogantes que seguramente contribuirán a alentarlos y a mejorar sus perspectivas.

Rodolfo Luis VIGO
Buenos Aires, Argentina

INTRODUCCIÓN

La reflexión en torno a la justicia ha sido una constante en la historia de la humanidad. De ahí que en nuestro tiempo, sea también un tema de actualidad renovada.

Dentro de ese contexto, el presente libro quiere ser la respuesta a una inquietud personal, sentida como estudioso, como docente y como abogado practicante.

Una inquietud que deriva especialmente de la gran cantidad de obras publicadas en los dos últimos siglos sobre la justicia que, sin embargo, no le ofrecen a sus lectores una comprensión integral y coherente sobre sus conceptos, tipos, fundamentos, obligaciones e instituciones, prescindiendo además, en muchas ocasiones, del punto de vista jurídico, que resulta fundamental para su entendimiento.

Existe una enorme variedad de nociones y clasificaciones que responden a distintas concepciones, desarrolladas en momentos diversos, desde diferentes campos epistemológicos —económicos, políticos, sociales, culturales—, cuyos planteamientos resultan en ocasiones incompatibles entre sí, y cuya proyección en los ordenamientos jurídicos no siempre es clara.

En virtud de lo anterior y con un propósito netamente pedagógico, la presente obra tiene dos objetivos fundamentales:

1. Exponer, de manera contextualizada, las principales teorías sobre la justicia, y
2. Bosquejar una teoría jurídica integral sobre la justicia, que destacando su interdisciplinariedad material, desde la específica formalidad del derecho, permita articular, de manera complementaria, las principales categorías, fundamentos e instrumentos de la justicia actual.

A pesar de lo ambicioso de su objeto, este libro se limita a presentar tan sólo una aproximación general. Es decir, se conforma con brindar un perspectiva amplia, que no aspira a recorrer, sino apenas a indicar, algunos caminos para la meditación y la acción sobre la justicia.

Trata de ofrecer una visión panorámica que, por su misma naturaleza, no puede detenerse en la descripción pormenorizada de los procesos históricos ni en el recuento puntual de los acontecimientos y sus protagonistas, como tampoco en la exposición completa de las teorías o en la identificación exhaustiva de sus autores y obras.

No obstante ello, servirá de útil orientación, ofreciendo un mapa bastante completo de dichos procesos, acontecimientos, teorías e instituciones, acompañándolo de las referencias necesarias para que ya desde una comprensión integral, quien esté interesado pueda profundizar sobre cada uno de los mismos, ubicándolos adecuadamente a partir de una mirada totalizadora.

La anterior orientación permitirá allanar el camino, respecto de algunos de los principales retos a los que debe enfrentarse cualquier estudio sobre la justicia en el presente; en lo particular:

- a) la confusión e hibridación de los conceptos y especies de la justicia, pertenecientes a diferentes tradiciones y épocas;
- b) la disolución de los ámbitos tradicionales del derecho y el surgimiento de nuevos espacios jurídicos, que han dado lugar a categorías mixtas;
- c) la convergencia de diversas tendencias contradictorias (estatalización, socialización, privatización, internacionalización, re-constitucionalización y glocalización del derecho), que sobre todo a partir del siglo XIX vinieron a revolucionar los ámbitos materiales, espaciales y personales de aplicación de todos los ordenamientos jurídicos;
- d) los fenómenos sociales, interpretaciones culturales y regulaciones jurídicas que han propiciado el surgimiento de la justicia social y de la justicia global entre los siglos XIX y XXI, y
- e) el desordenado debate entre diversas teorías de la justicia, muchas de las cuales se han desarrollado en campos diferentes al jurídico; particularmente en los de la economía (distribución), la cultura (reconocimiento), la política (participación, representación y liberación), la ética (dignidad y autonomía), así como las relaciones internacionales (solidaridad e interculturalidad).

La diversidad de los anteriores fenómenos, procesos, acercamientos y desarrollos relativos a la justicia y al derecho, requiere ante todo de un esfuerzo de ordenación, articulación y coordinación.

Como parte de dicha ordenación, en la primera parte se presentan de manera previa los presupuestos, las actitudes, las perspectivas y los métodos, así como ciertas nociones elementales precomprensivas, tendentes a simplificar la exposición.

Tales presupuestos y nociones, aunque puedan parecer de entrada demasiado simples, irán ganando en densidad a lo largo de la obra, hasta convertirse —a través de sucesivas matizaciones—, en conceptos y categorías mejor definidos.

Asimismo, en dicha primera parte se expone tanto el proceso histórico de configuración como el contenido mismo de las principales teorías de la justicia, desde la clásica hasta las más recientes, identificando las circunstancias que les dieron origen, su entorno intelectual, su posterior influjo y, desde luego, sus propios inconvenientes y desventajas respecto de las demás.

En tal sentido, la primera parte es principalmente expositiva, buscando dar cuenta de las principales ideas, conceptos e instituciones de la justicia, dentro de la cultura occidental, a lo largo de sus dos milenios y medio de evolución.

En contrapartida, la segunda parte es más personal y propositiva. Primeramente, explícita varias consideraciones que se encontraban apenas latentes e implícitas en el modo particular en que se explica el desarrollo de teorías, contextos y procesos.

Dichas consideraciones —verdaderas hipótesis de trabajo que al final se convirtieron en algunas de sus conclusiones—, constituyen en cierto sentido un núcleo temático, una especie de *leit motiv*, que se expresa a través de múltiples variaciones, alrededor de las siguientes cuestiones:

- a) los conceptos de derecho y justicia, la relación entre ambas categorías, así como su interdependencia con los demás ámbitos de lo sociocultural;
- b) las profundas transformaciones de la sociedad, la cultura y el derecho y la justicia en los últimos doscientos años;
- c) los diversos tipos de principios y obligaciones, así como las diversas maneras de justificarlos, fundamentarlos y garantizarlos a través de instituciones y procedimientos jurídicos, y
- d) la importancia de la reflexión dialógica, específicamente de la dialéctica como lógica material, así como de la metodología, para la determinación tanto de los principios generales de las instituciones de generalidad intermedia y de las soluciones concretas en el campo

de las humanidades y de las disciplinas sociales y, por ende, en el ámbito propio de la justicia.

A partir de dicho núcleo temático, la segunda parte presenta los derroteros que se siguieron para intentar armonizar las diferentes teorías, procurando aprovechar sus aportaciones y superar sus deficiencias, así como enfrentarlas a la realidad de la evolución del derecho de nuestro tiempo, con sus instituciones y procedimientos característicos.

En virtud de lo anterior, el presente libro permitirá a sus lectores:

- a) identificar y comprender las principales ideas —filosóficas, éticas, económicas, políticas, sociales, culturales y jurídicas—, sobre la justicia, en su peculiar entorno;
- b) entender mejor el concepto de justicia, desde la riqueza de su complejidad dialéctica, tanto general y material como formal y jurídica;
- c) conciliar las aparentes contradicciones entre las diferentes teorías, a partir de la búsqueda de sus afinidades, diferencias y complementariedades;
- d) ubicar con mayor precisión algunas de las principales instituciones jurídicas, pasadas y presentes, de la justicia, e
- e) identificar los cauces, a través de los cuales la justicia jurídica, podría cumplir mejor su cometido específico.

Descritos en síntesis los anteriores propósitos, objetivos y contenidos relativos al fondo de esta obra, cabe mencionar algunas de sus peculiaridades formales.

En primer lugar, cabe destacar que aunque se encuentra escrita de modo que su mayor provecho pueda alcanzarse mediante su lectura secuencial, cada uno de sus doce capítulos goza de cierta relativa autonomía, y fue escrito pensando en facilitar la posibilidad de una lectura parcial o salteada.

En razón de ello, si se opta por la lectura secuencial, se advertirán algunas repeticiones, que aunque se buscó restringir al mínimo, debieron incluirse en aras de hacer asequible cada capítulo en sí mismo, más allá de las referencias cruzadas que también se encontrarán a pie de página.

Además de dichas repeticiones, se apreciará también cierta reiteración del núcleo temático que representa el *leit motiv* del libro, a efecto de evidenciar su estrecha conexión de todas las cuestiones abordadas con el mismo.

Dicha reiteración deliberada responde a un personal estilo pedagógico, que busca insistir en la resonancia de un tema, mediante una exposición

espiral que regresa continuamente sobre sus notas principales, a través de acordes cada vez amplios y complejos, que permiten retener mejor lo esencial de la melodía, a través de sus múltiples variaciones y arreglos, que a su vez muestran sus diferentes proyecciones.

Por otro lado, al ser un libro pensado para estudiantes y estudiosos, así como para juristas y legos en derecho, se trató de emplear una terminología llana, aunque precisa, desarrollando en muchos casos, de manera sencilla, ciertas nociones elementales.

Se procuró hacerlo, sin embargo, de manera que tampoco perdiera la profundidad que reclama el especialista, cuyo interés podrá ver mejor satisfecho conforme vaya avanzando la lectura, pues en cada nuevo epígrafe, las cuestiones abordadas irán ganando en consistencia, además de que irá encontrando, en las notas que se incluyen en el aparato crítico, las claves para una reflexión de mayor hondura.

Finalmente, como en toda obra humana que conlleve una labor más o menos dilatada, hay muchas personas e instituciones que se ven involucradas directa o indirectamente en las mismas, sin cuyo apoyo sería imposible concretarlas y a las cuales se debe un especial agradecimiento.

Entre las instituciones académicas debo mencionar a mis dos *almas mater*: la Escuela Libre de Derecho y la Universidad Complutense de Madrid, así como la Red Interdisciplinaria Justicia Global e Integración Americana, que he conformado con diversos colegas a partir de la enriquecedora experiencia de intercambio en numerosas universidades y academias principalmente latinoamericanas y europeas y, por supuesto, al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Respecto a las personas, prefiero omitir cualquier mención particular para evitar un listado demasiado extenso, que acabaría siendo incompleto. Pero reconozco a todos los colegas, que con sus orientaciones, sugerencias, revisiones, perspectivas y apoyo, me han acompañado, y que en lo personal ya saben bien cuánto les agradezco. Por supuesto, hago mención especial de mis alumnos, quienes siempre han animado mi vocación por el estudio.

Sólo me resta encomendar las siguientes páginas a la indulgencia de sus lectores, confiando en que cuanto haya en ellas de bueno, verdadero y bello, les estimule a continuar recorriendo sus propios caminos de la justicia.

A. M. D. G.
Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO
Ciudad de México

CAPÍTULO PRIMERO

LOS PUNTOS DE PARTIDA

I. ACTITUD, PERSPECTIVAS Y MÉTODOS

Como se dijo en la “Introducción”, el propósito de este libro es ofrecer un panorama general sobre las principales teorías e instituciones de la justicia con la finalidad de presentar, después, una reflexión integral sobre la misma desde su dimensión más específica, que es la jurídica, aunque relacionándola con los demás ámbitos de lo humano y social, a los que también pertenece.

Para ello —como en general para cualquier reflexión—, conviene definir previamente por lo menos: *i*) una actitud; *ii*) una perspectiva, y *iii*) un método.¹

1. *Apertura, interdisciplinariedad e integración*

Por lo que hace a la actitud, se intentará —y también se invita al lector a asumir— una predisposición de apertura.²

Apertura que consiste ante todo en el respeto y la escucha atenta al otro, considerado como un verdadero tú.

¹ Una primera aproximación a dichas propuestas puede verse en Pampillo Baliño, Juan Pablo, *Filosofía del derecho. Teoría global del derecho*, México, Porrúa, 2005, con sucesivas actualizaciones y correcciones, de las cuales puede encontrarse una síntesis en Pampillo Baliño, Juan Pablo, “Fundamentos de una teoría global del derecho. Principios de una filosofía jurídica comprensiva”, *Diritto e Processo. Annuario Giuridico della Università degli Studi di Perugia*, año 18, Perugia, 2018. En dichos textos, se encuentra también una referencia puntual a los autores y obras que fueron tomados en cuenta para la elaboración de dichas actitudes, perspectivas y métodos.

² La actitud de apertura propuesta, que es también una actitud de humildad para dejarse tanto enseñar como interpelar por los demás, se ha configurado a partir de la meditación sobre múltiples obras y autores. En lo particular fueron influyentes el raciovitalismo de J. Ortega y Gasset —y algunas de sus proyecciones en X. Zubirí e I. Ellacuría—, la antropología de A. Caturelli, la ética de E. Lévinas, el método analéctico de J. C. Scannone y la concepción antropológico-jurídica de fraternidad de E. del Percio.

Para ello, es necesario concentrarnos, además de en lo que dice, en por qué lo dice, desde su contexto y circunstancias.

Se trata de una apertura integral, que quiere empatizar, entender y comprender a los demás. Abarca, por ello, tanto las razones (*logos*) como las creencias (*mythos* y *pneuma*) y los mismos sentimientos (*pathos*) subyacentes a las mismas.³

Y busca, ante todo, encontrar su momento de verdad.

Es pues una actitud que puede resumirse en el lema filosófico de J. M. Seifert: “busca y ama la verdad en todo y en todos” (*diligere veritatem omnem et in omnibus*), lo que debe procurarse, más allá de las naturales diferencias o antipatías que podamos experimentar ante la personalidad, perspectivas y posturas de los demás.

Dicha actitud de apertura, empatía y búsqueda sincera de la verdad —hasta donde nos sea posible—, resulta siempre necesaria en el ámbito de las humanidades y las disciplinas sociales. Especialmente cuando se ocupan de temas tan significativos y polémicos como la justicia y la injusticia, que naturalmente, nos provocan fuertes reacciones emocionales.

En segundo lugar, las perspectivas que habrán de adoptarse serán la interdisciplinaria y pluralista, así como la integradora y, finalmente, la jurídica.

Tales perspectivas responden, en primer lugar, al hecho de que la justicia constituye un objeto de estudio eminentemente transdisciplinar, que además, históricamente, ha sido abordado desde múltiples enfoques.

En efecto, la justicia ha sido estudiada desde la óptica de la ética, la economía, la política y el derecho, entre otras disciplinas.

Y lo ha sido por igual desde los más diferentes lentes, que van —según los casos— desde la teoría de las virtudes hasta la de los valores; desde el realismo hasta el idealismo; desde el objetivismo intelectualista hasta el subjetivismo voluntarista pasando por el procedimentalismo dialógico; desde el escepticismo hasta el constructivismo pasando por la semántica analítica; desde el individualismo hasta el comunismo pasando por el comunitarismo; desde el neoliberalismo hasta el marxismo; desde el libertarianismo hasta el igualitarismo; desde el estatalismo hasta el cosmopolitismo, y desde el iusnaturalismo hasta el iuspositivismo, entre varias decenas —y hasta cientos— de distintos posibles encuadres.

³ Sobre el *logos*, el *mythos* y el *pneuma* en el diálogo intercultural y específicamente en el interreligioso, véase a Panikkar, Raimon, *The Intra-Religious Dialogue*, Nueva Jersey, Paulist Press, 1999.

De ahí la necesidad de la interdisciplinariedad y el pluralismo epistemológico que, además, constituyen dos paradigmas característicos de las humanidades y las disciplinas sociales de nuestro tiempo, ambos necesarios para enfrentar su característica complejidad.⁴

La perspectiva pluralista e interdisciplinaria permitirá entender a la justicia desde su contorno, es decir, a partir de sus relaciones recíprocas de mutuo condicionamiento con la ética, la política, la economía y, en general, con el conjunto de la sociedad y la cultura.

Pero la justicia también debe explicarse desde la intimidad de su dintorno, es decir, *ad intra* o en tanto que justicia jurídica y como tal perteneciente al ámbito del derecho (*sub ratione iuris*).

Ciertamente, aunque la justicia debe apreciarse en su integridad material, desde las diversas perspectivas epistémicas que dan cuenta de sus diferentes ángulos y aristas socioculturales, se buscará comprenderla específicamente desde su formalidad o racionalidad propiamente jurídica, por cuanto que la misma es —como se verá— la que la configura distintivamente.

La reflexión sobre la justicia le corresponde así, al ámbito del saber integrador que los antiguos y medievales denominaron *philosophia practica* —social, política, económica y moral—, mismo que sobre todo a partir del siglo XIX, se ha venido descomponiendo en múltiples disciplinas especializadas.

Sin embargo, en su acepción más densa, completa, propia y característica, su estudio le pertenece principalmente a la jurisprudencia, siempre y cuando tome en cuenta las aportaciones que le brindan las demás asignaturas sociales.

Dicho de otra manera: la justicia como bien, principio, criterio, valor o deber social, ético, político o económico, adquiere su mayor consistencia y perfección, cuando es formalizada jurídicamente y transformada en una obligación exigible en derecho.

⁴ Aunque hasta antes de la especialización científica asumida por las ciencias humanas y sociales hacia el siglo XIX, era común una comprensión integradora de las mismas desde la filosofía práctica y más allá de la temprana crítica, desde 1929, de J. Ortega y Gasset en su *La rebelión de las masas*, a la “barbarie del especialista”, sólo hasta el último tercio del siglo XX se ha terminado de poner de moda el pluralismo científico y la interdisciplinariedad, que han sido ampliamente difundidos por múltiples autores, como P. Feyerabend con su anarquismo metódico, I. Wallerstein y E. Morin con su interdisciplinariedad o Nicolescu con su transdisciplinariedad o también N. Luhmann con su teoría de los sistemas sociales complejos y diferenciados.

2. *El diálogo racional, intercultural, político y analógico*

Además de la anterior actitud y perspectivas, desde un punto de vista metodológico se plantean las cuatro propuestas siguientes:

1. El diálogo racional, intercultural, político y analógico.
2. El ya mencionado pluralismo, pero ahora en su vertiente metodológica.
3. El itinerario de la precomprensión y el regreso, y
4. El compromiso con la acción.

Para los efectos del presente apartado y en relación con el diálogo, cabe destacar que más allá de haberse puesto de moda a partir de los modelos procedimentales y la teoría del discurso, en realidad el método dialéctico hunde sus raíces profundamente en la cultura occidental, habiendo encontrado expresiones paradigmáticas tanto en los diálogos filosóficos griegos como en la lógica —formal, material, dialéctica y retórica— de Aristóteles.

En todo caso, resulta conveniente para cualquier teoría de la justicia aceptar y asumir su participación como una voz más en el contexto de los actuales planteamientos procedimentales y dialógicos. Especialmente dentro del discurso racional pragmático de J. Habermas, del intercultural propuesto —*inter alia*— por R. Fornet-Betancourt o R. Panikkar, así como, desde luego, en el público o político propio —entre otros— del neocontratualismo rawlsiano.

De hecho, muchas de las situaciones comunicativas, posiciones, presupuestos, condiciones y reglas dialógicas ofrecidas por dichos modelos —a los que se hará posterior referencia—, resultan de indudable utilidad metodológica, con tal de que no se limiten a las meras formas procedimentales y permitan —como en la dialéctica o lógica material—, la argumentación sobre contenidos.

Sin embargo, la dialoguicidad de cualquier teoría que se reconozca como un hablante más, no debe suponer la renuncia a la pretensión legítima de que el diálogo se encuentre objetivamente orientado a la realidad y fundado en la razón, más allá de la actitud de apertura propuesta.

Adicionalmente, en la medida en la que el diálogo busca el entendimiento y el acuerdo, conviene tener en cuenta algunas consideraciones pragmáticas, llamadas por algunos prudenciales, por otros dialécticas y retóricas y por algunos más estrategias y tácticas de la negociación, que se irán exponiendo más adelante.

Para articular el anterior diálogo, además de la dialéctica y de los modelos procedimentales, resulta muy conveniente adoptar algunos aspectos de la hermenéutica analógica de M. Beuchot.⁵

Dicha propuesta —más allá de sus profundas raíces históricas—, em-pata con el pensamiento hermenéutico y analógico contemporáneo, que ha sido adoptado —al menos parcialmente—, por filósofos tan distintos como J. Derridà, E. Dussel, H. G. Gadamer, E. Levinas, G. Vattimo, entre otros.

Ello en virtud de que la hermenéutica analógica resulta particularmente adecuada para comprender los dilemas que se presentan, de modo especial, dentro del ámbito de lo humano y lo social, como es el caso de la justicia en sus proyecciones éticas, económicas, políticas y jurídicas.

Por medio de la analogía, es posible entender y plantear —parafraseando a Beuchot—, que no hay sólo una explicación verdadera, lo que implicaría un “univocismo”; pero que en contrapartida, tampoco todas las explicaciones son igualmente verdaderas, lo que supondría un “equivocismo”.

De ahí la conveniencia de conjuntar ductilidad y rigor. La primera contra los excesos de los “univocismos dogmáticos”; y la segunda contra la laxitud de los “equivocismos relativizantes”. Ductilidad para comprender que no todo es blanco o negro; el rigor es para reconocer, igualmente, que no todo es gris.

La hermenéutica analógica es pues una posición intermedia entre la objetividad absoluta y la subjetividad absoluta; afirmando que la posible correspondencia entre realidad, verdad y razón, se produce de manera intersubjetiva.

Sólo desde el anterior diálogo racional, cultural, político y analógico es posible apreciar la manera en que resultan profundamente complementarias —y no excluyentes—, las diferentes concepciones de la justicia que se expondrán a lo largo de la presente obra.

De hecho, el referido diálogo permite articular, de manera proporcionada y contrastada, los aspectos aparentemente contradictorios de la realidad y de las teorías.

E igualmente, nos ayuda a evitar los errores del sincretismo, facultándonos para apreciar que, de modo habitual, muchas teorías se equivocan menos en los aspectos que afirman, que en los que niegan —explícita o implícitamente— desde sus afirmaciones, facilitando así una ordenada complementariedad de las perspectivas.

⁵ Véase a Beuchot, Mauricio, *Hermenéutica, analogía y símbolo*, México, Herder, 2004, e *id.*, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2011.

3. *El pluralismo, la precomprensión y el compromiso*

Por lo que hace en segundo lugar al pluralismo metódico, conviene apuntar que constituye la única manera de acercarse a un objeto dado, desde todos sus múltiples flancos y diferentes matices, como parte de la perspectiva interdisciplinaria propuesta, superando la concepción tradicional de las disciplinas académicas compartamentalizadas, que en realidad fragmentaba el conocimiento realidades que superaban sus límites epistemológicos.

Así, la aproximación a la justicia debe hacerse desde los métodos específicos de cada una de las disciplinas anteriormente mencionadas; incluso desde los propuestos por sus mismas corrientes epistemológicas en disputa, aunque siempre distinguiéndolos entre sí.

Se trata así de superar las estrecheces disciplinares y limitaciones metodológicas desde una comprensión más completa y profunda de la realidad, considerando holísticamente las múltiples perspectivas desde las cuales puede y debe comprenderse.⁶

Además de dicho pluralismo metodológico e interdisciplinario, deben emplearse y diferenciarse claramente los diversos niveles epistémicos de la reflexión.

En efecto, resultan igualmente necesarios —pero distinguibles y distintos—, los niveles sapiencial, científico y práctico, que nos brindan premisas, hipótesis y técnicas, de contenido y alcance disímbolo, aunque resultan útiles cuando se acomodan adecuadamente.

De la misma forma es indispensable acudir a la vez —aunque también diferenciándolos—, a los otros dos niveles o categorías propios del análisis jurídico: el descriptivo o explicativo y el prescriptivo o dogmático, que dan lugar a dos diferentes tipos de argumentaciones:

1. Las que versan sobre el derecho positivo vigente (razonamientos de *lege data* o de *iure condito*), exponiendo sus reglas, instituciones y procedimientos, y
2. Las críticas, propositivas o alternativas respecto del derecho vigente (análisis de *lege ferenda* o de *iure condendo*), a través de las cuales la juris-

⁶ Sobre la interdisciplinariedad y la transdisciplinariedad, pueden verse, entre otras obras, las seminales de Morin, Edgar, *Los siete saberes necesarios para la educación del futuro*, París, UNESCO, 1999; Nicolescu, Basarab, *La transdisciplinariedad. Un manifiesto*, Caracas, Ediciones Rocher, 1998. Entre quienes han aplicado dichas perspectivas interdisciplinares y métodos plurales para el estudio del derecho, pueden mencionarse, entre otros, a N. Luhmann desde la sociología, M. Foucault desde el estudio del poder y el discurso, P. Bourdieu desde el campo social y del capital cultural o C. A. McKinnon desde los estudios de género y poder.

prudencia o reflexión jurídica constituyere —directa o indirectamente— una verdadera fuente de obligaciones de justicia.⁷

Respecto del pluralismo metódico, conviene adicionalmente considerar la añeja propuesta de G. Vico, quien en su *Ciencia nueva*, se planteó reflexionar sobre el derecho, desde la triple perspectiva de la filosofía del derecho, la historia jurídica y el derecho comparado.⁸

Notablemente, la anterior perspectiva ha venido siendo adoptada recientemente por algunos tribunales, así como por diversos autores contemporáneos, aunque paradójicamente sin la conciencia de estar retomando en realidad el pensamiento viqueano.⁹

La realidad es que el estudio de la justicia se beneficia enormemente cuando se hace, además de interdisciplinaria y pluralmente, de modo filosófico-histórico-y-comparativo.

En seguida, sobre el método de la precomprensión y el regreso que se propone, baste apuntar que consiste en un itinerario construido a partir de diversos acercamientos y alejamientos sucesivos.¹⁰

Se trata de un ejercicio de aproximaciones y distanciamientos a través de progresivas idas y vueltas.

Dichos acercamientos y alejamientos conviene intentarlos:

⁷ La referida distinción se encuentra bien expuesta por J. B. Vallet de Goytisolo, quien distingue entre la jurisprudencia explicativa y la dogmática, destacando cómo esta última es también fuente del derecho. Cfr. Vallet de Goytisolo, Juan B., *Metodología jurídica*, Madrid, Civitas, 1988. Sobre el pensamiento jurídico de Vallet, véase también a Cristina Fuertes-Planas, Aleix, *Filosofía política y jurídica de Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Madrid, Fundación del Notariado, 1992. En el mismo sentido, la distinción propuesta por L. Ferrajoli entre dos metateorías del derecho: la descriptiva y la crítica y propositiva. Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2004.

⁸ Cfr. Vico, Giambattista, *Principios de una ciencia nueva en torno a la naturaleza común de las naciones (1724-1744)*, trad. de J. Carner, México, Fondo de Cultura Económica, 1978.

⁹ En materia jurisprudencial puede citarse, a manera de ejemplo, el uso del método histórico, comparativo y filosófico (aunque denominado progresivo), la conocida exposición que hizo el abogado general Philippe Léger sobre el itinerario seguido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sus Conclusiones del 17 de septiembre de 2002, dentro del caso *Comisión vs. CCRE* (disponible en la página oficial del Tribunal de Luxemburgo: www.curia.eu.int/jursip). Sobre dicho método, véase a Alonso García, Ricardo, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 4a. ed., Madrid, Thomson Civitas, 2014. En el ámbito académico, entre muchas obras, puede considerarse recientemente la de Twining, William, *General Jurisprudence. Understanding Law from a Global Perspective*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.

¹⁰ Este itinerario se encuentra inspirado principalmente en el concepto de precomprensión desde la hermenéutica de H. G. Gadamer, así como en el procedimiento para la autognosis propuesto por Tomás de Aquino como *reditio subiectum seipsum*. Se expuso por primera vez en Pampillo Baliño, J. P., *Filosofía del derecho. Teoría global del derecho...*, cit.

- a) desde el sujeto (método) hacia la realidad (objeto), y viceversa;
- b) desde las diferentes aristas del objeto y hacia las diferentes perspectivas disciplinarias, y de regreso;
- c) desde las razones y hacia las creencias y los sentimientos, así como de vuelta, y
- d) desde el ser (ontología) y el existir (fenomenología) hacia la libertad (antropología) y el deber (ética), y a la inversa.

Su propósito es asegurar —en la medida de lo posible—, dentro del complejo ámbito de las humanidades y de las disciplinas sociales, la mejor contrastación de las hipótesis y la mayor resistencia, tanto de las comprobaciones empíricas como de las demostraciones racionales.

Finalmente, se encuentra la propuesta metodológica del compromiso con la acción.

Dicho compromiso puede remontarse hasta la *paideia* de los griegos, así como encontrarse en la proyección social de la docencia universitaria desde sus mismos orígenes; si bien sus antecedentes más próximos se encuentran en una gran diversidad de planteamientos contemporáneos.

En efecto, desde el método pastoral católico del “ver-juzgar-actuar”, hasta la “pedagogía liberadora” de P. Freire, pasando por la “investigación-acción” de K. Lewin y la pedagogía social o la pedagogía praxeológica, se ha buscado explicitar el compromiso del saber con el saber ser y el saber actuar, de modo que el conocimiento se traduzca en la transformación y mejoramiento de las realidades sociales y humanas.¹¹

Dicho método, se adopta aquí desde la variante de las 3Cs: “contemplar”, “conversar” y “caminar”, estructurándose como una reflexión dialógica al servicio del mejoramiento social.

En virtud de ello, el presente libro pretende:

¹¹ La adopción del referido método, además de estar en deuda con lecturas y reflexiones pedagógicas y didácticas en conexión con la *paideia*, el método del ver-juzgar-actuar, la investigación-acción, la investigación-participativa, la teología y la pedagogía de la liberación, se debe fundamentalmente a la honda impresión sentida —hace ya muchos años— con motivo de la lectura de la obra de Antonio Caso *La existencia como economía, como desinterés y como caridad*, donde el filósofo destaca la singular importancia de la acción en favor de los demás, terminando su obra con una frase que me interpeló profundamente: “Todas las filosofías de los hombres de ciencia no valen ante la acción desinteresada de un hombre de bien”. Finalmente, la formulación específica (contemplar-conversar-y-caminar) a la que se hará referencia, se la debo a los libros y conversaciones con el humanista y religioso chileno Alfonso Vergara Tagle, S. J.

- a) contemplar el panorama de la evolución de las ideas e instituciones de la justicia;
- b) conversar con las mismas, identificando su contexto, posibilidades y limitaciones actuales, así como
- c) caminar, a partir de una reflexión de conjunto, en la propuesta de los fundamentos, obligaciones, instancias y procedimientos para lograr la efectividad jurídica de la justicia, invitando por igual a sus lectores a que desde la academia, el foro, el aula, las organizaciones no gubernamentales, o las responsabilidades públicas —nacionales o internacionales—, puedan contribuir a su plena realización.

II. LA JUSTICIA JURÍDICA

1. *Lo común sociocultural y lo jurídico como propio*

Preliminarmente —y a reserva de ir profundizando y precisando—, conviene reiterar que la justicia ha sido entendida, dentro de la cultura occidental —al igual que en otras civilizaciones—, de diversas maneras en diferentes ámbitos.

En efecto, desde los mismos orígenes de su reflexión y configuración —tanto conceptual como práctica—, en la antigüedad greco-latina fue definida primeramente como una virtud ética.

Más aún, como una virtud tan relevante y general, que se le incluyó —junto con la prudencia, la templanza y la fortaleza— entre las llamadas cardinales, siendo considerada además como la encargada de ordenarlas, tanto en lo personal como en lo social.

Dicha ascendencia ética y específicamente ético-social, la vinculó desde un principio a la *polys* y a la *civitas*, así como a su bien común —tanto político como económico—, que han sido y son determinantes en la delimitación de su concepto, tipología, instituciones, deberes y obligaciones.¹²

La anterior transversalidad e interdisciplinarietà de la justicia, nos explica su extraordinaria riqueza y diversidad conceptual.

Pero también nos aclara, por su misma complejidad, los motivos detrás de la dificultad para entenderla, adecuadamente, en cada uno de los diferentes campos a los que pertenece.

¹² Véase *infra*, capítulo segundo.

Además, nos pone sobre aviso respecto del mismo riesgo de confundir o traslapar —con motivo de la justicia—, ámbitos que aunque estrechamente relacionados, también presentan importantes diferencias entre sí.

En virtud de lo anterior, una apropiada comprensión de la justicia requiere ser, a la vez, tanto integral como específica.

Integral, para no dejar de lado sus aspectos socioculturales: éticos, políticos y económicos. Pero también específica, pues la justicia pertenece por antonomasia y en sentido estricto al espacio propio del derecho, por lo que necesita ser entendida jurídicamente, al menos cuando se pretenda que sus deberes sean considerados verdaderas obligaciones vinculantes y exigibles.

Partiendo de lo anterior, desde un punto de vista material, la justicia se integra a partir del conjunto de las realidades socioculturales en su doble proyección: i) factual (como hechos sociales) y ii) estimativo-normativa (como valores culturales), nutriéndose por ende de principios, bienes y deberes éticos, políticos y económicos vigentes en una comunidad particular.

Asimismo, se formaliza específicamente mediante su juridización, es decir, a través de la determinación de obligaciones exigibles en derecho.

Por ello, la justicia jurídica —que es la justicia más propiamente dicha—, no debe confundirse —aunque sí deba tomar en cuenta—, con los principios de la convivencia social, ni con sus relaciones económicas y políticas, que describen las formas de cooperación, creación y distribución de la riqueza y de ejercicio del poder y gobierno, como se presentan en la realidad.

Tampoco debe identificarse con la justicia en su acepción ética —bien, virtud o valor—, ya sea individual o social —económica o política—, pero menos aún puede desentenderse de las mismas.¹³

Sobre todo por cuanto que la ética —individual y social—, no debe entenderse como moralina subjetiva, sino como la lógica objetiva de la acción, según la doble metáfora que considera que la lógica es la ética del pensamiento, mientras que la ética es, precisamente, la lógica de la acción, en tanto que busca proporcionar criterios objetivos para enderezarla hacia el bien.

En cualquier caso, lo cierto es que no le corresponde a la justicia jurídica sancionar las realidades sociales existentes, que pudieran ser contrarias

¹³ Entre la extensa literatura que con motivo de la justicia reflexiona en torno a las relaciones entre la ética y al derecho, pueden verse, desde diferentes posturas, las obras de Cruz Prados, Alfredo, *Sobre la realidad del derecho*, Pamplona, Eunsa, 2021, pp. 177 y ss., y Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 16 y ss.

a los valores culturales de una comunidad, como tampoco exigir —en el extremo opuesto—, la perfección moral del hombre, ni la excelencia ética de la sociedad.

Sin embargo, tampoco puede obligar ni permitir la disolución social de la comunidad.

Por ello, como afirmara el jurista romano Paulo, “no todo lo que es jurídicamente lícito es moralmente honesto”.¹⁴ Pero también, por el otro lado, el derecho no puede ordenar lo reprobable, ni prohibir lo meritorio o encomiable.

Ciertamente y como se irá exponiendo con mayor detenimiento, el derecho —y por ende la justicia jurídica—, tiene una función subsidiaria respecto de la convivencia social, por lo que únicamente establece sus cimientos, definiendo sus exigencias mínimas, a través de reglas de conducta obligatorias y exigibles.

En cualquier caso, lo importante a retener aquí es que la justicia es un concepto y valor compartido entre el derecho y las demás disciplinas que se ocupan del estudio del hombre en sociedad.

Aunque también puede entenderse, de manera estricta y en sentido propio, como una categoría específicamente jurídica, cuya particularidad reside en su carácter plenamente obligatorio y exigible.

En dicho sentido —como ha observado con razón P. Ricoeur—, la justicia tiene una “estructura dialéctica”, debiendo entenderse a la vez “desde lo bueno y desde lo justo”.¹⁵

Mejor dicho, debiendo entenderse a la vez, desde: *i*) la realidad social; *ii*) los valores culturales, y *iii*) las formas jurídicas, que reconducen a las primeras de acuerdo con los segundos, de modo precisamente obligatorio.

Por eso, desde esta primera aproximación podría decirse que su estructura es más pluriléctica que dialéctica, específica y materialmente real-axiológica y formalmente jurídica.

2. *La justicia jurídica como justicia justificable*

Dicho lo anterior y con independencia de cualquier posición iusfilosófica —o filosófica, ética, política o económica—, parece que puede precom-

¹⁴ *Digesto*, 50, 17, 144.

¹⁵ *Cf.* Ricoeur, Paul, “Le juste entre le légal et le bon”, publicado como “Lo justo, entre lo legal y lo bueno”, en Ricoeur, Paul, *Amor y justicia*, trad. de T. D. Moratalla, Madrid, Caparrós, 1993, pp. 37 y ss.

prenderse a la justicia jurídica, de manera bastante realista —quizás incluso un tanto simplista—, precisamente como una justicia justiciable.¹⁶

Puede convenirse —sin mayores compromisos filosóficos—, que la justicia jurídica es —al menos en principio—, una justicia exigible.

Es decir, una pretensión —de un bien, interés o valor—, susceptible, al menos potencialmente, de ser reconocida y garantizada por el derecho, a través alguna instancia —por lo general un tribunal—, que pueda declararla y protegerla.

Así entendida, la justiciabilidad de la justicia supone —en términos muy generales— al menos dos cosas:

1. La existencia de un derecho u ordenamiento jurídico, y
2. La protección —actual o eventual—, que el mismo le ofrezca a una determinada pretensión de justicia, traduciéndola en auténticos derechos subjetivos, con sus correlativas obligaciones —tanto negativas como positivas— de respetar, dar, hacer o no hacer.

Prosiguiendo en la misma línea de intentar realizar la presente exposición desde precomprensiones aceptables —filosófica, política e interculturalmente—, puede caracterizarse al derecho objetivo precisamente como un ordenamiento jurídico, es decir, como una realidad sociocultural y dinámica.¹⁷

Desde esa perspectiva, puede afirmarse también que los ordenamientos jurídicos, en términos puramente descriptivos y sociológico-funcionales, cumplen principalmente con los siguientes objetivos: *i*) establecer un orden

¹⁶ Dos aproximaciones semejantes bastante conocidas, son la de O. W. Holmes Jr. en el ámbito del *common law* y la de A. D'Ors dentro la familia continental. Según Holmes, el derecho puede comprenderse en términos realistas desde la perspectiva del hombre malo, que —más allá de las teorías y los principios— desea ante todo saber a qué atenerse, por lo cual se interesa más bien en conocer “una profecía sobre lo que los tribunales harán en cada caso concreto”. Cfr. Wendel Holmes, Oliver, *La senda del derecho*, trad. de A. Russo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, pp. 20 y 21. En términos parecidos, para el romanista español, “derecho es lo que aprueban los jueces”. D'Ors, Álvaro, “Principios para una teoría realista del derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 1, Madrid, 1953, y luego, más elaboradamente, en D'Ors, Álvaro, “Derecho es lo que aprueban los jueces”, *Ensayos de teoría política*, Pamplona, Eunsa, 1979.

¹⁷ Sobre dicha precomprensión, su necesidad, utilidad y configuración, más allá de cualquier postura iusfilosófica o cultural, puede verse Pampillo Baliño, Juan Pablo, “¿Qué es el derecho, cómo se estructura y cómo evoluciona?”, *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 44, México, Tirant lo Blanch, 2020.

abierto al cambio, *ii*) distribuir bienes y cargas (derechos y obligaciones), y *iii*) resolver conflictos.

Por su parte, desde un punto de vista sociológico-estructural, puede decirse que los ordenamientos se articulan a partir de reglas (principios y normas), instituciones y procedimientos.¹⁸

En virtud de lo anterior y respecto de las pretensiones de justicia, puede decirse, también en términos puramente descriptivos, que para ser consideradas jurídicamente relevantes y, por ende, susceptibles de la consideración y amparo del derecho, se requeriría entonces de las pretensiones de justicia que:

- a) en términos funcionales, por su trascendencia —social, política, ética, económica, cultural, etcétera—, debiesen ser de manera necesaria reconducidas por el derecho, entendiendo al ordenamiento jurídico como un medio subsidiario, reservado para casos particularmente significativos; y
- b) en términos estructurales, dichas pretensiones se encuentren —o al menos puedan encontrarse— contempladas en el entramado mismo del derecho, es decir, en sus mismas reglas, en virtud de su relevancia.

La justicia jurídica o justicia justiciable supone pues, en la acepción propuesta, tanto la consideración de la relevancia funcional de la pretensión de justicia, como su reconocimiento estructural —explícito o al menos

¹⁸ Un panorama general sobre el estructuralismo, el funcionalismo y el estructural-funcionalismo puede verse en Robles, Gregorio, *Sociología del derecho*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1997; Soriano, Ramón, *Sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, y Treves, Renato, *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, trad. de M. Atienza, M. J. Añón y J. A. Pérez Lledó, Barcelona, Ariel, 1998. Sobre su empleo en la configuración de la referida precomprensión del derecho, *cf.* Pampillo, *¿Qué es el derecho, cómo se estructura y cómo evoluciona...?*, *cit.* Sobre la concordancia entre estructura y relación, véase a Suñé Llinás, Emilio, *Teoría estructuralista del derecho*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2006. Respecto de la diferencia entre principios y normas como especies del género reglas, *cf.* Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2007; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teorías de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996; Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. de E. Valentí, Barcelona, Bosch, 1961; Sánchez de la Torre, Ángel, *Los principios clásicos del derecho*, Madrid, Unión Editorial, 1975; Valencia Restrepo, Hernán, *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*, 4a. ed., Medellín, Comlibros, 2007, y Vigo, Rodolfo L., “Una teoría distintiva fuerte entre normas jurídicas y principios jurídicos”, *Interpretación jurídica*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006.

potencial—, en el conjunto de sus reglas, instituciones y procedimientos, de manera que pueda traducirse en derechos exigibles y obligaciones estrictas.

3. *Las medidas de la justicia, su fundamento y evolución*

Habiendo dicho que el ordenamiento jurídico vertebra y reconduce, subsidiariamente, los diferentes ámbitos sociales —económico, político, cultural, etcétera—, cumpliendo con sus funciones a través de su estructura integrada por sus reglas, instituciones y procedimientos, conviene ahora observar lo siguiente.

En primer lugar, destacar —sumariamente— la diferencia entre las reglas, las instituciones y los procedimientos.

Las reglas son fórmulas que enuncian problemas (supuestos) y soluciones (consecuencias); las instituciones son conjuntos de reglas, agrupadas en razón de la homogeneidad de ciertos problemas sociales, mientras que los procedimientos son instituciones procesales que sirven para normar el debate jurídico, a través del cual se definen las reglas concretas para resolver un conflicto específico.¹⁹

¹⁹ *Cfr.* Pampillo Baliño, Juan Pablo, “¿Qué es el derecho, cómo se estructura y cómo evoluciona?”..., *cit.*, *passim*. Cabe apuntar que el género regla comprende —además de las propias reglas en sentido estricto—, a los principios y a las normas como especies. Y, a su vez, cada una de las anteriores especies cuenta con una extensa tipología. Véase entre otros a Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas del derecho. Teorías de los enunciados jurídicos...*, *cit.*, Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, *cit.*; Sánchez de la Torre, Ángel, *Los principios clásicos del derecho*, *cit.*; Valencia Restrepo, Hernán, *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*, *cit.*, y Vigo, Rodolfo L., “Una teoría distintiva fuerte entre normas jurídicas y principios jurídicos”, *cit.* Los principios jurídicos se caracterizan por ser directrices orientadoras abiertas, que definen finalidades que deben procurarse en la mayor medida de lo posible. Por eso los define R. Alexy como “mandatos de optimización”. Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, trad. de Manuel Atienza, México, Fontamara, 2002; *id.*, *Teoría de la argumentación jurídica*, *cit.* Véase también a Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013. Tales principios jurídicos pueden ser, por ejemplo —y entre otras posibles clasificaciones— ético-jurídicos (*v. gr.*, buena fe, igualdad, equidad), económico-jurídicos (*v. gr.*, eficiencia, competencia, utilidad), político-jurídicos (*v. gr.*, bien común, orden público, interés social), o jurídico-operacionales (*v. gr.*, economía procesal, reciprocidad, proporcionalidad), en tanto que establecen los fines a ser perseguidos por el orden jurídico. Por su parte, las reglas en sentido estricto son más bien determinaciones cerradas y binarias (supuesto-consecuencia), y pueden ser —con independencia de otras categorizaciones—, o bien reguladoras de conductas, sancionadoras, organizativas o reguladoras del propio orden jurídico —reglas de reglas—, definiendo los criterios de su validez, vigencia, aplicabilidad y determinación para el caso concreto. *Cfr.* Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas...*, *cit.*, y Valencia Restrepo, *Nomoárquica...*, *cit.*

Pues bien, dicha estructura —reglas, instituciones y procedimientos— configura y orienta funcionalmente a la sociedad, precisamente a través de ciertos parámetros de conducta. Tales parámetros, se traducen en mandatos, prohibiciones, regulaciones y permisiones, contenidos en reglas de conducta.

Reglas de conducta que a su vez se encuentran dirigidas a las personas, grupos, organizaciones y a la propia sociedad en su conjunto, delimitando el contenido preciso y la extensión de los derechos y obligaciones justiciables, mediante sus diversas instituciones y procedimientos.²⁰

Ahora bien, tales reglas y parámetros de conducta proceden a su vez de ciertas medidas objetivas, que el ordenamiento jurídico establece para ordenar y orientar la convivencia.

Dichas medidas objetivas de la convivencia son —como se expondrá en los siguientes capítulos—, precisamente medidas de justicia; es decir, referentes de igualdad, que partiendo del presupuesto de la igual dignidad y valor de todas las personas, buscan igualar sus relaciones y tratos.

Para establecer dichas medidas —como también se verá—, son necesarios distintos principios generales, como el de igual dignidad e imparcialidad respecto de las personas; o los de reciprocidad, equivalencia y proporcionalidad respecto de las cosas —bienes, derechos, cargas y obligaciones—, que los individuos, los grupos y la sociedad, se deben entre sí correlativamente.

Expuesto lo anterior surge naturalmente la cuestión fundamental —aunque ampliamente debatida y que por ello no puede obviarse—, referente al origen, justificación y fundamento de las anteriores medidas objetivas de justicia o medidas de igualdad y sus principios. ¿De dónde provienen, cómo se formulan y especifican?

En general, para los efectos preliminares del presente apartado, puede afirmarse que dependiendo de las diferentes concepciones filosóficas, culturales o históricas que se adopten, el origen y procedencia, que a su vez nos brinda la justificación o fundamento de dichas medidas y de sus principios, se ubica, principalmente en tres fuentes:

1. O en una determinación consensual (autonomía-contractualismo-iuspositivismos).

²⁰ Adicional a dichas reglas de conducta, se encuentran —según se expondrá— las normas sancionadoras (H. Kelsen), así como las reglas secundarias, del tipo de reconocimiento, cambio y adjudicación (H. Hart), además de los principios jurídicos (R. Dworkin y R. Alexy). Véase *supra* nota 19 e *infra* capítulo décimo.

2. O en la reflexión —prudencial o racional— a partir de la naturaleza (heteronomía-moral universal-iusnaturalismos), y
3. O en el análisis interdisciplinario de la realidad (ontonomía-iusintegracionismo).²¹

O sea que, según la postura iusfilosófica y en la realidad de cada ordenamiento —frecuentemente mediante una combinación de las tres— las medidas de igualdad en las que consiste el derecho son producto:

- a) del acuerdo (leyes y convenios positivos); y/o
- b) de la meditación —ética o jurídica, racional o prudencial— sobre el hombre y la sociedad (principios ético-jurídicos), y/o
- c) de la observación reflexiva sobre la totalidad de la realidad (principios derivados del examen de la realidad humana, comunitaria, económica política, ética, jurídica, formal, histórica, plural e intercultural).²²

Sólo resta mencionar en este apartado propedéutico, que en tanto que ordenamiento sociocultural dinámico, el derecho establece —como se dijo— un orden abierto al cambio.

Debe ser, según la conocida frase de R. Pound, “estable mas no estático”.²³

En tal virtud, puede afirmarse —retomando a Toynbee—, que su desenvolvimiento histórico, al igual que el de la justicia jurídica, responde a la lógica sociocultural del binomio problema-solución (*challenge & response*).²⁴

En otras palabras, los ordenamientos jurídicos y sus medidas de justicia evolucionan y se reconfiguran.

Y —siguiendo ahora a García-Gallo, aunque adaptando sus ideas a la pretensión de estas líneas—, puede decirse que el desarrollo de los ordenamientos jurídicos y sus medidas de justicia, sucede específicamente cuando:

²¹ Ontonomía, iusintegracionismo y teoría global del derecho, son expresiones que se han propuesto para afirmar la naturaleza experiencial —real—, compleja y pluridimensional— de lo jurídico, considerando sus diversos aspectos antropológicos, sociales, económicos, políticos, intrínsecos, formales-simbólicos, histórico-culturales y comparativos. Un primer planteamiento de dicha concepción puede verse en Pampillo Baliño, J. P., *Filosofía del derecho. Teoría global del derecho...*, cit.

²² *Idem.*

²³ “Law must be stable but it can not stand still”, Pound, Roscoe, *Interpretations of Legal History*, Nueva York, Cambridge University Press, 1923, p. 1.

²⁴ *Cfr.* Toynbee Arnold J., *A Study of History Abridgement*, Londres, Oxford University Press, 1946.

- a) aparecen nuevas pretensiones de justicia; o
- b) surgen nuevas valoraciones éticas —sociales, políticas, económicas, culturales, etcétera— que dan cabida a pretensiones de justicia anteriormente no consideradas, o
- c) se diseñan modificaciones técnicas que permiten una más adecuada reconducción de los conflictos sociales, protegiendo más eficazmente las diversas pretensiones de justicia.²⁵

Así pues y en apretada síntesis: la justicia jurídica o justicia justiciable, consiste en la aptitud de una pretensión para ser amparada por el ordenamiento jurídico, que en cumplimiento de sus funciones sociales subsidiarias, y en razón de su relevancia, la recoge en su estructura, ya sea actual y explícitamente o potencial e implícitamente, si conforme a sus principios —jurídicos, éticos, sociales, económicos, políticos, culturales, etcétera—, es posible que alguna instancia la adopte.

En el último caso, la estructura jurídica se enriquecerá con el establecimiento de una nueva regla, institución o procedimiento, concretándose así la evolución dinámica y recreativa del ordenamiento jurídico.

Finalmente —y a reserva de ahondar sobre el particular en su momento—, conviene reiterar que toda pretensión de justicia supone, además de derechos, obligaciones concretas que alguien —o algunos, o todos— debe asumir.

La sola postulación de derechos, sin la consideración de sus obligaciones correlativas, tiende a convertirlos en *piezas retóricas de un discurso vacío*.

Todo derecho requiere, para ser efectivo, la definición de sus obligaciones y cargas correlativas —personales, grupales y sociales—, así como el diseño y establecimiento de las instituciones y procedimientos que puedan reconocerlos y garantizarlos en concreto.

²⁵ En efecto, para Alfonso García Gallo las reglas y las instituciones jurídicas se han modificado históricamente por tres causas o razones fundamentales: *i)* por la aparición de nuevas situaciones de hecho; *ii)* por cambios en la valoración de dichas situaciones de hecho a partir de nuevas ideas políticas, religiosas, morales o económicas, o bien *iii)* por cambios puramente técnicos para hacer que las instituciones y los procedimientos sean más eficaces o eficientes. García-Gallo, Alfonso, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1972, t. I, pp. 2 y ss.

III. NUEVOS ÁMBITOS MATERIALES Y ESPACIALES DEL DERECHO

1. *Lo material privado y público, lo espacial vernáculo y compartido*

Nuevamente de manera preliminar —y a reserva de continuar puntualizando y profundizando—, conviene empezar diciendo que dentro de la cultura jurídica occidental el derecho se dividió tradicionalmente en cuatro ámbitos: dos materiales y dos espaciales.

Desde la antigüedad y prácticamente hasta el siglo XIX, la justicia y el derecho se delimitaron en los campos materiales de lo privado y de lo público, según se tratase —respectivamente—, de las relaciones entre particulares (regidas por la justicia conmutativa), o entre los individuos y la comunidad en su conjunto (encauzadas por las justicias distributiva y legal).²⁶

Por su parte, respecto de su ámbito espacial —aunque también con proyecciones personales—, las relaciones jurídicas se rigieron, al interior de las sociedades políticamente organizadas, por sus derechos propios o vernáculos; mientras que se organizaron, respecto de las relaciones trans-comunitarias conforme al derecho de gentes (*ius gentium*), como un derecho compartido, que después daría lugar al surgimiento del derecho internacional.

Derechos de gentes e internacional que a su vez replicarían las proyecciones materiales anteriormente referidas; es decir: lo público específicamente entre las diferentes sociedades —pueblos, *polis*, *civitas* o Estados— y lo privado entre sus respectivos sujetos.

Lo anterior más allá de que en algunos casos, a lo largo y ancho de la historia y la geografía occidentales —pero sobre todo durante la Edad Media—, los derechos propios de las sociedades organizadas coexistieron también con otros ordenamientos jurídicos al interior de las mismas, los cuales podrían denominarse intra-comunitarios.

2. *Lo social y lo intra-inter-trans-y-supra comunitario*

El panorama antes descrito —y relativamente sencillo—, comenzó a modificarse de modo sustancial a partir del siglo XIX.

En efecto, conviene recordar en primer lugar que diversos acontecimientos, entre los que destacan las revoluciones industriales, plantearon la

²⁶ Véase *infra* capítulo segundo.

nueva problemática de la cuestión social, dando lugar al surgimiento de un nuevo ámbito material jurídico: el derecho social.

Dicho derecho social, al igual que la justicia social, fue concebido —como se verá más adelante—, desde la nueva categoría de grupo, referida en un comienzo a los trabajadores, a los campesinos y a los indigentes, para extender paulatinamente su alcance a otros grupos vulnerables o minoritarios, cuyas características requerían de una particular tutela.²⁷

Igualmente, desde la segunda mitad del siglo XX, se ha venido consolidando un fenómeno —político, social y jurídico— ambivalente. Por un lado universalizante y centrífugo, identificado con la globalización; por el otro, particularista y centrípeto, caracterizado por los localismos.

Fenómeno intrincado y complejo, que U. Beck buscó describir a través del neologismo “glocalización” y M. McLuhan mediante la metáfora de la “aldea global”.²⁸

Lo cierto es que dicha glocalización se ha traducido en una nueva polarización política y un nuevo pluralismo jurídico, que van precisamente en dos direcciones.

Una global, que ha conducido a un extraordinario desarrollo de organismos internacionales y supranacionales, así como de entes transnacionales. Y otra local que se ha traducido en las autonomías —políticas y jurídicas— de varias comunidades intra-estatales.

Así, junto al Estado moderno y su derecho propio, han proliferado nuevas formas de organización política, nuevos derechos y nuevas justicias, con diversos alcances geográficos y personales. Además, el progreso del derecho internacional, derivado en parte del aspecto globalizador, ha propiciado una serie de profundas transformaciones.

Transformaciones que han conducido a que actualmente sea común referirse, junto al derecho internacional —o en su lugar—, a un derecho global, o común de la humanidad, o constitucional global o constitucional multinivel, que ha dado lugar al surgimiento del concepto de justicia global.²⁹

Así pues, más allá de la naturaleza artificial clasificatoria de los ámbitos jurídicos —cuya utilidad es puramente ordenadora—, hoy puede afirmar-

²⁷ Véase *infra* capítulo tercero.

²⁸ Véase *infra* capítulos cuarto y quinto. *Cfr.* Beck, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. de Bernardo Moreno y Ma. Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1998, y MacLuhan, Marshall, *La galaxia Gutenberg. Génesis del homo typographicus*, trad. de J. Novella, Barcelona, Círculo de Lectores, 1998. Un interesante análisis sobre la naturaleza multifactorial y relacional de la globalización, así como sus implicaciones, puede verse en Reder, Michael, *Globalización y filosofía*, trad. de V. Gómez, Barcelona, Herder, 2012.

²⁹ Véase *infra* capítulos cuarto y quinto.

se que junto a los tradicionales campos de los derechos privado, público e internacional, se han venido instalando, en lo material el derecho social, y en lo espacial los intraestatales, supranacionales, transnacionales y globales, con sus correspondientes relaciones de justicia.

3. *Relaciones, principios y fronteras atravesados*

Los anteriores ámbitos materiales del derecho (privado, público y social) y territoriales-personales (intra-estatal, estatal, internacional, transnacional, supranacional y global), a su vez se relacionan entre sí de manera cruzada.

Dicha relación cruzada obedece a que los ámbitos territoriales-personales reclaman, como parte de sus competencias, ciertos contenidos materiales, que pretenden ejercer, o bien de manera concurrente con los demás ámbitos espaciales, o bien de manera exclusiva.

La cuestión se complica un poco más cuando se considera que tanto los ámbitos materiales como los territoriales-personales responden a diferentes lógicas internas; es decir, a ciertos principios característicos y diferenciales.

Efectivamente, el derecho privado se distingue por la autonomía de la voluntad, tanto contractual como asociativa, con su predominio del principio dispositivo y su contraparte de la responsabilidad resarcitoria en materia de daños.³⁰

En el derecho público encontramos —entre otros principios y valores—, a la seguridad y al interés común, que se imponen a la libertad individual en nombre del orden social.

Por su parte, en el derecho social, se aprecian de manera especial, el reconocimiento y la redistribución, que también moderan y limitan la libertad en aras de la igualdad, contribuyendo además a redefinir el orden social y el interés público.³¹

Por otro lado, el derecho estatal se ha caracterizado por su territorialidad y nacionalidad, así como por la preponderancia de su imperatividad vertical y coactiva.

³⁰ Entre la amplísima bibliografía puede consultarse a Jaramillo Jaramillo, Carlos I., *Tratado de derecho privado*, t. I: *Historia del derecho privado*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2014.

³¹ Véase el siguiente estudio, donde se incluye bibliografía específica: Pampillo Baliño, Juan Pablo, “Los conceptos de orden público, bien común, interés público, interés social, utilidad pública, beneficio social e interés general. Aproximaciones teórico-prácticas”, *Revista Iuris Tantum*, núm. 25, México, Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac, 2014.

En contrapartida, en el derecho internacional destacan las obligaciones convencionales entre Estados soberanos, mismas que se han traducido: *i*) en acuerdos horizontales de diversa obligatoriedad, y *ii*) en la cooperación a través de foros, acciones conjuntas o mediante la creación de diversos organismos, de las que derivan desde obligaciones estrictas hasta aquellos deberes flexibles propios del llamado *soft-law*.

A su vez, también se encuentran algunos principios imperativos de *ius cogens*, que aunque se proyectan en general sobre los estados, cada vez más se traducen en derechos directamente exigibles por las personas, gracias al progresivo reconocimiento de un *ius standi* particular.³² En todo caso, el derecho internacional se caracteriza por sus obligaciones diferenciadas y su coactividad parcial y limitada.³³

Por su parte, los nuevos ordenamientos intra-estatales, transnacionales y supranacionales, acusan sus propios principios y valores. Respectivamente: *i*) la autonomía social, cultural y jurídica de las comunidades intraestatales; *ii*) la autorregulación y la autonomía de los entes transnacionales, y *iii*) la autonomía y la operatividad reforzada de los organismos supranacionales.

Asimismo, estos tres últimos ordenamientos se caracterizan por sus estrechas relaciones con los demás derechos, con los que tienden a establecer un diálogo, e incluso a entrelazarse, llegando inclusive a formar parte de los mismos.³⁴

Finalmente se encuentra el derecho global, todavía en proceso de formación, que parece estar configurando a partir del derecho internacional universal —tratados, organismos, sentencias y principios jurídicos—, así como desde el diálogo entre los derechos supranacional y transnacional.

Dicho ordenamiento parecería estar caracterizando por los principios de solidaridad y subsidiariedad en lo relativo a su ámbito personal de aplicación, que no siempre se ha restringido a los Estados y organismos, al-

³² Véase *infra* capítulo quinto. Entre las muchas obras sobre el particular, se citan sólo tres ampliamente conocidas, Shaw, Malcolm N., *Interational Law*, 6a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008; Herdegen, Matthias, *Derecho internacional público*, trad. de M. Anzola, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, y Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, trad. de Dotación Carnegie para la Paz Internacional, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.

³³ Con independencia de que para los efectos del presente subapartado basta con la anterior caracterización, una exposición más completa sobre los principios y valores del derecho internacional, a lo largo de su historia y hasta la actualidad, puede verse en el capítulo cuarto.

³⁴ Sobre el particular, con extensa bibliografía, puede consultarse Pampillo Baliño, Juan Pablo, *Nuevas Reflexiones sobre la integración jurídica latinoamericana*, Lima, Editorial Rimay, 2021. Disponible en: <https://eld.academia.edu/JuanPabloPampillojDLLMSJD>.

canzando también a las mismas personas, tanto individuales como sociales. E igualmente se nos presenta distinguiéndose por una limitada reserva de globalidad; es decir, por la regulación de muy pocas materias —como derechos humanos, seguridad internacional o protección del medio ambiente—, aunque encargándose también de la adecuada coordinación entre las demás instancias inter-trans-y-supra-nacionales.³⁵

El anterior panorama —que ya empieza a complicarse—, se nos presenta todavía más complejo cuando se advierte que la interacción de los valores y principios de los anteriores ámbitos ha venido entremezclándolos, dando lugar a importantes mutaciones en todos los ámbitos de los ordenamientos jurídicos, particularmente —como se dijo— a partir del siglo XIX.

Dicha interacción ha conducido además a difuminar las diferencias entre los referidos ámbitos, pues cada uno de ellos ha ejercido a su vez una significativa influencia sobre las demás.

Así, por ejemplo, en la actualidad el derecho privado —contractual o de la propiedad— se encuentra atravesado por disposiciones de orden público, por límites de interés social y por exigencias internacionales y globales sobre todo en materia de derechos humanos.

También existen ramas del derecho que recorren todos sus ámbitos, como sería el caso del derecho informático, con elementos públicos, privados, sociales, globales, internacionales y domésticos.³⁶

El punto a resaltar aquí, es que la irrupción de los derechos —y las justicias— social y global, junto con otros procesos políticos, económicos y jurídicos que se han desarrollado también durante los últimos doscientos años, han derivado en una extraordinaria palingenesia de los ordenamientos jurídicos, dando lugar tanto a confusiones como a hibridaciones de diferente tipo.

IV. CINCO TENDENCIAS JURÍDICAS ACTUALES

La irrupción de los anteriores nuevos ámbitos jurídicos —y de sus relaciones de justicia—, así como los procesos de interacción que los han venido trans-

³⁵ Véase a Domingo, Rafael, *¿Qué es el derecho global?*, 2a. ed., Pamplona, Thomson Aranzadi, 2008, así como las consideraciones que se hacen sobre sus propuestas en Pampillo Baliño, Juan Pablo, *Nuevas reflexiones sobre la integración jurídica latinoamericana*, cit.

³⁶ Cfr. Coronado Contreras, Laura, *La regulación global del ciberespacio*, México, Porrúa, 2017.

figurando a lo largo de los dos últimos siglos, pueden comprenderse mejor ubicándolos alrededor de cinco tendencias.

Su identificación y consideración resulta especialmente relevante, pues tales orientaciones son su vez contrastantes entre sí, por lo que de su adecuada correlación y equilibrio depende un correcto entendimiento y encauzamiento de la justicia jurídica, así como una adecuada reestructuración del derecho.

Por otro lado, debe reconocerse que dichas tendencias han estado siempre presentes a lo largo de la historia de la tradición jurídica occidental, así como en otras culturas. Sin embargo, la intensidad con la que se han presentado y correlacionado durante los dos últimos siglos, resulta inédita. Asimismo, cabe apuntar que tales orientaciones se fueron desarrollando de modo sucesivo y alternado, pero actualmente de manera coexistente, generando tanto confrontaciones como convergencias.

En todo caso, las tendencias a las que se hace referencia, producto tanto de sus correlativos fenómenos sociales como de sus mismas interpretaciones jurídicas son, en el orden de su reciente aparición, las siguientes:

1. La estatalización del derecho, en un inicio, y luego la posterior reconstitucionalización de los ordenamientos jurídicos nacionales.
2. La socialización del derecho privado y público.
3. La privatización del derecho público y social.
4. La internacionalización de los derechos nacionales, y
5. La constitucionalización del derecho internacional.

1. *La estatalización y reconstitucionalización del derecho*

Por lo que hace a la primera tendencia referida, puede decirse que en general deriva de la trayectoria ascendente del Estado moderno.

Su cenit jurídico se encuentra en la codificación general del derecho y la constitucionalización del derecho político, como acontecimientos que se extendieron y difundieron durante todo el siglo XIX, perdurando —más allá de descodificaciones y desconstitucionalizaciones parciales— hasta nuestros días.³⁷

³⁷ Un panorama general puede verse en Pampillo Baliño, Juan Pablo, *Historia general del derecho*, México, Oxford University Press, 2008, capítulos 9 y 11. Específicamente sobre la codificación, véase Caroni, Pio, *Lecciones de historia de la codificación*, edición española de A. Mora Cañada y M. Martínez Neira, Madrid, Universidad Carlos III, 2013; sobre la historia del constitucionalismo, véase Marquardt, Bernd, *Historia mundial del Estado*, t. IV: *El Estado de*

El anterior fenómeno se tradujo —al menos en cierto sentido— en una expropiación del derecho por el Estado, que se reservó el monopolio de su creación legislativa y aplicación administrativa y judicial.

En su culminación, llegó incluso a propiciar una identificación —particularmente explícita en H. Kelsen— entre el derecho del Estado (*Staatsrecht*) y el Estado de derecho (*Rechtsstaat*).³⁸

Dicho proceso tuvo su auge durante la época del “absolutismo jurídico” descrita por Paolo Grossi, y su declive paulatino a partir de la glocalización, presente —como se dijo— desde la segunda mitad del siglo XX.³⁹

Como resultado de dicho declive, los principios y valores del estatismo jurídico, fuertemente territorialistas, nacionalistas, verticales, imperativos y coactivos, fueron superados por las mismas realidades glociales, que contribuyeron a atemperarlos con nuevos derechos transfronterizos, desnacionalizados, horizontales y dúctiles, haciendo a su vez inviable su dogmática estatista-legalista.⁴⁰

Adicionalmente, los procesos económicos, políticos, sociales y culturales de la glocalización han venido redimensionando al Estado en los últimos setenta años —desde la segunda mitad del siglo XX, pero sobre todo hacia su último tercio—, sacando de su jurisdicción exclusiva gran cantidad de relaciones jurídicas.

De ahí que algunos hayan llegado al extremo de cuestionar su misma viabilidad, sin advertir su fundamental importancia, aun dentro del anterior contexto de su propia redefinición.⁴¹

la doble Revolución Ilustrada e Industrial (1776-2014), Bogotá, Ecoe y Universidad Nacional de Colombia, 2014, y Grimm, Dieter, *Constitutionalism. Past, Present, and Future*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

³⁸ Cfr. Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, 2a. ed., México. Editora Nacional, 1981, y Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de L. Legaz y Lacambra, México, Editora Nacional, 1979.

³⁹ Grossi, Paolo, *De la codificación a la globalización del derecho*, trad. de Rafael D. García P., Navarra, Thomson Aranzadi, 2010.

⁴⁰ Cfr. López-Ayllón, Sergio, *Globalización, Estado de derecho y seguridad jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004; Pampillo Baliño, Juan Pablo, *Nuevas reflexiones...*, cit., cap. II, y Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003.

⁴¹ Entre la amplia literatura sobre la crisis del Estado, su repliegue y redimensionamiento, se remite al lector interesado a las dos obras siguientes, que ofrecen una visión panorámica: Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, México, UNAM, 2002, y Sorensen, Georg, *La transformación del Estado. Más allá del mito de su repliegue*, trad. R. Cotarello, México, Tirant lo Blanch, 2011. Una visión sintética en Ayuso, Miguel, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Pero la anterior crisis del Estado —y del estatalismo jurídico—, que en lo positivo propició el repliegue de su presencia invasiva y templó el voluntarismo-coactivo de su derecho, tuvo por lo menos dos aspectos negativos, relacionados con otra de las referidas tendencias, cuya fuerza se hizo sentir especialmente hacia el último tercio del siglo XX.

Por un lado, algunos agentes económicos y financieros globales buscaron desde entonces —y hasta la fecha— aprovechar dicha crisis para susstraerse de toda autoridad y derecho, manipulando vacíos de poder y de regulación, así como la misma heterogeneidad normativa de los diferentes ordenamientos nacionales.

Por el otro lado, con su creciente influencia —tanto económica como política—, dichos actores pretendieron poner a competir a los Estados nacionales, obligándolos a mercantilizar su derecho, condicionando sus inversiones —productivas y financieras— al rebajamiento de los estándares laborales, ambientales y de salud, entre otros, a partir de su consideración como cargas y costos.⁴²

En ocasiones amparados bajo una interpretación ideológica e interesada del *rule of law*, dichos actores presionaron a los Estados hacia una carrera de privatizaciones y desregulaciones, imponiendo desde una lógica economicista, el rebajamiento de estándares sociales y un creciente deterioro del Estado de bienestar.⁴³

Los anteriores fenómenos han requerido desde entonces —y aún siguen exigiendo— del diseño de fórmulas jurídicas colaborativas —estatales, intergubernamentales y supranacionales— para que la actividad de dichos agentes sea sometida al imperio del derecho, limitando las ganancias que

⁴² Cfr. Galgano, Francesco, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 2005; Grossi, Paolo, *De la codificación a la globalización del derecho*, cit. Específicamente sobre el *race to the bottom* y el *dumping* social en el derecho comercial internacional, véase a Herdegen, Matthias, *Derecho económico internacional*, trad. de Katja Fach, Laura Carballo y Dieter Wolfram, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario y Konrad Adenauer Stiftung, 2012.

⁴³ En términos críticos puede verse a Mattei, Ugo y Nader, Laura, *Plunder. When the Rule of Law is Illegal*, Oxford, Blackwell, 2008. Destacando con mayor ponderación tanto los aspectos positivos como negativos de los anteriores fenómenos, en cuanto a sus orígenes, consecuencias y el marco jurídico vigente antes, durante y ahora, véase a Enríquez Rosas, José David, *Derecho internacional económico. Instituciones y críticas contemporáneas*, México, Porrúa, 2006; Fernández Rozas, José Carlos, *Sistema de derecho económico internacional*, Madrid, Civitas, 2010, y Herdegen, *Derecho económico internacional...*, cit. Específicamente sobre el deterioro del Estado de bienestar, véase a Pierson, Paul, *Dismantling the Welfare State? Reagan, Thatcher, and the Politics of Retrenchment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, y Svallfors, Stefan y Taylor-Gooby, Peter (eds.), *The End of the Welfare State? Responses to State Retrenchment*, Londres, Routledge, 1999.

excedan en justicia los deberes fiscales y sociales que les corresponden conforme a la justicia legal y global.

No obstante, el anterior reverso pernicioso de la crisis del Estado —que forma parte del fenómeno de la privatización del derecho—, fue contrapezado —aunque de manera aún insuficiente—, por las diversas tendencias de la constitucionalización del derecho internacional y de la re-constitucionalización de los ordenamientos nacionales, que se enfrentaron al mismo con éxito desigual.

En efecto, específicamente la re-constitucionalización de los ordenamientos nacionales fue producto de la expansión del constitucionalismo liberal, democrático, social, ambiental e internacional de derecho de la segunda mitad del siglo XX, que ha sido motivo de estudio y promoción por parte de la corriente de pensamiento neoconstitucionalista.⁴⁴

Y su efecto de irradiación —sobre todo en materia de derechos fundamentales— ha contribuido a limitar en el ámbito nacional los excesos de la mencionada orientación privatizadora, si bien todavía se encuentra pendiente la culminación de dicho encauzamiento.

2. La socialización del derecho

Respecto de esta segunda tendencia, cabe recordar que su advenimiento original se produjo a partir del último tercio del siglo XIX, encontrando sus momentos estelares en las revoluciones sociales del primer tercio del siglo XX y, sobre todo, en la consolidación del Estado social de derecho después de la segunda posguerra.⁴⁵

⁴⁴ Un panorama completo sobre el proceso histórico de desenvolvimiento del constitucionalismo actual puede verse en Marquardt, *Historia mundial del Estado...*, cit., y Grimm, *Constitutionalism...*, cit. Sobre el pensamiento neoconstitucionalista, véase a Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; Comanducci, Paolo, “El neoconstitucionalismo”, *Hacia una teoría analítica del derecho: ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010; Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. de A. Greppi, Madrid, Trotta, 2006; Ferrajoli, Luigi, Moreso, Juan José y Aienza, Manuel, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008; Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2a. ed., México, Fontamara, 1999; Vigo, Rodolfo L., *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2016, y Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995.

⁴⁵ Véase *infra* capítulo tercero. De modo ejemplificativo pueden citarse entre la abundante bibliografía las obras de Béjar, Héctor, *Justicia social, política social*, 4a. ed., Lima, Achebé Ediciones, 2011; Noguera, Albert y Guzmán, Adoración (dirs.), *Lecciones sobre Estado social y*

Dicha tendencia —a la que se hará una mayor referencia con posterioridad—, dio lugar al desarrollo de las diferentes teorías e instituciones de la justicia social y tuvo también una importante proyección en el ámbito internacional a partir de la segunda mitad del siglo XX.⁴⁶

No obstante, sigue pendiente, más allá de sus indudables avances en los ámbitos laboral, agrario, de la salud, educativo, etcétera, la plena realización de sus ideales de justicia global, particularmente en materia de pobreza y de desigualdad.

3. *La privatización del derecho*

En sentido contrario al anterior proceso de socialización del derecho, y aprovechando —como se dijo—, tanto el declive de la estatalización del derecho, como el fin del positivo ciclo económico expansivo, que se proyectó desde la segunda posguerra y hasta el último tercio del siglo XX, tenemos a la diversa tendencia denominada privatización del derecho público y social.

Dicha orientación se produjo desde posturas liberales no igualitarias, originadas desde la década de los ochenta, siendo impulsada por el dogmatismo de un libre comercio indiscriminado y después por una auténtica ideología neoliberal.⁴⁷

En su aspecto positivo, dicha orientación promovió el comercio, el financiamiento, las comunicaciones y las tecnologías globales, dando lugar al desarrollo de un derecho transnacional de los negocios —*lex mercatoria*— y a la proliferación de los medios alternos de solución de controversias.⁴⁸

Igualmente, planteó la importancia del derecho para incentivar la actividad económica, ponderando a su vez las ventajas de adoptar diversos criterios económicos (eficiencia, costo-beneficio, etcétera) en el estudio y configuración de los ordenamientos jurídicos.⁴⁹

derechos sociales, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014; Salort, Salvador y Muñoz, Ramiro (eds.), *El Estado del bienestar en la encrucijada*, Valencia, MG Monografías y Universidad de Alicante, 2007, y Sotelo, Ignacio, *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid, Trotta, 2010. Véase también a Farge Collazos, Carlos, “El Estado de bienestar”, *Enfoques XLIX*, 1-2 (2007), disponible en: www.dialnet.unirioja.es. También, aunque limitado a Europa, véase Sykes, Robert, Palier, Bruno y Prior, Pauline M., *Globalization and European Welfare States. Challenges and Change*, Nueva York, Palgrave, 2001.

⁴⁶ Véase *infra* capítulos tercero y quinto respectivamente.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ En general pueden verse las obras de Enríquez Rosas, Fernández Rozas y Herdegen anteriormente citadas.

⁴⁹ Tales son —más allá de sus críticos— las principales aportaciones del análisis económico del derecho. Sobre el mismo pueden verse las obras de Cooter, Robert y Ulen, Thomas,

Sin embargo, dicha orientación presionó hacia la desregulación de la actividad económica y financiera, así como a la privatización de ciertos bienes anteriormente considerados públicos, dando lugar a un capitalismo salvaje que ha derivado en crisis económicas recurrentes, además de una creciente desigualdad, deteriorando también el importantísimo legado del Estado social de derecho.⁵⁰

Ante la impotencia de los Estados para regular sus flujos comerciales y financieros, crecientemente desterritorializados y la ausencia de instancias internacionales capaces de establecer bases de colaboración homogéneas, dichos agentes económicos se aprovecharon del vacío normativo y político, así como de las asimetrías de la regulación estatal —fiscal, corporativa, laboral o económica—, marcadamente heterogénea en diversas latitudes, para imponer sus intereses.⁵¹

Y aunque en nuestros días se advierte una re-socialización del derecho, tanto a nivel estatal como internacional —además de la mencionada re-constitucionalización de los ordenamientos nacionales y la constitucionalización del internacional—, dicho fenómeno privatizador continúa presente, constituyendo una fuente de desigualdades.

Peor aún, todo parece indicar que lo seguirá siendo, sobre todo si se consideran las previsibles consecuencias de la pandemia de COVID-19, que pudieran presionar para mitigar las pérdidas económicas, con la consecuente tentación de precarizar beneficios sociales, lo que a su vez podría dar lugar a las potenciales reacciones de quienes verían amenazadas y deterioradas sus condiciones de vida.

4. *La internacionalización del derecho estatal*

Respecto de esta cuarta tendencia, puede decirse en una primera aproximación que responde a la experiencia de la circulación y recepción, cada vez más intensa, de un creciente *corpus iuris* internacional, formado por nu-

Derecho y economía, trad. de E. L. Suárez, México, Fondo de Cultura Económica, 2002; Cossío Díaz, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008; Granado, Juan Javier del, *Oeconomia iuris*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010; Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, 8a. ed., Nueva York, Aspen Publisher, 2011, y Roemer, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica, 1998.

⁵⁰ Véase *infra* capítulos tercero, cuarto y quinto.

⁵¹ Véase por todos a Botero, Santiago, *Empresas transnacionales y derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2019.

merosos tratados, resoluciones y sentencias, tanto internacionales como supranacionales y arbitrales.

Dicho *corpus* —verdaderamente ingente en términos tanto cuantitativos como cualitativos—, ha venido a nutrir los ordenamientos jurídicos estatales en múltiples aspectos.

Desde los derechos humanos hasta el derecho del medioambiente, pasando por la propiedad intelectual, el patrimonio cultural de la humanidad, el comercio internacional, los recursos naturales, la contratación pública y privada, el transporte, la educación, la normalización, las comunicaciones, la energía, los servicios financieros y un muy largo etcétera.⁵²

La anterior internacionalización —como la misma globalización— no es desde luego un fenómeno inédito en la historia.

Pueden encontrarse —como se expondrá— significativos precedentes históricos que además explican la amplia difusión de la tradición jurídica occidental, actualmente dominante en el contexto global.⁵³

La referida difusión jurídica permite explicar —a contrapelo del estatismo jurídico decimonónico—, la confección de múltiples teorías generales —del derecho, del Estado, de las obligaciones, del delito, del proceso, etcétera—, así como el propio desarrollo de la ciencia del derecho comparado entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX.⁵⁴

Asimismo, nos da cuenta de la extensa circulación de los códigos modelos —constitucionales, civiles, mercantiles, penales y procesales—, así como de los múltiples injertos llevados a cabo dentro de las familias jurídicas del *civil law* y del *common law* e inclusive más allá de las mismas, conformando las familias jurídicas mixtas.⁵⁵

⁵² Entre la vasta literatura, véase las obras previamente citadas de Armstrong, Herdengen, Shaw y Sorensen.

⁵³ Véase *infra* capítulos cuarto y quinto. En general sobre los antecedentes del fenómeno globalizador actual, véase a Reder, *Globalización y filosofía...*, *cit.*, pp. 8 y ss. Una visión panorámica sobre la tradición jurídica occidental puede verse en Pampillo Baliño, Juan Pablo, *Historia general del derecho...*, *cit.*

⁵⁴ *Cf.* López-Medina, Diego, “El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina”, *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 26, Bogotá, 2015, pp. 143-145.

⁵⁵ Un panorama esquemático sobre las diferentes familias jurídicas activas en nuestro tiempo, puede verse en González Martín, Nuria, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Nostra, 2010. Específicamente sobre las familias mixtas, véase a Menski, Werner, *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, 2a. ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2006.

5. *La constitucionalización del derecho internacional*

En paralelo a la anterior internacionalización de los derechos domésticos, se ha venido produciendo la última de las referidas tendencias: la constitucionalización del derecho internacional, que supone una influencia —teórica y práctica— del constitucionalismo nacionalista sobre el derecho internacional contemporáneo.⁵⁶

Dicho influjo puede observarse de modo especialmente destacado en la configuración institucional de la Unión Europea, aunque también en el proceso de creación y reforma de otros organismos internacionales, como las Naciones Unidas o la Organización Mundial del Comercio, entre otras.

Tal orientación ha propiciado el traslado y la utilización de las categorías, conceptos e instituciones del derecho constitucional, así como del propio pensamiento, principios y valores del constitucionalismo, para el diseño de una arquitectura institucional internacional —o supranacional—, que ha venido planteando especialmente:

- a) el postulado de la división —o colaboración— de funciones;
- b) el reconocimiento y sujeción de los organismos a los derechos fundamentales, y
- c) la búsqueda de la legitimación ciudadana en la conformación y gestión de sus estructuras, superando su tradicional déficit democrático.

Como parte del anterior fenómeno, se han venido desarrollando diversas interpretaciones y propuestas, que van desde el constitucionalismo global hasta el constitucionalismo multinivel o pluralismo constitucional.⁵⁷

⁵⁶ Capaldo, Griselda, Sieckmann, Jan y Clérico, Laura (dirs.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

⁵⁷ Véase *infra* capítulo quinto. Sobre las teorías y las ideologías en el derecho internacional contemporáneo, puede verse el estudio de Clément, Zlata Drnas de, *Los paradigmas ideológicos y la concepción del derecho internacional*, Córdoba, Advocatus, 2020. Sobre el constitucionalismo global, puede verse a Peters, Anne, “The Merits of Global Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, núm. 2, Indiana, 2009, y a Brito Melgarejo, Rodrigo, *Constitucionalismo global*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho 2005. Sobre el constitucionalismo multinivel, *cf.* Pernice, Ingolf, *La dimensión global del constitucionalismo multinivel. Una respuesta legal a los desafíos de la globalización*, Documento de Trabajo, núm. 61, Madrid, Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo, 2012, y Gómez Sánchez, Yolanda, *Constitucionalismo multinivel*, Madrid, Sanz y Torres, 2015.

V. BOSQUEJANDO UNA ORDENACIÓN DE LA COMPLEJIDAD

1. *Necesidad de una jurisprudencia integradora*

Expuestos de manera sucinta, los ámbitos materiales y territoriales-personales del derecho y la justicia actual —diferentes aunque entrecruzados en su realidad práctica—, así como las principales tendencias que los influyen de modo contrastante, conviene, aún sin ser el objeto de este trabajo, adelantar algunos criterios de interpretación que ayuden a su comprensión coherente y unitaria así como a su articulación operativa.

Para ello, se seguirán algunas indicaciones que en otras oportunidades se han expuesto más detalladamente, respecto de los perfiles de una jurisprudencia integradora —humanista, social, interdisciplinaria, intercultural y multinivel—, de la cual apenas se mencionarán aquí algunos rasgos salientes para fundamentar las interpretaciones que se proponen.⁵⁸

Dicha jurisprudencia integral, en tanto que jurisprudencia, busca analizar los problemas jurídicos en sus tres niveles epistémicos: filosófico-histórico (*sapientia iuris*), científico (*scientia iuris*) y práctico (*ars iuris* y *ethica iuris*).⁵⁹

E igualmente, como jurisprudencia, desea emprender su quehacer en dos dimensiones diferentes: la explicativa (cuyo objeto es el derecho positivo y vigente, exponiéndolo como es, en términos de *lege data* o de *iure condito*) y la dogmática (cuyo objeto es el derecho que debiera ser, ofreciendo alternativas de *lege ferenda* o de *iure condendo*).

En tanto que integral, humanista e interdisciplinaria, dicha jurisprudencia busca comprender al derecho desde diversas perspectivas, particularmente desde la antropológica, social, económica, política, formal-simbólica e histórica. En cuanto intercultural y multinivel, quiere entenderlo a partir del pluralismo, en términos culturales, históricos y comparativos.

⁵⁸ Originalmente en Pampillo Baliño, Juan Pablo, *Filosofía del derecho. Teoría global del derecho...*, cit.

⁵⁹ El nivel práctico tiene pues dos vertientes, una primera, que supone cierta destreza y habilidad, configurándose como un saber hacer, complementario del saber sapiencial y científico. Pero también otra segunda, referida más bien a la misma lógica de la acción (pues así como la lógica es la ética del pensamiento, la ética es la lógica de la acción), para asegurar su adecuación a sus respectivos bienes y fines. La *ethica iuris* procura además que el jurista como profesional —*pro fides*—, sea confiable, en virtud de su “saber ser” que debe ser recto y honesto para alcanzar —al igual que la misma jurisprudencia— la *auctoritas*, o reconocimiento social. De ahí que el humanista Jacobo Cujacio, definiera a la jurisprudencia como *virtus seu sapientia*.

2. *La atemperación recíproca de intereses, principios y valores*

Desde las anteriores perspectivas y de manera sintética, se señalan apenas algunas de las pautas —filosóficas, científicas y prácticas— para conciliar las anteriores tendencias y estructurar los referidos ámbitos.

Pero debe insistirse en su carácter meramente aproximativo, pues dicha tarea excede con mucho los propósitos del presente trabajo, para los que basta con su sola enunciación a efecto de contextualizar el desenvolvimiento histórico y estado actual de las principales teorías e instituciones de la justicia.

En primer lugar cabe repetir que aunque las cinco tendencias mencionadas (estatalización-constitucionalización socialización, privatización, internacionalización de lo doméstico y constitucionalización de lo internacional), parecerían a primera vista —y de hecho fueron postuladas— como contradictorias y casi excluyentes, lo cierto es que resultan profundamente complementarias, siempre y cuando se les considere de manera conjunta y recíprocamente atemperada.

En dicho sentido pueden reconocerse —como se adelantó— los excesos de la estatalización del derecho derivados del legalismo decimonónico, que requerían de una necesaria mitigación.

Máxime cuando a los mismos se sumaron algunas pretensiones de socialización, que fueron asumidas por el propio Estado, derivando en la cooptación mediante la corporativización de diversos grupos que acabaron siendo en realidad estatalizados. Piénsese tan solo en los excesos del fascismo, del comunismo o del populismo latinoamericano del segundo tercio del siglo XX.

Dicha moderación se presentó a través de la privatización del derecho, que en sus aspectos más atendibles fue una legítima reivindicación de la autonomía de ciertas instituciones que habían sido engullidas por un Estado omni-regulador, coartando su necesaria libertad.

La misma aversión liberal-ilustrada hacia los cuerpos intermedios del *ancien régime*, suscitó en su momento un resurgimiento asociacionista —tanto privado como social—, siendo indudablemente plausible el que diversas asociaciones y sociedades privadas reclamaran mayores espacios de libertad, cuya consecuente responsabilidad bien puede darse mediante una autorregulación parcial, más allá de la importancia de su eventual cooperación como cuarto sector asistencial a la economía.

Igualmente resultaba adecuado que, dada la naturaleza burguesa del estatismo legalista, la nueva problemática suscitada por la revolución in-

dustrial impulsará la socialización del derecho, exigiendo el reconocimiento y protección de ciertos grupos, que requerían de especial tutela e instituciones particulares.

Pero de la misma manera, las mencionadas tendencias hacia el corporativismo y el colectivismo incurrieron en sus propios excesos, amenazando con desplazar otros derechos e instituciones propios del liberalismo, como la propiedad privada y la democracia representativa.

Tales desproporciones requerían ser templadas, dando lugar a una equilibrada redefinición de las instituciones.

Así, la propiedad privada puede ser reconocida, pero sujetándola a los límites y modalidades que exige su función social. E igualmente, la democracia representativa puede preservarse, aunque con el complemento de los instrumentos de participación popular directa, la protección de los derechos de las minorías y las acciones afirmativas, entre otros.

Eventualmente el proceso de constitucionalización de los ordenamientos ha buscado, desde las premisas de un neoconstitucionalismo democrático, liberal, social internacional y medioambiental, armonizar los anteriores extremos. Pero tampoco se encuentra exento de derivas —neoliberales, populistas o nacionalistas—, frente a las que debe permanecer en guardia.

Por su parte, la internacionalización de los derechos domésticos, aunque ha permitido la extensión de la democracia sustantiva y un amplio reconocimiento de los derechos humanos, ha servido también en ocasiones para la imposición de modelos neocolonialistas perjudiciales.

La internacionalización, más allá del indudable beneficio que supone el establecimiento de derechos, obligaciones, instituciones y estándares comunes, supone pues dos amenazas fundamentales.

La primera, consiste en la seducción de los máximos, que olvida la razón de ser de cada nivel social o comunidad —familia, asociaciones, pueblos, Estado—, cuya mayor cercanía a las personas, los hace más competentes y menos burocráticos para lograr objetivos comunes.

Los estándares compartidos deben ser más bien mínimos subsidiarios, respecto de los máximos que a cada comunidad inferior —desde una óptica vertical— le corresponde alcanzar.

La segunda amenaza tiene que ver con el respeto y la promoción de las identidades y diferencias de las distintas civilizaciones, naciones y pueblos en el contexto del multiculturalismo, como un rasgo de la rica diversidad de la humanidad, a los que se opone cualquier intento de homogeneización universalista.

Respecto de la constitucionalización del derecho internacional, conviene tener presente el peligro que supondría cierto constitucionalismo global que propugna por la creación de un macro-Estado único, o por la consolidación de extensos Estados-continenciales o regionales.

Tales propuestas podrían ver convertidas sus ilusiones utópicas en peligrosas distopías por la eventual concentración de poder que supondrían.

En tal sentido, parece más prudente y realista la opción del multiconstitucionalismo o constitucionalismo multinivel, que reconoce la existencia actual de varias Constituciones —algunas completas, otras fragmentadas—, promoviendo la colaboración y el diálogo entre las mismas.

Una pluralidad de organismos internacionales y supranacionales, con diferentes competencias materiales y alcances territoriales y personales, parece asegurar mucho mejor una gobernanza sin gobiernos únicos a través del derecho y la justicia.

Pero sin caer tampoco en el fragmentarismo pulverizante de una gobernanza imposible; se requiere pues —como se expondrá en su momento— de un derecho global común que defina, desde la reserva de globalidad, ciertas reglas obligatorias, así como los medios idóneos para la resolución de las controversias que su aplicación suscite. Asimismo, se requiere de una instancia global que pueda coordinar los esfuerzos comunes de todos los agentes globales.

Lo cierto es que las soluciones concretas que vayan permitiendo reestructurar los mencionados ámbitos jurídicos —y sus reglas, procedimientos e instituciones— a partir de la atemperación recíproca entre las referidas tendencias, deben partir de la identificación y diferenciación entre los intereses —bienes, derechos, obligaciones y cargas— en juego, así como de los principios y valores que les corresponden.

En efecto, deben especificarse en primer lugar los intereses contrapuestos, es decir, los individuales, los de grupo y los sociales en sus diferentes vertientes nacionales, internacionales y globales o de la humanidad entera.

Igualmente, deben particularizarse los principios y valores en pugna.

A riesgo de ser repetitivo, se hace referencia a la libertad del derecho privado, el orden del derecho público, la igualdad del derecho social, los vínculos territoriales y personales del derecho estatal e intra-estatal así como su imperatividad coactiva y la naturaleza desterritorializada, desnacionalizada y dúctil de los derechos internacional, transnacional, supranacional y común de la humanidad.

Más detalladamente —y de nueva cuenta disculpando la reiteración—, se trata de la libertad —negocial y asociativa—, la responsabilidad, la au-

tonomía y la propiedad característicos del derecho privado y de la justicia conmutativa. Del interés —o bien— común, la seguridad, el orden, el gobierno, la democracia, la justicia, la protección de los derechos y la rendición de cuentas, propios —como se expondrá— de la justicia distributiva. Y del respeto al orden, la contribución a los gastos comunes y el acatamiento de las sanciones, característicos de la justicia legal —a la que nos referiremos en el siguiente capítulo—, que vertebran y recorren al derecho público. Respecto del derecho social, se encuentra la promoción de la igualdad a través del reconocimiento social, la participación política y la redistribución económica.

Ahora bien, dichos principios, antes de ser ponderados en concreto, deben a su vez acomodarse según las exigencias de los principios comunes de solidaridad, subsidiariedad y proporcionalidad.

Y según los mismos, primero es la persona, luego el grupo, después la sociedad y, en el mismo orden, las relaciones entre comunidades intra-estatales, estados y organismos internacionales y supranacionales.

Finalmente, identificada la prevalencia relativa del principio correspondiente, en razón de la solidaridad y subsidiariedad, podrán seguirse en el caso concreto las distintas fórmulas en materia de ponderación de principios; desde las de la dialéctica romana hasta la del peso de R. Alexy, aplicándolas en busca de su optimización y atemperación recíproca.⁶⁰

⁶⁰ Un panorama histórico de los diversos métodos puede verse en Pampillo Baliño, Juan Pablo, *Historia general del derecho...*, cit. Para el método romano, *cf.* Guzmán Brito, Alejandro, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, 2a. ed., México, SCJN, 2011. Sobre el método de Alexy, véase Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, trad. de Manuel Atienza, México, Fontamara, 2002; Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Lima, Palestra, 2007, y Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013. En relación con la ponderación de los principios generales de la justicia, previa su determinación a través de instituciones jurídicas de generalidad intermedia y su especificación en los casos concretos, véase *infra* el capítulo décimo, apartado I.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TEORÍA CLÁSICA DE LA JUSTICIA

I. SU CONFIGURACIÓN FILOSÓFICA

1. *Preliminar*

En el presente capítulo se intentará presentar, de manera panorámica aunque sumamente escueta, el proceso de formación y el contenido esencial de la teoría clásica de la justicia.⁶¹

⁶¹ Sobre el referido proceso, desde el desarrollo de las ideas griegas sobre el derecho, su recepción por la jurisprudencia romana y su ulterior cristianización e influencia dentro del pensamiento filosófico jurídico occidental, de entre la inabarcable literatura disponible, pueden verse en general con provecho —más allá de las posteriores referencias que se harán en específico— las obras de Carpintero Benítez, Francisco, *Historia del derecho natural: un ensayo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999; Fassò, Guido, *Historia de la filosofía del derecho*, trad. de J. F. Lorca Navarrete, 3a. ed., Madrid, Ediciones Pirámide, 1966, t. I, pp. 17 y ss.; Golding, Martin P. y Edmundson, William A. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishing, 2006; Graneris, Giuseppe, *La filosofía del derecho a través de su historia y de sus problemas*, trad. de J. W. Benavente, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pp. 23 y ss.; Guzmán Brito, Alejandro, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, 2a. ed., México, SCJN, 2011; Hervada, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural*, 2a. ed., Pamplona, Eunsa 1991; Langbein, John H., Lettow, Renée y Smith, Bruce P., *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institutions*, Nueva York, Aspen Publishers-Wolters Kluwer, 2009; Pampillo Baliño, Juan Pablo, *Historia general de derecho*, México, Oxford University Press, 2008; Patterson, Dennis (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2a. ed., Oxford, Wiley-Blackwell, 2010; Puy, Francisco, *Teoría científica del derecho natural*, 4a. ed., México, Porrúa, 2006; Rodríguez Paniagua, José María, *Historia del pensamiento jurídico*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1993, t. I, pp. 13 y ss.; Truyol y Serra, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*, Madrid, Revista de Occidente, 1975; Vallet de Goytisolo, Juan B., *Metodología de la determinación del derecho*, t. 1, Parte Histórica, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces y el Consejo General del Notariado, 1994, y Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, trad. de M. de la Cueva, 2a. ed., México, UNAM, 1982.

Para ello, cabe observar previamente que dentro de la tradición occidental la teoría clásica de la justicia —sus conceptos, fundamentos y tipología—, hunde sus raíces en la reflexión griega como su principal nutriente.

Posteriormente, dicha idea filosófica fue retomada y reelaborada por el derecho. Primero por la jurisprudencia romana y luego por los juristas bajo-medievales del *ius commune* o derecho común europeo, fuertemente influidos por el *ethos* cristiano y el derecho canónico.

De esa manera, tanto en la familia del derecho común continental —*civil law*—, como en la del *common law* anglófono, se fueron imbricando, paulatinamente, las reflexiones filosóficas con las instituciones jurídicas, siendo estudiadas y enriquecidas a la vez por legistas, canonistas, teólogos y, en general, por los diferentes cultores de la *philosophia practica* medieval y temprano-moderna.

La plena vigencia —o aceptación generalizada— de la teoría clásica, se proyectó hasta el siglo XVII, en que tuvo su último momento de esplendor con la Escuela de Salamanca.

A partir de entonces, la consolidación de la cosmovisión moderna, dio lugar a que fuera objeto de diversas críticas y sucesivos desplazamientos por nuevas ideas que fueron imponiéndose paulatinamente.

En efecto, con motivo del advenimiento de la Modernidad y en especial desde los albores de su etapa contemporánea, hacia finales del siglo XVIII, la teoría clásica de la justicia ha tenido una vigencia más bien parcial.

Desde entonces, ha venido alternando con otras teorías de la justicia, estando pendiente todavía su articulación con las mismas, que permitiría recuperar su extraordinaria riqueza, más allá de su necesidad de actualizarse respecto de las nuevas exigencias de nuestro tiempo.

De hecho, uno de los propósitos de la presente obra es contribuir a dicha articulación y actualización, a través de una teoría integradora de la justicia jurídica.⁶²

⁶² Previamente al presente libro, he adelantado algunas de sus propuestas en los siguientes esbozos: Pampillo Baliño, Juan Pablo, “Justicia social y justicia global. Apuntes para su delimitación conceptual”, en Armenta Ariza, Angélica y Duque, Catalina (coords.), *Derechos constitucionales: una mirada desde los derechos fundamentales y los derechos económicos sociales y culturales*, Bogotá, Ibáñez, 2022, y Pampillo Baliño, Juan Pablo, “Una introducción a la justicia social global”, en Pampillo Baliño, Juan Pablo y Botero Gómez, Santiago, *Justicia social global. Perspectivas, reflexiones y propuestas desde Iberoamérica*, México, Tirant lo Blanch, 2022.

2. Su carácter ético-social en sus orígenes griegos

El surgimiento y maduración filosófica de la idea de la justicia se produjo en la Grecia antigua, a partir de una serie de aproximaciones que iniciaron en el ámbito literario de lo mitológico, depurándose luego a través de la meditación filosófica, que llevaron a cabo diversas escuelas y corrientes de pensamiento.⁶³

Para los limitados efectos del presente capítulo, bastará con recordar por lo menos cuatro concepciones especialmente influyentes, que se han proyectado históricamente hasta nuestros días:

1. La mitológica-metafórica de Hesiodo.
2. La antropológica, ética y social de Platón.
3. La jurídica de Aristóteles, y
4. La legalista de los estoicos.

En todas ellas puede advertirse la indisoluble vinculación de la justicia con la ética, tanto individual como específicamente social en el ámbito de la *polys*.

De ahí que P. Ricoeur se haya referido —como se adelantó— a la “estructuración dialéctica” de la justicia, “entre lo bueno y lo legal”.⁶⁴

Dicha estructuración dialéctica —más bien, como se sugirió, pluriléctica—, habrá de acompañar a la justicia desde entonces y hasta nuestros días, más allá de la necesaria distinción —que no separación tajante, ni mucho menos incomunicación— a la que nos hemos referido, entre lo sociocultural general —incluida su dimensión ética—, y lo específicamente jurídico, caracterizado por su obligatoriedad exigible y justiciable.

Por lo que respecta en primer lugar a Hesiodo, sus principales ideas sobre el derecho y la justicia, desarrolladas hacia el siglo VII a. C., se encuentran esbozadas en su *Teogonía*, donde describiendo a las diversas divinidades

⁶³ Una exposición más completa sobre dicho itinerario de maduración y sus posteriores repercusiones en el pensamiento jurídico occidental puede verse en Pampillo Baliño, Juan Pablo, “La filosofía jurídica griega: clave para la reflexión iusfilosófica contemporánea”, en Betanzos, Eber O. y Narváez, José R., coords. del volumen: *Filosofía del derecho*, en Pampillo, Baliño, Juan Pablo y Munive, Manuel A. (coords.), *Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje al Primer Centenario de la Escuela Libre de Derecho*, 43 vols., México, Escuela Libre de Derecho-Porrúa, 2012. Una versión previa se publicó en “La actualidad de la filosofía jurídica griega”, *Filosofía Jurídica y Política de la Nueva Ilustración*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho-Universidad Complutense de Madrid, Universidad Nacional de Tucumán y otras, 2009.

⁶⁴ *Cfr.* Ricoeur, “Le juste entre le légal et le bon”..., *cit.*, pp. 37 y ss.

del panteón griego, personifica al derecho representándolo a través de la diosa Dike.⁶⁵

Dicha deidad nos es presentada como hija de Themis (la justicia) y Zeus (el gobierno), e igualmente como hermana de sus dos colaboradoras: Eunomia (el buen orden) y Eirene (la paz).

Pero además, observa Hesiodo que la realización del derecho y la justicia —que requiere, interpretando su relato, del poder, la paz y el buen orden social, económico y político—, se encuentra permanentemente amenazada y enfrentada, de manera agónica, por otras tres divinidades opositoras: Eris (la pendencia), Bía (la fuerza), e Hybris (la codicia o desmesura).

Evidentemente y más allá de su revestimiento mitológico-metafórico, puede apreciarse que la anterior aproximación de Hesiodo ya plantea prácticamente todas las aristas sociales, económicas, políticas y jurídicas de la reflexión sobre la justicia.

Ahora bien, por lo que respecta a Platón, debe señalarse que su reflexión sobre la justicia es netamente antropológica, política y, por lo mismo, eminentemente ética, siguiendo en ello a su maestro Sócrates.⁶⁶

En efecto, Platón considera que los diferentes “elementos del alma humana” y respectivamente las diversas “partes de la sociedad”, requieren de una virtud (*areté*) o excelencia específica para realizarse.

Así es como expone su teoría sobre las cuatro virtudes cardinales: la *andria* o fortaleza (para estimular las potencias activas del alma, así como para los guerreros); la *sofrosyne* o templanza (para dominar las pasiones concupiscentes y moderar el comercio y la riqueza); y la *phrónesis* o prudencia (para iluminar a la razón humana así como el gobierno de la *polys*).

Además y como una especie de “virtud general” tendiente a ordenar, a poner en su lugar y armonizar los diferentes elementos del alma humana y de la propia comunidad, el fundador de la Academia plantea la especial necesidad de la *dikayusine* o justicia.

⁶⁵ Hesiodo, *Teogonía. Los trabajos y los días. El escudo de Heracles*, 7a. ed., México, Porrúa, 1990, p. 16. Véase también Garibay, Ángel María, *Mitología griega. Dioses y héroes*, 16a. ed., México, Porrúa, 1999. El relato de Hesiodo parte, desde luego, de escritos anteriores, singularmente de los poemas homéricos donde ya se encuentran presentes tanto Themis y Dike como, por supuesto, Zeus.

⁶⁶ El pensamiento ético de la escuela ática debe entenderse en el contexto de la cultura griega. Para ello véase a Jaeger, Werner, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, trad. de J. Xirau y W. Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 2000. De Platón véase especialmente sus diálogos “Protágoras” y “Gorgias”; la versión que consultamos fue la de sus *Diálogos*, 21a. ed., versión de F. Larroyo, México, Porrúa, 1989.

Así pues, a partir de Platón la justicia será concebida primeramente como una virtud general, arraigándose la reflexión sobre la misma en el ámbito de la ética general y, posteriormente, en el de la ética social, tanto económica como política.

Como puede apreciarse, la importancia ética de la justicia en la concepción clásica, es originaria y primordial.

Y, más específicamente, su relevancia moral es considerada eminentemente social, hasta el punto de constituirse en el cimiento mismo de la *paideia*, como “educación ética y cívica en la virtud”, para alcanzar en comunidad la “vida buena”.⁶⁷

Vida buena que tiende naturalmente, en la mentalidad griega, a contribuir a la felicidad (*eudaimonia*), como el mismo fin de toda vida lograda. Realización personal que únicamente puede alcanzarse —desde dicha perspectiva—, a través del ejercicio de la virtud, a cuya consecución se ordena también la sociedad política, promoviendo precisamente la virtud pública.⁶⁸

De hecho, en su concepción más acabada —expuesta por Aristóteles—, el derecho, la justicia y las leyes, son considerados instrumentos fundamentales para la “educación sobre el bien común” (*paideia pros to koinon*), tendientes a la *eudaimonia*, entendida como la felicidad derivada de la plena realización, sea de la colectividad o del individuo.⁶⁹

La anterior noción ética —también antropológica, política, económica y educativa— de la justicia, habría de sellar la impronta moral, tanto de la *polys* griega como después de la *civitas* romana y, posteriormente, de la *respublica christianorum*.

Y es que sin la justicia general, resultan imposibles el gobierno, el buen orden y la paz, que acompañan y afianzan —como observara Hesiodo— a la justicia jurídica, en su permanente combate contra la fuerza, la desmesura y la pendencia.

⁶⁷ De nuevo conviene remitir a Jaeger, *Paideia...*, *cit.* Sobre la ética personal y política de la escuela ática, en lo particular en Sócrates y en Platón, puede verse también a González, Juliana, *Ética y libertad*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 57 y ss., así como 71 y ss., respectivamente.

⁶⁸ *Cfr.* Lorca Martín de Villodres, María Isabel, “Sobre la felicidad. Estudio filosófico-jurídico y de derecho comparado”, *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Alas Peruanas*, núm. 20, año 15, Lima, Universidad Alas Peruanas, 2017. Disponible en: <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1437>.

⁶⁹ *Cfr.* Clusa Capell, Josep, *Aristóteles: justicia y eudaimonia*, Barcelona, tesis doctoral, Universidad de Barcelona, Departamento de Filosofía, 2015.

Así, en lo económico, la justicia debía atemperar el conflicto social (*stá-sis*) derivado del enfrentamiento entre ricos y pobres, estableciendo a través de las leyes, el justo medio entre las desigualdades.

Por su parte, en lo político, su función era ante todo evitar que las formas puras de gobierno (monarquía, aristocracia y democracia), degenerasen en la tiranía, la olocracia o la demagogia. De ahí que la reflexión sobre la justicia política se ocupase también del diseño jurídico de una organización constitucional (*patrios politeía*), de carácter mixto (Aristóteles y Polibio), que atemperase el conflicto entre clases y la eventual prevalencia de sus intereses en cuanto al gobierno.⁷⁰

La anterior noción ético-social —con sus respectivas implicaciones políticas y económicas— tuvo una significativa proyección en lo jurídico, que desde entonces ha estado referido a ellas como parte de la condición pluri-léctica de la justicia.

No obstante y a pesar de la anterior importancia de la ética y de la ética-social desde los albores de la reflexión sobre la justicia, conviene hacer tres precisiones:

En *primer lugar*, que la moral pagana de los griegos y después de los romanos, tuvo serias limitaciones, en un contexto marcado por la violencia, la crueldad y la discriminación de las guerras, el esclavismo, la misoginia y la eugenesia, entre otras muchas cegueras morales características de su época.

En *segundo lugar*, que incluso respecto de aquellos principios y valores éticos que reconocieron y postularon sus filósofos y juristas, no existía tampoco —como en muchos aspectos nos falta todavía hoy— un acuerdo pacífico sobre la totalidad su contenido y alcance práctico.⁷¹

⁷⁰ Véase la sugerente, aunque esquemática, exposición que ofrece sobre el particular Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. de M. Martínez, Madrid, Trotta, 2007, pp. 15 y ss. En la misma línea, la obra precursora de Howard McIlwain, Charles, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, Nueva York, Cornell University Press, Ithaca, 1947, pp. 23 y ss.

⁷¹ Debe reconocerse que a diferencia la reflexión contemporánea, la filosofía griega y la jurisprudencia romana —así como posteriormente la especulación, tanto general como jurídica medievales— tenían mucho mejor disciplinada su lógica, formal y material, a través de la dialéctica y la retórica. En efecto, notablemente, el pensamiento moderno y contemporáneo sobre la justicia relegó —e incluso abandonó— hasta reciente fecha, la importancia de la lógica material, de la dialéctica y la retórica como reguladoras del debate público y la deliberación ética y jurídica en la discusión sobre la justicia. Ello nos explica el que varias de las teorías contemporáneas sobre la justicia resulten —desde su excesivo racionalismo— imprácticas por su elevada abstracción. Algunas porque sus principios resultan demasiado generales para orientar soluciones concretas (como la teoría rawlsiana). Otras —peor aún— porque pretendieron desde su logicismo formal sujetar al derecho y la justicia a una serie

Finalmente, la *tercera precisión* consiste en destacar que la reflexión filosófica sobre la idea de la justicia entre los griegos, inspiró ciertamente algunas leyes, pero no terminó de traducirse en su ordenamiento jurídico de justicia ni en el establecimiento de una sociedad verdaderamente justa.⁷²

3. *Las aportaciones de Aristóteles*

Dentro del pensamiento griego, las contribuciones fundamentales a la meditación sobre la justicia —específicamente sobre la justicia jurídica— fueron desarrolladas por Aristóteles hacia el siglo IV a. C.⁷³

Entre las mismas —además de su vinculación como virtud personal y social con el bien común y la felicidad—, se halla en primer lugar su relevante distinción entre la justicia ética general y una específica justicia jurídica.

Igualmente, se encuentra el bosquejo de un principio de la diferenciación entre el ámbito subjetivo y ético de la justicia y el objetivo y jurídico del derecho.

Adicionalmente, destaca su importante caracterización del derecho como conjunto de medidas de igualdad, a partir de la cual delinea las clases tradicionales de la justicia: conmutativa, distributiva y legal.

Por último, plantea la ubicación de los lugares de donde pueden extraerse dichas medidas, destacando finalmente que las mismas deben siempre atemperarse en concreto mediante la equidad (*epiqueya*).

de deducciones que dejan de lado circunstancias personales y concretas que caracterizan la convivencia social (como fue el caso del iusnaturalismo racionalista).

⁷² Su adopción y posterior encarnación en la jurisprudencia occidental fue más bien —como se verá— el resultado de un proceso histórico multiseccular que pasó por el derecho romano y la configuración universitaria del derecho común europeo medieval bajo la influencia del cristianismo y de su derecho canónico. Sin embargo, aun cuando hoy y tras las conquistas —y retrocesos— de la Modernidad, la justicia sea una idea firmemente arraigada tanto en la reflexión filosófica como en la jurídica, y nuestras sociedades han mejorado significativamente, todavía nos falta mucho para su completa realización.

⁷³ Entre la vasta literatura sobre el pensamiento del filósofo, puede verse a Jaeger, Werner, *Aristóteles. Bases para la historia de su desarrollo intelectual*, trad. de J. Gaos, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, así como a Höffe, Otfried, *Aristotle*, trad. de Ch. Salazar, Nueva York, Nueva York State University Press, 2005; por lo que hace a su reflexión en torno a la justicia, véase a García Máynez, Eduardo, *Doctrina aristotélica de la justicia*, México, UNAM, 1973.

A. Justicia y derecho: la concepción dike-céntrica

En el Libro V de su *Ética* a Nicómaco, Aristóteles observa de entrada, que además de la justicia general como sinónimo de moralidad, existe también una justicia especial —social o política— cuyo objeto es el derecho.⁷⁴

Para el filósofo, la justicia (*dikayusine*) es una virtud que, como tal, supone la reiteración de ciertas conductas y la posesión de un hábito bueno en razón de su objeto.

Y el objeto de la *dikayusine* como acción justa, es para Aristóteles precisamente el derecho, que entre los griegos, lo mismo que entre los romanos, fue designado con una expresión característica, con un neutro sustantivado: *tò dikaion* y *ius*, respectivamente, que significan a su vez, literalmente, lo justo.

Así pues, la justicia o *dikayusine*, desde dicha concepción, es el hábito del derecho como *tò dikaion*, o la virtud de lo justo.

Dicha virtud ética implica tanto el respeto del derecho objetivo (ordenamiento jurídico), como la satisfacción del derecho subjetivo (cumplimiento de la obligación), o dar a cada quien lo suyo, o su derecho.

En dicho sentido, la célebre definición del jurista romano Ulpiano, que caracteriza a la justicia como “la constante y perpetua voluntad de dar a quien lo suyo” —al igual que la de Tomás de Aquino—, es en realidad una paráfrasis del pensamiento de Aristóteles.⁷⁵

Por ello, se decía que la justicia consistía en un estar en el derecho (*ius-stare = iustitia*) y que el derecho (*ius*), constituía el objeto de la justicia (*ius es obiectum iustitiae*).

Expuesto lo anterior, el Estagirita continúa su exposición reflexionando a partir de entonces sobre el derecho.

Así, observa que el *tò dikaion*, lo justo, o el derecho, consiste ante todo en una relación y en un orden. Más específicamente, en una relación u orden conforme a una cierta medida (*mesón*). Y, más precisamente aún, que el derecho es una relación ordenada conforme a una medida de igualdad (*isón*).

Ahora bien, dicha medida o canon de igualdad —prosiguiendo con su explicación—, aunque usualmente se constituya como una igualdad aritmética o estricta (*synallágmata*), frecuentemente se nos presenta también

⁷⁴ En términos generales, se siguen y recomiendan las traducciones del Libro V de la *Ética nicomaquea*, de Aristóteles, en las versiones de Ángel Sánchez de la Torre, *Textos y estudios sobre derecho natural*, 2a. ed., Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 1985, y complementariamente Aristóteles, *Ética nicomaquea* y *Política*, versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, México, Porrúa, 1992.

⁷⁵ *Digesto* 1,1,10 y *Summa Theologica* I-II, q. 90

como una medida de igualdad geométrica (*analogón*) o proporcionalmente desigual.⁷⁶

Es decir, que la medida de igualdad de lo justo varía, según se regulen los tratos y el intercambio entre iguales, o la repartición de bienes, funciones y cargas entre desiguales.

B. *Los tipos clásicos de la justicia*

A partir de la anterior distinción entre las medidas de igualdad —estrictas y proporcionales—, Aristóteles observa que las mismas se proyectan a su vez a las distintas relaciones que pueden darse entre las personas y la sociedad.

Así, en los intercambios particulares —u horizontales— entre iguales, la medida de lo justo conmutativo —como base del derecho privado— se caracteriza por ser, en principio, estrictamente igualitaria entre las cosas que las partes se dan y se deben.

De tal modo, lo justo conmutativo —también denominado cambiario o correctivo—, se configura en principio a través de igualdades estrictas, que a su vez pueden ser: de identidad (como cuando se restituye la cosa confiada en depósito), de equivalencia (como en las compraventas), o de reparación (como cuando debe resarcirse un daño).⁷⁷

Ahora bien, la otra medida de igualdad no estricta, la de lo justo geométrico, es una medida de igualdad de proporción, cuya atención recae especialmente sobre las personas.

⁷⁶ Así lo expone Aristóteles en el Libro V de su *Ética a Nicómaco*, en el apartado 3 (*EN*, V, 3): “Y puesto que lo igual es un término medio, lo justo será también un término medio. Lo igual requiere, por lo menos, dos cosas... En cuanto término medio, lo será de unos extremos... en cuanto igual, requerirá dos términos... en efecto, aquellos para quienes es justo tienen que ser dos, y aquello en que se expresa lo justo, las cosas, dos también”. Por su parte: “La proporción es una igualdad de razones y requiere, por lo menos, cuatro términos... pues la división se hace de la misma manera para las personas y con relación a las cosas... Este es precisamente el emparejamiento que realiza la distribución, y si la disposición es ésta, el emparejamiento es justo... Los matemáticos llaman geométrica a una proporción de esta clase”. Sánchez de la Torre, *Textos y estudios...*, *cit.*, pp. 29 y 30.

⁷⁷ *Cfr.* Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro V, apartado 4. Asimismo, observa en el apartado 5: “Pero es preciso que se igualen, y por eso todas las cosas que se intercambian deben ser comparables de alguna manera. Esto viene a hacerlo la moneda, que en cierto modo es algo intermedio porque todo lo mide”. Sánchez de la Torre, *Textos y estudios...*, *cit.*, p. 32.

Dicha medida exige “trato igual a los iguales” y “proporcionalmente desigual a los desiguales”.⁷⁸ De esta manera, se trata diferenciadamente a las personas en sus relaciones horizontales, en proporción a sus respectivas desigualdades, que derivan de su diferente condición, de su distinta función, o de otros criterios.

Enseguida, cabe señalar que las anteriores medidas —estrictas y analógicas— aplican también, en lo vertical, es decir, en lo que Aristóteles llama lo justo distributivo y que comprende también lo posteriormente denominado justo legal.

Es decir, frente a la justicia horizontal o conmutativa, se encuentra otra especie de justicia política, más bien vertical, que define la medida de las relaciones entre el conjunto de la sociedad y sus miembros, configurando propiamente el derecho público.

Así, mediante lo denominado justo legal, la comunidad reclama de sus miembros lo que le deben, tanto de manera estricta como proporcional.

Ello se traduce primeramente en la obligación de contribuir para sufragar los gastos comunes a través de los impuestos.

Pero también, en el deber de respetar su autoridad y orden jurídico, de cuyo incumplimiento se derivan —también de manera aritmética o geométrica— las sanciones y las penas, mismas que posteriormente darán lugar —en algunos autores— a la consideración de un nuevo subtipo de justicia: la retributiva o vindicativa.

Por su parte, a través de lo justo distributivo, la sociedad está obligada —de modo igualmente estricto o proporcional—, a procurar la seguridad, gobierno y orden jurídico, así como diversos servicios y obras públicas de beneficio colectivo. En definitiva, lo justo distributivo es la medida del reparto del bien común⁷⁹

C. *Los fundamentos de la justicia*

Por lo que respecta al origen y fundamento de las anteriores medidas de igualdad, según Aristóteles el mismo puede encontrarse: *i*) o bien en la de-

⁷⁸ Sobre este fundamental aspecto, que se traduce en el reconocimiento de la igual dignidad de todas las personas, sin demérito de la consideración de sus desigualdades circunstanciales, Santo Tomás de Aquino desarrolla la cuestión 63 de su *Tratado sobre la justicia* respecto de la “acepción de personas”, verdadero antecedente tanto del principio de igualdad como del de no discriminación. *Summa Theologica*, II-II, q. 63.

⁷⁹ Cfr. Englard, Izhak, *Corrective and Distributive Justice. From Aristotle to Modern Times*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 180 y 185.

terminación convencional (derecho legal, humano o positivo), *ii*) o bien en la naturaleza de las cosas (derecho natural), concebidos entre ambos como las dos fuentes complementarias de todo ordenamiento jurídico.⁸⁰

D. *La epiqueya*

Respecto del pensamiento del Estagirita, cabe recordar que reconoce que las medidas de igualdad establecidas por las leyes deben ser generales por naturaleza, de donde se sigue que puedan resultar inadecuadas en ciertos casos, por lo que en dicho supuesto deben ser corregidas, adaptadas o moderadas en los mismos.

Para tales efectos, presenta a la *epiqueya* —que los romanos y luego los canonistas habrían de reformular como *aequitas*— entendiéndola como lo justo en concreto, según las particularidades propias de las circunstancias y las personas.⁸¹

4. *La concepción nomocéntrica de los estoicos*

Más allá de otras concepciones de la justicia que fueron desarrolladas por varios filósofos griegos —desde las cósmicas de Tales, Anaxímenes y Anaximandro, las metafísicas de Héraclito y Parménides, las matemáticas

⁸⁰ En el famoso pasaje de *Ética a Nicómaco*, Libro V, apartado 7, el filósofo establece que la justicia “se divide en natural y legal; natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza, independientemente de lo que parezca o no, y legal la de aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de otra manera, pero una vez establecido ya no da lo mismo. Para nosotros hay una justicia natural y, sin embargo, toda justicia es variable”. Sánchez de la Torre, *Textos y estudios...*, *cit.*, p. 32. La importancia del anterior pasaje se aprecia en su recepción y reelaboración por el pensamiento antiguo y medieval, dando lugar al desarrollo de la doctrina clásica del derecho natural. Sobre el particular, véase García Huidobro, Joaquín, *La recepción de la doctrina aristotélica de lo justo natural y lo justo legal en los comentaristas medievales de la Ética a Nicómaco*, México, Porrúa y UNAM, 2017. Específicamente sobre la mediación del averroísmo, *cf.* Suñé Llinás, Emilio, *Averroes / Ibn Rushd. Senda de Occidente. Esperanza del Islam*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2007.

⁸¹ Sobre el particular, Aristóteles hace la siguiente digresión en *Ética a Nicómaco*, Libro V, apartado 10: “Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo es justo, pero no en el sentido de la ley, sino como una rectificación de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal, y hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal... Y no por eso es menos recta, porque el yerro no está en la ley, ni en el legislador; sino en la naturaleza de la cosa, puesto que tal es, desde luego, la índole de las cosas prácticas... Por eso lo equitativo es justo y mejor que una clase de justicia; no que la justicia absoluta, pero sí que el error producido por su carácter absoluto”. Sánchez de la Torre, *Textos y estudios...*, *cit.*, pp. 40 y 41.

de Pitágoras, o las biológicas y relativistas de Gorgias y Protágoras—, merecen una especial atención, junto a las aportaciones de Aristóteles, las contribuciones a la teoría de la justicia desarrolladas por los estoicos.⁸²

Su trascendencia devino, al menos en parte, de la circunstancia histórica de que la escuela de los estoicos fue el puente a través del cual, la jurisprudencia romana —y por su mediación la tradición jurídica occidental— recibió las aportaciones de la filosofía griega.⁸³

Entre los diversos planteamientos de dicha escuela, basta con destacar aquí tres cuestiones especialmente relevantes para la teoría de la justicia.

La primera, que sólo se menciona —pues será objeto de posteriores referencias—, fue el cosmopolitismo, como nota distintiva de la antropología, la ética y la política de los filósofos de El Pórtico, que extendió la justicia más allá de los confines de la *polys* y la cultura helénica.

La segunda fue su caracterización más bien legalista (*nomocéntrica*) del derecho, misma que resultaba contrastante respecto de la concepción eminentemente jurídicista (*dikecéntrica*) propuesta por Aristóteles.⁸⁴

En efecto, los estoicos plantearon una teoría jerárquica de las leyes (divina, natural y humana), como razones (*logos*) y normas (*nomos*) ordenadoras del universo, de la humanidad y de la propia ciudad.

El tercer aspecto sobresaliente de su pensamiento, que repercutió sobre la teoría de la justicia y del derecho, se encuentra en su concepto de razón seminal (*logos spermatikos*).

De acuerdo con el mismo, la razón y el orden divinos, expresados en la ley divina (*logos-nomos theios*) y en la ley natural, física y humana (*logos-nomos physis*), habrían impreso su peculiar sello en cada persona.

De ahí su afirmación de que el conocimiento de la naturaleza —condicionante de la justicia y el derecho—, no se adquiere en términos realistas y objetivos mediante la observación y la reflexión, como había propuesto el Filósofo. Más bien —pensaban— se alcanza —en su lugar, o al menos paralelamente—, a través de una introspección subjetiva o meditación.

Por eso mismo, a partir de la influencia estoica, M. T. Cicerón se referiría al “derecho natural” como “la ley escrita en los corazones”; versión pagana cuya correspondencia en la doctrina cristiana se encuentra basada

⁸² Cfr. Pampillo, “La filosofía jurídica griega: clave para la reflexión iusfilosófica contemporánea”, *cit.*, *passim*.

⁸³ Sobre la influencia del estoicismo en el pensamiento jurídico occidental, pueden verse las obras generales de Fassò, *Historia...*, *cit.*, pp. 79 y ss.; Hervada, *Historia...*, *cit.*, pp. 62 y ss., y Verdross, *La filosofía...*, *cit.*, pp. 77 y ss.

⁸⁴ Cfr. Pampillo, “La filosofía jurídica griega...”, *cit.*

en la *Sagrada Escritura* (Rm. 2:15), habiendo sido explicitada por Agustín de Hipona, también bajo la influencia estoica.

El anterior planteamiento estoico supuso un obstáculo —al menos una limitación y también un contrapunto— al realismo objetivista característico del pensamiento jurídico medieval. Y, quizás por ello, pueda constituir —de nuevo— un puente, entre el individualismo-subjetivista-criticista de la modernidad y el objetivismo-reicentrista de la teoría clásica de la justicia.

En cualquier caso, lo cierto es que el pensamiento estoico fue un factor clave en el origen de una concepción iusnaturalista —legalista y subjetivista— de la justicia y del derecho, contrastante y alternativa respecto de la aristotélica: la moderna-racionalista-legalista.

5. *Las aportaciones del cristianismo y la síntesis tomasiana*

Más allá de la insoslayable importancia del cristianismo en la formación de la cultura de Occidente, su específica influencia en el ámbito del pensamiento y la configuración práctica de la justicia en su tradición social y jurídica ha sido preeminente.

Dentro de su continuo y largo influjo, pueden destacarse dos momentos especialmente relevantes en la historia de sus contribuciones al derecho.

El primero cuando a partir del siglo IV, con motivo del fin de las persecuciones, sus principios éticos empezaron a cobrar una creciente aceptación al interior del Imperio Romano y, posteriormente, fueron asumidos por los pueblos germánicos que ocuparon su lugar, hasta llegar a la identificación de la Europa medieval con la Cristiandad. El segundo, cuando tras la reforma gregoriana y su proyección en el ámbito del derecho canónico, la jurisprudencia eclesiástica desarrolló algunos de sus principios —como la equidad— y de sus instituciones —como la lesión— más característicos, promoviendo su recepción por la jurisprudencia civil universitaria.⁸⁵

Dentro del anterior contexto general, puede decirse que el pensamiento griego sobre la justicia fue cristianizado primeramente hacia el siglo IV, por Agustín de Hipona, en quien preponderó la concepción estoica, dando lugar a su teoría de las leyes (divina, eterna, natural y humana).

Sin embargo, fue a partir de su recepción y reelaboración por Tomás de Aquino, hacia el siglo XIII, que quedaron definidas, de manera acabada y completa, las bases de la teoría clásica de la justicia.

⁸⁵ Cfr. Pampillo, *Historia general del derecho...*, *cit.*, *passim*.

Para ello, desde su método escolástico, procuró conjuntar e integrar armónicamente la concepción dikecéntrica de Aristóteles con la nomocéntrica de los estoicos, reflexionando además desde las mismas sobre el derecho romano y el *ius commune* medieval.

Su mérito indiscutible —como en su momento el de Aristóteles y posteriormente el de la Escuela de Salamanca—, fue que a pesar de su vocación y formación teológica, supo informarse sobre las reglas, instituciones y procedimientos jurídicos, citando en sus obras a algunos de los más destacados juristas.

Igualmente, *more scholastico*, supo considerar también —como auténtica enciclopedia del saber de su época— las más diversas perspectivas de otros muchos filósofos, sopesando sus razonamientos y sometiénolos a la crítica racional, tanto de la lógica formal como de la dialéctica material, bien que siempre ajustándolos a la revelación cristiana.

Fue así como en su *Summa Theologica*, el Doctor Común estableció los fundamentos del iusnaturalismo clásico y su teoría de la justicia: a partir de la reflexión conjunta sobre las leyes (visión nomocéntrica) y el derecho (visión dikecéntrica), concertándolas por medio de la prudencia, como el instrumento de la razón práctica que permite considerar tanto los principios generales (*syndéresis*) de las primeras como las circunstancias concretas (*circumspectio*) del segundo.⁸⁶

La justicia y el derecho serían así el resultado de la intersección entre los principios generales de la *lex* y su *a-jus*-tamiento o determinación los diversos casos y a las diferentes personas, cuyas particularidades son siempre distintas en cada tiempo y lugar.

En efecto, tanto la ética como el derecho se nutren de los “principios”; la “ley natural” como de la “naturaleza de las cosas” (*ex ipsa natura rei*); sin embargo, sus “formulaciones” y “determinaciones”, son definidas mediante las “leyes humanas” (*ex dicto sive ex communi placito*), a través de la “prudencia” (*synesis*).⁸⁷

Asimismo, las mismas “normas” contenidas por las “leyes humanas” requieren adaptarse, también prudencialmente, a los casos concretos. Y, para tales efectos, la “prudencia” como “recta razón” de “lo práctico”, delibera entre los “principios”, las “normas” y los “casos” (*gnome*).

⁸⁶ En efecto, el iusnaturalismo clásico y su teoría de la justicia se basan en los tres referidos tratados tomistas contenidos en la *Summa Theologica*: el *Tratado de las leyes* (I-II, q. 90-97), el *Tratado de la justicia* (II-II, q. 57-60) y el *Tratado de la prudencia* (II-II, q. 47-56).

⁸⁷ *Summa Theologica*, II-II, q. 57.

A partir de las anteriores bases tomistas, proseguiría aún el desarrollo de las versiones más acabadas de la teoría clásica del derecho y la justicia, debidas a los teólogos-juristas españoles de la Escuela de Salamanca, destacando las contribuciones de F. de Vitoria, D. de Soto, F. Suárez y L. de Molina, entre otros.⁸⁸

6. *La evolución posterior*

Con la Escuela de Salamanca, entre los siglos XVI y XVII, la teoría clásica de la justicia llegó a su culminación con motivo de las polémicas indianas; pero igualmente inició su declive motivado por diversas circunstancias, entre las que destacan —como se apuntó— las implicaciones de la nueva cosmovisión moderna.

A partir del siglo XVII, el iusnaturalismo racionalista empezó a privilegiar la teoría de las leyes (estoica) sobre la de la justicia y el derecho (aristotélica-tomasiana), relegando a su vez a la prudencia, que fue sustituida por el logicismo racionalista, dando así inicio al itinerario legalista, racionalista y voluntarista característico de la evolución iusfilosófica de la Modernidad.

Tratando de sumarizar el proceso histórico anteriormente expuesto, puede decirse que a partir del pensamiento griego, su influencia sobre el derecho romano, su adopción parcial por el cristianismo, su aprovechamiento por la teología y su recepción por la jurisprudencia medieval, se fue desarrollando la teoría clásica de la justicia.

Su configuración filosófica más acabada partió de la síntesis tomista entre la concepción dikécéntrica de Aristóteles y la nomocéntrica de los estoicos, sobre la cual profundizaron y extendieron sus contenidos, tanto los juristas bajomedievales del *ius commune*, cuanto los teólogos juristas españoles.⁸⁹

Sin embargo, dicha teoría de la justicia, resultado del equilibrio —a través de la prudencia— entre el derecho (*tò dikaión*, *ius*, soluciones justas a los casos concretos) y la ley (*nomos*, *lex*, principios generales), fue pronto relegada y posteriormente sustituida, por una concepción más restringida, exclusivamente legalista.

⁸⁸ Cfr. Carro, Venancio, *La teología y los teólogos juristas españoles ante la conquista de América*, 2 vols., Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1944.

⁸⁹ Véase Pampillo, *Historia general del derecho...*, *cit.*, *passim*.

Dicha concepción legalista daría lugar, primeramente, al iusnaturalismo moderno racionalista —distinto y distante del iusnaturalismo clásico— y luego al iuspositivismo voluntarista y formalista.

Y dicho iuspositivismo voluntarista y formalista terminó por reducir a la justicia jurídica, o bien a un sentimiento irracional, o bien a un respeto formal acrítico al derecho estatal, generando el vacío material, que han buscado colmar las modernas teorías de la justicia, mediante la postulación de derechos naturales subjetivos, oponibles al derecho objetivo positivado.⁹⁰

Finalmente, únicamente resta apuntar que la teoría clásica de la justicia, especialmente por lo que hace a la justicia distributiva, se complementó con la teoría clásica del bien común, a la que se hará una referencia particular más adelante.

II. SU REELABORACIÓN JURÍDICA

1. *Preámbulo*

La concepción filosófica griega de la ética social, el derecho, la justicia, las leyes y la equidad, fue adoptada —como se expuso— por la jurisprudencia romana y posteriormente recibida tanto por el *ius commune* europeo como por el *common law*.

Fue por entonces, hacia la baja Edad Media, cuando se definieron los perfiles de la teoría clásica de la justicia, que mantuvo su plena vigencia hasta bien entrada la Modernidad.

Su principal virtud consistió en haberse estructurado de manera dialéctica, entre lo social general y lo específicamente jurídico, así como entre lo teórico y lo práctico, mediante las sucesivas aportaciones de filósofos y juristas que fueron contrastando sus reflexiones con la realidad.

De ese modo, sus principios fueron adquiriendo una progresiva densidad y estabilidad, mientras que sus aplicaciones permanecieron abiertas a las necesarias adaptaciones de cada comunidad, a través de los recursos lógico-materiales de la dialéctica.

Así fue traduciéndose, mediante continuas determinaciones, en una serie de reglas, instituciones y procedimientos jurídicos, que iban perfeccio-

⁹⁰ Cfr. Carpintero, *Historia del derecho natural...*, cit.; Hervada, *Historia de la ciencia del derecho natural...*, cit.; Pampillo, *Historia general del derecho...*, cit., y Puy, *Teoría científica del derecho natural...*, cit.

nándose a través de la actividad cotidiana de juristas y jueces, conformando el patrimonio común de la tradición jurídica occidental.

Sin embargo —como también se dijo—, hacia el siglo XVII la teoría clásica comenzó a decaer, principalmente en los campos de la filosofía social y jurídica, debiendo alternar en los mismos con otras concepciones jurídicas y políticas que fueron relegándola de manera paulatina.⁹¹

A pesar de ello, muchos de sus rasgos se preservaron implícitamente al interior de las propias instituciones jurídicas y del estudio de la jurisprudencia, aunque perdieron parte de su fuerza conceptual en razón de su disconformidad —y falta de integración— con las referidas concepciones modernas y contemporáneas.

2. *El proceso de juridificación de la idea de justicia*

La teoría clásica se configuró a través de un largo proceso de encarnación de la idea filosófica de la justicia en el derecho occidental; mediante el mismo, las reflexiones griegas, latinas y cristianas, fueron objeto de múltiples adiciones, matices, adecuaciones y perfeccionamientos jurídicos.⁹²

⁹¹ Sobre dicho itinerario, además de las obras generales de historia del derecho occidental citadas, puede verse a Gómez Robledo, Antonio, *Meditación sobre la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963. Véase también a Englard, Izhak, *Corrective and Distributive Justice. From Aristotle to Modern Times*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.

⁹² Sobre la recepción del pensamiento griego por la jurisprudencia romana y su posterior adopción por la tradición jurídica occidental, así como respecto de su propia evolución, que se expone a continuación a muy grandes trazos, pueden verse de manera general y panorámica las siguientes obras previamente citadas: Fassò, *Historia de la filosofía del derecho...*, cit., Langbein, Lettow y Smith, *History of the Common Law...*, cit.; Pampillo Baliño, *Historia general de derecho...*, cit.; Rodríguez Paniagua, *Historia del pensamiento jurídico...*, cit.; Truyol y Serra, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado...*, cit.; Vallet de Goytisolo, *Metodología de la determinación del derecho...*, cit., y Verdross, *La filosofía del derecho del mundo occidental...*, cit. También pueden verse con igual provecho para los mismos efectos panorámicos y generales, entre otras, las obras de Bernal, Beatriz, *Historia del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Nostra Ediciones, 2010; Van Caenegem, Raoul C., *An Historical Introduction to Private Law*, trad. de E. E. L. Johnston, Cambridge, Cambridge University Press, 1992; Cannata, Carlo Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. de L. Gutiérrez-Masson, Madrid, Tecnos, 1996; Cervantes, Javier de, *La tradición jurídica de occidente*, México, UNAM, 1978; Coing, Helmut, *Derecho privado europeo*, trad. de A. Pérez M., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996; Grossi, Paolo, *Europa y el derecho*, trad. de L. Giuliani, Madrid, Editorial Crítica, 2007; Hespánia, António Manuel, *Cultura jurídica europea*, trad. de I. Soler y C. Valera, Madrid, Tecnos, 2002; Koschaker, Paul, *Europa y el derecho romano*, trad. de J. Santa Cruz T., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955; Martínez, Juan Antonio, *El conocimiento jurídico*, 3a. ed., Madrid, Universidad Complutense, 2012; Merryman, John Henry y Pérez-

A. *Sus etapas y principales características*

Entre los hitos más destacados de dicho proceso, pueden destacarse —de manera sumamente esquemática— los siguientes:

1. Su enriquecimiento y profundización jurídica al incorporarse al denso entramado del derecho romano. A través del mismo, la idea de justicia debió concretarse en diversas instituciones, procedimientos, principios y reglas. Además, el derecho romano y su jurisprudencia siempre estuvieron empapados de valores ético-sociales, como la *humanitas*, la *pietas*, la *clementia*, la *honestas*, las *mores*, la *bona fide*, así como de directrices pragmáticas como la *utilitas* y la *convenientia*, mismas que consolidaron la estructura dialéctica ético-jurídica y socio-jurídica de la justicia. Adicionalmente, la jurisprudencia romana clásica, como fuente perenne de inspiración de la tradición jurídica occidental, recogió la idea griega del derecho en sus principios iusfilosóficos, en sus aforismos jurídicos, en el método de su *ars inveniendi* —profundamente inspirado en la dialéctica y en la retórica—, así como en la flexibilidad de sus procedimientos para adaptar las reglas jurídicas a la realidad.⁹³
2. Su cristianización transformó su inclinación originaria —basada sobre un humanismo antropocentrista, orientado a la búsqueda de la excelencia (*areté*) de los mejores (*aristos*)— a través de un nuevo *ethos* arraigado:
 - a) tanto en las ideas hebreas del derecho y justicia (*mishpat* y *tsadak*), con su connotación religiosa de compasión hacia el débil y, especialmente, de liberación del oprimido y auxilio al necesitado;

Perdomo, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de E. L. Suárez, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014; Molitor, Eric y Hans Schlosser, Rogelio, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, trad. de A. Martínez S., Barcelona, Bosch, 1980, y Wieacker, Franz, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, trad. de F. Fernández Jardón, Granada, Comares, 2000.

⁹³ Sobre el particular, pueden verse entre otras los trabajos de Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanos*, 4a. ed., México, Porrúa, 1989; Iglesias, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, 9a. ed., Barcelona, Ariel, 1989; Kunkel, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, trad. de J. Miquel, Barcelona, Ariel, 1982; Shulz, Fritz, *Principios del derecho romano*, trad. de M. Abellán, Madrid, Civitas, 1990, y Stein, Peter G., *El derecho romano en la historia de Europa*, trad. de C. Hornero y A. Romanos, Madrid, Siglo XXI, 2001.

- b) como en la revelación de una divinidad redentora, para la que “la caridad plenifica a la justicia” y “la letra mata donde el espíritu vivifica”.

Dicho *ethos* propició la reorientación de múltiples principios, así como la supresión, modificación o inclusión de múltiples instituciones jurídicas, desde la abolición —o relegación— de la esclavitud, hasta la atemperación de la patria potestad, pasando por la prohibición de la usura, la anulabilidad de los actos lesivos, o la restauración del equilibrio contractual ante el cambio de las circunstancias.⁹⁴

3. Su reconfiguración por la jurisprudencia del *ius commune*, destacando:

- a) su perfeccionamiento filosófico en la versión teológica-escolástica de Tomás de Aquino, quien se benefició del magisterio jurídico de Raymundo de Peñafort, influyendo a su vez sobre múltiples juristas, civilistas y canonistas, que retomaron su pensamiento;

⁹⁴ Véase, entre otros, los siguientes libros: Fantappiè, Carlo, *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Bolonia, Il Mulino, 2011; Hervada, Javier y Lombardía, Pedro, *El derecho del pueblo de Dios. Hacia un sistema de derecho canónico*, t. I, Pamplona, EUNSA, 1970; Houston, Walter J., *Contending for Justice. Ideologies and Theologies of Social Justice in the Old Testament*, Nueva York, T&T Clark, 2006, Kuri Breña, Daniel, *La filosofía del derecho en la Antigüedad cristiana*, 3a. ed., México, UNAM, 1975; Orlandis, José, *Historia de las instituciones de la Iglesia Católica*, Pamplona, EUNSA, 2003; Troplong, Raimundo Teodoro, *La influencia del cristianismo en el derecho civil romano*, trad. de S. Cunchillos, Buenos Aires, Desclée de Brouwer, 1947; Verkindere, Gérard, *La justicia en el Antiguo Testamento*, trad. de P. Barrado y M. P. Salas, Navarra, EVD, 2001, y Villoro Toranzo, Miguel, *Del derecho hebreo al derecho soviético. Ensayos de filosofía de historia del derecho*, México, Escuela Libre de Derecho, 1989. Específicamente sobre el tema de la esclavitud, conviene recordar que Aristóteles consideró la servidumbre como una institución de derecho natural. Lo mismo una buena parte de la jurisprudencia romana, aunque también se fue abriendo camino el principio de la *omnium una libertas*, de modo que la teología y la jurisprudencia medievales empezaron a introducir importantes matices. Entre dichos matices, partiendo por un lado de la igualdad natural de todos los hombres postulada por la *Sagrada Escritura*, pero también, por el otro, de la extendida realidad de la esclavitud, se consideró a la misma como una institución del derecho positivo que no encontraba su fundamento en el derecho natural sino más bien en ciertas costumbres humanas —como la guerra o el cautiverio— que aún siendo jurídicas, eran contrarias a la naturaleza. Dicha postura de compromiso, que marcó durante siglos la tensión impuesta por el cristianismo para suprimir la esclavitud frente a la realidad de su extensión, dio lugar a oscilaciones entre autores que admitieron su juridicidad y otros que la consideraron injustificable. Sólo a partir de la Escuela de los Teólogos Juristas Españoles y de la Filosofía Moderna se fue tomando un distanciamiento respecto de la anterior posición ambigua, hasta llegar a afirmarse, inequívocamente, que la esclavitud es siempre contraria al derecho natural.

- b) su mayor elasticidad para adecuarse aún mejor a las circunstancias y a las personas través de la *aequitas* canónica, sus modos de interpretación (*rigor, relaxatio y temperatio legis*) y sus diversas instituciones (*laessio enormis, rebus sic stantibus, pacta sunt servanda*);
 - c) el incremento de su adaptabilidad a través de los diversos *modus arguendi*, que permitieron desarrollar nuevas instituciones por medio de las doctrinas de los juristas (*civil law*) y de los jueces (*common law*), fuertemente influidas por las ideas de justicia, equidad y bien común,⁹⁵ y
4. Su renovación por los teólogos-juristas españoles, a través de sus extensos tratados jurídicos (*De iustitia et iure*) y legales (*De legibus*), así como mediante su participación en las polémicas indianas, que los llevaron a realizar planteamientos precursores, tanto en el campo de la justicia social como en el de la global, más allá de marcar también el inicio del giro hacia las nuevas concepciones modernas racionalistas y voluntaristas.⁹⁶

Los anteriores tramos del proceso de adopción y adaptación recreativa del pensamiento filosófico al derecho occidental permiten afirmar que la teoría clásica de la justicia se fundió, desde un principio, con el conjunto de sus instituciones, principios y reglas jurídicas, a través de aplicaciones y matices que le proporcionaron su característica concreción, diversidad, complejidad y riqueza.

Además, cabe destacar que al concebirse de manera abierta a su propia evolución, la teoría clásica permitió a los diversos ordenamientos jurídicos no solamente proteger las pretensiones ya reconocidas por el derecho positivo, sino también reconducir nuevas pretensiones, todavía no positivadas.

⁹⁵ En general, pueden consultarse: Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, trad. de F. Tomás y Valiente y C. Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 1996; Jacob, Robert, *La gracia de los jueces*, trad. de J. C. Gutiérrez, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017; Jaramillo, Carlos Ignacio, *El Renacimiento de la cultura jurídica en occidente*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013, y Floris Margadant, Guillermo, *La segunda vida del derecho romano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1986. Un repaso sobre los principales métodos de la *interpretatio*, que contribuyeron a interiorizar la teoría clásica de la justicia en el derecho occidental puede verse en Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría general de la interpretación*, México, Porrúa, 2007.

⁹⁶ Entre otros, véase a Carro, Venancio, *La teología y los teólogos juristas españoles...*, cit., Torre Rangel, Jesús Antonio de la, *Tradicón iberoamericana de derechos humanos*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2014, y Pérez Luño, Antonio-Enrique, *La polémica sobre el Nuevo Mundo*, Madrid, Trotta, 1995.

Tal fue la razón de ser —por ejemplo— del edicto repentino del pretor romano, de la *interpretatio* de los juristas y de los *writs y remedies* del *common law* y del *equity law* respectivamente.⁹⁷

Asimismo, desde su comprensión del derecho y la justicia —inicialmente volcada sobre el derecho privado—, se abrió la posibilidad del ulterior desarrollo del derecho público —como se expondrá más adelante—, por donde el pensamiento político moderno, desarrollado en sus albores por los juristas, también es deudor de la teoría clásica de la justicia.

E igualmente propició la posterior evolución del derecho penal, desde su originaria crueldad entre los pueblos germánicos, hacia su progresiva humanización, tanto en el ámbito de la justicia retributiva como de la restaurativa, aunque esta última presente sus indudables matices propios.

B. Una digresión al margen sobre la justicia restaurativa

A manera de breve paréntesis, puede decirse que la justicia restaurativa constituye una de las dimensiones más notables de la justicia tradicional, retomada recientemente en el ámbito de las sociedades heridas por la injusticia.⁹⁸

Un antecedente remoto de este tipo de justicia —cuya denominación más exacta sería la clásica de reconciliativa—, se encuentra en el *rib* de los hebreos.

El *rib* era un procedimiento jurídico alternativo respecto del común retributivo del *mishpat*, donde la acusación no iba dirigida a buscar el castigo, sino al reconocimiento de la culpa a cargo del ofensor y al perdón de parte de la víctima.⁹⁹ Dicho procedimiento se encuentra también recogido en

⁹⁷ Cfr. Pampillo Baliño, *Historia general del derecho...*, cit.

⁹⁸ Una interesante reflexión puede verse en Zagrebelsky, Gustavo, “La idea de justicia y la experiencia de la injusticia”, en Zagrebelsky, Gustavo y Martini, Carlos María, *La exigencia de justicia*, trad. de M. Carbonell, Madrid, Trotta, 2006, pp. 36 y ss. En la actualidad, la encontramos en diversos procesos de paz, habiendo sido particularmente eficaz en el caso de la aplicación del principio del *ubuntu* en Sudáfrica, por parte de la Comisión establecida en 1995 para sanar la injusticia del *apartheid*, combinando la declaración de culpabilidad, con la amnistía, la memoria y la reparación —material y simbólica— del daño. Sobre el caso sudafricano, véase nuevamente la obra Zagrebelsky anteriormente citada. En general, para la justicia restaurativa en la actualidad, véase a Wenzel, Michael y Okimoto, Tyler G., “Retributive Justice”, y Cohen, Ronald L., “Restorative Justice”, en Sabbagh, Clara y Schmitt, Manfred, eds., *Handbook of Social Justice Theory and Research*, Nueva York, Springer, 2016.

⁹⁹ Véase a Verkindere, *La justicia en el Antiguo Testamento...*, cit., y Villoro Toranzo, *Del derecho hebreo...*, cit.

el cristianismo, tanto como alternativa de reconciliación anterior al juicio, cuanto como corrección fraterna.¹⁰⁰

Igualmente pueden hallarse elementos de dicha justicia reconstitutiva en el derecho canónico clásico, a través de los modos de aplicación dulcificada —*temperatio legis*— y de la misma inaplicación de la ley —*relaxatio legis*—, así como en las figuras del *tolerantia* y la *dissimulatio*, siendo acogida también por el derecho penal a través de la amnistía y el indulto.¹⁰¹

Cerrando el anterior paréntesis y concluyendo con el proceso de juridización de la idea filosófica de la justicia, conviene apuntar que en virtud de la misma, permaneció al interior de principios, reglas, métodos, instituciones y procedimientos de la tradición jurídica occidental, incluso cuando la teoría clásica fue desplazada por las concepciones filosóficas modernas y contemporáneas sobre la justicia.

3. *Generalidad teórica y concreción práctica*

Como resultado de la fusión entre la reflexión filosófica y la praxis jurídica, las aplicaciones y desarrollos de la teoría clásica de la justicia fueron ganando con el tiempo concreción, diversidad y riqueza.

En dicho sentido, su configuración supuso un doble esfuerzo: tanto de la reflexión filosófica —*philosophia practica*— para meditar a partir de las realidades jurídicas, como desde los juristas para trascender los aspectos puramente técnicos de su disciplina y así remontar su pensamiento hasta sus orígenes y principios.

Dicha dualidad filosófico-jurídica y teórico-práctica constituye no sólo el mérito primordial, sino quizás también el aspecto más decisivo de la teoría clásica de la justicia.

En efecto, gracias a la referida dualidad se puede explicar que la teoría encontrase el difícil punto de equilibrio entre:

- a) la necesidad de enunciar los principios generales de la razón práctica;
- b) la exigencia de respetar que su indispensable determinación material debe ser particular e histórica —atendiendo a las diferentes personas y circunstancias—, no pudiendo concretarse de antemano, y

¹⁰⁰ Véase Mt. 5:25 y 18:15-20, respectivamente.

¹⁰¹ Cfr. Fantappiè, *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa...*, cit., Hervada y Lombardía, *El derecho del pueblo de Dios...*, t. I, cit., y Orlandis, *Historia de las instituciones de la Iglesia...*, cit.

- c) el requisito de que la determinación de sus principios se haga conforme a un método adecuado para garantizar su coherencia y consistencia.

Así fue como procedió la teoría clásica: *a)* se concentró en la elaboración de principios generales; *b)* los fue especificando paulatina y dialécticamente con la realidad social, concreta y cambiante, definiendo reglas, instituciones y procedimientos de generalidad intermedia, y *c)* precisó también el itinerario metodológico para la determinación particular de sus principios, reglas e instituciones a los casos concretos.

Para delinear el mencionado itinerario metodológico, la teoría clásica acudió en primer lugar a la prudencia y, más específicamente, a las reglas para su deliberación metódica.

Dichas reglas fueron precisamente las de la lógica —tanto formal como material—, las de la cuasilógica, así como las de la dialéctica y la retórica, extensamente estudiadas durante la Antigüedad y la Edad Media.

En efecto, a partir de la reflexión filosófica griega y de la jurisprudencia romana —y luego con la *philosophia practica* medieval—, fue quedando claro, que a pesar de que las cuestiones prácticas, propias de la ética, de la política y del derecho, como saberes humanísticos englobantes del resto de las realidades socioculturales, no podían reflexionarse con la misma necesidad lógica del silogismo, requerían de ciertas reglas para ordenar su discernimiento.

Y tales reglas fueron proporcionadas precisamente por la dialéctica y la retórica, gracias a las cuales se hizo posible la discusión racional sobre los problemas prácticos y opinables, donde aunque no es posible la demostración apodíctica mediante los argumentos categóricos propios de las disciplinas teóricas ordenadas por la lógica formal, sí podían abordarse de manera metódica.¹⁰²

En lugar del silogismo, se empleó el *entinema*, que partiendo de premisas razonables, probables y aceptadas (*endoxa*), proporcionadas por la *tópica* —como repertorio de lugares y argumentos comunes—, podía llevar a la aceptación, mediante el diálogo, de conclusiones viables, realistas, correctas, oportunas, convenientes y aceptables.

Las anteriores herramientas le permitieron a la teoría clásica concretar sus determinaciones sin perder por ello la coherencia, ni abandonar sus contenidos a cualquier formulación.

¹⁰² Cfr. Cruz Prados, *Sobre la realidad del derecho...*, cit., pp. 337 y ss.

Además de la dialéctica y de la retórica, los juristas desarrollaron una específica prudencia jurídica, la propia de la jurisprudencia, que desde el derecho romano hasta el *ius commune* confeccionó su propia metodología.

Efectivamente, el derecho romano, aparte de sus instituciones, definió sus principios filosóficos, sus reglas de interpretación y los mismos pasos de su *ars inveniendi*.¹⁰³

A su vez, el derecho canónico configuró sus cánones interpretativos y métodos de aplicación, expuestos primeramente en el *Decreto* y las *Decretales* y desarrollados también por la jurisprudencia canónica.¹⁰⁴

Asimismo, los juristas civiles universitarios del *ius commune* —glosadores, ultramontanos y consiliadores—, elaboraron una compleja metodología a través de diversos *modus arguendi*, así como de su famoso itinerario argumental, inspirado en el método escolástico, tendente a la contrastación ponderada de los razonamientos encontrados.¹⁰⁵

En virtud de lo anterior, la teoría clásica alcanzó la suficiente generalidad como para que sus principios pudieran ser ampliamente aceptables a lo largo y ancho de la dilatada geografía e historia en que estuvo vigente, más allá de las diferentes perspectivas y valores de quienes la adoptaron.

Igualmente desarrolló una creciente capacidad para servir a los efectos prácticos para su concreción, diseñando un entramado institucional y una metodología que permitió su evolución consistente.

¹⁰³ A efectos de no sobrecargar la redacción del texto, se remite al lector interesado sobre los principios filosóficos, al *Digesto* 1, 1, 10, donde encontrará las principales nociones de derecho y justicia; respecto de las reglas de interpretación, al *Digesto* 50, 17, 1. Sobre el *ars inveniendi* puede verse, entre otras obras, la *De inventione* de M. T. Cicerón.

¹⁰⁴ Para comodidad del lector, más allá de la remisión directa al *corpus iuris canonici*, puede verse la síntesis de Rodríguez Díez, José, OSA, “Versión española de las reglas jurídicas del *Corpus* de derecho canónico (edición bilingüe de 11 + 88 *Regulae Iuris*”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. 41, 2008. Disponible en: www.dialnet.unirioja.net.

¹⁰⁵ Entre los *modus arguendi* destaca el método armonístico de los glosadores, inspirado en las *dicta magister Gratiani*, que se tradujeron en los criterios de interpretación clásicos, según los cuales, la norma especial desplaza a la general, la posterior a la anterior, la local a la universal, etcétera, así como los argumentos *ad simile* o analógicos, a *contrario sensu* y a *fortiori* en sus dos vertientes *minoris ad maius* y *maioris ad minus*. Respecto del itinerario argumental, el más conocido es el de ocho partes expuesto por Gribaldus Mopha: *promitto* (planteo el problema), *scindo* (lo divido), *summo* (sintetizo las opiniones de las autoridades), *casumque figuro* (ejemplifico), *prolego* (anticipo posibles consecuencias), *do causas* (razono conforme a la cuádruple causalidad aristotélica), *connoto* (es decir, enuncio la solución propuesta), y *obiicio* (o sea, anticipo posibles objeciones a la solución y las resuelvo), Wieacker, *Historia...*, *cit.*, pp. 48 y ss. Igualmente borda sobre este *disticon* nemotécnico de Margadant, *La segunda vida del derecho romano...*, *cit.*, pp. 155 y ss.

No obstante y por el otro lado, el reverso de los anteriores méritos de la teoría clásica fueron su complejidad y el amplio arbitrio que requería depositar en los agentes jurídicos.

Por lo que hace a la primera, dicha complejidad resultó incompatible con el espíritu burgués de simplificación que se impuso durante la Modernidad a través del racionalismo, pues las sutilezas argumentales alejaban al derecho y a la justicia de una legítima pretensión de claridad y certeza.

Respecto de la segunda, puede reconocerse que degeneró en muchos casos en las arbitrariedades jurídicas con que fue caracterizado el *Ancien Régime*, explicando a su vez el legalismo de la etapa contemporánea y su pretensión de convertir a los jueces, parafraseando a Montesquieu, en meros repetidores de las palabras de la ley.

4. Justicia jurídica, bien común político y cosmopolitismo

Como se dijo antes, la teoría clásica de la justicia fue también un componente esencial del pensamiento político occidental, configurando su derecho público.

Efectivamente, las bases originales del pensamiento político moderno se encuentran en el pensamiento jurídico medieval, desarrollado a partir de las doctrinas clásicas, tanto de la justicia como del bien común. Tales teorías fueron diseñadas por múltiples teólogos y juristas como parte central de sus reflexiones; desde Agustín de Hipona y Tomás de Aquino hasta F. Suárez, y desde Bártolo y Baldo hasta Dante, Marsilio de Padua o Covarrubias y Leyva, entre otros.¹⁰⁶

Dentro de dicho ámbito propio del derecho público y del pensamiento político, la teoría clásica de la justicia se complementó con la doctrina clásica del bien común, que constituyó además un importante antecedente funcional de la justicia social hasta mediados del siglo XIX.

La teoría clásica del bien común fue elaborada primeramente por los griegos, como el *tò koinon agathón* que permite el desarrollo de la comunidad y la realización de sus miembros —*eudaimonia*—, siendo después adoptada por

¹⁰⁶ Véase a Tamayo y Salmorán, Rolando, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político. Estudio histórico de la ciencia jurídica y su impacto en la ciencia política*, México, Ediciones Coyoacán, 2011, e *id.*, *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente. Estudio histórico sobre la recepción de la ciencia jurídica y su impacto en las ideas políticas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

los romanos como *bonum commune*, y posteriormente recogida y reelaborada por el pensamiento político y jurídico medieval y temprano-moderno.¹⁰⁷

El bien común fue comprendido durante ese largo periodo de tiempo como la finalidad misma de la comunidad política y su derecho, siendo exigible —al menos en teoría— precisamente a través de la justicia distributiva.

En tal sentido, el derecho público fue concebido como un instrumento para disciplinar a la sociedad y a su poder político, a través de la justicia, para la consecución del fin de la comunidad, que es el bien común.

Cabe destacar aquí que el bien común para la teoría clásica no se encuentra contrapuesto a los bienes individuales, en tanto que según Aristóteles, no es un propiamente un *télos* (fin), sino más bien un *ergon* (medio y fin).

Eso significaba que lo bueno para la comunidad debía también ser bueno para sus miembros, especialmente en la medida en que todos comparten dicho bien, sin estar subordinados —en tanto que personas, no susceptibles de ser mediatizadas— al mismo.¹⁰⁸

En consecuencia, el bien común (*ergon*) es a la vez un concepto político (por versar sobre lo común como materia); económico (por la necesidad de la eficiencia, como medio para su constitución y distribución); y jurídico (como reparto eficiente de lo común de forma obligatoria); debiendo considerarse precisamente a la justicia distributiva como el instrumento para el reparto de lo común en tanto que propio.

En tal sentido, de acuerdo con el pensamiento clásico, la relación entre política y derecho público, entre bien común y justicia distributiva es clara: la política (el bien común), fundamenta la obligatoriedad del derecho público (justicia distributiva y legal).¹⁰⁹

¹⁰⁷ Para un panorama sobre el concepto de bien común y su evolución histórica hasta la actualidad puede verse: Etzioni, Amitai, *The Common Good*, Cambridge, Polity Press, 2004; Hollenbach, David, *The Common Good and Christian Ethics*, Massachusetts, Cambridge University Press, 2002; Keys, Mary M., *Aquinas, Aristotle, and the Promise of the Common Good*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006, y Murphy, Timothy, “Bien común”, *Eunomia. Revista de la Universidad Carlos III de Madrid*, núm. 14, abril-septiembre de 2018, pp. 191-205, disponible en: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4163>. Puede verse también a Tamayo y Salmorán, *La ciencia del derecho y la formación del ideal político...*, cit., e *id.*, *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente...*, cit.

¹⁰⁸ Sobre el concepto griego de *ergon* en Aristóteles como bisagra entre las concepciones individualistas y colectivistas, véase a Cadavid Guerrero, Iván, *El buen político según Aristóteles*, Medellín, Ediciones UNAULA, 2012.

¹⁰⁹ Se transcribe a continuación la sustanciosa explicación de Cruz Prados, por considerar que sintetiza perfectamente dichas coordenadas del pensamiento clásico: “El orden jurídico es el orden o la medida de lo propio, que se establece en el seno de un orden de lo común. Es el orden de lo que corresponde como propio a quienes comparten un orden político. El derecho es lo que a cada uno corresponde, como suyo o propio, respecto de lo común.

Uno de los principales aciertos de la doctrina del bien común —que comparte con la teoría clásica de la justicia—, es su plasticidad. Es decir, tanto la justicia como el bien común fueron perfilados como categorías generales, susceptibles de ser concretadas según las necesidades específicas de los diferentes contextos espacio-temporales.

En efecto, su indeterminación —como la de la justicia—, fue la mejor garantía de su perdurabilidad en el tiempo y de su universalidad en el espacio, permitiéndoles, tanto entonces como en la actualidad, la continua redefinición de sus contenidos concretos.¹¹⁰

Sin embargo, dicha plasticidad e indeterminación en cuanto a su contenido material no es absoluta.¹¹¹

El derecho se realiza primordialmente como distribución de lo común entre quienes forman parte del sujeto colectivo de ese contenido común; es decir, como asignación particular o propia de la participación en lo común que a cada uno de los miembros de una comunidad corresponde... La ley y el derecho tienen su razón de ser en el bien común político. El bien común es el fundamento de la definición y de la obligatoriedad, tanto de la ley, como del derecho. Si el derecho es lo que corresponde como propio o suyo a alguien, y lo que, en consecuencia, ha de dársele, la razón de que eso sea suyo, y la razón de que los demás deban dárselo, reside en el bien común de éstos y de aquél, en el bien del que unos y otro son copartícipes... En definitiva, el fundamento de la obligación —de la posibilidad de obligar a otros, y de quedar obligado por otros— sólo puede consistir en un bien que, siendo uno y el mismo, sea tanto bien de unos como de otros, es decir, sea un bien común. No es el bien del otro, en cuanto bien individual y exclusivo —desconectado de un bien común—, lo que me obliga propia e inmediatamente. Lo que me obliga de este modo es el bien común —mío y del otro—, respecto del cual, el bien del otro constituye la materialización o realización de la participación que a éste corresponde en ese bien común... Por lo tanto, el derecho sólo es auténtico derecho, sólo va acompañado de la correlativa obligación sobre los demás, en cuanto que constituye la participación en un bien común, que a un sujeto particular corresponde... La obligatoriedad del derecho —la obligación de atribuir y dar a cada uno su derecho— no se distingue de la obligación de realizar el bien común. La justicia es una virtud porque dar a cada uno lo suyo es la forma de realizar auténticamente un bien común en cuanto tal". Cruz Prados, Alfredo, *Ethos y polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política*, 2a. ed., Pamplona, EUNSA, 2006, pp. 329, 348 y 349.

¹¹⁰ Dicha relativa indeterminación es una de las principales características del iusnaturalismo clásico, que en ese punto es minimalista e histórico, a diferencia del iusnaturalismo moderno racionalista que pretendía desarrollar múltiples principios y reglas para orientar detalladamente la conducta ética y jurídica, con pretensiones de validez intemporal y universal para todo tiempo y para todo lugar. *Cfr.* Pampillo Baliño, *Historia general del derecho...*, *cit.*, cap. 8.

¹¹¹ Uno de los principales méritos del iusnaturalismo clásico —minimalista e histórico—, consiste en la doble afirmación, por un lado, de ciertos principios éticos y jurídicos universales y, por el otro, de su diferente grado de reconocimiento y formulación histórica o relativa. Para ilustrar lo anterior, conviene recordar que para Santo Tomás de Aquino, la ley natural consta —desde el punto de vista de su conocimiento— de tres tipos de principios. El primero, de naturaleza evidente —*per se nota*—, que consiste en la obligación de “hacer el

Tanto la justicia como el bien común requieren ser determinados por cada sociedad según ciertos principios formales característicos, como lo son por ejemplo la igualdad, la imparcialidad, la reciprocidad, la responsabilidad, la necesidad, la posibilidad, la proporcionalidad, la solidaridad, la subsidiariedad y la regularidad, entre otros.

Más aún, definidos en concreto sus contenidos conforme a los anteriores principios, los mismos devienen en medidas obligatorias para todos, que además deben ser iguales para los iguales y proporcionalmente desiguales para los desiguales.¹¹²

Adicionalmente, un componente esencial de la reflexión jurídica y política desarrollada por los cultores de la teoría clásica de la justicia, se encuentra en la idea cosmopolita de los estoicos, como verdadero antecedente de la actual justicia global.

Dicha idea fue a su vez recogida por Cicerón en su visión de una comunidad de todos los hombres (*communis generis humani societas*). Y sirvió de sustento tanto del *ius gentium* de la jurisprudencia romana, como del *totus orbis* de la *respublica christianorum*, que encontró su mejor expresión en el *ius communicationis* de F. de Vitoria.

De ahí que —como se expondrá más adelante—, la teoría clásica de la justicia también estableció los cimientos del derecho internacional, tanto

bien y evitar el mal”. Los segundos, que pueden identificarse con los preceptos del *Decálogo*, que aunque son en general accesibles con facilidad y sin mucha reflexión para todos los hombres de todos los lugares y tiempos, pueden sin embargo ser objeto de equivocaciones en virtud de un oscurecimiento de la razón que puede ser debido a la falta de una mínima educación, al influjo de las pasiones o a un ambiente sociocultural inadecuado. Finalmente, los terceros preceptos requieren para su conocimiento de la reflexión colectiva de los sabios y prudentes. A su vez, los referidos preceptos —segundos y terceros— son extraídos de la naturaleza del hombre considerada en sus tres proyecciones: como ser (cuyo principio es la conservación), como animal (cuyo principio es la propagación de la especie y la cría de los hijos) y como persona racional y social (cuyos principios son la búsqueda de la verdad y la sociabilidad). *Cfr. Summa Theologica*, I-II, q. 94. En definitiva, el mérito del iusnaturalismo clásico tomasiano, tanto frente al universalismo cuanto frente al relativismo éticos, consiste, como observa García-Huidobro en afirmar “tres cosas que parecen difícilmente conciliables: a) la posibilidad del conocimiento de los principios morales; b) el que para conocerlos muchas veces no baste el empeño individual, sino que es una obra colectiva; y c) que las disposiciones del sujeto no son indiferentes para determinar su aptitud cognoscitiva en el terreno moral”. García-Huidobro, Joaquín, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 79, 2002.

¹¹² Una interesante reflexión sobre la indeterminación y determinación de los anteriores conceptos, aunque referida específicamente al ámbito del derecho internacional, puede verse en Kolb, Robert, *Theory of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 365 y ss. y 375 y ss.

público como privado, así como del propio derecho transnacional, supranacional y global común.¹¹³

5. *El problema del derecho injusto*

Uno de los aspectos más debatidos en toda teoría de la justicia —que también debió enfrentar la clásica—, es el de su posición ante el derecho injusto.

Respecto del mismo, caben —por hipótesis— dos posiciones extremas: i) o bien el reconocimiento de su juridicidad en todos los casos y, por ende, el deber incondicionado —ético y jurídico— de su obediencia, ii) o bien el desconocimiento absoluto de su juridicidad y obligatoriedad en cualquier supuesto.

Entre dichos extremos, existe desde luego una amplia gama de posiciones intermedias, que distinguen entre la diferente intensidad y la generalidad de las injusticias formalmente juridizadas, a efectos de determinar el alcance y límites de su obligatoriedad, más allá de los cuales, se considera legítima su desobediencia.

La teoría clásica de la justicia atravesó a dicho respecto por diversos momentos, hasta que terminó por consolidar su postura, aunque no de manera unánime.

Por un lado, se encuentra la conocida actitud de Sócrates, de resignación ante su inicua condena por impiedad, misma que ha sido interpretada por algunos —aunque no se comparte esa opinión— como de sumisión al derecho injusto.¹¹⁴

En el extremo opuesto se encontrarían Platón y Cicerón, quienes habrían de negar la juridicidad de las leyes injustas.¹¹⁵

Por su parte, la posición intermedia —que fue la más ampliamente aceptada— la definió Tomás de Aquino.

¹¹³ Cfr. Peña Echeverría, Javier, “Los orígenes del debate sobre la justicia global”, *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 43, Madrid, CSIC, 2010, disponible en: <https://doi.org/10.3989/isegoria.2010.i43.699>, p. 368. Véase *infra* capítulo cuarto.

¹¹⁴ Cfr. Platón, “Apología de Sócrates”, *Diálogos...*, *cit.* Mi personal opinión sobre lo que considero que fue una decisión ética personalísima, derivada de un sentido de gratitud hacia la polis, pero sin pretensión de proponerse como actitud universalizable en Pampillo Baliño, “La filosofía jurídica griega: clave para la reflexión iusfilosófica contemporánea”..., *cit.*

¹¹⁵ Platón, *Las Leyes*, IV, y Cicerón, *De legibus*, II.

En efecto, el Doctor Común consideraba, por un lado, que la “ley injusta” no era propiamente una ley jurídica, sino una verdadera “corrupción” de la misma (*lex iniusta non sed lex, sed corruptio legis*).¹¹⁶

Sin embargo, por el otro lado, consideraba que no por ello las leyes arbitrarias —por motivos de fondo o de forma— carecían de toda obligatoriedad.

A veces, resultaba más conveniente obedecerlas, aunque no por sí mismas, pues su obligatoriedad ya no dimanaba de su valor jurídico —que era nulo—, sino más bien de consideraciones políticas —de bien común— y prudenciales, que sugerían, en ocasiones, evitar peores males como el desorden.¹¹⁷

Desde dicha postura intermedia, aunque con un espíritu más crítico, libertario y adelantado a su tiempo, la Escuela de Salamanca —y muy singularmente F. Suárez— expuso detalladamente aquellos casos en los que justificaba la desobediencia. Así, fueron señalados la prisión sin juicio, la expropiación de bienes sin causa, el abuso contra las mujeres y la imposición de impuestos desproporcionados. Notablemente, para tales casos, varios de los teólogos de dicha Escuela y señaladamente Suárez, afirmaron el derecho a la desobediencia pasiva, a la resistencia activa, a la rebelión, e incluso al tiranicidio.¹¹⁸

Ahora bien, para prevenir y mitigar los perniciosos efectos del derecho injusto, históricamente se fueron diseñando diferentes instituciones y procedimientos para dar cauce a los cuestionamientos sobre la justicia de una determinada norma jurídica.

Así por ejemplo, durante la vigencia de la teoría clásica, se diseñaron los recursos judiciales previstos por el derecho romano y el *ius commune* (como la nulidad, la revocación y la apelación), así como los *writs* y *remedies* del *common law* y del *equity law* inglés. Sin embargo, deben destacarse de modo especial el derecho castellano y el derecho indiano, como dos de los ordenamientos jurídicos más avanzados en su tiempo.

Efectivamente, bajo la influencia del pensamiento tradicional castellano —basado en Isidoro de Sevilla y en las *Siete Partidas*, entre otras fuentes— y de la segunda escolástica, se diseñaron tres mecanismos que pueden considerarse como importantes antecedentes del concepto contemporáneo

¹¹⁶ *Summa Theologica*, I-II q. 95.

¹¹⁷ *Idem*, así como la cuestión 96.

¹¹⁸ Además de la obra de Carro sobre la segunda escolástica española, anteriormente citada, puede verse el libro de Gallegos Rocafull, José M., *La doctrina política del P. Francisco Suárez*, México, Jus, 1948.

de Estado de derecho (*Rechtsstaat*) o gobierno sometido al derecho (*Rule of law*).¹¹⁹

El primero fue el empleo de la fórmula —hoy incomprendida por ignorancia— del “obedézcase pero no se cumpla”. Dicha fórmula, que obraba al calce de las disposiciones jurídico-gubernativas, buscaba por un lado asegurar el reconocimiento de la autoridad regia por parte de los vasallos (“obedézcase”, es decir, atiéndase y respétese); pero también, por el otro, la posibilidad de evitar, mediante la suspensión de su aplicación, alguna arbitrariedad o injusticia que pudiera derivarse de la misma en general, o de su aplicación para el caso concreto (“no se cumpla”).

El segundo instrumento, íntimamente vinculado al anterior, era el derecho a no cumplir los mandatos que se estimaban arbitrarios o injustos, que se denominaba “contrafuero”, y que se ejercía a través de un “recurso de súplica” como medio de impugnación extraordinario.¹²⁰

El tercero —de extraordinaria relevancia para la elaboración de las *Leyes de Indias*— fue el “Memorial”. Cuando la disposición injusta afectaba intereses colectivos, o derivaba en una generalidad de reclamos o de daños, se elaboraba un Memorial, generalmente a través del representante del estamento afectado en las Cortes, para que las mismas exhortasen al rey para que convocase a un tribunal extraordinario, formado por catedráticos universitarios, que hiciese las recomendaciones que convinieran.¹²¹

Este último procedimiento tuvo una enorme importancia para las Indias, pues a partir de que fray Antón de Montesinos denunció, desde 1511, el maltrato a los naturales de la isla de la Española, y de que fray Bartolomé de las Casas hiciera lo propio respecto de Nueva España y las Indias en ge-

¹¹⁹ En general, sobre el derecho castellano e indiano de la época puede verse Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho indiano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012; Icaza, Francisco de, *Plus ultra. La monarquía católica en Indias (1492-1898)*, 2a. ed., México, Porrúa, 2016; Miranda, José, *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas. Primera parte: 1521-1821*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1978; Muro Orejón, Antonio, *Lecciones de historia del derecho hispano-indiano*, México, Miguel Ángel Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 1989; Ots Capdequí, José María, *El Estado español en Indias*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986; Pérez Prendes, José Manuel y Arracó, Muñoz de, *La monarquía indiana y el Estado de derecho*, Valencia, Asociación Francisco Lopez de Gomara, 1989; Sánchez Bella, Ismael *et al.*, *Historia del derecho indiano*, Madrid, Mapfre, 1992; Tau Anzoátegui, Víctor, *¿Qué fue el derecho indiano?*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982; Zavala, Silvio, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, México, Porrúa, 1988.

¹²⁰ Cfr. Cruz, *Historia del derecho indiano...*, *cit.*, *passim*; Icaza, Francisco de, *Plus ultra...*, *cit.*, *passim*; Miranda, *Las ideas y las instituciones...*, *cit.*, *passim*; Muro Orejón, Antonio, *Lecciones...*, *cit.*, *passim*, y Sánchez Bella, *Historia del derecho indiano...*, *cit.*, *passim*.

¹²¹ *Idem.*

neral, se sostuvieron importantes debates académicos. Dentro de los mismos participaron, además de los citados frailes, catedráticos de la talla de Matías de Paz, Juan López de Palacios Rubios, Francisco de Vitoria, Juan Ginés de Sepúlveda, Domingo de Soto y Melchor Cano, entre otros.¹²²

Dichos debates, que inspiraron las Leyes de Burgos de 1512 y las Leyes Nuevas de 1542 y 1543, definieron el ideario —no siempre llevado a la práctica— de la libertad de los indios o naturales, prohibiendo su reducción a la esclavitud o servidumbre, ordenando que se les diera “trato justo y cristiano”, reconociéndoles también sus derechos de propiedad, así como el de seguirse gobernando por sus propias autoridades y costumbres, así como estableciendo diversos mecanismos jurídicos para la “protección de los indios”, incluyendo el notable “amparo indígena”.¹²³

En síntesis, la postura de la teoría clásica sobre el derecho injusto, en su momento de mayor madurez, fue la de considerarlo antijurídico y no vinculante, aunque recomendando la consideración prudencial de sus efectos y alcances para obsequiarle en su caso una obediencia dirigida a evitar peores males.

Sin embargo, también abrió la puerta para oponerse al mismo, primero a través de los medios de impugnación previstos por el ordenamiento jurídico, pero eventualmente a través de medidas más drásticas, desde la desobediencia pasiva hasta la rebelión.

III. CRISIS Y RENOVACIÓN

1. *La cosmovisión moderna*

En virtud de que la Modernidad se configuró a sí misma en abierto deslinde a la Edad Media, varias de las concepciones e instituciones medievales, incluido el *ius commune* europeo y su idea del derecho y la justicia, fueron sometidas a revisión, crítica y reformulación.

Dicho proceso de crítica y reformulación del derecho y la justicia inició con el humanismo jurídico del *mos gallicus*, hacia el siglo XVI y concluyó con

¹²² Cfr. Pérez-Luño, *La polémica sobre el Nuevo Mundo...*, cit., *passim*, y Zavala, Silvio, *Las instituciones jurídicas...*, cit., *passim*.

¹²³ *Idem*. Sobre el amparo indígena, véase a Lira González, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes mexicanos del juicio de amparo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972.

el triunfo del legalismo a través de la codificación y el constitucionalismo en el siglo XIX.¹²⁴

Para entender mejor dicho giro, conviene tener presente que la concepción clásica (antigua, medieval y temprano-moderna) del derecho y la justicia, se encontraba arraigada en ciertos presupuestos, propios de su *imago mundi*, mismos que fueron radicalmente modificados por el pensamiento moderno-contemporáneo.¹²⁵

En efecto, la teoría clásica se basaba, por un lado, en una concepción naturalmente social del hombre.¹²⁶

En virtud de la misma, la convivencia se organizaba a través de diversas comunidades —desde la familia hasta el Imperio y la Iglesia, pasando por las villas, parroquias, señoríos, ciudades y reinos—, incluyendo a las diferentes sociedades intermedias —gremios y estamentos— que serían después abolidas por el *Nouveau Régime*.

El bien común era la razón de ser y la finalidad misma de dichas comunidades, al cual se encontraban política y jurídicamente ordenadas, entendiéndose como una condición necesaria para la realización de los bienes individuales que no se consideraban contrapuestos al mismo.¹²⁷

¹²⁴ Respecto de dicho proceso, véase Pampillo, *Historia general del derecho...*, cit., cap. 8.

¹²⁵ Me he ocupado del tema en Pampillo Baliño, Juan Pablo, *Árboles de doce ramas. La crisis de la cultura occidental y sus vías de superación*, México, Tirant lo Blanch, 2022. Sobre las diferencias entre la concepción medieval, la moderna y la actual, puede verse con provecho, entre otras, las siguientes obras: Burckhardt, Jacob, *La cultura del Renacimiento en Italia*, trad. de J. Ardal, 2a. ed., México, Porrúa, 1999; Cassirer, Ernst, *La filosofía de la Ilustración*, trad. de E. Imaz, México, Fondo de Cultura Económica, 2000; Percio, Enrique del, *Tiempos modernos*, 2a. ed., Buenos Aires, Poliedro-Universidad de San Isidro, 2020; disponible en: <https://www.usi.edu.ar/wp-content/uploads/2020/10/Tiempos-Modernos.pdf>; Guardini, Romano, *El ocaso de la Modernidad. Un intento de orientación*, trad. de J. G. Mariscal, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1963; Horkheimer, Max y Adorno, Teodoro W., *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, trad. de J. J. Sánchez, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2004; Touraine, Alain, *Crítica de la Modernidad*, trad. de A. L. Bixio, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2000; Valverde, Carlos, *Génesis, estructura y crisis de la Modernidad*, Madrid, BAC, 1996, y Villoro, Luis, *El pensamiento moderno. Filosofía del Renacimiento*, México, El Colegio Nacional y Fondo de Cultura Económica, 1992. Sobre su incidencia sobre el derecho se reflexiona en Pampillo Baliño, *Filosofía del derecho. Teoría global del derecho...*, cit., así como en *Historia general del derecho...*, cit.

¹²⁶ Su fundamento se encontraba en la concepción antropológica del *phusei politikón zoon* de Aristóteles y el *animal politicum vel sociale* de Tomás de Aquino, expuestas respectivamente en la *Política* (1253a 7-18) del primero y en la *Summa contra Gentiles* (I, 3, c. 85), del segundo.

¹²⁷ De ahí la naturaleza fundamental del cuidado (*munus*) en la *communitas*, constitutivo de la solidaridad social que sustenta la concepción clásica del bien común. Cfr. Percio, Enrique del, “La espada, la regla y el cuidado: lo personal es jurídico”, en Barbato, Constanza (comp.), *El cuidado es político. Reflexiones transversales en tiempos de precariedad*, Buenos Aires, Poliedro-Universidad de San Isidro, 2020, pp. 77 y 78.

El derecho, en tanto que regla y medida de la convivencia social, estaba orientado hacia la consecución de dicho bien común a través de las justicias distributiva y legal.¹²⁸

Por otro lado, los conceptos éticos y jurídicos se entendían de manera objetiva y universal.

Las ideas morales de bien, virtud y justicia, así como las nociones jurídicas de derecho (el *ius* y el *ius suum* como lo justo objetivo y lo debido subjetivo) y la propia igualdad (como medida estricta o proporcional, conmutativa, distributiva y legal), se consideraban arraigadas en la realidad de las cosas (*ex ipsa natura rei*), limitando así las posibilidades de concepciones alternativas de índole subjetivista o relativista.¹²⁹

Finalmente, la justicia se encontraba abierta a una continua evolución, mediante la extensión de la justiciabilidad de los derechos, a través de la interpretación de los juristas y del arbitrio jurisdiccional, inspirados por la *aequitas*.

En contrapartida a las anteriores coordinadas generales, las perspectivas modernas-contemporáneas —que formaron parte de su cosmovisión o *Weltanschauung* característica—, supusieron una auténtica inversión de los anteriores presupuestos.¹³⁰

¹²⁸ Dicha concepción, que vincula al derecho con el bien común, se encuentra expresada en la célebre definición de ley de Santo Tomás de Aquino, quien la definió como “cierto ordenamiento de la razón para el bien común” (*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune*). *Summa Theologica*, I-II, q. 90, a. 4.

¹²⁹ Sobre el desarrollo de la concepción clásica del derecho y de la justicia y su transformación hacia la Modernidad pueden verse las obras de Carpintero Benítez, Francisco, *Historia del derecho natural: un ensayo*, México, UNAM, 1999, y Hervada, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural*, 2a. ed., Pamplona, EUNSA, 1991.

¹³⁰ Sobre dicha inversión, véase Pampillo Baliño, *Historia general del derecho...*, *cit.*, cap. 10. Sobre sus proyecciones en la etapa contemporánea, específicamente respecto del constitucionalismo y los derechos fundamentales, véase a Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, 6a. ed., Madrid, Trotta, 2009. Por otro lado, una exposición panorámica de algunas de las principales teorías y reflexiones modernas y contemporáneas sobre la justicia puede verse en Boucher, David y Kelly, Paul, *Social Justice From Hume to Walzer*, Londres, Routledge, 1998. También los capítulos 1, 2 y 3 (primera parte) de Fleischacker, Samuel, *A Short History of Distributive Justice*, Massachusetts, Harvard University Press, 2004, así como en los capítulos 4, 5 y 6 de David Johnston, *A Brief History of Justice*, West Sussex, Wiley-Blackwell, 2011. Puede verse con igual provecho la obra colectiva de Floistad, Guttorm, ed., *Philosophy of Justice*, Dordrecht, Heidelberg, Nueva York, Londres, Springer, 2015. También sobre la evolución de la justicia en la Modernidad, en referencia al utilitarismo, pero sobre todo al contractualismo, véase “Acercas de la fundamentación contractualista de la justicia política”, en Höffe, Otfried, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, trad. de J. M. Seña, México, Fontamara, 1992, pp. 9 y ss., y más en extenso, del mismo autor partiendo de Hobbes y de Kant en *Justicia política. Fundamentos para*

Frente al comunitarismo celular, se postuló el individualismo atómico y los intereses individuales contrapuestos del estado de naturaleza, como enfrentados al bien colectivo.

Frente a la sociabilidad natural, propia del comunitarismo, la necesidad liberal del contrato social.¹³¹

Frente al bien y al orden jurídico objetivos, basados en la naturaleza de las cosas, el valor de la justicia como finalidad orientadora y los derechos subjetivos, concebidos como libertades desvinculadas de los deberes.¹³²

Frente al arbitrio de jueces y juristas, la rígida uniformidad de la legislación estatal y la formalización de la justicia jurídica como legalidad normativa.¹³³

El anterior cambio de mentalidad, propio del espíritu de la época —*genius saeculi*—, mismo que en parte se proyecta todavía hasta nuestros días, le ofrece a la concepción tradicional interesantes contrapuntos, que debe considerar y que pueden enriquecerla, aunque por otro lado, también es necesario atemperar algunos indudables excesos de la cosmovisión moderna, que han sido destacados por numerosos estudiosos.¹³⁴

una teoría crítica del derecho y del Estado, trad. de J. C. Velasco, Barcelona, Paidós, 2002. Véase también a Dacal Alonso, José Antonio, *Filosofía del derecho*, Porrúa, 2016, cap. VIII, y a Muñoz Rocha, Carlos, *Metodología jurídica*, México, Porrúa, 2014. Para el más reciente desarrollo de la teoría de la justicia, en sus vertientes social (a partir del último tercio del siglo XIX) y de la justicia internacional o global (posterior a 1970), véase más bien los textos y autores a los que se hace referencia en los capítulos tercero y quinto respectivamente.

¹³¹ De ahí la distinción clásica planteada por F. Töniés entre la comunidad (*Gemeinschaft*) y la sociedad (*Gesellschaft*), según se ponga el acento en el aspecto natural gregario o volitivo asociativo sobre el origen de la convivencia, siendo la primera predominante en la concepción medieval y antigua y la segunda característica de la Modernidad. Cfr. Guzmán Valdivia, Isaac, *El conocimiento de lo social*, 6a. ed., México, Jus, 1990, pp. 145 y ss.

¹³² Sobre este tránsito en particular, referido a la transformación de una ética ontológico-teológica a una ética deontológica, además de las obras antes citadas sobre la cosmovisión moderna y contemporánea, así como sus proyecciones jurídicas, específicamente puede verse a Ricoeur, “Le juste entre le légal et le bon”..., *cit.*, pp. 38 y ss., y Prados, Cruz, *Ethos y polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política...*, *cit.*, pp. 356 y ss.

¹³³ Cfr. Vigo, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, así como Pampillo Baliño, *Historia general del derecho...*, *cit.*, cap. 8.

¹³⁴ Véase por ejemplo las obras de Guardini, Horkheimer y Adorno, Touraine, Valverde y Villoro, anteriormente citadas.

2. *La formalización y vaciamiento de la justicia*

Es verdad que la inversión que supuso el pensamiento moderno-contemporáneo fue radical y que no fue de hecho solamente ideológica —humanismo, individualismo, liberalismo, subjetivismo y legalismo—; pues en realidad también fue el resultado:

- a) de una razonable insatisfacción ante la relegación de la persona frente a una sociedad corporativizada y rígidamente estratificada;
- b) de la necesidad de legitimar el poder ascendente del Estado nacional como principal actor político, y
- c) de la exigencia de desarraigar las indudables arbitrariedades y privilegios —verdaderamente injustos— propios del *Ancien Régimen*.

El caso fue que desde las referidas coordenadas filosóficas modernas, principalmente desde el individualismo subjetivizante, el contractualismo y el legalismo, en lugar de corregir las deficiencias políticas y jurídicas del Antiguo Régimen, se llegó precisamente al extremo contrario.

En efecto, el iusnaturalismo moderno racionalista (Ch. Puffendorf, Ch. Thomasius y Th. Wolff), no pudo mantener el difícil equilibrio alcanzado por la concepción clásica entre objetivismo y subjetivismo, entre intelectualismo y voluntarismo y entre derecho natural y ley natural, como lo había logrado la Escuela de Salamanca.

Dicha corriente iusracionalista terminó decantándose por el subjetivismo y posteriormente por el legalismo racionalista.

Se operó así una especie de regresión hacia la concepción nomo-céntrica, renunciando a la visión dikecéntrica complementaria, perdiéndose por lo mismo la concreción, objetividad y equilibrio entre derechos y obligaciones correlativos, que había alcanzado la teoría clásica de la justicia.

Contemporáneamente, surgió el iusnaturalismo naturalista del contractualismo (Th. Hobbes, J. Locke, J. J. Rousseau), que añadió su nota de voluntarismo al afirmar la necesidad del pacto social para transitar del estado de naturaleza al Estado civil.¹³⁵

Poco tiempo después, la convergencia —hacia el siglo XVIII— del iusnaturalismo racionalista y el contractualismo con la Ilustración —en su vertiente política—, expresada primero a través del despotismo ilustrado y

¹³⁵ Cfr. Puy, *Teoría científica del derecho natural...*, cit., pp. 151 y ss.

luego por el constitucionalismo liberal, dio lugar al fenómeno de la estatalización legalista del derecho.

Dicho proceso vendría a ser respaldado después, hacia el siglo XIX, tanto por la ciencia jurídica francesa —la escuela de la exégesis—, como por la alemana —la jurisprudencia de los conceptos—, terminando entre ambas por formalizar al derecho, reduciéndolo a la voluntad del legislador.¹³⁶

De ese modo, la codificación del derecho en general, así como la misma constitucionalización del derecho político, son cauces del mismo fenómeno de legalización de todo el derecho, acabando por convertirse —según la expresión de G. Fassò— en el “puente involuntario” entre el iusnaturalismo material y el positivismo legalista formalista.¹³⁷

El principio racionalista de los filósofos y juristas ilustrados, se convirtió en la norma voluntarista del Estado decimonónico, quedando este último como el gran definidor del derecho y la justicia.

Así, desde finales del siglo XIX y hasta la primera mitad del siglo XX, se empezó a identificar reductivamente al derecho con la norma legal formal positiva (H. Kelsen) dentro de la familia del *civil law*, mientras que en la del *common law*, se identificó con el precedente judicial formal positivo (Ch. C. Langdell).¹³⁸

En ambos casos, el derecho terminó por identificarse con la voluntad del Estado, ya fuere a través del legislador o de la judicatura, presuponiéndose que la misma estaba legitimada por el contrato social y que siempre sería respetuosa de los valores de la sociedad.

Lamentablemente, los acontecimientos que marcaron la primera mitad del siglo XX terminaron por desmentir tales presupuestos.

La voluntad estatal se desentendió en varios casos de la voluntad general y de los valores éticos de la sociedad, sin que por otro lado, los filósofos y juristas —que habían sido parte del anterior proceso— pudieran reaccionar adecuadamente, desde sus nuevos referentes epistemológicos. *Dura lex sed lex...* “la ley puede ser dura, pero es la ley”... y ante la ley positiva del Estado, sólo cabía la obediencia acrítica.

Por su parte, dentro del anterior contexto, la justicia acabó por ser entendida: i) o bien como un cierto respeto al derecho positivo, entendido

¹³⁶ Véase Pampillo Baliño, *Historia...*, cit., caps. 8 y 9.

¹³⁷ Cfr. Fassò, *Historia...*, cit., t. III, p. 27.

¹³⁸ Culminación de dicho proceso fueron las obras de C. C. Langdell y su formalismo judicial, así como después la de H. L. A. Hart en el mundo anglosajón y la de H. Kelsen con su formalismo legalista en el ámbito del derecho codificado.

como la ley estatal, ii) o bien como una vaga aspiración, valor, finalidad o sentimiento subjetivo, incapaz de contradecir la nueva legalidad política.

En definitiva, la justicia como idea formalizada y como vago sentimiento subjetivo estaba desprovista de la fuerza conceptual necesaria para oponerse a la arbitrariedad estatal.

Por su parte, la práctica jurídica se había reducido a una labor mecánica de aplicación y comentario a la legislación y la jurisdicción políticas, habiendo perdido la autonomía y la independencia argumental para enfrentarse al poder del Estado.

Pero, además de haberse formalizado y disuelto en la relatividad de lo puramente subjetivo, la justicia también fue vaciada de contenido, en buena parte como resultado de las exigencias críticas del dualismo metódico de I. Kant.

En efecto, a partir de una estricta separación entre el ser y el deber ser, entre los fenómenos y los noúmenos y entre el entendimiento *a priori* y *a posteriori*, el ámbito del deber ser al que pertenecen lo jurídico y lo ético —y que abarca también lo político, económico, social y cultural—, fue vaciado de todo contenido.¹³⁹

Así fue como la justicia se formalizó también, quedando su materia abandonada al ámbito de “lo metajurídico”, según la conocida expresión de Hans Kelsen.

3. *El resurgimiento de la justicia material*

Las trágicas experiencias que trajeron consigo las guerras mundiales y los regímenes arbitrarios de la primera mitad del siglo XX —materialmente injustos aunque formalmente juridizados—, contribuyeron a un despertar de la reflexión sobre la justicia material y los contenidos del derecho —especialmente los derechos humanos—, más allá de la formalidad conceptual y normativa de las leyes y los precedentes.¹⁴⁰

¹³⁹ Cfr. Pampillo, *Historia general del derecho...*, cit., cap. 9.

¹⁴⁰ Sobre las corrientes que se enuncian a continuación, puede verse las obras generales de historia del derecho y del pensamiento jurídico anteriormente citadas, en especial las de Fassò, Pampillo, Recaséns, Rodríguez Molinero, Truyol. Adicionalmente, un panorama sobre algunas corrientes filosófico-jurídicas que han rehabilitado el estudio del tema de las relaciones entre ética y derecho, con especial referencia a la justicia, a partir de la segunda posguerra, puede verse en Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 17 y ss. Véase también la obra colectiva de Chávez-Fernández P., José (comp.), *Derecho y moral en el debate iusfilosófico contemporáneo*, Arequi-

Ahí se encuentra —en el ámbito de la jurisprudencia— la raíz del pensamiento estimativista de G. Radbruch (la ley injustísima no es jurídica) y de A. Verdross; así como el principialismo de R. Dworkin y de J. Esser.¹⁴¹

Igualmente, de ahí surgió la diferenciación entre el positivismo ideológico y positivismo metodológico en N. Bobbio.¹⁴²

Además, en dicho contexto tuvo lugar, con toda su fuerza, el renacimiento del iusnaturalismo clásico y el surgimiento de los nuevos iusnaturalismos.¹⁴³

pa, Universidad Católica San Pablo, 2010, y la de Vázquez, Rodolfo (comp.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 2003.

¹⁴¹ Además de las obras anteriormente referidas, véase también específicamente a Vigo, Rodolfo L. (coord.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, México, Fontamara-Universidad de Buenos Aires, 2008. Véase también Dworkin, Ronald, *La filosofía del derecho*, trad. de J. Sáinz, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, y Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. de E. Valentí, Barcelona, Bosch, 1961.

¹⁴² Cfr. Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991.

¹⁴³ Sobre el iusnaturalismo clásico tal y como fue recuperado desde finales del siglo XIX y hasta nuestros días, véase *infra* nota 147. Sobre los nuevos iusnaturalismos existe una enorme diversidad de perspectivas y direcciones, algunas de las cuales pueden considerarse iusnaturalistas sólo desde cierto punto de vista, hasta el extremo de que algunos de sus representantes, se resistieron a ser considerados iusnaturalistas, aunque tampoco aceptaban ser tenidos como iuspositivistas. Podrían citarse, entre otras corrientes y autores: *i*) la jurisprudencia de intereses, en particular a R. v. Ihering; *ii*) la jurisprudencia científica de F. Gény (aunque es más frecuente adscribirlo a estas dos escuelas y autores dentro de las corrientes naturalistas o antiformalistas); *iii*) el iusnaturalismo reformado de J. Ellul, K. Barth, E. Brunner y E. Wolf; *iv*) el iusnaturalismo formal de R. Stammler (en realidad, un formalismo universal históricamente condicionado); *v*) el iusnaturalismo romántico de G. Radbruch, K. Larenz, G. del Vecchio (más cercanos al estimativismo o al idealismo); *vi*) el iusnaturalismo fenomenológico de H. Coing y H. Welzel, y *vii*) el iusnaturalismo existencialista de W. Maihofer, H. Welzel, W. Luypen, F. Elías de Tejada y M. Villoro Toranzo, el iusnaturalismo axiológico y tridimensional de M. Reale, W. Goldschmidt, E. García Máynez, M. Villoro T., L. Recaséns Siches, J. Hall y otros no clasificables como los de L. Fuller, R. Dworkin o E. Bodedenheimer, entre otros. Cfr. Hervada, *Historia de la ciencia del derecho natural...*, *cit.*, pp. 323 y ss., y Puy, *Teoría científica del derecho natural...*, *cit.*, pp. 174. Por otro lado, dentro del iusnaturalismo tradicional, vale la pena destacar la originalidad del planteamiento de J. Messner, que radicó en su triple vía de acceso al conocimiento de la naturaleza: *i*) la metafísica, *ii*) la empírico-histórica y *iii*) la inductiva ontológica. Tal aproximación resulta particularmente adecuada para complementar los dos iusnaturalismos más importantes, el antiguo y medieval (aristotélico-tomista) y el moderno racionalista, llevándolos además a dialogar con la historia y el historicismo. En esa línea de pensamiento, se considera particularmente sugerente la obra de Torre Rangel, Jesús Antonio de la, *Iusnaturalismo histórico analógico*, México, Porrúa, 2019.

Y lo mismo puede decirse de la especial consideración que los tridimensionalismos y demás teorías integrativas del derecho hacen de la dimensión axiológica en el derecho.¹⁴⁴

Por supuesto, ahí también se encuentra la razón de ser de las redefiniciones neoformalistas: a partir de el positivismo incluyente hasta el garantismo y el neoconstitucionalismo, entre otras.¹⁴⁵

Afortunadamente, a partir de los anteriores planteamientos jurisprudenciales, resultaba nuevamente aceptable, según el nuevo canon epistemológico superador del cientificismo supuestamente neutro del positivismo formalista, hablar de la justicia material.

Incluso de los contenidos —éticos, sociales, económicos, políticos y culturales— del derecho, aunque fuese —evidentemente— desde los presupuestos filosóficos de la modernidad-contemporánea, ciertamente diferentes a los de la teoría clásica.¹⁴⁶

¹⁴⁴ A manera de ejemplo de los postulados de esta corriente, véanse las obras clásicas de García Máñez, Eduardo, *La definición del derecho*, Xalapa, Universidad Veracruzana, 1960; *id.*, *Positivism jurídico, realismo jurídico y iusnaturalismo*, México, Fontamara, 1993, y la de Reale, Miguel, *Teoría tridimensional del derecho*, trad. de A. Mateos, Madrid, Tecnos, 1997. Dentro de dicho movimiento, se produjo además una interesante obra sobre la justicia publicada originalmente en 1958; me refiero a Goldschmidt, Werner, *La ciencia de la justicia (Dikelogia)*, Buenos Aires, Depalma, 1986.

¹⁴⁵ Entre otros textos, pueden verse los de Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; Comanducci, Paolo, “El neoconstitucionalismo”, *Hacia una teoría analítica del derecho: ensayos escogidos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010; Bautista Etcheverry, Juan, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006; Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, trad. de A. Greppi, Madrid, Trotta, 2006; Ferrajoli, Luigi, Moreso, Juan José y Atienza, Manuel, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008; Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2a. ed., México, Fontamara, 1999; Vigo, Rodolfo L., *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2016, y Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995.

¹⁴⁶ Desde luego que dicha rehabilitación de la reflexión material sobre la justicia y el derecho, con sus correspondientes implicaciones éticas —además de políticas, sociales y económicas— no es unánimemente aceptada. Puede citarse el ejemplo del estudioso argentino E. Barbarosch, quien siguiendo la postura metaética del escepticismo moral propuesta por el filósofo analítico John L. Mackie, afirma rotundamente la inexistencia de hechos, verdades o conocimientos morales. De ahí que para él —como para algunos filósofos, eticistas, sociólogos, economistas, politólogos y juristas— siga siendo inviable la justificación ética de cualquier teoría normativa de la justicia. No obstante, aún entre dicho sector, integrado en buena parte por pensadores analíticos y positivistas, se considera que es posible y necesario fundar normativamente a la justicia, lo que consideran que sólo puede alcanzarse mediante el acuerdo intersubjetivo resultante de la deliberación, que debe llegar a cierto consenso sobre los principios para construir los criterios de justicia aplicables a las instituciones, así como a las relaciones y a la adecuada distribución de los bienes primarios en una sociedad democrática.

Igualmente, resultaba pertinente recuperar los tipos tradicionales de la justicia y la reflexión en torno a sus diferentes medidas — estrictas y proporcionales, conmutativas, distributivas y legales —, aunque dicha recuperación exija a su vez de una indispensable actualización respecto de los nuevos referentes filosóficos y culturales.

Fue así como dentro del anterior contexto, desde la segunda mitad del siglo XX —en realidad desde finales del siglo XIX—, varios autores fueron recuperando una tradición que fue relegada, en muchos casos, por motivos más bien ideológicos.

De hecho, la solidez y fertilidad de la concepción clásica era tan poderosa, que sus planteamientos fueron preservados y recatados, prácticamente en su integridad, por los cultores del realismo moderado y del iusnaturalismo clásico.¹⁴⁷

Cfr. Barbarosch, Eduardo, *Teorías de la justicia y la metaética contemporánea*, 2a. ed., Buenos Aires, La Ley y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013, *passim*, aunque resumidamente en pp. 11-13.

¹⁴⁷ El aprovechamiento iusfilosófico reciente del pensamiento aristotélico-tomista puede encontrarse en una gran cantidad de autores y obras, que deslindándose del iusnaturalismo moderno racionalista, han recuperado el iusnaturalismo clásico. Dicha recuperación partió del ámbito de la teología hacia finales del siglo XIX —habiendo sido promovido por el papa León XIII—, proyectándose en la filosofía y en la filosofía jurídica ya durante el siglo XX. Entre los autores más representativos de esta corriente pueden citarse, en orden cronológico, L. Taparelli, J. Balmes. V. Catherein, R. Rodríguez de Cepeda, H. Rommen, J. T. Delos, J. Messner, E. von Hippel, J. Maritain, G. Granieris, A. F. Utz, A. Passerin d'Entreves, S. Cotta, L. Legaz, A. Truyol y Serra, A. de Asís, F. Olgiati, O. N. Derisi, M. Villey, R. Preciado Hernández, A. Basave Fernández del Valle, J. B. Vallet de Goytiso. Cfr. Hervada, *Historia de la ciencia del derecho natural...*, *cit.*, pp. 323 y ss., y Puy, *Teoría científica del derecho natural...*, *cit.*, p. 174. Entre los textos y autores pertenecientes a esta corriente que han sido considerados, destacan Adame Goddard, Jorge, *Filosofía social para juristas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-McGraw-Hill, 1998; Aubert, Jean Marie, *Ley de Dios, leyes de los hombres*, trad. de D. Ruiz, Barcelona, Herder, 1979; D'Agostino, Francesco, *Filosofía del derecho*, trad. de J. Rodríguez, Bogotá, Temis-Universidad de La Sabana, 2007; Basave Fernández del Valle, Agustín, *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 2001; Carpintero Benítez, *Historia del derecho natural...*, *cit.*, Castañeda, Daniel H., *Hacia una nueva filosofía de la jurisprudencia*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2012; Cruz Prados, *Sobre la realidad del derecho...*, *cit.*, Paulo Ferreira da Cunha, *Filosofía do direito*, 2a. ed., Almedina, Coimbra, 2013; Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2011; Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 2a. ed., Pamplona, EUNSA, 1995; Lorca Navarrete, José F., *Temas de teoría y filosofía del derecho*, 5a. ed., puesta al día y ampliada por M. I. Lorca., Madrid, Pirámide, 2004; Novoa Monreal, Eduardo, *¿Qué queda del derecho natural? Reflexiones de un jurista cristiano*, Buenos Aires, Depalma, 1967; Otero Parga, Milagros, *El presente de la filosofía del derecho*, Madrid, Reus, 2020; Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del derecho. Analogía de proporcionalidad*, México, Porrúa, 2003; Puy, Francisco, *Teoría científica del derecho natural*, 4a. ed., México, Porrúa, 2006; Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Jus, 1947; Rabbi-Baldi, Renato (coord.), *Las razones del derecho natural*, 2a. ed.,

IV. POSIBILIDADES Y HORIZONTES ACTUALES

1. *Su necesidad y conveniencia*

La recuperación de la teoría clásica de la justicia resulta fundamental para la reflexión jurídica, pues las ideas y teorías de la justicia modernas, contemporáneas y actuales —desde Hume, Hobbes, Locke, Rousseau y Montesquieu, hasta Rawls, Sen, Nussbaum y Pogge, pasando desde luego por Kant—, son en realidad fragmentarias y limitadas al menos por tres razones.¹⁴⁸

En primer lugar, porque fueron desarrolladas desde perspectivas materiales parciales; es decir, desde la óptica —casi unilateral— de la ética, la economía, la política o la cultura, y con escasa —o nula— consideración del derecho, que es interdisciplinario por definición. Adolecen pues de una falta de comprensión integral de la justicia.

En segundo lugar, porque fueron resultado de la proyección de diversas concepciones específicas, desde el liberalismo hasta el comunismo, pasando por el empirismo, el sensualismo, el contractualismo o el criticismo. Se encuentran pues sesgadas por las mismas exigencias de su peculiar epistemología y método.

En tercer lugar, porque desde el “politeísmo de los valores” al que se refería M. Weber, actualmente exponenciado por el pluralismo cultural, han pretendido configurar a la justicia de un modo procedimental y consensual.

Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008, que contiene interesantes reflexiones de varios iusnaturalistas actuales, como F. D’Agostino, P. Ferreira da Cunha, R. P. George, A. Kaufmann, C. I. Massini, A. Ollero, J. M. Trigeaud, J. Saldaña, R. L. Vigo, F. Viola, Ángel Sánchez de la Torre, *Textos y estudios sobre derecho natural*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1985; Trigeaud, Jean-Marc, *Humanismo de la libertad y filosofía de la justicia*, trad. de M. L. Marin, Madrid, Reus, 1991; Vallet de Goytisolo, Juan B., *Metodología de la determinación del derecho*, t. 1: Parte Histórica, Madrid, Centro de Estudio Ramón Areces-Consejo General del Notariado, 1994, y Villey, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, trad. de Dioriki Pamplona, Universidad de Navarra, 1979.

¹⁴⁸ Sobre las principales teorías modernas, véase —como se propuso anteriormente— a Boucher y Kelly, *Social Justice From Hume to Walzer...*, *cit.*, caps. 1, 2 y 3; Fleischacker, *A Short History of Distributive Justice...*, *cit.* (primera parte), así como los capítulos 4, 5 y 6 de Johnston, *A Brief History of Justice...*, *cit.*, y la obra completa de Floistad, *Philosophy of Justice...*, *cit.* Para el más reciente desarrollo de las teorías de la justicia, en sus vertientes social (a partir del último tercio del siglo XIX) y de la justicia internacional o global (posterior a 1970), véanse más bien —como se indicó anteriormente— los textos y autores a los que se hace referencia en los siguientes capítulos relativos a las mismas.

De esa manera han reducido los contenidos materiales de la justicia a la mera formalidad de las reglas del discurso (J. Habermas), o a la generalidad de los principios que serían objeto de un hipotético acuerdo dentro del mismo (J. Rawls).¹⁴⁹

Y, evidentemente, tales generalidades abstractas resultan insuficientes para el derecho, que requiere —como se lo ofrecía la teoría clásica— tanto de generalidades intermedias —reglas, instituciones y procedimientos— como de métodos adecuados para la determinación de sus principios y reglas.¹⁵⁰

Por ello mismo y más allá de su indudable riqueza conjunta, en lo particular, todas las anteriores ideas y teorías sobre la justicia resultan incompletas, además de que muchas son también contradictorias entre sí.

De ahí que sean incapaces en lo individual de comprender y orientar al derecho y a los ordenamientos jurídicos de nuestro tiempo.¹⁵¹ En este sentido, conviene —como se propondrá— su aprovechamiento común, que además se beneficiaría enormemente de la concepción y tipología clásicas, que puede ayudar a vertebrarlas entre sí.

Las teorías modernas y contemporáneas sobre la justicia, como se verá, han realizado valiosísimas contribuciones a la comprensión de la sociedad, la política, la economía y el derecho.

Sin embargo, dada su fragmentariedad, sesgo epistemológico y generalidad, podrían ser mucho mejor aprovechadas si se proveyese a su articulación integradora sobre la base de los conceptos y tipos de la justicia clásica.

¹⁴⁹ Vale la pena la destacar la interesante contrastación que hace entre la concepción antigua y medieval de la justicia, *vis a vis* a la moderna y contemporánea, Reyes-Mate, Manuel, *Tratado de la injusticia*, Barcelona, Anthropos, 2011.

¹⁵⁰ Aun sin ser jurista, lo comprende también así el filósofo P. Ricoeur, quien en tal sentido propone, de modo semejante al planteamiento que sugiere la presente obra, complementar las teorías modernas y contemporáneas (plenamente formales en virtud de su procedimentalismo) con la clásica (formal imperfecta, o como se ha afirmado en el presente libro, relativamente indeterminada). *Cfr.* Ricoeur, “Le juste entre le légal et le bon” ..., *cit.*, pp. 38 y ss.

¹⁵¹ Así lo ha destacado, entre otros A. Beever, observando cómo el concepto y las categorías tradicionales permiten comprender mejor al derecho que las teorías modernas, que de hecho constituyen a veces un obstáculo para entender numerosas instituciones jurídicas, obligando a forzar, o bien las categorías conceptuales modernas o bien a desnaturalizar la realidad de los ordenamientos jurídicos. Véase Beever, Allan, *Forgotten Justice. The Forms of Justice in the History of Legal and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 243 y ss., y 276 y ss.

2. *Las actualizaciones necesarias*

Más allá de la validez parcial de la teoría clásica de la justicia en nuestros días, es indudable que la evolución del pensamiento y las instituciones desarrollados sobre todo a partir del siglo XVIII, la obligan a ponerse al día respecto de las adecuaciones y complementos que le ofrecen:

- a) la cosmovisión moderna-contemporánea y actual;
- b) la nueva justicia social, desde finales del siglo XIX;
- c) las más recientes teorías sobre la justicia, a partir de los años setenta, y
- d) la cuestión sobre la justicia global, que ha venido siendo objeto de especial interés desde la segunda mitad del siglo XX, aunque con mayor énfasis a partir de su último tercio.

Efectivamente, la doctrina clásica debe en primer lugar reformularse a partir de su diálogo, tanto con la cosmovisión moderna-contemporánea, como con la que ha venido configurándose más recientemente, en clave crítica, posmoderna, intercultural y global, tratando de responder a los nuevos referentes generales de nuestra época.¹⁵²

Sin embargo, cabe destacar —a contrapelo de cierto radicalismo posmoderno— que dicho diálogo no debe caer en las trampas de un hiperrelativismo nihilista.

Pueden criticarse —o sea, discernirse críticamente— los metarrelatos (J. F. Lyotard), pero sin caer en una fobia irracional al metarrelato (lyotardianismo), que descalifica *a priori* cualquier teoría filosófica, política, económica o jurídica. Pueden también criticarse los discursos y las instituciones, identificando en los mismos formas encubiertas de poder y opresión (M. Foucault); pero sin dejarse llevar por una paranoia (foucaultismo) incapaz de reconocer la verdad del otro. Pueden igualmente deconstruirse los textos buscando jerarquías violentas (J. Derridà); pero sin pretender negar las realidades metatextuales, ni imponer tampoco oposiciones invertidas que generen nuevas jerarquías (deconstructivismo).¹⁵³

¹⁵² Sobre la necesidad de que la filosofía jurídica dialogue con los referentes culturales de cada época y sobre los referentes propios de la modernidad-contemporánea, véase Pampillo Baliño, *Filosofía del derecho...*, cit., y Pampillo Baliño, *Historia general del derecho...*, cit., cap. 10.

¹⁵³ Sobre la actitud, el pensamiento, los retos y peligros del posmodernismo, véase Pampillo Baliño, *Historia general del derecho...*, cit., cap. 10. Véase también a Pampillo, *Árboles de doce ramas. La crisis de la cultura occidental y sus vías de superación...*, cit., y a Valverde, Carlos, *Génesis, estructura y crisis de la Modernidad*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1996, pp. 339

Es indudable que el espíritu —*zeitgeist*— posmoderno refleja una parte de la sensibilidad de nuestro tiempo. Pero dicha sensibilidad, aunque debe tenerse en cuenta para dialogar con ella, no puede desde su concepción subjetiva —*weltbild*—, pretender desacreditar de entrada las demás perspectivas e imponerse sobre ellas —ni siquiera en nombre de las minorías—, en detrimento no sólo de las otras voces sino incluso de la realidad misma.

De otra manera —en palabras de H. Pluckrose—, el propio posmodernismo se convertiría en “un metarrelato lyotardiano, un sistema foucaultiano de poder discursivo y una jerarquía opresiva derridiana”.¹⁵⁴

Dicho sea lo anterior sin demérito de reconocer, por otro lado, algunas importantes contribuciones críticas que específicamente M. Foucault y J. Derridà han hecho particularmente en el ámbito de la reflexión sobre el derecho y la justicia. En el caso de Foucault, criticando la manera en la que el lenguaje jurídico y las instituciones político-jurídicas pueden contribuir a legitimar ciertas formas opresivas de dominación.¹⁵⁵ En el caso de Derridà —en semejante dirección—, cuestionando lo que llama “metafísica del derecho” como la suposición de su neutralidad política y coherencia interna, para mostrar cómo en ocasiones el lenguaje jurídico, como constructo cultural, se encuentra plagado de contradicciones, debiéndose cuestionar sus conceptos tradicionales, que también encubren pretensiones de poder y dominación, por lo cual resulta necesaria su “deconstrucción”.¹⁵⁶

Pero más allá de la digresión anterior, lo cierto es que la teoría clásica necesita de un *aggiornamento*, haciéndose cargo de los planteamientos y las

y ss. Aunque con carácter más bien divulgativo y por lo mismo general, véase el sugerente artículo de Pluckrose, Helen, “Cómo los intelectuales franceses arruinaron Occidente: la explicación del posmodernismo y sus consecuencias”, trad. de P. Duarte, *Revista Letras Libres*, México, julio de 2019, disponible en: https://www.letraslibres.com/mexico/cultura/como-los-intelectuales-franceses-arruinaron-occidente-la-explicacion-del-posmodernismo-y-sus-consecuencias#.YDoUI_1TWQs.facebook.

¹⁵⁴ Pluckrose, “Cómo los intelectuales franceses arruinaron Occidente: la explicación del posmodernismo y sus consecuencias”..., *cit*.

¹⁵⁵ Entre la extensa obra de Foucault, puede verse Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, trad. de A. Garzón, México, Siglo XXI, 1975, y Foucault, Michel, *Microfísica del poder*, trad. de J. Varela y F. Álvarez-Uría, Madrid, La Piqueta, 1980. Sobre su crítica jurídica pueden consultarse las obras de Benente, Mauro (coord.), *Michel Foucault. Derecho y poder*, Buenos Aires, Editorial Didot, 2019, y de Goulder, Ben y Fitzpatrick, Peter, *Foucault's Law*, Londres, Routledge, 2009.

¹⁵⁶ Sobre la obra de Derridà relacionada con el derecho y la justicia puede verse *Fuerza de ley. El “fundamento místico de la autoridad”*, trad. de A. Barberá y A. Peñalver, Alicante, Biblioteca Virtual Cervantes, 2001. Sobre su crítica jurídica, puede consultarse la obra de Lèbre, Jérôme, *Derrida. La justicia sin condiciones*, Buenos Aires, Poder Judicial de Buenos Aires y Jusbaire, 2012.

críticas —muchos legítimos, al menos en parte— que le han sido formulados desde los albores de la Modernidad y hasta nuestros días.

Para ello, podrían servirle el conjunto de actitudes, perspectivas y métodos que se propusieron desde el comienzo, mismos que le permitirían entrar en un diálogo enriquecedor con las anteriores cosmovisiones y teorías, en provecho de ambas.¹⁵⁷

Igualmente, la teoría tradicional requiere completarse y asumir los fenómenos y las teorías que se han desarrollado en torno a la justicia social y a la justicia global.¹⁵⁸ En efecto, la teoría clásica de la justicia se muestra parcialmente limitada para interpretar adecuadamente los nuevos conflictos sociales que se suscitaron especialmente desde finales del siglo XIX y que subsisten hasta nuestros días.

Conflictos que —debe subrayarse— fueron generados por la emergencia de una nueva clase de sujetos, diferentes de los individuos y de la comunidad: los grupos. Ciertamente, con motivo en primer lugar de las consecuencias económicas y sociales de la revolución industrial y su proyección originaria en los ámbitos obrero y agrario, se fue planteando la urgencia de atender sus reclamos y pretensiones colectivas. Pero luego, otros grupos minoritarios o vulnerables fueron paulatinamente exigiendo reconocimiento y protección: desde los indigentes, las mujeres y los afroamericanos, hasta los consumidores y las minorías étnicas o religiosas.

El acento que las clases tradicionales de la justicia pusieron en las relaciones entre los individuos y respecto de la colectividad, concebidas en términos armónicos, a partir de las nociones de comunidad y bien común, y desde una racionalidad compartida, las incapacitaban parcialmente para trasladar su énfasis a las nuevas luchas grupales, caracterizados por postular intereses en conflicto.

En tal sentido, debe advertirse que incluso las mismas exigencias materiales redistributivas de dichos grupos, estuvieron —al menos en parte— basadas sobre una lógica distinta, nacida de la toma de conciencia de su particular situación.

De ahí su posterior reclamo del reconocimiento de su identidad y de su diferencia, como condición para una auténtica superación de un estatus de dominación y opresión histórica.

¹⁵⁷ Se hace referencia, desde luego, a la apertura, la dialoguicidad —racional e intercultural—, la hermenéutica analógica, la interdisciplinariedad, el pluralismo y la precomprensión. Véase *supra* capítulo primero, apartado I.

¹⁵⁸ Véase *infra* capítulos tercero y quinto.

Tal fue el hueco —creado por el individualismo de la cosmovisión moderna— que pretende llenar la justicia social.

Por eso la justicia social se ocupa de los grupos de personas relegados: obreros y agricultores, pobres y enfermos, mujeres y razas, pueblos, culturas y comunidades, que se encuentran y se consideran a sí mismos rezagados en términos de bienes, capacidades, reconocimiento, participación y representación igualitaria, exigiendo una especial consideración.

Se imponía así el desarrollo de un nuevo derecho social y de una nueva justicia social, que habrían de reconfigurar al derecho a través de sus reivindicaciones.

Reivindicaciones que por lo demás, debieron —y deberán— atemperarse a partir de la consideración de los demás intereses y principios —individuales y sociales— que derivan de las demás tendencias expuestas. En efecto, la socialización del derecho, viene desarrollándose —como se expuso— junto con su estatalización, privatización, globalización y reconstitucionalización, cada cual con su relativa legitimidad.

Finalmente respecto de las limitaciones que debe superar la teoría tradicional de la justicia, debe mencionarse, que sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, se ha venido configurando una nueva comunidad internacional.¹⁵⁹

La creación de bloques económicos regionales, el desarrollo de nuevos ordenamientos jurídicos —internacionales (universales y regionales), transnacionales y globales comunes— y el creciente establecimiento de tribunales supranacionales, requiere de una necesaria digresión sobre la justicia internacional y la justicia global, que trascienden los esbozos de una justicia cosmopolita apenas insinuados por la teoría clásica.

De las anteriores cuestiones, sobre todo el desarrollo de justicia social y de la justicia internacional y global, se ocuparán los siguientes capítulos.

3. *La recuperación del sentido ético y comunitario*

Con independencia de lo adelantado respecto de la justicia social —a la que se dedicará el siguiente capítulo—, en el sentido de que postula la especial consideración de ciertos grupos al interior de la sociedad, cuya marginación ha precisado de instrumentos específicos para lograr su inclusión, tanto a través de la distribución material de recursos como del reconoci-

¹⁵⁹ Véase *infra* capítulo cuarto, apartados II y IV.

miento posmaterial de sus identidades, vale la pena hacer las siguientes consideraciones.

Indudablemente, el decurso de la historia es irrevocable y no cabe retorno al pasado. No obstante, sería deseable —y factible— que en paralelo a la satisfacción de la deuda de justicia para con los referidos grupos vulnerables y las personas que los integran, pudiera restablecerse también el sentido comunitario, solidario y colaborativo de la virtud ético-social de la justicia, como complemento necesario de la justicia jurídica.¹⁶⁰

Tal ha sido en parte el planteamiento de los llamados comunitaristas, como A. MacIntyre, M. Walzer, M. Sandel y Ch. Taylor, quienes a partir del último tercio del siglo XX, han venido planteando la conveniencia de recuperar la noción tradicional de “comunidad”.

Frente a los excesos de cierto liberalismo-individualista-capitalista-productivista-consumista-y-contractualista, que en realidad provocó —o al menos agravó— la vulnerabilidad de muchos de dichos grupos, los mencionados autores, entre otros, han venido insistiendo en la necesidad de retomar los conceptos de “bien común”, “ética social” y “vida buena”, propios del pensamiento clásico.¹⁶¹

Pensamiento clásico que, por otro lado, debe evitar caer en la tentación opuesta al individualismo, es decir, en el colectivismo, recuperando el sentido profundo del conocido aforismo según el cual: “la sociedad es absolutamente para el hombre”, mientras que “el hombre es solo relativamente para la sociedad”.

Es decir, de lo que se trata es de retomar la noción de “bien común” como *ergon*, como fin de la sociedad y como medio al servicio de la persona, verdadero fin último de la sociedad, que es también la propuesta filosófica del “personalismo comunitario”.¹⁶²

Pero, además de reivindicar el compromiso común de todas las personas y grupos con el conjunto de la sociedad, desde una perspectiva específi-

¹⁶⁰ Véase, por todos, MacIntyre, Alasdair, *After Virtue A Study in Moral Theory*, 3a. ed., Indiana, University of Notre Dame Press, 2007.

¹⁶¹ Sobre los comunitaristas y su crítica a la ética liberal y a las teorías liberales de la justicia, puede verse a Campbell, Tom, *La justicia, los principales debates contemporáneos*, trad. de S. Álvarez, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 51 y ss. Desde una perspectiva crítica, véase a Vázquez, Rodolfo, *Teorías contemporáneas de la justicia. Introducción y notas críticas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas y otros, 2019, pp. 83 y ss. Entre los citados autores, puede verse a Sandel, Michael J., *Justice. Whats the Right Thing to Do?*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2009, pp. 135 y ss.

¹⁶² *Cfr.* Mounier, Emmanuel, “¿Qué es el personalismo?”, *Obras Completas*, Salamanca, Sígueme, 1992.

camente ético-social, la perspectiva comunitaria resulta también adecuada para criticar —como lo ha hecho con razón MacIntyre—, el paradójico fenómeno de la egoísta e insolidaria exigencia de nuevos derechos, cuando no va acompañada de la ineludible disposición para asumir sus necesarias obligaciones.¹⁶³

Nos recuerda así que cada derecho —individual o colectivo—, se traduce a su vez en obligaciones y cargas —personales, grupales o sociales—, debiendo además articularse con los derechos de los demás. MacIntyre advierte que más allá del discurso eufemístico de los derechos, es necesario hacer especial hincapié en la reflexión sobre las obligaciones, fomentando al interior de la sociedad una toma de conciencia de las obligaciones y deberes sociales que cierta cultura individualista ha relegado.

Las anteriores consideraciones hechas por el comunitarismo son fundamentales.

Por un lado, aunque la justicia jurídica —como pretensión exigible— nazca de la reconducción del conflicto, su realización plena sólo puede alcanzarse —como sugería Hesiodo— mediante la paz y el buen orden, que exige el equilibrio entre derechos y obligaciones, bienes y cargas, libertades y responsabilidades. Y ello requiere, además de la justicia social y de la buena política, de la justicia personal como un mínimo de ética civil imprescindible para consolidar la vida en sociedad.

Igualmente, para que la lucha por los derechos sea verdaderamente legítima y justa, es necesario que considere la necesidad de distribuir, proporcionalmente, las deudas que conllevan; es decir, definir y repartir en forma adecuada las obligaciones y cargas, así como establecer los instrumentos para garantizar su efectividad.

¹⁶³ MacIntyre, Alasdair, *Whose Justice? Which Rationality?*, Indiana, University of Notre Dame Press, 1988.

CAPÍTULO TERCERO

PRINCIPALES TEORÍAS DE LA JUSTICIA SOCIAL

I. PRECEDENTES Y ANTECEDENTES

1. *Deberes morales y obligaciones imperfectas*

La configuración de la justicia social —como la entendemos actualmente—, inició su desarrollo hasta la segunda mitad del siglo XIX.

Sin embargo, desde los orígenes de la humanidad y específicamente de la cultura jurídica occidental, pueden ubicarse importantes precedentes.

Así, encontramos anticipos, por ejemplo, en los *misrarum* babilonios como el Código de Hammurabi, en el *maat* de los egipcios, en el *mishpat* y *tsadak* de los hebreos, en la *filantropía* de los griegos, en la *pietas*, *humanitas* y *clementia* de los romanos y, desde luego —y por antonomasia—, en la *cháritas* cristiana.¹⁶⁴

Tales valores y conceptos se tradujeron a su vez en diversas instituciones de beneficencia, que fueron encargadas del cumplimiento de los deberes de justicia para con los pobres, los huérfanos, los enfermos, los forasteros, las viudas y, en general, para las personas en situación de desventaja.

Sin embargo, en su mayoría dichas instituciones sociales fueron más bien fruto de la virtud de la justicia general; es decir, expresiones meritorias de una conciencia ética y no tanto el producto de las exigencias de una verdadera justicia jurídica.

¹⁶⁴ Sobre los derechos de las antiguas culturas orientales, entre otros, pueden verse en general las esquemáticas obras de Álvarez Román, José Antonio, *El derecho en las culturas orientales*, México, Jus, 1983; Seux, Marie-Joseph, *Leyes del antiguo Oriente*, trad. de N. Darrical, Navarra, EDV, 1992; Verkindere, *La justicia en el Antiguo Testamento...*, *cit.*, y Villoro Toranzo, *Del derecho hebreo...*, *cit.* Sobre los valores propios del derecho romano, se remite específicamente a la obra de Shulz, *Principios de derecho romano...*, *cit.* Sobre la *cháritas* cristiana y su valor jurídico, véase Fantappiè, *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa...*, *cit.*; Hervada y Lombardía, *El derecho del pueblo de Dios...*, t. I., *cit.*, y Orlandis, *Historia de las instituciones de la Iglesia...*, *cit.*

Hubo desde luego excepciones, como las leyes sociales del *Deuteronomio* y del *Levítico*, cuyos jubileos de redención de deudas y de rescate de la propiedad eran jurídicamente obligatorios, aunque no siempre fueron cumplidos.¹⁶⁵

Igualmente, la teoría clásica de la justicia estaba empapada de un *ethos*, que sobre todo a partir de su cristianización, tendía naturalmente al reconocimiento de obligaciones jurídicas en materia social. En este sentido, cabe mencionar que dentro del iusnaturalismo clásico, existió desde la época de la jurisprudencia romana una corriente de pensamiento que afirmó la posesión común originaria de todos los bienes —*communis omnium possessio*—, frente a cierta concepción absoluta de la propiedad privada.¹⁶⁶

Dicho concepto —introducido por Cicerón y acogido por Ulpiano— permitía entender tanto la existencia de los bienes comunes (*res communes*) como la obligación jurídica de contribuir al bien común (*bonum commune*).¹⁶⁷

Posteriormente, la recepción de la doctrina ciceroniana del dominio común de los bienes por la Patrística condujo, específicamente en materia de pobreza, a que algunos padres de la Iglesia —como el papa Gregorio Magno—, afirmasen la existencia de un auténtico deber de justicia jurídica y no sólo de misericordia, para con los necesitados.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Véase nuevamente a Verkindere, *La justicia en el Antiguo Testamento...*, cit., y Villoro Toranzo, *Del derecho hebreo...*, cit.

¹⁶⁶ En general puede verse a Carpintero, *Historia del derecho natural...*, cit., *passim*, y a Hervada, *Historia de la ciencia del derecho natural...*, cit., *passim*. Específicamente sobre el *communis omnium possessio* y su posterior influencia en F. de Vitoria, véase a Añaños Meza, María Cecilia, “El título de sociedad y comunicación natural de Francisco de Vitoria. Tras las huellas de su concepto a la luz de la teoría del dominio”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, México, 2012. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v12/v12a15.pdf>.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ A manera de botón de muestra, se cita un pasaje de la *Regla Pastoral* de San Gregorio donde se advierten tres principios fundamentales de la doctrina social cristiana a la que se hará posterior referencia en el capítulo sexto: destino universal de los bienes, propiedad privada y solidaridad, mismos que serían posteriormente recogidos y ordenados en especial por Santo Tomás de Aquino. Dice así la *Regla Pastoral*: “Hágaseles comprender a los que, ni roban lo ajeno, ni dan de lo propio, que la tierra, de la que han sido formados, es un bien común a todos los hombres, y que, por tanto, los frutos que da la tierra pertenecen a todos. Yerran, creyéndose libres de toda culpa, cuando usurpan como bien privado, lo que es un don de Dios, común a todos, pues al no dar lo que han recibido, ocasionan un daño a sus prójimos, y hacen perecer de ellos a tantos, cuantos son los pobres que mueren privados de sus socorros. Pues cuando proporcionamos a los menesterosos lo que necesitan, no les damos de lo nuestro, sino que les devolvemos lo que es suyo: más bien que cumplir una obra de caridad, pagamos una deuda de justicia”. San Gregorio Magno, *Regla Pastoral*. Disponible en https://mercaba.org/Libros/Gregorio_Magno/regla_pastoral_0.htm, tercera parte, cap. XXI, 2. El resaltado en cursivas es añadido.

La anterior doctrina iusnaturalista se generalizó hacia la baja Edad Media tanto por medio de la teología escolástica con Tomás de Aquino como a través de las opiniones de varios juristas civilistas como Azzo y Accursio, o canonistas como Huguccio, Juan Teutónico o Raymundo de Peñafort.¹⁶⁹

Dicha tesis fue llevada hasta sus últimas consecuencias por los teólogos juristas de la Escuela de Salamanca, integrada —entre otros— por F. de Vitoria, F. Suárez, L. Molina, D. Soto y F. Vázquez de Menchaca.

Además, conviene recordar que los postulados teóricos de la segunda escolástica fueron retomados en la defensa de los indios americanos por parte —entre otros— de Antonio de Montesinos, Bartolomé de las Casas o Vasco de Quiroga, destacando los pueblos-hospitales del último, inspirados en la *Utopía* de Tomás Moro.¹⁷⁰

La trascendencia del anterior pensamiento y reclamos indios llevó al pronto reconocimiento de la humanidad, libertad y propiedad de los natu-

¹⁶⁹ El argumento que seguían dichos juristas, expuesto en su versión más acabada por Santo Tomás de Aquino, en general era el siguiente: *i*) partiendo de que Dios había concedido a todos los hombres la posesión común de la tierra por derecho natural, y *ii*) de que la propiedad privada se había desarrollado en virtud del derecho humano, *iii*) esta última sin embargo no es contraria al derecho natural y de hecho resulta útil y eficiente para ordenar la sociedad, el trabajo, las tareas y el bien común, y *iv*) sin embargo, subsiste, en atención al derecho natural, la obligación de asistir a los pobres en tiempos de necesidad. En las propias palabras conclusivas del Doctor Común: “en caso de necesidad, todas las cosas son comunes” (*in extrema necessitate omnia sunt communia*) *Summa Theológica*, II-II q. 62 a. 5, n. 15, abundando posteriormente “Por tanto, por derecho natural, todas aquellas cosas en que sobreabunda el rico, están destinadas para la sustentación del pobre”. *Summa Theológica*, II-II q. 66 a. 7. Cfr. la exposición de Añaños, “El título de sociedad y comunicación natural...”, *cit.*, p. 560.

¹⁷⁰ Sobre la segunda escolástica española, las polémicas indianas y la defensa de los indios, puede verse Arce Gargollo, Pablo, *Biografía y guía bibliográfica. Vasco de Quiroga. Jurista con mentalidad secular*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2007; Beuchot, Mauricio, *Filosofía social de los pensadores novohispanos. La búsqueda de la justicia social y el bien común en tiempos del virreinato*, México, IMDOSOC, 2000; Carpintero Benítez, Francisco, *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1977; De la Torre Rangel, *Tradicón iberoamericana de derechos humanos...*, *cit.*; Hernández Martín, Ramón, *Francisco de Vitoria. Vida y pensamiento internacionalista*, Madrid, BAC, 1995; Hernández Sánchez-Barba, Mario, *Francisco de Vitoria*, Madrid, Universidad Francisco de Vitoria, 2009; Gallegos Rocafull, José M., *La doctrina política del P. Francisco Suárez*, México, Jus, 1948, Gómez Robledo, Antonio, *El magisterio filosófico y jurídico de Alonso de la Veracruz*, México, Porrúa, 1984; Gómez Robledo, Ignacio, *El origen del poder político según Francisco Suárez*, México, Jus, 1948; Miranda, Francisco, *Vasco de Quiroga. Varón universal*, México, Jus, 2006; Pérez Luño, Antonio-Enrique, *La polémica sobre el Nuevo Mundo*, Madrid, Trotta, 1995; Rovira Gaspar, María del Carmen, *Francisco de Vitoria. España y América. El poder y el hombre*, México, M. A. Porrúa, 2004; Salord Bertrán, Manuel Ma., *La influencia de Francisco de Vitoria en el derecho indiano*, México, Porrúa, 2002, y Zavala, Silvio, *Repaso histórico de la bula Sublimis Deus de Paulo III en defensa de los indios*, México, Universidad Iberoamericana-El Colegio Mexiquense, 1991.

rales en la bula *Sublimis Deus*, así como a la incorporación de muchas de sus propuestas prácticas en las Leyes de Indias, que aunque con frecuencia no se respetaron, establecieron *de iure* mejores condiciones que las prevalecientes para los obreros en pleno siglo XIX.¹⁷¹

Incluso se considera que la justicia protectora (*protective justice*) como proyección de la justicia distributiva en relación a la tutela de derechos, puede encontrar su primera configuración moderna en el régimen jurídico establecido a favor de los naturales americanos.

Regresando específicamente a la cuestión de la pobreza, cabe puntualizar que el famoso *ius communicationis* de Vitoria, se refería no solamente a la comunicación del pensamiento y de la vida social, sino también de los propios bienes, siendo su posición compartida, desde conceptos similares, por muchos otros juristas que consideraban la existencia de auténticos deberes de justicia frente a los necesitados.¹⁷²

En la misma línea, cabría recordar la aportación del humanista español Juan Luis Vives sobre la asistencia a los pobres (*subventio pauperum*), que

¹⁷¹ En relación con el derecho indiano en general y sobre la protección de los naturales, pueden revisarse las obras de Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho indiano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012; Icaza, Francisco de, *Plus ultra. La monarquía católica en Indias (1492-1898)*, 2a. ed., México, Porrúa, 2016; Muro Orejón, Antonio, *Lecciones de historia del derecho hispano-indiano*, México, Miguel Ángel Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 1989; Sánchez Bella, Ismael et al., *Historia del derecho indiano*, Madrid, Mapfre, 1992; Tau Anzoátegui, Víctor, *¿Qué fue el derecho indiano?*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, y Zavala, Silvio, *Las instituciones jurídicas en la conquista de América*, México, Porrúa, 1988.

¹⁷² Se remite nuevamente al espléndido trabajo de Añaños, “El título de sociedad y comunicación natural de Francisco de Vitoria. Tras las huellas de su concepto a la luz de la teoría del dominio”..., *cit.* Otro ejemplo conocido es el de Luis de Molina, cuya obra es sobre todo jurídica más que teológica, abordando así cuestiones de estricto derecho (propiedad, derechos reales, contratos, sucesiones, etcétera), así como citando a los principales juristas romanos y medievales más destacados, además de Aristóteles, Santo Tomás de Aquino y otros filósofos y teólogos incluso contemporáneos de la segunda escolástica. El texto en cuestión se encuentra al comienzo mismo del tomo primero de su *Iustitia et Iure*, en que junto con la distinción entre los tipos tradicionales de justicia, observa que la caridad forma parte de la justicia distributiva. Y, posteriormente, puede citarse también otro pasaje en el que inequívocamente establece que las ciudades tienen un deber de justicia de proveer a las necesidades de los pobres devolviéndoles así lo que les pertenece. *Cfr.* Molina, Luis de, *De Iustitia et Iure. Tomus Primus. Complectens Tractatum Primum, et ex secundo disputationes*, Cuenca, Ioannis Masseolini, 1593, disponible en: https://www.salamanca.school/es/workDetails.html?vid=W0008_Vol01, 1.1.1 y 2.18.4. Sobre el pensamiento teológico y jurídico de Molina, puede verse también a MacGregor, Kirk R., *Luis de Molina: the Life and Theology of the Founder of Middle Knowledge*, Michigan, Zondervan, 2015.

afirmó como una auténtica obligación de los gobiernos y que habría de inspirar las leyes de pobres (*poor laws*) inglesas de 1601.¹⁷³

No obstante, a pesar de la difusión y aceptación de las anteriores doctrinas, en la práctica su concreción se llevó a cabo más bien a través de la caridad o el cumplimiento de deberes morales de beneficencia, alcanzando apenas una vaga conciencia social de ciertas obligaciones imperfectas que carecían de medios para hacerse exigibles y justiciables.

2. *El bien común y la justicia*

El verdadero antecedente funcional de la justicia social fue —hasta finales del siglo XIX— el concepto de bien común.

La doctrina del bien común, cuyos orígenes griegos y fundamentos jurídicos romanos se hizo previa referencia, fue posteriormente adoptada y desenvuelta por el pensamiento político y jurídico medieval y tempranomoderno.¹⁷⁴

Dicho *bonum commune* fue comprendido, durante ese largo periodo de tiempo, como la finalidad misma de la comunidad política y su derecho, como el *ergon* (fin y medio) de lo común, que es el acopio y reparto eficiente que llevan a cabo la justicia legal y distributiva para que cada quien aporte y reciba lo que le corresponde del haber social.

Originalmente, el reparto del bien común se encontraba a cargo de la comunidad política, obligada en términos de la justicia distributiva a ministrar seguridad, gobierno, orden jurídico, así como diversos servicios y obras públicas en beneficio colectivo.

Sin embargo, el bien común también era procurado por otras instancias de la —hoy denominada— sociedad civil: desde las fundaciones eclesiásticas —hospitales, orfanatos, escuelas— hasta los gremios, pasando los estamentos.

¹⁷³ Cfr. Panea, José Manuel, “Juan Luis Vives y la responsabilidad para con los pobres”, *Pensamiento. Revista de Investigación e Información Filosófica*, vol. 73, Madrid, Universidad de Comillas, 2017, pp. 1173 y ss. Disponible en: <https://revistas.comillas.edu/index.php/pensamiento/issue/view/626>. López de Goicoechea, Francisco Javier, “De subventionem pauperum: los tratados sobre la pobreza en los orígenes del Estado moderno”, *Revista de Estudios Jurídicos, Económicos y Sociales*, vol. I, Universidad Villanueva, Alfonso X el Sabio, 2003, disponible en: <https://revistas.uax.es/index.php/saberes/article/view/715/671>.

¹⁷⁴ Cfr. Etzioni, *The Common Good...*, cit., y Keys, *Aquinas, Aristotle, and the Promise of the Common Good...*, cit.

Para ello, los miembros de cada sociedad estaban obligados a realizar su aportación —impuestos, diezmos, aranceles— en virtud de las exigencias propias de la justicia legal.

Notablemente y aún a pesar de la rígida estratificación social —*oratores, bellatores y laboratores*— característica de la sociedad medieval, la idea de bien común la cohesionaba, brindando a sus miembros un sentido comunitario de pertenencia, así como un cierto espíritu solidario y colaborativo, basado desde luego en la fe compartida.

No obstante, debe reconocerse que durante el Medioevo, la institucionalidad de las sociedades políticas —incluso de las más desarrolladas—, era sumamente precaria y, por lo mismo, su capacidad tanto para proveerse de fondos como para distribuirlos adecuadamente era bastante limitada; máxime considerando los tremendos gastos originados por las continuas guerras.

Lo cierto es que el bien común se perfiló, en un principio, como una concepción arraigada y ampliamente compartida, presente también en la incipiente institucionalidad política y jurídica.

Sin embargo, a partir de la Modernidad, se fue sustituyendo el *ethos* político clásico por el realismo maquiavélico primero y luego por la razón de Estado —*raison d'Etat*—, por donde el bien común empezó a diluirse, hasta convertirse en una idea vaga e indeterminada, sujeta más bien a la merced regia, aunque todavía presente y activa en la estructura del *Ancien Régime*,

Así, dados sus presupuestos y concepción comunitaria —provenientes de la *imago mundi* medieval—, el concepto de bien común fue paulatinamente desplazado, como resultado del proceso de crítica, relegación y abandono por el pensamiento jurídico y político moderno-contemporáneo.

Dicha relegación obedeció —al igual que en el caso de la teoría clásica de la justicia— a las objeciones que le fueron hechas desde diversas perspectivas, particularmente desde el empirismo y el criticismo, que los tildaron de categorías metafísicas.

Además, posteriormente, el nuevo pluralismo —filosófico e ideológico— con su afirmación de las nuevas identidades grupales a partir del finales del siglo XIX —sindicalismo, agrarismo, feminismo, etcétera—, y las exigencias del multiculturalismo, tendieron a relativizar primero y a postergar después dichas nociones tradicionales.

A pesar de ello —y al igual que la concepción clásica de la justicia—, la solidez y fecundidad de la doctrina sobre el bien común le permitió sobrevivir y eventualmente resurgir en nuestros días como fuente de inspiración del pensamiento actual.

No obstante y lo mismo que la teoría clásica de la justicia, la doctrina del bien común requiere de una actualización para entender y atender adecuadamente las nuevas dinámicas sociales que fueron acogidas por la justicia social, en particular por lo que hace a los intereses de grupo.

La recuperación de la teoría clásica del bien común fue llevada a cabo por el pensamiento realista moderado, el iusnaturalismo y la doctrina social cristiana, a través de múltiples autores entre los que pueden mencionarse, primeramente a J. Maritain y J. Messner y, más recientemente, A. McIntyre y J. Finnis.¹⁷⁵

Así, hoy nos encontramos al bien común presente —explícita o implícitamente— en la mayor parte de las teorías de la justicia que se expondrán en los siguientes subapartados, particularmente en las distributivas y en su enfoque en capacidades. Igualmente, lo observamos en el campo de diversas teorías económicas del bien común.¹⁷⁶ Y lo mismo puede decirse respecto de otras corrientes pensamiento social y político.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Cfr. Le Fur, Delos, Radbruch, Carlyle, *Los fines del derecho. Bien común, justicia, seguridad*, trad. de D. Kuri Breña, México, UNAM, 1944; Murphy, “Bien común”..., *cit.*, p. 197, McIntyre, *After Virtue...*, *cit.*, y Finnis, *Natural Law...*, *cit.*

¹⁷⁶ A manera de panorama sobre las múltiples perspectivas desde las que se ha reflexionado sobre el bien común en la economía y su recíproco: la economía del bien común, puede verse: Tirole, Jean, *La economía del bien común*, trad. de M. Cerdón, Barcelona, Penguin Random, 2018; Galsim Sison, Alejo, Ferrero, José Ignacio y Guitián, Gregorio (eds.), *Business Ethics. A Virtue Ethics and Common Good Approach*, Nueva York, Routledge, 2018; Groppa, Octavio, “Una relectura de la noción de bien común y su relación con la economía”, *Éthique et économique/Ethics and Economics*, 11 (2), 2014, disponible en: <http://ethique-economique.net/>; González, Graciano, “Bienes comun(al)es y bien común”, *Utopía y Praxis Latinoamericana. Revista de la Universidad de Maracaibo*, Venezuela, vol., 20, núm. 69, abril-junio de 2015, pp. 35-52, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/279/27942241004.pdf>, y Carrelo, Renée, “Economía del bien común, una propuesta integral y holística para la empresa”, *Cuadernos de RSO*, vol. 4, núm. 2, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2016, pp. 63-80, disponible en: <https://ucu.edu.uy/sites/default/files/facultad/fce/rso/renee-carrelo.pdf>.

¹⁷⁷ Un ejemplo conocido sobre su rescate desde una perspectiva social y política lo encontramos en los planteamientos de N. Chomsky. Cfr. Chomsky, Noam, *The Common Good*, Tucson, Odonian Press, 1998. Otra aproximación más reciente que busca una adaptación histórica del concepto de bien común puede verse en Sluga, Hans, *Politics and the Search for the Common Good*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014. Varias aproximaciones políticas —también sociológicas, económicas, éticas y teológicas— en diálogo con el pensamiento cristiano pueden verse en Finn, Daniel K. (ed.), *Empirical Foundations of the Common Good*, Nueva York, Oxford University Press, 2017. E igualmente en relación con los peligros de cierto tipo de meritocracia individualista, la más reciente obra de Sandel, Michael J., *La tiranía del mérito. ¿Qué ha sido del bien común?*, trad. de A. Santos, México, Debate, 2020.

Inclusive, desde una perspectiva intercultural, se han propuesto algunos intentos de diálogo entre la noción clásica del bien común y el *suma qamaña* andino, el *ubuntu* africano y el espacio público musulmán, entre otros.¹⁷⁸

No obstante, hay que insistir en que el mejor aprovechamiento de las tradiciones filosófico-jurídicas —éticas, políticas y económicas— de las teorías clásicas sobre la justicia y bien común requiere del diálogo racional, intercultural y analógico con los nuevos fenómenos y propuestas que, en realidad, han venido a enriquecer —aunque también a complicar— los planteamientos clásicos.

II. SU ITINERARIO DE CONFIGURACIÓN HISTÓRICA

1. *El iusnaturalismo social católico*

Más allá de los anteriores precedentes y antecedentes, sin duda significativos, generalmente se acepta que el primer uso de la expresión justicia social —en una acepción aproximativa a su significado actual—, se debe al sacerdote jesuita italiano Luigi Taparelli en 1843.¹⁷⁹

Desde entonces, el concepto de justicia social iniciaría su desarrollo progresivo, empezando con la reflexión sobre las nuevas cuestiones sociales suscitadas por la Revolución Industrial.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Cfr. Belotti, Francesca, “Entre bien común y buen vivir. Afinidades a distancia”, *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 48, Quito, enero de 2014. Disponible en: <https://revistas.flacsoandes.edu.ec/>, y Cárdenas Oñate, Marisol, “Ubuntu y Bien Común”, *Discurso & Sociedad*, vol. 10(4), 2016, pp. 559-587. Disponible en: [http://www.dissoc.org/ediciones/v10n04/DS10\(4\)Cardenas.pdf](http://www.dissoc.org/ediciones/v10n04/DS10(4)Cardenas.pdf), y Salvatore, Armando y Eickelman, Dale F. (eds.), *Public Islam and the Common Good*, Leiden, Brill, 2004.

¹⁷⁹ Una buena síntesis de la vida y pensamiento de Taparelli puede verse en Otero Parga, Milagros, *El presente de la filosofía del derecho*, Madrid, Reus, 2020, pp. 69-81.

¹⁸⁰ Para profundizar sobre la breve reseña histórica que se presenta, pueden consultarse las obras de Tom Campbell, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, trad. de S. Álvarez, Barcelona, Gedisa, 2001; Capeheart, Loretta y Milovanovic, Dragan, *Social Justice: Theories, Issues, and Movements*, Nueva Jersey, Rutgers University Press, 2007; Gago Guerrero, Pedro Francisco, *Los principios de la justicia social*, Cuadernos de Trabajo Social, núm. 7, Madrid, Universidad Complutense, 1994, pp. 97 y ss., disponible en: <https://revistas.ucm.es>; Roberto, Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999; Lorenz, Walter, “The Emergence of Social Justice in the West”, *Routledge International Handbook of Social Justice*, Londres, Routledge, 2014; Miller, David, *Principles of Social Justice*, Massachusetts, Harvard University Press, 1999; Murillo Torrecilla, F. Javier y Hernández Castilla, Reyes, “Hacia un concepto de justicia social”, *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, vol. 9, núm. 4, 2011, pp. 11 y ss., disponible en:

Dicha evolución se produjo inicialmente desde el iusnaturalismo católico —Rosmini, De Mun, Pesch, etcétera, que precedió y acompañó el nacimiento de la moderna doctrina social cristiana con la encíclica *Rerum Novarum* de 1891, así como su posterior desarrollo.¹⁸¹

Contribuyeron también a la definición y difusión de la justicia social el socialismo de Estado promovido por O. von Bismark —como vacuna ante la avanzada del comunismo revolucionario—, así como el incipiente pensamiento socialdemócrata —con sus vertientes liberal y social cristianas— y el socialismo fabiano, todos caracterizados por la búsqueda de un reformismo institucional y gradualista.

Las anteriores orientaciones trataron de conjurar una ruptura violenta, como la revolución del proletariado propuesta por el marxismo (la otra gran fuente de pensamiento social), desde su crítica al derecho y al Estado burgueses.¹⁸²

Así, la justicia social comenzó a ser entendida como una especie de justicia previa y paralela a la justicia jurídica propiamente dicha. Como un reparto o redistribución de ciertos bienes, a manera de condición previa para que la justicia —como respeto al derecho— no deviniese en un instrumento de dominación, explotación y alienación, sino que más bien sancionase un orden justo.¹⁸³

2. *El constitucionalismo y el internacionalismo sociales*

Durante los dos primeros tercios del siglo XX, el desenvolvimiento de este nuevo tipo de justicia estuvo marcado por el nacimiento del constitucionalismo social, a través de la difusión de las nuevas garantías sociales,

www.rinace.net; Sabbagh, Clara y Schmitt, Manfred, “Past, Present, and Future of Social Justice Theory and Research”, en Sabbagh, Clara y Schmitt, Manfred (eds.), *Handbook of Social Justice Theory and Research*, Nueva York, Springer, 2016 y Vázquez, *Teorías contemporáneas de la justicia...*, cit.

¹⁸¹ Sobre la Doctrina Social de la Iglesia y en general el pensamiento social cristiano, véase *infra* capítulo sexto, que incluye bibliografía de referencia.

¹⁸² En relación a la concepción marxista del derecho y del Estado, puede verse en general a Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Marxismo y filosofía del derecho*, 2a. ed., México, Fontamara, 2004; Pasukanis, Evgeni B., *Teoría general del derecho y marxismo*, trad. de V. Zapatero, Barcelona, Labor, 1976.

¹⁸³ *Cfr.* Donati, Benvenuto, *¿Qué es la justicia social?*, trad. de S. Laborde, México, UNAM, 2014, pp. 9 y ss.

recogidas en las tres normas fundamentales precursoras de México (1917), Rusia (1918) y Weimar (1919).¹⁸⁴

En paralelo, se fue produciendo su adopción internacional, primeramente por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, y luego por las declaraciones, cartas y convenciones sobre derechos, tanto universales como regionales entre 1948 y 1966.¹⁸⁵

Sin embargo, cabe destacar que en un principio se consideró que las garantías o derechos sociales —después denominados derechos económicos, sociales y culturales (DESC)— constituían más bien finalidades o aspiraciones, recogidas por normas programáticas y no derechos justiciables como tales.¹⁸⁶

3. *El surgimiento de un nuevo derecho social*

Junto a la noción de justicia social y como parte de la tendencia —anteriormente referida— hacia la socialización del derecho, se fue conformando, entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, el nuevo derecho social (trabajo, agrario, seguridad social).

Dicho derecho se fue construyendo, en buena parte, gracias a las aportaciones de diversos juristas, entre los que destacaron especialmente A. Menger, G. Gurvitch y O. von Gierke.¹⁸⁷

Asimismo, se fueron socializando diversas instituciones jurídicas en todos los ámbitos del derecho. Por ejemplo, en el derecho privado, puede destacarse la introducción del concepto de función social de la propiedad desde el solidarismo (L. Duguit), así como la noción de contrato dirigido (L. Josserand). Por su parte, en el derecho público se impuso el institucionalismo (M. Hauriou) y el perdurable concepto de Estado social de derecho (H. Heller).

¹⁸⁴ Una exposición panorámica y general en Marquardt, Bernd, *Historia mundial del Estado*, t. 3: *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2014)*, Bogotá, Ediciones ECOE-Universidad Nacional de Colombia, 2014.

¹⁸⁵ Igualmente, del mismo autor, véase la siguiente exposición general: Marquardt, Bernd, *Derechos humanos y fundamentales. Una historia del derecho*, Chile, Grupo Editorial Ibáñez-Ediciones Olejnik, 2019.

¹⁸⁶ Sobre el tránsito de dicha concepción aspiracional y obligatoriedad programática hacia su plena justiciabilidad, véase *infra* el capítulo séptimo.

¹⁸⁷ Véase a Lloredo Alix, Luis Manuel, “La socialización del derecho, el antiformalismo jurídico y los derechos económicos, sociales y culturales”, en Ansuátegui, Francisco Javier *et al.* (coords.), *Historia de los derechos fundamentales*, vol. 4, t. 1, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 919 y ss.

Igualmente, debe considerarse como un hito fundamental la configuración del derecho de la seguridad social, ya que el principal antecedente se encuentra en el seguro bismarkiano y cuya consolidación se produjo sobre todo durante la segunda posguerra, como habrá de apuntarse posteriormente.

Desde las anteriores bases filosóficas —pensamiento social— y jurídicas —derecho constitucional, internacional y secundario social—, el posterior avance de la justicia social ha discurrido hasta la actualidad por tres vías paralelas.

En primer lugar, mediante la consolidación progresiva del Estado social de derecho; originariamente a partir de la seguridad social y extendiéndose después dando lugar a diversos modelos, como el Estado de bienestar y el Estado providencia, a los que se hará referencia más adelante.

En segundo lugar, gracias a la profundización y progresividad en la reflexión, promoción y defensa de los derechos humanos —particularmente de los DESC—, que a su vez propiciaron un importante avance de la justicia constitucional de los derechos, a nivel nacional, internacional y hasta supranacional.¹⁸⁸

En tercer lugar, a través el desarrollo de las diversas teorías modernas sobre la justicia —éticas, políticas y económicas—, que contribuyeron a difundir sus planteamientos y su centralidad, principalmente —aunque no solamente— en el mundo académico.

4. *La justicia distributiva y las modernas teorías de la justicia social*

Las más recientes teorías de la justicia han propiciado la definición de una nueva categoría o tipo de justicia. Si bien la virtud distributiva es tan esencial a la justicia, que se encuentra presente desde su concepción originaria, la justicia social presenta ciertamente caracteres específicos y diferenciales.

En efecto, la función de asignación o de reparto de la justicia distributiva clásica, define lo que la comunidad le debe a sus miembros.

En contrapartida, la semejante —aunque distinta— función que realiza la justicia social opera en relación con ciertos grupos y sus integrantes, a

¹⁸⁸ Véase *infra* capítulo séptimo. Cfr. también a Fernández de Casadevante, Carlos (ed.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, 4a. ed., Madrid, Dilex, 2013, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional transnacional*, México, Porrúa, 2016.

quienes se les debe por parte de la sociedad, de otros grupos o de las mismas personas.¹⁸⁹

En dicho sentido, una de las primeras formulaciones que recogió las características específicas mencionadas —distribución, exigibilidad y grupos—, se encuentra en *La cuestión social* de J. Messner, publicada en 1933.¹⁹⁰

En cualquier caso, aunque sean distinguibles, ambos tipos de justicia —distributiva y social— se encuentran estrechamente vinculados y con frecuencia se relacionan en la realidad de sus instituciones de manera complementaria, llegando incluso a fundirse y confundirse en ocasiones.

No obstante, en términos conceptuales, la justicia social actual nació —como se dijo— hacia mediados del siglo XIX, cuando en virtud de la exigencia redistributiva hacia los trabajadores, los agricultores y los indigentes, el catolicismo social afirmó que la misma constituía una obligación jurídica estricta y no un mero deber moral o religioso a ser satisfecho mediante la liberalidad de la limosna.¹⁹¹

Así empezó a definirse un nuevo tipo de justicia, diferente de la distributiva, centrándose en las relaciones para con los grupos marginados y vulnerables, así como en sus miembros.

En términos generales, considerando en su conjunto la totalidad de las reflexiones sobre la justicia social, las mismas pueden clasificarse en torno a dos tipos fundamentales:

1. La justicia social como distribución, y
2. La justicia social como reconocimiento y participación.

Aunque son tenidos en cuenta, no se expondrán en el presente capítulo, a pesar de su indudable significado, los importantes planteamientos de la justicia como cuidado (C. Gilligan, J. Tronto, V. Held) y de la justicia intergeneracional (H. Jonas, B. Barry, E. Brown, J. Tremmel), pues pueden consi-

¹⁸⁹ Sobre la función distributiva de la justicia social y su desarrollo, así como su marco conceptual y diversas proyecciones y principios, más allá de la esquemática exposición que se hará en presente capítulo, puede profundizarse en diversas obras, como Jasso, Guillermina, Törnblom, Kjell Y. y Sabbagh, Clara, “Distributive Justice”, en Sabbagh y Schmitt, *Handbook of Social Justice...*, cit., pp. 201 y ss., y Miller, *Principles of Social Justice...*, cit., pp. 21 y ss., 61 y ss., y 230 y ss.

¹⁹⁰ Cfr. Messner, Johannes, *La cuestión social*, trad. de M. Heredero, Madrid, Rialp, 1976, p. 360.

¹⁹¹ Véase a Gago, *Los principios de la justicia social...*, cit., pp. 97 y 98. Cabe sin embargo reiterar la existencia de los precedentes jurídicos referidos en el anterior subapartado, tanto en la legislación hebrea como en la teología católica, que afirmaron verdaderas obligaciones en materia de redención de deudas, restitución de la propiedad y asistencia a los pobres.

derarse proyecciones de los anteriores tipos de la justicia social (distribución, reconocimiento y participación).

Así, entre las diversas teorías elaboradas durante los últimos cincuenta años, se destacarán en el presente capítulo, por considerarlas las más difundidas e influyentes:¹⁹²

- a) la teoría de justicia de J. Rawls, cuya estructura ha sido retomada —incluso críticamente— por varios autores;
- b) desde el punto de vista la distribución, el enfoque en las capacidades propuesto por A. Sen y M. Nussbaum, y
- c) desde el punto de vista del reconocimiento y la participación las propuestas de N. Fraser, A. Honneth, D. Held e I. M. Young.

Posteriormente, se completará el anterior panorama con la exposición sobre la proyección de su pensamiento, en diálogo con otros autores, respecto del más reciente debate en torno a la denominada justicia internacional o global y sus aspectos sociales.¹⁹³ E igualmente, se hará referencia, de manera independiente, a las reflexiones y propuestas desarrolladas por la doctrina social cristiana.¹⁹⁴

Sin embargo, cabe destacar que las anteriores teorías no son las únicas. Puede mencionarse —de modo ejemplificativo— que hacia el último tercio del siglo XX, se sucedieron varias propuestas que frecuentemente convergieron con una gran cantidad de movimientos sociales, como el feminismo, el ambientalismo, la defensa de los animales no humanos, la promoción de las diferentes orientaciones sexuales, de las comunidades indígenas y muchos más, que a su vez fueron acompañados por múltiples teorías.

Dichos movimientos y teorías, abarcan un amplísimo espectro de reivindicaciones, críticas y planteamientos, aunque de diversa legitimidad, y fundamento.¹⁹⁵

¹⁹² A efecto de no abultar innecesariamente el aparato crítico, se reitera que para la exposición de las diferentes teorías, además de las obras de sus autores, seguimos a Campbell, *La justicia...*, *cit.*, Capeheart y Milovanovic, *Social Justice: Theories, Issues, and Movements...*, *cit.*; Gago, *Los principios de la justicia social...*, *cit.*; Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls...*, *cit.*; Miller, *Principles of Social Justice...*, *cit.*; Murillo y Hernández, “Hacia un concepto de justicia social...”, *cit.*; Sabbagh y Schmitt, *Handbook of Social Justice...*, *cit.*; Reisch, *Routledge International Handbook, of Social Justice...*, *cit.*, y Vázquez, Rodolfo, *Teorías contemporáneas de la justicia...*, *cit.*

¹⁹³ Véase *infra* capítulo quinto.

¹⁹⁴ Véase *infra* capítulo sexto.

¹⁹⁵ Entre los mismos, pueden señalarse las perspectivas y teorías restaurativas, procedimental-psicológica, de los animales no humanos, la justicia ambiental, la justicia cultural y la

Sin dejar pues de considerarlos, las referencias que se harán a los mismos se realizarán considerando que todos los anteriores movimientos, teorías, reivindicaciones e instituciones, en general son susceptibles de enmarcarse dentro de las dos categorías propuestas: la distributiva y la de reconocimiento y participación.

Finalmente, debe apuntarse que en su mayor parte, las teorías de la justicia que se presentarán fueron desarrolladas desde los ámbitos del pensamiento filosófico, político, ético, cultural, económico o social.

De ahí que frecuentemente sus planteamientos parezcan demasiado generales y también que pasen por alto varias instituciones jurídicas, que en realidad ya recogían algunas de sus propuestas al momento en que fueron presentadas.

III. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y SU CONTRIBUCIÓN A LA JUSTICIA SOCIAL

1. *El Estado de bienestar como especie del Estado social*

En paralelo a la primera evolución teórica de la justicia social, su conformación práctica fue perfilándose a través de las políticas sociales, que fueron construyendo el Estado de bienestar como una de las versiones características del Estado social de derecho durante el siglo XX.¹⁹⁶

Dicho modelo estatal-jurídico —como también se mencionó—, fue preconizado por las reformas de O. von Bismark hacia finales del siglo XIX y continuado por la socialdemocracia y la democracia cristiana, siendo sancionado a su vez por el constitucionalismo social del primer tercio del siglo XX.

No obstante, su verdadera consolidación se produjo a partir de la segunda posguerra, prolongando su auge hasta la década de los años setenta. De ahí que habitualmente se le ubique como modelo vigente entre 1880 y 1980.¹⁹⁷

contextual. Cfr. Capeheart y Milovanovic, *Social Justice: Theories, Issues, and Movements...*, cit., Sabbagh y Schmitt, *Handbook of Social Justice...*, cit., pp. 237 y ss., 257 y ss., 369 y ss., 387 y ss., y Reisch, *Routledge International Handbook, of Social Justice...*, cit., *passim*.

¹⁹⁶ Cfr. Marquardt, *Historia mundial del Estado...*, cit., t. IV, pp. 282 y ss., y Grimm, *Constitutionalism...*, cit., pp. 25 y ss., y 42 y ss.

¹⁹⁷ Entre la inabarcable bibliohemerografía sobre el tema, pueden citarse a Béjar, Héctor, *Justicia social, política social*, 4a. ed., Lima, Achebé Ediciones, 2011; Noguera, Albert y Guz-

Su declive se produjo hacia los años setenta, cuando finalizó el largo ciclo económico expansivo que permitió su avance, con la caída de los precios del petróleo y las sucesivas crisis económicas que se suscitaron.

Dentro de dicho contexto, se promovió un fuerte cuestionamiento sobre la viabilidad y eficiencia del Estado de bienestar, estigmatizándolo como Estado asistencial, paternalista y clientelar desde posturas liberales no igualitarias.

Se implementaron entonces, hacia la década de los ochenta, una serie de políticas privatizadoras y desreguladoras, primeramente en Gran Bretaña y los Estados Unidos de América (*thatcherismo* y *reaganomics*), mismas que posteriormente fueron adoptadas por diversos organismos internacionales y difundidas desde los mismos a varios países a través del Consenso de Washington durante la década de los noventa.¹⁹⁸

Desde entonces, las consecuencias sociales, económicas y políticas de dichas políticas —sumadas a las posteriores crisis económicas—, han vuelto a poner en el centro de la discusión los alcances del Estado de bienestar, así como la mejor manera de consolidar —de manera económicamente viable— un auténtico Estado social de derecho, que permita una adecuada realización de la justicia distributiva y social distributiva.

Junto con ello, se ha venido replanteando la cuestión de cuál debe ser la mejor manera de combinar los esfuerzos públicos, privados y sociales —en todos los niveles, incluyendo el global—, para lograr garantizar los mínimos vitales y reducir la enorme brecha de desigualdad que prima en varios países y alrededor del mundo.¹⁹⁹

mán, Adoración (dirs.), *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014; Salort, Salvador y Muñoz, Ramiro (eds.), *El Estado del bienestar en la encrucijada*, Valencia, MG Monografías y Universidad de Alicante, 2007, y Sotelo, Ignacio, *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid, Trotta, 2010. Véase también a Farge Collazos, Carlos, “El Estado de bienestar”, *Enfoques*, La Plata, Argentina, vol. XIX, núm. 1-2, 2007, disponible en: www.dialnet.unirioja.es. También, aunque limitado a Europa, véase Sykes, Robert, Palier, Bruno y Prior, Pauline M., *Globalization and European Welfare States. Challenges and Change*, Nueva York, Palgrave, 2001.

¹⁹⁸ Cfr. Pierson, Paul, *Dismantling the Welfare State? Reagan, Thatcher, and the Politics of Retrenchment*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, y Svallfors, Stefan y Taylor-Gooby, Peter (eds.), *The End of the Welfare State? Responses to State Retrenchment*, Londres, Routledge, 1999.

¹⁹⁹ El concepto de mínimo vital ha cobrado gran relieve en el ámbito de las reflexiones sobre la justicia social, el Estado social y los derechos sociales. Más allá de sus antecedentes más remotos en la *frumentatio* del derecho romano (prestación de un mínimo de trigo para los ciudadanos romanos), o en la *Charter of the Forest* de 1217 (que permitía a los *commoners* hacerse de madera o *estovers*), lo cierto es que su reflexión filosófica, jurídica y política la inició el salvadoreño A. Mansferrer con su ensayo *El minimum vital* en 1928. Desde entonces, será continuada por múltiples pensadores como J. Rawls (“mínimo social”), F. Hayek (“ingreso mínimo”), M.

2. *Igualdad de oportunidades e igualdad de resultados*

El anterior desenvolvimiento del Estado de bienestar, promoviendo tanto la justicia distributiva como la justicia social distributiva, dio lugar al surgimiento de diversos conceptos y clasificaciones que han sido importantes para el desarrollo de las teorías de la justicia.

De manera muy esquemática, puede decirse que se ha generalizado una primera diferenciación en torno a dos tipos de igualdad: *i*) la igualdad de oportunidades (*equal opportunities*), y *ii*) la igualdad de resultados (*equal outcome*).²⁰⁰

La igualdad de oportunidades —que además de su connotación distributiva, también se proyecta sobre las dimensiones de reconocimiento y participación—, busca que todas las personas y grupos cuenten con las mismas posibilidades para acceder, por ellas mismas, a los mismos recursos y bienes. Se basa fundamentalmente sobre el derecho a la educación —en su dimensión de acceso— y la cultura, así como al trabajo y en general al ejercicio del comercio, de las profesiones y del servicio público.

Por su parte, la igualdad de resultados supone ante todo una re-distribución más igualitaria de los bienes y recursos —ingresos, vivienda, salud, educación en su dimensión económica, etcétera—, mediante distintos mecanismos de igualación.

Walzer (“derechos mínimos”), D. Miller (“mínimo vital”), J. Habermas (“derechos básicos”) y C. S. Nino (“condiciones materiales indispensables”), entre otros. Su desarrollo jurídico se ha producido sobre todo por la vía jurisprudencial, destacando la actividad del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional de España y de la Corte Constitucional de Colombia, entre otras instancias, a lo largo de los últimos años. *Cfr.* Chacón, Mauro Salvador, *La tutela judicial del derecho al mínimo vital*, tesis doctoral, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 2020. Disponible en: https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/50371/Tesis_Mauro_Chacón_Lemus.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Véase también a Wunder Hachem, Daniel, “Mínimo existencial y derechos económicos y sociales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 25, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos-Editorial Comares, 2015, pp. y ss. Disponible en: www.dialnet.unirioja.net.

²⁰⁰ *Cfr.* Sachweh, Patrick, “Social Justice and the Welfare State: Institutions, Outcomes, and Attitudes in Comparative Perspective”, en Sabbagh, Clara y Schmitt, Manfred (eds.), *Handbook of Social Justice Theory and Research*, Nueva York, Springer, 2016, p. 295. Véase también a Gago, *Los principios de la justicia social...*, *cit.*, p. 98, así como a Murillo y Hernández, “Hacia un concepto de justicia social”..., *cit.*, p. 13.

3. *Los modelos del Estado de bienestar*

Las instituciones y mecanismos de igualación —oportunidades y resultados— se han desplegado a través de diversas aproximaciones y configuraciones del Estado de bienestar, que dio lugar a tres concepciones, modelos e instituciones, que se encuentran frecuentemente entremezclados, incluso en sus mismos países de origen.²⁰¹

Existe en primer lugar una concepción de la distribución conforme al mérito (*merit-based*), que en principio es la propia del modelo europeo continental, denominado por algunos como conservador.

Dicho modelo se encuentra basado sobre el seguro social bismarkiano, de tipo contributivo —financiado mediante cuotas obrero-patronales—, que ofrece diversas coberturas (enfermedad, accidentes, jubilación y desempleo) para los trabajadores.

Además de su columna vertebral meritocrática —trabajo, seguro y ahorro—, dicho modelo se complementó en ocasiones con otros programas de asistencia social.

En segundo lugar se encuentra la concepción de distribución por necesidades (*needs-based*), más propia de los sistemas anglosajones del *liberal welfare state*, o modelo liberal. Dentro del mismo es frecuente la combinación de ciertos seguros médicos privados —para quienes quieran y puedan contratarlos—, con una seguridad social pública universal —no restringida a los trabajadores— y otros programas sectoriales de asistencia. Sin embargo, dentro de este modelo, toda asistencia requiere de la acreditación de necesidades concretas.

Este tipo de *welfare state* fue, en términos generales, el resultado de la evolución, tanto de su variante estadounidense a partir del *New Deal* de los años treinta, como de las propuestas contenidas en el *Informe Beveridge* de 1942 presentado ante el Parlamento británico.

En tercer lugar se encuentra la concepción de la distribución igualitaria o justicia igualitaria (*equal-share based*), propia de la socialdemocracia escandinava, designada también como modelo de Estado providencialista.

De acuerdo con este sistema, además de una seguridad social pública universal para todas las personas, éstas reciben también otros apoyos asistenciales —que no requieren acreditación de necesidad—, mediante programas sociales generales, financiados por impuestos a los que todos contribuyen.

²⁰¹ Cfr. Sachweh, “Social Justice and the Welfare State...”, *cit.*, pp. 296 y ss.

Los anteriores modelos del Estado de bienestar dieron lugar a diversas variantes en los propios lugares donde se desarrollaron originalmente, así como a diferentes hibridaciones en otras muchas otras latitudes.

No obstante, en general, experimentaron —hasta la fecha— un significativo retraimiento a partir de la década de los ochenta.

4. *Presente y futuro del Estado social de derecho*

El repliegue del Estado de bienestar, como variante del Estado social de derecho, obedeció —como se dijo— tanto a motivaciones económicas como ideológicas, trayendo consigo diversas consecuencias sociales —económicas y políticas—, que han suscitado una renovada discusión sobre el Estado social y los mínimos vitales.

Los polos de dicho debate giran, por un lado, en torno a la necesidad del Estado social y, por el otro, alrededor de las limitaciones e inconvenientes de sus modelos de bienestar y providencia.

En efecto, el estado de bienestar presentaba diversos problemas. Desde sus altas —en ocasiones incosteables— exigencias presupuestales y tributarias, hasta el ineficiente burocratismo estatal, a veces acompañado del fenómeno de la corrupción, pasando por su instrumentalización política, paternalista y clientelar, el abuso de sus beneficios y la misma inversión de la pirámide demográfica.²⁰²

Así las cosas y más allá de la continuación de dicho debate sobre los cómo, en la actualidad, el Estado social de derecho se considera una conquista irrenunciable. Aunque ciertamente varía y se discute su alcance en cuanto a los programas sociales que comprende, los derechos y obligaciones que reconoce, las instituciones que abarca, el monto de los recursos que se le destinan y la moderación en el disfrute de sus beneficios.²⁰³

²⁰² Cfr. Anchústegui Igartúa, Esteban, “El Estado social, la dignidad humana y el bien común”, *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, núm. 47, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 2020. Disponible en: <https://summa.upsa.es/details.vm?q=id:0000132190>.

²⁰³ Como botón de muestra, puede observarse la notable variación del porcentaje del PIB que se destina al mismo en concepto de gasto social tan sólo entre los países miembros de la OCDE, donde aunque el promedio es de poco más del 20%, algunos de sus miembros, como Francia y Finlandia, destinan más del 30%, mientras que otros, como México, no llegan al 8%. Se consignan, de modo ejemplificativo, los porcentajes de algunos de los países miembros de la OCDE, según los datos más recientes —de 2019— que se encuentran disponibles. Francia 31%, Finlandia 29.1%, Italia 28.2%, Alemania 25.9%, Suecia 25.5%, España 22.3%, Japón 21.3%, Gran Bretaña 19.7%, Suiza 18.7%, Estados Unidos de América 18.7%, Canadá 18%, Australia 16.7%, Israel 16.3%, Colombia 13.1%, Chile 11.4%

Sin embargo, salvo en regímenes extremistas —bien sean populistas o neoliberales—, se entiende que el refuerzo de la solidaridad, que resulta indudablemente oneroso, debe realizarse desde el principio de la subsidiariedad, que promueva la participación de toda la sociedad en la construcción de instituciones y mecanismos que sean sostenibles y eficientes para garantizar los mínimos vitales.

En dicho sentido, se consideran particularmente relevantes para la preservación de un auténtico Estado social de derecho los siguientes principios:

- a) un ordenamiento jurídico estable, que estructure y regule adecuadamente el mercado, corrigiendo sus fallas —externalidades, desinformación, monopolios, inequidad, desarrollo de bienes públicos y comunes—, procure certidumbre a las inversiones y equilibre los intereses de los agentes económicos con los de la sociedad en general y los grupos vulnerables;
- b) un modelo político y económico equilibrado que, bajo los principios generales del Estado de derecho, la democracia representativa y participativa y la economía social de mercado, promueva la colaboración entre los sectores públicos, privado y social, orientando la solución consensuada de sus conflictos, propiciando el equilibrio entre la productividad y la remuneración, la reducción de brechas de oportunidades mediante la educación y la capacitación continua y la búsqueda de mecanismos para ir conformando una seguridad social universal;
- c) la adopción de finanzas públicas basadas sobre una fiscalidad progresiva y eficiente, que permita una redistribución de los recursos a través del gasto destinado a programas sociales, así como la inversión pública —además de la promoción de la inversión privada— en ámbitos clave, con alto índice de multiplicación, como la infraestructura, las comunicaciones y el desarrollo de la ciencia básica y de la tecnología, así como
- d) la priorización de una política monetaria y fiscal que fomente el pleno empleo —en cuanto sea una de las políticas económicas más importantes—, incentivando la demanda agregada.²⁰⁴

y México 7.5%. Datos disponibles en: <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/gasto-publico-social-ocde.htm>.

²⁰⁴ Los anteriores principios pueden apreciarse, con sus matices, en la mayor parte de los estudiosos contemporáneos, que desde diversas perspectivas —nekeynesianismo, socialdemocracia, tercera vía, economía social o del bien común—, han presentado múltiples propuestas. A manera de ejemplo de algunos de los más relevantes, que se han tomado en cuenta

En fin, con independencia del pasado, presente y futuro del Estado social, lo cierto es que se fue reflexionando sobre sus diferentes modelos e instituciones, así como sobre su justificación y amplitud, que se encuentran a partir de la década de los setenta en las principales teorías de la justicia contemporáneas, mismas que se han planteado específicamente en el ámbito de la filosofía social y, sobre todo, la política y la económica.²⁰⁵

IV. LA TEORÍA DE RAWLS

1. *Introducción y presupuestos*

Usualmente se considera *A Theory of Justice* de John Rawls de 1971, como la obra que abre el conjunto de las reflexiones teóricas posteriores en torno a la justicia social y global.²⁰⁶

Su libro se encuentra dividido en tres partes. La primera, denominada “la teoría”, presenta sus propuestas fundamentales: la noción de la “justicia como imparcialidad”, “la posición original”, “el velo de ignorancia” y sus “principios básicos de la justicia”. La segunda, llamada “instituciones”, refiere los conceptos de “libertad”, “igualdad”, “distribución”, “deber” y “organización” que derivan de su teoría, para “ordenar en concreto”, a partir de los mismos, “una sociedad justa”. La tercera parte, sobre “los fines”, aborda algunas consecuencias éticas sus planteamientos, principalmente respecto de “la bondad como racionalidad” y “la justicia como sentido” y “como fin”.

para la anterior enunciación, puede verse a Giddens, Anthony, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, trad. de P. Cifuentes, México, Taurus, 1999; Joseph E. Stiglitz, *Capitalismo progresista. La respuesta a la era del malestar*, trad. de M. Collyer, Madrid, Taurus, 2020; Stiglitz, Joseph E., *El malestar en la globalización: revisitado*, trad. de C. Rodríguez B. y M. L. Rodríguez T., Barcelona, Taurus, 2018, y Tirole, *La economía del bien común...*, cit. Véase también a No-guera y Guzmán, *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales...*, cit.

²⁰⁵ Cfr. Campbell, *La justicia...*, cit.; Gago, *Los principios de la justicia social...*, cit.; Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls...*, cit.; Miller, *Principles of Social Justice...*, cit.; Murillo y Hernández, “Hacia un concepto de justicia social...”, cit.; Sabbagh y Schmitt, *Handbook of Social Justice...*, cit.; Reisch, *Routledge International Handbook, of Social Justice...*, cit., y Vázquez, Rodolfo, *Teorías contemporáneas de la justicia...*, cit.

²⁰⁶ Aunque para exponer el pensamiento de J. Rawls se han considerado la versión original y posteriores de su obra en inglés, así como diversas traducciones, la que se citará, por ser la más accesible, es Rawls, John *Teoría de la justicia*, 2a. ed., trad. de M. D. González, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

Resulta fundamental destacar que, como el propio Rawls observa desde un principio, su teoría fue pensada, exclusivamente, para las “sociedades bien ordenadas”; es decir, para las sociedades contemporáneas que sean democráticas y económicamente desarrolladas, excluyendo su aplicabilidad a cualquier otro tipo de comunidades.²⁰⁷

Igualmente, cabe observar que sus presupuestos son precisamente liberales-igualitarios y contractuales procedimentales.²⁰⁸

Es decir, en primer lugar, parte de una antropología que concibe a los hombres como libres, iguales, racionales e interesados. En segundo lugar, considera que no existe un orden natural preexistente que permita reflexionar objetiva y universalmente sobre la justicia; por ello se impone la necesidad de desarrollar el orden justo a través del constructivismo ético.

Para tales efectos, Rawls parte y se basa en la autonomía de la persona y en el imperativo categórico de I. Kant, así como en el contractualismo.

Su objetivo es lograr un acuerdo basado sobre los sentimientos morales y el sentido de la justicia, para determinar los principios que permitan la asignación de derechos y deberes básicos —es decir, de beneficios y cargas—, como parte de la estructura basal de la sociedad.

Busca pues reelaborar el contrato social planteando una teoría estructural de la justicia política, como cimiento de la organización social, dejando por fuera cualquier consideración a la ética individual o justicia personal.

Finalmente, apunta que su teoría es “puramente procesal”; es decir, presupone que la implementación de un procedimiento imparcial asegura el arribo a un resultado justo, con independencia de cualquier otro criterio para medir la corrección o incorrección del mismo.²⁰⁹

²⁰⁷ *Ibidem*, pp. 21 y ss.

²⁰⁸ Sobre dichos presupuestos y en general sobre su teoría de la justicia, además de las referencias a la propia obra de Rawls, se siguen y recomiendan los siguientes textos: Betanzos, Eber, *La justicia de los jueces. Reflexiones a partir de la Teoría de la justicia de John Rawls*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013, pp. 2 y ss., Campbell, *La justicia...*, *cit.*, pp. 101 y ss., Freeman, Samuel, *Rawls*, trad. de A. García, México, Fondo de Cultura Económica, 2016; Massini Correas, Carlos I., *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 82 y ss.; Höffe, Otfried, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, trad. de J. M. Seña, México, Fontamara, 1992, pp. 29 y ss., y Peña, Carlos, *Rawls: el problema de la realidad y la justificación en la filosofía política*, México, Fontamara, 2008.

²⁰⁹ *Cfr.* Rawls, *Teoría de la justicia...*, *cit.*, pp. 73 y ss.

2. *La posición original*

Desde los anteriores presupuestos, Rawls diseña una “situación puramente hipotética”, donde los sujetos se encuentren condicionados a elegir de manera ecuánime los principios de la organización social.²¹⁰

Dicha situación hipotética es su famosa “posición original” (*original position*), a través de la cual pretende alcanzar la “imparcialidad” (*fairness*).

Tal situación o posición originaria supone, esquemáticamente, las siguientes condiciones:

- a) todos los contratantes sociales son personas libres, iguales y racionales, así como interesadas en su propio “plan de vida”;
- b) ignoran, en virtud de un “velo de ignorancia” (*veil of ignorance*), sus circunstancias particulares derivadas de la “lotería natural”; específicamente, desconocen sus capacidades físicas e intelectuales, posición social, estatus, clase, riqueza, gustos e inteligencia;
- c) cuentan sin embargo con conocimientos generales sobre la sociedad humana;
- d) saben que su interés será llevar a cabo el plan de vida que más les agrade, cuyo éxito dependerá de reducir al máximo sus posibles vulnerabilidades, mismas que ignoran en razón del velo de ignorancia;
- e) son conscientes además de que desean acrecentar lo más posible los “bienes primarios” (derechos, libertades, ingresos, riqueza, respeto, oportunidades, poderes) que puedan llegar a alcanzar, mismos que entienden que son limitados, por lo que se ven impelidos a acordar las mayores ventajas recíprocas;
- f) comprenden que en razón de lo anterior, deben —porque así les conviene— adoptar la regla del *maximim*, es decir, que jerarquizarán sus alternativas a efectos de adoptar aquella cuyo peor resultado sea mejor que los peores resultados de otras, y no la regla del *maximax* que sólo considera el mejor resultado de cualquier alternativa, y
- g) están de acuerdo en que los principios que elijan deberán ser generales, públicos y definitivos, debiéndose comprometer a su estricta observancia una vez que se levante el velo de ignorancia.²¹¹

²¹⁰ *Ibidem*, pp. 25 y ss. Según Massini, se trata de una “reformulación” de la idea de Adam Smith del “observador imparcial”, *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls...*, cit., p. 87.

²¹¹ Cfr. Rawls, *Teoría de la justicia...*, cit., pp. 29 y ss., y 130 y ss. Véase también a Peña, *Rawls...*, cit., pp. 14 y ss.

3. *Los principios generales de igualdad y de diferencia*

Según Rawls, desde la anterior posición original los contratantes sociales elegirían los dos principios generales siguientes:

Primer principio: de igualdad. cada persona debe tener iguales y los mayores derechos en materia de libertades básicas compatibles con las de los demás.

Segundo principio: de diferencia: a) toda desigualdad económica o social debe establecerse en beneficio de los menos aventajados, pero de manera compatible con el justo ahorro, y b) los cargos y las posiciones deben ser asequibles mediante una justa igualdad de oportunidades.²¹²

El principio de igualdad se refiere así a las libertades y derechos; va enmendado a configurar —en general— el sistema político y jurídico a través del reconocimiento de los derechos civiles y políticos.

Complementariamente, el principio de diferencia se ocupa en especial de los recursos y las oportunidades. Su primera parte está orientada a la estructuración de los sistemas sociales y económicos, particularmente en materia tributaria y distributiva. Busca asegurar para los menos aventajados por la lotería natural de la vida social, la distribución de ciertos bienes primarios (*primary goods*), que Rawls enunciará más detalladamente en su posterior obra, *Justicia como equidad*, de 2001.²¹³ La segunda parte del principio de diferencia se limita a sancionar la igualdad de oportunidades.

Ahora bien, cabe observar que —según Rawls— existe una prelación entre los anteriores principios, pues el segundo sólo será aplicable hasta en tanto se haya dado previo y cabal cumplimiento al primero.

4. *Otras instituciones, el derecho injusto y las doctrinas comprensivas*

En la segunda parte de su obra, relativa a las instituciones, Rawls plantea que una vez adoptados los dos anteriores principios, el velo de ignoran-

²¹² La traducción conceptual es propia. Cfr. Rawls, *Teoría de la justicia...*, cit., pp. 67 y ss y 280 y ss., Betanzos, *La justicia...*, cit., p. 24, y Murillo y Hernández, “Hacia un concepto de justicia social...”, cit.

²¹³ Cfr. Rawls, John, *La justicia como equidad, Una reformulación*, trad. de A. de Francisco, Madrid, Paidós, 2001.

cia se deberá ir levantando paulatinamente y por etapas, permitiendo a los contratantes sociales un progresivo conocimiento de la situación concreta que tendrán en la sociedad.

A partir de ahí, se irán formulando los sucesivos preceptos constitucionales y legales, así como los principios de la administración pública y de justicia.²¹⁴

Entre tales preceptos y principios, se encuentra el igual acceso al orden público, la imparcialidad y la regularidad, la limitación de la discrecionalidad judicial y administrativa, la igualdad de oportunidades en materia de educación, cultura y trabajo y el deber de respetar el orden jurídico.²¹⁵

Más aún, observando que el procedimiento democrático de las mayorías puede resultar imperfecto, afirma que no obstante ello, el principio de obediencia sigue vinculando a todas las personas, incluso respecto de las leyes injustas, si bien reconoce que en ciertos casos pueden oponerse al mismo tanto la objeción de conciencia como la desobediencia civil.²¹⁶

Por último, en la tercera parte de su libro, relativa a los fines, Rawls afirma la prioridad del derecho y de la justicia sobre el bien individual, quedando subordinado el plan de vida personal a su necesaria compatibilidad con el orden de justicia establecido.²¹⁷

Asimismo, postula que el imperio de la justicia supone que las instituciones adoptadas deberán ser reformadas cuando se requiera, así como administradas con regularidad e imparcialmente.²¹⁸

Solo así, dentro de una sociedad justa, las personas libres e iguales podrán realizar su plan de vida y alcanzar la felicidad de manera compatible con las de los demás.²¹⁹

Los anteriores planteamientos generales del pensamiento de J. Rawls, más allá de los matices y precisiones que posteriormente formuló en diversas obras, frecuentemente en polémica con otros pensadores, constituyen —más allá de las críticas, tanto de sus adversarios como de sus seguidores— un referente obligado en el pensamiento actual sobre la justicia.

²¹⁴ Cfr. Rawls, *Teoría de la justicia...*, cit., pp. 169 y ss., y 190 y ss.

²¹⁵ *Ibidem*, pp. 222 y ss., 260 y ss. y 306 y ss.

²¹⁶ *Ibidem*, pp. 323 y ss. y 342 y ss.

²¹⁷ *Ibidem*, pp. 359 y ss.

²¹⁸ *Ibidem*, pp. 429 y ss.

²¹⁹ *Ibidem*, pp. 490 y ss.

A manera de ejemplo —y sin anticiparnos a lo que será posteriormente expuesto—, está su teoría de la justicia interestatal dentro del contexto de los debates sobre la justicia global, plasmada en su *Derecho de los pueblos*.²²⁰

E igualmente destaca su teoría política sobre las “doctrinas comprensivas” —a la que también se hará referencia más adelante—, así como sus límites dentro del “debate público”, recogidas principalmente en *El liberalismo político*.²²¹

V. LA JUSTICIA SOCIAL COMO DISTRIBUCIÓN

1. *Prolegómenos*

La teoría rawlsiana constituyó como se dijo, uno de los puntos de partida y de los principales modelos para las posteriores reflexiones en torno a la justicia.

Dentro del ámbito específico de la concepción distributiva de la justicia social, su principio de diferencia sirvió para apuntalar las subsecuentes propuestas para extender la igualdad de oportunidades y recursos.²²²

Entre los iusfilósofos, han sido numerosos —sobre todo el ámbito anglófono— los que retomaron su pensamiento liberal progresista e igualitarista moderado.²²³ De todos, destaca tempranamente el caso de R. Dworkin, quien concibió a la justicia social, en su famosa obra *Los derechos en serio* de 1977, como una verdadera exigencia de redistribución de recursos, que al igual que todo derecho, supone siempre un “triumfo frente a la mayoría”.²²⁴

2. *El enfoque en las capacidades*

En términos en parte críticos y en parte complementarios a los planteamientos de Rawls y Dworkin, centrados en los bienes primarios y los

²²⁰ Véase *infra*, capítulo quinto, apartado III.

²²¹ Véase *infra*, capítulo décimo, apartado IV.

²²² Véase *infra*, capítulo quinto.

²²³ *Idem*.

²²⁴ Véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993. Sobre las aportaciones de Dworkin en materia de justicia social, puede consultarse a Brown, Alexander, *Ronald Dworkin's. Theory of Equality. Domestic and Global Perspectives*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2009. También, más esquemáticamente, véase a Campbell, *La justicia...*, *cit.*, pp. 79 y ss.; Gargarella, *Las teorías de la justicia...*, *cit.*, pp. 70 y ss., y Murillo y Hernández, “Hacia un concepto de justicia social”..., *cit.*, p. 19.

recursos, A. Sen y M. Nussbaum propusieron un nuevo enfoque en las capacidades (*capabilities approach*).

Fue A. Sen quien introdujo dicha perspectiva en su obra *Inequality Re-examined* de 1992, postulando que la justicia y la igualdad se encuentran más bien en las capacidades o libertades reales, que constituyen su verdadero fin y no en los simples medios para conseguirlas como lo son los bienes y recursos.²²⁵

Dicha aproximación permitió —filosóficamente hablando— superar una visión centrada en carencias pasivas materiales del tener, concentrándose más bien en las libertades activas del ser.

Ello supuso a su vez un ángulo diferente para ver a las personas menos como dependientes de recursos y más como responsables de traducir los bienes en capacidades.

Además, dicho enfoque posibilitaba que la justicia social no se redujera a atender las necesidades básicas de los pobres o de los países subdesarrollados, sino también a potenciar la igualdad entre las personas y las sociedades más prósperas, aumentando sus capacidades.²²⁶

Por otro lado, dicho enfoque vino a diluir las diferencias entre la igualdad de oportunidades y la igualdad de recursos, pues bien vistas las cosas, si no se asegura la igualdad de capacidades —a través de recursos—, en realidad no se garantiza la igualdad de oportunidades tampoco.

Al anterior enfoque en las capacidades planteado por Sen se sumó M. Nussbaum, entre cuyas principales aportaciones se encuentran las siguientes.

En primer lugar, en *Las fronteras de la justicia* de 2006, criticó las limitaciones de la teoría rawlsiana en tres ámbitos concretos: la justicia hacia las personas con discapacidad, las relaciones internacionales y el tratamiento de los animales.²²⁷

Además, desde una perspectiva aristotélica, Nussbaum consideró que el fundamento de la justicia social no debe buscarse en el supuesto pacto contractualista, sino en la realidad misma de la exigencia del bienestar de las personas, así como en la atención a sus capacidades, para permitirles realizar una vida plena, a partir de sus características personales.

²²⁵ En general, sobre el enfoque de las capacidades, pueden verse las obras citadas en la nota anterior; además de las Miller, Sabbagh y Scmitt y Vázquez. Específicamente en el autor en comentario y sobre libertades y capacidades, así como sobre el bienestar y la felicidad en el contexto de su teoría de la justicia, véase a Sen, Amartya, *La idea de la justicia*, trad. de Hernando Valencia, México, Taurus, 2010, pp. 255 y ss.

²²⁶ Cfr. Vázquez, *Teorías contemporáneas de la justicia...*, cit., pp. 163 y ss.

²²⁷ Véase a Murillo y Hernández, “Hacia un concepto de justicia social”..., cit., p. 15.

Finalmente y a diferencia de Sen, Nussbaum consideró que era posible y necesario concretar más el concepto de capacidades. De ahí que propusiera un umbral básico para cada capacidad, con lo que buscaba superar el aparente relativismo cultural sobre el alcance de las mismas, que hasta entonces carecía de una suficiente determinación.²²⁸ Para ello desarrolló una lista descriptiva de diez capacidades básicas a ser promovidas por la justicia social: *i)* vida, *ii)* salud corporal, *iii)* integridad corporal, *iv)* sentidos, imaginación y pensamiento, *v)* emociones, *vi)* razón práctica, *vii)* afiliación, *viii)* otras especies, *ix)* juego, y *x)* ambiente.²²⁹

Debe apuntarse que el anterior enfoque en las capacidades ha tenido un fuerte impacto en la comprensión de los problemas de la pobreza y la desigualdad, proyectándose en varias mediciones y políticas, tanto nacionales como internacionales, para la promoción del desarrollo.²³⁰

Sin embargo, conviene adelantar que dicho enfoque en las capacidades y las referidas mediciones económicas derivadas del mismo, tampoco gozan de aceptación unánime; antes bien, han sido objeto de críticas.

Un conocido ejemplo es el de Th. Pogge, quien ha observado su inconsistencia para comprender la pobreza y la desigualdad como punto de partida de sus propuestas en materia de justicia global, a las que se hará referencia más adelante.²³¹

²²⁸ *Ibidem*, p. 16. Véase también directamente a Nussbaum, Martha, *Creating Capabilities. The Human Development Approach*, Massachusetts, Cambridge University Press, 2011.

²²⁹ *Cfr.* Nussbaum, Martha, “Womens Capabilities and Social Justice”, *Journal of Human Development*, vol. 1, núm. 2, United Nations Development Program, 2000, pp. 231-233, disponible en <https://humanities-web.s3.us-east-2.amazonaws.com/philosophy/prod/2018-10/Women%27s%20Capabilities%20and%20Social%20Justice.pdf>. Rodolfo Vázquez las resume concisamente en los siguientes términos: “1. *Life*. Ser capaz de vivir, es decir, no morir prematuramente. 2. *Bodily health*. Ser capaz de gozar de buena salud, buena alimentación, vivienda adecuada, oportunidades de satisfacción sexual y moverse a diferentes lugares. 3. *Bodily integrity*. Ser capaz de tener experiencias placenteras, evitar el dolor innecesario y estar seguro frente a los asaltos violentos. 4. *Senses, imagination and thought*. Ser capaz de usar los cinco sentidos, de imaginar, pensar y usar la razón. 5. *Emotions*. Ser capaz de experimentar apego a cosas y personas fuera de nosotros mismos, de amar, llorar la muerte de alguien, extrañar y sentir gratitud. 6. *Practical reason*. Ser capaz de formar una concepción del bien y de reflexionar críticamente sobre nuestros planes de vida. 7. *Affiliation*. Ser capaz de vivir para otros y con otros sobre las bases del autorrespeto y la no humillación, considerar a los demás seres humanos y tomar parte en interacciones sociales y familiares. 8. *Other species*. Ser capaz de relacionarse con animales, plantas y la naturaleza en conjunto. 9. *Play*. Ser capaz de disfrutar del buen humor, del juego y de las actividades recreativas. 10. *Control over ones environment*. Ser capaz de vivir la propia vida y no la de alguien más, en el contexto político y social que le ha tocado”. Vázquez, Rodolfo, *Teorías contemporáneas de la justicia...*, *cit.*, p. 170.

²³⁰ Vázquez, Rodolfo, *Teorías contemporáneas de la justicia...*, *cit.*, p. 171.

²³¹ Véase *infra* capítulo sexto, subapartado II.

Finalmente sobre esta concepción distributiva de la justicia social, cabe reiterar que tanto los modelos y las instituciones del Estado social como las teorías sobre la justicia a las que nos hemos referido, entremezclan y confunden los tipos de la tradicional *justicia distributiva* y de la nueva justicia social distributiva.

Ello no sólo es entendible sino incluso atendible, pues en la realidad ambos se combinan para atender las necesidades y promover las capacidades de las personas, tanto en su condición de partes de una comunidad como de miembros de un grupo específico.

Además, en la atención de dichas necesidades, frecuentemente concurre no solamente la sociedad política organizada, sino también las personas y los grupos como acreedores y deudores respectivamente y según los casos. No obstante lo anterior, en la nueva tipología que se presentará hacia el final de la presente obra, se propondrán las características diferenciales entre ambas categorías.²³²

Finalmente, sólo resta insistir en que la viabilidad de los derechos económicos propios de la justicia social distributiva requiere de una clara identificación de sus obligaciones correlativas, así como la del diseño de las instituciones y procedimientos necesarios para garantizar su efectividad.

VI. LA JUSTICIA SOCIAL COMO RECONOCIMIENTO Y PARTICIPACIÓN

1. *Reconocimiento posmaterial y límites del interculturalismo*

A partir de la década de los noventa, se empezó a extender un nuevo planteamiento teórico sobre la justicia. En esa ocasión, con un mayor acento en lo social, lo étnico, lo cultural y lo político.

Varios filósofos y científicos sociales como N. Fraser, I.M. Young y A. Honneth, entre otros, propugnaron por un nuevo tipo de justicia relacional, que implicaba sobre todo el reconocimiento paritario y el respeto hacia las minorías étnicas, religiosas, culturales, sexuales, entre otros grupos sociales.²³³

²³² Véase *infra* capítulo décimo primero, apartado II.

²³³ Un interesante estudio sobre este subtipo de la justicia social (reconocimiento e inclusión) y los problemas que plantea su relación con la distributiva, sus dificultades prácticas y proyección global en Fuente, Oscar Pérez de la, *Por senda de justicia: inclusión, redistribución y reconocimiento*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014. Igualmente vale la pena consultar a Thompson, Simon, *The Political Theory of Recognition*, Cambridge, Polity Press, 2006, Ferguson, Anne y Nagel, Mechthild, *Dancing with Iris. The Philosophy of Iris Marion*

Aunque hacia el comienzo de dicha reflexión, algunos plantearon la posible tensión —y hasta la incompatibilidad— entre las propuestas económicas distribucionistas antes expuestas y estas nuevas aproximaciones más bien culturales de reconocimiento, lo cierto es que paulatinamente se fue advirtiendo su profunda interdependencia y complementariedad.

En realidad se trataba de añadir a la exigencia redistributiva de bienes materiales el reconocimiento posmaterial de la identidad y la diferencia de ciertos colectivos, cuya marginación económica en buena parte derivaba —o iba de la mano— de su discriminación social y política.

Donde la justicia social distributiva se había concentrado en el dilema igualdad-libertad en términos más bien económicos, la justicia social del reconocimiento se enfocó en la disyuntiva igualdad-diferencia, desde un enfoque cultural, para promover el respeto a las identidades.²³⁴

Si bien la reivindicaciones jurídicas de las minorías culturales, religiosas, feministas y raciales tienen su propia historia —algunas centenarias—, y muchas de ellas confluyeron a partir de los movimientos sociales de 1968, la intensificación de la globalización a partir de la caída del muro de Berlín, vino a renovar el interés en las mismas.

En tal sentido y a manera de paréntesis necesario sobre la importancia actual de la diversidad cultural, cabe decir que la globalización —como diástole expansiva del corazón de la humanidad, o fuerza centrífuga universalista— ha sido una constante intermitente desde la Antigüedad, expresada a través del cosmopolitismo.²³⁵

Young, Nueva York, Oxford University Press, 2009, sobre todo las contribuciones de las partes II, IV y V; Frost, Rainer, *The Right to Justification*, trad. de J. Flynn, Nueva York, Columbia University Press, 2007, en especial los capítulos 5 a 8; Honneth, Axel, *The Struggle for Recognition The Moral Grammar of Social Conflicts*, trad. de J. Anderson, Massachusetts, MIT Press & Polity Press, 1995; Lovell, Terry (ed.), *(Mis)recognition, Social Inequality and Social Justice* Nancy Fraser and Pierre Bourdieu, Abingdon, Routledge, 2007; Marion Young, Iris, *Responsibility for Justice*, Nueva York, Oxford University Press, 2011, y Zurn, Christopher F., *Axel Honneth. A Critical Theory of the Social*, Massachusetts, Polity Press, 2015, en especial los capítulos 2, 3, 5 y 6. Véase también a Murillo y Hernández, “Hacia un concepto de justicia social” ..., *cit.*, p. 17, y Vázquez, Rodolfo, *Teorías contemporáneas de la justicia...*, *cit.*, p. 138.

²³⁴ Cfr. Frost, *The Right to Justification...*, *cit.*, Lovell, *(Mis)recognition, Social Inequality and Social Justice...*, *cit.*, Pérez de la Fuente, *Por senda de justicia...*, *cit.*, y Thompson, *The Political Theory of Recognition...*, *cit.*

²³⁵ La metáfora de la sístole y diástole se ha retomado del jurista, iusfilósofo y politólogo español Emilio Suñé Llinás. Sobre la globalización, sus antecedentes, historia, naturaleza multifactorial y relacional y sus implicaciones, véase entre otros a Reder, *Globalización y filosofía...*, *cit.*

Ahora bien, dicha diástole ha convivido siempre con su correspondiente sístole contractiva; o sea, con las fuerzas centrípetas de los localismos, promotores de lo singular vernáculo.

En virtud de lo anterior, como ha observado desde hace tiempo U. Beck, es más preciso hablar en nuestros días de “glocalización” (globalización + localismos), o como propuso en su momento M. MacLuhan con una afortunada metáfora, de la “aldea global”.²³⁶

Lo cierto es que la otra cara de la globalización se encuentra precisamente en la afirmación de las autonomías locales intra-estatales y de sus identidades culturales históricas, así como de sus respectivos derechos.²³⁷

Además, la globalización en tanto que mundialización, también suscitó la cuestión del multiculturalismo como un encuentro —enfrentamiento, conflicto, diálogo y acuerdo— entre diversas cosmovisiones, que requerían del replanteamiento del univocismo universalista de la cultura occidental.²³⁸

De ahí la necesidad y la pertinencia —también en el ámbito jurídico— de los modelos procedimentales interculturales. Tales modelos, superando la dialéctica racionalista habermasiana, han promovido un duólogo conversacional (R. Panikkar), que abarcando también a las “emociones” y las “creencias”, busca propiciar una auténtica comprensión cultural.²³⁹

Dicho duólogo se impone también en el ámbito de los derechos humanos, si bien el mismo no debe traducirse en la relativización o relajación de su núcleo esencial ni de sus mínimos vitales.

En efecto, como observara el filósofo interculturalista R. Fornet-Betancourt, las culturas son ambivalentes y deben ser objeto de un discernimiento crítico; pues inclusive al interior de las mismas, se aprecian diversas tradiciones, algunas opresivas y otras liberadoras.²⁴⁰

En todo caso, los derechos humanos se encuentran en el campo de lo “no opinable” (N. Bobbio), constituyen “la esfera de lo indecible” (L. Fe-

²³⁶ Cfr. Beck, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. de Bernardo Moreno y Ma. Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1998, y MacLuhan, Marshall, *La galaxia Gutenberg. Génesis del homo typographicus*, trad. de J. Novella, Barcelona, Círculo de Lectores, 1998.

²³⁷ Sobre la estructura y articulación de los mismos, Pampillo Baliño, Juan Pablo, *Nuevas reflexiones...*, cit.

²³⁸ Vallescar Palanca, Diana de, *Hacia una racionalidad intercultural: cultura, multiculturalismo e interculturalidad*, Madrid, Universidad Complutense, 2003, pp. 11 y 385 y ss.

²³⁹ Cfr. Panikkar, Raimon, *The Intra-Religious Dialogue*, Nueva Jersey, Paulist Press, 1999.

²⁴⁰ Cfr. Vallescar, *Hacia una racionalidad intercultural...*, cit., p. 333. Fornet-Betancourt, Raúl, “Tesis para la comprensión y práctica de la interculturalidad como alternativa a la globalización”, *Estudios sobre historia del pensamiento español. Actas de las III Jornadas de Hispanismo Filosófico*, Santander, Caja Santander, 1998, pp. 387-394.

rrajoli) y, por ende, son un “coto vedado” (E. Garzón Valdés) sustraído al acuerdo.²⁴¹

De ahí que se considere —incluso desde la perspectiva intercultural—, que el núcleo esencial y los mínimos vitales de los derechos humanos, constituyen un límite indisponible al multiculturalismo, fundando sobre la dignidad preeminente de la persona humana.

Ahora bien, la realidad es que la glocalización promovió —tanto al interior como al exterior de los Estados nacionales— el multiculturalismo, acentuando también la intensidad de las olas migratorias.

Dichos acontecimientos suscitaron a su vez los movimientos y las políticas de identidad-reconocimiento que se han venido imponiendo, superando los esquemas asimilacionistas e integracionistas que habían caracterizado a las sociedades occidentales, propugnando por un nuevo modelo pluralista.²⁴²

Y ese modelo pluralista, que requiere del respeto y reconocimiento paritario a las minorías culturales y religiosas, ha contribuido a su vez a una nueva profundización de la sensibilidad hacia los demás grupos minoritarios.

Cerrrando el anterior paréntesis sobre el reconocimiento —y sus límites— a las minorías culturales y religiosas, vale reiterar que la justicia social, en esta nueva acepción posmaterial, además de complementar y potenciar las exigencias distributivas de diversos grupos con particulares identidades —sociales, económicas, étnicas, sexuales y de orientación sexual, etcétera—, propició el desarrollo de un pensamiento crítico y contrahegemónico.

Y una de las aportaciones de dicho pensamiento fue desenmascarar el cómo ciertas estructuras sociales —políticas, económicas y jurídicas— en realidad institucionalizaban hegemonías opresivas, marginando y relegando a ciertos grupos.²⁴³

²⁴¹ Bobbio, Norberto, “La regla de mayoría: límites y aporías”, en Fernández Santillán, José (comp.), *Norberto Bobbio: el filósofo y la política. Antología*, México, Fondo de Cultura Económica, 2a. ed., 2002; Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Edición de M. Bovero, Madrid, Trotta, 2003, p. 478; Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Edición del debate con A. de Cabo y G. Pisarello, Madrid, Trotta, 2001, p. 36, y Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 469. En el mismo sentido véase a Höffe, Otfried, *Derecho intercultural*, trad. de R. Sevilla, Barcelona, Gedisa, 2008.

²⁴² Véase a Vázquez, *Teorías contemporáneas de la justicia...*, cit., p. 138. También a Witkin, Stanley L. e Irving, Allan, “Postmodern Perspectives on Social Justice”, Reisch, *Routledge International Handbook of Social Justice...*, cit., pp. 188 y ss.

²⁴³ Cfr. Frost, *The Right to Justification...*, cit.; Lovell, *(Mis)recognition, Social Inequality and*

En dicho sentido, la teoría crítica —que ha venido acompañando a algunos de los anteriores planteamientos—, permite desarrollar la justicia social promoviendo una reflexión más detenida sobre las estructuras, instituciones y principios consolidados tradicionalmente, mismos que —sometidos a un análisis crítico—, pueden descubrirnos formas sutiles de dominación o explotación.²⁴⁴

Ahora bien, dicho discernimiento crítico tampoco debe traducirse —como se adelantó desde un principio— en el hiper-relativismo nihilista del posmodernismo radical, que en realidad impide el desarrollo de una auténtica justicia.

En todo caso, es un hecho que la realización de la justicia social requiere, tanto de una reestructuración económica como sobre todo de una transformación cultural.

2. *La participación social*

Adicionalmente y de manera paralela a la anterior concepción de la justicia social como reconocimiento cultural, se encuentra otra corriente de pensamiento que la concibe sobre todo en términos de participación social y política.

Entre sus representantes más conocidos están, nuevamente, I. M. Young y A. Honneth, así como desde una perspectiva global y cosmopolita D. Held.²⁴⁵

Social Justice..., cit.; Pérez de la Fuente, *Por senda de justicia...*, cit., y Thompson, *The Political Theory of Recognition...*, cit., *passim*.

²⁴⁴ Fook, Jan, “Social Justice and Critical Theory”, en Reisch, *Routledge International Handbook of Social Justice...*, cit., pp. 166 y ss. Específicamente desde la perspectiva feminista y de género, puede verse la obra crítica de Segato, Rita Laura, *La guerra contra las mujeres*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2016. Desde una perspectiva jurídica, pueden verse las obras de Fraser, Nancy, Carbonero, María Antonia y Valdivieso, Joaquín (coords.), *Dilemas de la justicia en el siglo XXI. Género y globalización*, Palma, Universidad de las Islas Baleares, 2011. González Luna, Ana María, Raphael de la Madrid, Lucía y Melgar Palacios, Lucía (coords.), *Pensar la justicia con perspectiva de género*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2023. Y añadiendo una mirada decolonial a las anteriores perspectivas feministas y de género, también puede verse el artículo de Villalba Laborde, Sofía, “Justicia, feminismo y descolonialidad: un debate urgente”, *Revista Anuario del Área Socio-Jurídica*, vol. 15, Montevideo, Facultad de Derecho de la Universidad de la República del Uruguay, 2023.

²⁴⁵ Véase a Held, David (ed.), *A Globalizing World? Culture, Economics, Politics*, 2a. ed., Londres, Open University, 2004, sobre todo los capítulos inicial y final. También véase a Pérez de la Fuente, *Por senda de justicia...*, cit.; Ferguson y Nagel, *Dancing with Iris...*, cit.; Honneth, *The Struggle for Recognition...*, cit.; Young, *Responsibility for Justice...*, cit.; Murillo y Hernández,

Esta última aproximación caracteriza a la justicia social a través de un conjunto de mecanismos tendientes a asegurar la promoción del acceso y la plena participación en la vida social y política de grupos excluidos o marginados en razón de su raza, edad, género, capacidades, educación, situación económica u orientación sexual, entre otros.²⁴⁶

Se trata pues de asegurar para dichos grupos la igualdad de oportunidades, pero no ya respecto de bienes y recursos puramente económicos, sino más bien en relación con el acceso al poder y la participación en diferentes espacios públicos y sociales, incluyendo, de manera especial, los ámbitos de la educación y la cultura.²⁴⁷

Al igual que en la concepción cultural del reconocimiento, sus proponentes consideran —a través del empleo del análisis crítico—, que diversas estructuras e instituciones políticas, académicas, culturales y sociales excluyen y marginan a grupos específicos, imponiendo criterios de selección que aseguran el *status quo* de grupos dominantes.

Dichas prácticas de injusticia institucionalizada requieren la revisión de los procesos políticos y sociales, incluyendo la incorporación de acciones afirmativas para asegurar tanto la participación de las minorías como la conformación pluralista de las instituciones.²⁴⁸

VII. REFLEXIONES FINALES

1. *Necesidad de un enfoque integrador*

Expuestas las tres principales vertientes de la justicia social, es decir, la económico-distributiva, la cultural-identitaria y la político-participativa, vale la pena hacer las siguientes consideraciones.

En primer lugar debe reiterarse —como ha observado también N. Fraser—, que los anteriores tipos de la justicia social, lejos de ser excluyentes entre sí, en realidad son complementarios. Asimismo, sus paradigmas comprensivos —distribución económica, reconocimiento cultural y participa-

“Hacia un concepto de justicia social”..., *cit.*, p. 17, y Vázquez, Rodolfo, *Teorías contemporáneas de la justicia...*, *cit.*, p. 138.

²⁴⁶ Cfr. Frost, Rainer, *Contexts of Justice Political Philosophy beyond Liberalism and Communitarianism*, trad. de J. M. M. Farrell, Los Ángeles, University of California Press, 2002.

²⁴⁷ Véase Pérez de la Fuente, *Por senda de justicia...*, *cit.*, y Thompson, *The Political Theory of Recognition...*, *cit.*, *passim*.

²⁴⁸ Cfr. Honneth, *The Struggle for Recognition...*, *cit.*, y Young, *Responsibility for Justice...*, *cit.*, *passim*.

ción social— pueden y deben ser objeto de un enfoque integrador y multidimensional.²⁴⁹

Enfoque integrador que, además de articular las referidas proyecciones de la justicia social, les permita suplementarse con los diferentes tipos de justicia planteados por la teoría clásica —especialmente con la distributiva, legal y protectora—, así como con los más recientes desarrollos de la justicia global, que serán expuestos a continuación.

2. *La excesiva generalidad y otros problemas de fundamentación*

En segundo lugar, vale la pena reiterar sobre las teorías anteriormente expuestas que, dada su misma abstracción, raramente nos presentan los mecanismos que serían necesarios para la realización concreta de sus postulados.

Más aún, habiéndose desarrollado desde perspectivas éticas, políticas, económicas o culturales y sin mayor consideración del derecho, frecuentemente han pasado por alto numerosas instituciones jurídicas que ya recogen, desde hace tiempo, varias de sus inquietudes y propuestas.²⁵⁰

En virtud de ello y como un complemento a las consideraciones expuestas, en el último capítulo se expondrán los planteamientos propios de una teoría integral y jurídica de la justicia, que recogiendo la concreción característica de la teoría clásica, buscará identificar las instituciones —sustantivas y procesales— de la justicia contemporánea, el fundamento en derecho de sus obligaciones estrictas y los mismos cauces ya existentes para la exigibilidad de las mismas.

En tercer lugar, conviene apuntar que los fundamentos que ofrecen para sustentar los deberes de justicia son también demasiado etéreos, además de que —se insiste— provienen principalmente de los campos de la ética, la economía, la política o la teoría social. Por ello resultan insuficientes para sustentar la exigibilidad de las obligaciones jurídicas concretas propias de una justicia social justiciable, encarnada —como todo derecho— en la realidad práctica de los conflictos humanos.

²⁴⁹ Véase Lovell, Terry, “Nancy Fraser’s integrated theory of justice: a «sociologically rich» model for a global capitalist era?”, en Lovell (ed.), *(Mis)recognition, Social Inequality and Social Justice...*, cit., *passim*.

²⁵⁰ En el mismo sentido se pronuncia Harold Berman en “Individualistic and Communitarian Theories of Justice: An Historical Approach”, *UC Davis Law Review*, vol. 21, núm. 3, University of California School of Law, 1988, disponible en: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/21/3/articles/DavisVol21No3_Berman.pdf, pp. 552 y ss.

Ahora bien, la incapacidad de dichas teorías para ofrecer una adecuada fundamentación de la justicia social deriva de dos limitaciones intrínsecas. La primera —varias veces repetida—, consiste en que teorizan desde diversos campos de la filosofía social, por lo que su discurso resulta demasiado indefinido para apuntalar instituciones y derechos específicos.

De ahí la necesidad y la pertinencia de una teoría jurídica de la justicia, que pueda aportar razones precisas para sustentar sus obligaciones particulares.

Su segunda limitación deriva de las mismas restricciones epistemológicas que dichas teorías se han autoimpuesto.

En efecto, las teorías presentadas responden —como también se dijo—, a los presupuestos de la cosmovisión moderna-contemporánea. Cosmovisión que, por lo demás, prescindió de la teoría clásica de la justicia material, mucho más definida, detallada y circunstanciada, gracias a su incorporación multisecular al derecho y a la reflexión jurídica, a través de la jurisprudencia romana, medieval y temprano-moderna.

En efecto, las teorías modernas y contemporáneas de la justicia parten alternativamente, o bien del empirismo, o bien del racionalismo, o bien del criticismo, que en general convergieron, a través del contractualismo, primero en el positivismo jurídico y luego en las llamadas teorías deliberativas.

Más explícitamente: dadas las objeciones que tanto el empirismo como el criticismo kantiano proyectaron sobre el iusnaturalismo clásico y moderno, considerándolo inviable; y, dada por otro lado la positivación del derecho natural racionalista a través de la codificación y el constitucionalismo, resultó que en ambos casos, el contrato social hubo de convertirse en el único camino para fundamentar la sociedad política y su justicia.²⁵¹

Dicho contrato social asumió, en un primer momento, la forma voluntarista de la ley estatal; y, tras su crisis, la forma intelectualista del procedimiento dialéctico de las teorías deliberativas y los modelos discursivos

El problema del contrato-social-ley fue que podía legitimar cualquier contenido de la voluntad, por lo que ha debido ser descartado como fundamento único.

Por su parte, el problema del contrato-social-discurso, es que sólo puede fundamentar procedimientos formales o abstracciones materiales, que necesariamente se agotan en principios demasiado generales.

²⁵¹ En torno a las referidas corrientes de pensamiento, pueden verse con provecho —entre otros— los textos de historia de la filosofía anteriormente citados, en lo particular los de Abbagnano, Hirschberger, Reale y Antiseri. Sobre su proyección en el ámbito jurídico, pueden verse los también citados de Fassò, Martínez, Pampillo, Recaséns Siches, Rodríguez Molinero, Truyol y Verdross.

De ahí la necesidad de una teoría jurídica de la justicia que, junto con los anteriores fundamentos, pueda ofrecer otros más capaces de sustentar la obligatoriedad de las instituciones, procedimientos y reglas jurídicas concretas.

3. Ni son todos los que están, ni están todos los que son

Finalmente, conviene destacar que los grupos que han venido siendo reconocidos como sujetos de la justicia social se han ido multiplicando con el paso de las décadas. Desde los trabajadores, campesinos e indigentes —propia mente personas en situación de pobreza— hasta las comunidades indígenas y demás pueblos originarios, pasando por los consumidores, las pequeñas y medianas empresas, las mujeres, los migrantes, los representantes de las diversas orientaciones sexuales, las distintas etnias, los arrendatarios de inmuebles residenciales, los sexoservidores, las minorías religiosas, los animales no humanos y un muy largo etcétera, como parte de una creciente lista, que a su vez varía en diferentes latitudes.

Bastantes de esos grupos —aunque no todos y algunos con más fundamento que otros—, han conseguido introducir en diferentes ordenamientos jurídicos importantes modulaciones propias del derecho social.

Así, se ha modificado la estructura tradicional de las relaciones jurídicas que anteriormente se regulaban por el derecho público o por el derecho privado, a los que se incorporaron diversas instituciones y procedimientos para asegurar su reconocimiento cultural, participación política y social, así como el acceso y disfrute de los diversos recursos económicos.

Asimismo, dichos grupos han logrado imponer —con más o menos, mejores o peores razones—, una serie de limitaciones a otros grupos y personas, así como a la sociedad misma, tendentes a garantizar sus nuevos derechos.

Evidentemente, dicha realidad obliga a continuar repensando los alcances y los límites de la justicia social. Por un lado, debe asegurarse que se proteja a todos los que lo ameritan, sin incurrir por otro lado en promociones o restricciones, que podrán parecer políticamente correctas en un determinado momento sociocultural, pero que carecen de una auténtica justificación ética y jurídica.

E igualmente, debe asegurarse que tales promociones o restricciones sean proporcionales —en su contenido, extensión, duración— a la desigualdad que procuran corregir, evitando distorsiones.

Además —como también se ha repetido—, debe reflexionarse sobre las obligaciones, así como respecto de los mecanismos para su exigibilidad, que los derechos sociales implican para la comunidad en su conjunto y sus diferentes miembros, además de valorarse las cargas y responsabilidades que los mismos implican entre sus propios beneficiarios.

Así, la reflexión —ética, política, cultural y jurídica— nos obliga continuamente a revisar los derechos, las obligaciones, las cargas y los procedimientos; a pensar, continuamente, si están todos los que son y si son todos los que están.

CAPÍTULO CUARTO

EL CONTEXTO HISTÓRICO DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL

I. DEL *IUS GENTIUM* AL DERECHO INTERNACIONAL MODERNO

1. *La teoría clásica y su cosmopolitismo*

De la misma manera en que se destacó la importancia de la concepción tradicional de la justicia material y sus tipos clásicos, así como su relación con el bien común en tanto que antecedentes y sustentos complementarios de la actual justicia social, conviene apuntar ahora que el actual debate en torno a la justicia global no resulta tan original ni tan novedoso como algunos pretenden. De hecho, hunde sus raíces con profundidad en la historia del pensamiento jurídico y del derecho occidentales.²⁵²

²⁵² Para no abultar excesivamente el aparato crítico del presente capítulo, cabe hacer desde ahora referencia a las siguientes obras generales sobre la historia del derecho internacional y de las relaciones internacionales que se han seguido: Álvarez Londoño S. J., Luis Fernando, *Historia del derecho internacional público*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2006; Bremer, Juan José, *Tiempos de guerra y paz. Los pilares de la democracia: de Westfalia a San Francisco*, México, Taurus, 2019; Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El derecho internacional en perspectiva histórica*, Madrid, Tecnos, 1990; Fassbender, Bardo y Peters, Anne (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012; Renouvin, Pierre y Baptiste Duroselle, Jean, *Introducción a la historia de las relaciones internacionales*, trad. de A. Macías, México, Fondo de Cultura Económica, 2001; Sepúlveda, César, *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, México, UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1997, y Truyol y Serra, Antonio, *Historia del derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1995. También se han aprovechado las reflexiones filosóficas que realizan sobre dicha historia Basave Fernández del Valle, Agustín, *Filosofía del derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, y los autores que escriben en Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010. Entre las obras monográficas pueden verse las de Gómez Robledo, Antonio, *Fundadores del derecho internacional. Vitoria, Gentili, Suárez y Grocio*, México, UNAM, 1987, Pérez Luño, Antonio-Enrique, *La polémica sobre el Nuevo Mundo*, Madrid, Trotta, 1995; Rovira Gaspar, María del Carmen, *Francisco de Vitoria. España y América. El poder y el hombre*, México, M.

Así, podemos ubicar en varios planteamientos antiguos, medievales y temprano-modernos, precedentes y hasta fundamentos de las actuales teorías e instituciones de la justicia global.

A. *El sustrato greco-latino*

Ya se adelantó que el cosmopolitismo de los estoicos, reconocía la existencia de una sociedad común del género humano, que se regía por un *koinos nomos* o derecho común de todos los hombres. Ello aún a pesar de quienes afirmaban desde entonces la diferenciación entre griegos y bárbaros, que luego se extendió contraponiendo a los romanos o a los europeos frente a los demás pueblos con proyecciones etnocentristas hasta nuestros días.²⁵³

En todo caso, la idea de una cosmópolis, conformada por la humanidad, supuso un importante marco de referencia, tanto ético como jurídico, que permitiría afirmar tanto deberes negativos de respeto como positivos de asistencia mutua entre todos los hombres y todas las naciones.²⁵⁴

Igualmente, se mencionó la recepción y difusión de dicha concepción a través de Cicerón, así como su traducción jurídica en el *ius gentium* o derecho de gentes.

A. Porrúa, 2004; Salord Bertrán, Manuel Ma., *La influencia de Francisco de Vitoria en el derecho indiano*, México, Porrúa, 2002. Asimismo, algunas introducciones históricas, de diferente extensión, así como una exposición sobre el derecho internacional contemporáneo pueden verse en los textos de David Armstrong (ed.), *Routledge Handbook of International Law*, Abingdon, Routledge, 2009. Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho internacional público*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991; Díez de Velasco Vallejo, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 16a. ed., Madrid, Tecnos, 2007; Herdegen, Matthias, *Derecho internacional público*, trad. de M. Anzola, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017; López-Bassols, Hermilo, *Derecho internacional público*, 4a. ed., México, Porrúa, 2014; Mingst, Karen, *Fundamentos de las Relaciones Internacionales*, México, CIDE, 2007; Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 26a. ed., México, Porrúa, 2009; Pastor Ridruejo, José Antonio, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2003; Shaw, Malcolm N., *International Law*, 6a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008; Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, trad. de Dotación Carnegie para la Paz Internacional, México, Fondo de Cultura Económica, 2012; Teitel, Ruti G., *Humanity's Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2011; Travieso, Juan Antonio, *Derecho internacional público*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, y Vallarta Marrón, José Luis, *Derecho internacional público*, México, UNAM-Porrúa, 2009.

²⁵³ Véase *supra* capítulo tercero, apartados I y II.

²⁵⁴ *Cfr.* Peña Echeverría, Javier, “Los orígenes del debate sobre la justicia global”, *Isegoria. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 43, Madrid, CSIC, 2010, disponible en: <https://doi.org/10.3989/isegoria.2010.i43.699>, p. 368.

Dicho derecho fue fundado en la razón y en la naturaleza común de los hombres como derecho natural —*ius naturale*—, pero también en las convenciones positivas, considerándolo un ordenamiento diferente de los derechos propios de cada pueblo, como lo era el *ius civile* entre los romanos.²⁵⁵

B. *Del ius commune a la Escuela de Salamanca*

Tras el derrumbamiento del mundo antiguo, el *ius gentium* resurgió cuando los juristas bajomedievales del *ius commune* lo perfilaron a partir del derecho romano y del derecho natural como un derecho común a todos los hombres (*ius commune inter omnium hominum*).

Después, habría de configurarse como un derecho entre naciones (*ius inter nationes*) y un derecho entre personas (*ius inter personas*).²⁵⁶

Dicho derecho de gentes medieval-cristiano —*ius respublica christianorum*— constituyó el fermento del derecho internacional moderno, cuya fundación se debe a la Escuela de Salamanca y especialmente F. de Vitoria.

Sus reflexiones, partieron de la fragmentación religiosa derivada de la Reforma y, sobre todo, de las polémicas indianas suscitadas por el Nuevo Mundo.

Frente a las anteriores novedades, Vitoria expuso las nociones fundamentales de comunidad universal (*totus orbis*) y de bien común universal (*bonum commune totus orbis*), así como sus trascendentales derechos a la comunicación (*ius communicationis*), a la migración, al establecimiento (*ius peregrinandi et degendi*) y al comercio (*ius negotiandi*).²⁵⁷

²⁵⁵ Véase *Instituta de Justiniano*, 1.2.1, y *Digesto* 1.1.9.

²⁵⁶ Cfr. Truyol, *Historia del derecho internacional...*, *cit.*, *passim*.

²⁵⁷ Cfr. Añaños Meza, “El título de sociedad y comunicación natural de Francisco de Vitoria. Tras las huellas de su concepto a la luz de la teoría del dominio”..., *cit.*, pp. 551 y ss., y 577 y ss. Además de su importancia como fundamento jurídico de las relaciones internacionales, de las alianzas, de la migración y del comercio, el *ius communicationis* puede considerarse —como la hecho Pérez Luño, como un antecedente —salvando las distancias— del modelo procedimental racional comunicativo de K. O. Apel y de J. Habermas. Incluso del modelo intercultural de Fernet-Betancourt y de Panikkar al que se hizo referencia anteriormente. Cfr. Pérez Luño, Antonio-Enrique, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la filosofía del derecho*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 1995, pp. 93 y ss. Véase también a Beneyto, José María y Corti Varela, Justo (eds.), *At the Origins of Modernity Francisco de Vitoria and the Discovery of International Law*, Nueva York, Springer, 2017. Cabe destacar que varios de los planteamientos de Vitoria fueron compartidos —desde conceptos semejantes— por otros teólogos juristas españoles. A manera de ejemplo, puede citarse como el más importante a F. Suárez, quien en *De Legibus ac Deo Legislatore* se refirió igualmente al *bonum commune generis humani*, así como a Luis de Molina, quien de hecho desarrolló también —como se expuso

Tales conceptos implicaban:

1. La afirmación de un derecho de gentes universal fundado: *a)* principalmente en reglas convencionales de derecho positivo —*ius gentium voluntarium* o *ius gentium secundarium*—, que abarcaba instituciones jurídicas como la guerra y la inviolabilidad de los embajadores; pero también, *b)* subsidiariamente, en los principios del derecho natural —*ius gentium naturale* o *ius gentium primum*—, como son los preceptos jurídicos de amistad, fraternidad, solidaridad, reciprocidad, hospitalidad y cortesía, cuya exigibilidad se realizaba a través de los derechos a la comunicación, migración, establecimiento y comercio anteriormente referidos.
2. La limitación de la propiedad en los casos de necesidad, que hace devenir en comunes todos los bienes (*communis omnium possessio*), y
3. Junto al deber negativo de no dañar a los demás, referido a los pueblos, el deber positivo de tratarlos conforme a la regla de oro y, por lo mismo, de brindarles asistencia recíproca para alcanzar el bien común del orbe.²⁵⁸

2. *El estatalismo westfaliano*

No obstante el anterior espíritu universalista de F. de Vitoria y la Escuela de Salamanca, la posterior evolución del derecho internacional moderno estuvo marcada más bien por el estatalismo soberanista sancionado en 1648 por la paz de Westfalia.²⁵⁹

anteriormente— la doctrina de los límites del *dominium* frente al estado de necesidad de los pueblos y personas, afirmando deberes de justicia y no de caridad respecto de los pobres. *Cfr.* Pérez Luño, *La polémica...*, *cit.*, pp. 77 y ss., y Molina, Luis de, *De Iustitia et Iure...*, *cit.*, 1.1.1. En lo particular sobre el pensamiento teológico y jurídico de Molina, puede verse a MacGregor, *Luis de Molina...*, *cit.*

²⁵⁸ *Cfr.* Añaños Meza, “El título de sociedad y comunicación natural de Francisco de Vitoria...”, *cit.*, pp. 551 y ss., y 577 y ss. Véase también a Hernández Martín, Ramón, *Francisco de Vitoria. Vida y pensamiento internacionalista*, Madrid, BAC, 1995, pp. 173 y ss., y Hernández Sánchez-Barba, Mario, *Francisco de Vitoria*, Madrid, Universidad Francisco de Vitoria, 2009, pp. 70 y ss.

²⁵⁹ Sánchez-Bayón, Antonio, “Fundamentos de derecho comparado y global: ¿cabe un orden común en la globalización?”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 47, núm. 141, México, 2014, disponible en: [https://doi.org/10.1016/S0041-8633\(14\)71183-4](https://doi.org/10.1016/S0041-8633(14)71183-4), pp. 1023 y ss.

Asimismo, fue influida por el pensamiento político contractualista —individualista, nacionalista, convencional y protopositivista—, que paulatinamente fue diluyendo las exigencias de solidaridad del cosmopolitismo.²⁶⁰

El nuevo derecho internacional se desarrollaría así como apéndice de la razón de Estado, de modo realista —incluso amoral—, como el conjunto de acuerdos provisionales entre las potencias, para preservar un equilibrio inestable entre sus pretensiones de supremacía (Maquiavelo, Hobbes, Morgenthau).

A. Grocio y Leibniz

Dentro del anterior contexto y por lo que hace a la justicia internacional, se advierte ya desde H. Grocio una importante limitación a las obligaciones entre los pueblos.²⁶¹

En efecto, para el jurista holandés, tales obligaciones se agotaban en el ámbito de la justicia conmutativa, reflejándose únicamente en el cumplimiento de las promesas, la reparación de los daños y la abstención de lo ajeno. En contrapartida, concibió a la asistencia mutua más bien como un deber moral, que ya no entraba en la órbita de la justicia, sino de la beneficencia.

Como una opción intermedia, G.W. Leibniz propondría —eje de su jurisprudencia universal—, una justicia más exigente, estrechamente relacionada con la caridad (*iustitia est caritas sapientes*).²⁶²

A partir de su particular interpretación de los tres preceptos del derecho de Ulpiano, Leibniz consideró que en primer lugar podía ubicarse la justicia conmutativa, expresada a través de un derecho estricto (*ius strictum*) y basada sobre el principio de no dañar a otros (*alterum non laedere*). En segundo lugar colocaba a la justicia distributiva, propia más bien de un derecho equitativo (*ius aequum*), fundada en el dar a cada quien lo que le corresponde

²⁶⁰ Cfr. Basave, *Filosofía del derecho internacional...*, cit., *passim*, y Gómez Robledo, *Fundadores del derecho internacional...*, cit., *passim*.

²⁶¹ Lo anterior a pesar de la conocida influencia que tuvo el pensamiento de la segunda escolástica española y, sobre todo, el de F. de Vitoria sobre H. Grocio, cuestión bastante explorada, sobre la cual puede consultarse, entre otros, a Hernández Martín, *Francisco de Vitoria...*, cit., pp. 213 y ss.

²⁶² Sobre la filosofía jurídica y la teoría de la justicia de Leibniz, pueden verse con provecho Rile, Patrick, *Leibniz Universal Jurisprudence. Justice as the Chanty of the Wise*, Massachusetts Harvard University Press, 1996, pp. 17 y ss., 183 y ss. y 199 y ss., y Berkowitz, Roger, *The Gift Of Science. Leibniz and the Modern Legal Tradition*, Massachusetts Harvard University Press, 2005, pp. 64 y ss.

(*suum cuique tribuere*), pero ampliada conforme a la regla de oro en su sentido activo, por donde afirmó las obligaciones positivas de hacer, que aunque en algunos casos consideraba de naturaleza moral, en otros eran de índole propiamente jurídica. Finalmente postuló —ya en el ámbito más propio de la ética personal— una justicia universal fundada sobre un derecho piadoso (*ius pietatis*), que se correspondería al vivir honestamente (*honeste vivere*), aunque en una versión cristianizada. A partir de la anterior diferenciación, afirmó la absoluta juridicidad del primero, la relativa del segundo y la calidad estrictamente moral de la tercera.²⁶³

B. *El iusracionalismo*

A pesar de la anterior alternativa leibniziana, terminó por imponerse el pensamiento de Grocio, distinguiéndose a partir del siglo XVII —y hasta nuestros días— entre deberes negativos (justiciables) y deberes positivos (no justiciables), considerados obligaciones imperfectas.

Los deberes negativos, considerados jurídicamente vinculantes, se traducirían sobre todo en evitar incumplir los tratados, o causar daños. Los deberes positivos de brindar auxilio o ayuda fueron tenidos como meros imperativos éticos. Tal fue la postura sostenida, entre otros, por S. Puffendorf, Ch. Wolff y E. Vattel.²⁶⁴

Los anteriores deberes morales positivos, que son los propios de una justicia internacional distributiva, fundamentan y explican la cooperación entre los Estados, independientes y soberanos, pero excluyen —en su anterior concepción— la existencia de verdaderas obligaciones jurídicas.

Sólo en los casos extremos derivados de catástrofes naturales, algunos autores los consideran —en virtud de dicho estado de necesidad transitorio— como auténticos imperativos humanitarios (*officia humanitatis*), más allá de la imposibilidad —o al menos dificultad— de su estricta justiciabilidad.

²⁶³ Además de las obras citadas sobre la teoría de la justicia de Leibniz, algunas de sus implicaciones y proyecciones en el pensamiento filosófico y jurídico actual pueden verse en Bilbeny, Norbert, *Justicia compasiva. La justicia como cuidado de la existencia*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 172 y ss., y Kolb, Robert, *Theory of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 379 y ss.

²⁶⁴ Cfr. Peña Echeverría, “Los orígenes del debate sobre la justicia global”, *cit.*, pp. 371 y ss.

II. DERECHOS INTERNACIONALES, COMUNES Y GLOBALES

El derecho internacional moderno, de origen postwesfaliano —caracterizado en materia de justicia por los limitados términos expuestos—, prolongó su vida hasta la Segunda Guerra Mundial.

Transitó así por diversos hitos, modulaciones y avances, como fueron los conciertos de naciones a partir del Congreso de Viena de 1815 y las conferencias y organismos que se sucedieron desde el último tercio del siglo XIX.²⁶⁵

1. *El derecho internacional contemporáneo y sus características*

Ahora bien, como observan la mayor parte de los estudiosos, a partir de la segunda posguerra inició el nuevo periodo del derecho internacional público contemporáneo.

El desenvolvimiento de este nuevo periodo se ha dado —según el consenso general— a través de dos fases. La primera, desde el establecimiento de la sociedad de naciones (1945) hasta el fin de la guerra fría (1989-1991). Y la segunda, desde entonces y hasta nuestros días, aunque todavía se encuentra en pleno proceso de evolución.²⁶⁶

La dinámica del derecho internacional durante esta etapa ha sido tan intensa, que algunos autores comenzaron a hablar de una auténtica reconceptualización del mismo.

Tal fue el caso temprano del *Derecho mundial* de Eduardo Trigueros (1953) y del *Derecho transnacional* de Philip C. Jessup (1956), así como del *Derecho común de la humanidad* de Wilfred Jenks (1963). Posteriormente, se ha hablado también del *Derecho de los pueblos* de John Rawls (1999), destacando los planteamientos de R. Domingo y G. Ziccardi en torno a un nuevo *Derecho global* (2008), entre muchos otros.²⁶⁷

²⁶⁵ Véase Fassbender y Peters, *The Oxford Handbook of the History of International Law...*, cit., *passim*.

²⁶⁶ Cfr. Díez de Velasco, *Instituciones...*, cit., pp. 64 y ss.

²⁶⁷ Las obras de Jessup, Jenks y Rawls son ampliamente conocidas y circulan en múltiples versiones físicas y digitales. La primera, de Eduardo Trigueros, internacionalista y rector de la Escuela Libre de Derecho, menos difundida fuera del ámbito mexicano es Trigueros Saravia, Eduardo, *Trayectoria del derecho mundial*, México, Porrúa, 1953. Las más recientes entre las citadas son las de Domingo Oslé, Rafael, *¿Qué es el derecho global?*, 2a. ed., The Global Law Collection, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2008, y de Ziccardi Capaldo, Giuliana, *The Pillars of Global Law*, Hampshire, Ashgate, 2008.

Lo cierto es que entre las características del nuevo derecho internacional contemporáneo en su primera fase —que subsisten hasta nuestros días—, se encuentra en primer lugar la institucionalización de la sociedad de naciones, tanto a nivel universal como regional.

En efecto, durante el referido periodo, la creación y multiplicación de organismos internacionales ha sido exponencial.

Desde las Naciones Unidas —y su extenso sistema de órganos centrales y especializados—, pasando por las diversas organizaciones continentales y subregionales, así como por ininidad de agencias especializadas, hoy tenemos un número incluso mayor de organismos públicos que el de los casi 200 Estados independientes que forman la sociedad internacional, de los cuales, su práctica unanimidad pertenece a la ONU.

Y si a los más de 300 organismos internacionales gubernamentales se suman los no gubernamentales, nos encontramos —literalmente y sin exageración— con cifras no determinadas que superan las decenas de miles.

Los anteriores datos nos dan cuenta del extraordinario desarrollo, en términos cuantitativos, de la sociedad y del derecho internacionales.

A dicha institucionalización debe sumarse la creciente densidad del derecho internacional, recogida por incontables tratados, leyes modelo, planes de acción conjunta, declaraciones, sentencias y opiniones consultivas, que abarcan, cualitativamente, todas las materias jurídicas, habiendo provocado una importante transformación —y también un acercamiento— entre los derechos internos —público, privado y social— de los diversos Estados.

A manera de botón de muestra, cabe decir que en 2025, solamente ante la ONU, se encuentran registrados más de 600 tratados multilaterales, de entre un total —considerando los bilaterales— de más de 158 mil documentados a partir de 1946.²⁶⁸

Otra particularidad del nuevo derecho internacional —que también se prolonga hasta la actualidad— es su socialización.²⁶⁹ Ésta inició —como se expuso— desde el primer tercio del siglo XX y se proyectó después sobre el derecho internacional contemporáneo, que desde la segunda posguerra empezó a definir sus principios característicos.

Entre dichos principios, se reconocieron originariamente aquellos de factura liberal —fraguados durante el periodo clásico, aunque ya para entonces profundizados—, como los de igualdad soberana, libre determinación, no intervención, arreglo pacífico de controversias, buena fe, respeto a los derechos humanos y prohibición del uso o amenaza de la fuerza.

²⁶⁸ Véase la página web de *United Nations Treaty Collection*: <https://treaties.un.org/>.

²⁶⁹ Véase *supra*, capítulo tercero.

Pero también, aunque de manera algo más paulatina, se fueron incorporando desde un comienzo otros principios de evidente naturaleza social. Así sucedió con los derechos económicos, políticos y culturales, con la cooperación técnica y económica, incluido el financiamiento para el desarrollo sustentable; los principios de no discriminación y promoción de diversas minorías, que se desarrollaron tanto a través de nuevas conferencias y tratados como desde la propia jurisprudencia internacional.²⁷⁰

Dentro del anterior entorno, se fue desarrollando a su vez la justicia conmutativa entre Estados, así como la distributiva y legal entre las naciones y los organismos.

Asimismo, conforme se fueron creando en el ámbito internacional instituciones para la protección de los derechos humanos, sus instancias comenzaron a ser directamente accesibles para las personas particulares, por donde se les reconoció un auténtico *ius standi*, que daría lugar a una significativa extensión de las relaciones de justicia internacional.

El anterior proceso inició con la protección de los derechos civiles y políticos; posteriormente continuó mediante la progresiva tutela a los derechos económicos, sociales y culturales, dando lugar a que los particulares en un comienzo y los grupos después, irrumpiesen en el ámbito de justicia internacional.

Así ha venido sucediendo —como se expondrá en su momento—, particularmente en los ámbitos supranacionales regionales de los derechos humanos existentes en Europa, Latinoamérica y África.²⁷¹

²⁷⁰ Véase a Díez de Velasco, *Instituciones...*, cit., pp. 77 y ss.

²⁷¹ Una síntesis del itinerario expansivo de reconocimiento y garantía de los derechos humanos, tanto a nivel nacional comparado como internacional, puede verse en Marquardt, Bernd, *Derechos humanos y fundamentales. Una historia del derecho*, Bogotá, Ibáñez, 2015. En general, sobre la protección internacional de los derechos humanos pueden verse las obras de Fernández de Casadevante, Carlos (ed.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, 4a. ed., Madrid, Dilex, 2013; Díez de Urdanivia, Xavier (coord.), *Los derechos humanos en el tercer milenio*, México, Biblioteca Jurídica Americana, Porrúa, 2018; *id.* (coord.), *Derechos humanos. Desafíos y perspectivas desde la globalidad política*, Biblioteca Jurídica Americana, Porrúa, 2019; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional transnacional*, México, Porrúa, 2016. Específicamente sobre su protección en el continente americano, véanse las de Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales, Mariela, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, t. II; García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007; *id.* y Toro Huerta, Mauricio Iván del, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, México, UNAM-Porrúa, 2011; O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2a. ed., México, Naciones Unidas y Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012; Orozco Sánchez, César Alejandro,

De esa manera, se fueron reacomodando y redefiniendo los campos respectivos de las justicias distributiva y social en el derecho internacional, sobre todo en los últimos cincuenta años, al entrar a formar parte de sus relaciones las personas y los grupos.

Adicionalmente debe considerarse que los anteriores vínculos promovidos por el extraordinario desarrollo de la sociedad internacional, han venido configurando, sobre todo a través de los medios de comunicación y las tecnologías de la información, el surgimiento de una especie de comunidad mundial, que ha despertado nuevos sentimientos de solidaridad humana.²⁷²

2. *Las variantes del nuevo pluralismo jurídico*

El anterior proceso evolutivo ha dado lugar al surgimiento de diferentes variantes jurídicas, de modo tal que se ha vuelto necesario distinguir, dentro del género derecho internacional contemporáneo, por lo menos a las tres siguientes especies:

1. El derecho internacional tradicional o cooperativo, aplicable exclusivamente a los Estados, y que puede ser convencional (tratados) o asociativo (organismos internacionales regidos por el principio intergubernamental).
2. El derecho supranacional, tanto de la integración (como en la Unión Europea) como de los derechos humanos (como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos), con sus principios característicos —desbordantes del derecho internacional clásico—, de primacía, autonomía, operatividad institucional, aplicación in-

El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción en México, 2a. ed., México, UbiJus, 2013, y Pelayo Moller, Carlos María, *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*, México, CNDH, 2015.

²⁷² Cfr. Reder, *Globalización y filosofía...*, *cit.*, *passim*. En general sobre la globalización, entre las muchas obras consultadas, se recomiendan especialmente para su comprensión integral, las de Arnaud, André-Jean, *Entre modernidad y globalización*, trad. de Nathalie González, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; Bhagwati, Jagdish, *En defensa de la globalización. El rostro humano de un mundo global*, trad. de Verónica Canales, Barcelona, Arena, 2005; Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, trad. de Daniel Zadunaisky, México, Fondo de Cultura Económica, 2006; Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización...*, *cit.*; Ianni, Octavio, *Teorías de la globalización*, trad. de Isabel Vericat, 7a. ed., México, UNAM-Siglo XXI, 2006, y Villagrasa, Jesús, *Globalización, ¿Un mundo mejor?*, México, Trillas-Universidad Anáhuac, 2003.

mediata a las personas y efecto directo sin necesidad de recepción posterior, y

3. Los derechos comunes, que vienen a complementar a los anteriores ordenamientos a través de un conjunto de principios —tanto universales como regionales, así como generales o especializados por materia—, desarrollados y aplicados extensamente por la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia. Dentro de los mismos destaca especialmente el derecho global.²⁷³

Finalmente, cabe destacar que en todas las anteriores variantes es necesario considerar también diversos elementos propios del pluralismo jurídico intraestatal como reflejo de la diversidad cultural existente al interior de los diferentes Estados y presentes también en algunos organismos internacionales.

Por ejemplo, en el caso europeo no pueden dejarse de considerar —como parte de dicho pluralismo— las particularidades de ciertas comunidades históricas al interior de las diferentes nacionalidades, como lo son las Comunidades Autónomas en España, las Regiones en Italia, los Länders en Alemania o los Cantones en Suiza.

Lo mismo debe apuntarse —aunque con un énfasis mayor, dada su diversidad cultural y por ende jurídica—, respecto de las tribus en África o las comunidades indígenas en América Latina.²⁷⁴

Más aún, las perspectivas que le ofrecen al derecho internacional y a una auténtica justicia global, que supere las limitaciones culturales propias de una mirada puramente occidental, resultan también de la mayor importancia a pesar de la manera en que han sido subalternadas, en parte por temor a su potencial contrahegemónico, y que sin embargo ofrecen grandes posibilidades para repensar de una manera crítica —e idealista—, propia

²⁷³ Cfr. Pampillo Baliño, Juan Pablo, *La integración americana. Expresión de un nuevo derecho global*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2012; *id.*, *Hacia un nuevo ius commune americano*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana-Editorial Ibáñez, 2012, y Pampillo Baliño, *Nuevas reflexiones...*, de 2021, *cit.* Cabe destacar que algunos ordenamientos jurídicos —los menos— no encajan dentro de la anterior tipología propuesta, como es el caso del derecho penal internacional que pertenece en parte a la primera categoría (en tanto que la Corte Penal Internacional depende del Consejo de Seguridad de la ONU) pero también en parte a la segunda, dado que tiene competencia para juzgar y condenar a personas particulares.

²⁷⁴ Cfr. López Bárcenas, Francisco (coord.), *El pensamiento indígena contemporáneo*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018, y Sierra, María Teresa, Hernández, Rosalva Aída y Sieder, Rachel (eds.), *Justicias indígenas y Estado. Violencias contemporáneas*, México, FLACSO, 2013.

de la denominada “epistemología desde el Sur”, los contenidos de la justicia y del derecho, así como en general a las relaciones entre la(s) sociedad(es) y la(s) cultura(s).²⁷⁵

III. LOS DILEMAS DE LA COMUNIDAD MUNDIAL

1. *Un marco jurídico provisional*

El entramado jurídico descrito, se encuentra caracterizado por la coexistencia de diversos ordenamientos: *i)* el derecho —internacional y supranacional— universal, *ii)* los derechos —internacionales y supranacionales— regionales, y *iii)* los distintos derechos comunes. Igualmente está recorrido por los mencionados procesos de institucionalización, extensión, socialización y protección de los derechos humanos.

Dentro de dicho marco jurídico, se desenvuelve actualmente la nueva comunidad mundial. Y nótese que se usa la expresión comunidad de manera intencional, para significar que ya hemos trascendido —al menos en parte—, la anterior noción de sociedad de naciones.

Estamos inmersos en una profunda transformación estructural-funcional, dentro de la cual empiezan a presentarse y consolidarse —como observa R. Kolb— los “elementos” propios de una auténtica “comunidad política”, que son: *i)* “un derecho común”, *ii)* “una institucionalidad común” y *iii)* “una solidaridad común”.²⁷⁶

Y aunque sobre todo el último elemento está todavía lejos de realizarse, cabe advertir que la convergencia entre los medios de comunicación y las nuevas tecnologías ha contribuido a un creciente acercamiento, interdependencia, interés y preocupación por lo que pasa en todos los lugares del orbe, factores que —con el tiempo—, tienden naturalmente a profundizar los sentimientos —y las acciones— de solidaridad.

En cualquier caso, debe reiterarse que nos encontramos en un periodo de transición, cuyo desenvolvimiento se encuentra lejos de ser lineal y más bien pareciera atravesado por múltiples dilemas y paradojas, entre los que

²⁷⁵ Véase Sousa Santos, Boaventura de, *Justicia entre saberes: epistemologías del sur. Contra el epistemicidio*, Madrid, Morata, 2017, y Aragón Andrade, Orlando y Bárcena Arévalo, Erika (coords.), *Otro derecho es posible. Diálogo de saberes y nuevos estudios militantes del derecho en América Latina*, Morelia, UNAM, 2022.

²⁷⁶ Sobre la diferencia entre sociedad de naciones y comunidad internacional, véase a Kolb, Robert, *Theory of International Law*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 259 y ss.

destacan fundamentalmente tres: el de la universalidad, el de la institucionalidad y el del orden jurídico.

2. *Universalismo, interculturalismo y desigualdad*

Respecto del primer dilema puede enunciarse diciendo que por primera vez en la historia de la humanidad, la sociedad internacional es verdaderamente universal.²⁷⁷

Sin embargo, su universalidad es, al menos en cierto sentido, meramente cuantitativa y, en ciertos casos, puramente nominal.

En efecto, a pesar de que el derecho internacional contemporáneo ha recogido —sobre todo desde la segunda mitad del siglo XX—, importantes elementos de otras culturas diferentes a la occidental —principalmente de las africanas, asiáticas y americanas—, sigue estando pendiente una adecuada valoración intercultural de las aportaciones de múltiples civilizaciones, consideradas periféricas, para que refleje un verdadero universalismo.

Además, la universalidad de la sociedad de naciones es bastante desigual, pues desde un punto de vista político, las potencias han conformado agrupaciones de Estados —desde el G7 hasta el G20—, que han desplazado a la mayoría de los países de la toma de decisiones.

A dicho respecto, son casos particularmente ostensibles, la configuración del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, o la de los órganos de gobierno de la Organización Mundial de Comercio (OMC), el Fondo Monetario Internacional (FMI) o el Banco Mundial (BM), entre otros.

Y sucede lo mismo en materia económica, donde se advierte una brecha cada vez mayor entre las naciones desarrolladas y las que están en vías de desarrollo, entre el norte y el sur global, o entre el centro, la periferia y la semi-periferia, según el criterio de análisis que se elija para abordar la cuestión geopolítica.

3. *Constitucionalismo global o multiconstitucionalismos*

Por lo que hace a la institucionalización, cabría apuntar que a pesar de su impresionante crecimiento, paradójicamente es —y lo más adecuado es que siga siendo— fragmentaria.

²⁷⁷ Sobre los antecedentes, historia e implicaciones de la globalización, entre varios autores puede verse con provecho a Reder, *Globalización y filosofía...*, cit., *passim*.

El mismo número, diferente ámbito geográfico y distinta competencia técnica de las organizaciones internacionales, hace difícil pensar en su unificación o gobierno común, más allá de la denominada gobernanza internacional, como un necesario esfuerzo cooperativo de naturaleza horizontal.²⁷⁸

Considerando a la vez tanto la institucionalización de la comunidad internacional como su peculiar problemática, se han desarrollado dos posturas teóricas de particular interés, que conviene mencionar aunque sea brevemente.

Por un lado, se encuentra el constitucionalismo internacional o constitucionalismo global.²⁷⁹ Esta corriente ha buscado enriquecer a las organizaciones internacionales con los conceptos e instituciones del constitucionalismo, subrayando la necesidad de una mayor representación democrática, del respeto a los derechos humanos y de la separación o colaboración entre las funciones normativas, administrativas y jurisdiccionales.

Su punto de partida se encuentra en diversos planteamientos, que van desde la *Paz perpetua* de I. Kant, pasando por el centralismo global de R. Falk, hasta el “derecho cosmopolita” de J. Habermas, o la “república federal mundial” de O. Höffe.²⁸⁰

Su propuesta —semejante a la del derecho global de R. Domingo— estaría caracterizada además, por la afirmación de una especie de ámbito de reserva de globalidad, que comprendería las materias que afectan a la humanidad en su conjunto, propugnando la creación de nuevas instituciones supranacionales.

²⁷⁸ El concepto de gobernanza es ambiguo y debatido, incluso por ciertas connotaciones ideológicas del mismo. En deslinde de las mismas, se usa precisamente en los términos filosóficos, políticos y éticos propuestos por Reder, Michael, *Globalización y filosofía...*, cit., pp. 77 y ss., y 83 y ss.

²⁷⁹ Sobre las teorías y las ideologías en la configuración de la ciencia jurídica internacional contemporánea, puede verse a Drnas de Clément, Zlata, *Los paradigmas ideológicos y la concepción del derecho internacional*, Córdoba, Advocatus, 2020. Sobre el constitucionalismo internacional y global pueden verse: Belov, Martin (ed.), *Global Constitutionalism and its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018; Brito Melgarejo, Rodrigo, *Constitucionalismo global*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2005; Peters, Anne, “The Merits of Global Constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, núm. 2, Indiana, 2009; disponible también en español como Peters, Anne, “Los méritos del constitucionalismo global”, *Derecho del Estado*, trad. de L. García J., núm. 40, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, y Stoelleis, Michael, Paulus, Andreas e Gutiérrez, Ignacio, *El derecho constitucional de la globalización*, Madrid-México, Fontamara, 2016.

²⁸⁰ Cfr. Falk, Richard, *La globalización depredadora. Una crítica*, trad. de Herminia Bevia y Antonio Resines, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2002, y Habermas, Jürgen, *Más allá del Estado nacional*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

Sus principios comunes serían de los de solidaridad y proporcionalidad; sus ámbitos los de los derechos fundamentales, la protección del medio ambiente y la preservación de la seguridad internacional.²⁸¹

A dichos campos, algunos consideramos que deben sumarse otros; por ejemplo la promoción del comercio justo, el financiamiento y la cooperación internacional, así como diversos de la sociedad del conocimiento y de los medios de comunicación globales a través de las nuevas tecnologías, que conforman la economía digital y la protección de los migrantes, entre muchos más.

Las anteriores reflexiones y propuestas son indudablemente sugerentes y en parte coincidentes con el planteamiento de un *mos global* que desde hace tiempo se ha venido planteando.²⁸²

Por otro lado, más allá de su pertinencia y fundamento, es necesario considerar también la otra cara de la moneda, que ha venido poniendo sobre la mesa la otra corriente de pensamiento a que nos referimos.

En efecto, diversos autores —como I. Pernice y A. C. Pereira, entre otros—, han planteado desde la realidad del multiconstitucionalismo, la importancia de reflexionar y diseñar un constitucionalismo multinivel, enfatizando en contraste al derecho global, la necesidad y conveniencia de preservar el “pluralismo jurídico”.²⁸³

²⁸¹ Véase Domingo, *¿Qué es el derecho global?...*, *cit.*, *passim*.

²⁸² Un primer acercamiento en el ámbito mercantil puede verse en Pampillo Baliño, Juan Pablo, “Retos y proyecciones del derecho mercantil frente a la globalización. Un intento de aproximación filosófica, histórica y dogmática”, en Quintana Adriano, Elvia Arcelia (coord.), *Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006; otro más, también parcial, en el ámbito del derecho comparado: “Los principios generales comunes en la jurisprudencia europea”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, México, AMEDIP, 2007. Y una primera exposición, ya completa e integral, en Pampillo Baliño, *Historia general del derecho...*, *cit.*, *passim*, de 2008.

²⁸³ El multiconstitucionalismo —*multilevel constitutionalism*— parte del *multilevel governance* como gobierno compartido propio de los Estados federales, de la Unión Europea y más recientemente de la denominada gobernanza global. Una introducción a su teoría política puede verse en Enderlein, Henrik, Wälti, Sonja y Zürn, Michael (eds.), *Handbook on Multi-level Governance*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010. Sobre el multiconstitucionalismo desde una óptica propiamente jurídica, véase a Pernice, Ingolf, *La dimensión global del constitucionalismo multinivel. Una respuesta legal a los desafíos de la globalización*, Documento de Trabajo, núm. 61, Madrid, Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad-CEU San Pablo, 2012, así como los de Gómez Sánchez, Yolanda, *Constitucionalismo multinivel*, Madrid, Sanz y Torres, 2015; Núñez Poblete, Manuel, “Una introducción al constitucionalismo post-moderno y al pluralismo constitucional”, y de Pereira Menaut, Antonio-Carlos, “Novo constitucionalismo e autogobierno rexional: alén do formalismo”, en Pereira Menaut, Antonio-Carlos y Rojo Salgado, Argimiro (coords.), *Multiconstitucionalismo e multigobierno: Estados e*

Y es que un solo constitucionalismo global ni parece posible ni sería tampoco deseable, como no lo sería tampoco la organización política de un macro-Estado regional o universal centralizado que, en realidad, podría convertirse una peligrosa distopía.

Parece mejor seguir pensando en un conjunto de organismos internacionales y supranacionales, tanto universales como regionales, especializados por materia, que colaboraren entre sí en los ámbitos comunes de manera ordenada y eficiente.

Es preferible pues referirse —reflexionar y proponer— los modos en que una serie de instancias políticas y jurídicas (normativas, administrativas, judiciales y de otro tipo), complementarias entre sí, puedan desenvolverse colaborativamente con los niveles estatales e intraestatales en un contexto multiconstitucional de gobernanza multinivel, que parta de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.²⁸⁴

E igualmente lo es reflexionar y proponer que dicho orden jurídico internacional y supranacional, imperativo y taxativo, se reduzca a un *ius cogens* mínimo —especialmente referido a los derechos humanos y al mantenimiento de la paz—, que permita que sean los Estados y las comunidades intraestatales las que opten por sus respectivos máximos.²⁸⁵

rexións na Unión Europea, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela-Universidad de Vigo, 2005. Sobre el pluralismo jurídico y su importancia, véase, desde diferentes perspectivas epistemológicas, a Sousa Santos, Boaventura de, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009; Robles Morchón, Gregorio, *Pluralismo jurídico y relaciones inter sistémicas. Ensayo de una teoría comunicacional del derecho*, Navarra, Thomson-Civitas, 2007, y Wolkmer, Antonio-Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva teoría en el derecho*, 3a. ed., Sao Paulo, Alfa-Omega, 2001.

²⁸⁴ Cfr. Achá, Daniel, *El principio de subsidiariedad, clave jurídica de la integración*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional, 2013. En el mismo sentido de un tal multiconstitucionalismo, por ejemplo, véase a Häberle, Peter, “Derecho constitucional nacional. Uniones de Estados regionales y el derecho internacional como derecho universal de la humanidad: convergencias y divergencias”, en Serna de la Garza, José María, *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, donde observa como dichos espacios y derechos comparten Constitución, espacios públicos, preocupación por los derechos humanos, búsqueda del bien común y de la justicia, para luego observar el necesario balance entre dichos ámbitos, muy preferible a un “Estado mundial” como una “mala utopía”, *cfr.*, pp. 3 y ss. Cfr. también Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. de Emilio Mikunda-Franco, Madrid, Tecnos, 2002.

²⁸⁵ Cfr. Becerra Ramírez, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, y Gómez-Robledo, Antonio, *El ius cogens internacional. Estudio histórico-crítico*, México, UNAM, 2003.

4. *¿Un orden jurídico?*

En tercer lugar, respecto del orden jurídico internacional que se ha verificado —como se dijo— en un impresionante *corpus iuris gentium*, baste observar que su dilema se encuentra en que no todas sus normas son imperativas, y que incluso, muchas de éstas, son sistemáticamente relegadas y, en ocasiones, hasta ignoradas, sin que existan todavía los medios idóneos para intimar su cumplimiento.

5. *Tres estructuras complementarias*

Lo cierto es que el conjunto de los anteriores dilemas, nos da cuenta de la estructura —inacabada— y del funcionamiento —imperfecto— de la comunidad internacional en el presente, mismos que deben entenderse, como toda realidad sociocultural, en un continuo proceso de transformación.

Los anteriores dilemas pueden comprenderse mejor encuadrándolos dentro del esquema propuesto por Díez de Velasco.

Efectivamente, para el internacionalista español, tanto la sociedad como el derecho internacionales se encuentran configurados por tres engranajes o “estructuras”:

1. Una “estructura relacional” de Estados, representativa de sus intereses, “paritaria” y “fragmentada” regida por los principios de “igualdad soberana” y “no intervención”.
2. Una “estructura institucional” de organizaciones internacionales con “intereses colectivos”, regida por el principio de “cooperación pacífica”, y
3. Una “estructura comunitaria” que se encuentra “en proceso de formación”, con “intereses humanitarios”, regida por el principio de “solidaridad”.²⁸⁶

La triple estructura unitaria expuesta permite un mejor entendimiento de la comunidad mundial actual y de su derecho.²⁸⁷ Y particularmente nos ayuda a comprender y articular la superposición entre principios, reglas e instituciones heterogéneos; algunos imperativos, otros dispositivos y algunos más

²⁸⁶ Díez de Velasco, *Instituciones...*, *cit.*, p. 84. Aunque expuestos de un modo menos esquemático, ofrecen una orientación semejante las reflexiones más recientes de Kolb, Robert, *Theory of International Law...*, *cit.*

²⁸⁷ *Cfr.* Díez de Velasco, *Instituciones...*, *cit.*, pp. 90-95.

orientadores; entre obligaciones recíprocas y deberes *erga omnes*, con diferentes destinatarios —derechohabientes y obligados—, reconociendo diversos intereses, algunos justiciables coactivamente, otros de estricta justicia jurídica pero todavía no justiciables y algunos más de naturaleza política o moral.

Evidentemente, dicha compleja heterogeneidad se proyecta sobre la justicia global, complicando por un lado su diseño. Pero también, por otro lado, le brinda la flexibilidad necesaria para realizar su propósito a través de una rica diversidad de posibilidades.

IV. EL ENTORNO ACTUAL

Nuestro entorno contemporáneo se encuentra condicionado por la evolución, dilemas y estructuras de la comunidad y del derecho internacionales, tal y como han quedado descritos.

Pero también, de manera específica, sobre todo en los últimos años, por la oscilación entre la ilusión, la desilusión y la necesidad de una nueva esperanza.²⁸⁸

1. *Del optimismo a la desilusión*

Efectivamente, en un primer momento, con el fin de la Guerra Fría, surgieron grandes expectativas. La terminación de casi medio siglo de tensa polarización entre el bloque capitalista y el bloque soviético, hizo nacer el deseo de profundizar en el espíritu de San Francisco, promoviendo una mayor cooperación que afianzara definitivamente la paz y asegurase un futuro más justo e igualitario para el mundo.²⁸⁹

A dichas expectativas y deseos respondieron los nuevos conceptos de seguridad humana y desarrollo humano que fueron elaborándose a través de diversas cumbres organizadas por Naciones Unidas.

Entre las mismas, destacaron la de Nueva York sobre la Infancia de 1990, la de Río de Janeiro sobre la Tierra de 1992, la de Viena de los Dere-

²⁸⁸ Aunque casi sobra justificar que el estudio y las reflexiones no puede desentenderse de dichos estados de ánimo, que a su vez condicionan tanto la descripción del ser como del deber ser de sus objetos —lo cual también es perfectamente legítimo— puede verse como referencia, en específico en el ámbito de derecho internacional, a Peters, Anne, “The Rise and Decline of the International Rule of Law and the Job of Scholars”, *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), Research Papers Collection*, núm. 2017-16, 2017. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=3029462>.

²⁸⁹ Véase a Sánchez Bayón, “Fundamentos de derecho comparado y global...”, *cit.*, pp. 1024 y ss.

chos Humanos de 1993, la del Cairo sobre Población y Desarrollo de 1994, la de Beijing sobre la Mujer y la de Copenhague sobre Desarrollo Social, ambas de 1995.

Las respectivas agendas de desarrollo y planes de acción de dichas cumbres, habrían de converger posteriormente en los Objetivos del Milenio (ODM) suscritos en el año 2000.

Sin embargo, para entonces, diversos acontecimientos ya habían empezado a ensombrear las anteriores expectativas.

En efecto, tanto la guerra y el genocidio en Bosnia como en Ruanda, hacia mediados de la década de los noventa —a pesar de los tribunales internacionales que se establecieron para juzgarlos y de la posterior creación de la Corte Penal Internacional—, estremecieron a la comunidad internacional.²⁹⁰

No obstante, los atentados terroristas en Estados Unidos en septiembre de 2001 y la posterior guerra ilegal contra Irak de 2003, así como los sucesivos conflictos en Medio Oriente —Afganistán, Israel, Líbano— y recientemente la guerra entre Rusia y Ucrania y el genocidio en Gaza, fueron los hechos que terminaron de dar fin al ensueño de un mundo en paz, respetuoso de los derechos humanos y del orden jurídico internacional.²⁹¹

Por otro lado y en paralelo, la intensificación de una globalización económica y financiera desplegada desde las premisas de un liberalismo económico desregulador y privatizador, y la sucesión de diversas crisis económicas durante las tres últimas décadas, dejaron un preocupante saldo de desigualdad y pobreza.

Así, durante los últimos años, varios economistas —como J. Stiglitz y Th. Piketty entre otros— plantearon los graves desequilibrios que ha traído consigo la manera asimétrica, ineficiente e injusta en que se ha gestionado la globalización económica y financiera, demandando diversas reformas a las instituciones y organismos internacionales.²⁹²

²⁹⁰ Cfr. Schabas, William, *Unimaginable Atrocities. Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

²⁹¹ De nuevo véase a Sánchez Bayón, “Fundamentos de derecho comparado y global...”, *cit.*, pp. 1024 y ss. Sin embargo, debe reconocerse también, por otro lado, que dichos acontecimientos suscitaban igualmente una nueva polémica en torno al derecho y las relaciones internacionales, incluyendo la necesidad de refundar, ética y jurídicamente, a la comunidad internacional. A manera de ejemplo véase a Falk, Richard, Juergensmeyer, Mark y Popovski, Vesselin (eds.), *Legality and Legitimacy in Global Affairs*, Nueva York, Oxford University Press, 2012, así como a Falk, Richard, *(Re)Imagining Humane Global Governance*, Oxford, Routledge, 2014.

²⁹² Véase Piketty, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, trad. de E. Cazavane et al., México, Fondo de Cultura Económica, 2014; Stiglitz, Joseph E., *Cómo hacer que funcione la globalización*,

Asimismo, a pesar de los resultados aparentemente positivos registrados por la ONU respecto de los Objetivos del Milenio y su consecuente sustitución por los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de 2015, varios críticos como Th. Pogge, han observado que sus logros se encuentran basados en criterios de medición inadecuados, que en realidad ocultan el aumento de la pobreza y de la desigualdad.²⁹³

Peor aún, que la sustitución de los ODM por los ODS, supone el peligro de descentrar dicha problemática, diluyéndola con planes de acción referidos más bien al cambio climático, al consumo sostenible y a la innovación.

Para dimensionar la magnitud del problema de la pobreza extrema, Pogge ofrece un dato escandaloso. Afirma que en los 15 años posteriores al fin de la Guerra Fría, fallecieron 270 millones de personas por motivos relacionados con la pobreza —hambre, desnutrición, enfermedades—, observando que se trata de un número mayor de muertos que el saldo final de todas las cruentas guerras que enfrentaron a la humanidad en el siglo XX.²⁹⁴

Adicional a ello, puede considerarse en materia de desigualdad que, según estimaciones del Banco de Crédito Suizo, desde finales de 2020 aproximadamente menos del 1% de la población mundial acumula más del 43% de la riqueza, mientras que el 53% de las personas sólo cuenta con menos del 1.4% de dicha riqueza.²⁹⁵

Los anteriores acontecimientos y fenómenos —guerras y genocidios, graves violaciones al derecho internacional y a los derechos humanos, pobreza extrema y radical desigualdad—, dieron lugar a lo que Rodolfo Vázquez ha denominado, con razón, la “desilusión cosmopolita”.²⁹⁶

Y a dicha desilusión, lamentablemente, han venido a sumarse actualmente las trágicas consecuencias de la pandemia por COVID-19, cuyas repercusiones, previsiblemente, habrán de proyectarse todavía durante muchos años, haciendo aún más apremiantes los esfuerzos por consolidar un derecho y una justicia internacional y global más efectivos y eficaces.

trad. de A. Diéguez y P. Gómez, Madrid, Taurus, 2002; *id.*, *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*, trad. de A. Pradera, Madrid, Taurus, 2012, e *id.*, *El malestar en la globalización revisitado*, trad. de C. Rodríguez B. y M. L. Rodríguez T., Barcelona, Taurus, 2018.

²⁹³ Cfr. Pogge, Thomas, *Hacer justicia a la humanidad*, trad. de D. Álvarez, México, UNAM-CNDH-FCE, 2009, pp. 183 y ss., y 204 y ss.

²⁹⁴ Pogge, Thomas, “Real World Justice”, en Brock, Gillian y Moellendorf, Darrel (eds.), *Current Debates in Global Justice*, Dordrecht, The Netherlands, Springer, 2005, p. 3.

²⁹⁵ Cfr. Credit Suisse, Research Institute, *Global Wealth Report, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024 y 2025*, disponible en: <https://www.credit-suisse.com/about-us/en/reports-research/global-wealth-report.html>.

²⁹⁶ Vázquez, Rodolfo, *Teorías contemporáneas de la justicia...*, *cit.*, p. 277.

2. *Realismo y esperanza esforzada*

El anterior entorno ciertamente pareciera suscitar escepticismo —cuando no un franco pesimismo— sobre posibilidades reales de la justicia global en un momento tan desafiante. Sin embargo, es incuestionable que la inacción envuelve peores riesgos. Sobre todo si se consideran, además de los graves problemas señalados —guerras, crisis humanitarias, pobreza, desigualdad, cambio climático, migraciones—, los intensos sentimientos de indignación contra el sistema —político y económico— y, en general, contra la noción misma de institucionalidad.

Dichos sentimientos ya han generado peligrosas derivas populistas y revueltas sociales.

Y si no se contienen pronto las causas de los anteriores fenómenos, tomando con determinación y urgencia las medidas de solidaridad correctas, corremos el peligro de conducir a la humanidad a una de sus noches más oscuras.

Por ello mismo, entre los ideales que surgieron tras las posguerras y las decepciones que les han seguido, en nuestros días se impone el deber de perseverar en la esperanza, que puede encontrar en la justicia global, en los derechos humanos y en el ordenamiento jurídico internacional, los medios más adecuados para consolidar la utopía cosmopolita.

Ideal cosmopolita que, aunque todavía distante, está cada vez más próximo y, en definitiva, mucho más cerca que cuando los estoicos lo imaginaron, teniendo la comunidad mundial actual —como nunca antes— acceso a los medios para alcanzarla.

Dicha esperanza puede además alimentarse considerando que, incluso en la hora más triste de nuestra historia, tras la II Guerra Mundial y las experiencias totalitarias de la primera mitad del siglo XX, fue posible volver a cimentar las bases del constitucionalismo y del multilateralismo internacional, que supusieron —más allá de sus contrastes—, un significativo avance que debemos retomar.

No obstante, las esperanzas deben ser realistas y para ello conviene tener muy presente tanto la evolución del derecho y las relaciones internacionales, como los desafíos a los que se enfrentan, según han quedado referidos a lo largo de los anteriores apartados.

CAPÍTULO QUINTO

PRINCIPALES TEORÍAS DE LA JUSTICIA GLOBAL

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

1. *Necesidad y urgencia de la justicia global*

La segunda década del siglo XXI se abrió —como se expuso— entre profundas desilusiones y tremendos desafíos.

Además, las implicaciones de la terrible pandemia por COVID-19, tanto políticas como económicas, nacionales e internacionales, actuales y pre-
visibles para el futuro cercano, constituyen un reto inmenso

Es un hecho que varios de los indudables avances conquistados a lo largo de los años en materia de justicia social y global, se encuentran hoy seriamente amenazados, quizás más que nunca.

Junto a las trágicas pérdidas humanas, en vidas y en salud, el aumento de la pobreza extrema, la extensión del desempleo y la agudización de la desigualdad radical —entre otras dolorosas realidades—, constituyen motivos de aflicción, angustia y desesperación para millones de personas.

Pero si los anteriores problemas no se atienden de manera justa, solidaria, pronta y efectiva, se corre el riesgo de caer en las derivas —políticas, económicas y sociales— que traen consigo las ideologías marcadas por sus sesgos autoritarios y excluyentes.

Las experiencias de la primera mitad del siglo XX deben recordarnos cómo las ideologías y los intereses alrededor de ellas se aprovechan del dolor y la precariedad para fomentar el conflicto, la marginación y el uso de la fuerza, presentándose como únicas alternativas cuando las instituciones sociales —políticas, económicas y jurídicas— fallan en su responsabilidad de procurar y mantener las condiciones mínimas indispensables para una convivencia humana.

De ahí la urgencia de continuar la reflexión y promover la acción en materia de justicia global.²⁹⁷ El apremio para proseguir desarrollando las teorías, poniendo un especial énfasis en las obligaciones correlativas a los derechos que postulan con miras a traducirlos en las instituciones y los procedimientos jurídicos necesarios para su reconocimiento y garantía.

Para tales efectos, se presentará inicialmente un panorama general que permita la mejor ubicación de las principales teorías, identificando sus presupuestos, enfoques, tendencias, fundamentos, conceptos y propuestas.²⁹⁸

Después, se expondrán —críticamente— algunos de los rasgos más destacados de tres de las más difundidas e influyentes: *i*) la justicia internacional —o interestatal— de J. Rawls; *ii*) la justicia transnacional de O. O'Neill, y *iii*) la justicia global de Th. Pogge.

Por último, se presentarán algunas de las principales propuestas realizadas por algunos de los teóricos más representativos de la justicia global.

Solo se dejará pendiente para el último capítulo —igual que en el caso de la justicia social—, el intento de su comprensión jurídica integral, presentando además los fundamentos en derecho de sus obligaciones de justicia, así como los posibles caminos para la exigencia de su justiciabilidad.

2. Limitaciones y mérito de las teorías actuales

Trazado el anterior itinerario, conviene apuntar previamente que de manera semejante a los pensadores que desarrollaron las más recientes teorías de la justicia social, la formación y perspectiva de la mayor parte de las concepciones de la justicia internacional o global es, en general, ética, social, política o económica.

²⁹⁷ Correctamente se destaca la correlación entre diversos planteamientos filosóficos y académicos, así como diversas iniciativas y movimientos sociales recientes en la materia en el libro de Williams, Huw L. y Death, Carl, *Global Justice. The Basics*, Londres y Nueva York, Routledge, 2017.

²⁹⁸ La literatura sobre la justicia global contemporánea resulta ya excesivamente amplia. De manera introductoria sobre sus orígenes, principales corrientes y autores, ámbitos temáticos y problemas, puede verse, además de la obra anteriormente citada, a Tan, Kok-Chor, *What is this Thing Called Global Justice?*, Abingdon, Routledge, 2017. También resulta útil para consultas voces específicas, aunque se encuentra menos actualizada, la obra Chatterjee, Deen K. (ed.), *Encyclopedia of Global Justice*, Nueva York, Springer, 2011. Otro texto general de consulta útil es el de Valentini, Laura, *Justice in a Globalized World. A Normative Framework*, Nueva York, Oxford University Press, 2011. Por lo demás, sobre los diferentes tópicos particulares, se irá citando la bibliohemerografía específica.

De ahí que a veces pasen por alto algunos de los antecedentes jurídicos expuestos en el capítulo anterior. Más aún, que en su mayoría no consideren el desarrollo —institucional y procedimental— del derecho internacional, supranacional y común contemporáneo que, en realidad, ya le brinda a la justicia global algunos de los instrumentos necesarios para su realización, más allá de los muchos pendientes para hacerla efectiva.

Asimismo, hay que destacar que como los planteamientos de la mayoría de los autores son de naturaleza ética, se ocupan más de los deberes morales que de las obligaciones jurídicas.

Y frecuentemente su aproximación a las cuestiones éticas y jurídicas es sumamente teórica, a diferencia de la teoría clásica, que siempre consideraba en concreto los bienes —particulares y comunes— en juego, así como los principios encontrados a efecto de reflexionar sobre los mismos dialécticamente.

De hecho, cuando llegan a aventurar alguna propuesta jurídica, normalmente lo hacen a nivel conceptual, dejando pendiente el diseño de los instrumentos que serían necesarios para implementarlas.

Además, habitualmente consideran que el debate actual es completamente novedoso, sin advertir que con frecuencia reeditan algunas cuestiones que fueron abordadas desde hace tiempo por la filosofía del derecho y la ciencia jurídica, más allá de que varias continúan todavía sin resolverse.²⁹⁹

Por ejemplo, tanto los presupuestos epistemológicos como los fundamentos de los deberes y la misma tipología de las obligaciones que plantean, se encuentran ya presentes —algunos desde la antigüedad— en el pensamiento jurídico. Lo anterior no les resta, desde luego, su indudable valor.

Las actuales teorías de la justicia han cumplido con la inapreciable tarea de preservar, reiterar y difundir la importancia del tema, además de que han hecho una significativa contribución a su entendimiento analizando las injusticias actuales con una gran cantidad de datos empíricos.

Además, han decantado más precisamente los ámbitos actuales de la justicia global, que —más allá de la diversidad clasificatoria— se proyectan temáticamente en los siguientes campos: *i*) el económico (pobreza y desigualdad); *ii*) el político (participación y representación); *iii*) el jurídico (derechos humanos), y *iv*) el cultural (identidad y reconocimiento).³⁰⁰

²⁹⁹ Véase a Berman, “Individualistic and Communitarian Theories of Justice: An Historical Approach”..., *cit.*, pp. 554 y ss.

³⁰⁰ Varios autores añaden a los anteriores problemas el cambio climático y el medio ambiente, así como la cuestión migratoria y de las fronteras que, en realidad, pueden ubicarse en el esquema propuesto en este libro. Otro autores extienden la nómina a los animales no humanos (M. Nussbaum) o a las diferentes especies (A. Linklater). Una aproximación pione-

E igualmente han propuesto conceptos o instituciones novedosas, desde la segunda posición original de J. Rawls, hasta el famoso dividendo global de recursos de Th. Pogge, pasando por los dos principios de distribución de Ch. Beitz, o la teoría crítica de las obligaciones universales de O. O'Neill.

II. UN PANORAMA GENERAL

1. *Los términos del debate contemporáneo*

Las teorías de la justicia global en su versión actual, inician su desarrollo a partir de la década de los setenta, extendiéndose con especial intensidad tras el final de la guerra fría.³⁰¹

Hacia dicha década, la problemática económica suscitada por el fin de un ciclo económico expansivo, las crisis humanitarias de las hambrunas en África y la misma publicación de la *Teoría de la justicia* de Rawls, convergieron en un creciente interés por una más justa redistribución de los recursos económicos entre las naciones.

Dentro del anterior contexto, P. Singer expuso, a través de un argumento utilitarista, el deber moral de las sociedades opulentas de hacer mínimos sacrificios (costo), para reducir la pobreza extrema y el hambre (beneficio).³⁰²

Así quedó abierto el debate alrededor de tres cuestiones fundamentales:

1. ¿Era posible y pertinente trasladar el principio de diferencia rawlsiano al ámbito internacional?
2. Los países desarrollados y las personas acomodadas ¿tenían obligaciones —morales o jurídicas— respecto de los menos favorecidos?, y
3. En caso afirmativo, ¿qué tipo de obligaciones y hasta dónde llegaban?

ra a dichas esferas de justicia puede verse en Walzer, Michael, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, Nueva York, Basic Books, 1983. Una visión más reciente puede verse en Cordourier-Real, Carlos R., *Transnational Social Justice*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2010, pp. 125 y ss.

³⁰¹ Véase por todos a Beitz, Charles R., “Cosmopolitanism and Global Justices”, en Brock, Gillian y Moellendorf, Darrel (eds.), *Current Debates in Global Justice*, Dordrecht, The Netherlands, Springer, 2005, p. 14.

³⁰² Cfr. Singer, Peter, “Famine, Affluence, and Morality”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 1, núm. 3, Oxford, Blackwell, 1972, pp. 229-243, disponible en: <https://www.jstor.org/stable/2265052?origin=JSTOR-pdf&seq=1>. Véase también Singer, Peter, *The Life You Can Save: How to Do Your Part to End World Poverty*, Nueva York, Random House, 2010.

Dicha polémica —vigente hasta nuestros días— inició pues en el ámbito económico, dando lugar a dos diferentes enfoques: *i*) el estatalista, inter-estatalista o internacional (*statalism*), y *ii*) el cosmopolita (*cosmopolitanism*).

2. *El enfoque estatalista: libertarianismo y liberalismo*

La corriente inter-estatalista, se subdividió a su vez en dos planteamientos.

El primero, conocido como libertarianismo (*libertarianism*), tuvo como su principal representante a R. Nozick.

Se caracteriza por negar la existencia de deberes morales positivos de asistencia entre Estados, en nombre de la libertad, el mérito y la propiedad, limitando su responsabilidad —jurídica y moral— a los deberes negativos propios de la justicia conmutativa; es decir, a cumplir con los tratados celebrados, respetar la soberanía y no dañarse entre sí.³⁰³

El segundo planteamiento estatalista afirma, que junto a los deberes negativos —morales y jurídicos—, existen también deberes positivos, aunque los mismos son de naturaleza ética y por definición no justiciables.

Tal es la postura característica de J. Rawls en su libro *Derecho de los pueblos* (*Law of Peoples*) de 1999, donde trasladó al ámbito internacional algunos elementos de su *Teoría de la justicia*, como la posición original, el velo de ignorancia y el principio de igualdad, aunque excluyendo —categórica y explícitamente—, el principio de diferencia.³⁰⁴

De hecho, Rawls se mantuvo en dicha postura durante la polémica que sostuvo posteriormente con sus críticos, quienes proponían la aplicación del principio de diferencia en el campo de las relaciones entre los pueblos.

La anterior posición, denominada también como rawlsiana, libertaria, liberal interestatalista o internacionalista, ha sido adoptada —con matices— por diversos autores, como M. Blake, S. Freeman, M. Risse y A. Sangiovanni.³⁰⁵

Entre los mismos destacó tempranamente Th. Nagel. En primer lugar, por su caracterización de la desigualdad radical que sería después retomada por Th. Pogge. En segundo lugar por el énfasis que puso en la afirmación

³⁰³ Cfr. Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, trad. de R. Tamayo, México, Fondo de Cultura Económica, 1988. Sobre el pensamiento de Nozick, véase también a Campbell, *La justicia...*, cit., pp. 57 y ss. Gargarella, *Las teorías de la justicia...*, cit., pp. 45 y ss.

³⁰⁴ Rawls, John, *El derecho de gentes y “una revisión de la idea de la razón pública”*, trad. de H. Valencia, Barcelona, Paidós, 2001.

³⁰⁵ Cfr. Valentini, *Justice in a Globalized World...*, cit., *passim*.

de los deberes de caridad que tienen los Estados acomodados (*well-off*) frente a los que están en peor situación (*worse-off*).³⁰⁶

Lo cierto es que ambos planteamientos estatistas —el absoluto y el relativo— niegan la posibilidad de una justicia global jurídica o justiciable en términos distributivos, respecto de Estados o personas pobres o en desventaja.

Dicha negativa la fundan principalmente en dos razonamientos. Por un lado, consideran que no existe un contrato social internacional que pueda obligar —ni siquiera éticamente— a los diferentes Estados a la asistencia recíproca. Por el otro, sostienen que la comunidad internacional no se encuentra suficientemente organizada como para poder reconocer y amparar auténticos derechos, pues no cuenta con un entramado institucional adecuado, ni quizás pueda llegar a desarrollarlo. En tal sentido, consideran que la relación vertical especial del Estado con sus habitantes como garantía de los derechos no puede replicarse a nivel interesatatal, ni es por ello viable siquiera pensar por ende en deberes coaccionables.³⁰⁷

Finalmente, debe observarse que los estatistas varían en sus posiciones en cuanto al alcance de la cooperación y la asistencia tanto técnica como económica.

Para algunos, se trata siempre de meras liberalidades; por su parte, Rawls considera que existe un deber moral en los casos de asistencia humanitaria, pero sólo de naturaleza transitoria; otra postura más es la de Nagel, para quien sólo son moralmente exigibles en los casos de desigualdad extrema.

3. *El enfoque cosmopolita*

En el polo opuesto al estatismo se encuentra el enfoque cosmopolita, que postula la posibilidad —a veces afirmando la existencia, otras señalando al menos la necesidad— de una justicia transnacional (O'Neill) o global (Pogge).³⁰⁸

³⁰⁶ Véase Nagel, Thomas, “The Problem of Global Justice”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 33, núm. 2, Oxford, Blackwell, 2005, pp. 113 y ss. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/3558011?origin=JSTOR-pdf&seq=1>.

³⁰⁷ Cfr. Risse, Mathias, *On Global Justice*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2012. También Valentini, *Justice in a Globalized World...*, *cit.*, parte II.

³⁰⁸ Sobre esta caracterización, véase de nuevo a Beitz, “Cosmopolitanism and Global Justices”..., *cit.*, *passim*, y a Nagel, “The Problem of Global Justice”..., *cit.*, pp. 119-121.

Quienes adoptan dicha postura parten de la premisa de que “toda persona” es “sujeto” de la “preocupación ética” de “la humanidad”, más allá de cualquier situación derivada de su nacionalidad o pertenencia a cualquier grupo étnico, económico, político o cultural.³⁰⁹

Asimismo, consideran que la inexistencia de una relación vertical entre los Estados y la ausencia de coacción entre los mismos, no impide que puedan afirmarse obligaciones —éticas o jurídicas—, cuyo cumplimiento pueda hacerse efectivo horizontalmente a través de la cooperación.

El cosmopolitismo también afirma la existencia de dichas obligaciones éticas a cargo de las personas, grupos y Estados. Además, se encuentra generalmente fundado en la dignidad de toda persona, como merecedora de un trato igualitario.

A. *Cosmopolitismo moral e institucional*

El enfoque cosmopolita se subdivide en dos grandes tendencias, propuestas originalmente por Ch. Beitz y posteriormente asumidas por buena parte de los estudiosos. Por un lado están los denominados cosmopolitas morales (*moral cosmopolitanists*) y por el otro los cosmopolitas institucionales (*institutional cosmopolitanists*).³¹⁰

La característica propia y diferencial del cosmopolitismo moral —al cual se autoadscribe el propio Beitz—, se encuentra en que se declara agnóstico sobre la estructura institucional de la comunidad internacional, con tal de que se asegure la realización de los anteriores principios.³¹¹

En dicho sentido y trazando un paralelismo entre la justicia global y los derechos humanos, considera que lo importante es el reconocimiento y la protección de las pretensiones de justicia, resultando indiferentes los instrumentos y procedimientos que se adopten para garantizarlos.³¹²

³⁰⁹ Véase Pogge, Thomas W., *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reform*, Cambridge, Polity Press, 2002, p. 169.

³¹⁰ Consúltese a Brock, Gillian, “Cosmopolitanism and the Struggle for Global Justice”, en Rovisco, Maria y Nowicka, Magdalena (eds.), *The Ashgate Research Companion to Cosmopolitanism*, Surrey, Ashgate, 2011, pp. 182 y ss.

³¹¹ Cfr. Brock, Gillian, *Global Justice. A Cosmopolitan Account*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 11 y ss.

³¹² En palabras de Beitz: “The doctrine of universal human rights is cosmopolitan in its foundations without being cosmopolitan in its institutional requirements... Instead, it specifies minimum conditions that any institutions should satisfy”, Beitz, Charles, “Social and Cosmopolitan Liberalism”, *International Affairs*, vol. 75, 1999, pp. 515 y ss. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/1468-2346.00091>.

Por su parte, el cosmopolitismo institucional asume en general los planteamientos del cosmopolitismo moral, salvo su agnosticismo institucional. Por ello, propugna la reforma orgánica de la comunidad internacional. Entre los principales representantes de esta corriente se encuentran B. Barry, Th. Pogge y L. Cabrera.³¹³

B. *Diversas posturas y matices*

Quienes adoptan la postura del cosmopolitismo institucional se dividen, a su vez, según el grado de profundidad de las reformas que postulan, en moderados y radicales.

Los moderados (*limited institutional cosmopolitanism*) proponen, o bien principios y procedimientos generales para el rediseño de las instituciones, o bien modificaciones concretas a algunas de ellas. Por su parte, los radicales (*strong institutional cosmopolitanism*), plantean una completa reestructura de la comunidad internacional, poniendo el acento en la necesidad de organismos supranacionales.³¹⁴

De la misma manera, el cosmopolitismo moral y el institucional han asumido diferentes intensidades.

Así, por un lado, se encuentran los igualitaristas (*egalitarians*), que aplican extensivamente el principio de diferencia de Rawls en términos de recursos. Entre los igualitaristas aparecen, entre otros, Ch. Beitz, Th. Pogge y D. Richards, cuyas posiciones varían respecto del alcance que le dan al principio de diferencia.

De ahí que subdividan a su vez en minimalistas (*weak cosmopolitanism*) y maximalistas (*strong cosmopolitanism*), según propongan la necesidad de garantizar un umbral de necesidades básicas (*basic needs*) o reclamen capacidades por encima de las mismas (*beyond basic needs*), que consideran deben garantizarse para todas las personas.³¹⁵

Por el otro lado se encuentran los cosmopolitas no igualitaristas (*inegalitarians*), que conciben la igualdad en términos de oportunidades y no de igualdad de recursos; el principal representante de esta corriente es D. Miller.³¹⁶

³¹³ Véase Beitz, "Cosmopolitanism and Global Justice" ..., *cit.*, *passim*, y Cabrera, Luis, "The Cosmopolitan Imperative. Global Justice Through Accountable Integration?", en Brock y Moellendorf, *Current Debates in Global Justice...*, *cit.*, pp. 174 y ss.

³¹⁴ Véase Cabrera, "The Cosmopolitan Imperative...", *cit.*, pp. 173 y ss.

³¹⁵ *Cfr.* Brock, *Global Justice...*, *cit.*, pp. 13 y 183 y ss.

³¹⁶ Véase Cabrera, "The Cosmopolitan Imperative...", *cit.*, pp. 175 y ss.

C. *Los fundamentos de los deberes*

Por lo que hace a la justificación de los deberes cosmopolitas —morales o jurídicos según los casos—, éstos han variado, destacando:

- a) el utilitarismo —mínimo costo para las personas y países desarrollados, máximo beneficio para los pobres y países en desarrollo— (P. Singer);
- b) los derechos humanos (O. O'Neill y Th. Pogge);
- c) la dignidad en términos kantianos (O'Neill y Pogge);
- d) el contractualismo rawlsiano, extendiendo su principio de diferencia (Ch. Beitz y Pogge);
- e) la estructura ontológico-teleológica de la realidad, así como las nociones de bien común y ética de virtudes en términos aristotélicos (M. Nussbaum, O. O'Neill), y
- f) la combinación de algunos o varios de los anteriores (O'Neill y Pogge).³¹⁷

Finalmente deben considerarse también los planteamientos de la justicia intergeneracional (H. Jonas, B. Barry, E. Brown, J. Tremmel) que plantean las obligaciones de solidaridad —éticas o jurídicas— de la humanidad presente con la futura

4. *Reconocimiento y participación*

Tanto los inter-estatalistas como los cosmopolitas han proyectado sus planteamientos, originalmente económicos, en los ámbitos de lo político y lo cultural.³¹⁸

Retomando en general las mismas cuestiones abordadas por los teóricos de la justicia social, en lo político consideran necesaria la democratización de los organismos internacionales, de manera que se asegure una igualdad de oportunidades en materia de acceso, participación y representación, tanto de los Estados como de los grupos y las personas.

Igualmente han planteado la separación o la necesaria colaboración de las funciones gubernativas, especialmente de las normativas, administrativas y jurisdiccionales.

³¹⁷ Cfr. Brock, *Global Justice...*, cit., p. 14.

³¹⁸ Véase Rovisco, Maria y Nowicka, Magdalena (eds.), *The Ashgate Research Companion to Cosmopolitanism*, cit.

Otro aspecto central que han subrayado es el de la rendición de cuentas de los organismos internacionales que, sin embargo, reconocen que es quizás uno de los aspectos que se encuentra menos desarrollado.³¹⁹

Uno de los principales representantes del pensamiento político cosmopolita es D. Held, quien ha propuesto también una gobernanza multinivel para coordinar los diversos organismos internacionales, enfatizando la necesidad de transparentar sus decisiones y de diseñar mecanismos democráticos para que puedan conocer las preferencias de las personas.³²⁰

También destaca L. Cabrera, quien ha ponderado sobre todo las ventajas de la integración regional, destacando sus mayores posibilidades en materia de redistribuciones fiscales.³²¹

En muchos casos, las propuestas del cosmopolitismo político han sido convergentes con las del constitucionalismo global y el constitucionalismo multinivel mencionados anteriormente.

Por lo que respecta a lo cultural, los planteamientos cosmopolitas se han concentrado —al igual que en el caso de la justicia social— en el reconocimiento de las identidades y de las diferencias, promoviendo el respeto, el trato igualitario y la promoción.³²²

Por último y para cerrar el anterior panorama, únicamente resta apuntar que desde la anterior vertiente cultural, se ha desarrollado también una corriente crítica. Ésta ha expresado sus reservas sobre cierta universalidad occidental del discurso cosmopolita, sugiriendo que el mismo adopte, a través de la interculturalidad, elementos de otras racionalidades subalternas, centrándose además de manera especial en el análisis crítico de las estructuras hegemónicas y de dominación internacionales.³²³

³¹⁹ Véase a Beitz, “Cosmopolitanism and Global Justice”..., *cit.*, pp. 24 y ss.

³²⁰ *Cfr.* David Held, “Cosmopolitanism, Democracy and the Global Order”, en Rovisco, Maria and Nowicka, Magdalena (eds.), *The Ashgate Research Companion to Cosmopolitanism*, *cit.*, pp. 175 y ss. Sobre el pensamiento de Held, véase también a Taraborrelli, Angela, *Contemporary Cosmopolitanism*, trad. de Ian McGilvray, Londres, Blumshury, 2015.

³²¹ Véase a Cabrera, “The Cosmopolitan Imperative...”, *cit.*, pp. 173 y ss. Igualmente, sobre las ventajas de la integración regional, específicamente en el ámbito latinoamericano, véase Pampillo Baliño, Juan Pablo, *La integración americana. Expresión de un nuevo derecho global*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2012, y *Nuevas reflexiones sobre la integración jurídica latinoamericana...*, 2021, *cit.*, *passim*.

³²² *Cfr.* Etinson, Adam, “Cosmopolitanism: Cultural, Moral, and Political”, en Aurélio, Diogo P., Angelis, Gabriele de y Queiroz, Regina (eds.), *Sovereign Justice: Global Justice in a World of Nations*, Nueva York, De Gruyter, 2011, pp. 25 y ss.

³²³ Véase Kurasawa, Fuyuki, “Critical Cosmopolitanism”, en Rovisco and Nowicka, *The Ashgate Research Companion to Cosmopolitanism...*, *cit.*, pp. 279 y ss.

III. VARIACIONES SOBRE RAWLS

1. *Su importancia*

Más allá de toda crítica, la mayor parte de los estudiosos contemporáneos de la justicia —tanto social como global, en sus múltiples proyecciones—, desde Nozick hasta Brock, pasando por Nussbaum, Sen, Young, Fraser, Walzer, O'Neill y Pogge, entre muchos otros, coinciden en reconocer la importancia de la obra de Rawls.

Como se expuso, su *Teoría de la justicia* de 1971 contribuyó significativamente a la profundización del debate sobre la justicia social y su obra *Derecho de los pueblos* de 1999 —aunque no fue tan bien recibida como la primera—, hizo lo propio en el campo de la justicia global.

En virtud de lo anterior, con independencia de las diferentes apreciaciones que han motivado sus obras, debe reconocerse que: *i*) sus presupuestos contractualistas; *ii*) sus nociones de posición original y velo de ignorancia —como garantías de imparcialidad—, y *iii*) sus principios de igualdad y de diferencia —como promotores de la equidad y la distribución—, constituyen parte del lenguaje contemporáneo de la justicia.

Se trata pues —más allá de que se suscriban o no— de referentes obligados en el diálogo actual sobre la justicia.

Específicamente respecto de su *Derecho de los pueblos* y la polémica sostenida con posterioridad a su publicación, puede decirse lo mismo. Hasta el punto de que sus mismos detractores la han retomado como punto de partida para sus propios planteamientos.³²⁴

Precisamente con el propósito de ofrecer un contrapunto dialéctico, vale la pena destacar en esta breve reflexión los siguientes tres aspectos problemáticos que presenta: *i*) su interestatalismo; *ii*) su tipología de los pueblos, y *iii*) la exclusión del principio de diferencia y su justificación.

2. *Apreciaciones sobre su postura estatalista*

Por lo que respecta a su estatalismo, hay que consignar que la sociedad de los pueblos que establece el contrato social universal es para Rawls una

³²⁴ Cfr. Chartier, Gary, *Radicalizing Rawls Global Justice and the Foundations of International Law*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2014, véase también a Brock, *Global Justice...*, *cit.*, pp. 14 y ss.

sociedad de Estados, a los que considera los únicos agentes de justicia.³²⁵ Tal concepción, que ya parecía poco realista desde el momento mismo de su propuesta, hace poco más de dos décadas, resulta todavía más forzada en nuestros días.³²⁶

Particularmente cuando se tiene presente, por un lado, la enorme cantidad de organismos internacionales gubernamentales, que —como se dijo— hoy son más en número que los propios Estados, y se considera que los no gubernamentales se cuentan por decenas de miles. Sobre todo teniendo en cuenta, por el otro lado, tanto el volumen cuanto el contenido del derecho internacional actual —aplicable directa o indirectamente a otros sujetos de derecho—, así como el *ius standi* que el mismo le reconoce a ciertas comunidades y a las propias personas individuales.³²⁷

En dicho sentido, como observa O’Neill, no puede hablarse de los Estados como únicos agentes de justicia. Podrá caracterizárseles como agentes principales por su rol protagónico en la escena mundial —en razón de su poder político y económico—, pero no puede escatimarse el papel de los organismos, las organizaciones y las empresas, que además son también sujetos de derechos y obligaciones en el contexto que ella denomina justicia transnacional.³²⁸

3. Opinión sobre su clasificación de los pueblos

Un segundo aspecto problemático del *Derecho de los pueblos* es la tipología que ofrece de los pueblos y las consecuencias que saca Rawls de la misma.³²⁹

En efecto, para Rawls la sociedad internacional se constituye a través de los representantes de los pueblos, que él clasifica en: i) liberales y decentes

³²⁵ Se sigue la versión de Rawls, John, *Derecho de gentes y “una revisión de la idea de la razón pública”*, trad. de H. Valencia, Barcelona, Paidós, 2001.

³²⁶ Tamarit López, Isabel, “La justicia global: una respuesta alternativa a la desigualdad y la pobreza extrema”, *Quaderns de filosofia de la Universitat de València*, vol. 3, 2016. Disponible en: <https://ojs.uv.es/index.php/qfilosofia/article/view/8139/7831>, pp. 114 y ss. De la misma autora resulta muy recomendable para una panorámica de la justicia global, en especial exponiendo el pensamiento de Rawls, Pogge, O’Neill y Miller, así como de A. Sen, *El desafío de la justicia global desde el enfoque de la capacidad de Amartya K. Sen*, tesis doctoral dirigida por Adela Cortina Orts, Facultad de Filosofía y Ciencias de la Educación, Universidad de Valencia, Valencia, 2015. Disponible en: www.dialnet.unirioja.

³²⁷ Véase *supra* capítulo cuarto.

³²⁸ O’Neill, Onora, *Justice Across Boundaries: Whose Obligations?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 177 y ss.

³²⁹ Cfr. Rawls, *Derecho de gentes...*, cit., pp. 67 y ss.

(*liberal and decent societies*); ii) jerárquicos —o no democráticos— pero decentes (*decent hierarchical societies*); iii) arbitrarios (*outlaw societies*); iv) subdesarrollados (*burdened societies*), y v) autoritarios benevolentes (*benevolent absolutisms*).³³⁰

La anterior clasificación resulta en sí misma —para cualquier estudioso familiarizado con las diferentes tipologías propuestas desde la política, la economía o el derecho comparado— etérea y ambigua, prestándose además a interpretaciones no sólo etnocéntricas, sino inclusive interesadas.³³¹

Sin embargo, su principal dificultad es otra. Consiste en que a partir de la misma, Rawls excluye del contrato social a las sociedades de las tres últimas categorías.

Dicha exclusión resulta tan injustificada como inconveniente. En efecto, tanto desde la perspectiva ética de la solidaridad cuanto desde la óptica realista del interés geopolítico, la segregación de dichas naciones se aprecia contraproducente. Sobre todo considerando que todos se verían beneficiadas por un contrato social, llamado a asegurar las condiciones de paz, estabilidad y justicia que el mismo Rawls desea para su sociedad de pueblos.

De hecho, los mismos principios que Rawls considera que pactarían los representantes de los pueblos contratantes en su segunda posición original, hacen particularmente recomendable el incluir en dicho contrato social a todos los pueblos.

Los principios de igualdad que pactarían los representantes de los pueblos desde su segunda posición original serían: la independencia y la no intervención, la prohibición de la guerra de agresión, la legítima defensa, el cumplimiento de los tratados y su participación igualitaria en los mismos, los derechos humanos y la asistencia para preservar los principios liberales y decentes.³³²

³³⁰ Las traducciones son nuestras a partir de la comparación de otras diversas, aunque se reconoce que son —al igual que las propias categorías traducidas— bastante problemáticas.

³³¹ En realidad, el derecho constitucional comparado ofrece múltiples tipologías y clasificaciones mucho mejor diseñadas. En general, sobre las mismas, pueden verse: Vergottini, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, trad. de C. Herrera, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, en especial su capítulo segundo; la obra colectiva de Ginsburg, Tom y Dixon, Rosalind (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Northampton Massachusetts, Edward Elgar, 2011, en especial los capítulos correspondientes a las partes II y III; igualmente el capítulo de Rinella, Ángelo, “Familias jurídicas y formas de Estado”, en López Garrido, Diego, Massó Garrote, Marcos Francisco y Pegoraro, Lucio (dirs.), *Derecho constitucional comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, el libro colectivo de Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, particularmente su capítulo 3, o la monografía de Villabella Armengol, Carlos Manuel, *La forma de gobierno en el derecho constitucional comparado*, México, ICI, 2006.

³³² Véase Rawls, *Derecho de gentes...*, cit., pp. 49 y ss.

Y puede conjeturarse válidamente que desde el velo de ignorancia de dicha segunda posición original, incluso los representantes de los pueblos excluidos por Rawls pactarían —en su propio interés y aunque no estuvieran en realidad dispuestos a cumplirlos—, los principios propuestos.

Por otro lado, cabría notar que los principios de igualdad propuestos por Rawls carecen de originalidad, en tanto que repiten los que ya eran vigentes en el derecho internacional hacia finales del siglo XX; inclusive, debe reconocerse que se quedan cortos respecto de los mismos. Además, habría que señalar que deja de lado los diversos principios de la justicia social reconocidos en aquel entonces por el mismo derecho internacional.³³³

4. *Crítica a la no aplicación del principio de diferencia*

Más allá de las anteriores limitaciones, se considera que el flanco más débil de la postura de Rawls se encuentra en su negativa a aceptar la aplicación de su principio de diferencia al ámbito internacional.

Para fundar su postura, considera que el interés de los pueblos de proteger su independencia, cultura, libertades, seguridad, territorio, comercio y el mismo bienestar de sus habitantes, está garantizado con los principios de igualdad anteriormente mencionados.

En contrapartida, opina que las eventuales desigualdades socioeconómicas —e incluso la pobreza—, no serían en sí mismas injustas, pues cada país es el responsable último de sus niveles de riqueza, por lo que sus representantes no contemplarían en la segunda posición original el principio de diferencia.³³⁴

Para justificar su postura, que fue criticada por varios colegas —singularmente por Beitz y Pogge—, Rawls adujo básicamente:

- a) que el bienestar de cada pueblo depende sobre todo de factores internos, más que de la cantidad de recursos disponibles;
- b) que lo fundamental para alcanzar el bienestar y el progreso es la cultura política liberal y decente, que debe ser promovida en el contexto internacional, y
- c) que la única obligación moral —que no jurídica— que podrían asumir las naciones sería exclusivamente en relación con las sociedades subdesarrolladas, como la cooperación para el desarrollo y, de ma-

³³³ Véase *supra* capítulo cuarto.

³³⁴ *Cfr.* Rawls, *Derecho de gentes...*, *cit.*, pp. 125 y ss.

nera transitoria, hasta que alcancen el nivel de cultura política que necesitarían para lograr por sí mismas su propio bienestar.³³⁵

El cuestionamiento a la postura de Rawls condujo al siguiente replanteamiento del problema: ¿por qué razón existiría una obligación —moral o jurídica— de asistencia? Y tal replanteamiento dio lugar —entre otras— a las conocidas propuestas de Ch. Beitz y Th. Pogge.

En términos muy generales, Beitz propuso dos principios de justicia global: *i*) el de “redistribución de recursos” (*resource redistribution*), y *ii*) el de “distribución global” (*global distribution*).

El primero, sería la lógica consecuencia de la consideración por los contratantes sociales —en segunda posición original y tras el velo de ignorancia—, de la posibilidad de resultar desfavorecidos en materia de distribución de recursos. El segundo, por su parte, sería la proyección, en sentido estricto, del principio de diferencia rawlsiano al ámbito internacional.³³⁶

Por su parte, el planteamiento de Pogge —contra J. Rawls, pero también contra A. Sen y otros—, parte del argumento de que la responsabilidad por el bienestar de los pueblos no depende solamente de factores internos, sino principalmente de factores externos.

Más aún, sostiene que la interacción entre ambos factores conduce a que el orden y las instituciones internacionales frecuentemente promueven, en beneficio de los Estados más prósperos, regímenes internos que perjudican a los países subdesarrollados con tal de obtener sus recursos o ventajas comerciales, ya sea directamente o favoreciendo a sus ciudadanos y empresas.³³⁷

De ahí que afirme —como posteriormente se verá— que los Estados desarrollados y las instituciones internacionales tienen una responsabilidad para con los Estados subdesarrollados por haber establecido un orden económico internacional que los perjudica, teniendo en consecuencia una obligación de reparación por haber incumplido con el deber negativo de no causar daños.

³³⁵ *Ibidem*, *loc. cit.* Véase también Beitz, “Cosmopolitanism and Global Justice”..., *cit.*, p. 21.

³³⁶ En realidad, Beitz ya había desarrollado estos principios desde 1979; sin embargo, aunque de modo más moderado, los mantuvo posteriormente en polémica con Rawls, justificándolos a manera de contraargumentos. Véase su propuesta original en Beitz, Charles R., *Political Theory and International Relations*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1979. Una síntesis de su propuesta atemperada puede verse en Beitz, “Cosmopolitanism and Global Justice”..., *cit.*, pp. 23 y ss.

³³⁷ *Cfr.* Pogge, Thomas, *Hacer justicia a la humanidad*, trad. de D. Álvarez, México, UNAM-CNDH-FCE, 2009, pp. 65 y ss.

A partir de dicha necesidad de reparación, Pogge propuso —como también se expondrá— su “dividendo general de recursos” (*global resource dividend*).³³⁸

Así pues, paradójicamente, la resistencia de Rawls a incluir su principio de diferencia como parte del contrato social internacional, condujo al desarrollo de otras propuestas por parte de los cosmopolitas, mismas que aunque pueden diferir en su fundamentación, alcance y formulación, resultan convergentes en cuanto a la necesidad de darle sustento a las obligaciones propias de la justicia global.

IV. TRES REFLEXIONES SOBRE POGGE Y O’NEILL

Entre los teóricos de la justicia global a los que se hizo referencia, Th. Pogge y O. O’Neill hicieron una serie de planteamientos que resultan particularmente relevantes para reflexionar sobre una teoría jurídica de la justicia.

Dentro del conjunto de su pensamiento, se encuentran específicamente tres cuestiones que ambos abordan de manera distinta, pero ofreciendo perspectivas y argumentos que vale la pena considerar.

Se tratan de: *i*) los presupuestos filosóficos; *ii*) los sujetos obligados, y *iii*) el fundamento y naturaleza de las obligaciones y de los deberes de justicia.

En este apartado se analizarán las dos primeras cuestiones, mientras que en el siguiente se expondrá la tercera, complementándola con las aportaciones de otros estudiosos.

1. Puntos de partida, neutralidad y ecumenismo

Sobre los presupuestos filosóficos, ya se mencionó que tanto O’Neill como Pogge adoptan una postura ecléctica; es decir, que abrevan —de manera consciente y deliberada— de diferentes tradiciones filosóficas.³³⁹

Específicamente, tanto O’Neill como Pogge parten del concepto kantiano de dignidad personal, que afirma que todos los seres humanos deben considerarse fines en sí mismos y jamás como medios susceptibles de ser

³³⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 154 y ss.

³³⁹ Cfr. Brock, *Global Justice...*, cit., p. 14. En general, se sigue la exposición del pensamiento de los autores en comentario a partir de sus principales obras, o sea O’Neill, Onora, *Justice Across Boundaries: Whose Obligations?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, y Pogge, Thomas, *World Poverty and Human Rights*, Cambridge, Polity Press, 2008. Véase también a Tamarit López, *El desafío de la justicia global...*, cit.

instrumentalizados. Igualmente, ambos consideran que de dicho principio y del imperativo categórico pueden derivarse otros más específicos, si bien limitados a cierta formalidad-procedimental.

Adicionalmente, O'Neill asume la tradición aristotélica específicamente en dos aspectos relevantes.

En primer lugar, retoma la concepción ética de la comunidad, ordenada al bien común, donde el derecho se concibe como una parte, sin duda fundamental para la convivencia, pero que requiere para afianzarse de una ética ciudadana basada en las virtudes.³⁴⁰ En este sentido, su pensamiento se encuentra cercano al comunitarismo de MacIntyre, Walzer, Sandel y Taylor.

En segundo lugar, la filósofa británica adopta también el realismo moderado, considerando que el fundamento de las obligaciones se encuentra en la estructura ontológico-teleológica de la de la realidad, específicamente en la naturaleza de las relaciones de convivencia.³⁴¹

Procede así de modo semejante a la estadounidense M. Nussbaum, salvo porque esta última se apoya también el neocontractualismo rawlsiano, mientras que O'Neill no lo considera necesario para fundamentar su teoría de las obligaciones.

Por su parte, Th. Pogge abraza —como se recordará— el contractualismo formal procedimental de Rawls, del que parte para afirmar la aplicabilidad de su principio de diferencia en materia internacional.

De hecho, la aplicabilidad de dicho principio constituye uno de los puntos de partida de su conocida propuesta del dividendo general de recursos (*global resource dividend*), que se expondrá al final del presente capítulo.

El otro presupuesto del que parte para justificar su propuesta, se encuentra en una ética consecuencialista o ética de responsabilidad por el resultado. Dicho presupuesto subyace detrás de su afirmación de los deberes de reparación que se siguen del incumplimiento de las obligaciones negativas —a las que en breve se hará referencia—, como el fundamento específico que Pogge propone para la justicia global.³⁴²

Pero el mayor acierto tanto de O'Neill como de Pogge —al menos desde el punto de vista ético jurídico—, consiste en que ambos hacen partir sus reflexiones también de los derechos humanos.

³⁴⁰ Véase especialmente O'Neill, Onora, *Towards Justice and Virtue. A Constructive Account of Practical Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

³⁴¹ Cfr. O'Neill, *Towards Justice and Virtue...*, cit., *passim*, y *Justice Across Boundaries...*, cit., especialmente los capítulos 4 a 7.

³⁴² Cfr. Pogge, Thomas, "Real World Justice", en Brock y Moellendorf, *Current Debates in Global Justice...*, cit., pp. 37 y ss.

En el caso de O'Neill, éste considera que los derechos humanos constituyen principios éticos universales que además gozan de un amplio consenso, así como del respaldo público.³⁴³ A partir de los mismos —como se verá—, desarrollará su teoría moral de las obligaciones, basándose también en la diversa teoría económica de las necesidades.

Por su parte, para Th. Pogge, la plasmación de los derechos humanos en la *Declaración Universal* —específicamente en su artículo 28—, le lleva a afirmar que tanto la pobreza como la desigualdad radical constituyen una violación al “orden social e internacional” al que “toda persona tiene derecho”.³⁴⁴ De ahí derivará su principal argumento para fundar el deber de reparación por el daño causado debido a la violación a dicho derecho.

Un aspecto adicional sobre los presupuestos filosóficos de Pogge que conviene destacar es su intención de adoptar una “estrategia ecuménica” (*ecumenical strategy*) para desarrollar una “moral universal” “internacionalmente aceptable”.

Su pretensión es —según expone— desarrollar una argumentación neutra, que no tome partido entre las diferentes corrientes de pensamiento encontradas, como el liberalismo, el libertarismo, el igualitarismo y el comunitarismo.³⁴⁵

Cabe apuntar, como se desprende de lo expuesto, que no logra —por ser imposible— cumplir con dicho objetivo de neutralidad, pues el conjunto de su argumentación es más bien sincrético que propiamente neutro.

Lo cierto es que los anteriores presupuestos —filosóficos, éticos, económicos, políticos y jurídicos— de los que parten O'Neill y Pogge, nos permiten hacer la siguiente consideración.

Aunque resulta filosóficamente imposible asumir una posición neutra, sí resulta plausible —como lo hacen ambos autores— adoptar una posición integradora, que trate de conjuntar diversas perspectivas, puntos de partida y métodos para desarrollar a partir de los mismos sus argumentos y propuestas.

³⁴³ Originalmente en O'Neill, Onora, *Faces of Hunger: An Essay on Poverty, Justice and Development*, Londres, Allen & Unwin, 1986, y posteriormente en O'Neill, *Justice Across Boundaries...*, *cit.*, pp. 29 y ss.

³⁴⁴ *Cfr.* Pogge, *Hacer justicia a la humanidad...*, *cit.*, pp. 65 y ss. Véase también a Tamarit López, Isabel, “La pobreza extrema como una violación de los derechos humanos. La respuesta de la justicia global frente a la beneficencia”, *Recerca, Revista de Pensament i Anàlisi*, núm. 19, 2016, pp. 93-112, disponible en: <http://dx.doi.org/10.6035/Recerca.2016.19.5>, pp. 94 y ss.

³⁴⁵ Véase Pogge, *World Poverty and Human Rights...*, *cit.*, último capítulo, así como Pogge, “Real World Justice”..., *cit.*, p. 37.

En este sentido, la propuesta de ambos autores es —más o menos— ecuménica, permitiendo además —desde un punto de vista filosófico—, reflexionar sobre los deberes desde su objetividad, su subjetividad personal y el procedimiento-formal de la subjetividad objetivamente orientada.

2. ¿A quiénes obliga la justicia global?

Respecto del segundo asunto, es decir, en relación con los sujetos obligados por la justicia global, la posición de ambos estudiosos resulta contrastante respecto de la postura internacionalista de Rawls, quien consideraba que los pueblos y Estados son los únicos vinculados por los deberes jurídicos (en lo conmutativo) y morales limitados (en lo distributivo).

La teoría de O'Neill se autodenomina en dicho sentido como transnacional para deslindarse de la concepción rawlsiana, enfatizando que además de los deberes de justicia de los Estados —sin duda los principales obligados—, también son “agentes de justicia” los organismos, instituciones y agencias internacionales, así como las organizaciones no gubernamentales y las empresas transnacionales. Y sus deberes —de acuerdo con su teoría de las obligaciones— pueden ser, según los casos, jurídicos o éticos.³⁴⁶

Por su parte, la postura de Pogge respecto de los sujetos obligados es más amplia y también más exigente.

En efecto, además de asumir los anteriores deberes de los agentes de justicia, considera —como se adelantó— que la “pobreza” y la “desigualdad radical” son auténticas “violaciones a los derechos humanos”, resultado de un “orden institucional injusto”.

Y afirma que dicho orden injusto “es responsabilidad” no solamente de los “Estados ricos”, de los “organismos internacionales” que responden a sus “intereses” y de las “empresas transnacionales” que “se aprovechan” del mismo. En efecto, para Pogge, también son responsables, al menos “en cierta medida”, todos los “ciudadanos privilegiados” de “las democracias prósperas”.³⁴⁷

El argumento de Pogge constituye así una auténtica increpación, cuya principal virtud consiste en interpelar directamente a la conciencia de todas las instituciones y personas, directa o indirectamente involucradas o bene-

³⁴⁶ O'Neill, *Justice Across Boundaries...*, *cit.*, capítulo 11, “Agents of Justice”, pp. 177 y ss.

³⁴⁷ Cfr. Pogge, *World Poverty and Human Rights...*, *cit.*, pp. 199 y ss., y Pogge, “Real World Justice”..., *cit.*, pp. 37 y ss.

ficiadas, reivindicando con ello la exigencia de las obligaciones universales —jurídicas y éticas— propias de una auténtica justicia global.³⁴⁸

V. OBLIGACIONES JURÍDICAS Y DEBERES ÉTICOS

En relación con el fundamento y la naturaleza de los deberes y las obligaciones de la justicia global, se presentará primeramente la argumentación de Pogge y después la teoría de O'Neill, mismas que se complementarán a su vez con las reflexiones de otros autores.

El motivo de su selección para efectos expositivos responde a que sus respectivos planteamientos son —entre los más recientes— los más completos.³⁴⁹

1. *Aportaciones de Pogge*

Para fundamentar las obligaciones globales y posteriormente ofrecer sus propuestas para cumplirlas, Th. Pogge construye su argumentación a partir de tres premisas que considera las causas de los deberes de justicia: *i*) la “exclusión sin compensación por el uso de recursos”; *ii*) la “violenta historia común”, y *iii*) las “instituciones sociales compartidas”.

La primera causa del deber de justicia es retomada —según reconoce Pogge— de J. Locke, quien había propuesto para todas las personas el “derecho inalienable a una parte proporcional de los recursos del mundo”,

³⁴⁸ No se trata por lo demás de un argumento novedoso; en realidad se encuentra implícito en la misma formulación negativa —y más aún en la positiva— de la regla de oro ya planteado por otros autores desde la Antigüedad. A manera de botón de muestra pueden citarse las expresivas palabras de René Maheu desde la UNESCO, quien escribía la siguiente imprecación hace casi 50 años, que además no estaba circunscrita a los países ricos ni a las personas acaudaladas: “Es el peso de los crímenes [de la humanidad contra los derechos humanos] a los que debemos nuestros privilegios y de los cuales ninguna generosidad podrá absolvernos por completo, ni siquiera nuestra inocencia; pues al ser sus beneficiarios, somos objetivamente cómplices de ellos”. *Prefacio* del libro de Hersh, Jeanne, *El derecho de ser hombre (antología)*, trad. de G. Arias Bonet, Salamanca, UNESCO-Sigueme, 1973.

³⁴⁹ En dicho sentido, debe reconocerse la existencia de varios planteamientos anteriores, más allá del importante antecedente que se encuentra —según se dijo— en el *ius communicationis* de Vitoria. Un ámbito donde la reflexión sobre las obligaciones globales ha tenido un desarrollo particularmente apreciable es el de la Doctrina Social de la Iglesia, destacando la encíclica *Pacem in terris*, que las fundaba en el bien común universal y el principio de subsidiariedad. *Cfr.* Juan XXIII, *Carta encíclica Pacem in terris* (1963). Disponible en: www.vatican.va. Véase también Galindo, *Moral socioeconómica...*, *cit.*, pp. 626 y ss.

de la cual, en nuestro tiempo, los pobres están excluidos sin compensación alguna.³⁵⁰

La segunda causa la deriva de los “inmensos crímenes” del “colonialismo”, que no sólo “extrajo recursos”, sino que “comerció con las personas”, “destruyendo” además “la cultura e instituciones” de varios países subdesarrollados, de los cuales “siguen abusando” sus antiguas metrópolis, aprovechándose de su pobreza, desorganización y debilidad.³⁵¹

La tercera causa —ya expuesta— procede de las “instituciones sociales” de un “orden internacional injusto”, que hace responsables de los daños que ocasiona, tanto a quienes lo promueven, como a quienes se benefician del mismo.³⁵²

Dichas causas propician el surgimiento de deberes de justicia cuando tienen además como consecuencia la “pobreza extrema” o la “desigualdad radical”. Sobre la primera, Pogge la estima mucho más generalizada de lo que se admite, criticando los criterios y las mediciones internacionales —de la ONU y del Banco Mundial— que tienden en su concepto a diluir el problema.³⁵³ Sobre la segunda, retoma la famosa caracterización de la “desigualdad radical” propuesta por Th. Nagel.³⁵⁴

El caso es que en ambos supuestos, como las consecuencias de pobreza extrema y desigualdad radical son el resultado de las tres causas expuestas, configuran el fundamento de auténticas obligaciones de justicia, entendidas como responsabilidades derivadas de violaciones al deber negativo de no dañar a los demás.³⁵⁵

Dicha fundamentación —observa Pogge— no excluye que tales obligaciones puedan basarse también en deberes positivos —de cooperación o

³⁵⁰ Cfr. Pogge, “Real World Justice”..., *cit.*, pp. 40 y ss., y 50.

³⁵¹ *Ibidem*, pp. 38 y ss.

³⁵² *Ibidem*, pp. 42 y ss., y Pogge, *World Poverty and Human Rights*..., *cit.*, pp. 199 y ss.

³⁵³ Cfr. Pogge, *Hacer justicia a la humanidad*..., *cit.*, pp. 183 y ss., y 204 y ss. Véase también a Tamarit, “La pobreza extrema como violación a los derechos humanos...”, *cit.*, pp. 93 y ss.

³⁵⁴ Para Nagel existe una desigualdad radical extrema cuando *i*) la situación de los menos favorecidos es mala tanto en términos absolutos como relativos, *ii*) la desigualdad es insuperable o difícilmente superable —ni los favorecidos empeoran, ni los no favorecidos mejoran—, *iii*) la desigualdad afecta todos los ámbitos de la vida (alimentación salud, educación, vivienda, etcétera) y *iv*) la desigualdad sería evitable sin que el mejoramiento de los menos favorecidos afecte sustancialmente a los más favorecidos. Cfr. Nagel, “The Problem of Global Justice”..., *cit.*, Pogge, *Hacer justicia a la humanidad*..., *cit.*, p. 120, y Pogge, “Real World Justice”..., *cit.*, p. 37.

³⁵⁵ Véase Pogge, “Real World Justice”..., *cit.*, pp. 38-44, y Pogge, *World Poverty and Human Rights*..., *cit.*, p. 199.

asistencia—; pero considera que el deber de reparar el daño causado resulta más exigente y persuasivo para sustentar la justicia global.³⁵⁶

Por otro lado —y como también se expuso—, Pogge tampoco descarta que la pobreza y la desigualdad deriven igualmente de factores internos y no sólo internacionales o globales, como sostuvieron —entre otros— J. Rawls o A. Sen.

Sin embargo, destaca la importancia específica de los factores globales para fundamentar su teoría, mostrando cómo además de su relevancia intrínseca, los factores externos también potencian a los propios factores internos.³⁵⁷

De la anterior exposición de Pogge se derivan dos tipos de obligaciones: las de reparación de los daños, y las preventivas —para evitar seguir causando daños— que se traducen en la necesidad de “reformular” el “orden social internacional”, conforme a las propuestas específicas que se expondrán al final del presente capítulo.

2. *La teoría de las obligaciones de O’Neill*

A. *Argumentos para justificar las obligaciones*

Antes de ofrecer su propia propuesta, O. O’Neill descarta, por no considerarlo como el mejor fundamento, el deber negativo de no dañar a otros aducido por Pogge, pues considera —con parte de razón—, que resulta muy difícil determinar quiénes serían —personal o institucionalmente— obligados por el mismo y, por ende, responsables de su incumplimiento, observando a su vez la imposible cuantificación del referido daño.³⁵⁸

En ese mismo sentido, varios estudiosos —como entre nosotros R. Vázquez— consideran “cuestionable” la “responsabilidad causal” planteada por Pogge, por “insuficiente”, “compleja” y por “diluir la obligación” entre una gran cantidad de personas e instituciones.³⁵⁹

Ahora bien, a pesar de que la profesora O’Neill no piensa que la propuesta de Pogge ofrezca la mejor fundamentación posible de las obligacio-

³⁵⁶ Cfr. Pogge, “Real World Justice”..., *cit.*, p. 34.

³⁵⁷ Véase Pogge, “Real World Justice”..., *cit.*, pp. 47 y ss., así como Pogge, *Hacer justicia a la humanidad...*, *cit.*, pp. 96 y ss.

³⁵⁸ Cfr. O’Neill, Onora, *Faces of Hunger: An Essay on Poverty, Justice and Development*, Londres, G. Allen & Unwin, 1986, pp. 52 y 53. Véase también a Tamarit, “La justicia global...”, *cit.*, *passim*.

³⁵⁹ Vázquez, Rodolfo, *Teorías contemporáneas de la justicia...*, *cit.*, pp. 293 y ss.

nes transnacionales, considera que constituye un posible punto de partida; si bien prefiere generalizarlo, retomando un argumento clásico: las fronteras constituyen barreras artificiales que impiden la natural migración.

Frente a dichas fronteras, en tanto que constituyen una “exclusión injusta” —o “al menos arbitraria”—, que impide —parafraseando a Rawls—, contrarrestar la lotería natural mediante la migración, para poder realizar mejor el propio plan de vida, O’Neill considera que sólo caben dos remedios: *i)* o bien flexibilizarlas, *ii)* o bien compensar a los afectados por la exclusión que las mismas suponen.³⁶⁰

O’Neill presenta en realidad un argumento cuya formulación más acabada se debió —como se expuso— a F. de Vitoria, con su famoso derecho a peregrinar y establecerse (*ius peregrinandi et degendi*), cuya restricción constituía para el padre del derecho internacional una auténtica ofensa (*iniuria*), que incluso podía dar lugar a una guerra justa (*ius ad bellum*).³⁶¹

Adicionalmente, O’Neill también se refiere al argumento utilitarista de P. Singer, considerándolo igualmente digno de ser tomado en cuenta, aunque piensa que de suyo es incapaz para ofrecer una fundamentación completa y convincente, por adolecer de los mismos defectos del argumento consecuencialista de Pogge.³⁶²

Los anteriores argumentos —aunque insuficientes— pueden reforzarse, a su vez, según la estudiosa británica, considerando las “interconexiones” que ha propiciado la “globalización”, donde destacan por un lado las “interdependencias” que derivan de la misma, así como la importancia de los “medios de comunicación” que nos informan de las “necesidades” de las personas, “más allá de las fronteras”.

En cualquier caso sugiere —sin demérito de los anteriores argumentos—, buscar el fundamento de los deberes de justicia en el razonamiento

³⁶⁰ Véase O’Neill, Onora, *Bounds of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 202, y O’Neill, *Justice Across Boundaries...*, *cit.*, p. 3.

³⁶¹ Aunque habitualmente atribuido a I. Kant o a otros autores modernos, en realidad quien desarrolla dicho argumento es F. de Vitoria. *Cfr.* Añaños, “El título de sociedad y comunicación natural de Francisco de Vitoria. Tras las huellas de su concepto a la luz de la teoría del dominio”..., *cit.*, pp. 551 y ss., y 577 y ss. Un fundamento anterior para el mismo, más general, se encuentra en la cuestión 62 del *Tratado de la justicia* de Santo Tomás de Aquino, quien afirma que la obligación de restitución alcanza también a los que no han recibido, pero indirectamente han dado su consentimiento o participan de la sustracción de las cosas de otros. *Cfr.* *Summa Theologica*, II-II, q. 62, a.7.

³⁶² O’Neill, *Faces of Hunger: An Essay on Poverty, Justice and Development...*, *cit.*, pp. 52 y 53.

práctico, centrado en la acción o conducta humana, lo que la conduce a encontrarlo tanto en los derechos como en las obligaciones.³⁶³

Sobre el fundamento de la justicia en los derechos observa que “los derechos humanos” se han convertido en auténticos “principios éticos universales”, que además gozan de “la mayor aceptación”.

Sin embargo, también destaca —con buena parte de razón— que el “discurso en torno a los derechos” resulta frecuentemente “abstracto”, dando lugar a su “proclamación”, sin que se repare en sus consecuentes obligaciones, en quiénes deben asumirlas y en las instituciones necesarias para garantizarlos. Así pues, considera que los derechos constituyen un buen fundamento, aunque insuficiente, debiendo complementarse con la reflexión en torno a las obligaciones.³⁶⁴

En tal sentido, considera que aunque el “discurso en torno a las obligaciones” es “menos popular”, resulta más “realista y honesto”, pues permite identificar a los sujetos obligados, así como distribuir proporcionalmente los bienes y las cargas.³⁶⁵

Además, su “mayor concreción” admite pensar en la necesidad de las instancias y procedimientos que se requieren para lograr su efectividad.³⁶⁶

Específicamente en el ámbito de la justicia transnacional, O’Neill considera que una “teoría crítica de las obligaciones” —como la que propone— deberá complementarse con una “teoría de las necesidades humanas”.³⁶⁷

Dicha teoría será la que permita identificar los “problemas” de la “pobreza”, la “desigualdad” y el “desarrollo”, así como los “deberes de justicia” para construir “un marco internacional” adecuado, con sus respectivas “instituciones” y “normas” que atienda dichas “necesidades”.

³⁶³ O’Neill, Onora, *Towards Justice and Virtue. A Constructive Account of Practical Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 129 y ss.

³⁶⁴ *Idem.* Véase también O’Neill, *Justice Across Boundaries...*, *cit.*, pp. 13 y ss.

³⁶⁵ O’Neill, *Towards Justice and Virtue...*, *cit.*, p. 135.

³⁶⁶ O’Neill, *Justice Across Boundaries...*, *cit.*, pp. 137 y ss.

³⁶⁷ La especialista P. Dieterlen, siguiendo a James Griffin y a Paul Spicker, explica cómo la teoría de las necesidades sostiene que “las necesidades básicas pueden ser fuente de obligaciones... De la percepción de la presencia de necesidades básicas en una parte de la población debería surgir, en la otra, la obligación de satisfacerlas”, Dieterlen, Paulette, “Derechos de los pobres y obligaciones para con ellos”, en Castro, Elisabetta di y Dieterlen, Paulette (comps.), *Debates sobre justicia distributiva*, México UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2005, p. 141.

B. *Los diferentes tipos de obligaciones*

Además de las anteriores reflexiones, la profesora O'Neill desarrolló una "teoría de las obligaciones", retomando en parte la propuesta de I. Kant. Para ello, distinguió con el filósofo de Königsberg, en primer lugar, entre las obligaciones:

- a) "perfectas" (jurídicas o justiciables) e "imperfectas" (éticas o morales), y
- b) "universales" (*erga omnes*, o frente a todas las personas) y "especiales" (frente a sujetos determinados en razón de una relación previa).³⁶⁸

A partir de la anterior diferenciación general continuó con su exposición combinando las anteriores categorías para clasificar los deberes de justicia en:

- a) "obligaciones perfectas universales", que son aquellas que tienen como contrapartida los "derechos" o "libertades básicas", imponiendo tan sólo "deberes negativos de respeto";
- b) "obligaciones perfectas especiales", que relacionan acreedores y deudores particulares a partir de una "relación previa" y "concreta";
- c) "obligaciones imperfectas universales", que en su generalidad se concretan cuando alguien se involucra éticamente en su satisfacción, mediante una acción determinada, pero que no siendo jurídicamente exigibles, constituyen el objeto de "virtudes éticas" "personales" o "sociales", considerándose "moralmente meritorias", y
- d) "obligaciones imperfectas especiales", que parten de ciertos vínculos estrechos entre personas que guardan entre sí ciertos deberes de asistencia y cuidado, revistiendo una mayor exigencia ética respecto de quienes se espera una determinada conducta.³⁶⁹

De acuerdo con la tipología propuesta por O'Neill, parecería desprenderse que su justicia transnacional se configura a través de dos tipos de obligaciones jurídicas y dos tipos de deberes éticos.

³⁶⁸ Cfr. O'Neill, *Towards Justice and Virtue...*, cit., p. 136.

³⁶⁹ Cfr. O'Neill, *Justice Across Boundaries...*, cit., pp. 37 y ss., y Cordourier-Real, *Transnational Social Justice...*, cit., pp. 35 y ss.

Las primeras serían las obligaciones perfectas, cuya obligatoriedad jurídica derivaría, en el caso de las especiales, de la existencia de relaciones previas —acuerdos o tratados—; en el de las generales, de deberes negativos de respeto.

Las segundas serían las obligaciones imperfectas, cuya necesidad ética procedería, en el caso de las especiales de vínculos cercanos —vecindad—, y en el caso de las generales de la asunción de compromisos de cooperación o asistencia.

Hasta este punto, su propuesta resulta enteramente semejante a la de los cultores modernos del derecho de gentes —Grocio, Puffendorf, Wolff y Vattel—, para quienes la justicia internacional jurídica, se encontraba restringida al ámbito de lo conmutativo —deberes negativos de no incumplir con tratados y de no causar daños—, quedando la dimensión distributiva reducida al ámbito de los deberes de beneficencia.³⁷⁰

Sin embargo, O'Neill hace la siguiente precisión, apoyada en la “teoría de las necesidades”, específicamente en H. Shue.³⁷¹

Cuando las personas se ven “amenazadas” en su “autonomía” y “libertad” por no poder cumplir con sus “necesidades básicas”, las obligaciones imperfectas devienen en perfectas, volviéndose exigible el derecho a la satisfacción de las mismas, para los efectos de “asegurar” los “bienes indispensables” para garantizar al menos su “subsistencia física”.³⁷²

Así también lo afirma entre nosotros P. Dieterlen, para quien los “deberes negativos” en O'Neill, suponen también un “no ejercer la coerción” que resulta de la “vulnerabilidad” de aquéllas personas a quienes se les niega lo que necesitan.³⁷³

Otra versión complementaria sobre el pensamiento de O'Neill es la propuesta por A. Cortina, para quien los “deberes de beneficencia” constituyen también “obligaciones de justicia”, por lo menos en aquellas “sociedades” suficientemente “maduras”, donde se ha entendido al Estado social de derecho como encargado de satisfacer tanto las necesidades humanas básicas como ciertos servicios sociales.³⁷⁴

³⁷⁰ Véase *supra* capítulo cuarto.

³⁷¹ Para Shue existe un derecho básico a la subsistencia, por lo que los deberes negativos de evitar daños suponen deberes positivos de proteger y ayudar a los necesitados. Cfr. Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1996, pp. 18 y ss., y 46 y ss.

³⁷² Cfr. O'Neill, *Faces of Hunger: An Essay on Poverty, Justice and Development...*, cit., pp. 110-114.

³⁷³ Dieterlen, “Derechos de los pobres...”, pp. 138 y ss.

³⁷⁴ Cortina, Adela, *Alianza y contrato*, Madrid, Trotta, 2001.

C. *Reflexiones críticas sobre los deberes imperfectos*

Para cerrar este apartado, cabe proponer tres reflexiones finales.

La primera versa sobre los deberes imperfectos especiales que, como se dijo, tienen una mayor fuerza vinculante que los imperfectos generales, en razón de una especial relación de proximidad.

Esas obligaciones imperfectas especiales suponen en el obligado una mayor exigencia ética y eventualmente jurídica, que —sin adelantar la exposición que se hará en el último capítulo— radica en la existencia de un deber específico de socorro frente al prójimo, como se sostiene desde la doctrina ética y jurídica conocida como del buen samaritano.³⁷⁵

La segunda reflexión trata sobre la cuestión sobre la obligatoriedad —moral y jurídica— de los deberes negativos generales.

Entre quienes se han ocupado de la misma, destaca E. Garzón Valdés, quien los caracterizó como “aquellos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni del (o de los) destinatario(s), ni tampoco es resultado de algún tipo de relación contractual previa”.³⁷⁶

Sobre dichos deberes, Garzón se decantó en su citado artículo a favor de su absoluta obligatoriedad, exponiendo las razones y desarticulando los argumentos contra la misma, así como recordando —como el mismo I. Kant había planteado— la incoherencia que suponía reconocer por un lado un deber negativo de no dañar, y negar, por el otro, el deber positivo de prevenir o reparar los daños.³⁷⁷

La tercera reflexión se reduce a recordar algunas de las principales aportaciones, previamente expuestas, sobre las teorías clásicas de la justicia y del bien común.

En algunos casos desde el pensamiento griego y la jurisprudencia romana, en otros a partir de la doctrina cristiana de los primeros siglos y, de modo

³⁷⁵ Cfr. Colomer Segura, Ana, “Una aproximación a los deberes positivos desde la doctrina del buen samaritano”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, Universidad de Valencia, 2012. Disponible en: <http://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/1844>.

³⁷⁶ Garzón Valdés, Ernesto, “Los deberes positivos generales y su fundamentación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 3, Universidad de Alicante, 1986, pp. 17 y ss. Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/1986-n3-los-deberes-positivos-generales-y-su-fundamentacion>.

³⁷⁷ *Idem*. Adicionalmente véase sobre la complejidad del argumento moral para fundar las obligaciones generales positivas a González Lagier, Daniel y Ródenas, Ángeles, “Los deberes positivos generales y el concepto de «causa»”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, Universidad de Alicante, 2007, pp. 106 y ss. Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2007-n30-los-deberes-positivos-generales-y-el-concepto-de-causa>.

completo y maduro, en los planteamientos de los canonistas y legistas del *ius commune* y de los teólogos-juristas españoles; se pueden encontrar, como se expuso:

- a) la obligación de contribuir al bien común, que incluía el consecuente deber de la sociedad organizada de prestar servicios públicos y en particular auxiliar a los necesitados;
- b) la obligación específica de asistir mediante deberes positivos de justicia jurídica a los pobres;
- c) el derecho que los pobres adquirirían sobre la propiedad de los demás —*omnium communis possessio*— en los supuestos de extrema necesidad, y
- d) la existencia de un bien común universal —*bonum commune totus orbis*— como fundamento de las obligaciones negativas y positivas de los pueblos, que conforman la sociedad universal, reconociendo el derecho a la comunicación —de conocimientos y bienes— (*ius communicationis*), de peregrinación y establecimiento (*ius peregrinandi et degendi*) y de comercio (*ius negotiandi*).³⁷⁸

De ahí la reiterada conveniencia de que tanto el pensamiento clásico como el moderno-contemporáneo entren en un diálogo constructivo —más allá de los presupuestos filosóficos y culturales que puedan distanciarlos—, que será sin duda mutuamente enriquecedor y especialmente benéfico para una teoría comprensiva de la justicia.

VI. ALGUNAS PROPUESTAS PARA LA JUSTICIA SOCIAL GLOBAL

Son tantos los ámbitos, tantos los problemas y tantas las propuestas que actualmente plantea la justicia global, que resultaría iluso proponerse siquiera enumerarlos en un breve apartado como el presente.

Solamente respecto de los ámbitos del derecho y la justicia globales, pueden recordarse algunos de los mencionados en el capítulo precedente. Entre otros están los relativos a los derechos humanos —tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales—, el medioambiente, la propiedad intelectual, el comercio internacional, los recursos naturales, el transporte, la educación, las comunicaciones, los servicios financieros, la

³⁷⁸ Véase *supra* capítulos tercero y cuarto.

economía digital, la fiscalidad internacional, la energía, la salud y un larguísimo etcétera.

La misma extensión de los anteriores ámbitos hace imposible enlistar una nómina mínimamente indicativa de la naturaleza y alcance de los incontables problemas y soluciones, que una multitud de autores e instituciones —Estados, organismos u organizaciones—, han identificado presentando las más diversas propuestas para resolverlos.

De ahí que dentro del presente subapartado únicamente se expondrán —y solamente a título de botón de muestra—, algunos de los que se consideran más representativos de entre los planteados por los más conocidos estudiosos.

Y aún dentro del anterior limitado conjunto, solamente se hará referencia a aquellos que pertenecen al campo, o bien de los grandes principios o bien de las grandes reformas, dejando para el último capítulo la enunciación de las instituciones, reglas y procedimientos jurídicos vigentes, que permitirían en el presente ofrecer un cauce general para la realización de las pretensiones de justicia global justiciables.

1. *Aplicaciones del principio de diferencia*

Dicho lo anterior, cabe recordar en primer lugar la propuesta de varios autores, como Beitz, Pogge y Richards, que en realidad constituye uno de los planteamientos más característicos del constitucionalismo moral: aplicar el principio de diferencia rawlsiano al ámbito internacional, con miras a promover la igualdad a través de la distribución de ciertos bienes y recursos.³⁷⁹

Una de sus expresiones más conocidas, se encuentra en los dos principios generales expuestos por Ch. Beitz: *i*) el de “redistribución de recursos” (acuerdo específico desde la segunda posición original), y *ii*) el de “distribución global” (aplicación del principio de diferencia).³⁸⁰

Por su parte, aunque las propuestas de los cosmopolitas institucionales son sumamente variadas y diversas, en varias de ellas se incluye la aplicación —directa o modificada— del multicitado principio de diferencia.

³⁷⁹ Cfr. Brock, *Global Justice...*, *cit.*, pp. 13, 183 y ss.

³⁸⁰ Su propuesta original puede verse en Beitz, *Political Theory and International Relations...*, *cit.*, y su revisión atemperada en “Cosmopolitanism and Global Justice”..., *cit.*, pp. 23 y ss.

2. *El dividendo global de Pogge*

Una de las propuestas cosmopolitas más conocidas es el “dividendo global de recursos” (*global resources dividend*) planteado por Th. Pogge.³⁸¹

Su formulación específica responde —según su autor— a tres consideraciones. En primer lugar, al fundamento mismo de las obligaciones y los derechos a los que se hizo referencia. En segundo lugar, a que podría ser adoptado de manera ecuménica, es decir, más allá de cualquier presupuesto filosófico. En tercer lugar, a que se trataría de una propuesta moderada y viable.

Bajo el anterior entendido, el dividendo global de recursos consiste, según Pogge, en un impuesto o contribución sobre la extracción y consumo de recursos naturales, cuyo importe total sería del 1% del producto bruto global.

Por su configuración, dicho gravamen tendría el doble efecto: tanto de recaudar fondos, como de inhibir la explotación de recursos que pueda dañar al medioambiente.

Ahora bien, para no incurrir en mayores gastos y considerando que dicho porcentaje no afectaría de suyo a la economía global, aunque supondría una enorme cantidad de dinero (casi 90 veces lo que se canaliza a programas internacionales de asistencia), la recaudación de dicho dividendo sería realizada por las administraciones tributarias nacionales.

Los países participantes, más allá de la eventual evasión que pudiera darse, cumplirían —de acuerdo con Pogge—, si se acordara que el impago de dicha contribución, podría ser sancionado.

Para ello, sugiere modificar la estructura del comercio internacional, de modo que las importaciones y exportaciones de los países morosos fueran gravadas adicionalmente con una cuota arancelaria en proporción a su incumplimiento.

Además, plantea que la operación de dicho mecanismo no requeriría de la conformación de un Estado mundial, sino tan sólo de un organismo multilateral integrado por economistas y juristas, que se encargaría de su funcionamiento.

³⁸¹ Se sigue la exposición que hace que el autor en Pogge, *Hacer justicia a la humanidad...*, *cit.*, pp. 154 y ss., “Real World Justice”..., *cit.*, pp. 50 y ss., y Pogge, *World Poverty and Human Rights...*, *cit.*, *passim*. Véase también a Tamarit López, “La pobreza extrema como una violación de los derechos humanos. La respuesta de la justicia global frente a la beneficencia”..., *cit.*, pp. 97 y ss.

Igualmente, para evitar la corrupción o el desvío de recursos en los países que se verían beneficiados por su propuesta, piensa que podría comisionarse para tales efectos, tanto a organismos públicos internacionales como a organizaciones —nacionales o internacionales— de la sociedad civil.

Finalmente, Pogge considera que dicho mecanismo debería concentrarse en lograr la redistribución de bienes o recursos primarios destinados en primer lugar a erradicar la pobreza.

Para ello, observa que resulta necesario definir dichos recursos básicos, que Pogge propone que sean los estrictamente esenciales (alimento, cobijo, vestido, educación y salud), de acuerdo con un umbral mínimo de calidad de vida, que sea compatible con el derecho al desarrollo humano.

Asimismo, destaca la importancia de establecer criterios —distintos de los actuales— para la cuantificación y medición de dichos bienes y recursos, posibilitando así un conocimiento correcto del problema, así como la supervisión de su evolución.

Más allá de la recepción —tanto favorable como crítica— de su propuesta, en realidad parecería viable al menos como una referente de inspiración general.

3. *Reformas fiscales internacionales*

Una de las más conocidas propuestas en materia de recaudación impositiva internacionales —entre otras semejantes—, fue la conocida “tasa Tobin”, propuesta originalmente a principios de los setenta para gravar —mínimamente— las transacciones financieras, con el propósito inmediato de evitar la especulación y que ha sido retomada como bandera, por varios estudiosos e instituciones para financiar el combate mundial a la pobreza y la desigualdad.³⁸²

Aunque la implementación de tales reformas en el ámbito fiscal internacional parezca remota, en realidad depende únicamente de la voluntad política de los Estados, misma que —como en otros casos—, puede modificarse conforme las exigencias de la sociedad civil lo vayan demandando.

Un ejemplo de la posibilidad de tales de acuerdos fiscales internacionales, cuando los Estados se interesan en los mismos, se encuentra tanto en el conjunto de tratados para evitar la doble tributación como en la más

³⁸² Cfr. Tobin, James, “A Proposal for International Monetary Reform”, *Eastern Economic Journal*, vol. 4, núm. 3-4, 1978, pp. 153-159. Disponible en: http://web.holycross.edu/RePEc/eej/Archive/Volume4/V4N3_4P153_159.pdf.

reciente adopción del Plan de Acción contra las BEPS de la OCDE-G20 de 2014 y 2015, además de las últimas tentativas por someter a tributación a la economía digital o en el impuesto global para empresas transnacionales, que han vuelto a discutirse en el seno de G7 y de la OCDE en 2021.³⁸³

4. *El mínimo vital*

Otro planteamiento bastante conocido, aunque menos demandante que el de Pogge, es el de G. Brock, que consideraba que en materia de principios, bastaría en lugar del principio de diferencia rawlsiano, un principio de mínimas necesidades (*need-based minimum floor principle*).³⁸⁴

Sin embargo, Brock también considera que, además del anterior principio, son necesarias una serie de reformas en materia fiscal, comercio internacional y de gobernanza global, siguiendo en parte el pensamiento de D. Held.³⁸⁵

En términos semejantes —aunque todavía menos exigentes— se pronunció D. Miller, con su propuesta distributiva pero no igualitaria, decantándose por la salvaguarda de mínimos vitales para los pobres, así como por una serie de reformas al orden internacional para evitar cualquier forma de explotación económica o política.³⁸⁶

Igualmente —como se mencionó anteriormente— cuando O’Neill retoma la “teoría de las necesidades” de Shue, afirma que la satisfacción de las “necesidades básicas” convierte en obligaciones perfectas los deberes imperfectos, volviéndose exigible el derecho a la satisfacción de las mismas, al igual que lo ha reiterado P. Dieterlen para los efectos de “asegurar” los “bienes indispensables” para garantizar al menos su “subsistencia física”.³⁸⁷

³⁸³ El Plan de Acción contra las BEPS (Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, conocido por sus siglas en inglés BEPS: *Base Erosion and Profit Shifting*), promueve una serie de medidas para la integración de las políticas fiscales internacionales ante la creciente importancia de la globalización y el alto porcentaje del PIB que representan las empresas multinacionales. Su implementación se sigue llevando a cabo por los Estados miembros de la misma. Véase <https://www.oecd.org/tax/plan-de-accion-contra-la-erosion-de-la-base-imponible-y-el-traslado-de-beneficios-9789264207813-es.htm>.

³⁸⁴ Cfr. Brock, *Global Justice...*, cit., p. 72.

³⁸⁵ *Ibidem*, pp. 109, 139 y ss.

³⁸⁶ Cfr. Tamarit, *El desafío de la justicia global...*, cit., pp. 101 y ss. En el mismo sentido Cordouner-Real, *Transnational Social Justice...*, cit., pp. 129, afirmando que, por lo mismo, su propuesta se basa en la solidaridad pero sin ser igualitaria.

³⁸⁷ Cfr. O’Neill, *Faces of Hunger: An Essay on Poverty, Justice and Development...*, cit., pp. 110-114, y Dieterlen, “Derechos de los pobres...”, pp. 138 y ss.

De hecho, el concepto de mínimos vitales fue planteado desde los años treinta por el salvadoreño A. Mansferrer, y ha sido una noción de encuentro entre pensadores de diferentes signos, habiendo sido adoptado también —como se verá en el capítulo final— por diversos tribunales, nacionales e internacionales, como piso indispensable de la justicia global social.³⁸⁸

Y para financiarlo se han planteado múltiples propuestas, desde la reducción de los presupuestos militares hasta el combate a la corrupción, el tráfico de drogas y de armas y el lavado de dinero, pasando por la tributación progresiva y por las reformas fiscales internacionales anteriormente referidas.³⁸⁹

5. Otras modificaciones a la estructura internacional

Entre las propuestas que se han hecho, Th. Pogge plantea reformas que estima necesarias: *i*) la democratización de los organismos internacionales; *ii*) la redefinición de los Objetivos de Desarrollo de la ONU a partir del reconocimiento del incumplimiento con los Objetivos del Milenio; *iii*) la revisión de los criterios de medición y definición de la pobreza de la ONU y del BM; *iv*) una reconceptualización menos restrictiva de los derechos intelectuales (sobre todo en materia de patentes médicas), y *v*) la creación de un fondo para la asistencia médica global.³⁹⁰

Como corolario a las anteriores reformas, Pogge observa —con razón— la necesidad de conformar una ciudadanía comprometida con su exigencia, para lo cual destaca a su vez el papel fundamental que tiene la

³⁸⁸ Más allá de sus antecedentes remotos, su reflexión filosófico, jurídica y política la inició el salvadoreño A. Mansferrer con su ensayo *El mínimo vital*, en 1928. Desde entonces, será continuada por múltiples pensadores, como J. Rawls (“mínimo social”), F. Hayek (“ingreso mínimo”), M. Walzer (“derechos mínimos”), D. Miller (“mínimo vital”), J. Habermas (“derechos básicos”) y C. S. Nino (“condiciones materiales indispensables”), entre otros. Su desarrollo jurídico se ha producido sobre todo por la vía jurisprudencial, destacando la actividad del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional de España, y de la Corte Constitucional de Colombia, entre otras instancias, a lo largo de los últimos años. *Cf.* Chacón Lemus, Mauro Salvador, *La tutela judicial del derecho al mínimo vital*, tesis doctoral, San Sebastián, Universidad del País Vasco, 2020. Disponible en: https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/50371/Tesis_Mauro_Chacon_Lemus.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Véase también a Wunder Hachem, Daniel, “Mínimo existencial y derechos económicos y sociales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 25, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos-Comares, 2015, pp. y ss. Disponible en: www.dialnet.unirioja.net.

³⁸⁹ Véase Vázquez, Rodolfo, *Teorías contemporáneas de la justicia...*, cit., p. 295.

³⁹⁰ *Cf.* Pogge, *Hacer justicia a la humanidad...*, cit., pp. 312 y ss., y 387 y ss.

educación para promover capacidades y libertades que permitan superar la pobreza y la desigualdad.

Muchos estudiosos e instituciones han coincidido con algunas de las anteriores propuestas, planteando asimismo varias más.

La lista sería interminable, pero podría citarse, entre los primeros, a filósofos como J. Habermas, sociólogos como A. Giddens, economistas como A. Sen o juristas como R. Falk u O. Höffe, y entre las instituciones, desde las propias organizaciones internacionales, hasta los más diversos organismos no gubernamentales.

Así, por ejemplo, J. Stiglitz ha presentado, en materia de comercio internacional, una serie de reformas a los sistemas arancelarios para eliminar los subsidios a los productos agrícolas en los países prósperos, proponiendo establecer en contrapartida un tratamiento diferenciado a los países en vías de desarrollo, que incluso contemple la aplicación de subvenciones. Igualmente, ha señalado la conveniencia de implementar mecanismos de renegociación y condonación de la deuda externa, evitando las terapias de choque que fueron recetadas en el pasado por los organismos financieros internacionales como el FMI y el BM. E igualmente, ha sugerido interesantes reformas al sistema internacional de reservas.³⁹¹ Es conocido también su programa para una globalización equitativa y una prosperidad compartida, donde destacan sus iniciativas en materia de gobernanza —dándole un mayor peso a los Estados para contrarrestar la hegemonía de los mercados, así como democratizando los organismos internacionales, compensando la excesiva preponderancia de los países desarrollados—, así como —en la misma línea de Th. Pogge— la recomendación de desarrollar reglas que compensen las externalidades transfronterizas.³⁹²

Y lo mismo puede decirse respecto de múltiples instituciones y organizaciones no gubernamentales, entre las que puede mencionarse —de modo puramente ejemplificativo— por un lado a Oxfam International y, por el otro, a la Iglesia Católica, muchas de cuyas propuestas —a través de su pensamiento social—, fueron incluso precursoras, lo mismo de la justicia global que de la justicia social, como se ha venido viendo y se expondrá también, brevemente, en el siguiente capítulo.³⁹³

³⁹¹ Véase Stiglitz, *Cómo hacer que funcione la globalización...*, *cit.*, *passim*.

³⁹² *Cfr.* Stiglitz, *El malestar en la globalización revisitado...*, *cit.*, pp. 120 y ss.

³⁹³ Más allá de las referencias que se hicieron al *ethos* cristiano y al derecho canónico en la configuración de la tradición jurídica occidental, así como la condición precursora del pensamiento católico en materia de justicia social, por lo que hace a la justicia global, las aportaciones de la Iglesia Católica han sido igualmente destacadas en diversos ámbitos, desde los principios de bien común universal, destino universal de los bienes, opción preferencial por

Ahora bien, sobre los cómo jurídicos para la implementación de dichas propuestas y otras más para reformar múltiples tratados y rediseñar los organismos internacionales —desde la ONU y hasta el BM, pasando por el FMI, la OCDE, la OMC y la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos—, existe también una amplia literatura desarrollada por juristas dedicados al tratamiento de esos grandes temas.³⁹⁴

6. *La integración económica, política y jurídica*

Cabe añadir que junto a los principios, las propuestas fiscales y las reformas a diversos tratados e instituciones internacionales universales, está también la iniciativa de L. Cabrera —entre muchos otros—, en el sentido de promover los acuerdos de integración económica.³⁹⁵

Según Cabrera, la integración regional constituye un medio particularmente adecuado —como lo muestra la Unión Europea— para promover mayores vínculos y sentimientos de solidaridad respecto de países que presentan entre sí, además de intereses comunes, asimetrías económicas que pueden y deben ser atendidas.³⁹⁶

Y es que, en efecto, la Unión Europea ha contribuido activamente:

- a) a la consolidación de la paz en la región;

los pobres, solidaridad y subsidiariedad, pasando por la exigencia de una fiscalidad redistributiva, el planteamiento de un comercio internacional más justo, el rediseño de la arquitectura financiera mundial, incluyendo la solicitud de condonación de la deuda externa, hasta llegar a la definición del derecho al desarrollo humano integral. Puede verse con provecho la síntesis de su pensamiento en Pontificio Consejo Justicia y Paz, *Compendio de la doctrina social de la iglesia*, Librería Editrice Vaticana, 2004; disponible en: www.vatican.va. Véase también Domingo, Rafael y Witte Jr., John (eds.), *Christianity and Global Law*, Londres, Nueva York, Routledge, 2020.

³⁹⁴ Son particularmente conocidas las propuestas de R. Falk y de O. Höffe. Véase en general la literatura citada sobre constitucionalismo global y constitucionalismo multinivel. Asimismo, sobre las posibilidades y los límites del constitucionalismo en materia de justicia internacional, véase sobre todo a Turégano Mansilla, Isabel, *Justicia global: los límites del constitucionalismo*, Lima, Palestra, 2010. De modo puramente ejemplificativo entre los miles de estudios doctrinales, informes y propuestas, se cita específicamente sobre los organismos universales a Enríquez, *Derecho internacional económico. Instituciones y críticas contemporáneas...*, cit.; Fernández, *Sistema de derecho económico internacional...*, cit.; Herdegen, *Derecho económico internacional...*, cit.; Mas Estellés, Julio, *Transformar la ONU. Un proyecto para cambiar el mundo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

³⁹⁵ Cabrera, Luis, “The Cosmopolitan Imperative: Global Justice Through Accountable Integration?”, en Brock y Moellendorf, *Current Debates in Global Justice...*, cit., pp. 176 y ss.

³⁹⁶ *Ibidem*, loc. cit.

- b) al fortalecimiento de la democracia, el Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos;
- c) a conformar un mercado interno —con el libre tránsito de capitales, mercancías, servicios y personas— que ha beneficiado a los habitantes de Europa;
- d) a re-posicionar a la región en el ámbito del diálogo internacional;
- e) a configurar una serie de políticas sociales y culturales, que además de preservar el modelo estatal social de derecho, han proyectado la identidad común de la región, y
- f) en general a mejorar —en todos los aspectos y más allá de las recientes crisis económicas y a pesar de los retrocesos que se han visto en los últimos años— la calidad de vida de los europeos y residentes.³⁹⁷

El planteamiento sobre la viabilidad y la conveniencia de la integración regional, particularmente en el ámbito pan-latino-ibero-americano, se ha venido reiterando desde hace años, destacando sus ventajas siempre y cuando se haga más allá de pretensiones ideológicas o hegemónicas, tanto neoliberales como populistas.³⁹⁸

Para ello, sería necesario considerar diversas fórmulas ya probadas, como *i*) sistemas de preferencias arancelarias, *ii*) plazos razonables de desgravación arancelaria, *iii*) subsidios temporales para las industrias de los países menos desarrollados, y *iv*) fondos estructurales o de compensación para superar las desigualdades entre países y subregiones.³⁹⁹

³⁹⁷ Pampillo Baliño, Juan Pablo, “Del *Mos Europaeus* al *Mos Americanus Iura Legendi*. Una propuesta de refundación de la ciencia nueva para la integración jurídica americana”, *Foro. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Nueva Época, núm. 8, Madrid, UCM, 2008.

³⁹⁸ Véase Pampillo, *La integración americana...*, *cit.*, Pampillo, *Hacia un nuevo ius commune americano...*, *cit.*, y Pampillo, *Nuevas reflexiones sobre la integración jurídica latinoamericana...*, *cit.* Como proyecto colaborativo de investigación, docencia y difusión, activo desde 2013, se encuentra la *Red Interdisciplinaria Justicia Social e Integración Americana* (www.rijia.org), entre cuyas actividades destacan sus posgrados y en especial su doctorado con la Universidad Autónoma del Noreste, así como la Biblioteca Jurídica Americana, editada por Porrúa, entre cuyos más de veinte volúmenes se encuentran las dos siguientes obras colectivas, de relevancia para el tema particular. Pampillo Baliño, Juan Pablo y Damián Martín, Arturo Osvaldo (coords.), *Integraciones jurídicas americanas. Teoría, historia, instituciones y derecho*, México, Porrúa-RIJIA, 2017, y Pampillo Baliño, Juan Pablo, Damián Martín, Arturo Osvaldo y Botero Gómez, Santiago (coords.), *La familia jurídica iberoamericana*, México, Porrúa-RIJIA, 2016.

³⁹⁹ *Idem.*

7. *Grandes reformas y pequeñas conquistas*

Las anteriores propuestas —entre muchas otras— planteadas por algunos de los más destacados representantes de la reflexión y la lucha por la justicia social global, están pendientes de ser atendidas, y aunque su concreción parece remota en lo inmediato, quizás puedan ir cuajando en los próximos años.

Lo cierto es que lamentablemente sabemos que la justicia y los derechos con frecuencia se reconocen y hacen efectivos a través de su conquista, misma que en ocasiones requiere de su insistente exigencia.

Y también sabemos que la misma resulta más ardua cuando se trata de grandes reformas como las anteriormente expuestas que, sin embargo, merecen que se continúe con los esfuerzos para alcanzarlas.

De ahí la relativa ventaja de los planteamientos que se harán en el último capítulo, pues con independencia de la necesidad y urgencia de las anteriores reformas —entre otras muchas—, en realidad los actuales procedimientos jurídicos pueden constituir la mejor y más inmediata vía de realización de la justicia global, a golpe de sentencias, como en buena medida ya ha venido sucediendo.

Para ello —se insiste— no hay que perder de vista la naturaleza polémica e incluso agónica de la lucha por la justicia —destacada, como se recordará por los griegos y señaladamente por Hesiodo—, así como tampoco la certeza de que su consolidación requiere también de la paz y el buen orden que, por otro lado, siempre estarán enfrentadas a la codicia, a la pendencia y a la fuerza como sus permanentes opositoras.

E igualmente, debe tenerse presente que toda pretensión de justicia siempre requiere —como se ha venido repitiendo—, de la consideración, seria y realista, de sus obligaciones correlativas —tanto de las propias como de las ajenas—, así como de los mecanismos necesarios para garantizar su eficacia y de los recursos indispensables que aseguren su realización.

CAPÍTULO SEXTO

UNA VOZ QUE CLAMA EN EL DESIERTO

I. PERTINENCIA DE LA DOCTRINA SOCIAL CRISTIANA

Resulta llamativo que la mayor parte de las recientes teorías de la justicia, tanto social como global, prácticamente pasen por alto las aportaciones de la doctrina social cristiana.

Particularmente cuando se considera —como se expuso— que la influencia de su pensamiento teológico, filosófico, ético, político y jurídico, fue determinante en la configuración de la tradición jurídica occidental y su concepción y tipología clásica de la justicia.

E igualmente, cuando se tiene en cuenta que su reflexión social fue precursora de la justicia social y ejerció una destacada y reconocida influencia sobre múltiples corrientes de pensamiento —como la socialdemocracia, la teoría de los derechos humanos, o la economía social de mercado—, proyectándose en la configuración de sus diversas instituciones políticas y principios jurídicos.

Y lo mismo debe decirse de la justicia global, tanto respecto de sus antecedentes históricos como de su reflexión contemporánea, siendo sabida, por ejemplo, la influencia de sus principios de solidaridad y subsidiariedad en la arquitectura internacional actual.

1. Insuficientes motivaciones de su desconocimiento

Podría conjeturarse que tal relegación obedece en parte al rechazo de algunos de los planteamientos más conocidos de la ética católica; en lo particular los relativos a la cultura de la vida —rechazo del aborto y la eutanasia— y a diversas cuestiones de moral sexual y familiar.

Sin embargo, más allá de las creencias y convicciones sobre dichos temas debatidos, cabe destacar que el alcance la ética social cristiana es mucho más amplio. De ahí que resulte bastante discutible prescindir totalmen-

te de su consideración en razón de un desacuerdo —por fundamental que sea—, respecto de ciertas cuestiones particulares.

Por otro lado, tampoco podría aducirse —para justificar dicha relegación— un escrúpulo racionalista, sustentado sobre cierto prurito secularista mal entendido.

Cabría observar, en dicho sentido, que ni el racionalismo ni el pluralismo o el multiculturalismo constituyen un obstáculo para el aprovechamiento del pensamiento religioso, sino más bien todo lo contrario.

En efecto —y como se adelantó en su oportunidad— la filosofía y el método interculturales han destacado últimamente su relevancia, señalando como el *pneuma* y el *mythos* que subyacen al *logos* de toda civilización, resultan particularmente significativos para la construcción de un diálogo verdaderamente constructivo y enriquecedor.⁴⁰⁰

De hecho, muchas intuiciones y desarrollos que proceden de conceptos religiosos, como el *mishpat* de los hebreos, el *dharma* de los hindúes, la *sharia* musulmana, o el *el fa* y el *li* de la tradición china —entre otros—, constituyen referentes útiles —y hasta obligados— para la construcción de una teoría de la justicia verdaderamente plural e intercultural.⁴⁰¹

Pero además, en Occidente pretender negar la influencia del cristianismo sobre su cultura, resulta absurdo. Máxime si se considera que aun cuando en toda tradición cultural existen aspectos opresores y liberadores, más allá de cualquier extravío conservador, en general el pensamiento cristiano ha sido vanguardia promotora de algunos de los principales valores de la cultura occidental vigentes en nuestros días, tanto en el plano ético como en el jurídico.

Ahora bien, si la marginación se basa en los escándalos o errores, pasados o presentes, de sus miembros o de la misma institución —en tanto que peregrina en medio del mundo y sus contrastes—, dicho argumento *ad hominem* resulta del todo injustificado.

De adoptarse semejante postura, en estricta congruencia, tendríamos que descartar sin más —y con la misma arbitrariedad—, las reflexiones de

⁴⁰⁰ Véase específicamente a Panikkar, Raimon, *The Intra-Religious Dialogue*, Nueva Jersey, Paulist Press, 1999. También a Fornet-Betancourt, Raúl, “Tesis para la comprensión y práctica de la interculturalidad como alternativa a la globalización”, *Estudios sobre historia del pensamiento español. Actas de las III Jornadas de Hispanismo Filosófico*, Santander, Caja Santander, 1998, y a Vallescar Palanca, Diana de, *Hacia una racionalidad intercultural: cultura, multiculturalismo e interculturalidad*, Madrid, Universidad Complutense, 2003.

⁴⁰¹ Una aproximación a dichos conceptos y su influencia sobre sus relativos órdenes jurídicos puede verse en Menski, Werner, *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, 2a. ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2006.

la mayor parte de los pensadores, sea en razón de su religión —o irreligiosidad—, nacionalidad, sexo, orientación filosófica o raza.

Y todo lo anterior sin considerar, por otro lado, las innegables aportaciones sociales, culturales y humanitarias, que —sin pretensión apologética—, deben reconocérsele a la Iglesia Católica.

2. *Lo teológico, filosófico, científico y prudencial*

Dicho lo anterior conviene destacar, que aunque la doctrina social católica tenga un fundamento eminentemente religioso y su estatuto epistemológico sea el de la teología moral social, lo cierto es que su estructura se proyecta en tres niveles gnoseológicos distintos:

1. El fundante y de las motivaciones, que pertenece al ámbito de la fe.
2. El directivo, más racional, que se ocupa de las instituciones y reglas de la convivencia social, desde un punto de vista filosófico y científico, y
3. El deliberativo o prudencial, que reflexiona sobre dichas instituciones y reglas a la luz de las situaciones sociales concretas.⁴⁰²

Claramente, los últimos dos niveles permiten un diálogo provechoso, tanto racional como culturalmente hablando.

De hecho, se trata de un diálogo que establecemos de manera cotidiana —aún sin conciencia de ello—, cuando reflexionamos a partir de una enorme cantidad de pensadores y obras, cuyos planteamientos responden inequívocamente a una espiritualidad, a una ética o a una sensibilidad cristiana, aunque no lo manifiesten explícitamente.

Pero además, cabría destacar que desde la encíclica *Pacem in terris*, la iglesia católica se ha dirigido expresamente tanto a sus fieles como a los no creyentes, procurando tender puentes para un diálogo que puede construirse desde la razón, más allá de cualquier motivación o fundamento religioso.⁴⁰³

⁴⁰² Véase en general a Fernández, Aurelio, *Compendio de teología moral*, Madrid, Palabra, 1995. En lo particular, *cfr.* Pontificio Consejo Justicia y Paz, *Compendio de la doctrina social de la iglesia*, Librería Editrice Vaticana, 2004, § 73. Disponible en: www.vatican.va.

⁴⁰³ En dicho contexto se inscriben entre muchas otras, por ejemplo, la conocida polémica entre J. Habermas y el cardenal J. Ratzinger (antes de ser elegido papa Benedicto XVI), así como la sostenida entre C. M. Martini y U. Eco. *Cfr.* Ratzinger, Josef y Habermas, Jürgen, *Dialéctica de la secularización*, Madrid, Encuentro, 2004, y Eco, Umberto y Martini, Carlo María, *¿En qué creen los que no creen?*, trad. de E. Cohen, México, Taurus, 1997.

En virtud de lo anterior y considerando su relevancia —por lo menos como una voz más— para enriquecer el diálogo analógico que requiere la continua reflexión sobre la justicia social y la justicia global, se presenta a continuación un bosquejo sumario de la Doctrina Social de la Iglesia (DSI).

II. CARACTERÍSTICAS GENERALES

1. *Personalismo comunitario*

En primer lugar, cabe decir que la DSI se define a sí misma como un “humanismo integral y solidario”.⁴⁰⁴

Su lugar de arranque es eminentemente teológico, encontrándose en la “pedagogía bíblica” de la “liberación” —en sentido espiritual— del “pecado”, para alcanzar la “salvación”, gracias a los “méritos” de la “redención divina”.

Sin embargo, dicha liberación espiritual se entiende como precedida, prefigurada y acompañada por una “liberación material”, que se remonta a la “liberación del pueblo de Israel” de la “esclavitud” en Egipto.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ Además del *Compendio de la doctrina social de la iglesia* anteriormente citado y de los documentos del magisterio referidos a la misma, pueden consultarse, entre otras, las siguientes obras: Arboleda Mora, Carlos Ángel, Giraldo Jaramillo, Alberto y Antonich, Ricardo, *La nueva doctrina social de la Iglesia*, Bogotá, U.P.B., 2007; Azuela Güitrón, Mariano, *Los grandes temas del derecho y del Estado a la luz de la doctrina pontificia contemporánea*, México, Tirant lo Blanch, 2021; Benestad, J. Brian, *Church, State, and Society An Introduction to Catholic Social Doctrine*, Washington, The Catholic University of America Press, 2011; Galindo, Ángel, *Moral socioeconómica*, Madrid, BAC, 1996. Hodge, Cristián y Leal, Claudia (eds.), *Teorías de la justicia y doctrina social de la iglesia*, Santiago, Universidad Católica de Chile-Fundación Konrad Adenauer, 2017; Hornsby-Smith, Michael P., *An Introduction to Catholic Social Thought*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006, y Sanz de Diego, Rafael Ma., *Moral política*, Madrid, BAC, 2012. Específicamente sobre la influencia del cristianismo en el ámbito de la justicia global, puede verse Domingo, Rafael y Witte Jr., John (eds.), *Christianity and Global Law*, Londres, Nueva York, Routledge, 2020, en especial los siguientes capítulos: Wagner, Andreas, “Francisco de Vitoria and the Global Commonwealth”; Lagerlund, Henrik, “Francisco Suárez on the Law of Nations and Just War”; Duke, George, “Christianity and the Principle of the Common Good”; Schlag, Martin, “Christianity and the Principle of Dignity”; González, Ana Marta, “Christianity and the Principle of Solidarity”; Kohler, Thomas C., “Christianity and the Principle of Subsidiarity”; Moyn, Samuel, “Christianity and Human Rights”, y Crane, Daniel A., “Christianity and the International Economic Order”.

⁴⁰⁵ Véase a Houston, Walter J., *Contending for Justice. Ideologies and Theologies of Social Justice in the Old Testament*, Nueva York, T&T Clark, 2006. Cfr. *Compendio de la doctrina social de la iglesia...*, *cit.*, núms. 20 y ss.

Por ello, el centro de gravedad de la DSI se encuentra en la “persona humana”, “sociable por naturaleza”, cuya “eminente dignidad” exige el “reconocimiento” de sus “derechos humanos”, como condición necesaria para que cada individuo se realice y alcance su plenitud y salvación.⁴⁰⁶

2. *Un saber dialogante*

En cuanto *corpus* doctrinal religioso, el pensamiento social de la Iglesia hunde sus raíces en la *Sagrada Escritura*.

Ello supone su incardinación en una tradición trimilenaria, aunque su identidad característica respecto de los otros pueblos del libro radica en la prioridad del amor o caridad sobre la ley y el culto.⁴⁰⁷

Igualmente, la DSI se encuentra inspirada por la tradición y el magisterio, a cuya conformación contribuyeron la patrística, la escolástica y, en general, una reflexión teológica —y filosófica— bimilenaria.⁴⁰⁸

Sin embargo, como se expuso, la DSI busca iluminar sus creencias desde la razón y, por ende sus reflexiones, aunque se consideren formalmente

⁴⁰⁶ *Ibidem*, núms. 105 y ss. Cfr. también a Guerra López, Rodrigo, *Afirmar a la persona por sí misma. La dignidad como fundamento de los derechos de la persona*, México, CNDH, 2003.

⁴⁰⁷ Entre otros lugares del *Nuevo Testamento*, la prioridad de la intención y la misericordia sobre el sacrificio, el culto, el sábado, etcétera, puede verse, por ejemplo, en Mt. 9:13 y 12:1. Sobre su precedencia respecto de la ley, el pasaje más conocido es el que se encuentra en la *Epístola de San Pablo a los romanos* donde se dice: “la caridad es la plenitud de la ley” (Rm. 13: 8-10). De ahí la concepción de la ley, el derecho y la justicia, como “medida mínima del amor” que refieren los padres y doctores de la Iglesia —especialmente San Agustín y Santo Tomás de Aquino—, que después sería retomada por Paulo VI en *Populorum Progressio* y en México muy difundida por el iusfilósofo Miguel Villoro Toranzo, que definía al derecho como “el mínimo de amor exigible en sociedad”, Villoro Toranzo, Miguel, *La justicia como vivencia*, México, Porrúa, 2004.

⁴⁰⁸ Una introducción esquemática a la historia de la teología puede verse en Illanes, José Luis y Saranyana, Josep Ignasi, *Historia de la teología*, Madrid, BAC, 1995. Para mayor profundización, véase a Anderson William P. (ed.), *A Journey through Christian Theology. With Texts from the First to the Twenty-First Century*, 2a. ed., Minneapolis, Fortress Press, 2010, que recoge algunas de las principales direcciones y escuelas teológicas, desde los tiempos apostólicos, pasando por la patrística y la escolástica, y hasta la actualidad, incluyendo algunas tendencias de los últimos años, como la teología de la liberación, teología negra de la liberación, la teología ecologista y la teología feminista, presentando también la enseñanza ortodoxa de los papas y concilios desde los universales de Nicea, Constantinopla, Trento, Vaticano I, Vaticano II, entre otros.

teológicas, con frecuencia son también materialmente filosóficas y científicas.

En tal sentido, la DSI se considera a sí misma “en diálogo cordial con todos los saberes”. Por ello presenta “una importante dimensión interdisciplinar”, que la hace de particular interés para los estudiosos de la sociedad, la política, la economía y el derecho.⁴⁰⁹

3. *Reflexividad práctica*

Ahora bien, aunque su finalidad última sea religiosa —la salvación de todos los hombres—, comprende que para su realización resulta necesario preocuparse “de la vida humana en la sociedad”, pues ahí es donde “están en juego la dignidad y los derechos de la persona y la paz... entre las personas y las sociedades”.⁴¹⁰

De ahí que, movida por el celo de su fin soteriológico, la Iglesia se preocupe también de las cuestiones terrenales, respecto de las cuales considera que su misión es doble: “de anuncio y de denuncia”.⁴¹¹

Anuncio de “una visión global del hombre”, tanto teórica como práctica, ofreciendo “valores y criterios de juicio”, así como “normas y directrices de acción”.⁴¹²

Denuncia respecto del “pecado de injusticia y de violencia”, en “defensa de los derechos ignorados” y “especialmente de los derechos de los pobres, de los pequeños, de los débiles”.⁴¹³

4. *Universalidad e historicidad*

Finalmente, cabe destacar que la DSI postula que sus aportaciones son fruto: *i*) tanto de “la continuidad de una enseñanza que se fundamenta en valores universales”, que constituyen su “núcleo portante y permanente”, y *ii*) como de “su constante atención a la historia, dejándose interpelar por los eventos que en ella se producen”.⁴¹⁴

⁴⁰⁹ *Ibidem*, núm. 76.

⁴¹⁰ *Ibidem*, núm. 81.

⁴¹¹ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴¹² *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴¹³ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴¹⁴ *Ibidem*, núm. 85.

Por ello, procura mantener “una capacidad de renovación continua”, evitando convertirse en “un sistema rígido”, abriéndose a las “cosas nuevas” —*res novae*—, aunque “sin diluirse en ellas”.

De ahí su disposición para adecuarse a las “oportunas adaptaciones sugeridas por la variación de las condiciones históricas... en que se mueve la vida de los hombres y de las sociedades”.⁴¹⁵

En ese orden de ideas, cabe destacar el sentido de actualidad con el que la DSI ha abordado los grandes problemas sociales de nuestro tiempo, presentando —de manera prácticamente concomitante a los mismos—, interesantes diagnósticos, reflexiones y propuestas sobre las distintas *res novae* que se le fueron planteando.

Así, trató las cuestiones sociales suscitadas primeramente por la revolución industrial y después por la crisis financiera de 1929. Abordó la problemática planteada por los regímenes totalitarios de los años treinta y las guerras mundiales. Expuso los retos de la nueva sociedad postindustrial y el enfrentamiento ideológico entre el capitalismo y el comunismo. Se ocupó de los diferentes movimientos sociales de 1968. Y tras la caída del bloque comunista, ha venido refiriéndose al cambio climático, a la reforma del orden internacional de la globalización y a la sociedad de la información entre muchos otros temas hodiernos.

III. PRINCIPALES CONTENIDOS

1. *Exposición de sus documentos fundamentales (1891-2020)*

Por lo que hace al desarrollo de la doctrina social cristiana, aunque el mismo partió —como se dijo— de la reflexión de múltiples teólogos, filósofos y pensadores desde los tiempos apostólicos y hasta la actualidad, solo fue hacia finales del siglo XIX cuando empezó a ordenarse como un cuerpo doctrinal.⁴¹⁶

⁴¹⁵ *Ibidem, loc. cit.*

⁴¹⁶ Un panorama de la doctrina social de la iglesia se encuentra, como se ha dicho, en el *Compendio de la doctrina social de la iglesia* anteriormente citado. También pueden consultarse las obras ya citadas de Arboleda *et al.*, *La nueva doctrina social de la iglesia...*, *cit.*; Azuela Güitrón, *Los grandes temas del derecho y del Estado a la luz de la doctrina pontificia contemporánea...*, *cit.*; Benestad, *Church, State, and Society. An Introduction to Catholic Social Doctrine...*, *cit.*; Galindo, *Moral socioeconómica...*, *cit.*; Hodge y Leal, *Teorías de la justicia y doctrina social de la iglesia...*, *cit.*; Hornsby-Smith, *An Introduction to Catholic Social Thought...*, *cit.*, y Sanz de Diego, *Moral política...*, *cit.*

Desde entonces, se han venido sucediendo numerosos documentos oficiales que han buscado definir, aclarar y precisar su contenido desde la ortodoxia de la Iglesia Católica. Los documentos pontificios y conciliares más relevantes de la DSI son los siguientes:

1. La encíclica *Rerum Novarum*, de León XIII, de 1891.
2. La encíclica *Quadragesimo anno*, de Pío XI, de 1931.
3. La encíclica *Non abbiamo bisogno*, también de Pío XI, de 1931
4. La encíclica *Mit brennender Sorge*, igualmente de Pío XI, de 1937
5. La encíclica *Divini Redemptoris*, también de Pío XI, de 1937.
6. Los radiomensajes navideños de Pío XII (1939-1958).
7. La encíclica *Mater et Magistra*, de Juan XXIII, de 1961.
8. La encíclica *Pacem in terris*, también de Juan XXIII, de 1963.
9. La constitución *Gaudium et Spes* de 1965, aprobada por el *Concilio Vaticano II*.
10. La declaración *Dignitatis humanae*, también aprobada por el *Concilio Vaticano II* en 1965.
11. La encíclica *Populorum progressio*, de Paulo VI, de 1967.
12. La encíclica *Octogesima adveniens*, también de Paulo VI, de 1971.
13. La encíclica *Laborem excersens*, firmada por Juan Pablo II en 1981.
14. La encíclica *Sollicitudo rei socialis*, aprobada por Juan Pablo II en 1988.
15. La exhortación *Christifidelis laici*, hecha por Juan Pablo II en 1988.
16. La encíclica *Centesimus annus*, también de Juan Pablo II, en 1991,
17. La encíclica *Veritatis splendor*, igualmente de Juan Pablo II, en 1993.
18. La encíclica *Caritas in Veritate*, de Benedicto XVI, de 2009.
19. La encíclica *Laudato si*, del papa Francisco, de 2015.
20. La encíclica *Fratelli tutti*, también del papa Francisco, de 2020.⁴¹⁷

Las circunstancias, temática y método seguido por los anteriores documentos es muy variado.

A continuación se ofrece una brevísimas reseña de los mismos para referencia del lector interesado.

La *Rerum Novarum* fue el primer documento que abordó la cuestión social en tanto que *res novae*. Se concentró en el análisis de la situación de los

⁴¹⁷ Todos los anteriores documentos se encuentran disponibles en la página *web* oficial del Vaticano anteriormente citada (www.vatican.va) Una buena parte de su contenido —el acervo existente hasta el pontificado de Juan Pablo II— fue resumido y ordenado sistemáticamente por el Pontificio Consejo Justicia y Paz y publicado en 2004 como *Compendio de la doctrina social de la iglesia*, siendo una obra de fácil acceso y consulta, a la que puede accederse en www.vatican.va.

obreros asalariados, en el contexto de los desequilibrios generados por la revolución industrial. Criticó al socialismo y sentó las bases de la doctrina del trabajo, refiriéndose al derecho de propiedad y al principio de colaboración como alternativa al de lucha de clases. Enfatizó la dignidad de los pobres, los derechos de los débiles, las obligaciones de los más favorecidos y la conveniencia de la asociación profesional. Asimismo, se ocupó de la definición de un orden social justo que sirviese como criterio para valorar los ordenamientos sociopolíticos existentes.

En el 40 aniversario de la *Rerum Novarum*, la encíclica *Quadragesimo anno* volvió a reflexionar sobre la problemática social del trabajo, pero ahora en el nuevo entorno de la crisis económica de 1929. Por ello, consideró especialmente los efectos de la expansión de la economía financiera, tanto nacional como internacional. Confirmó el principio de solidaridad y las ventajas de la colaboración sobre la lucha de clases. Criticó el liberalismo, aunque reafirmó la utilidad de la propiedad privada siempre que se asumiera desde su función social. Postuló también el principio de subsidiariedad que debe regir las intervenciones sociales del Estado. Afirmó finalmente que el valor remunerador del salario debe ser proporcional tanto a las necesidades de los trabajadores como de sus familias.

Por su parte, las encíclicas *Non abbiamo bisogno* y *Mit brennender Sorge* constituyeron la reprobación y protesta explícita de la Iglesia Católica contra los regímenes totalitarios del fascismo italiano y del nacionalsocialismo alemán respectivamente. Asimismo, en *Mit brennender Sorge* se encuentran importantes reflexiones sobre el derecho natural.

La *Divini Redemptoris* volvió a censurar el comunismo materialista y ateo, considerando como medios más eficaces para enfrentar los graves males sociales a la justicia social, al bien común, a la organización de la sociedad civil y, sobre todo, a la caridad evangélica.

Respecto de los radiomensajes de Pío XII, cabe recordar que fueron difundidos en buena parte durante los años de la II Guerra Mundial, por lo que estuvieron centrados en el tema de la paz y la justicia, así como en la necesidad de replantear el orden internacional. Otros temas relevantes que abordaron fueron la relación entre la ética y el derecho, la doctrina del derecho natural y del bien común, así como la importancia de las asociaciones profesionales y empresariales como parte de la sociedad civil.

La encíclica *Mater et Magistra* abordó especialmente la universalización de la cuestión social, tanto obrera como agraria. Igualmente, se refirió a la brecha que se abría entre las economías desarrolladas y en vías de desarrollo. En relación con la misma, postuló la necesidad de una mayor coopera-

ción económica para paliar las injustas desigualdades entre los países ricos y los países pobres. Para ello, siguió la metodología de: *i*) ver (analizar la realidad); *ii*) juzgar (interpretarla), y *iii*) actuar (comprometerse con el cambio).

Pacem in terris se ocupó principalmente de dos temas. Por un lado, de la paz —en el contexto de la carrera armamentista y la proliferación nuclear—, y por el otro, de los derechos humanos fundados en la dignidad de las personas. Tuvo el mérito de ofrecer un extenso catálogo de dichos derechos humanos, destacando a su vez la relevancia de sus obligaciones y deberes correlativos. Finalmente, hizo una exhortación a toda la humanidad a trabajar por el bien común universal, tanto económico y político como social y cultural.

El *Concilio Vaticano II* constituyó un parteaguas en la vida de la Iglesia, enfatizando su necesidad de renovarse ante un cambio epocal. Por ello, la Constitución *Gaudium et Spes* acentuó su condición de peregrina en el mundo, acompañando a la humanidad y encargada por ello de ordenar las realidades seculares de acuerdo al plan de Dios. Destacó así la vocación de la Iglesia y sus fieles en lo terrenal, meditando sobre diversos aspectos de la cultura, la sociedad, la economía, la política, la paz y el orden internacional, desde la dignidad de la persona y la familia como célula de la sociedad. Procuró entender los profundos cambios sociales, morales, religiosos y psicológicos de la nueva época, con el propósito de que la Iglesia pueda comprender mejor los problemas de sus fieles y establecer un diálogo más eficaz con los no creyentes.

Dentro de los documentos aprobados por el *Concilio Vaticano II*, tiene un lugar especial la declaración *Dignitatis humanae*. Su importancia se encuentra en la definición de la posición de la Iglesia respecto de la libertad religiosa, que se afirma como derecho civil indispensable, fundado sobre la dignidad humana, que no acepta ni el integrismo ni la intolerancia religiosa.

Populorum progressio fue una nueva reflexión sobre el tema económico-social, centrado en el progreso material como requisito para un desarrollo integral del hombre y solidario de la humanidad. Constituyó un llamamiento a la ayuda solidaria de los Estados para que todos los hombres alcancen condiciones de vida más humanas, tanto en lo material como en lo cultural, ético y religioso. Consideró que la promoción del desarrollo de todos los pueblos es una exigencia de la justicia social. A partir de esta encíclica, la DSI ha puesto un especial énfasis en el derecho al desarrollo y en el concepto de desarrollo humano integral, ambos fundados en los principios de unidad de origen y destino de la familia humana, igualdad entre todas las personas y comunidades, basada en la dignidad humana, destino universal

de los bienes, así como deberes de solidaridad y subsidiariedad, que más allá de paliativos asistencialistas, contribuyan a resolver de raíz el problema de la pobreza y la desigualdad. Para tales efectos, Paulo VI instituyó la Pontificia Comisión Justicia y Paz, que el papa Francisco incorporó —junto con otras comisiones— al nuevo Dicasterio para el Servicio del Desarrollo Humano Integral.

El 80 aniversario de la *Rerum Novarum* coincidió —hacia principios de los setentas— con un tiempo de exaltación ideológica y protestas. Por eso la encíclica *Octogesima adveniens*, se planteó las nuevas problemáticas de la sociedad posindustrial, crecientemente internacionalizada. Buscó articular una serie de respuestas coherente a las nuevas demandas de la juventud, la urbanización, los derechos de las mujeres, el desempleo, la discriminación, la emigración, la explosión demográfica, el medioambiente y la irrupción de los medios masivos de comunicación, identificando a su vez las insuficiencias de las diferentes ideologías para resolverlos.

Tiene un lugar especial dentro de la DSI la encíclica *Laborem excersens*, que constituye la más extensa exposición sobre el trabajo. Parte de su consideración como factor primario de la actividad económica y como elemento clave de la cuestión social. Desarrolló una teología del trabajo que se tradujo en el planteamiento de una ética y espiritualidad propias del mismo. Planteó una diferenciación fundamental entre la dimensión objetiva y material del trabajo, y la subjetiva como expresión de la persona, que permite afirmar su valor, más allá de cualquier criterio estrictamente económico o de mercado. De ahí derivó la exigencia de que su remuneración sea adecuada para la manutención, el acceso a la propiedad y la seguridad, acorde a los niveles que reclama la dignidad humana, tanto del trabajador como de su familia.

La *Sollicitudo rei socialis* conmemoró el vigésimo aniversario de la *Populorum progressio* y volvió a referirse a la temática del desarrollo ante la creciente brecha de desigualdad que presentaba el Tercer Mundo. Planteó la distinción entre el progreso (material) y el desarrollo (cultural, espiritual e integral), considerando que la verdadera paz es sólo posible como fruto de la justicia y la solidaridad.

Respecto de la exhortación apostólica *Christifidelis laici*, cabe mencionar que se encuentra dirigida a los laicos o católicos que no pertenecen al Estado religioso, para recordarles su vocación y misión de participar activamente en las actividades temporales, ordenándolas de acuerdo a los valores evangélicos. Aunque no se le considera habitualmente como parte de la DSI, tiene la importancia de invitar a los seglares a involucrarse en las

actividades políticas, económicas, culturales y demás propias del mundo, siguiendo en ello también las orientaciones del pensamiento social cristiano.

Por su parte la *Centesimus annus* —conmemorativa de los cien años de la *Rerum Novarum*—, propuso, ante la caída del bloque soviético en 1989, la necesidad de establecer una “civilización del amor” por medio de la “solidaridad”.

La encíclica *Veritatis splendor* fue el primer documento que abordó, de manera completa, los fundamentos de la ética cristiana. Para ello, refrendó y explicitó la doctrina de la ley natural moral frente a las desviaciones de diversas corrientes filosóficas, desde el escepticismo y el relativismo, hasta el existencialismo y el empirismo, pasando por el autonomismo, el consecuencialismo y el proporcionalismo, entre otras tendencias. A pesar de que no suele considerársele como parte de la DSI en razón de su generalidad, en virtud de la misma constituye en diversos aspectos una explicitación de la doctrina moral de la Iglesia, que abarca también su dimensión social específica.

Caritas in Veritate regresó nuevamente sobre el tema del desarrollo humano integral. Propuso la búsqueda del bien común integral de todos los hombres y de todo el hombre. Para ello, planteó diversas reformas a las instituciones internacionales —sobre todo en materia de comercio y servicios financieros, así como de la ONU—, lamentando el deterioro de la seguridad social y la precarización del trabajo. Adelantó también algunos principios de un eventual derecho mundial. Pero ante todo, destacó que los graves males sociales de nuestro tiempo requieren —más que de instituciones y reglas— de una profunda renovación ética y espiritual. Reiteró también la necesidad de concentrarse más en las obligaciones que en los derechos. Igualmente planteó que más allá del mercado, la regulación y el Estado, son necesarias también la solidaridad y la gratuidad, que constituyen principios, que además de su valor ético, tienden a incrementar la productividad y el desarrollo.

La encíclica *Laudato si* postuló una ecología integral, como un tema que no había sido objeto hasta entonces de un tratamiento específico e independiente. Retomó el método teológico-pastoral del ver-juzgar-actuar. Desde el mismo, propuso equilibrar el ecologismo con el humanismo, tras analizar los problemas de la contaminación, el cambio climático y la cultura del descarte, como retos para el cuidado de la casa común de la humanidad.

Finalmente, *Fratelli tutti*, aunque empezó a escribirse antes de la pandemia por COVID-19, debió ser repensada y completada dentro del contexto de la misma. Constituye una nueva invitación a la apertura a través de la

fraternidad, la amistad y el diálogo, para reconfigurar las estructuras sociales, de modo que nadie quede excluido en un mundo que se ha vuelto a cerrar y ha perdido la fuerza de las ilusiones. Para ello, retoma la parábola del buen samaritano, haciendo un llamado a hacernos prójimos de todos más allá de las diferencias religiosas, políticas o de cualquier otro tipo. Observa una regresión en cuanto al espíritu integracionista y social, destacando el resurgimiento de nuevos nacionalismos y recuerda que la justicia, el bien común, la solidaridad y el amor no se alcanzan nunca en definitiva, sino que “han de ser conquistados cada día”.

2. Síntesis de sus principios, valores y temática

Para concluir con la anterior exposición sumaria de la DSI, resta únicamente mencionar ordenadamente —en complemento a la anterior exposición más bien cronológica—, su contenido, que se encuentra estructurado de acuerdo con sus principios, valores y temática.

Por lo que hace a los principios fundamentales de la DSI, pueden señalarse: *i)* la dignidad humana; *ii)* el bien común; *iii)* el destino universal de los bienes; *iv)* la propiedad privada; *v)* la opción preferencial por los pobres; *vi)* la subsidiariedad; *vii)* la participación, y *viii)* la solidaridad.⁴¹⁸

Los valores primordiales que postula son: *i)* la verdad, *ii)* la libertad, *iii)* la justicia, y *iv)* la caridad.⁴¹⁹

Finalmente, desde los anteriores principios y valores, la DSI se ocupa especialmente de los siguientes temas, que considera ejes de su reflexión:

- a) la persona humana desde una concepción integral y comunitaria, destacando siempre su dignidad como fundamento próximo de toda su doctrina;
- b) la ley natural moral y el derecho natural como base de los derechos humanos;
- c) el concepto de desarrollo humano integral, la opción preferencial por los pobres, los derechos de los débiles y el combate a la exclusión social;
- d) la familia y su importancia social, reivindicando su papel central en la educación y promoviendo una cultura de la vida;

⁴¹⁸ Cfr. *Compendio de la doctrina social de la iglesia...*, cit., núms. 164 y ss.

⁴¹⁹ *Ibidem*, núms. 197 y ss.

- e) el trabajo humano en sus dimensiones objetiva (producto) y subjetiva (expresión de la dignidad y creatividad humana, que trasciende su valor material), promoviendo los derechos de los trabajadores y sus agrupaciones, así como analizando la problemática suscitada por la automatización y la globalización;
- f) la vida económica, considerando con amplitud la responsabilidad de los agentes económicos, tanto del Estado como de las sociedades intermedias y las empresas, con su diferente participación en el mercado y la necesidad de regulación del mismo; así como las diversas instituciones nacionales e internacionales, proponiendo modificaciones concretas a la arquitectura supranacional, particularmente en materia de condonación de deuda externa y reforma al sistema financiero;
- g) la comunidad política, exponiendo el fundamento, fin y límites del poder, así como reiterando su pensamiento sobre la libertad de religiosa, la objeción de conciencia y el derecho de resistencia, así como sobre el sistema de la democracia, reflexionando especialmente sobre la participación y la representación, así como subrayando el primado de la sociedad civil y la importancia de su organización;
- h) la comunidad internacional, destacando su origen y razón de ser en la unidad de la familia humana, repasando las reglas e instituciones del derecho internacional y promoviendo una mayor cooperación internacional, particularmente urgente en la lucha contra la pobreza y la desigualdad, así como el deber de mantener y preservar una paz justa, realizando propuestas concretas en materia de desarme y terrorismo, entre otras, y
- i) el cuidado de la casa común que implica la protección del medioambiente, a partir del concepto de ecología integral.

Como puede apreciarse de lo anteriormente expuesto, vale la pena, más allá de cualquier creencia religiosa o convicción filosófica —ética, social, económica, política o jurídica—, tomar en cuenta a la DSI, incluso aunque sólo sea como contrapunto dialéctico, dada la riqueza de su pensamiento —temas, principios y valores— y el sentido de actualidad de sus reflexiones y propuestas.

CAPÍTULO SÉPTIMO

BREVE RECAPITULACIÓN CONCLUSIVA

I. PRESUPUESTOS, NOCIONES, CONTEXTO Y FINALIDADES

A pesar de la índole preferentemente expositiva de la “Primera parte”, a lo largo de sus capítulos se fueron intercalando varias perspectivas propias, a veces incluso implícitamente, mismas que conviene ahora explicitar y resumir a manera de conclusiones preliminares.

Se enunciarán a continuación de manera esquemática, como ayuda de memoria en preparación de las reflexiones que se harán en esta “Segunda parte”.

Sin embargo, para evitar repeticiones innecesarias sólo se recogerán las que se consideran más relevantes para perfilar la teoría jurídica integral de la justicia que se quiere presentar.

1. *El itinerario, el trayecto y la meta*

Dentro de un primer grupo de conclusiones, conviene recordar que el trayecto propuesto partió del contexto jurídico contemporáneo (ámbitos y tendencias), para después presentar las principales teorías sobre la justicia (desde la clásica hasta las contemporáneas de la justicia social y global), destacando algunos de los acontecimientos y presupuestos condicionantes de las mismas.

Dicho trayecto pretendió realizarse —y debe continuarse ahora— partiendo de ciertos presupuestos epistemológicos, específicamente, desde: *i*) una actitud de búsqueda y apertura, *ii*) una perspectiva pluralista, interdisciplinaria, integradora y jurídica, y *iii*) una federación de métodos, dentro de los que destacan: *a*) el diálogo racional, cultural, político y analógico, *b*) el pluralismo metódico, *c*) la precomprensión y el regreso, y *d*) el compromiso con la acción.

Lo anterior con cinco finalidades concretas, que fueron y son: *i)* comprender mejor las ideas —filosóficas, éticas, económicas, políticas, sociales, culturales y jurídicas— en su peculiar entorno; *ii)* entender a la justicia en la riqueza de su complejidad, tanto general como jurídica; *iii)* conciliar las contradicciones —en muchos casos más bien aparentes, que en realidad son más bien limitaciones susceptibles de complementación— entre las diferentes teorías; *iv)* ubicar mejor los fundamentos, tipos e instituciones de la justicia jurídica, y *v)* identificar los cauces procesales a través de los cuales dicha justicia jurídica podría cumplir mejor su cometido específico.

De dichos cinco objetivos, los anteriores capítulos han buscado alcanzar los dos primeros —también en parte el tercero—, mientras que los próximos buscarán profundizar en el tercero y bosquejar el cuarto y el quinto.

2. La materia sociocultural y la formalidad jurídica

Como parte de un segundo grupo de conclusiones, se encuentra el reconocimiento de que la justicia puede entenderse, válidamente, de diversas maneras, en diferentes ámbitos, destacando su especial presencia —desde sus orígenes— en la ética, tanto individual como social, económica y política.

En tal sentido, se dijo que la justicia tenía una constitución pluriléctica: materialmente sociocultural —real y valorativa—, y formalmente jurídica, en tanto que obligatoria y exigible.

Sin embargo, como también se dijo, la pretensión central de la presente obra es reflexionar sobre la justicia jurídica, bien que desde una perspectiva integradora.

3. La justicia como medida obligatoria de la convivencia

Para los anteriores efectos, se precomprendió a la justicia jurídica como una justicia exigible; es decir, como una pretensión subjetiva, susceptible —al menos potencialmente— de ser reconocida y garantizada por el derecho, a través alguna instancia que pueda declararla y protegerla.

Igualmente y para mayor claridad, se caracterizó al derecho objetivo como un ordenamiento sociocultural dinámico, entre cuyas funciones destacan la de establecer un orden abierto al cambio, distribuir bienes y cargas y resolver conflictos. Para realizar dichas funciones, se observó que el orde-

namiento jurídico se vertebra estructuralmente a partir de diferentes reglas —principios y normas—, instituciones y procedimientos.

Asimismo, se expuso que los mandatos, prohibiciones, regulaciones y permisiones que establece, derivan de ciertas medidas objetivas de igualdad. Medidas que a su vez se encuentran articuladas por el principio de imparcialidad respecto de las personas, y los de reciprocidad, equivalencia y proporcionalidad respecto de las cosas —bienes, derechos, cargas y obligaciones—, que los individuos, los grupos y la sociedad, se deben entre sí correlativamente.

Igualmente, se puntualizó que dichas medidas objetivas de igualdad entre las personas y las cosas derivan —según las diferentes concepciones filosóficas, culturales o históricas—: *i*) de la determinación consensual (autonomía-contractualismo-iuspositivismos); *ii*) de la reflexión —prudencial o racional— a partir de la naturaleza (heteronomía-moral universal-iusnaturalismos), o *iii*) del análisis completo de la realidad misma (ontonomía-iusintegracionismo).

Finalmente, se mencionó —y se ha repetido— que toda pretensión de justicia o derecho subjetivo requiere, para ser efectiva, de la definición de sus obligaciones y cargas correlativas —personales, grupales y sociales—, así como del diseño y establecimiento de las instituciones y procedimientos que puedan reconocerlos y garantizarlos en concreto.

4. Intentar comprender los nuevos y cambiantes derechos

Un tercer grupo de conclusiones puede extraerse con motivo de la exposición de los ámbitos —espaciales y materiales— del derecho, destacando que junto a los tradicionales de los derechos privado, público, propio y común, se han venido instalando actualmente, en lo material, el derecho social, y en lo espacial los intra-estatales, supranacionales, transnacionales y globales.

Asimismo se subrayaron sus valores y principios característicos, así como su entrecruzamiento e influencia recíproca, que han diluido sus diferencias, propiciando una compleja interacción.

Igualmente, se indicó que dicha interacción ha tenido lugar a través de cinco tendencias: *i*) la estatalización del derecho, en un inicio, y luego la posterior re-constitucionalización de los ordenamientos jurídicos nacionales; *ii*) la socialización del derecho privado y público; *iii*) la privatización del derecho público y social; *iv*) la internacionalización de los derechos nacionales, y *v*) la constitucionalización del derecho internacional.

Por último, se intentó presentar el bosquejo de una comprensión armónica y coherente entre los anteriores ámbitos y tendencias, observando que la misma debería partir de la identificación y diferenciación entre los intereses —bienes, derechos, obligaciones y cargas— en juego, así como de los principios y valores que les corresponden.

Se afirmó que los intereses contrapuestos son los individuales, de grupo y sociales, en sus diferentes vertientes intra-estatales, nacionales, internacionales y globales.

Por su parte, se dijo que los principios y valores en pugna son la libertad, el orden, la igualdad los diferentes vínculos territoriales y personales y la diversa obligatoriedad coactiva.

Asimismo, se subrayó la necesidad de coordinarlos y atemperarlos recíprocamente a través de los principios comunes de solidaridad, subsidiariedad y proporcionalidad que recorren a la sociedad y al derecho.

II. EL VALOR DE LA TEORÍA CLÁSICA

Continuando con el ejercicio de síntesis de las principales reflexiones, el cuarto grupo de conclusiones procede del panorama general sobre los orígenes y desarrollo de la teoría clásica de la justicia y el derecho; una teoría que se forjó y consolidó a través de la reflexión y experiencia acumuladas durante prácticamente dos milenios.

1. *Una reflexión integradora y una tipología abierta*

En primer lugar, se destacó sobre la teoría clásica, su configuración filosófica desde la antigüedad y hasta los teólogos juristas españoles, así como su reelaboración jurídica desde el derecho romano hasta el derecho de gentes temprano-moderno, pasando por el *ius commune* europeo y algunos aspectos del derecho castellano e indiano.

A. *Una concepción ético-social y juricista-legalista*

Se mencionó también que dicha teoría de la justicia nació en el seno de la ética —individual, social, económica y política—, vinculada a las nociones de bien común, vida buena, búsqueda de la felicidad y educación en

la virtud cívica, que se estimaron indispensables y consustanciales para la plenitud de la vigencia de la justicia jurídica.

Se desarrolló como teoría de la virtud ética de la justicia y como teoría jurídica del derecho justo, dando lugar en sus orígenes griegos a dos diferentes concepciones: *i*) una jurídicista o dikecéntrica, debida a Aristóteles, y *ii*) otra legalista o nomocéntrica, expuesta por los estoicos.

Para la concepción jurídicista, el derecho fue perfilado como el *tò diakión*, el *ius*, o lo justo, caracterizado por estructurarse a través una serie de medidas objetivas de igualdad entre las personas y las cosas.

Dichas medidas podían ser aritméticas (justicia sinalagmática) o geométricas (justicia analógica o proporcional), con diversas proyecciones en las relaciones horizontales entre particulares (justicia conmutativa), o verticales entre los particulares y la sociedad (justicias distributiva y legal), que a su vez continuaron evolucionando dando lugar a nuevas categorías.

Asimismo, se consideró a partir del Estagirita que tales medidas de igualdad procedían según los casos de la reflexión objetiva sobre la naturaleza de las cosas o de la convención, estando ambas fundidas en cada ordenamiento jurídico.

En contrapartida, para la concepción nomocéntrica, el derecho fue caracterizado como *nomós physys*, *lex naturalis*, o ley natural, inscrita en la naturaleza del hombre, derivada del orden cósmico —o divino—, cognoscible —al menos en parte— subjetivamente, y propuesta como fundamento —y límite— de todo derecho humano o positivo.

Ambas concepciones —contrastantes entre sí, aunque en realidad complementarias—, ejercieron una influencia ambivalente, hasta que fueron objeto de una comprensión integradora debida primeramente a Tomás de Aquino y profundizada después por la segunda escolástica española.

Notablemente, sus planteamientos filosóficos, elaborados desde un conocimiento y consideración concreta del derecho de su tiempo —particularmente apreciable en Aristóteles y Tomás de Aquino—, fueron además posteriormente juridizados, es decir, incorporados y fundidos con las reglas, instituciones y procedimientos del derecho romano, del derecho canónico, del *ius commune* y del *common law*.

De ese modo, la teoría clásica, en su momento de mayor esplendor, fue una teoría filosófica y jurídica, que se proyectó sobre la concreción, variedad y riqueza de las reglas, instancias y procesos prácticos del derecho vigente.

B. *Vinculada a la comunidad a través del bien común*

Asimismo, se subrayó que esta teoría de la justicia estuvo estrechamente vinculada a la teoría política clásica del bien común, con la que se relacionó principalmente a través de las justicias distributiva y legal, formando un mismo cuerpo de pensamiento social —ético, político, económico y jurídico— o *philosophia practica*, que se tradujo en verdadero antecedente funcional de las modernas justicia social y justicia global.

La doctrina clásica del bien común lo consideró como un *ergon*, es decir, como fin y medio: fin de la sociedad, pero también medio al servicio de la persona, buscando atemperar a la vez, de esa manera, los extremos del individualismo y del colectivismo.

C. *Con una plasticidad metódicamente determinable*

Quizás el mayor acierto de las anteriores doctrinas —de la justicia y del bien común—, estuvo en el equilibrio que alcanzaron entre su generalidad y su concreción, dando lugar a su relativa indeterminación y plasticidad características.

En efecto, los contenidos de la justicia, del derecho y del bien común —naturales y legales—, debían ser reflexionados y determinados por cada sociedad a través de la lógica, la dialéctica y la retórica.

Para ello, debían seguirse ciertos principios formales característicos, como la igualdad, la imparcialidad, la naturaleza de las cosas, la responsabilidad, la necesidad, la posibilidad, la proporcionalidad, la solidaridad y la subsidiariedad, entre otros.

Igualmente, a partir de dichos principios y para asegurar su consistencia y coherencia, se fueron desarrollando reglas, instituciones y procedimientos de generalidad intermedia y, sobre todo, una metodología prudencial para la determinación de sus contenidos concretos a través de la dialéctica.

Finalmente, determinados dichos contenidos conforme a los anteriores métodos y principios, devenían en medidas obligatorias para todos, que además debían ser iguales para los iguales y proporcionalmente desiguales para los desiguales.

2. *Los motivos histórico-culturales de su declive*

El quinto grupo de conclusiones se encuentra en la crisis, renacimiento y posibilidades actuales de la teoría clásica de la justicia y el derecho.

Respecto de la misma, se expuso en un inicio cómo la cosmovisión moderna y sus críticas hacia la cultura medieval, así como la posterior abolición contemporánea del antiguo régimen, acabaron por relegarla. Primeramente desde el humanismo antropocentrista y luego desde el individualismo subjetivista (siglos XIV-XVI). Después desde el escepticismo cartesiano (siglo XVII). Eventualmente, desde el empirismo y el racionalismo, y de ahí —en paralelo—, a partir del legalismo del iusnaturalismo moderno y del naturalismo contractualista (siglos XVII y XVIII). Por último, desde el pensamiento de la Ilustración y el criticismo kantiano (siglos XVIII y XIX).

Todas las anteriores corrientes de pensamiento acabaron por desembarcar, mediante la codificación y el constitucionalismo, en el legalismo estatista y luego en el positivismo formalista, que identificó a la justicia con la legalidad y al derecho con las formas normativas (siglos XIX y XX).

Desde luego, muchos de los anteriores contrapuntos modernos y contemporáneos —humanismo, individualismo, subjetivismo, legalismo y contractualismo—, constituían —si se les considera atemperadamente—, importantes complementos que hubieran podido rectificar cierto reicentrismo, comunitarismo, objetivismo y topismo, que caracterizaban al derecho del antiguo régimen y en parte lastraban a su teoría clásica.

Sin embargo, tal complementariedad no pudo lograrse y más bien la teoría clásica de la justicia y del derecho fue hecha a un lado y posteriormente sustituida por los nuevos planteamientos.

En todo caso, el vacío creado en el ámbito del pensamiento jurídico por la reducción del derecho a la estructura lógico-formal de la norma y de la justicia a la legalidad, o —alternativamente— a una mera aspiración metajurídica, condujo a la elaboración de las teorías contemporáneas de la justicia, desde las de Rawls hasta la de Pogge, pasando por las de Sen, Nussbaum u O'Neill, inspiradas a su vez en las concepciones modernas debidas entre otros a Hume, Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu y Kant.

3. Una recuperación necesaria y conveniente

A pesar de su indudable importancia, como las anteriores teorías fueron elaboradas desde ámbitos diferentes al jurídico, así como desde diversas perspectivas parciales y con escasa consideración de los derechos vigentes, resultaron en muchos casos demasiado abstractas y generales, en otros más fragmentarias e incompletas, así como frecuentemente desconectadas de la realidad de las instituciones y procedimientos jurídicos.

En tal sentido, el renacimiento de las teorías clásicas de la justicia y del bien común constituye una oportunidad estimulante para complementarlas. Dicho renacimiento estuvo marcado, a partir de la segunda mitad del siglo XX, por diversos acontecimientos, aunque especialmente por: *i)* la resaca moral ante la injusticia juridizada de los regímenes totalitarios de la época y las guerras mundiales; *ii)* la redefinición del Estado en el contexto de la glocalización, y *iii)* el afianzamiento de los derechos humanos, que dio lugar a nuevos ordenamientos jurídicos, así como a nuevas teorías del derecho, destacando la recuperación de la dimensión material del derecho y de la justicia, que se ha proyectado sobre todas las vertientes del pensamiento jurídico.

Sin embargo, debe reconocerse que las posibilidades de que la teoría clásica contribuya positivamente al debate actual, dependen de que se ponga al día; por lo menos respecto de: *i)* la cosmovisión moderna-contemporánea y actual; *ii)* la nueva justicia social desde finales del siglo XIX; *iii)* las más recientes teorías sobre la justicia a partir de los años setenta, y *iv)* la presente discusión sobre la justicia global.

De operarse el anterior *aggiornamento*, la teoría clásica podría ofrecer a las teorías contemporáneas importantes complementos, que les permitirían a su vez superar su relativa generalidad, parcialidad y desfase respecto del derecho, propiciando un diálogo fecundo, mismo que se propone que pueda intentarse desde las actitudes, perspectivas y métodos propuestos —u otros semejantes—, que posibiliten su atemperación, coordinación y conciliación.

III. EL LEGADO DE LAS TEORÍAS DE LA JUSTICIA SOCIAL

Prosiguiendo con el compendio de las principales consideraciones que se han hecho a lo largo de los anteriores capítulos, el sexto grupo de conclusiones se halla en la advenimiento de la justicia social como matriz de nuevas instituciones y teorías.

1. *La novedad de los reclamos colectivos*

Más allá del importante antecedente funcional compuesto por el binomio justicia distributiva y legal y bien común, el pensamiento clásico —en razón de su comunitarismo y objetivismo—, resultaba parcialmente incapaz de entender los conflictos que en un principio detonó la revolución industrial.

En efecto, desde finales del siglo XIX —y con proyecciones hasta nuestros días—, surgieron inéditas reivindicaciones grupales, que además fueron planteadas desde nuevas lógicas de clase y en términos de oposición: desde el obrerismo y el agrarismo originarios hasta el multiculturalismo, pasando por las diversas identidades de género, entre otras.

Al igual que la teoría clásica de la justicia, las concepciones individualistas y burguesas del nuevo derecho codificado no fueron adecuadas para reconducir dicha problemática.

Se hizo así necesario el desarrollo de un nuevo derecho y de una nueva justicia social para dar cauce a dichas exigencias grupales, primeramente distributivas —y redistributivas— de bienes, y luego posmateriales de reconocimiento y participación.

2. *La primera socialización del derecho y el Estado*

El camino de la justicia social inició así hacia la segunda mitad del siglo XIX con la cuestión obrera y agraria, que suscitó la reflexión del catolicismo social, del marxismo y de diversas orientaciones socialistas. Después continuó con el constitucionalismo social del primer tercio del siglo XX. Prosiguió con la consolidación del Estado social hasta el último tercio del siglo pasado; en paralelo, se internacionalizó y difundió a través del reconocimiento y protección de los derechos humanos económicos, sociales y culturales.

Durante el anterior proceso, se desarrolló un nuevo derecho social y se redefinieron las instituciones y los principios del derecho privado, público e internacional.

A través de las diversas proyecciones del Estado social —de bienestar, *liberal welfare* y de providencia—, se distinguieron y definieron conceptos —como la igualdad de oportunidades, la igualdad de recursos o el mínimo vital—, y se diseñaron instituciones —desde los seguros sociales hasta las acciones afirmativas, pasando por los más diversos programas de asistencia—, estableciéndose procedimientos para su reconocimiento y garantía.

Sin embargo, las críticas al Estado de bienestar —a partir de la segunda mitad de los setentas—, desde perspectivas liberales no igualitarias, derivadas tanto de las restricciones impuestas por el fin de un ciclo económico expansivo, cuanto de algunas de sus desviaciones —corrupción, burocratismo, clientelismo—, condujeron a su repliegue y parcial desmantelamiento.

3. *La relevancia de las teorías de la justicia finiseculares*

Desde entonces —específicamente desde el último tercio del siglo XX—, las teorías contemporáneas de la justicia han buscado reflexionar sobre las obligaciones —tanto éticas como jurídicas— hacia los diferentes grupos vulnerables, promoviendo por un lado sus derechos a una mayor igualdad en la distribución de los bienes, así como a un reconocimiento paritario de sus identidades y diferencias.

Igualmente, han contribuido a mantener vivo el debate sobre el Estado social, reconociendo, por un lado, su necesidad para garantizar ciertos mínimos vitales; aunque, por otro lado, planteando la consideración de limitar sus eventuales desviaciones, añadiendo a sus deberes de solidaridad, los deberes de subsidiariedad para con el mismo de los sectores privado y social, así como de la comunidad internacional.

A. Igualdad y distribución

Uno de los principales puntos de arranque del actual debate teórico sobre la justicia social, así como respecto de la diversa justicia global, se ubica en la *Teoría de la justicia* de J. Rawls de 1971.

Sus presupuestos liberales-igualitarios y contractuales procedimentales; sus propuestas sobre la justicia como imparcialidad; la posición original y el velo de la ignorancia; así como sus principios básicos —de igualdad y de diferencia—; constituyen desde entonces un referente obligado para los estudiosos de la justicia.

Su objetivo fue propiciar un acuerdo, basado sobre los sentimientos morales, para determinar los principios que permitirían la asignación de derechos y deberes básicos, a partir de una reelaboración procedimental del contrato social con el fin de desarrollar una teoría estructural de la justicia política como cimiento de la organización social, pero dejando por fuera cualquier consideración sobre la ética individual o la justicia personal.

Su principio de igualdad postuló que cada persona debía tener iguales y los mayores derechos en materia de libertades básicas compatibles con las de los demás, sirviendo como piedra angular para la configuración del sistema jurídico y político.

Su principio de diferencia, que afirmaba que toda desigualdad económica o social debía establecerse en beneficio de los menos aventajados y que los cargos debían ser asequibles mediante la igualdad de oportunidades, fue

por su parte el fundamento estructural de los sistemas sociales y económicos.

Dentro del ámbito específico de la concepción económico-distributiva de la justicia social, el principio de diferencia rawlsiano sirvió para apuntalar las subsecuentes propuestas para extender la igualdad de oportunidades y de recursos, así como para fundamentar un nuevo enfoque en las capacidades planteado por Sen y Nussbaum.

B. Diferencia y reconocimiento

Paralelamente y a partir de los años noventa, se abrió camino un nuevo tipo de justicia sociocultural-y-política relacional, que implicaba sobre todo el reconocimiento paritario y el respeto, así como la participación social de las minorías étnicas, religiosas, culturales, sexuales, entre otros grupos sociales. (N. Fraser, A. Honneth, D. Held e I. M. Young).

Se trataba, en lo social, de añadir a la exigencia redistributiva de bienes materiales el reconocimiento posmaterial de la identidad y la diferencia de ciertos colectivos, cuya marginación económica, en buena parte derivaba —o iba de la mano— de su discriminación social y política.

La justicia social distributiva se había concentrado en el dilema igualdad-libertad en términos más bien económicos. La justicia social del reconocimiento se enfocó en la disyuntiva igualdad-diferencia, desde un enfoque cultural, que además permitió —desde una perspectiva crítica— desenmascarar ciertas estructuras sociales, que en realidad institucionalizaban hegemónicas opresivas, marginando y relegando

Pero además de la dimensión sociocultural del reconocimiento, fue planteada y profundizada la dimensión política de la participación, para promover el acceso en la vida social y política de grupos excluidos o marginados.

Se enfatizó así la igualdad de oportunidades, pero no ya respecto de bienes y recursos económicos, sino más bien en relación con el acceso al poder y la participación en los espacios públicos y sociales

C. Los derechos humanos como límite del pluralismo

No obstante la importancia de los legítimos reclamos grupales —de distribución, reconocimiento y participación— planteados por las anteriores teorías, debe tenerse presente que la renovada sensibilidad que despertaron

hacia las identidades y diferencias, debe respetar siempre los límites que les imponen los derechos humanos y fundamentales de los demás.

Aún dentro del actual contexto del pluralismo y del interculturalismo, cabe reconocer que dichos derechos humanos forman parte de la “esfera de lo indecible” (L. Ferrajoli), de lo “no opinable” (N. Bobbio), constituyendo un auténtico “coto vedado” (E. Garzón Valdés), sustraído de cualquier posible acuerdo en contrario.

Además, tales derechos fundamentales no pueden tampoco ser relativizados ni abandonar su núcleo esencial, requiriéndose siempre de un discernimiento crítico en los casos de su eventual colisión.

De ahí que se considere que el núcleo esencial y los mínimos vitales constituyen un núcleo indisponible, fundando en la dignidad preeminente de la persona humana.

4. *Seis pendientes de la justicia social*

Finalmente, respecto de la justicia social, se adelantaron también las siguientes proposiciones específicas:

1. La conveniencia de articular sus tres vertientes, o sea, la económico-distributiva, la sociocultural-identitaria y la socio-político-participativa, que lejos de ser excluyentes, resultan complementarias.
2. La necesidad de continuar con la reflexión para asegurar que entre los beneficiarios de sus instituciones, verdaderamente sean todos los que están y estén todos los que son, más allá de cualquier pretensión de corrección política circunstancial.
3. La importancia de reiterar el equilibrio indispensable entre derechos y obligaciones, beneficios y cargas, a efecto de asegurar tanto la efectividad de los primeros cuanto una adecuada proporción entre las ventajas y los sacrificios de todos los individuos, de todos los grupos y de todas las sociedades en su conjunto.
4. La conveniencia de suplementar la justicia social distributiva con los tipos clásicos de la justicia distributiva, legal y protectora; en general, la de articular las teorías de la justicia social con la doctrina tradicional sobre la justicia.
5. La relevancia de considerar en concreto las reglas, instituciones y procedimientos jurídicos de la justicia social contemporánea, que en realidad ya resuelven —o por lo menos dan algunos cauces— varios de sus reclamos.

6. Y el requerimiento para afianzar la justicia social jurídica de promover por medio de la educación cívica y social, los bienes y valores que subyacen a sus planteamientos e instituciones.

IV. LOS RETOS DE LA JUSTICIA GLOBAL

1. *Importancia y apremio*

El séptimo grupo de conclusiones se encuentra en la exigencia de profundizar en la reflexión sobre la justicia global y de concretar sus instituciones. Necesidad que resulta especialmente urgente en el actual contexto de pobreza extrema y desigualdad radical que se vive de manera generalizada en amplios espacios de nuestro planeta.

Dicho imperativo resulta tanto más apremiante, pues si los anteriores problemas —junto con los demás descritos en su oportunidad— no se atienden de manera justa, solidaria, pronta y efectiva, se corre el riesgo de caer en las derivas —políticas, económicas y sociales— que traen consigo las ideologías, marcadas por sus sesgos autoritarios y excluyentes.

Las experiencias de la primera mitad del siglo XX deben recordarnos cómo tales ideologías y los intereses alrededor de ellas, se aprovecharon del dolor y la precariedad para fomentar el conflicto y el uso de la fuerza, presentándose como únicas alternativas cuando las instituciones sociales —políticas, económicas y jurídicas— fallaron en su responsabilidad de procurar y mantener las condiciones mínimas indispensables para una convivencia humana.

De ahí la urgencia de continuar la reflexión y promover la acción en materia de justicia global.

2. *Realidades y conceptos cambiantes y en evolución*

Para centrar mejor a la justicia global, se hizo un breve recuento del desarrollo del pensamiento cosmopolita y del derecho de gentes propios de la teoría clásica de la justicia, destacando sus principios de posesión común de los bienes, derecho de sociedad y comunicación y de peregrinación y establecimiento, expuestos en su versión más acabada por F. de Vitoria, quien además de afirmar las obligaciones *inter gentes* de la justicia conmutativa, reconoció las propias de la justicia distributiva.

Asimismo, se describió la posterior evolución nacionalista del derecho internacional moderno, así como el más reciente y notable desarrollo de la sociedad de Estados, propia del derecho internacional contemporáneo, con su extraordinario acervo normativo —especialmente relevante en materia de derechos humanos—, así como el surgimiento de una nueva comunidad mundial tanto a partir de numerosos organismos públicos internacionales como de múltiples organizaciones no gubernamentales.

A lo largo del anterior desenvolvimiento histórico, se describió la manera en que se ha venido conformando un marco jurídico general, caracterizado por la coexistencia de diversos ordenamientos jurídicos: *i)* el derecho —internacional y supranacional— universal, *ii)* los derechos —internacionales y supranacionales— regionales, y *iii)* los distintos derechos comunes.

Marco jurídico que a su vez se encuentra recorrido por los procesos de institucionalización, extensión, socialización y protección de los derechos humanos, incluyendo tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales

Dicho marco jurídico resulta, como se dijo, particularmente heterogéneo, pues en parte es relacional entre Estados, en parte institucional entre organismos, y en parte comunitario entre organizaciones, grupos o colectivos y personas. Además, es un marco claramente dinámico, producto de una evolución aún inacabada.

De ahí la superposición y, por ende, la necesidad de distinguir y de coordinar entre otros muchos aspectos:

- a) sus principios, reglas, instituciones y procedimientos, unos imperativos, otros dispositivos y algunos más puramente orientadores;
- b) sus obligaciones, unas negativas (como la de evitar daños), otras positivas (como las de cooperación o las de garantizar derechos) y otras intermedias (como las de prevenir los daños);
- c) los destinatarios de sus obligaciones, pues unas son unilaterales, otras recíprocas y algunas más *erga omnes*, y
- d) los diversos intereses, derechos subjetivos o pretensiones jurídicas, unos justiciables coactivamente, otros de estricta justicia jurídica pero todavía no justiciables y algunos más de evidente naturaleza política o moral.

La anterior heterogeneidad se proyecta sobre la justicia global, por un lado complicando su diseño, pero también, por el otro, brindándole la flexibilidad y diversidad de instrumentos que requiere para realizar su propósito.

3. *Multiplicidad de teorías y propuestas*

Por lo que hace a las diversas teorías que se han venido planteando —más allá de su condición general, fragmentaria y poco jurídica—, su proyección temática abarca, al igual que las de la justicia social, los siguientes campos de interés: *i*) el económico (pobreza y desigualdad), *ii*) el político (participación y representación), *iii*) el jurídico (derechos humanos), y *iv*) el cultural (identidad y reconocimiento).

Dichas teorías —entre las que se destacaron las de Rawls, Nozick, Nagel, Miller, Pogge y O'Neill, junto con otras—, adoptaron a su vez diversas posiciones de las que se derivaron importantes consecuencias prácticas: desde la primera división entre el estatalismo y el cosmopolitismo, hasta el igualitarismo, el libertarianismo y el cosmopolitismo institucional, o los enfoques minimalistas y maximalistas, entre otras tendencias que quedaron expuestas.

Desde las mismas, sus diversos representantes extrajeron a su vez varias propuestas de grandes reformas: desde la aplicación al ámbito internacional del principio de diferencia rawlsiano, hasta la reforma democrática de diversos organismos internacionales —como la ONU, la OMC, el BM o el FMI, entre otros—, pasando por el dividendo general de recursos planteado por Pogge, incluyendo modificaciones específicas en ámbitos particulares —como la propiedad intelectual, la fiscalidad internacional, la renegociación de la deuda o el sistema de reservas—, o generales como la integración regional.

4. *El otro camino de la justicia*

Muchas de las anteriores propuestas de grandes reformas a los principios y a la estructura de la comunidad mundial, resultan —como se dijo— válidas, razonables y viables.

Sin embargo, su eventual realización, se enfrenta todavía a enormes dificultades.

Por eso mismo resulta conveniente también, como se expuso y planteará más adelante, intentar impulsar en paralelo a la justicia global, a través de las instituciones y procedimientos jurídicos actualmente vigentes, mismos que podrían ir extendiendo, por la vía pretoriana —a golpe de sentencias—, el alcance —personal y material— de su protección.

V. DOS CUESTIONES FINALES

1. *La relevancia ignorada de la DSI*

Por último, el octavo grupo de conclusiones procede de la exposición realizada sobre las características y contenidos de la DSI, que más allá de cualquier creencia religiosa o convicción filosófica, vale la pena tomar en cuenta aunque sólo sea como contrapunto dialéctico.

De dicho *corpus* de doctrina pueden recogerse entre muchas otras aportaciones valiosas sus tres niveles de reflexión: el fundante (valores), el directivo (principios) y el deliberativo (reflexión prudencial desde los valores y principios sobre las realidades socioculturales históricas concretas). Niveles vinculados a su vez al método teológico-pastoral del ver, juzgar y actuar.

Particular interés reviste también su esfuerzo por compaginar los valores universales con las circunstancias históricas, así como su doble misión de anuncio de los principios y denuncia de su violación.

También pueden retomarse con provecho sus principios fundamentales: *i)* la dignidad humana, *ii)* el bien común, *iii)* el destino universal de los bienes, *iv)* la propiedad privada, *v)* la opción preferencial por los pobres, *vi)* la subsidiariedad, *vii)* la participación, y *viii)* la solidaridad. E igualmente sus valores primordiales: *i)* la verdad, *ii)* la libertad, *iii)* la justicia, y *iv)* la caridad.

Asimismo, resulta fecundo su humanismo integral y solidario —también denominado personalismo comunitario—, como *tertium* entre el individualismo y el colectivismo. Humanismo que además postula una antropología que concibe al hombre desde una perspectiva realista, sin optimismos angelicales ni pesimismo lupercales. Y que postula la naturaleza social comunitaria del hombre, destacando su condición ética y su vocación de plenitud.

Finalmente y más allá de sus propuestas concretas sobre temas particulares (persona y libertad, familia, ley natural ética y jurídica, trabajo, actividad económica, organización política, comunidad internacional, medioambiente, etcétera), conviene por su actualidad reiterar dos planteamientos específicos de la última encíclica del papa Francisco, *Fratelli tutti*, de 2020.

Dentro de la misma, haciéndose cargo de la pandemia de COVID-19, en primer lugar hace un llamado urgente a la fraternidad desde la parábola del buen samaritano. En segundo lugar recuerda también —en vista de las regresiones experimentadas en los últimos años—, que la justicia, el bien común, la solidaridad y el amor, no se alcanzan nunca en definitiva, sino que más bien “han de ser conquistados cada día”.

Así pues y más allá de su menos que esquemática exposición en el anterior capítulo, la DSI ofrece a los estudiosos e interesados en la justicia —así como en general en el pensamiento social—, una serie de reflexiones y propuestas de gran relevancia y actualidad.

2. Conclusiones generales

Por último y en mérito de la síntesis presentada, puede afirmarse que de la anterior recapitulación conclusiva, así como en general de cuanto ha quedado expuesto hasta ahora, se desprende:

- a) la continua preocupación —filosófica, ética, política, económica y jurídica— por la justicia, como uno de los grandes problemas que han acompañado a la humanidad —y específicamente a Occidente— a lo largo de su historia;
- b) la inmensa riqueza, así como la enorme complejidad, de los diversos planteamientos y teorías, que desde diferentes perspectivas y presupuestos, se han esforzado por entender y resolver las cuestiones que suscita, y
- c) la conveniencia de intentar una comprensión integradora, específicamente jurídica, aunque capaz de preservar las relaciones de interdependencia que el derecho mantiene —y requiere conservar— con los demás ámbitos humanísticos y sociales.

CAPÍTULO OCTAVO

BASES PARA UNA COMPRENSIÓN INTEGRADORA

I. LAS PRINCIPALES COORDENADAS DE LA REFLEXIÓN

Tras el panorama expositivo ofrecido a lo largo de la presente obra, cuyas principales conclusiones fueron sintetizadas en el capítulo anterior, a continuación se bosquejarán algunas de las líneas generales tendientes a una comprensión jurídica e integradora sobre la justicia.

1. *Valor, aspectos comunes y diferencias de las teorías*

Lo primero que debe decirse es que todas las teorías de la justicia nos presentan elementos importantes y provechosos. Todas han intentado responder por igual, tanto a su problemática social específica, como a los condicionamientos culturales de su momento histórico, procurando además trascenderlos mediante la ubicación de ciertas características de la justicia que se extienden más allá de sus circunstancias concretas.

Además y en general, todas las teorías reconocen, en un sentido o en otro:

- a) la importancia de la justicia;
- b) su dimensión humana y social;
- c) su impronta ética, así como su proyección social, política, económica y jurídica;
- d) la necesidad de ordenar conforme a la justicia la convivencia entre las personas, los grupos y las sociedades, y
- e) la exigencia para ello de ciertos criterios objetivos, como la igualdad, la imparcialidad, la reciprocidad, la responsabilidad, la proporcionalidad, la regularidad y la no discrecionalidad, entre otros.

Sin embargo, es igualmente cierto que las teorías expuestas difieren ampliamente en sus perspectivas, métodos y conclusiones, como también se ha tenido oportunidad de advertir.

Para unas, la justicia y el derecho son el resultado de una convención positiva, mientras que para otras son más bien el producto de la reflexión, o bien prudencial sobre la naturaleza concreta de las cosas, o bien racionalista sobre la naturaleza abstracta del hombre.

Para algunas más, el derecho y la justicia son en todo caso el fruto de un acuerdo dialógico regulado, que permitiría transitar procedimentalmente desde cierto subjetivismo individual y material hacia cierto objetivismo común y formal.

Unas parten del pesimismo antropológico que considera que el hombre es el lobo del hombre (*homo homini lupus*), mientras que otras lo hacen desde un exagerado optimismo (*homo homini angelus* u *homo homini amicus*), que piensa que a través de la beneficencia y la filantropía se pueden resolver, espontáneamente, todos los problemas de la justicia desde la ética, sin la necesidad coactiva del derecho.

Algunas son intensamente colectivistas, postulando la común posesión de los bienes o un igualitarismo maximalista. Otras por el contrario parten de un individualismo libertario, que considera que el origen de la desigualdad está exclusivamente en el mérito, la virtud y el esfuerzo, por lo que las diferencias económicas son connaturales a la condición humana y la pobreza misma, únicamente responsabilidad de los pobres.

Las hay que consideran que no existen ni siquiera deberes éticos de asistencia entre los pueblos, mientras que otras postulan verdaderas obligaciones jurídicas de solidaridad para los Estados, los organismos, las organizaciones y las mismas personas.

Incluso para quienes reconocen y parten de la regla de oro, existen importantes diferencias. Para unos, sólo es obligatoria —ética y/o jurídicamente— en su sentido negativo (no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan); mientras que para otros, lo es también —ética y/o jurídicamente— en su formulación positiva (trata a los demás como quieras que te traten), afirmando en consecuencia deberes y/o obligaciones positivas de cuidado respecto del prójimo.

Desde luego no sería posible —tampoco es necesario— presentar aquí todos los dilemas, como tampoco ofrecer soluciones definitivas para todos, debiendo conformarnos con presentar —como se dijo— apenas las líneas generales para una comprensión integradora de la justicia jurídica.

En cualquier caso, cabe mencionar que ya se han realizado varias apreciaciones tangenciales —en ocasiones incluso de manera explícita— sobre

muchas de las referidas cuestiones —y otras más—, con independencia de que en el siguiente capítulo se expondrán las posiciones asumidas respecto de las más relevantes de forma más ordenada.

2. *El panorama filosófico actual*

Conviene recordar aquí, que a partir del siglo XVI, la reflexión sobre la justicia y el pensamiento jurídico, dieron una serie de vuelcos desde nuevas orientaciones filosóficas y científicas, que a su vez propiciaron el desgajamiento del ámbito social en diversas disciplinas, cada vez más desconectadas entre sí.⁴²⁰

Tanto la nueva cosmovisión moderna (*Weltanschauung*), como el espíritu distintivo de cada una de sus etapas (*zeitgeist*), al igual que las diversas concepciones (*weltbild*) propuestas por múltiples corrientes y tendencias, proyectaron sus perspectivas, métodos, divisiones y conclusiones sobre el estudio de la justicia tanto en el ámbito filosófico como en el social, económico, político y jurídico.

Puede recordarse —en apretada sinopsis— cómo en el ámbito filosófico general se sucedieron, entre los siglos XVI y XVII, el racionalismo y el empirismo —así como sus derivaciones naturalistas y utilitaristas—, mismos que inspiraron una centuria después el movimiento —más bien divulgativo, cultural y político— de la Ilustración.

Asimismo, hacia finales de dicho siglo XVIII, los racionalismos y empirismos confluyeron en el giro copernicano planteado por I. Kant con su criticismo, que desembocó tanto en el idealismo como en el positivismo, generando a su vez las reacciones del historicismo, del romanticismo y del vitalismo durante el siglo XIX.

Igualmente, hacia finales de dicha centuria, también se suscitó —como se dijo— una importante reflexión sobre la cuestión social, que a su vez dio lugar al desarrollo de diversas tendencias, así como al surgimiento mismo de varias ideologías.

Por su parte, durante el siglo XX se experimentó una sucesión especialmente abigarrada de nuevos planteamientos: desde el positivismo lógico y la filosofía analítica hasta las escuelas críticas, pasando por el irracionalismo, la fenomenología, los existencialismos, la hermenéutica, el estructuralismo, el constructivismo, las teorías procedimentales y el postmodernismo, entre otras direcciones que sería prolijo siquiera mencionar.⁴²¹

⁴²⁰ Véase *supra* capítulo segundo, apartado III.

⁴²¹ Sobre las direcciones fundamentales del pensamiento filosófico en nuestro tiempo puede verse, con fines esquemáticos, el opúsculo de Beuchot, Mauricio y Sobrino, Miguel

En pocas palabras: el panorama filosófico de la modernidad —que además entró en crisis hacia el siglo XX, provocando la enorme y frecuentemente contradictoria diversidad que ha marcado al pensamiento actual—, resulta abrumadoramente complejo.

Y lo es hasta el punto de que en el presente, según varios estudiosos, no es posible encontrar siquiera un consenso mínimo sobre lo que es la filosofía, sus contenidos, sus problemas, su lenguaje ni sus métodos.⁴²²

Además, cabe apuntar que dicha confusión generalizada no es una circunstancia privativa de la filosofía, sino que abarca todos los demás ámbitos de la cultura, incluyendo por supuesto al derecho y la justicia, evidenciando —como se ha planteado en otras oportunidades— una crisis propia del cambio epocal que vivimos.⁴²³

3. *Las reflexiones jurídicas contemporáneas*

La diversidad y complejidad del pensamiento filosófico general —que también supone una enorme riqueza—, se ha proyectado sobre los campos de la economía, la política, la sociología y la ética.

E igualmente se encuentra presente en la reflexión jurídica de nuestro tiempo, que al menos desde el siglo XIX, ha venido desarrollándose a través de múltiples orientaciones.⁴²⁴

Ángel, *Historia de la filosofía moderna y contemporánea*, México, Torres, 2003, o —entre otras— las obras más extensas de Abbagnano, Nicolás, *Historia de la filosofía*, trad. de C. Garriga y M. Pinotti, vol. 4 (dos tomos), Barcelona, Hora, 1996; Copleston S. J., Frederick, *Historia de la filosofía*, t. IX, trad. de J. M. García de la Mora, Barcelona, Ariel, 1996; Guerrero, Luis y Cavallazzi, Alejandro, *La filosofía del siglo XX*, México, UIA, 2010; Hirschberger, Johannes, *Historia de la filosofía*, trad. de L. M. Gómez, Barcelona, t. 2 (trad. de Luis Martínez) y 3 (trad. de Raúl Gabás), Herder, 2011; Reale, Giovanni y Antiseri, Darío, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, trad. de J. A. Iglesias, Barcelona, Herder, 2004; Urdanoz, Teófilo O. P., *Historia de la filosofía*, t. VIII, 2a. ed., Madrid, BAC, 1998, y Vidarte, Francisco Javier y Rampérez, José F., *Filosofías del siglo XX*, Madrid, Síntesis, 2008.

⁴²² Tal es la conclusión de varios historiadores de la filosofía contemporánea; véase, a manera de ejemplo, desde hace varios años a Ferrater Mora, José, *La filosofía actual*, 4a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1982.

⁴²³ Cfr. Pampillo, *Historia general del derecho...*, *cit.*, capítulo 10.

⁴²⁴ Un panorama general puede verse en Pampillo, *Historia general del derecho...*, *cit.*, capítulos 8 y 9. Pueden consultarse además con provecho respecto de las referidas orientaciones las siguientes obras generales: Aguilera Barchet, Bruno, *Introducción jurídica a la historia del derecho*, Madrid, Civitas, 1994; Atienza, Manuel, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008; *id.*, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; Barberis, Mauro, *Breve storia della filosofia del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 2004; Bernal, Beatriz, *Historia del derecho*,

Entre las principales direcciones generales que ha seguido el pensamiento jurídico contemporáneo —con influencia hasta nuestros días—, pueden destacarse —con sus múltiples variaciones— las cinco siguientes: *i*) el forma-

México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Nostra Ediciones, 2010; Caenegem, Raoul C. van, *An Historical Introduction to Private Law*, trad. de E. E. L. Johnston, Cambridge, Cambridge University Press, 1992; Coing, Helmut, *Derecho privado europeo*, trad. de A. Pérez M., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996; Fassò, Guido, *Historia de la filosofía del derecho*, trad. de J. F. Lorca, 3a. ed., Madrid, Ediciones Pirámide, 1966; Graneris, Giuseppe, *La filosofía del derecho a través de su historia y de sus problemas*, trad. de J. W. Benavente, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1979; Grossi, Paolo, *Europa y el derecho*, trad. de L. Giuliani, Madrid, Crítica, 2007; Hespanha, António Manuel, *Cultura jurídica europea*, trad. de I. Soler y C. Valera, Madrid, Tecnos, 2002; Kaufmann, Arthur y Hassemer, Winfried (coords.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, trad. de G. Robles, Madrid, Debate, 1992; Koschaker, Paul, *Europa y el derecho romano*, trad. de J. Santa Cruz T., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955; Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de E. Gimbernat, Barcelona, Ariel, 1966; Martínez, Juan Antonio, *El conocimiento jurídico*, 3a. ed., Madrid, UCM, 2012; Merryman, John Henry y Pérez-Perdomo, Rogelio, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de E. L. Suárez, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014; Molitor, Eric y Schlosser, Hans, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, trad. de A. Martínez S., Barcelona, Bosch, 1980; Pampillo Baliño, Juan Pablo y Salcedo, Alejandro (coords.), *Filosofía del derecho. Nuevas tendencias y escuelas actuales*, México, Tirant lo Blanch, 2019; Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2a. ed., México, Fontamara, 1999; Recaséns Siches, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963; Rodríguez Paniagua, José María, *Historia del pensamiento jurídico*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1993; Solar Rojas, Francisco J. del, *La ciencia del derecho: del iusnaturalismo al positivismo jurídico*, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2009; Truyló y Serra, Antonio, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*, Madrid, Revista de Occidente, 1975; Vallet de Goytisolo, Juan B., *Metodología de la determinación del derecho*, t. 1, “Parte histórica”, Madrid, Centro de Estudio Ramón Areces-Consejo General del Notariado, 1994; Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, trad. de M. de la Cueva, 2a. ed., México, UNAM, 1982, y Wieacker, Franz, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, trad. de F. Fernández Jardón, Granada, Comares, 2000. Específicamente sobre el pensamiento jurídico angloamericano, pueden verse también las obras de Bix, Brian H., “Legal Philosophy in America”, en Misak, Cheryl (ed.), *The Oxford Handbook of American Philosophy*, Nueva York, Oxford University Press, 2008; Coleman, Jules L., Himma, Kenneth Einar y Shapiro, Scott J. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2002; Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, Nueva York, Clarendon Press, Oxford University Press, 1995; Golding, Martin P. y Edmundson, William A. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishing, 2006; Hanks, Eva H., Herz, Michael E. y Nemerson, Steven S., *Elements of Law*, Cincinnati, Lexis Nexis, Anderson Publishing Co., 1994; Langbein, John H., Lerner, Renée Lettow y Smith, Bruce P., *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institutions*, Nueva York, Aspen Publishers, Wolters Kluwer, 2009; Patterson, Dennis (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, 2a. ed., Oxford, Wiley-Blackwell, 2010, y Gerald J. Postema, “Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World”, *Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 11, otoño de 2011, UNC Legal Studies Research Paper No. 1785428, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1785428>.

lismo, *ii*) el realismo, *iii*) el estimativismo, *iv*) el tridimensionalismo, y *v*) el procedimentalismo junto con las teorías de la argumentación.

Intentando una apretada caracterización general de las mismas, puede apuntarse que el formalismo definió al derecho y a la justicia como formas conceptuales primero y normativas positivadas después. En el ámbito continental del *civil law* partió del legalismo, derivado de la codificación del derecho natural racionalista, consolidándose con la exégesis francesa y la pandectística alemana, hasta llegar al positivismo normativista de H. Kelsen.

Asimismo, tuvo su expresión dentro del *common law* a través del conceptualismo jurisprudencial de Ch. C. Langdell, luego en el iuspositivismo de H. L. A. Hart y de J. Raz, en el positivismo lógico y la filosofía analítica, así como en su característico escepticismo metaético.

Actualmente el formalismo subsiste, si bien a través de los planteamientos —ya bastante matizados— del garantismo, del neoconstitucionalismo y de los positivismos jurídicos incluyentes, entre otros.

Por lo que hace al realismo, puede decirse que fue una reacción contra el anterior formalismo, concibiendo por ello al derecho y a la justicia más bien como realidades sociales.

Su origen se encuentra en las corrientes antiformalistas del siglo XIX que reaccionaron contra el legalismo, como la jurisprudencia de intereses, la escuela del derecho libre y el sociologismo jurídico, entre otras.

Dicha orientación realista se proyectó a su vez durante el siglo XX sobre las escuelas críticas y posmodernas, como el realismo jurídico escandinavo o los *critical legal studies* —que concibieron al derecho como un *fenómeno de fuerza*—, dando lugar también a una gran diversidad de movimientos en el mundo angloamericano (*law & economics*, *law & culture*, *law & religión*, etcétera), que partieron de su característico realismo jurídico (O. W. Holmes, R. Pound, K. Lewellyn).

En lo que toca al estimativismo, éste reivindicó frente a las dos anteriores corrientes el valor axiológico del derecho y la justicia, abarcando dentro de su amplio espectro tanto las aproximaciones neokantianas como los más diversos iusnaturalismos —racionalistas, clásicos, protestantes, católicos, históricos, formales, etcétera—, comprendiendo por igual una gran variedad de planteamientos eclécticos, que tomaron mayor fuerza a partir de la segunda mitad del siglo XX con el reconocimiento de los derechos humanos, como un depósito ético-jurídico de la humanidad.

Sobre el tridimensionalismo jurídico, representado en Iberoamérica por E. García Máynez, W. Goldschmidt y M. Reale, y en el mundo angloame-

ricano por J. Hall y H. Berman, puede decirse que tuvo como principal objetivo conjuntar los planteamientos de las tres anteriores direcciones, para afirmar, según la conocida fórmula Reale, que el derecho es “la integración normativa de hechos según valores”.⁴²⁵

En síntesis, esta dirección comprendió que la justicia y el derecho suponen la suma de las formas normativas, las realidades sociales y los valores éticos.⁴²⁶

Finalmente, por lo que hace a las corrientes procedimentalistas (J. Rawls, J. Habermas) y a las diversas teorías de la argumentación jurídica (desde la tónica de Th. Viehweg y la nueva retórica de Ch. Perelman, hasta las más recientes y completas teorías estándar de N. MacCormik y R. Alexy), puede asumirse que entre ambas direcciones confluyeron para destacar tanto la naturaleza dialéctica del derecho y la justicia como la necesidad de reflexionar sobre las mismas trascendiendo las limitaciones de la sola lógica formal.

En suma y como bien puede apreciarse, todas las anteriores corrientes de pensamiento jurídico han destacado aspectos relevantes del derecho y la justicia, así como de su relación con la sociedad, la política, la economía y, desde luego, con los valores culturales.

Su indudable importancia se encuentra en los diferentes aspectos que destacan.

En contrapartida, sus limitaciones se hallan —desde la perspectiva integradora que se sigue—, precisamente en el olvido o la relegación de las demás dimensiones o ángulos que hacen de lado para enfatizar su propia visión.

De ahí la importancia de la articulación que se intentará entre las diferentes perspectivas, pues como ha destacado E. Cáceres, las teorías jurídicas, con independencia de su valor comprensivo, pueden en realidad

⁴²⁵ Reale, *Teoría tridimensional del derecho...*, cit., p. 98.

⁴²⁶ Una aproximación semejante, intentado articular las anteriores perspectivas en torno a una jurisprudencia general comparada e integrada, puede verse en Flores, Imer B., “La cama o el lecho de Procrustes. Hacia una jurisprudencia comparada e integrada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número conmemorativo del sexagésimo aniversario 1948-2008, México, 2008. En el ámbito angloamericano y de manera reciente, retomando en parte a Berman y Hall, véase a Twining, William, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009. En otro sentido, algunos autores irían añadiendo nuevas dimensiones a las tres originales, configurando nuevas concepciones que han inspirado también —en parte— la teoría integradora y comprensiva que personalmente se sostiene. Cfr. Pampillo, *Filosofía del derecho, teoría global del derecho...*, cit.

ser constitutivas —o destructoras— de las mismas realidades sobre las que reflexionan.⁴²⁷

4. *Las distintas orientaciones del derecho presente*

Adicional a las anteriores direcciones generales del pensamiento iusfilosófico, deben añadirse los nuevos ámbitos tanto materiales como espaciales de los derechos actuales —a los que se hizo referencia desde el primer capítulo—, así como la misma complejidad derivada de sus diferentes principios y relaciones recíprocas.

Asimismo, deben considerarse las diversas direcciones, reflexivas y prácticas, que marcaron las tendencias que también fueron reseñadas desde dicho primer capítulo, es decir: *i)* la estatalización del derecho, en un inicio, y luego la posterior re-constitucionalización de los ordenamientos jurídicos nacionales; *ii)* la socialización del derecho privado y público; *iii)* la privatización del derecho público y social; *iv)* la internacionalización de los derechos nacionales, y *v)* la constitucionalización del derecho internacional.

La riqueza filosófica, conceptual y práctica, que nos ofrecen las relaciones entre los anteriores nuevos ámbitos jurídicos, así como la influencia que sobre los mismos han ejercido las referidas tendencias sociales y orientaciones reflexivas, sumadas a las diferentes escuelas y movimientos filosóficos generales y corrientes jurídicas, es indudable.

Pero para su aprovechamiento correcto y completo, se requiere —como se ha venido reiterando— de perspectiva, orden y método.

II. LA NECESIDAD DE ARTICULAR UNA DIVERSIDAD COMPLEJA

1. *De nuevo los presupuestos*

Dentro del contexto previamente descrito —enormemente variado, intensamente complejo y frecuentemente contradictorio—, conviene en primer lugar tener muy presentes los puntos de partida o presupuestos mencionados desde el comienzo.

Específicamente las actitudes, perspectivas y métodos todavía repetidos en el capítulo anterior: *i)* la actitud de búsqueda y apertura, *ii)* la perspectiva

⁴²⁷ Cfr. Cáceres Nieto, Enrique, *Constructivismo jurídico y metateoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

interdisciplinaria, integradora y jurídica, y *iii*) el método plural, dialéctico (racional, cultural, político y analógico), precomprensivo y práctico.⁴²⁸

2. *La estrategia ecuménica*

Además de los anteriores presupuestos, vale la pena retomar aquí la “estrategia ecuménica” planteada por Th. Pogge.⁴²⁹

Su finalidad —como se recordará— era doble: por un lado, desarrollar una “teoría neutra”, lo que resultaba inviable. Por el otro, configurar, a partir de la consideración de “diversos elementos”, un “discurso universal” y “aceptable para todos”.⁴³⁰

Como en su momento se indicó, resultaría imposible asumir una posición neutra articulando diferentes perspectivas; a lo sumo se tendría una postura sincrética que, por lo mismo, incurriría en las deficiencias propias de todo sincretismo.

Lo que sí resulta plausible es adoptar una postura ecuménica en tanto que posición integradora, que trate de articular —y no sólo de conjuntar— diversas perspectivas, puntos de partida y métodos, para desarrollar a partir de los mismos, argumentos y propuestas que tengan —por lo mismo— mayor aceptabilidad.

Precisamente de ese modo se asume aquí la postura ecuménica, desde el pluralismo epistemológico y la hermenéutica analógica.

En dicho sentido, específicamente respecto de la hermenéutica analógica, baste sólo reiterar que su principal interés es evitar tanto los universalismos univocistas como los relativismos equivocistas, asignándole a cada planteamiento el momento de verdad que le corresponde, así como complementándolo con los demás y atemperándolo con sus mismas críticas.⁴³¹

De ahí que la propuesta específica consista en meditar sobre las obligaciones de justicia, dialogando con las diversas teorías, así como haciéndolas dialogar entre sí.

⁴²⁸ Véase *supra*, capítulo primero, apartado I.

⁴²⁹ Véase *supra*, capítulo quinto, apartado IV.

⁴³⁰ *Cfr.* Pogge, *World Poverty and Human Rights...*, *cit.*, último capítulo, así como Pogge, “Real World Justice”..., *cit.*, p. 37.

⁴³¹ Véase *supra*, capítulo primero, apartado I.

3. *El integracionismo*

Aunado a los anteriores presupuestos conviene retomar aquí la concepción integracionista, es decir: integral, integradora e interdisciplinaria, que desde hace algún tiempo se ha venido sosteniendo.

Fruto de la misma es —como se dijo— la teoría global del derecho —planteada desde hace veinte años—, que ha buscado restablecer la unidad humanística y sociocultural de lo jurídico, a través de una perspectiva transdisciplinaria.⁴³²

Específicamente se piensa que algunas de sus aportaciones (actitud, perspectivas, métodos/crítica de la modernidad-contemporánea/consideración material de los ámbitos antropológico, sociocultural —social, económico, político, histórico y simbólico— y formal jurídico), que han sido expuestas e intercaladas a lo largo de la presente obra, pueden ayudarnos también a la configuración de una teoría jurídica integradora de la justicia.

Una teoría de la justicia que sea capaz de aprovechar la diversidad conceptual de las teorías expuestas, en lugar de limitarse a concepciones unilaterales y reduccionistas, procurando buscar las complementariedades en vez de los supuestos antagonismos.

Se trata de un esfuerzo teórico que pretende, desde los presupuestos anteriormente enunciados, comprender a la justicia desde diferentes perspectivas, a través de distintos métodos, trascendiendo los límites epistemológicos artificiales impuestos a lo sociocultural, así como acudir a una pluralidad de fundamentos, para que con las pretensiones ecuménicas anteriormente referidas, puedan sustentarse mejor y de la manera más ampliamente aceptable los deberes de justicia.

4. *La ontonomía*

Como se adelantó también desde el primer capítulo, la ontonomía es una categoría conceptual que pretende servir de alternativa al dilema planteado entre diversas corrientes de pensamiento, sobre la justificación y el fundamento de la obligatoriedad del derecho y de las obligaciones de justicia.

⁴³² Una primera aproximación a dichas propuestas puede verse en Pampillo Baliño, *Filosofía del derecho. Teoría global del derecho* (2005)..., *cit.*, con sucesivas actualizaciones y modificaciones, de las cuales puede encontrarse una síntesis en “Fundamentos de una teoría global del derecho. Principios de una filosofía jurídica comprensiva” (2018)..., *cit.*

Dicho dilema fue planteado originalmente entre la heteronomía (ley natural objetiva y universal-iusnaturalismos) y la autonomía (contrato social-iuspositivismos), como extremos que la ontonomía pretende asumir dialécticamente desde una concepción iusintegracionista.

Asimismo, la ontonomía busca incorporar también la tercera vía propia del procedimentalismo, que —como también se expuso— quiso ser un intento de recuperación de la objetividad perdida desde una subjetividad objetivamente orientada, a través de las reglas formales del discurso racional, político o cultural.

Se trata del itinerario propuesto desde el criticismo, el neocontractualismo y el constructivismo, que coincidieron en dicho camino procedimentalista (Kant, Rawls, Habermas, Apel).

Para entender mejor la polémica a la que se hace referencia, puede decirse que la heteronomía implicaba la absoluta sumisión —del individuo y de la comunidad— a una ley natural objetiva, universal y eterna, asentada en la misma naturaleza del hombre, de la sociedad y de las cosas, que identificaba los bienes —particulares y comunes— que estaban en juego dentro de la dinámica de la convivencia.

Por su parte, la autonomía pretendía una absoluta independencia respecto de dicha ley —incluso negándola—, reivindicando en contrapartida la subjetividad, individualidad y temporalidad de cada persona y comunidad, que sólo se obligarían o a su propia norma moral (imperativo categórico), o a lo expresamente acordado con los demás (contrato social).

Para tratar de resolver el anterior dilema, el procedimentalismo propuso un diálogo para el compromiso, postulando una especie de autonomía heterónomamente orientada para la identificación y la determinación de los bienes y principios de la convivencia.

Sin embargo, al estar lastrado dicho camino procesal por el criticismo y el dualismo metódico kantianos, no podía desde sus reglas formales descender a la realidad concreta, más allá de principios demasiado generales y abstractos, incapaces de ordenar la convivencia social a través del derecho y la justicia.

De ahí que la ontonomía y el iusintegracionismo busquen precisamente superar los anteriores antagonismos, reconociendo que el derecho y la justicia se encuentran presentes, a la vez:

- a) en la heteronomía de la naturaleza —humana, social y de las cosas—, como estructura de la realidad;
- b) en la autonomía subjetiva, a través de la conciencia del deber, de las intenciones, de los pactos y del contrato social, y

- c) en el diálogo, que no debe ser meramente intersubjetivo, sino que además debe ser interdependiente, extendiéndose a la misma estructura de la realidad o naturaleza de las cosas, en su dimensión tanto material (sociocultural) como formal (jurídica).

Así pues, ni absoluta dependencia ni absoluta independencia como tampoco diálogo meramente intersubjetivo que prescinda de la estructura realidad. Más bien interdependencia entre el hombre y las cosas, así como al interior de la sociedad entre sus miembros, grupos e instituciones, a efecto de identificar y definir los bienes comunes que sustentan la convivencia social.

En definitiva: tanto el derecho como la justicia se justifican, fundamentan y son a la vez: *i)* razón, voluntad y diálogo; *ii)* naturaleza, consenso y compromiso; *iii)* principio racional objetivo y externo, norma directriz pactada entre personas y regla procedimental para el acuerdo; así como *iv)* razón práctica (ético-jurídica), razón práctica (político-económico-sociocultural) y razón comunicativa (sociocultural-jurídica).

De ahí que la autonomía y el iusintegracionismo, además de permitirnos establecer un diálogo entre las diferentes teorías y concepciones sobre la justicia, nos anticipa algunos de los fundamentos de los deberes de justicia a los que se hará referencia en el capítulo décimo, específicamente: el acuerdo, el compromiso, el debate y la deliberación.

III. LA INJUSTICIA COMO LUGAR DE REFLEXIÓN

1. *Una vía tradicional de actualidad*

La consideración de la injusticia concreta como experiencia vital y lugar de encuentro para reflexionar sobre la justicia, ha sido una vía tradicional que encontramos sobre todo entre los pensadores antiguos y medievales, como Aristóteles y Tomás de Aquino, aunque también en algunos modernos, como G. W. Leibniz. E igualmente se halla presente en los mejores juristas de las mismas épocas, como Ulpiano y Bártolo, o bien von Ihering, respectivamente.

Aunque dicha vía fue relegada durante bastante tiempo, por fortuna ha venido siendo retomada últimamente cada vez por más estudiosos tanto en el ámbito de la filosofía —ética, social política y económica— como en el del derecho. En lo particular, se retoman aquí algunos de los planteamientos

propuestos por M. Villoro Toranzo, P. Ricoeur, G. Zagrebelsky, L. Villoro, M. Reyes-Mates, Th. Pogge, R. Shklar y N. Bilbeny.⁴³³

La vía de la injusticia ofrece —como se verá—, varios beneficios para la reflexión integradora que aquí se pretende.

2. *Las ventajas de reflexionar desde lo injusto*

El valor de la injusticia como punto de partida y referente continuo para la meditación sobre la justicia reside tanto en la multiplicidad de sus diversas concreciones cuanto en inclinarnos espontáneamente hacia el realismo, propiciando además que nuestra atención se concentre en los posibles caminos para su solución.

Además, su consideración resulta frecuentemente indignante y hasta dolorosa, convocando por ello, junto a nuestra racionalidad, a la emotividad, detonada naturalmente por la empatía, que a su vez nos compromete a la acción.

A. *Reconducir desviaciones epistémicas*

Sumado a lo anterior, uno de los propósitos específicos para fijar nuestra atención en la injusticia como sitio adecuado para meditar sobre nuestro tema, es reencauzar al pensamiento contemporáneo sobre la justicia.

Reflexionar a partir de las injusticias concretas, nos permitirá superar —desde un punto de vista filosófico— las limitaciones epistemológicas —se insiste, enteramente artificiales—, impuestas a la inteligencia por los diferentes racionalismos, empirismos, criticismos y procedimentalismos, entre

⁴³³ Cfr. Villoro Toranzo, Miguel, *La justicia como vivencia*, México, Jus, 1979, reeditado por Porrúa en 2013; Ricoeur, Paul, “Le juste entre le légal et le bon”, publicado como “Lo justo, entre lo legal y lo bueno”, en Ricoeur, Paul, *Amor y justicia*, trad. de T. D. Moratalla, Madrid, Caparrós, 1993, p. 36; Zagrebelsky, Gustavo, “La idea de justicia y la experiencia de la injusticia”, en Zagrebelsky, Gustavo y Martini, Carlos María, *La exigencia de justicia*, trad. de M. Carbonell, Madrid, Trotta, 2006. Villoro, Luis, *Los retos de la sociedad por venir. Ensayos sobre justicia, democracia y multiculturalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007; Pogge, *World Poverty and Human Rights...*, cit., Reyes-Mate, Manuel, *Tratado de la injusticia*, Barcelona, Anthropos, 2011; Shklar, Judith, *Los rostros de la injusticia*, trad. de A. García Ruiz, Barcelona, Herder, 2013, y Bilbeny, Norbert, *Justicia compasiva. La justicia como cuidado de la existencia*, Madrid, Tecnos, 2015.

otras corrientes de pensamiento modernas y contemporáneas que ya han quedado expuestas.⁴³⁴

A manera de ejemplo: la experiencia de la injusticia enfrenta al racionalismo abstracto con su realidad empírica concreta, obligándolo a matizar su universalismo a partir de sus circunstancias particulares.

Al empirismo, le intima a reconocer que la vivencia de lo injusto trasciende lo exterior tangible, pues se traduce internamente en un rechazo —personal y social— de lo indebido, considerado precisamente de acuerdo con ciertas ideas, sentimientos, principios y valores.

Al criticismo le fuerza a superar el falso dilema postulado por el dualismo metódico, que se debate entre un deber (*sein*) nouménico, apriorístico y formal-universal y un ser (*sollen*) fenoménico aposteriorístico y material-singular, pues en la injusticia concreta se halla tanto el sentido apriorístico universal de rebelión ante la arbitrariedad como el acontecimiento injusto singular objeto de repulsa, ambos indisolublemente vinculados entre sí.

De hecho, en el último sentido, la injusticia concreta también evidencia la falacia misma de la supuesta falacia naturalista.⁴³⁵

Por lo que hace al procedimentalismo como expresión criticista de un escepticismo que requiere del acuerdo —contrato social— como único medio para fundar los deberes, le recuerda que si el procedimiento dialógico es puramente formal, sus principios no podrán proveer fundamentos concretos, mientras que si es material, resultará contradictorio con la epistemología kantiana del imperativo categórico formal abstracto.

En realidad, como ha observado a dichos respectos el iusfilósofo Miguel Villoro Toranzo, la “naturaleza vivencial” —experiencia fáctica, reacción psicológica e impulso racional y emocional—, que nos suscitan tanto la justicia como la injusticia, nos descubre la presencia tanto de un criterio intelectual como de una pulsión emotiva.⁴³⁶

⁴³⁴ Sobre dichas corrientes y su crítica, que apenas se insinúa en el siguiente párrafo, me he ocupado más en extenso en *Filosofía del derecho...*, cit., e *Historia general del derecho...*, cit.

⁴³⁵ Específicamente sobre la falacia naturalista, es decir, sobre el argumento según el cual es supuestamente imposible derivar del ser el deber ser y la misma falacia que encierra, véase a Saldaña, Javier, *Derecho natural, tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

⁴³⁶ En su interesante monografía *La justicia como vivencia*, Villoro Toranzo sostiene: “la justicia como vivencia”, “como reacción psicológica, más conectada con el sentimiento y la emotividad que con la razón”, permite entender que “la formulación de lo justo no se hace por un proceso puramente lógico-discursivo sino desde la integridad de la personalidad total por medio de las vivencias de Justicia... [que] el acercamiento a lo justo es evidentemente algo relativo: cada individuo se aproxima a lo justo desde su propia personalidad... Desde su propia cultura... [pero] para que el desvelamiento de lo justo no incurra en errores

Más aún, nos muestra que dichos referentes, cuando la “personalidad” —individual de los hombres o colectiva de las sociedades— es “madura”, se traduce en un “equilibrio”, que permite destacar —más allá de la aparente diversidad de parámetros— la verdadera convergencia y afinidad de los diferentes criterios de justicia seguidos por los hombres y las comunidades pasados y presentes.⁴³⁷

subjetivos, la personalidad humana tiene que estar equilibrada y la cultura... construida sobre dimensiones humanas [solo así] se pueden encontrar criterios objetivos de lo justo”. Villoro Toranzo, *La justicia como vivencia...*, cit., pp. XXI, XXIII y XXIV. Por ello, considera que “la Justicia” es el gran “impulso vital” incluso “el gran criterio de la integración de la personalidad. *Ibidem*, p. 19. De hecho, según Villoro Toranzo, las “vivencia de justicia” van atravesando las distintas edades y fases del desarrollo de la personalidad, explorando, entre muchas otras, tanto las motivaciones de la obediencia ciega al superyó infantil como del espíritu crítico y rebelde del adolescente. *Ibidem*, pp. 20 y ss.

⁴³⁷ En efecto, para el padre Villoro el sano desarrollo de la personalidad individual permite equilibrar todas las tendencias integradoras de la vivencia de la justicia, de donde deriva que el sentido ético y de justicia se alcanza a través de la “integración de la personalidad”, observando que a la postre el fracaso moral origina una desintegración mental y emocional. *Ibidem*, pp. 20-25. De ahí que —según el autor citado— “desde el punto de vista de la psicología la virtud no es más que la actitud del hombre que se esfuerza por integrar su personalidad tratando que el factor voluntad controle y jerarquice las energías de los factores herencia y medio ambiente”, observando que “la integración de todas las tendencias humanas de acuerdo con un orden y jerarquía... en psicología se llama madurez de la personalidad [y] en moral, el bien humano...”, *ibidem*, p. 26. Lo anterior lo afirma también —análogicamente, como lo hiciera en su momento E. Fromm— respecto de las sociedades y culturas, que igualmente transitan un proceso de desarrollo. *Cfr. Ibidem*, p. 27. Por eso dice “todo hombre —y toda cultura— en forma más o menos consciente y más o menos explícita, aspira a una Justicia absoluta... reclama imperiosamente que lo justo sea aplicado”. *Ibidem*, p. 30. Aunque también observa: “Lo que una generación proclamó justo, la siguiente puede ya no considerarlo así... [por donde] nuestra experiencia personal parece confirmar este relativismo de lo justo”. *Ibidem, loc. cit.* Sin embargo, también advierte “algo en el fondo de nuestra consciencia se niega a aceptar el relativismo de lo justo”, *ibidem*, p. 31. De ahí que puntualice: “Las vivencias de justicia son fenómenos subjetivos: brotan de la integridad de la personalidad y hay tantas personalidades cuanto individuos humanos; están moldeadas por la cultura y el medio ambiente cultural, además de variar incesantemente, afectando diferentemente a cada persona...”, *ibidem*, p. 165. Por ello, destaca: “No debemos extrañarnos, por lo tanto, que existan tantas y tan diferentes definiciones, teorías y formulaciones de los derechos y deberes del ser humano. Es absolutamente normal que éstos sean explicados diferentemente por un miembro de una cultura agraria y por otro de una urbana, por el esquimal, el habitante de las estepas o el pescador de los Mares del Sur, por el medieval o el hombre de la Ilustración, etc., etc... Ni siquiera entre dos contemporáneos de la misma cultura podrá darse identidad de puntos de vista...”, *ibidem*, p. 166. Pero a pesar de ello, Villoro Toranzo rechaza categóricamente el “agnosticismo valoral” afirmando: “Que hay una diversidad inmensa en las opiniones sobre lo que es justo, no hay la menor duda... Que en parte se explica la diversidad por intereses contrapuestos, lo reconocemos sin dificultad. También admitimos que las vivencias de justicia están cargadas

B. *Centrarse en la problemática y su reconducción*

Pero además, en términos menos filosóficos y más bien jurídicos, reflexionar sobre la injusticia concreta nos permite también superar la reiterada generalidad de algunas de las principales teorías sobre la justicia, particularmente la de Rawls y las más apegadas a su pensamiento.

Lo anterior en virtud de que dichas teorías fueron formuladas con escasa o nula consideración de los principios, normas, instituciones y procedimientos concretos desarrollados por el derecho, tanto a nivel nacional como internacional y comparado.

La consideración de la justicia desde la injusticia concreta tiende pues, naturalmente, a identificar tanto el agravio particular como el remedio preciso para evitarlo, compensarlo y sancionarlo a través del derecho.

Le devuelve a la justicia su sentido eminentemente práctico, dirigido menos a la especulación filosófica o científica y más a la solución prudencial de los problemas sociales que le corresponde enfrentar y reencauzar.

De hecho, esa fue una de las principales virtudes de la teoría clásica: su continua referencia a bienes concretos —tanto particulares cuanto comunes—, dentro de las relaciones particulares, reflexionados desde la *philosophia practica* y juridizados a través de reglas, instituciones y procedimientos concretos.

de emotividad... Pero describir la historia de las vivencias de justicia como si todo fuera caos, arbitrariedad, diversidad, subjetivismo emotivo e interesado, es falsear el cuadro. En medio de la diversidad aparecen líneas maestras comunes, que se repiten una y otra vez. Las diversas vivencias de justicia se asemejan mucho más a variaciones de los mismos temas que a melodías totalmente diferentes. Por eso, cuando leemos autores de otros tiempos y de otras culturas, generalmente descubrimos en sus pensamientos ecos del nuestro. Ni Confucio, ni Platón, ni los proverbios africanos, árabes o sudasiáticos nos son totalmente extraños. Para seguir la comparación podemos decir que cambian los instrumentos musicales y el tono pero se sigue reconociendo el tema... La impresión es de complementariedad y variación, no de oposición y menos de contradicción. Y esto también debe ser subrayado: aunque varían las sensibilidades artísticas y los grados de emotividad, hay coincidencia en lo racional. Todos entienden el valor y la importancia, por ejemplo, de la solidaridad social, de la autoridad responsable, de la libertad individual, de la necesidad de oponer el derecho a la fuerza y a la arbitrariedad. Ya escuchamos a los positivistas jurídicos alegar: esas coincidencias se dan en un plano muy general y son insuficientes para establecer soluciones a problemas muy concretos. De acuerdo. Nos basta esa concesión de una coincidencia en lo general. Es a partir de ella como podemos entender al ser humano y a la esencia objetiva de los derechos y deberes". *Ibidem*, p. 168.

C. *Tener en cuenta la injusticia social*

Además de lo anterior y en tercer lugar, la reflexión desde la injusticia permite subsanar una limitación autoimpuesta por Rawls respecto de sus planteamientos.

De hecho, según sus propias palabras, su teoría fue pensada para las “sociedades bien ordenadas”; es decir, para las sociedades contemporáneas, democráticas y económicamente desarrolladas, excluyendo por ende su aplicabilidad a cualquier otro tipo de comunidades.⁴³⁸

De ahí que tanto por su abstracción cuanto por su mismo contexto, objeto y finalidad —explícitos en Rawls, e implícitos en la mayoría de sus seguidores—, sus teorías resulten, por lo menos, parcialmente inadecuadas para comprender la injusticia concreta que supone la pobreza, la desigualdad, la opresión, la marginación y la exclusión.

Injusticias que subsisten incluso en las sociedades prósperas, pero que desgraciadamente imperan, de manera más o menos generalizada, en aquellas que no han alcanzado todavía los niveles de desarrollo y bienestar necesarios para garantizar una existencia digna entre sus miembros.

Mientras que desde algunas teorías modernas, la miseria humana es considerada una desgracia fortuita, de la cual sólo cabe lamentarse, desde la meditación a partir de la injusticia las cosas se ven de un modo completamente distinto.

Se advierte que en muchos casos dicha miseria es el resultado de un orden social injusto, llevándonos a reconocer que detrás de la apariencia supuestamente accidental del infortunio, existen causas de las que somos quizás —al menos parcialmente— o bien responsables o al menos beneficiarios.

Y así, se nos presentan con mayor claridad los deberes éticos y las obligaciones jurídicas, que dentro de la convivencia social tienen los más prósperos para con los más desfavorecidos —desde la lógica del bien común—, así como sus propios alcances y limitaciones.

IV. INJUSTICIA, COMPASIÓN Y DERECHO

1. *Una teoría de la injusticia como exclusión*

Desde la anterior pretensión de partir de la injusticia concreta, resultan ilustrativos los planteamientos del filósofo mexicano Luis Villoro —hermano del

⁴³⁸ Rawls, *Teoría de la justicia...*, *cit.*, pp. 21 y ss.

jurista Miguel Villoro Toranzo, anteriormente citado—, que a su vez le permitieron proponer algunos caminos para complementar —al igual que aquí se pretende— las teorías contemporáneas de la justicia con la clásica.⁴³⁹

El objetivo de L. Villoro fue definir “una vía negativa hacia la justicia”; es decir, “partir de la percepción de la injusticia real para proyectar lo que podría remediarla”.⁴⁴⁰

Dicho proyecto retoma en cierto sentido —aunque matizadamente— algunos elementos de la filosofía latinoamericana crítica y liberacionista, que —más allá de algunos excesos—, ha contribuido a rescatar una tradición liberadora.

Tradición liberadora que se ha proyectado también, con interesantes planteamientos y sugerencias —rescatables excluyendo algunos radicalismos—, en el ámbito del derecho y en lo particular en el de los derechos humanos.⁴⁴¹

⁴³⁹ En tal sentido, su punto de partida es la descripción y posterior contrastación de la teoría clásica aristotélico-tomista, que denomina —con buen tino— como teleológica, y la más representativa del paradigma moderno, la rawlsiana, a la que llama —con igual pertinencia— deontológica, destacando que la primera propone fines comunitarios concretos, mientras que la segunda plantea más bien deberes individuales abstractos. *Cfr.* Villoro, *Los retos...*, *cit.*, pp. 84 y ss. Lo interesante del planteamiento de Villoro es que —según observa—, sus características y diferencias —que ubica en los sujetos, el orden normativo, el tipo de asociación y los conceptos de deber y de fin que postulan—, en realidad son —como él los expone— perfectamente complementarios entre sí. *Ibidem*, pp. 105 y ss.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 16.

⁴⁴¹ En general, sobre dicha corriente de pensamiento pueden verse las obras de Cerutti Guldberg, Horacio, *Filosofía de la liberación latinoamericana*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2006, y Dussel, Enrique, *Filosofía de la liberación*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011. Un panorama general sobre la historia del pensamiento latinoamericano, encuadrando dentro del mismo a la filosofía de la liberación, así como a otras corrientes críticas del tipo filosofía decolonial, puede verse a Beorelgui, Carlos, *Historia del pensamiento filosófico latinoamericano*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2010, y a Dussel, Enrique, Mendieta, Eduardo y Bohórquez, Carmen (eds.), *El pensamiento filosófico latinoamericano del Caribe y latino (1300-2000)*. *Historia, corrientes, temas y filósofos*, México, Siglo XXI-CREFAL, 2009. Sobre la proyección de las anteriores filosofías en el ámbito de la reflexión jurídica, véase a Correas, Óscar, *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*, México, Fontamara, 1999; Cabo Martín, Carlos de, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Madrid, Trotta, 2014; Torre Rangel, Jesús Antonio de la, *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas*, México, Escuela Libre de Derecho-Miguel Ángel Porrúa, 1992; Sousa Santos, Boaventura de, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, trad. de C. Lema, Bogotá, ILSA, 2009, y Wolkmer, Antonio-Carlos, *Teoría crítica del derecho desde América Latina*, trad. de A. Rosillo, México, Akal, 2017. Sobre su proyección específicamente en el ámbito de los derechos humanos, reivindicando desde dicha perspectiva a la tradición latinoamericana desde las polémicas indianas, véase a Torre Rangel, *Tradición iberoamericana de derechos humanos...*, *cit.*

L. Villoro propone como su vía negativa el siguiente itinerario de tres pasos: *i)* la “experiencia de la exclusión”, *ii)* la “equiparación con el excluyente”, y *iii)* el “reconocimiento del otro”.⁴⁴²

Se transcriben tres ejemplos de dicha ruta que presenta el propio Villoro para describir mejor su procedimiento:

Las Casas experimenta la exclusión en la opresión de sus prójimos los indios, porque ellos son diferentes a las variantes aceptadas en la comunidad consensuada de españoles. Comprende que la injusticia del régimen colonial descansa en el interés particular, no generalizable, de los dominadores. Entonces discrepa: tan sujeto moral es el indio como el español; debe exigir el mismo reconocimiento como miembro igual en la asociación... El indio, al igual que todo hombre, es hijo de Dios, sujeto a la ley natural y a los designios divinos. Todos los hombres, por lo tanto, tienen los mismos derechos universales básicos... Las Casas incorpora en la idea del sujeto moral digno de justicia una diferencia racial y cultural que lo distingue; ésta es el origen de su exclusión en la sociedad novohispana... La nueva noción de justicia será más racional, porque ampliará el círculo de las diferencias admitidas; consistirá en la no-exclusión del rasgo identitario...

Más tarde, Locke experimentará otra forma de exclusión: la intolerancia religiosa. Ella lo llevará a precisar otro aspecto de la injusticia, que durante mucho tiempo estaba oscurecido. Proyectará entonces un nuevo sujeto moral que incluirá la virtud de la tolerancia; ampliará así el círculo de las diferencias que no deben ser objeto de repudio...

Los revolucionarios del siglo XVIII experimentan la exclusión del tercer Estado respecto del poder político. Esa experiencia se acompaña, en la reflexión, de la construcción de un agente moral nuevo: el sujeto universal de “derechos humanos”, que incluye las exigencias de equidad de los miembros de aquel Estado. Su nueva idea de justicia abarcará los derechos individuales de todo ciudadano; sin embargo, permitirá aún la exclusión de grupos con diferencias económicas y culturales; ellas darán lugar a nuevas exclusiones... y a nuevas disrupciones posteriores frente a una sociedad injusta. Cada experiencia de exclusión de una diferencia determinada en un aspecto de las relaciones sociales, permite oponer a la comunidad de consenso una idea del sujeto moral que no rechaza esa diferencia específica en ese aspecto particular.⁴⁴³

El anterior camino hacia la justicia desde la injusticia esbozado por Villoro presenta cuatro grandes aciertos; aunque también se muestra perfectible en un aspecto en particular.

⁴⁴² Cfr. Villoro, *Los retos...*, cit., p. 20.

⁴⁴³ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

A. *Complementación, concreción y remediación*

El primer acierto de la teoría de L. Villoro se encuentra en que permite —como lo explica de manera extensa y convincente en su obra— conciliar a su manera la teoría clásica de la justicia con los planteamientos contemporáneos, objetivo que también se comparte dentro de la presente obra, aunque se haya desarrollado aquí de manera distinta a como lo propuso el referido autor.

El segundo planteamiento, igualmente atinado, se halla —como se dijo— en proponer una reflexión sobre la justicia desde lo concreto, desde las injusticias particulares; lo que se aviene perfectamente con la naturaleza de la experiencia jurídica como el mejor punto de partida para la iusfilosofía, siendo el derecho una realidad inserta en la vida social humana.

El tercer acuerdo reside en la concepción —bastante jurídica, por cierto— de que los derechos se van configurando desde el conflicto y la polémica como verdaderas conquistas, que se consolidan por la vía pretoriana, es decir, a golpe de sentencias.

Así lo entendieron los romanos —con su procedimiento formulario—, los angloamericanos —con sus *writs* y *remedies*— y los contemporáneos con la judicialización de los derechos humanos. E igualmente lo han entendido así infinidad de estudiosos, entre los cuales se destacan, en el ámbito continental, R. von Ihering con su famosa obrita *La lucha por el derecho*, y en el del *common law* R. Dworkin con *Los derechos en serio*, donde concibe a los derechos —al igual que a la justicia— como “triunfos frente a las mayorías”.⁴⁴⁴

La historia de la justicia y de los derechos, para bien y para mal, es la interminable historia —que en su momento se ilustró con la mitología de Hesiodo—, de la lucha —*pólemos*— entre *Themis* (la justicia), su hija *Dike* (el derecho) y sus hermanas (*Eriene*, la paz y *Eunomia*, el buen orden), en contra de sus divinas opositoras (*Eris*, la litigiosidad, *Hybris*, la desmesura, y *Bía*, la fuerza).

La historia de la justicia es pues la historia de su eterno combate contra la injusticia, a través de la cual la primera perfecciona sus instrumentos de prevención, sanción y reparación contra la segunda.

B. *De la lucha social al amor social*

El cuarto acierto de L. Villoro se encuentra en los presupuestos críticos y liberacionistas de su planteamiento.

⁴⁴⁴ Véanse Rudolf von Ihering, *La lucha por el derecho*, trad. de A. Posada, 2a. ed. facsimilar, México, Porrúa, 1989, y Dworkin, *Los derechos en serio...*, cit.

Dichos presupuestos —evitando como se dijo ciertos excesos— nos mueven a meditar —y a tomar partido y tomar acción— sobre las injusticias que sufren precisamente los más débiles; los que son, en definitiva, los más necesitados de la justicia

Asimismo, el pensamiento crítico y liberacionista nos recuerda la continuidad de la lucha social por el reconocimiento, la participación y la igualdad de los excluidos.

Si la historia del derecho y la justicia es la historia de una brega eterna por la conquista y la reconquista de la dignidad, la libertad y la igualdad, dicha pugna adquiere su dimensión más dramática —muchas veces trágica—, cuando se trata de los más oprimidos y relegados.

Por eso, siendo esencial a la justicia la alteridad, conviene siempre meditar sobre la misma desde el otro y, precisamente, “poniéndose en su lugar”, como recomendaba G. W. Leibniz.⁴⁴⁵

El reconocimiento del otro desde una racionalidad vital y dialéctica es en dicho sentido el fundamento de una “justicia cordial”, que como parte de una “ética cordial”, constituye según A. Cortina, la piedra angular de la convivencia en nuestras sociedades pluralistas que exigen la consideración integral de una diversidad de pensamientos, sentimientos y religiosidades.⁴⁴⁶

En efecto, cuando nos detenemos en la consideración del otro como un tú, la empatía y específicamente la “compasión”, nos mueven a la “indignación” y, por ende, a exigir justicia para la víctima; aunque igualmente —como observa N. Bilbeny—, a reclamar “consideración” y “trato humano” para el agresor.⁴⁴⁷

Dicha natural —humana y necesaria— empatía y consideración de los demás, indispensable para tratar de encontrar la justicia en sociedad, así como para atemperar su conflictividad, se vuelve siempre más intensa y apremiante frente al otro más débil, de quien somos —al menos en cierto sentido—, responsables.

Para enfrentarlo, E. Lévinas propone la experiencia radical del “cara a cara”; en esa línea, J. C. Scannone plantea su “método analéctico” —que a diferencia de otros autores, prescinde de la influencia marxista y del concepto de “lucha de clases”, que no abonan a nuestro propósito—, mismo que

⁴⁴⁵ Cfr. Rile, *Leibniz Universal Jurisprudence. Justice as the Chanty of the Wise...*, cit., *passim*, y Berkowitz, *The Gift of Science. Leibniz and the Modern Legal Tradition...*, cit., *passim*.

⁴⁴⁶ Cfr. Cortina, Adela, *Justicia cordial*, Madrid, Trotta, 2010.

⁴⁴⁷ Cfr. Bilbeny, *Justicia compasiva...*, cit., p. 172.

nos lleva a encarar al pobre y al oprimido, particularmente desde nuestra responsabilidad para con él.⁴⁴⁸

Sólo desde la empatía del ponerse en el lugar del otro y de la compasión del cara a cara, que nos hace conscientes de nuestra responsabilidad, es posible anticipar y revertir —al menos suavizar— el ciclo agónico de la justicia y el derecho como lucha social a partir de la consideración del bien común.

Además de la compasión, no debe perderse de vista que el derecho y por ende la justicia es medida y proporción “entre personas y cosas” —*realis et personalis hominis ad hominem proportio*— según la célebre definición de Dante.⁴⁴⁹

De ahí que la consideración del otro y la especial consideración respecto del débil (pobre u oprimido), no deba desvirtuar los derechos del fuerte (rico o poderoso), ni relevar al primero de sus deberes y obligaciones.

Como bien aconsejaba Don Quijote a Sancho Panza para la administración de la justicia en su ínsula; primero: “procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico como por entre los sollozos e importunidades del pobre”; e igualmente: “hallen en ti más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia que las informaciones del rico”.⁴⁵⁰

Así pues, la injusticia puede mover —y habitualmente nos mueve— a compasión. Además, nos insta también a responsabilizarnos —a veces solo éticamente; otras, tanto ética como jurídicamente— con el otro, y a procurar siempre, a toda persona, un trato digno.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ Cfr. Lévinas, Emmanuel, *Ética e infinito*, trad. de J. M. Ayuso, Madrid, A. Machado Libros, 1991, y Scannone, Juan Carlos, “La liberación latinoamericana. Ontología del proceso auténticamente liberador”, publicado originalmente en *Stromata*, núm. 27, 1972, y posteriormente reeditado en Scannone, Juan Carlos, *Teología de la liberación y praxis popular. Aportes críticos para una teología de la liberación*, Salamanca, Sígueme, 1976.

⁴⁴⁹ Alighieri, Dante, *De Monarchia*, lib. II, cap. V, I. Se recomienda la versión de Nicolás González Ruiz (trad.), *Obras completas de Dante Alighieri*, Madrid, BAC, 2002.

⁴⁵⁰ Otros de sus famosos consejos relacionados con lo expuesto son: “cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente, que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo”; “al que has de castigar con obras no trates mal con palabras”, y “al culpado que cayere debajo de tu jurisdicción considérale hombre miserable, sujeto a las condiciones de la depravada naturaleza nuestra, y en todo cuanto fuere de tu parte, sin hacer agravio a la contraria, muéstratele piadoso y clemente”, Cervantes, Miguel de, *Don Quijote de la Mancha*, Barcelona, Instituto Cervantes-Editorial Crítica, 1998. Disponible en: <https://cvc.cervantes.es/literatura/clasicos/quijote/edicion/default.htm>, segunda parte, cap. XLII, “De los consejos que dio don Quijote a Sancho Panza antes que fuese a gobernar la ínsula, con otras cosas bien consideradas”.

⁴⁵¹ Como expone el propio Bilbeny en su *Justicia compasiva*: “esto no significa identificar la justicia con la compasión ni que haya de ser sustituida por ésta. Porque la compasión

Pero la justicia jurídica y el derecho son, ante todo —y como se expuso—, medidas de comportamiento, que establecen obligaciones estrictas en virtud de su especial relevancia para preservar, subsidiariamente, la convivencia social. Por ello, constituyen el piso firme, pero bajo e inferior, indispensable para sostener el edificio social. Piso que —debe reconocerse—, está muy lejos de ser su techo o pináculo...

De ahí lo acertado de la célebre definición del derecho propuesta por Miguel Villoro Toranzo como “el mínimo de amor exigido en sociedad”.⁴⁵²

Mínimo de amor objetivado en medidas de justicia, que de no incluir a partir de la reflexión compasiva los mínimos vitales, abandonaría la conflictividad a una permanente lucha social, cuyos solos costos económicos —más allá de los invaluable humanos—, superarían ampliamente el precio del Estado social de derecho.

De ahí que el dilema entre justicia social como lucha social y la justicia social como amor social, sólo pueda serlo, en la realidad práctica, sobre los alcances, los límites y los tiempos, pues a nivel conceptual, debiera resultar absurdo inclusive plantearlo.

Los graves peligros y los elevados costos de la lucha social hacen que más allá de las motivaciones éticas, desde un punto de vista económico y social, sea preferible concebir a la justicia como amor social, aunque acabe haciéndose desde la perspectiva de un amor interesado, cuando no sea posible hacerlo desde un amor benevolente.

sola, o el dejarse influir por ella, o un mal uso de ella, pueden anular la justicia o torcer su sentido racional, imparcial e imperativo. La propia equidad puede salir perjudicada al calor del sentimiento de compasión... Justicia compasiva es justicia con compasión; no bajo ésta, ni en lugar de aquélla. No es justicia «como» compasión... Justicia, en cambio, «con» compasión, no altera la identidad de lo que es proceder de modo justo, porque el sentimiento no determina este proceder... Justicia compasiva es aquella que indica un modo: el modo de una justicia no cruel ni inhumana, sino que es considerada y cuidadosa con todos los seres. Pero no indica por ello un modo de justicia adaptativa ni concesiva. Porque ambos extremos, crueldad y blandura, contradicen el cuidado existencial que tiene a su cargo la justicia”, *cit.*, pp. 176 y 177.

⁴⁵² Villoro Toranzo, *La justicia como vivencia...*, *cit.*, p. 35. En el mismo sentido y desde el mismo espíritu cristiano —citado por Villoro— Luypen, William A., *Fenomenología del derecho natural*, trad. de P. Martín, Buenos Aires, Ediciones Carlos Lolh e, 1968. Son semejantes las reflexiones de Ricoeur, Paul, *Amor y justicia...*, *cit.*, y Nussbaum, Martha C., *Political Emotions. Why Love Matters for Justice*, Massachusetts, Cambridge University Press, 2013.

2. *Las otras partes del todo*

Finalmente, sobre la injusticia concreta y regresando a la exposición de Luis Villoro, el aspecto perfectible de su teoría se encuentra en su concepción de la justicia como no-exclusión, que aunque parcialmente correcta, resulta por lo mismo fragmentaria y limitativa.

En efecto, si percibimos a la exclusión como una injusticia es porque sentimos que la misma nos priva de algo, específicamente de un bien que nos corresponde.

En el caso concreto, se nos priva del bien que consiste en ser considerados integrantes plenos de una comunidad; de ser incluidos, en pie de igualdad dentro de la misma, como sus demás miembros, reconociéndonos la misma dignidad y libertades que a los demás.

La inclusión es pues un bien, conquistado por los excluidos como un derecho, al que le corresponde a su vez un deber general de justicia a cargo de los excluyentes originarios.

Pero —se insiste—, L. Villoro confunde la parte con el todo, pues son los bienes sociales que nos corresponden, a los que tenemos derecho, los que constituyen el objeto general de la justicia.

En efecto —retomando aquí un aspecto de la doctrina clásica—, “el objeto de la justicia es el derecho”, y el objeto del derecho es una conducta —dar, hacer o no hacer—, orientada a respetar, proteger y satisfacer un bien debido como parte del bien común.

Así, ciertamente la no-exclusión es una conducta referida a un bien debido y, como tal, un criterio de justicia, un principio formal de la misma.

Pero no es el único bien debido, pues alterna con muchos otros, que ya fueron enunciados anteriormente, como la igualdad, la reciprocidad, la imparcialidad o la misma compasión, que preservan otros tantos bienes a los que también tenemos derecho.

De hecho, la no exclusión como criterio o principio, debe complementarse y atemperarse con los demás, pues los derechos, deberes y obligaciones en sociedad, son relativos, representando intereses y valores frecuentemente entrecruzados en la realidad social.

Cada uno de dichos criterios o principios formales tiene detrás de sí una historia propia, que a su vez pertenece a una historia común: la de las múltiples victorias de la humanidad contra las diversas injusticias concretas, a través de la conquista de los derechos.

Pero debe reiterarse que dichas historias se encuentran entrelazadas y deben complementarse entre sí, pues el derecho en tanto que medida establece el contenido y los límites de cada uno de los bienes debidos para hacer compatible su disfrute con el de los demás individuos y el de la sociedad entera.

CAPÍTULO NOVENO

BOSQUEJO DE LA POSTURA INTEGRADORA

I. LA BÚSQUEDA DE LAS COMPLEMENTARIEDADES

Como habrá podido apreciarse, la intención de la posición adoptada es la de conciliar las aparentes contradicciones que nos presentan las diferentes teorías, así como sus mismos presupuestos subyacentes, derivados en parte de sus distintos contextos, explorando en todos los casos las posibilidades de su complementación.

Para ello, se explicitarán a continuación las particulares posturas asumidas respecto de algunas de las cuestiones fundamentales que se han abordado, tanto en el ámbito sociocultural o material de la justicia como en el específicamente jurídico o formal del derecho, dejando para el final una breve referencia al campo —todavía pendiente de estructurarse— de la justicia global.

II. EN LO SOCIOCULTURAL

Para no abusar de repeticiones, baste con reiterar aquí lo ya explicado sobre la naturaleza pluriléctica de la justicia, que nos intima a considerar a la vez, su materia sociocultural genérica y su formalidad jurídica específica.

En efecto, el contenido material de la justicia se encuentra —como se dijo— tanto en la realidad social como en los valores culturales propios de cada comunidad.

De ahí su característica polisemia y la gran diversidad de concepciones que se han formulado desde los diferentes espacios epistemológicos de lo sociocultural —éticos, políticos o económicos—, así como desde el pensamiento y la sensibilidad de cada comunidad histórica, geográfica y culturalmente situada.

Sin embargo, para poder trazar la silueta de su contorno es necesario ahora tomar partido, al menos respecto de algunos de los dilemas sociocul-

turales más relevantes. Sólo así se podrán definir, posteriormente, las posiciones específicas respecto de su dintorno jurídico, como la peculiar formalidad desde la cual se entiende a la justicia en su sentido propio, según se explicó desde un comienzo.⁴⁵³

1. *En lo antropológico y comunitario*

Dentro del espacio sociocultural y particularmente en materia antropológica, la ubicación conceptual elegida difiere tanto del pesimismo (*homo homini lupus*) cuanto del optimismo (*homo homini ángelus* u *homo homini amicus*), asumiendo con realismo la ambivalencia ética del ser humano.

Por su parte, en el ámbito de lo social —como ya se dijo— se rechazan por igual el individualismo y el colectivismo, aceptándose más bien como vía integradora la del personalismo comunitario.⁴⁵⁴

Vía que además comprende los principios fundamentales de dignidad de la persona, así como el deber comunitario —que puede traducirse también en obligaciones jurídicas—, que deriva del principio de solidaridad hacia los demás —personas, grupos y sociedades—, aunque siempre atemperado por el diverso y complementario principio de subsidiariedad. El personalismo comunitario, abarca así los tres principios de dignidad, solidaridad y subsidiariedad, al igual que el mismo concepto de bien común.

2. *En lo político*

Respecto de la materia política, es conveniente hacer previamente una breve digresión.

Dentro del dilatado espacio de lo sociocultural, la política y el derecho juegan un papel protagónico y semejante, de donde derivan sus frecuentes enfrentamientos.

⁴⁵³ En general, dichas posiciones socioculturales y jurídicas, se encuentran expuestas y fundamentadas más en extenso en Pampillo Baliño, *Filosofía del derecho. Teoría global del derecho...*, cit., e *id.*, *Historia general del derecho...*, cit., donde también se encuentra particular referencia a los autores y obras que influyeron en la adopción de las mismas. Salvo por ciertas remisiones específicas, en general se reenvía al lector interesado a dichas obras.

⁴⁵⁴ Véase *supra* capítulo sexto, apartado II. También Mounier, *¿Qué es el personalismo?...*, cit.

Efectivamente, ambas son dimensiones englobantes, que estructuran y delimitan a los demás subsistemas sociales, ordenándolos de manera coactiva e imperativa, tanto a través de el poder como de la razón.

El dilema sobre su prioridad es discutido, pues para algunos el derecho del Estado es producto del Estado de derecho, mientras que para otros la ecuación es más bien inversa.

En cualquier caso, en la actualidad se suele coincidir en que la Constitución —que es tanto decisión política como norma jurídica— es el fundamento y límite de ambos.

Sin embargo, las mismas Constituciones tienen sus propios asegunes, pues aunque en principio presuponen un acuerdo, sustentado sobre el contrato social, en tanto que producto de la voluntad, pueden ser también el resultado de una imposición —mayoritaria o minoritaria—, mientras que desde el punto de vista de la razón, pueden resultar —*in toto* o *in parte*— arbitrarias o contrarias a los derechos humanos.

Por ello, en materia política, la opción por el personalismo comunitario se traduce en la recuperación y asimilación del concepto clásico de bien común como *ergon*, es decir: como fin de la sociedad y como medio al servicio de la persona.⁴⁵⁵

3. *En lo económico*

Sobre lo económico —como perímetro también enclavado dentro de lo social—, se afirma en primer lugar su condición instrumental o medial al servicio del fin político-jurídico del bien común.⁴⁵⁶

Por ello mismo, la economía política en todos sus niveles —local, estatal e internacional— requiere de la complementación entre los mercados y los gobiernos.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ Véase *supra* capítulo segundo, apartado II.

⁴⁵⁶ Se sigue en ello al Premio Nobel de Economía Jean Tirole, quien afirma, con razón: “La economía no está ni al servicio de la propiedad privada y los intereses individuales, ni al de los que querrían utilizar al Estado para imponer sus valores o hacer que sus intereses prevalezcan. Rechaza tanto la supremacía del mercado como la supremacía del Estado. La economía está al servicio del bien común; su objetivo es lograr un mundo mejor. Para ello, su tarea es identificar las instituciones y las políticas que van a favorecer el interés general. *La economía del bien común...*, *cit.*, p. 17.

⁴⁵⁷ Entre la inabarcable literatura contemporánea sobre la necesaria atemperación entre el mercado y el gobierno, más allá de cualquier ideología política o económica, además de la obra de Tirole anteriormente citada, pueden verse los textos ampliamente difundidos de Giddens, Anthony, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, trad. de P. Cifuentes, Méxi-

Los mercados pueden realizar convenientemente —entre muchas otras— las funciones de comunicar la oferta y demanda, o hacer más eficiente la producción y distribución de bienes y servicios.

Pero los mercados requieren de los gobiernos para regularlos, para corregir sus fallas —como la información deficiente, las externalidades o las prácticas lesivas de la competencia o del consumo—, así como para auxiliarlos mediante políticas anticíclicas, fiscales y monetarias, a fin de evitar sus contracciones.

Sobre todo, el gobierno debe establecer un Estado social de derecho, que norme las relaciones de trabajo, constituya los bienes públicos y comunes, distribuya y redistribuya —a través de impuestos progresivos y gasto público— la riqueza, brindando ciertos mínimos de protección y seguridad sociales, tal y como se expuso en su oportunidad.⁴⁵⁸

En definitiva: ni capitalismo salvaje, ni comunismo de planificación central; aunque sí algunos de los principios tanto de la economía clásica como del nekeynesianismo, de la economía social de mercado, la socialdemocracia, la tercera vía y la DSI.

Pero en todos los casos, sin asumir compromisos ideológicos, entendiendo que la pertinencia e idoneidad de las políticas económicas no proviene de recetas universalmente válidas, sino —como se verá— de la deliberación entre: *i*) los principios generales, *ii*) ciertas reglas, instituciones y procedimientos de generalidad media y, sobre todo, de *iii*) las realidades concretas.

4. *En su reflexión y discernimiento*

Sobre la reflexión y el discernimiento de las realidades humanísticas y socioculturales, vale recalcar en primer lugar la convicción de su necesaria comprensión inter y transdisciplinaria, lo que requiere del empleo del pluralismo metodológico también mencionado varias veces.

Pluralismo metodológico que, además de conjuntar las perspectivas, criterios y procedimientos de los diferentes ámbitos sociales —éticos, políticos, económicos y culturales—, busca también su comprensión más profunda —siguiendo en ello, como se dijo, a G. Vico— desde la historia, la comparación y la filosofía.

co, Taurus, 1999; Küng, Hans, *Una ética mundial para la economía y la política*, trad. de G. Canal, México, Fondo de Cultura Económica, 2017; Piketty, *El capital en el siglo XXI...*, cit., y Stiglitz, *Cómo hacer que funcione la globalización...*, cit., *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita...*, cit., y *El malestar en la globalización revisitado...*, cit.

⁴⁵⁸ Véase *supra* capítulo tercero, apartado III.

Adicionalmente, se participa de la más reciente y cada vez mayor conciencia respecto de las limitaciones de lógica formal y de los métodos de las ciencias naturales y exactas, modernas y contemporáneas, que desde el racionalismo y el empirismo, hasta el positivismo lógico y el constructivismo metaético, pasando por el positivismo y el criticismo, pretendieron imponerse también en el ámbito social.

Ciertamente y aún a pesar de los anteriores paradigmas científicos, en la reflexión y el discernimiento de lo humano y sociocultural no caben exactitudes aritméticas, ni proporciones geométricas, ni necesidades físicas, ni determinismos biológicos, ni divisiones artificiales.

Más aún, en el ámbito específico de las disciplinas prácticas —como la política, la economía, la ética y el derecho—, y particularmente en el de las teorías de la justicia, el valor del conocimiento teórico de lo práctico no se encuentra —parafraseando a Aristóteles— en su perfección teórica, sino en su idoneidad práctica.⁴⁵⁹

No cabe, en definitiva, un conocimiento exhaustivo de lo práctico, pues resultaría, por definición, sumamente impráctico. No obstante, existe una tentación que amenaza permanente a toda reflexión práctica —en la que sin duda cayeron varias de las concepciones modernas y contemporáneas de la justicia—: la de buscar de modo narcisita su perfección teórica, en lugar de su aplicabilidad concreta.

Piénsese tan sólo en los malabarismos intelectuales realizados por Kant —desde su dualismo metódico y su criticismo— para definir su “imperativo categórico”; o en la “situación ideal de comunicación” de J. Habermas; o en la “posición original” de J. Rawls.

La tentación de perfección de las reflexiones teóricas sobre la práctica conlleva el riesgo de que se conviertan: o bien en utopías más o menos ejemplares aunque impracticables; o bien en doctrinarismos exhaustivos que acaban por asfixiar la libertad humana; o bien —peor aún— en el peligro de acabar configurándose como auténticas ideologías, deformadoras de la realidad a la que pretenden someter a sus dictados.

En el ámbito de las disciplinas sociales prácticas y específicamente en el de la teoría de la justicia, debe superarse la anterior seducción y, por ende, es indispensable conformarse con los principios generales y su aplicación prudencial mediante la dialéctica.

En efecto, se requiere de principios generales, hasta cierto punto indeterminados, que puedan adaptarse a la realidad oportuna y conveniente-

⁴⁵⁹ Cfr. E. N., 1103b, en *Textos y estudios...*, cit.

mente, mediante su especificación prudencial en las circunstancias personales y concretas.

A lo sumo, es posible a partir de dichos principios —relativos e indeterminados—, proseguir todavía definiendo —como se verá— reglas, instituciones y procedimientos de generalidad intermedia, así como señalar el itinerario metodológico para la determinación particular de los mismos. Para ello, no resultan sino de escasa utilidad la lógica formal y los métodos de las ciencias naturales o exactas. Se requiere más bien de la prudencia y, más específicamente, de ciertas reglas para su deliberación metódica, a las que se hará posterior referencia.⁴⁶⁰

Dichas reglas proceden de la dialéctica y la retórica —en el sentido de técnicas del razonamiento—, extensamente estudiadas durante la Antigüedad y la Edad Media, aunque progresivamente abandonadas por la Modernidad, cuya recuperación, a partir de la segunda mitad del siglo XX, ha renovado la argumentación, que en el ámbito específico del derecho se nutre además de una rica y bien asentada metodología.

En virtud de lo anterior, las teorías modernas —en su generalidad y abstracción— pueden beneficiarse enormemente de la teoría clásica de la justicia, dada su continua referencia a bienes concretos —tanto particulares cuanto comunes— que ponderan de manera dialéctica a través de la prudencia y sus métodos.

Adicionalmente, cabe apuntar que en materia de justicia, sus principios, reglas y métodos prácticos no se agotan en su reflexión y discernimiento. Resulta igualmente necesaria su aplicación —como se sugirió desde un principio a través del itinerario tripartito del contemplar, conversar y caminar—, a efecto tanto de ir resolviendo los problemas sociales como de seguir perfeccionando criterios y particularizaciones, en cuanto parte del compromiso cívico de cada persona y de cada generación.

En síntesis: dada la naturaleza práctica de la justicia, su reflexión y discernimiento deben ser prácticos también, aún en su vertiente teórica. Y adicionalmente, suponen igualmente un compromiso con la acción concreta.

⁴⁶⁰ Véase *infra* capítulo décimo, apartado IV.

III. EN LO JURÍDICO

1. *Derecho y justicia*

A. *Enfoques complementarios*

Más allá de la gran variedad de posturas concretas, la relación entre la justicia y el derecho se ha definido a partir de cuatro perspectivas, según se considere a la justicia: *i*) en general, o *ii*) como categoría jurídica; o bien, desde otro encuadre: *iii*) como virtud ética, o *iv*) como finalidad del derecho.

Para entender mejor dicha diversidad de relaciones —que nuevamente, se consideran más complementarias que excluyentes—, conviene reiterar, una vez más, la naturaleza pluriléctica de la justicia.

En dicho sentido y en primer lugar, la justicia puede ser entendida, como se dijo, tanto desde un enfoque general —ético y social— cuanto desde el propiamente jurídico.

De hecho, desde la dimensión sociocultural, la justicia empieza a dialogar con el derecho para informarlo sobre las realidades y valores que la caracterizan; aunque es a través de lo jurídico como alcanza toda su plenitud y profundidad, adquiriendo así la obligatoriedad, justiciabilidad y exigibilidad que le son características desde su formalidad jurídica.

Además y como ha podido apreciarse a lo largo del apretado trayecto recorrido a lo largo de la historia de la justicia, su relación con el derecho ha sido definida principalmente desde dos enfoques:

1. El antiguo y medieval, que consideraba a la justicia como una virtud ética y al derecho como su objeto, cuyo valor radicaba en su carácter ordenador de la convivencia social, orientado hacia el bien común a través de ciertas medidas de igualdad, y
2. El moderno y contemporáneo, que comprende a la justicia como el referente axiológico que constituye la finalidad del derecho, a veces compartida con la seguridad y con el bien público. Asimismo, este enfoque concibe al derecho, o bien como el principio general de una racionalidad abstracta, susceptible de deducción silogística; o bien como la norma general positivada por la voluntad general y llamada a ser aplicada, también silogísticamente, a través de normas individualizadas.

Ahora bien, intentando buscar la complementariedad entre estos dos enfoques, parece que es posible afirmar que la justicia es tanto una virtud ética, cuyo objeto es el derecho, como un valor cultural que orienta al mismo su finalidad.

Sin embargo, cabe hacer algunas precisiones para afirmar correctamente dicha complementariedad entre la concepción esencialista, rigurosa y concreta, así como material-objetiva de la teoría clásica, y la concepción deontológica, más flexible y general, así como ideal-subjetiva de las modernas y contemporáneas.

En primer lugar: la finalidad compartida —desde las teorías modernas— entre la justicia y la seguridad jurídica, bien entendida, es perfectamente compatible con la teoría clásica. Lo anterior pues para la concepción clásica, el derecho es ante todo un orden conforme a ciertas medidas cuya regularidad garantiza dicha seguridad, aunque quizás con menos certeza, dada su naturaleza concreta, a diferencia de la moderna que es más general y por lo mismo ofrece una mayor certidumbre.⁴⁶¹

E igualmente existe compatibilidad entre el bien público de las teorías modernas y el bien común de la teoría clásica, siempre y cuando el primero no se entienda subordinado absolutamente el bien individual al bien colectivo, sino más bien acomodándolo, como lo hace el segundo, desde su lógica de *ergon* como medio y fin.⁴⁶²

En segundo lugar, se piensa que resulta posible —incluso conveniente— la atemperación de la concepción esencialista y finalista u ontológico-teleológica de la justicia y el derecho según la teoría clásica, con la concepción deontológica, referencial, axiológica subjetiva y estimativa relativa de las teorías modernas.⁴⁶³

Siendo inconducente para los efectos esquemáticos de este apartado, bordar sobre dicha complementariedad a la luz de las múltiples teorías modernas, se hará referencia sólo a una, particularmente conocida y bastante aceptada, que además es bastante ejemplificativa de la naturaleza deontológica, referencial, axiológica y estimativa de las concepciones modernas.

Se alude a la posición neokantiana culturalista del primer Radbruch, quien afirmaba que “el derecho es la realidad cuyo sentido estriba en servir el valor de la justicia”, no pudiendo entenderse el ordenamiento jurídico

⁴⁶¹ Véase de nuevo a Le Fur, Delos, Radbruch, Carlyle, *Los fines del derecho. Bien común, justicia, seguridad...*, cit.

⁴⁶² *Idem.*

⁴⁶³ En el mismo sentido, entre otros, Ricoeur, Paul, “Le juste entre le légal et le bon”..., cit., pp. 37 y ss.

más que “referido” a ella, aunque a veces en la realidad práctica llegue a “desviarse” de la misma, e incluso a “frustrarla”.⁴⁶⁴

Ahora bien, solamente puede aceptarse plenamente dicha caracterización en la medida en que también se adopte la postura del segundo Radbruch, para quien las “desviaciones” del “derecho positivo... carecen en todo caso de juridicidad” cuando sancionan una “injusticia extrema”.⁴⁶⁵

B. *Moralidad y derecho*

En todo caso, desde los cuatro enfoques planteados —y más allá de otras perspectivas desenfocadas, expuestas en su oportunidad junto con su respectiva explicación histórica y crítica filosófica— resulta evidente la relación entre la ética y el derecho, más allá de su respectiva autonomía y necesaria diferenciación.⁴⁶⁶ Sobre todo cuando se concibe a la ética según la teoría clásica, en términos objetivos —como ética de bienes y valores—, considerándola como criterio de conducta y lógica de la acción; aunque también cuando se hace desde la diversa perspectiva más bien moderna de naturaleza subjetiva y estimativa.

En tal sentido y retomando el ecuadre axiológico y deontológico, el derecho justo puede serlo en primer lugar por sí mismo, es decir, en virtud de su racionalidad, que se *a-jus-ta* a la realidad social —considerada en todas sus dimensiones— y la *re-a-jus-ta* en clave cultural axiológica.

Pero también puede ser justo por virtud de la justa exigencia de un orden, cualquiera que éste sea, siempre y cuando dicho orden no sea abiertamente antijurídico, antisocial o antihumano.

En otras palabras, el derecho positivo puede y debe establecer un orden particular, atendiendo a las peculiares circunstancias socioculturales de cada comunidad.

Antes de ser definido, dicho orden particular pudo haber sido irrelevante, pero una vez estatuido, se vuelve por ello jurídico y obligatorio.

Inclusive, antes —y hasta después— de ser establecido, dicho orden pudo haber sido considerado inmoral desde la perspectiva de ciertos valores

⁴⁶⁴ Radbruch, Gustavo, *Filosofía del derecho*, Granada, Comares, 1999, pp. 38 y ss.

⁴⁶⁵ Cfr. Vigo (coord.), *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy...*, cit., *passim*.

⁴⁶⁶ Más en extenso sobre el origen histórico de dichas perspectivas, sus condicionantes y limitaciones filosóficas, así como su influencia, cfr. Pampillo Baliño, *Historia general del derecho...*, cit., *passim*.

religiosos o éticos; pero una vez decretado, se vuelve —en principio— jurídico y obligatorio.

En efecto —y según se dijo—, como parte de la distinción entre la ética y el derecho y de su respectiva autonomía, no le corresponde a los ordenamientos jurídicos exigir la perfección moral del hombre ni la excelencia ética de la sociedad, aunque tampoco puedan sancionar realidades sociales contrarias a los valores culturales compartidos de una comunidad.

De ahí que el jurista romano Paulo observara —como se citó en su momento— que “no todo lo que es jurídicamente lícito es moralmente honesto”. Pero también, por el otro lado, el derecho no puede ordenar lo que es malo, perjudicial o reprochable, ni prohibir lo que es benéfico, bueno o meritorio.

El derecho tiene una función subsidiaria respecto de la convivencia social, por lo que únicamente debe establecer sus cimientos, definiendo sus exigencias mínimas. De ahí que no deba prohibir cualquier inmoralidad ni ordenar toda virtud.

A veces, en efecto, el ordenamiento jurídico debe tolerar un mal menor, regulando una práctica social éticamente cuestionable o incluso inmoral, pues su prohibición absoluta resultaría poco realista o contraproducente.

Pero a pesar de dichas limitaciones, como norma subsidiaria de la convivencia, como exiguo reducto de los valores comunitarios —como “mínimo de amor exigido en sociedad” según M. Villoro—, la importancia del derecho es trascendental.

Y lo es tanto en términos estrictamente jurídicos —ordenando la convivencia—, como éticos, en tanto que pedagogía moral ciudadana.

De ahí el especial cuidado que deben tener los agentes jurídicos cuando regulan cuestiones controvertidas desde un punto ético o moral, pues el derecho no sólo se nutre de valores culturales sino que también los crea, proyectándose sobre la conciencia social, pudiendo alterar gravemente el verdadero orden de las cosas.

C. *La justicia jurídica*

Desde las anteriores complementariedades —tanto de enfoque sobre la justicia como entre la ética y el derecho—, puede entenderse mejor la pre-comprensión inicial propuesta sobre la justicia jurídica, que la perfiló como una justicia justiciable; es decir, una justicia cuyas pretensiones subjetivas se

encuentran recogidas por el derecho, en tanto que ordenamiento jurídico objetivo.⁴⁶⁷

Una justicia cuyas pretensiones tienen una destacada relevancia funcional, así como un cierto reconocimiento estructural —explícito o al menos potencial— en el conjunto de sus reglas, instituciones y procedimientos, traduciéndose en derechos concretos y exigibles.

Una justicia que inspira, es resultado y consiste en diversas medidas de igualdad obligatorias (igualitarias, proporcionales, conmutativas, distributivas, legales, sociales y globales).

Dicha precomprensión de la justicia como pretensión justiciable, relevante, reconocida, concreta, exigible y expresada a través de diversas medidas de igualdad obligatorias, supone en el fondo los cuatro enfoques mencionados de la relación entre justicia y derecho.

La justicia —en tanto que virtud ética y lógica de la acción—, tiene al derecho como su objeto (real, objetivo y concreto); mientras que el derecho en tanto que ordenamiento subsidiario de la convivencia, tiene a la justicia —en tanto que valor cultural—, como su finalidad (ideal, subjetiva y abstracta).

La justicia como virtud ética requiere —por lo menos— de una conducta apegada al derecho como ordenamiento jurídico y también respetuosa de los derechos; mientras que el derecho y los derechos deben orientarse hacia el ideal —siempre más exigente— que les plantea el valor cultural de la justicia como su finalidad aspiracional.

Su relación es así —nuevamente— de naturaleza necesaria y dialéctica, como parte de la condición pluriléctica de la justicia, que como justicia jurídica obligatoria, no puede desentenderse de las realidades sociales y de los valores culturales de cada comunidad.

Por lo mismo, se estiman también de justicia —en tanto que su realización, a la que a su vez inspiran—, la relación, la pretensión, la obligatoriedad, la justiciabilidad y la exigibilidad del derecho, en los términos en que fueron expuestas.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ Véase *supra* capítulo primero, apartado II.

⁴⁶⁸ Véase *supra* capítulo primero, apartado II. Finalmente, sólo restaría apuntar que más allá de la precomprensión que se expuso del derecho como ordenamiento jurídico, la concepción integral que se ha adoptado respecto del mismo, desde: *i*) varias de las actitudes, perspectivas y métodos señalados, *ii*) una crítica de la modernidad-contemporánea, y *iii*) una especial consideración de los ámbitos materiales antropológico, sociocultural —social, económico, político, histórico y simbólico— y formal jurídico, lo define como: “la realidad social que estructura y da cauce al conjunto de relaciones de convivencia distantes y polares, ordenándolas de manera legítima, eficiente y eficaz, conforme a ciertas medidas propor-

2. *Libertad, igualdad y justicia social*

Respecto del dilema libertad-igualdad, se opta —como se verá— por la posición del máximo respeto posible (Dworkin), así como por la necesidad de su ponderación en concreto (Alexy), respetando el contenido esencial de ambos principios, aunque reconociendo deberes particulares sobre los llamados mínimos vitales.⁴⁶⁹

En dicho sentido, se abraza una posición comunitarista e igualitarista —tanto en materia de igualdad de oportunidades como de recursos—, aunque de intensidad minimalista, al estar acotada por los principios de necesidad y posibilidad.

El motivo de escoger dicha intensidad estriba, por un lado, en la exigencia de asegurar mediante el establecimiento de obligaciones jurídicas de solidaridad, los mínimos vitales que requiere la preservación de la dignidad humana; así como, por el otro lado, en la importancia de respetar al máximo los principios de libertad y subsidiariedad.

Asimismo, se reconoce la relevancia de la igualdad formal, pero también las mitigaciones que requiere una consideración no discriminatoria de las desigualdades materiales. En este sentido, se toma partido por el reconocimiento y protección de las diferencias, promoviendo a su vez la participación social como aspectos relevantes de la justicia social.

Sin embargo, respecto de las categorías concretas, se sugiere la revisión permanente para determinar hasta dónde y hasta cuándo son necesarias las medidas de igualación —como las acciones afirmativas o los programas de asistencia—, bajo la premisa de que las mismas constituyen obligaciones que gravitan sobre el resto de la comunidad.

Dichas medidas —además de ser objeto de continua evaluación— deben partir del sobreentendido de que constituyen derechos que, como tales y como cualesquiera otros, deben disfrutarse con sentido social, es decir, con moderación y evitando abusos.

cionales de igualdad obligatorias, determinadas por la prudencia y orientadas hacia el bien común, que se expresan mediante licitudes y deberes tipificados a través diversas formulaciones culturales históricas”, Pampillo Baliño, “Fundamentos de una teoría global del derecho. Principios de una filosofía jurídica comprensiva”..., *cit.*, pp. 49 y 50. Véase también, la explicación más extensa y con mayores referencias bibliográficas, en que se apoya la anterior definición en Pampillo Baliño, *Filosofía del derecho. Teoría global del derecho...*, *cit.*, *passim*.

⁴⁶⁹ Véase *infra* capítulo décimo, inciso A.

3. *La actitud ante el derecho injusto*

Ante el derecho injusto se afirma tanto la licitud —ética y jurídica— de su impugnación por los medios institucionales como —ante la falta o la insuficiencia de los mismos— la legitimidad de las llamadas medidas extremas.

Desde la objeción de conciencia y la desobediencia —en sus modalidades de resistencia pasiva y activa—, hasta el mismo derecho de rebelión, se consideran admisibles, aunque en cada caso, deben considerarse la gravedad y extensión de las injusticias, así como ponderar en concreto las ventajas y desventajas, de tolerarlas u oponérseles, procurando siempre el mal menor.

Por eso mismo, las posturas y la actitud ante la injusticia resultan relevantes. En este sentido son igualmente inadecuados los extremos, por un lado, de la beligerancia —por ejemplo de la lucha de clases—, que parte del principio del antagonismo sistemático, y por el otro del irenismo, dispuesto siempre a ceder resignadamente.

Se hace adhesión en consecuencia a los principios éticos del comunitarismo, que piden que la exigencia de los derechos se haga siempre con una conciencia solidaria de su onerosidad, pensando también en el bien común y atendiendo las necesidades y las posibilidades, tanto presentes como futuras.

Por la misma razón y desde la misma concepción ética comunitaria, se considera que deben evitarse y por lo mismo, prevenirse y sancionarse, tanto la litigiosidad —como abuso de los medios y recursos legales—, cuanto la indolencia y pasividad, que pueden degenerar en lo que J. Shklar ha llamado la “injusticia pasiva”, que tiene lugar cuando se incumple el deber ciudadano de denunciar ilícitos, rendir testimonio o abandonar el ejercicio de los derechos.⁴⁷⁰

Asimismo, se reitera la importancia de la compasión en la consideración y cuidado de los otros como la mejor forma de anticipar y prevenir conflictos, reflexionando en que por encima de los caprichos de la lotería de la vida —tanto respecto de las personas como de los grupos y las sociedades—, se encuentra un deber de solidaridad para con los demás, que como parte del bien común redundará también en el bien particular de quien lo satisface, previniendo previsibles desbordamientos de violencia

⁴⁷⁰ Cfr. Shklar, *Los rostros de la injusticia...*, cit., pp. 48 y ss.

4. *Las fuentes de las obligaciones*

Sobre la justificación y fundamento de los deberes éticos, así como de las obligaciones jurídicas de justicia, se adopta —como se dijo— la postura ontológica.

Dicha postura —como se recordará— pretende trascender el trilema entre la autonomía, la heteronomía y el procedimentalismo como alternativas para la identificación y determinación de los principios, bienes y valores de la convivencia.

Para ello se buscará la complementación entre las diversas fuentes de las obligaciones que derivan de dichas posturas, que son el acuerdo, el compromiso, el diálogo y el discernimiento, mismas que serán expuestas en el siguiente capítulo.

Adicionalmente —y más allá de la exposición que se hará en su oportunidad—, cabe apuntar desde ahora que todo acuerdo, constitucional o legal, nacional o intra-estatal, se encuentra limitado por un compromiso —expreso y tácito—, que en el mundo actual prácticamente todas las sociedades han asumido respecto de los derechos humanos reconocidos y protegidos a nivel internacional.

Asimismo, tanto los acuerdos y compromisos como el debate público y el discernimiento en todos los niveles, en tanto que fuentes de obligaciones jurídicas, se encuentran acotados por una especie de conciencia ética y jurídica universal, que ha establecido como principios definitivos tanto la dignidad de la persona como el contenido esencial y los estándares mínimos en materia de derechos humanos.

5. *Preliminar sobre justicia global*

Por lo que hace a la justicia global, cuya definición y alcances precisos son todavía debatidos, y sus principios aún no están suficientemente delineados, así como sus reglas, instituciones y procedimientos se encuentran en el presente incompletos, la posición que se asume puede sintetizarse en las siguientes directrices.⁴⁷¹

En primer lugar, se afirma la necesidad y urgencia de consolidar la justicia global a través del derecho.⁴⁷²

⁴⁷¹ Más en extenso, véase *infra* capítulo décimo segundo, apartados III y IV.

⁴⁷² Conste que no se trata de un planteamiento interesado propuesto por un jurista en beneficio del derecho. La mayor parte de los cultores de la ciencia política y de las relacio-

En efecto, más allá de sus limitaciones —como norma subsidiaria de convivencia, reducto de valores éticos y mínimo de humanidad exigible—, lo cierto es que ha sido gracias al *Rechtsstaat* o *Rule of law* que hemos podido transitar del gobierno de las personas al gobierno de los principios y las normas.

De ahí que resulte apremiante trasladar dicha conquista al ámbito internacional, consolidando un derecho que limite la fragmentada gobernanza global que hoy ejercen múltiples actores —Estados, empresas, organismos y organizaciones— y que, como es apenas lógico, miran más por sus bienes particulares que por el bien común de la humanidad.

En dicho sentido, entre el estatalismo y el cosmopolitismo se adopta la postura del segundo, aunque bajo la premisa del relevante papel que tienen los Estados en la construcción de un orden político, jurídico y económico internacional, a través de los diferentes tratados, foros multilaterales y organizaciones internacionales y supranacionales.

Se asume también la dimensión ética del cosmopolitismo para afirmar la existencia de deberes morales de cooperación y ayuda a las sociedades y personas necesitadas, de parte de quienes tengan posibilidad y capacidad de asistirlos.

Deberes éticos que en muchos casos se traducen también en auténticas obligaciones jurídicas que, como se expondrá en su oportunidad, pueden ser perfectas —justiciables y exigibles— o imperfectas en diferentes grados, y aplicarse no solamente a los Estados y organismos internacionales, sino también a los particulares como verdaderos agentes de justicia.⁴⁷³

Asimismo, la postura asumida es la propia del cosmopolitismo institucional de modalidad fuerte, comprometido con las necesarias reformas a la gobernanza global, que van en lo estructural desde la ONU hasta la OMC, y en lo funcional desde la fiscalidad internacional y el comercio internacional, hasta el régimen de la propiedad intelectual y los derechos

nes internacionales coinciden en ello. A manera de botón de muestra, se cita a Goodin: “the international system ought operate according to a rule of law... An international rule of law is not the same thing as a world government. There can be law without any central law-giver... In domestic contexts, we talk about a rule of law, not men... The international analogue to a rule of law, not men would be a rule of law, not states. An international rule of law would contrast, first, with international lawlessness – each state doing just as it pleases, or dares, without restraint from any internalized normative constraints...”, Goodin, Robert E., “International Rule of Law”, en Brock y Moellendorf, *Current Debates in Global Justice...*, p. 227.

⁴⁷³ Véase *infra* capítulo décimo segundo, apartados III y IV.

humanos, pasando por la consolidación de una auténtica jurisdicción supranacional.

En todo caso, cabe adelantar que el cosmopolitismo —incluso el de los derechos humanos—, para no atentar contra el multiculturalismo, debe constreñirse a ciertos estándares mínimos, respetando la diversidad cultural a partir del principio de subsidiariedad.

CAPÍTULO DÉCIMO

CONTENIDO, JUSTIFICACIÓN Y FUNDAMENTOS DE LA JUSTICIA

I. LOS CONTENIDOS DE LA JUSTICIA JURÍDICA Y SU JUSTIFICACIÓN

Desde los presupuestos, perspectivas, lugares, posturas y reflexiones anteriormente enunciados, a continuación se hará referencia a los contenidos de la justicia, así como a la justificación de sus principios, criterios y deberes generales, analizando luego los fundamentos de sus obligaciones jurídicas particulares.

Para tales efectos, conviene advertir en primer lugar —como se ha venido mencionando— que los contenidos de la justicia pueden ser: *i)* generales y formales, *ii)* de generalidad intermedia, y *iii)* concretos y materiales

1. *Los contenidos generales*

Los contenidos generales de la justicia son formales —y, al menos en la actualidad, prácticamente universales—, perfilándose: *i)* racionalmente como principios y criterios, *ii)* volitivamente como bienes y valores, y *iii)* deontológicamente como deberes y obligaciones que se derivan —por decirlo de alguna manera—, como de ciertos virtuales derechos en abstracto.

De hecho, la mayor parte de los contenidos de la justicia expuestos en los capítulos anteriores, desarrollados tanto por la teoría clásica cuanto por las teorías modernas y contemporáneas de la justicia, pertenecen a esta categoría de principios y criterios generales.⁴⁷⁴

Entre los mismos pueden citarse los virtuales derechos en abstracto de libertad e igualdad respecto de las personas, los de reciprocidad, equi-

⁴⁷⁴ Una interesante ordenación de los mismos a partir de la igualdad formal y de la dignidad humana y la libertad como contenidos y dimensiones materiales de los mismos, puede verse en Buenaga Ceballos, Óscar, *El concepto de justicia*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 93 y ss.

valencia o resarcimiento en relación con las cosas, los de distribución, reconocimiento y participación vinculados a los grupos, los de bien común, solidaridad y subsidiariedad tratándose de las comunidades, o bien los de regularidad e imparcialidad referidos al ordenamiento jurídico.

Una característica connatural a la generalidad de los anteriores criterios, valores y deberes de la justicia es que sus principios también son parcialmente relativos; es decir, coexisten, se limitan y complementan entre sí, repudiando por lo mismo su absolutización en detrimento de los demás.

De ahí que se haya considerado que la colisión entre la libertad y la igualdad —y su necesaria armonización— constituye el problema central de cualquier teoría de la justicia.⁴⁷⁵

Y es que efectivamente, en los ámbitos social, político, económico y jurídico, la igualación o compensación de las desigualdades —de reconocimiento social, participación política, reparto económico o distribución de derechos, obligaciones y cargas—, requiere, necesariamente, de la imposición de algunas restricciones a la libertad.

De hecho, la opción por la libertad o por la igualdad y sus matices, constituye un parámetro para distinguir a la mayor parte de las teorías de la justicia, desde las posturas originales de los liberales, utilitaristas e igualitaristas, hasta sus gradaciones e hibridaciones contemporáneas, que van desde el libertarismo hasta el igualitarismo maximalista, pasando por el consecuencialismo, el comunitarismo y el cosmopolitismo, entre muchas otras.⁴⁷⁶

Lo cierto es que conforme se ha venido madurando sobre la anterior aparente oposición, se han definido a su vez otros principios bisagra, como el del máximo respeto y consideración, tanto a la libertad como a la igualdad, propuesto por R. Dworkin, que en realidad es aplicable también a los demás principios de justicia.⁴⁷⁷

E igualmente y en el mismo sentido, aunque de manera mucho más elaborada, R. Alexy ha planteado sus fórmulas de ponderación y preferencia a través de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.⁴⁷⁸

En cualquier caso, las anteriores propuestas de Dworkin y Alexy —que concuerdan con la posición previamente asumida—, suponen, junto con otras que se han venido elaborando, la definición de nuevos criterios generales, que sirven para establecer los alcances, límites y excepciones respecto

⁴⁷⁵ Cfr. Barbarosch, *Teorías de la justicia y la metaética contemporánea...*, cit., p. 49.

⁴⁷⁶ Véase *supra* capítulo tercero, apartados III a VI, y capítulo quinto, apartados II y III.

⁴⁷⁷ Véase a Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio...*, cit., *passim*.

⁴⁷⁸ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 457 y ss.

de los principios, deberes o derechos en abstracto a que nos venimos refiriendo.

De ese modo, se entiende que el principio, criterio, valor, bien o derecho en abstracto a la igualdad formal, admita múltiples excepciones y matices, que suponen una consideración no discriminatoria de la desigualdades materiales que presentan las personas.

Y lo mismo puede decirse de la regularidad del ordenamiento jurídico o de la reciprocidad entre las cosas, así como de todos los demás principios generales de la justicia. Además de ser generales y relativos, los criterios formales de la justicia son también limitadamente indeterminados. Es decir, que más allá de su contenido mínimo o núcleo esencial, de su mismo alcance y, por ende, de sus límites y excepciones, tales derechos abstractos han adoptado magnitudes y extensiones diversas a lo largo de la historia, según las diferentes formulaciones, aplicaciones, determinaciones, jerarquizaciones y materializaciones a que han dado lugar en diversas sociedades y culturas.⁴⁷⁹

⁴⁷⁹ Es innegable la afinidad conceptual, más allá de las diferencias expositivas y terminológicas, de la explicación que se intenta con algunos de los planteamientos del iusnaturalismo clásico —minimalista e histórico—, que por un lado afirma la existencia de ciertos principios éticos y jurídicos universales y, por el otro, su diferente grado de reconocimiento y formulación histórica o relativa, así como su misma relación con los derechos positivos elaborados por cada comunidad políticamente organizada. En efecto, para Santo Tomás de Aquino, la ley natural consta —desde el punto de vista de su conocimiento— de tres tipos de principios. El primero, de naturaleza evidente —*per se nota*—, que consiste en la obligación de “hacer el bien y evitar el mal”. Los segundos, que pueden identificarse con los preceptos del *Decálogo*, que aunque son en general accesibles con facilidad y sin mucha reflexión para todos los hombres de todos los lugares y tiempos, pueden sin embargo ser objeto de equívocos en virtud de un oscurecimiento de la razón que puede ser debido a la falta de una mínima educación, al influjo de las pasiones o a un ambiente sociocultural inadecuado. Finalmente, los terceros preceptos requieren para su conocimiento de la reflexión colectiva de los sabios y prudentes. A su vez, los referidos preceptos —segundos y terceros— son extraídos de la naturaleza del hombre considerada en sus tres proyecciones: como ser (cuyo principio es la conservación), como animal (cuyo principio es la propagación de la especie y la cría de los hijos) y como persona racional y social (cuyos principios son la búsqueda de la verdad y la sociabilidad). *Cfr. Summa Theologica*, I-II, q. 94. El mérito del iusnaturalismo clásico tomasiano, tanto frente al universalismo cuanto frente al relativismo éticos, consiste, como observa García-Huidobro en afirmar “tres cosas que parecen difícilmente conciliables: a) la posibilidad del conocimiento de los principios morales; b) el que para conocerlos muchas veces no baste el empeño individual, sino que es una obra colectiva; y c) que las disposiciones del sujeto no son indiferentes para determinar su aptitud cognoscitiva en el terreno moral”. García-Huidobro, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo...*, cit., p. 79. Con todo, la explicación que se ofrece busca, en su terminología y orden de exposición, demostrar la compatibilidad de dichas tesis iusnaturalistas con otras muchas escuelas y corrientes de pensamiento, tanto filosóficas como sociales y jurídicas.

Lo anterior significa dos cosas.

En primer lugar: que al ser principios parcialmente relativos y limitadamente indeterminados, pueden formularse y determinarse y de hecho se enuncian y aplican por cada comunidad, de acuerdo con su realidad social y valores culturales específicos.

No obstante, dicha posibilidad de formulación y determinación no es absoluta, sino parcial y limitada, por cuanto que racional y realmente tienen, aún en su generalidad, un contenido esencial o un núcleo mínimo.

Por ende y conforme se han venido definiendo históricamente sus alcances, límites y jerarquía, sólo pueden variar restringida y únicamente con base en la razón (racional y razonable) y en la realidad (humana y social, en lo individual, grupal, social e inter-comunitario).

Pero, aún siendo verdad que conforme las sociedades y las culturas han venido madurando dichos principios y, por ende, definiendo mejor su jerarquía, contenido y alcance, consolidándolos de manera cada vez más precisa y universal, sigue siendo cierto que su determinación concreta siempre resulta indispensable para la configuración de obligaciones estrictas de justicia.

Así, los deberes generales de justicia no constituyen propiamente obligaciones jurídicas exigibles, sino tan solo pautas de comportamiento, que se les imponen —más bien éticamente— a las diferentes personas, grupos y sociedades.

Sin embargo, cuando carecen de los medios concretos —reglas, instituciones y procedimientos— para individualizar a los sujetos obligados, los bienes debidos y los cauces para su cumplimiento no son plenamente obligatorios ni compulsivos en derecho.

2. *Su justificación*

Los anteriores principios, criterios y deberes generales de justicia, en realidad son el resultado de un largo proceso histórico de reflexión, profundización, complementación, experimentación y perfeccionamiento, que ha sido desarrollado en cada sociedad y cultura, de acuerdo con el nivel de madurez alcanzado por la misma.

Asimismo, su evolución se ha beneficiado también del intercambio; es decir, de la difusión cada vez más amplia que ha propiciado la interacción entre las diferentes sociedades y culturas, cuyo momento culminante se encuentra en los procesos globales que actualmente vivimos.

Y es ahí precisamente donde se encuentra su justificación.

Justificación que es externa —histórica y cultural—, en virtud del referido proceso de experimentación, maduración, perfeccionamiento e intercambio. Pero que deviene también en interna —filosófica, social, ética, política, económica y jurídica—, cuando se consideran en concreto las razones y argumentos que los han sustentado.

La reflexión, el diálogo y la experimentación —a través de los cauces del debate público y la deliberación jurídica a los que se hará alusión cuando se expongan los fundamentos indirectos de las obligaciones jurídicas—, han sido los medios a través de los cuales se han definido dichos deberes generales de justicia. Definición que ha venido haciéndose a la luz de su adecuación a la realidad humana y sociocultural, desentrañando las mismas bases de la convivencia social, así como relacionándolos, jerarquizándolos y moderándolos entre sí.

3. Reglas, determinaciones y obligatoriedad

Los principios, criterios, bienes y valores —limitadamente relativos y parcialmente indeterminados—, que constituyen los deberes generales y virtuales derechos abstractos de la justicia, constituyen los cimientos sobre los que se asientan los contenidos particulares del derecho.

Pero sólo las reglas —y sus conjuntos reunidos en torno a instituciones y procedimientos—, así como sus determinaciones materiales y concretas, configuran propiamente las obligaciones jurídicas de justicia.

En tal sentido, las obligaciones jurídicas pueden ser a su vez genéricas o concretas. Son obligaciones genéricas cuando derivan: *a)* de las reglas jurídicas, o *b)* de los conjuntos homogéneos de reglas, que conforman a su vez *b.1)* a las instituciones (como el matrimonio, las sociedades, o los órganos de gobierno), y *b.2)* a los procedimientos (como los juicios, los debates parlamentarios, o el actuar del gobierno).⁴⁸⁰

Dichas reglas, instituciones y procedimientos jurídicos, como desarrollo y derivación de los principios generales, constituyen a su vez un acervo de criterios, bienes y valores de justicia generalidad intermedia.

Por su parte, las obligaciones concretas son aquellas que se determinan en particular a través de una norma individualizada, como por ejemplo una sentencia, un acto de autoridad o un contrato, en los casos concretos.

⁴⁸⁰ Véase *supra* capítulo primero apartado II. Con más detalle, *cf.* Pampillo Baliño, “¿Qué es el derecho, cómo se estructura y cómo evoluciona?” ..., *cit.*

Cabe destacar que tanto las reglas, las instituciones y los procedimientos de generalidad intermedia, cuanto las normas individualizadas —que son los únicos que pueden establecer y definir obligaciones jurídicas concretas—, se encuentran justificados —derivativamente— por los deberes o principios generales a que se hizo referencia en el apartado anterior.

Además, requieren —como se expondrá— ser fundamentados en concreto mediante una especificación particular, de acuerdo con las circunstancias de tiempo, lugar y modo culturales de cada comunidad, convirtiéndose así en auténticos vínculos de estricta justicia jurídica.

Recapitulando lo expuesto de modo ejemplificativo: desde la experiencia de la injusticia del abuso del más fuerte y de la venganza privada, algunas sociedades primitivas empezaron a madurar la conveniencia de disponer de un árbitro o juez independiente, como un bien común justificante de un principio formal de justicia. Posteriormente, dichas sociedades fueron determinando en concreto —y de esa manera fundamentando a través de acuerdos y compromisos—, las instituciones, procedimientos y reglas de su particular administración de justicia. Por último, dichas reglas, instituciones y procedimientos fueron aplicados a los diferentes casos concretos que se suscitaron bajo las mismas.

Y así ha proseguido —hasta nuestros días— dicho proceso de maduración, experimentación y profundización sobre la justicia.

Nuevamente ejemplificando: frente a la experiencia de la injusticia consistente en la eventual parcialidad de un juez independiente, las sociedades más desarrolladas fueron diseñando diversos métodos para asegurar que la independencia también incluyese un principio de imparcialidad, estableciendo reglas para las incompatibilidades, procedimientos para las recusaciones, e instituciones para la supervisión de la judicatura, mismas que a su vez fueron objeto de aplicación.

Los caminos han sido desde luego diferentes en cada sociedad, cultura, tiempo y lugar.

Así, *verbi gratia*, un pueblo recién emancipado o que se impuso sobre la arbitrariedad de un determinado gobierno, posiblemente valoró especialmente sus libertades civiles y políticas. En contrapartida, una comunidad que presentaba una fuerte inmigración y una alta diversidad económica, étnica o cultural, quizás apreció de manera más destacada los principios de igualdad y no discriminación para superar su conflictividad y alcanzar ciertos niveles mínimos de cohesión social.

En cualquier caso, la creciente convergencia propiciada por la globalización y la circulación de los modelos —sobre todo desde finales del siglo

XIX, aunque con especial intensidad a partir de la segunda mitad del siglo XX—, han conducido actualmente a un amplio consenso sobre los principios o criterios formales de la justicia.⁴⁸¹

Inclusive, dicho consenso se ha venido extendiendo cada vez más sobre las diversas reglas, instituciones y procedimientos materiales y concretos, que han probado ser más eficientes y eficaces para la realización de los referidos principios.

De hecho, las tendencias jurídicas expuestas desde un principio y en particular la internacionalización del derecho y la difusión y circulación de modelos jurídicos, han propiciado una gran semejanza entre los acuerdos y los compromisos asumidos en la mayor parte de los países del mundo sobre los deberes, los derechos, las obligaciones y los mismos procedimientos para reconocerlos y establecerlos.

4. *Los derechos humanos, actualidad y pendientes*

El mejor ejemplo de la convergencia y el consenso mencionados son los derechos fundamentales a nivel constitucional y los derechos humanos en el plano internacional y global.⁴⁸²

Dichos derechos humanos han venido a complementar los principios generales desarrollados por la teoría clásica (igualdad, reciprocidad, resarci-

⁴⁸¹ Sobre dicha convergencia, tanto en el plano estrictamente jurídico como en el ético, político y económico, la literatura es extensa. Baste citar la conocida antología multicultural de Hersch, Jeanne, *El derecho de ser hombre. Antología*, trad. de F. Arias Bonet, París, UNESCO, 1976, o bien la obra de Küng, *Una ética mundial para la economía y la política...*, cit., pp. 131-156, y 312 y ss., así como su iniciativa de *Weltethos* o Ética Mundial, cuyos trabajos pueden encontrarse en la página de su fundación que sigue activa tras su fallecimiento. Disponible en: <https://www.weltethos.org/>. En los referidos trabajos —entre tantos otros—, se advierte por ejemplo el amplio reconocimiento de la regla de oro, tanto en su formulación negativa, menos exigente, como en su enunciación positiva, así como las derivaciones que las variadas religiones, culturas y desarrollos éticos, políticos, sociales, económicos y jurídicos, han entresacado de las mismas, traduciéndolas en auténticas obligaciones de justicia exigibles en derecho.

⁴⁸² Nuevamente la cantidad de obras de derecho constitucional e internacional comparado resulta excesiva para siquiera mencionarla. A manera de sugerencia personalísima, pueden verse con provecho las siguientes obras generales: Fernández de Casadevante (ed.), *Derecho internacional de los derechos humanos...*, cit.; López Garrido, Diego, Massó Garrote, Marco Francisco y Pegoraro, Lucio (dirs.), *Derecho constitucional comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017; Marquardt, *Derechos humanos y fundamentales. Una historia del derecho...*, cit.; Mezzetti, Luca (ed.), *Diritti e Doveri*, Turín, Gianppichelli, 2013; además de la literatura específica que se citará en los apartados relativos a la exigibilidad de la justicia social y la justicia global.

miento, equivalencia, proporcionalidad), por las teorías de la justicia social (distribución de oportunidades, recursos y capacidades, reconocimiento, acceso, participación y promoción) y por las más recientes teorías de la justicia global (respeto, comunicación, corresponsabilidad, solidaridad y subsidiariedad), si bien estas últimas se encuentran aún en una fase de desarrollo.

E igualmente, la dinámica de su reconocimiento y protección —tanto internacional como constitucional comparada—, ha venido homologando las mismas reglas, instituciones y procedimientos de generalidad intermedia tendentes a garantizar su eficacia.

Ahora bien, vale la pena retomar —solamente a efectos expositivos, aunque sin suscribir sus propuestas concretas—, la caracterización de las generaciones de los derechos humanos propuesta por K. Vasak, quien los dividía según el triple ideario axiológico de la Revolución Francesa: *liberté, égalité, fraternité*.⁴⁸³

El acierto de Vasak consistió en identificar dichos tres principios o valores, que no solamente constituyen el ideario de la modernidad —por cierto, aún insatisfecho—, sino la razón de ser de la vida social, la base del bien común como finalidad de la política, y la justificación misma de las obligaciones jurídicas.

Sin un mínimo de libertad —que impida toda forma de dominación opresiva—, de igualdad —que garantice la no discriminación en razón de las diferencias— y de fraternidad —que conjure la conflictividad social—, resultaría imposible cimentar la convivencia comunitaria.

Siguiendo así —y únicamente en ese orden— la anterior tipología tripartita de las generaciones de los derechos humanos propuesta por Vasak, se considera que los principios generales de justicia —y muchas de las obligaciones jurídicas derivadas de los mismos— en materia de libertad e igualdad, ya se encuentran ampliamente reconocidos.

En efecto, actualmente dichos principios y bienes se encuentran presentes en prácticamente todos los acuerdos y compromisos —domésticos e internacionales—, por lo que en realidad no constituyen un problema para

⁴⁸³ Entre los motivos por los cuales se hace expreso deslinde de la caracterización de K. Vasak, se encuentra su diferenciación entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, considerando que los primeros únicamente generaban obligaciones negativas a cargo de los Estados, mientras que los segundos implican sobre todo obligaciones positivas. Como se tendrá oportunidad de exponer más adelante, los derechos civiles y políticos también generan obligaciones positivas, y los económicos y sociales se traducen frecuentemente en obligaciones negativas. La caracterización de Vasak ha tenido además cierto peso en el debate sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales que, por fortuna, en los últimos años ha venido siendo —como se verá también— superada.

la teoría de la justicia, más allá de su exposición y, en su caso, de su justificación, fundamentación o desarrollo progresivo.

Sin embargo, cabe observar que no puede decirse lo mismo respecto de los deberes, derechos y obligaciones en materia de fraternidad; particularmente en su proyección internacional y global, donde las obligaciones —tanto negativas como positivas—, distan todavía de una eficacia jurídica plena.⁴⁸⁴

⁴⁸⁴ Sobre la fraternidad como principio jurídico y sus implicaciones y proyecciones para el derecho, se transcriben algunas consideraciones hechas por Enrique del Percio, que resultan particularmente sugerentes: “la hermandad o fraternidad puede entenderse en dos sentidos distintos: o bien como aquello que efectivamente es o como aquello que querríamos que fuese. En el primer caso, la lucha entre hermanos nos pone frente a un dato de la realidad: las relaciones horizontales estimulan el conflicto. En el segundo caso, estamos frente a un anhelo: si pudiésemos evitar el conflicto todos seríamos más felices...”. Percio, Enrique del, *Ineludible fraternidad conflicto, poder y deseo*, Buenos Aires, CICCUS, 2014, p. 19. “La fraternidad universal nos advierte que la vida en común es una construcción que depende de nosotros, una realidad originaria e ideal a alcanzar... Esta cara idealista/normativa de la fraternidad es la que aparece, por ejemplo, en el Artículo Primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos... Pero, insisto, también podemos pensar en la otra faz de la bifronte fraternidad, la cara con la que mira al origen. Y en el inicio está la lucha entre hermanos: Rómulo mata a su hermano Remo y funda Roma; Caín mata a Abel y funda la ciudad de Henoch; Atenea combate con su hermano Poseidón y da su nombre a la ciudad de Atenas; Set mata a su hermano Osiris; Manco Capac es uno de hermanos Ayar que, tras varios combates fraternos, funda el Cuzco. Toda la Biblia está atravesada por las luchas fraternas: Jacob y Esaú, José y sus hermanos, el hijo pródigo, son buenos ejemplos. También la experiencia cotidiana nos muestra que los hermanos se pelean...”. *Ibidem*, pp. 20-22. “Al plantear que somos todos hermanos y hermanas nos recuerda que no hay padre; que la ley no es algo dado por alguien superior, sino que somos nosotros los que le damos vigencia, ya sea proponiéndola, elaborándola o acatándola... Pero a la vez nos recuerda el carácter conflictivo de las relaciones sociales y, por ende, nos habla también de la importancia de contar con instituciones... Y también la fraternidad nos recuerda que no hay madre: que no existe una sociedad-útero que vele por cada uno de nosotros”, *ibidem*, p. 47. “Conviene señalar una posible objeción a la centralidad que pretendemos adjudicar a la fraternidad: su no exigibilidad legal. Un Parlamento puede dictar leyes que obliguen en materia de libertad e igualdad, pero no puede hacerlo en materia de fraternidad... Esta objeción es válida hasta cierto punto si entendemos la fraternidad como un principio ético, pero no si la entendemos —como preponderantemente estamos haciendo en este texto— como una condición antropológica. Si la entendemos como principio ético o como meta al modo del ya citado artículo Primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la fraternidad debería animar el espíritu del legislador —e incluso del intérprete de la ley—, pero difícilmente podría plasmar en normas concretas. Pero si entendemos la fraternidad como origen, como catacresis que alude a una característica propia de la condición humana, entonces, como hemos visto, la fraternidad está en la base de toda legislación, tanto si se la reconoce, como si no se lo hace”. *Ibidem*, p. 63. “[La fraternidad es pues] punto de partida que puede o no ser reconocido por el ordenamiento jurídico, pero si no se lo reconoce todo el ordenamiento se asentará sobre la pura represión del no reconocido como hermano. Por ejemplo, la legislación sudafricana que

Es verdad que varias de las declaraciones, pactos y tratados, tanto universales como regionales, multilaterales y bilaterales, recogen —como se expondrá más adelante—, algunos —incluso varios— principios generales de justicia.

Pero faltan todavía infinidad de especificaciones, que son las que permitirán convertirlos en reglas, instituciones y procedimientos, que identifiquen plenamente a los obligados, los bienes que se deben, los medios para su cumplimiento y los procedimientos para su tutela.

En tal sentido, la justicia global y, específicamente, la justicia social global, constituye actualmente el problema más arduo y la tarea pendiente más apremiante, de la teoría y de la práctica de la justicia.

II. LOS FUNDAMENTOS COMPLEMENTARIOS

Dada la variedad de enfoques y planteamientos que se pretenden articular desde la perspectiva integradora y la postura ontológica asumidas, así como partiendo de los demás presupuestos y reflexiones expuestos, incluidos los apenas referidos sobre los principios generales y su justificación, se presentarán a continuación los principales fundamentos de las obligaciones jurídicas de justicia.

El orden seguido para su exposición pretende evidenciar su compatibilidad y complementariedad, deslindándose por ende de los planteamientos que los consideran recíprocamente excluyentes entre sí.

Dicho orden va de mayor a menor proximidad, destacando a su vez la mayor facilidad de determinar los primeros fundamentos, en razón de su inmediatez, pero subrayando también la especial importancia de los posteriores para afianzar los derechos y las obligaciones a partir de los bienes —individuales, de grupo y comunes— en juego.

regulaba el «desarrollo por separado» o *apartheid*, no asumía la ineludible condición fraterna de blancos y negros, a raíz de lo cual el sistema era altamente inestable. Al no encontrar el modo procedimental adecuado para expresar sus demandas, los negros no tenían más opción que transformarse en antagonistas de los blancos. Sin duda, las reglas de juego, los procedimientos, siempre van a ser impuestos por los sectores hegemónicos. Pero hay reglas que permiten que todos jueguen (aunque algunos estén en inferioridad de condiciones) y otras que lo impiden. En un caso, estamos frente al conflicto agonal propio de la política, y en el otro, se generan las condiciones para el conflicto antagónico propio de la guerra, esto es, la negación de la política... Por ejemplo, cuando hoy los Estados más poderosos de la tierra no reconocen los derechos de los migrantes, están también sentando las bases de fuertes antagonismos. *Ibidem*, pp. 68 y 69.

Los fundamentos jurídicos de los deberes de justicia propuestos son los siguientes:

1. Fundamentos directos:
 - a) el acuerdo constitucional-legal-formal-cerrado, y
 - b) el compromiso constitucional-legal-material-abierto.
3. Fundamentos indirectos:
 - a) el debate público sobre acuerdos y compromisos, y
 - b) la deliberación jurídica sobre acuerdos y compromisos.

III. LOS ACUERDOS Y LOS COMPROMISOS

1. *El acuerdo constitucional-legal-formal-cerrado*

Por lo que hace al acuerdo, puede decirse de entrada que se trata de un fundamento estrictamente formal y cerrado. Específicamente hablando, se trata de un fundamento positivista-legalista-formalista.

Cabe recordar, que partiendo del contractualismo, de las críticas al ius-naturalismo desde el empirismo y el criticismo, y de la mentalidad legalista conformada durante el siglo XIX, se desarrolló una concepción positivista, normativista y formalista del derecho.⁴⁸⁵

Dicha mentalidad se afianzó —como se dijo— a través de la codificación general del derecho, de la constitucionalización del derecho político, del liberalismo político y del culto a la ley promovido —entre otras corrientes— por la escuela de la exégesis francesa.

La referida mentalidad encontró su formulación canónica en la primera edición de la *Teoría pura del derecho* (1934) de H. Kelsen, imponiéndose desde entonces el iuspositivismo, tanto en lo filosófico como en lo metodológico y en lo técnico, así como suscitando una intensa polémica con las orientaciones realistas y valorativas, también mencionadas con anterioridad.⁴⁸⁶

Es verdad que dadas sus propias insuficiencias, así como las mismas transformaciones que tuvieron lugar en todos los órdenes durante el siglo XX —con motivo de un auténtico cambio epocal—, hoy en día los mismos

⁴⁸⁵ Véase *supra* capítulo segundo, apartado III. De entre las obras de historia del derecho y del pensamiento jurídico anteriormente citadas, pueden verse con provecho sobre el particular las de Fassò, Larenz, Pampillo, Recaséns Siches, Rodríguez Molinero, Truyol y Verdross.

⁴⁸⁶ Cfr. Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México, UNAM, 1982, e *id.*, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1979.

neoformalistas, consideran superados varios de los planteamientos kelsenianos, denominándolos, en razón de su anacronismo —y siguiendo a L. Ferrajoli— como paleopositivistas.⁴⁸⁷

Sin embargo, conviene tener presente que hacia la década de los años sesenta, el debate era aún tan álgido, que N. Bobbio debió plantear con cierto pragmatismo:

El problema que se nos presenta, en efecto, no es filosófico sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos [se refiere a los derechos humanos, como exigencias de justicia], cuál es su naturaleza y su fundamento, [ni] si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino [que se trata de saber] cuál es el modo más seguro para garantizarlos...⁴⁸⁸

Pues bien, con ese mismo pragmatismo, se propone ahora asumir, en primer lugar, este fundamento formal y cerrado, como el más inmediato y fácil de aceptar. Sobre todo considerando que muchas de las obligaciones de justicia pueden sustentarse directamente en el acuerdo expreso y determinado, es decir, en el contrato social, en el ordenamiento jurídico vigente; o sea, en las normas positivamente formalizadas, a ser judicialmente garantizadas.

En efecto, las obligaciones jurídicas de justicia pueden sustentarse de entrada —y de hecho así sucede en la mayor parte de los casos, al menos *prima facie*— en el derecho positivo vigente, asentado a su vez sobre el voluntarismo contractualista y el positivismo legalista.

Lo anterior con independencia de la fragilidad del malabarismo que debió realizar Kelsen para justificar —desde las restricciones propias de su epistemología kantiana— la obligatoriedad de su sistema. Cabe recordar sobre el particular que conforme a su teoría piramidal-escalonada del sistema jurídico (*Stufenbautheorie der Rechtsordnung*), la validez de las normas intermedias (leyes y reglamentos), e individualizadas (sentencias, actos adminis-

⁴⁸⁷ Cfr. Ferrajoli, Luigi, “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-iuspositivismo y neo-iusnaturalismo”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, Universidad de Alicante, 2011, pp. 311-370, disponible en: <https://doxa.ua.es>.

⁴⁸⁸ Bobbio, Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de R. De Asís, Madrid, Sistema, Madrid, 1991, p. 64. Por ello, hacia la misma época, Bobbio también afirmaba: “ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy jusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en lo que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro”. Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991, p. 89.

trativos y negocios jurídicos), se deriva formalmente de la Constitución, que establece las instancias y procedimientos de creación normativa.

Pero frente a la ulterior pregunta sobre el fundamento de la validez de la Constitución y ante la imposibilidad filosófica —desde su concepción formalista del deber—, de referirla a valores éticos o a realidades sociales —considerados metajurídicos—, Kelsen no tuvo más alternativa que afirmar que la norma que fundamentaba todo su sistema —*Grundnorm*—, era hipotética y debía darse por presupuesta.

Filosóficamente hablando, la validez del normativismo kelseniano se derrumbaba con una simple petición de principio lógica.

Empero y más allá de dicho conocido flanco débil de la teoría jurídica kelseniana, en términos políticos y jurídicos —como propusiera Bobbio—, el derecho positivo, en tanto que realidad normativa, puede servirnos perfectamente como un primer fundamento, directo, inmediato y expreso de la justicia. Fundamento que, además, será suficiente en una gran cantidad de casos, al menos en países organizados como Estados constitucionales, democráticos y sociales de derecho.

2. *El compromiso constitucional-legal-material-abierto*

Ahora bien, el acuerdo, el contrato social o la Constitución, no pueden contener el sustento expreso y determinado de todas las obligaciones jurídicas de justicia. Ni siquiera en su concepción dinámica, que supone la continua creación y reforma de las normas intermedias e individualizadas, cuya validez formal deriva de instancias y procedimientos preestablecidos.

En efecto, la totalidad del sistema jurídico formal normativo —leyes, reglamentos, sentencias, resoluciones administrativas y negocios jurídicos— es insuficiente para atender las necesidades siempre cambiantes de cualquier sociedad. De ahí la necesidad de fundamentos adicionales y, específicamente, del compromiso.

Para entender mejor el significado específico del compromiso, cabe hacer la siguiente observación. El acuerdo sobre el que se basa el positivismo normativista es formal, expreso y cerrado. En contrapartida, el compromiso que postula el positivismo convencional es también —al menos en parte—, material, implícito y abierto.

El punto de partida del referido positivismo convencional se encuentra en la teoría de H. L. A. Hart, expuesta en *El concepto de derecho* (1961) y su *Post Scriptum* (1994).

Para el profesor de Oxford, el derecho se conforma a través de reglas formales, que a su vez clasifica en: *i*) reglas primarias, que establecen obligaciones (*duty-imposing rules*), y *ii*) reglas secundarias, que confieren poderes (*power-conferring rules*).

Dentro de la segunda categoría, Hart ubica —junto a las reglas de cambio y a las reglas de adjudicación—, su famosa regla de reconocimiento, que es la que habilita a los actores jurídicos para determinar las normas de derecho que integran su ordenamiento.⁴⁸⁹

De hecho —según Hart— dicha *rule of recognition* es la que establece los criterios de validez del sistema jurídico.

Pero como su existencia no depende de una regla superior, a diferencia del malabarismo kelseniano respecto de su *Grundnorm*, Hart admite —simple y llanamente—, que su regla de reconocimiento consiste en un hecho social complejo.⁴⁹⁰

Ahora bien, lo interesante a destacar aquí es que ese hecho social complejo fue posteriormente interpretado por G. Postema y J. Coleman como una convención, adhiriéndose posteriormente el propio Hart a dicha opinión.

Y como destacó hace unos años R. Ortega, la convención puede interpretarse en términos más amplios que el acuerdo y, específicamente, como un compromiso mutuo.⁴⁹¹

De acuerdo con Ortega, las “convenciones sociales” son “prácticas sociales complejas”, que se van configurando a través de un proceso gradual y paulatino, sin agotarse en un simple acuerdo, involucrando más bien una serie de “compromisos mutuos” (*joint commitments*), que implican la realización futura de ciertas acciones de manera conjunta.⁴⁹²

Pues bien, en el caso de las democracias constitucionales contemporáneas, dicho compromiso mutuo no consiste solamente en los acuerdos (normas formales), sino que implica también la incorporación de elementos

⁴⁸⁹ Cfr. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, pp. 101 y ss y 145 y ss. Aunque no estén relacionadas con el tema que se está abordando, en beneficio del lector interesado puede decirse que, en términos generales, las reglas de cambio establecen las condiciones para reformar las normas, mientras que las reglas de adjudicación definen los criterios para establecer el incumplimiento de las normas primarias. Ambas confieren poderes específicos respecto de las normas primarias, dirigidos a los órganos legislativos y jurisdiccionales.

⁴⁹⁰ Cfr. Hart, *El concepto de derecho...*, cit., pp. 117 y ss., y 127 y ss.

⁴⁹¹ Cfr. Ortega García, Ramón, *Compromiso mutuo y derecho: un enfoque convencionalista*, México, Jurídica de las Américas, 2010.

⁴⁹² *Ibidem*, pp. 21 y ss.

morales —y, podríamos agregar, políticos, económicos y sociales—, como fuente material de validez del ordenamiento jurídico.

Más aún, dicho acuerdo convencional existe y es válido incluso cuando los referidos elementos morales —políticos, económicos y sociales— generan desacuerdos sobre su sentido y alcance, dejando en claro que el contrato constitucional versa sobre “principios de justicia”, cuyo contenido concreto deberá determinarse posteriormente.⁴⁹³

Como puede apreciarse con facilidad, la gran virtud del anterior positivismo convencional, desde el enfoque del compromiso mutuo —al igual que del garantismo, del neoconstitucionalismo y de los positivismos jurídicos incluyentes—, es que reconocen a los criterios éticos de validez material como fundamentos del derecho y, por ende, de las obligaciones de justicia.

En tal sentido se hacen cargo de la realidad de que los derechos humanos y fundamentales no son recipientes vacíos, sino que recogen un contenido esencial (*Wesensgehalt*) que no puede ser relegado por la norma positiva.

Más todavía, que la validez de las normas positivas no deriva solamente de su origen formal (instancia y procedimiento), sino que también depende de su contenido, que siempre debe ajustarse al núcleo mínimo de dichos derechos.

Así, el compromiso como fundamento convencional formal-material de las obligaciones jurídicas de justicia supone por un lado que éstas derivan de ordenamientos constitucionales, cuya regularidad formal se encuentra garantizada.

Además, implica que dichos ordenamientos reconocen y protegen, como observa con razón el profesor R. Vázquez, a los “derechos humanos” como “valores morales críticamente fundados”, por cuanto:

toda Constitución... es, por vocación contramayoritaria y refractaria a negociar los derechos... [que] se deben garantizar incluso frente a la voluntad popular, porque tales derechos encarnan principios morales cuyo imperativo

⁴⁹³ Cfr. *Ibidem*, pp. 127 y ss. Como observa Ramón Ortega: “en los países democráticos en los que sus textos constitucionales incluyen un catálogo más o menos extenso de derechos humanos, la regla de reconocimiento no puede dejar de incorporar los criterios materiales en forma de principios de justicia que limitan al legislador ordinario en su actividad diaria de crear leyes: es un hecho que en estas sociedades el sistema jurídico no puede tener cualquier contenido posible, sino uno que respete esos principios de justicia”, *ibidem*, p. 156. De ahí que con razón concluya: “creo que debemos reconocer la existencia de unos criterios mínimos de justicia que no podemos infringir y que nos autoricen a afirmar que la tortura es una práctica moralmente injustificable aquí y en todos lados. Considero que si no aceptamos un mínimo de objetivismo moral y sucumbimos al más puro y radical relativismo, nuestros días como sociedad están contados”. *Ibidem*, p. 157.

de justicia tiene una dimensión sustantiva que trasciende los acuerdos mayoritarios y a la propia soberanía de los Estados.⁴⁹⁴

En síntesis, el compromiso como fundamento de las obligaciones jurídicas de justicia implica el reconocimiento y la obligación de garantizar todos los derechos humanos —tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales— previstos internacionalmente.

Específicamente, la Constitución debe proteger los derechos humanos consagrados tanto en el sistema universal de la ONU, como —en su caso— por los sistemas regionales o convenciones de los que sea parte el Estado en cuestión, como un piso común sobre el cual, cada país puede —a partir del principio de subsidiariedad—, edificar para alcanzar techos más altos, consagrando en su ordenamiento jurídico sus derechos fundamentales.

De ese modo, los derechos humanos y fundamentales —tanto civiles y políticos como económicos, sociales, culturales y ambientales— constituyen a su vez pretensiones de justicia jurídica justiciable, fundadas y exigibles a través de las instancias supranacionales, internacionales, nacionales e intraestatales previstas para ello.

IV. LOS DEBATES Y LAS DELIBERACIONES

1. *Fundamentación, justificación, ajuste y modificación*

Salvo por las obligaciones propias de la justicia global, mismas que aún se encuentran —como se ha repetido— en una fase de desarrollo, debe reconocerse que la mayor parte de los deberes vinculantes de justicia, se encuentran

⁴⁹⁴ Vázquez, Rodolfo, *Teorías contemporáneas de la justicia...*, cit., p. 302. En el mismo sentido, L. Ferrajoli observa que su garantismo y su esfera de lo indecible a los que anteriormente se hizo referencia, se basan en una concepción material o sustantiva del contrato social y de la democracia: “La democracia sustancial es un veto a las decisiones de la mayoría de una sociedad, y a través de normas jurídicas se protegen los derechos fundamentales de las personas y los principios axiológicos contenidos en la Constitución. Mientras que la democracia formal implica la referencia al quién y al cómo de las decisiones, garantizada por normas formales que disciplinan la forma de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; la democracia sustantiva refiere al qué es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y qué está garantizado por las normas sustanciales que regulan la sustancia o el significado de las mismas decisiones vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales”. Ferrajoli, “Derechos fundamentales”..., cit., p. 23.

actualmente fundados sobre los acuerdos y compromisos, tal y como han quedado expuestos.

No obstante, el debate público y la deliberación jurídica —como ejercicios de diálogo y argumentación— constituyen dos bases de capital importancia, brindándole su verdadero sustento a la justicia jurídica. Su relevancia radica en que tanto el debate como la deliberación —a través de su maduración progresiva— constituyen además la misma fuente y los cimientos que justifican los principios, criterios, bienes, valores y deberes generales de justicia.

Como se expuso en su momento, dichas fuentes realizan esa justificación, tanto externamente, en su fase de procesos socioculturales históricos, cuanto internamente, en virtud de las razones y reflexiones que entrelazan con sus argumentos.⁴⁹⁵

Además de justificar los deberes generales de justicia, son también un fundamento indirecto de la obligaciones jurídicas establecidas a través de compromisos y acuerdos. Más aún, constituyen el refuerzo de la obligatoriedad de dichos acuerdos y compromisos.

Y adicionalmente, el debate y la deliberación aseguran la vigencia de los acuerdos y compromisos, facilitando su necesario acomodo a las nuevas circunstancias —problemas sociales y valoraciones culturales—, así como posibilitando inclusive su modificación y hasta su misma sustitución de ser necesario.

2. *El debate social sobre acuerdos y compromisos*

A. *Espacio público, ética, política y derecho*

En términos muy generales, puede decirse que el espacio público es el lugar —real y virtual—, donde se discuten los valores públicos (ética), subyacentes a las acciones de gobierno para ordenar a la sociedad conforme al bien común (política), estableciendo así las reglas, instituciones y procedimientos obligatorios para normar —subsidiariamente— la convivencia (derecho).

Las ideas, principios, criterios, valores, bienes, deberes y obligaciones —éticos, sociales, políticos, económicos y jurídicos—, se debaten en el es-

⁴⁹⁵ Véase *supra*, capítulo décimo, apartado I.

pacio público para configurar los acuerdos y los compromisos mencionados anteriormente.

Sin embargo, para que sea posible un verdadero debate sobre los mismos, dentro del actual contexto del “politeísmo de los valores” (M. Weber), y del interculturalismo contemporáneo, son necesarios algunos criterios para racionalizarlo, con el propósito de evitar sus derivas frecuentes.

Paradójicamente, poco nos ayuda para ello la autonomización de la ética respecto de la política, la economía y de derecho. En efecto, producto del pensamiento moderno —a cuya evolución atomizadora, así como subjetivista y relativista ya se hizo referencia—, dicha separación ha contribuido más bien, como observa Cruz Prados, tanto a “desmoralizar” a la política, a la economía y al derecho, cuanto a “privatizar” a la ética.⁴⁹⁶

Además —y sobre todo—, tal alejamiento ha contribuido a despojar al pensamiento práctico —ético, político, económico y jurídico— de su propia lógica común.

Dicha lógica común del pensamiento práctico, se encontraba estructurada a partir de la noción axial de bien, y específicamente de bien común, entendido este último como medio y fin que articulaba las tensiones entre el individualismo y el colectivismo, estableciendo a su vez una jerarquía entre todos los bienes individuales, de grupo y comunes.

Afortunadamente, la recuperación del pensamiento teleológico o finalístico —que también se refirió en su momento—, nos permite volver a proponer la ordenación de los distintos intereses contrapuestos dentro de la sociedad, apelando al concepto de bien común.⁴⁹⁷

Concepto que además apunta hacia una finalidad compartida, hacia un propósito común, que es lo que le da sentido a la vida social, delimitando a su vez los ámbitos de lo público y lo privado.

Para ello debe atenderse —con sentido práctico de lo concreto—, a los fines y a los medios, a las cosas y a los bienes, que le han sido confiadas a la comunidad para realizar en favor de sus miembros.

Y ciertamente no cabe respecto de dicha caracterización concreta —salvo de manera falaz— la pregunta subjetivista de ¿bueno para quién? Pues la respuesta objetiva buscada, se encuentra en la diversa cuestión de ¿bueno

⁴⁹⁶ Cfr. Cruz Prados, *Ethos y polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política...*, cit., p. 192.

⁴⁹⁷ Véase *supra*, capítulo segundo, apartados II, III y IV.

para qué? Interrogante cuya respuesta, en este caso, radica precisamente en el bien común.⁴⁹⁸

Por lo mismo, y a pesar de su mérito e influencia, no se comparte del todo la concepción política rawlsiana, que considera que el debate público únicamente puede alcanzar acuerdos, cuando las diversas “doctrinas comprensivas” se someten al imperio de la “razonabilidad” como criterio propio de la “razón pública”.⁴⁹⁹

Es verdad que las “doctrinas comprensivas” —como concepciones filosóficas o religiosas generales, que orientan la vida de las personas—, requieren dialogar entre sí dentro del espacio público, para así llegar a los consensos que requiere la vida política.⁵⁰⁰

El problema es que la “razonabilidad” que Rawls les pide es, a su vez, parcial y subjetiva, por cuanto que la deriva de su misma “doctrina comprensiva”.⁵⁰¹

Hay que distinguir, efectivamente, entre razones públicas y razones privadas, entre la moral pública y la moral privada; pero no a partir del punto de vista subjetivo de las “doctrinas comprensivas”, sino más bien a partir de su objeto.

De ahí la importancia de diferenciar el espacio público de los espacios privados, pues el objeto del debate público debe estar referido al orden, actividades, instituciones, bienes y fines del primero.

Evidentemente, sobre las anteriores cuestiones podrán suscitarse diferencias de apreciación entre las “doctrinas comprensivas”. Pero la solución no se encuentra en su descalificación —o la de sus seguidores—, por ser supuestamente irrazonables, imponiendo los criterios de una sobre las otras. Más bien se halla en el mismo diálogo que deberá atender, considerar y trascender los puntos de vista particulares, tomando en cuenta lo que es mejor para todos desde la perspectiva del bien común.

Para ello —y con miras a evitar los peligros de la demagogia—, vale la pena retomar, nuevamente, las propuestas de Cruz Prados, quien observa

⁴⁹⁸ Se hizo paráfrasis en este párrafo de la espléndida exposición de Cruz Prados, a quien además, se sigue muy de cerca dentro del presente apartado. *Ethos y polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política...*, cit., p. 134.

⁴⁹⁹ Cfr. Rawls, John, *El liberalismo político*, trad. de A. Domènech, Barcelona, Crítica, 1996, p. 165

⁵⁰⁰ Cfr. Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, trad. de Andrés de Francisco, Barcelona, Paidós, 2002, p. 43.

⁵⁰¹ En el mismo sentido, véase a Villavicencio Miranda, Luis, “¿Es política la justicia como equidad?”, *Ideas y Valores*, vol. LXII, núm. 152, Bogotá, 2013. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-00622013000200011.

que los debates públicos deben delimitarse de dos maneras.⁵⁰² Por un lado, procurando no discutirlo siempre todo, pues es necesario que se parta —recordando lo antes expuesto—, de los acuerdos y compromisos previamente asumidos por cada sociedad, incluyendo los derechos humanos. Por el otro, tomando conciencia de que el debate debe inscribirse en el contexto de la común pertenencia a una misma sociedad, integrada por todos sus miembros.

Para hacer presente ese presupuesto de la común pertenencia a una determinada sociedad, conviene retomar el concepto clásico de “sentido común” —*homonoia* y *sensus communis*—, como cierta sensibilidad compartida comunitariamente.

Sensibilidad compartida que se traduce primeramente en la permanente consideración —a pesar de la aspereza que puedan revestir los debates— de que todos pertenecemos a una misma comunidad.

Y también, sensibilidad respecto de ciertas ideas generales de bien, justicia, respeto, cuidado, compasión, igualdad, que son parte del sentido común —ético, político, económico y jurídico— de toda comunidad, que infortunadamente, muchas veces son desatendidas por los políticos desde ciertas agendas ideológicas.

Adicionalmente, en la medida en la que el diálogo busca el entendimiento para el acuerdo, conviene tener en cuenta algunas consideraciones pragmáticas, dentro de las cuales, a manera de ejemplo, pudieran citarse las siguientes:

- a) realismo, para entender que además de las ideas y los ideales, en materia de justicia entran también en juego los intereses, cuya convergencia hay que saber buscar; y las pasiones, que también hay que aprender a reconducir, mediante un pensar-sentiente;
- b) visión, para distinguir entre los consensos actualmente posibles y los deseables y sólo eventualmente alcanzables, pavimentando el camino hacia los segundos desde los primeros;
- c) circunspección, para identificar los contextos cambiantes, procurando dentro de los mismos cuando no sea posible lograr el bien mayor, al menos impedir los peores males, y
- d) discernimiento, para asegurar siempre —aunque con tacto— que exista claridad respecto de principios, valores y fines cuya explicitación es fundamental para evitar malentendidos, y que muchas veces

⁵⁰² Cfr. Cruz Prados, *Ethos y polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política...*, cit., pp. 428 y ss., y 142 y ss.

permite descubrir motivaciones subyacentes, que al hacerse aparentes permiten reorientar el diálogo hacia puntos de encuentro alternativos.

A la postre, también se debe asumir que el diálogo —lamentablemente—, no siempre conduce al entendimiento.

Sabemos que el conflicto deriva muchas veces en violencias e imposiciones que establecen perspectivas sostenidas más por su fuerza que por su verdad. Por lo que cabe recomendar a los que se ocupan de la justicia, paciencia y perseverancia.

B. *La necesidad de ordenar el entendimiento*

Dicho lo anterior y específicamente respecto del debate público, cabe apuntar que como diálogo social para el acuerdo, el compromiso o el refuerzo, acomodo, modificación o sustitución de los mismos, es conveniente reiterar lo que se indicó en su oportunidad sobre las teorías procedimentales.

Particularmente vale la pena insistir en el reconocimiento del valor de sus aportaciones, al describirnos situaciones racionales (J. Habermas), posiciones políticas (J. Rawls) y propuestas interculturales (R. Fornet y R. Panikkar), útiles para normar y conducir la discusión pública.

En efecto, la “situación ideal del habla” de Habermas nos destaca que la “acción comunicativa” debe ser “libre” de la “manipulación”, de la “fuerza”, de la “coacción” y del “error”. Para ello, sugiere ciertas garantías de las anteriores libertades, como la igual oportunidad de expresarse, así como ciertas reglas lingüísticas, metodológicas y argumentales para la discusión, a efecto de asegurar la “racionalidad”, “verdad”, “rectitud” y “corrección” de la misma.⁵⁰³

Sobre el modelo constructivista neokantiano de Rawls, ya se hizo amplia referencia a su “posición original”, caracterizada por partir del interés de los “contratantes sociales”, debiendo por ello servirse del “velo de ignorancia”, así como aplicar la “regla del *maximim*”, entre otras condiciones que recomienda para definir los principios políticos de la justicia.⁵⁰⁴

⁵⁰³ Véanse las siguientes obras de Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa. Vol. 1: Racionalidad de la acción y racionalización social*, y *Vol. 2: Crítica de la razón funcionalista*, trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Taurus, 1987; *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Cátedra, 1989, y *Facticidad y validez*, trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.

⁵⁰⁴ Véase *supra* capítulo tercero, apartado IV, y *cfr.* Rawls, Ronald, *Teoría de la justicia...*, cit. pp. 25 y ss.

Respecto de las propuestas interculturales, baste con recordar, en el caso de Panikkar, la del “duólogo conversacional” como búsqueda de la verdad desde la razón (*logos*), pero también desde las creencias (*mythos* y *pneuma*).⁵⁰⁵ Respecto de Fornet-Betancourt es suficiente aquí con retomar su preocupación por el “pluralismo cultural”, procurando equilibrar —dentro del contexto de la globalización—, las asimetrías entre las culturas y sugiriendo para remediarlas una “ética del respeto, la tolerancia y la solidaridad”, que a su vez privilegie las “tradiciones culturales liberadoras”.⁵⁰⁶

Los anteriores modelos procedimentales planteados para la discusión racional, política, e intercultural sobre cuestiones prácticas —como las que suscita la justicia en los campos de la ética, el gobierno, la economía y el derecho—, resultan indudablemente útiles, aunque también insuficientes.

En efecto, más allá de la naturaleza hipotética —en ciertos casos, artificial y utópica— de algunos de sus planteamientos, su principal limitación se encuentra en su condición formal-procedimental.

Circunstancia que cuando mucho les permite hacer algunas aportaciones en el ámbito de los principios más generales, pero que restringe significativamente su capacidad propositiva en materia de auténticas obligaciones jurídicas.

De hecho —como se ha repetido en varias ocasiones—, la pretensión de dichos modelos discursivos de recuperar la objetividad desde una pluralidad de subjetividades objetivamente orientadas y a través de procedimientos formales, sólo puede dar lugar a conclusiones demasiado abstractas, incluso etéreas.

Para alcanzar la concreción que exige la fundamentación de obligaciones jurídicas de justicia específicas, resulta indispensable que el diálogo recupere los contenidos del razonamiento y su propia lógica material discursiva.

Ahí se encuentra precisamente la importancia de la recuperación, dentro del debate público, de la dialéctica, la retórica y la tópica como instrumentos de una lógica material aplicables para las cuestiones humanas y sociales.

En efecto, los problemas propios de la justicia no pueden resolverse mediante argumentaciones racionalistas y lógico-formales que pretendan derivar silogísticamente conclusiones necesarias de exactitudes axiomáticas.

⁵⁰⁵ Panikkar, *The Intra-Religious Dialogue...*, *cit.*, *passim*.

⁵⁰⁶ *Cfr.* Fornet-Betancourt, “Tesis para la comprensión y práctica de la interculturalidad como alternativa a la globalización”..., *cit.*, pp. 387 y ss. Véase también a Díaz Montiel, Zula C., *Rail Fornet-Betancourt: intersubjetividad, diálogo y ética intercultural*, Nova Petrópolis, Nova Harmonia, 2017.

Pero tampoco pueden considerarse, en el extremo opuesto, como asuntos meramente subjetivos condenados al relativismo de las emociones irracionales, que sólo puedan ser objeto de acuerdo ante la ausencia de un posible entendimiento común.

El debate público sobre las cuestiones éticas, políticas, económicas y jurídicas propias de la justicia es posible a través de un discernimiento ordenado, que cuente con criterios de pertinencia y método conforme a determinadas reglas.

Dichas reglas, elaboradas precisamente por la dialéctica, permitieron históricamente la discusión racional sobre los problemas prácticos y opinables, donde aunque no era posible alcanzar la demostración apodíctica, propia de la lógica formal, sí resultaba factible razonar metódicamente.

Para ello, en la teoría clásica se partía —como se expuso en su oportunidad— de premisas razonables y probables, proporcionadas por la tópicca —como repertorio de los lugares y argumentos propios del sentido común—, para ir llevando a los diferentes interlocutores a través del diálogo a conclusiones viables, realistas, oportunas, convenientes y aceptables.⁵⁰⁷

Además de las técnicas dialécticas de la argumentación discursiva para lograr el convencimiento racional (*logos*), la teoría clásica se sirvió también de la retórica como técnica de la persuasión sustentada sobre la calidad moral del interlocutor (*ethos*) y su capacidad para lograr la empatía emocional de su público (*pathos*).

El debate público incluía argumentos racionales, pero también morales y emocionales. Y aunque los últimos ofrecían el peligro de su abuso —como de hecho sucedió en la antigüedad con los sofistas y actualmente nos pasa con los demagogos—, ni pueden ni deben ser evitados, pues el diálogo sobre la justicia exige —como se expuso anteriormente— tanto de la indignación como de la compasión que suscita la injusticia.

Lo importante del diálogo sobre la justicia es que sea auténticamente dialógico. Es decir, que puedan escucharse las razones de todas las partes, ponderarse todos los puntos de vista, para después tomar una decisión que no constituya una mera imposición volitiva, sino que sea el producto de trascender las perspectivas —y los sentimientos— individuales y de grupo, con miras a alcanzar lo que sea mejor para el bien común.⁵⁰⁸

Además de la recuperación intelectual de la dialéctica y de la retórica —que se ha venido llevando a cabo, al menos dentro de los círculos académicos—

⁵⁰⁷ Véase *supra* capítulo segundo, apartado II.

⁵⁰⁸ Cfr. Cruz Prados, *Ethos y polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política...*, cit., pp. 139 y ss.

nicos desde la segunda mitad del siglo XX—, se impone especialmente la necesidad de su socialización, que resulta primordial para el establecimiento y consolidación de verdaderas sociedades democráticas.

Dicha socialización requiere de una educación cívica y de un compromiso ciudadano como condiciones para que puedan debatirse, reflexiva y ponderadamente, las razones, los valores y los argumentos de manera sensata y prudente.

Lamentablemente, los niveles de educación social y compromiso ciudadano que posibilitarían un debate maduro, se encuentran hoy día ausentes en casi todo el mundo.

En contrapartida, es fácil apreciar que el debate social está plagado, en todas partes, de intereses e ideologías, casi siempre asociales, e inclusive antisociales, que dificultan enormemente un entendimiento humano y social capaz de lograr una convivencia justa.

C. *Límites y posibilidades de los debates*

Es preciso reconocer que los debates públicos sobre la justicia, como diálogos para renovar, determinar o modificar los acuerdos y compromisos, no suelen encauzarse adecuadamente en lo formal ni en lo material, a diferencia de las discusiones jurídicas que se plantean en sede jurisdiccional.

En efecto, los debates públicos que con regularidad tienen lugar en sede parlamentaria —eventualmente constituyente— y que en ocasiones se encuentran acompañados de algunas instituciones propias de la democracia directa —como las consultas públicas, referéndums o plebiscitos— se hallan por lo general insuficiente e inapropiadamente estructurados.⁵⁰⁹

⁵⁰⁹ En términos formales, el proceso legislativo se encuentra habitualmente estructurado en las Constituciones y en leyes reglamentarias, previendo como componente esencial del mismo la posibilidad del debate en tribuna. El debate forma parte del proceso legislativo y su ausencia o desarrollo viciado puede dar lugar, en ciertas jurisdicciones, a la inconstitucionalidad de una ley aprobada de manera irregular. El proceso habitualmente comprende la presentación de las iniciativas, su lectura y su debate, a través de reglas bastante flexibles. Sin embargo, por lo que hace al debate en sí mismo, no se encuentra regulado. Es verdad que a lo largo de la historia se ha tratado de desarrollar el curso lógico que debieran seguir los debates, destacando los libros clásicos de Hamilton, William Gerard, *Lógica parlamentaria*, México, Senado de la República, 2007, y de Bentham, Jeremy, *Tácticas parlamentarias*, México, Senado de la República, 2006. Sin embargo, a pesar de constituir —entre muchas otras— obras de referencia, no son de seguimiento obligatorio y en términos generales se trata de una literatura desconocida por los legisladores.

Y lo mismo puede decirse de aquellos que tienen lugar en el ámbito internacional, dentro de asambleas generales o parlamentos supranacionales, así como —aunque con matices— de los que tienen lugar en cuerpos colegiados más compactos, incluso cuando los mismos tienen cierta naturaleza técnica.

Vale la pena considerar —a efecto de dimensionar la referida falta de estructura—, que el debate judicial se encuentra minuciosamente ordenado a través de leyes procesales o de enjuiciamiento.

Las etapas del proceso —planteamiento de la *litis*, pruebas, alegatos, sentencia y recursos— están claramente delimitadas y prolijamente reguladas.

Las normas formales y procedimentales sobre plazos, audiencias, declaraciones y una infinidad de cuestiones e incidencias, son pormenorizadas.

E igualmente —y sobre todo—, las razones materiales que pueden aducirse por las partes —acciones, excepciones, agravios—, así como los criterios conforme a los cuales deben dictarse las sentencias, se hallan ampliamente desarrollados tanto en lo relativo al fondo como en lo tocante al procedimiento mismo.

En contrapartida, por lo que hace a la elaboración y reforma de las leyes —incluida la propia Constitución—, el proceso legislativo suele ser demasiado laxo.

Y lo mismo sucede, como se dijo, en el ámbito internacional de las conferencias para la elaboración de tratados y en las asambleas y parlamentos de las diferentes organizaciones interestatales.

Además, dichos debates se encuentran usualmente condicionados por intereses, alterados por efectismos retóricos, y lastrados por perspectivas ideológicas, pretensiones propagandísticas o finalidades electorales, que abonan muy poco a una discusión racional, política e intercultural como la que se requeriría.

Por otro lado, dada la naturaleza y demás funciones de las asambleas representativas y las características de los instrumentos de la democracia participativa, tampoco parece posible someterlos a procedimientos mucho más estrictos. Ni puede evitarse que entre los participantes en la discusión social afloren las pasiones propias de la conflictividad política, que deben resolverse precisamente a través de un diálogo abierto.

¿Qué hacer entonces?

Una primera opción —mala (por insuficiente) pero al menos conocida—, es seguir confiando en la función correctiva de la jurisdicción —es-

pecíficamente la constitucional y la convencional—, que desde la segunda mitad del siglo XX, ha venido ganando relevancia y protagonismo.⁵¹⁰

Dos alternativas complementarias —además de la educación cívica y el compromiso ciudadano— que pudieran citarse, y que por razón de espacio tan sólo se mencionan, serían: *i*) mejorar la calidad de las iniciativas normativas, y *ii*) asegurar el control de calidad de las normas aprobadas antes de su entrada en vigor.

Para lo primero existen varias posibilidades. Una de ellas sería la creación de una carrera parlamentaria, que provea a los cuerpos legislativos, de asesores profesionales y permanentes, cuyos dictámenes técnicos deban ser atendidos por los representantes populares. Dicha posibilidad, que existe ya —con matices— en algunos países, también se encuentra en el espacio internacional gracias a la carrera diplomática.

Otra alternativa sería la integración, en el seno de los congresos, de representantes corporativos de profesiones, industrias o sectores. E igualmente puede citarse el ejercicio de someter a opinión consultiva de las universidades, colegios profesionales o destacados intelectuales, aquellas cuestiones que así lo requieran.

Algunas de esas prácticas ya son comunes en algunos países europeos, así como dentro del proceso legislativo de la Unión Europea.⁵¹¹

Sobre el control de calidad mencionado, se encuentra cada vez más difundida la práctica de someter las leyes y los tratados a control previo de constitucionalidad o de convencionalidad, así como de solicitar dictamen previo a los tribunales constitucionales o internacionales.⁵¹²

En fin; el punto a destacar aquí es, por un lado, la enorme relevancia que tienen el diálogo social y el debate público en la configuración de las

⁵¹⁰ Una aproximación breve, general y panorámica puede verse en Pampillo Baliño, Juan Pablo, “Panorama y diagnóstico de la justicia constitucional”, *Discursos de Ingreso a la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación (1930-2007)*, México, M. A. Porrúa-AMJyL, 2009, pp. 219 y ss. Con mucho mayor detalle y profundidad, pueden verse —entre la extensa literatura existente— las obras de Cappeletti, Mauro, *La justicia constitucional*, trad. de L. Dorantes, México, UNAM, 1987; Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional transnacional*, México, Porrúa, 2016, y Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución*, México, Porrúa, 2005.

⁵¹¹ Entre la amplia literatura sobre derecho constitucional comparado, pueden encontrarse panoramas generales sobre dichas instituciones parlamentarias en Vergottini, *Derecho constitucional comparado...*, *cit.*; Ginsburg y Dixon (eds.), *Comparative Constitutional Law...*, *cit.*; López Garrido, Massó Garrote y Pegoraro (dirs.), *Derecho constitucional comparado...*, *cit.*, y Rosenfeld y Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law...*, *cit.*. Sobre el derecho de la Unión Europea, véase a Alonso García, *Sistema jurídico de la Unión Europea...*, *cit.*

⁵¹² *Idem.*

obligaciones de justicia, así como, por el otro, las múltiples limitaciones y riesgos que dicho debate encierra de no encauzarse adecuadamente.

Sin ser objeto del presente trabajo, es obvio que se requiere de un rediseño imaginativo de las instituciones y procedimientos normativos del constitucionalismo decimonónico, todavía vigente en la mayor parte del mundo, ante la profunda crisis de la representación política y la democracia partidista, así como los renovados peligros de una regresión demagógica que se advierten en diversas latitudes.

3. *La deliberación jurídica sobre acuerdos y compromisos*

A. *Generalidades*

En términos sencillos, puede entenderse por deliberación jurídica la reflexión, el discernimiento y el diálogo sobre los principios generales, así como sobre las reglas de generalidad intermedia —incluidas las instituciones y los procedimientos—, a efecto de determinarlos para los diversos tiempos, espacios, situaciones, casos y personas concretos.

Los polos de la deliberación siempre son la realidad y la cultura; es decir, por un lado, la realidad social problemática y, por el otro, el conjunto de referentes culturales —principios y reglas— puestos al servicio de la solución de los conflictos. Así, la deliberación jurídica permite *a-jus*-tar y *re-a-jus*-tar las normas, reglas y principios a la evolución social y cultural, a través de los agentes del derecho, desde los jueces, servidores públicos y notarios, hasta los abogados independientes, los académicos y los juristas.

Sobre la deliberación jurídica en general, cabe decir también que conviene que se beneficie —al igual que el debate público— de las aportaciones de las teorías procedimentales, racionales, políticas e interculturales expuestas.

Adicionalmente —como también se adelantó—, debe complementar su formalismo discursivo considerando los contenidos materiales del derecho, que en realidad son —dada su misma interdisciplinariedad— de naturaleza humana y social —ética, política, económica, cultural—, más allá de la peculiar *ratione iuris* desde la cual se les valora, jerarquiza y ordena.⁵¹³

Para ello, afortunadamente la tradición jurídica occidental ha desarrollado un extenso *corpus* de principios y reglas, recogidos —como se indicó— en diversas leyes, sentencias y doctrinas, que más allá de las diferencias

⁵¹³ Véase *supra* capítulo primero, apartado I.

entre el *rule of law* y el *staatrecht*, o entre el *due process of law* y las garantías procesales, en realidad constituyen un patrimonio común, que se encuentra ampliamente difundido a través de los sucesivos fenómenos de circulación y trasplante.⁵¹⁴

B. *Deliberación interpretativa e integradora*

Existen múltiples tipologías para distinguir las diferentes clases de deliberación jurídica.

Para los solos efectos expositivos del presente apartado, se proponen las siguientes:

- a) la que las diferencia en atención a su objeto y efecto, pudiendo ser:
 - i) interpretativa sobre normas, ii) interpretativa sobre principios, o
 - iii) integradora sobre normas o principios, y
- b) la que las distingue en razón de su fuente o procedencia, pudiendo clasificarlas en: i) potestativas, como la jurisdiccional, y ii) autoritativas, como la científica.

Respecto de la primera clasificación, cabe observar que la determinación de las reglas —que a su vez configuran las instituciones y los procedimientos— puede versar sobre normas o principios, variando desde luego el modo en que se aplican las primeras y se ponderan los segundos.⁵¹⁵

Con relación a las normas, la definición de su validez, su interpretación, su prevalencia para los casos de antinomias, o la calificación de los hechos conforme a las mismas, puede revestir sin duda cierta complejidad técnica. Pero la definición del alcance en concreto de los principios y, sobre todo, su

⁵¹⁴ Además de los textos generales sobre historia de la tradición jurídica occidental previamente citados, por economía se remite nuevamente, junto con la bibliografía ahí consignada, a Pampillo Baliño, *Historia general del derecho...*, *cit.* Sobre el derecho comparado, la circulación de los modelos y los trasplantes, pueden verse las obras generales de Esin Örüçü y David Nelken, *Comparative Law. A Handbook*, Portland, Hart Publishing, 2017; Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2006, y Roberto Scarciglia, *Métodos y comparación jurídica*, Madrid, Dykinson, 2018. Específicamente sobre la difusión de la cultura jurídica occidental en el actual contexto de la globalización, puede verse la obra de Goldman, David B., *Globalisation and the Western Legal Tradition*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008.

⁵¹⁵ Véase *supra* capítulo primero, apartado II. *Cfr.* Pampillo Baliño, “¿Qué es el derecho, cómo se estructura y cómo evoluciona?”..., *cit.* Se retoman en general los planteamientos ampliamente difundidos y aceptados de Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica...*, *cit.*, *passim*.

ponderación para el caso de conflicto, siempre resulta de especial dificultad, no sólo técnica, sino frecuentemente axiológica.⁵¹⁶

Lo cierto es que en ambos casos, la deliberación será interpretativa cuando parta de normas y principios acordados explícitamente o convenidos en forma implícita, como parte de las instituciones y procedimientos que conforman el ordenamiento jurídico positivo.

Será integradora, en cambio, cuando el derecho positivo vigente carezca de una norma o principio específico para reconducir un caso concreto.

En dicho caso, la determinación deliberativa será eminentemente creativa o re-creativa, pudiendo desarrollarse principalmente a través de tres vías: la invención, la imitación o la innovación.⁵¹⁷

La más arriesgada es la invención, que supone la creación de una norma o principio enteramente nuevo. La imitación tiene la ventaja de adoptar una regla preexistente en otra latitud o en otro tiempo, lo que disminuye el riesgo de su acogida, siempre y cuando se adapte convenientemente a la realidad sociocultural donde habrá de injertarse. Por su parte, la innovación suele ser la más recomendable, pues supone la actualización o reelaboración sobre una norma o principio vigente, extendiendo su alcance.

En cualquiera de los anteriores casos, la interpretación y la integración que determinan, actualizan, adaptan, recrean o reelaboran, tanto las normas como los principios jurídicos, requiere del empleo de técnicas argumentales y métodos jurídicos, a los que en breve se hará referencia.

C. *La deliberación institucional y la científica*

Por lo que respecta a sus fuentes, se indicó que la deliberación jurídica puede clasificarse en potestativa o autoritaria, en el sentido de que su obligatoriedad derivaría —siguiendo el pensamiento de A. D’Ors—, o bien de

⁵¹⁶ Cfr. en general a Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., *passim*. También puede verse a Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017. Sobre la ponderación de principios, véase la exposición esquemática de Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en Cáceres, Enrique *et al.* (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 17 y ss.

⁵¹⁷ Cfr. Pampillo Baliño, “¿Qué es el derecho, cómo se estructura y cómo evoluciona?”..., cit., donde en general se retoman algunas consideraciones sobre la evolución jurídica expuestas por García-Gallo, Alfonso, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1972, t. I, pp. 2 y ss.

la *potestas* (“poder socialmente reconocido”), o de la *auctoritas* (“saber socialmente reconocido”).⁵¹⁸

En tal sentido, la deliberación jurídica puede proceder en primer lugar de los poderes constituidos, es decir, de los jueces y demás servidores públicos investidos de la facultad —jurisdiccional o administrativa— de resolver conflictos bajo el ordenamiento jurídico positivo vigente, mediante las normas jurídicas individualizadas, que determinan —aplicando, interpretando o integrando— las reglas contenidas en los acuerdos y compromisos.

Pero también puede provenir de la reflexión académica, de naturaleza teórico-práctica y técnico-humanística, desarrollada por los juristas, quienes en ejercicio de la *auctoritas scientia*, exponen sus opiniones y dictámenes.

La importancia de los juristas dentro de la tradición jurídica occidental, específicamente al interior de la familia del *civil law*, ha sido y es fundamental.⁵¹⁹

A través de los mismos, se ha preservado el rico patrimonio de una elevada cultura jurídica que ha contribuido destacadamente al desarrollo del derecho contemporáneo en sus principios, reglas e instituciones, gracias a su reflexión y magisterio. Dicha labor ha sido llevada a cabo en la familia del *common law* principalmente por los *judges* y, de modo menos destacado, por los *law professors*.

Lo cierto es que —retomando algunas consideraciones hechas por J. B. Vallet de Goytisolo— cabe recordar aquí que el estudio teórico-práctico del derecho o jurisprudencia, en sus tres niveles epistémicos —sapiencial, cien-

⁵¹⁸ La teoría orsiana sobre la obligatoriedad fue expuesta por primera vez en d’Ors, Álvaro, “Autoridad y potestad”, *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Madrid, Instituto Jurídico Español, 1973, y posteriormente extendida y perfeccionada en varias de sus obras. Una exposición completa sobre estas nociones de *auctoritas* y *potestas* propuestas por el romanista español puede verse en la obra de Domingo, Rafael, *Auctoritas*, Barcelona, Ariel, 1999.

⁵¹⁹ En su condición de estudiosos prácticos, los juristas —que en principio no son investigadores de tiempo completo ni profesionales desvinculados de la reflexión jurisprudencial, sino más bien la encarnación del equilibrio entre teoría y praxis—, han contribuido de modo destacado a la configuración de los principios, las reglas, las instituciones y los procedimientos jurídicos actuales. Desde la antigüedad romana, pasando por la jurisprudencia universitaria del *ius commune* y la ciencia jurídica moderna, hasta llegar a nuestros días, sus reflexiones, propuestas y ejemplos —producto de la meditación, la experiencia y la ética— han delineado los perfiles de un saber teórico, de un saber hacer práctico y de un saber ser ético, que representan —en las mencionadas épocas—, los nombres de Papiniano, Bártolo y Savigny, entre muchos otros. Su actividad, denominada jurisprudencia, es pues teoría, práctica y virtud. El crédito de sus reflexiones y propuestas reside tanto en la solidez de sus conocimientos como en la perspicacia de sus recomendaciones, derivadas de la experiencia, cuanto en la confiabilidad que inspira su congruencia de vida y honestidad personal. *Cfr.* Pampillo Baliño, *Historia general del derecho...*, *cit.*, *passim*.

tífico y práctico— tiene dos dimensiones.⁵²⁰ Una primera de carácter explicativo —de *iure condito*, de *lege data*, o sobre el derecho que es—, que expone las características del ordenamiento jurídico vigente, sus principios, reglas, instituciones y procedimientos actuales.

Pero también tiene otra segunda, de naturaleza dogmática —de *iure condendo*, de *lege ferenda*, o sobre el derecho que debiera ser—, que es una verdadera fuente formal del derecho.

Así, mientras la jurisprudencia explicativa expone metódicamente el contenido del ordenamiento jurídico, a partir de sus acuerdos y compromisos, la jurisprudencia dogmática cumple más bien con una función crítica y propositiva, desarrollando nuevas reglas e instituciones.

En dicho sentido, la deliberación jurídica desarrollada por la jurisprudencia, por los juristas, por los *judges* —en tanto que estudiosos prácticos y no en su condición de jueces— y por los *law professors*, constituye indudablemente una fuente indirecta de las obligaciones de justicia, cuya virtualidad deriva de la solidez de sus conocimientos, de la viabilidad práctica de sus planteamientos y del crédito moral que se les reconozca —*auctoritas*— en virtud de su confiabilidad.⁵²¹

D. Las técnicas argumentales y los métodos jurídicos

Así como el fundamento inmediato y expreso de las obligaciones jurídicas de justicia se encuentra en los acuerdos y en los compromisos, su justificación y fundamentación mediata y definitiva —así como la de los mismos principios generales que las orientan—, se encuentra —como se dijo— en el diálogo social y en la deliberación jurídica.

Pero debe subrayarse que dicha justificación y fundamento se halla muy especialmente en la deliberación jurídica, que en realidad es la que guía a todas las demás, como la voz de su conciencia.

⁵²⁰ Cfr. Vallet de Goytisolo, Juan B., *Metodología jurídica*, Madrid, Civitas, 1988. Sobre el conocimiento jurídico remito desde luego a la obra de Martínez, Juan Antonio, *El conocimiento jurídico*, 3a. ed., Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2012.

⁵²¹ Se considera pues que la *auctoritas* constituye un reconocimiento social no solamente a un saber, sino también a un saber hacer e igualmente a un saber ser. De ahí que además de los niveles epistemológicos sapiencial y científico, sea fundamental en la jurisprudencia el práctico, en su doble vertiente de *ars iuris* y de *ethica iuris*, pues la confiabilidad del jurista como profesional —*pro fides*— reside especialmente en su saber hacer y en su saber ser. De ahí que el humanista Jacobo Cujacio, definiera a la jurisprudencia como “*virtus seu sapientia*”.

La reflexión —filosófica, científica y práctica— que ha venido acumulando la tradición jurídica occidental a lo largo de su milenaria historia, así como el progresivo enriquecimiento que ha recibido —y reciprocado— respecto de las demás tradiciones jurídicas vigentes en el contexto de la actual globalización, constituye un extenso y variado depósito de principios, reglas, aforismos, teorías, métodos, sentencias, comentarios, opiniones y precedentes.

Su racionalidad y razonabilidad —crítica y revisable—, así como su misma comprensión del hombre y de sus diferentes entornos socioculturales, configuran, en ultimadas cuentas, la principal justificación y el fundamento último de las obligaciones justicia.

Ahora bien, su solidez teórica y viabilidad práctica dependen en buena medida del conocimiento y uso apropiado de las técnicas argumentales y los métodos jurídicos.

Sobre los mismos, cabe decir —como se adelantó— que la deliberación jurídica puede y debe considerar los modelos discursivos expuestos —racional, político e intercultural—, así como especialmente servirse de los instrumentos de la dialéctica, la lógica material, la retórica y la argumentación para poder reflexionar adecuadamente sobre la justicia.

Además, se nutre especialmente de la metodología jurídica, cuyas técnicas, originalmente desarrolladas —dentro de la tradición jurídica occidental— por el derecho romano, canónico y bajomedieval del *ius commune* y del *common law*, recuperados y enriquecidos a partir de la segunda mitad del siglo XX por las diversas teorías de la argumentación jurídica, son los que le permiten justificar y fundamentar, mediante la reflexión y el diálogo, los deberes y las obligaciones de justicia.⁵²²

Dicha metodología, en su evolución histórica, se ha desarrollado a partir de:

- a) los elementos de la dialéctica y retórica griegas, tal y como fueron recibidos por el *ars inveniendi* de la jurisprudencia romana clásica;⁵²³
- b) los *modus arguendi* de los juristas bajomedievales, así como el método escolástico;⁵²⁴

⁵²² Cfr. Pampillo Baliño, *Historia general del derecho...*, cit., *passim*.

⁵²³ Sobre el *ars inveniendi* puede verse, entre otras: *De Inventione* de M. T. Cicerón. Igualmente, sobre las reglas de interpretación del derecho romano, véase *Digesto* 50, 17, 1. Además de la obra clásica de Shulz, *Principios del derecho romano*, cit., específicamente aborda el tema Guzmán Brito, Alejandro, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano...*, cit.

⁵²⁴ Entre los *modus arguendi* destaca el método armonístico de los glosadores, inspirado en las *dicta magister Gratiani*, que se tradujeron en los criterios de interpretación clásicos, según

- c) la moderna metodología de la interpretación jurídica, desarrollada en el ámbito continental a partir de la codificación, con destacadas aportaciones de las ciencias jurídicas francesa y alemana (exégesis, pandectística, libre investigación de los hechos del derecho, etcétera), así como el método del precedente, depurado hacia la misma época en el mundo anglosajón,⁵²⁵ y
- d) las actuales teorías de la argumentación jurídica, en especial, en el mundo del *civil law*, la desarrollada por R. Alexy y su teoría de la ponderación, y en el del *common law* la de N. McCormick. Ambas enriquecidas por la recuperación de la dialéctica y la tópica clásica por Th. Viehweg y por la de la retórica por Ch. Perelman.⁵²⁶

Y aunque la metodología jurídica actual dista mucho, incluso en las jurisdicciones más avanzadas, de considerar en su integridad todos los anteriores elementos, por lo menos el empleo cada vez más amplio de las teorías contemporáneas de la argumentación resulta suficiente para justificar y fundamentar adecuadamente los deberes y las obligaciones de justicia en la mayoría de los casos. Máxime considerando el desarrollo que en nuestros días ha alcanzado el método comparativo, y la facilidad con la que dentro del contexto actual de la globalización, circulan modelos e instituciones que pueden ser objeto de trasplantes adaptativos y que se comunican a través de los diversos espacios del diálogo transnacional judicial y jurídico.

los cuales la norma especial desplaza a la general, la posterior a la anterior, la local a la universal, etcétera, así como los argumentos *ad simile* o analógicos, a *contrario sensu* y a *fortiori* en sus dos vertientes *minoris ad maius* y *maioris ad minus*. Respecto del itinerario argumental, el más conocido es el de ocho partes expuesto por Gribaldus Mopha: *promitto* (planteo el problema), *scindo* (lo divido), *summo* (sintetizo las opiniones de las autoridades), *casumque figuro* (ejemplifico), *prolego* (anticipo posibles consecuencias), *do causas* (razono conforme a la cuádruple causalidad aristotélica), *connoto* (es decir, enuncio la solución propuesta), y *obiicio* (o sea, anticipo posibles objeciones a la solución y las resuelvo). Wieacker, *Historia...*, *cit.*, pp. 48 y ss. Igualmente borda sobre este *disticon* mnemotécnico de Gribaldus Mopha, Margadant, *La segunda vida del derecho romano...*, *cit.*, pp. 155 y ss. Véase en general a Grossi, *El orden jurídico medieval...*, *cit.*, y Jaramillo, *El renacimiento de la cultura jurídica en occidente...*, *cit.*

⁵²⁵ Aunque de carácter panorámico, conviene sobre este particular la consulta del primer volumen de la espléndida obra de Vallet de Goytísolo, *Metodología de la determinación del derecho...*, *cit.*, también puede verse la parte histórica del libro de Hallivis Pelayo, *Teoría general de la interpretación...*, *cit.* Sobre la evolución del método del precedente, véase a Langbein, Lettow and Smith, *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institutions...*, *cit.*

⁵²⁶ Una síntesis de las principales teorías contemporáneas de la argumentación puede encontrarse en Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

En todo caso, cabe concluir el presente apartado reiterando que la jurisprudencia constituye la principal fuente de principios, reglas, deberes y obligaciones de la justicia jurídica, si bien su influencia ha sido, por regla general, más bien indirecta a través de los diversos acuerdos, compromisos, debates y deliberaciones.

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO

LA NUEVA TIPOLOGÍA DE LA JUSTICIA

I. ÁMBITOS, RELACIONES Y CATEGORÍAS DE LA JUSTICIA

1. *Las materias, los espacios y las sociedades*

Retomando lo expuesto desde un principio, puede afirmarse que el derecho contemporáneo se encuentra estructurado a partir de tres ámbitos materiales y seis ámbitos espaciales.⁵²⁷

Cada uno de ellos está caracterizado por sus propios principios y, entre todos, por una tensa relación de competencia, atravesada a su vez por las cinco tendencias que también fueron expuestas en su oportunidad.⁵²⁸

Los referidos ámbitos materiales son: *i)* el derecho privado, *ii)* el derecho público, y *iii)* el derecho social. Los ámbitos espaciales —territoriales y personales— son: *i)* los derechos intra-estatales, *ii)* los derechos estatales, *iii)* los derechos internacionales, *iv)* los derechos transnacionales, *v)* los derechos supranacionales, y *vi)* el derecho global.

Por su parte, las orientaciones —fenómenos e interpretaciones— que han venido configurando sus relaciones, son, como se recordará: *i)* la estatalización del derecho y su re-constitucionalización, *ii)* la socialización del derecho privado y público, *iii)* la privatización del derecho público y social, *iv)* la internacionalización de los derechos nacionales, y *v)* la constitucionalización del derecho internacional.

Ahora bien, cada uno de los ámbitos mencionados tiene su propia lógica interna, distinta a la de los demás, lo que a veces genera oposiciones y en otras complementariedades, que son —como se ha insistido— las que conviene enfatizar y afianzar.

Así, en lo material, el derecho privado se caracteriza por la autonomía de la voluntad, con el predominio del principio dispositivo y su contraparte

⁵²⁷ Véase *supra* capítulo primero, apartados III, IV y V.

⁵²⁸ *Idem.*

que es la responsabilidad resarcitoria. El derecho público tiende sobre todo a procurar el bien común y la seguridad jurídica, imponiéndose a la libertad personal en nombre del orden. Y el derecho social busca principalmente la distribución, el reconocimiento y la participación respecto de diferentes grupos, limitando la libertad en aras de la igualdad y redefiniendo las nociones de bien común y orden social.

Por su parte, en lo espacial, los derechos intra-estatales se distinguen por la autonomía sociocultural y jurídica reclamada por comunidades étnicas o históricas. Los derechos estatales destacan por sus criterios de territorialidad y nacionalidad, así como por su imperatividad vertical y coactiva. Los derechos internacionales se distinguen por su diferente obligatoriedad —que va desde el *soft-law* hasta el *ius cogens*, pasando por los tratados—, así como por su efectividad matizada. Los derechos transnacionales se definen a partir de los principios de autorregulación y autonomía relacional. Los derechos supranacionales se caracterizan por la operatividad reforzada de sus organismos y la primacía y efecto directo de sus normas. Y el derecho global —aún en proceso de formación, a partir del derecho internacional universal y del diálogo entre los derechos supranacionales y transnacionales—, parecería estarse estructurando a partir de los principios de solidaridad, subsidiariedad, reserva y coordinación.

Ahora bien, los anteriores ámbitos espaciales, en realidad parten de la consideración de los distintos tipos de sociedades más o menos organizadas —económica, política y jurídicamente—, que en la actualidad podrían clasificarse en: *i*) comunidades intra-estatales, *ii*) Estados, *iii*) organismos internacionales y comunidades supranacionales de diferente alcance geográfico, *iv*) diversos actores transnacionales, como organizaciones no gubernamentales, cámaras o colegios empresariales, profesionales o científicos, empresas multinacionales asociaciones religiosas, etcétera, y *v*) el *totus orbis* vitoriano, el sistema-mundo, la humanidad o como quiera designarse a la sociedad universal de todos los hombres.⁵²⁹

⁵²⁹ Cabe reconocer y adelantar que para algunos resultará cuestionable incluir a las o los diversos actores transnacionales como formando sociedades organizadas. Por ello, debe puntualizarse que su naturaleza es *sui generis*, al igual que la de su propio derecho, que aunque goza de cierta autonomía, también alterna con varias disposiciones de orden público o social que derivan de otros ordenamientos internacionales y estatales. En cualquier caso, la razón de considerarlos —con todos los apegues del caso— como sociedades, busca destacar que además de la existencia de un ámbito jurídico transnacional, dicho espacio se corresponde con la existencia de diversas actividades transnacionales, como el comercio, las religiones y los intercambios profesionales, culturales, académicos y científicos —entre otros— que rebasan los confines nacionales y se desarrollan dentro del contexto de una sociedad civil transnacional que al menos en parte se ordena a sí misma.

La cuestión a destacar es que cada una de las anteriores sociedades organizadas cuenta con su propio ordenamiento espacial —de estatuto territorial, personal o mixto, según el caso—, que a su vez se configura a partir de alguna combinación entre sus principios y los propios de sus proyecciones materiales, es decir, del derecho público, privado y social.

Pues bien, precisamente a partir de la combinación entre los ámbitos espaciales y materiales en cada ordenamiento, en cada sociedad, es posible intentar una primera clasificación del derecho y la justicia.

De acuerdo con la misma, puede hablarse de —y de hecho, en la práctica, ya se hace referencia a— un derecho público estatal, un derecho privado transnacional o a un derecho social internacional, y así sucesivamente respecto de los demás, en todas las posibles combinaciones que resultan del cruce de los ámbitos descritos.

Sin embargo, conviene advertir que en virtud de la diferente evolución y características de los distintos ordenamientos, sólo en algunos se encuentran plenamente desarrollados todos los ámbitos materiales, como es el caso de los derechos estatales.

En otros ordenamientos, como los derechos transnacionales relativos a los negocios, se advierte que se encuentra más avanzado el derecho privado a través de la *lex mercatoria*, aunque contenga algunos elementos de derecho público y social. No obstante, dicha apreciación tampoco puede generalizarse para los demás ordenamientos jurídicos transnacionales, pues a manera de ejemplo, el derecho canónico de la Iglesia Católica integra los tres referidos ámbitos materiales. Por otro lado, al interior de los ordenamientos internacionales, el derecho social se encuentra aún pendiente de transitar el tramo final de su evolución, más allá del actual reconocimiento de su exigibilidad.

Pero es sobre todo en el ámbito del derecho global donde puede afirmarse que existen todavía muchos pendientes en todos los campos.

En cualquier caso y más allá de la relativa utilidad esquemática de esta primera clasificación, lo importante es recordar que: *i*) cada ámbito se caracteriza por sus propios principios, *ii*) cada principio representa un interés contrapuesto —individual, de grupo, social, o de las diferentes sociedades organizadas—, y *iii*) resulta necesario atemperarlos entre sí para alcanzar siempre soluciones justas en concreto.

Para ello, se considera que su articulación requiere de ciertos principios bisagra, especialmente: la dignidad humana, los derechos humanos, el bien común, la solidaridad, la subsidiariedad, la libertad, la igualdad, la proporcionalidad y la regularidad.

2. *Los sujetos, las posiciones, las prestaciones y los objetos*

La caracterización de los tipos actuales de la justicia requiere —como se expuso— que se tomen en cuenta los anteriores ámbitos, que se entiendan sus diferentes lógicas y principios, que se consideren las tendencias que han incidido sobre los mismos, y que se ubiquen sus diferentes combinaciones.

Además, necesita de la comprensión de los diferentes tipos de relaciones que pueden establecerse a su interior.

Relaciones que se identifican atendiendo tanto a las posiciones de los sujetos que participan en las mismas cuanto a las prestaciones —de dar, hacer y no hacer— que se deben las partes entre sí y que están referidas a sus objetos.

A. *La herencia de la teoría clásica*

Con respecto a las posiciones y prestaciones, cabe recordar que desde Aristóteles se distinguió, primeramente, entre las relaciones de justicia “sinalagmáticas” —o de estricta igualdad—, y las “analógicas” —o de igualdad proporcional—, de modo que siempre se tratase igual a los iguales y a los desiguales proporcionalmente a su desigualdad.⁵³⁰

Además, la teoría clásica nos legó también su célebre división de la justicia en sus tres tipos tradicionales —conmutativa, distributiva y legal—, distinguiendo dentro de cada sociedad y las “relaciones entre las partes”, “entre las partes y el todo” y “entre el todo y las partes”.⁵³¹

Dentro del anterior esquema general, la justicia conmutativa o correctiva regulaba —y sigue regulando—, las relaciones e intercambios horizontales entre los particulares, conformando el mismo eje en torno al cual giraba el derecho privado.

Y lo hacía, en principio, en términos sinalagmáticos, es decir, estrictamente igualitarios.

Dicha igualdad estricta, podía y puede —según la teoría clásica—, asumir diferentes modalidades en atención a su objeto; específicamente:

⁵³⁰ Véase *supra* capítulo segundo, apartados I y II.

⁵³¹ En efecto, retomando la exposición de Aristóteles del libro V de la *Ética a Nicómaco*, Santo Tomás de Aquino escribió: el “*ordo iustitiae*” era triple: “*ordo partium ad partes*”, “*ordo totius ad partes*” y “*ordo partis ad totum*”. Cfr. *Summa Theologica*, IIa-IIae, q. 61.

- a) la igualdad de identidad, como cuando se devuelve la misma cosa dada en préstamo o comodato; o
- b) la igualdad de equivalencia, como cuando se permutan dos bienes o cuando se paga un determinado precio para comprar un objeto cualquiera; o bien,
- c) la igualdad resarcitoria, cuando se repara un daño mediante una indemnización pecuniaria.

Adicionalmente, en la justicia correctiva u horizontal, podía —y puede— aplicarse también una medida de igualdad analógica o proporcional, tratando diferenciadamente a las personas en proporción a sus respectivas desigualdades.

Dichas medidas proporcionales estaban referidas a la prestación u objeto de la relación, aunque atendían a ciertas características individuales de las partes dentro de la misma.

Tales medidas objetivamente proporcionales, fueron derivadas de las siguientes cualidades personales:

- a) de su diferente condición, como en las sociedades mixtas, donde debe tratarse diferentemente al socio capitalista y al socio industrial;
- b) de su distinta función, como cuando se atribuyen mayores ganancias a quien corre mayores riesgos, o
- c) atendiendo a otros criterios, como cuando para el establecimiento de una pensión alimenticia, se considera a la vez la necesidad del acreedor y a las posibilidades del deudor.

Ahora bien, las anteriores medidas generales —estrictas y analógicas—, respecto de las prestaciones y las cosas, se aplicaban también —según la teoría clásica— en lo vertical.

Así fueron adoptadas tanto por la justicia distributiva como por la justicia legal, como las dos especies de la justicia política que definían las relaciones entre la sociedad y sus miembros, configurando el derecho público.

En efecto, mediante la justicia legal, la comunidad reclamaba —y aún exige— de sus miembros lo que le deben, tanto de manera estricta como proporcional.

Ello se tradujo, en primer lugar, en la obligación de contribuir para sufragar los gastos comunes a través de los impuestos. Pero también en el deber de respetar la autoridad y el orden jurídico, de cuyo incumplimiento se seguían —de manera estricta o proporcional— las sanciones y las penas,

mismas que dieron lugar a la subespecie de la justicia retributiva, vindicativa o penal.

Por su parte, en razón de la justicia distributiva, era la sociedad la que estaba obligada para con sus miembros —también de modo estricto o proporcional—, a procurarles seguridad, gobierno y orden jurídico, así como diversos servicios y obras públicas. La justicia distributiva era pues —y sigue siendo—, la justicia del reparto del bien común.

Adicionalmente, como parte de dicha justicia distributiva, se fue estableciendo históricamente el Estado de derecho y desarrollándose la obligación de la sociedad políticamente organizada, de brindarle protección a sus miembros contra ella misma; es decir, respecto de sus órganos de gobierno: limitando su poder, sujetándolos a la ley y reconociendo las correlativas libertades ciudadanas.⁵³²

Dicho proceso histórico, cuyos orígenes se han remitido —alternativamente y entre otros— al *habeas corpus* de Inglaterra, al *judicial review* norteamericano, o a los tribunales constitucionales, en realidad tiene como su antecedente más remoto e importante —paradójicamente menos conocido—, en el contrafuero del derecho castellano y en el amparo indígena del derecho indiano.⁵³³

En todo caso, a dicha proyección de la justicia distributiva suele llamársele —a partir de H. Coing— justicia protectora o *protective justice*, también latinizada como *iustitia tutatrix*.⁵³⁴

Como puede apreciarse a partir del anterior repaso, las aportaciones de la teoría clásica en materia de la tipología de la justicia, son indudablemente significativas.⁵³⁵

⁵³² Sobre dicho proceso histórico característico de los periodos moderno y contemporáneo, entre la ingente literatura se remite nuevamente al lector interesado a la obra de Marquardt, B., *Historia mundial del Estado*, tt. III y IV..., *cit.*

⁵³³ Véase *supra* capítulo segundo, apartado II.

⁵³⁴ Cfr. Englard, *Corrective and Distributive Justice. From Aristotle to Modern Times...*, *cit.*, pp. 180 y 185.

⁵³⁵ Una contribución adicional de la teoría clásica, que no se menciona en el cuerpo del texto por ser inconducente para los efectos más esquemáticos de la exposición sobre los tipos clásicos de la justicia, se encuentra —como se recordará— en el ámbito del derecho de gentes. Se trata de la afirmación, entre las naciones, de los principios de la justicia conmutativa, referidos principalmente al cumplimiento de los tratados, a la evitación de los daños y a la guerra justa. Pero también —y sobre todo— de un incipiente deber de justicia de asistencia recíproca, en miras del bien común universal, que constituye un antecedente cierto de la justicia social global. Asimismo, destaca el reconocimiento en las relaciones entre las naciones y los particulares, de un derecho de comunicación, con múltiples proyecciones en materia comercial, de difusión de la cultura y de compartición de los bienes. Véase *supra* capítulo

Sus relaciones, en términos de posición, fueron o bien horizontales entre las personas particulares —como miembros de la sociedad—, o bien verticales, entre las personas particulares como partes de la comunidad y la comunidad misma. Y en términos de su objeto, fueron o bien sinalagmáticas o estrictas, o bien analógicas o proporcionales.

De hecho, ese último aspecto de la teoría clásica ya contenía el embrión de la justicia social, pues las medidas analógicas o proporcionales, aunque referidas a la prestación y al objeto, ciertamente se determinaban en atención a diversas características personales, como el mérito, la condición, la función y otras, que ya permitían un intercambio horizontal —entre particulares—, y una contribución y reparto verticales —entre la sociedad y sus partes—, dotados como de cierta incipiente diagonalidad.

B. *Las aportaciones de la justicia social*

Precisamente la configuración de una justicia diagonal, diferente tanto de la aritmética, estricta o sinalagmática, cuanto de la geométrica, proporcional o analógica, constituye la principal aportación a la tipología de la justicia del derecho social.

En efecto —y como se recordará—, más allá de sus diversos antecedentes, fue a partir de mediados del siglo XIX cuando inició el itinerario de desarrollo de la justicia social, que para los efectos del presente apartado, nos presenta dos nuevos sujetos y una nueva posición para las relaciones de justicia: el grupo y sus miembros, así como su respectiva tutela especial para compensar ciertas asimetrías.⁵³⁶ Además, la justicia social nos aporta tres nuevas prestaciones y objetos: la redistribución, el reconocimiento y la participación.⁵³⁷

Desde las anteriores categorías, debe considerarse a la justicia social como un nuevo tipo de justicia, que viene a sumarse a los tres clásicos, más allá de su cercanía y a veces confusión con la justicia distributiva.⁵³⁸

Un tipo de justicia que define nuevas relaciones, que trasladan la incipiente diagonalidad de la proporcionalidad tradicional respecto de los obje-

cuarto, apartado I. Posteriormente, al tratar en forma específica los tipos de la justicia internacional y global, se hará alusión a este legado particular de la teoría clásica.

⁵³⁶ Véase *supra* capítulo tercero, apartado II.

⁵³⁷ Véase *supra* capítulo tercero, apartados IV, V y VI.

⁵³⁸ Véase *supra* capítulo tercero, apartado VII.

tos, hacia un especial énfasis en la protección de ciertas categorías de personas y sus mismos grupos.⁵³⁹

Así las cosas, en términos de relación, además de las horizontales y de las verticales, una teoría integral de la justicia debe considerar las diagonales, reconociendo que junto a la trilogía clásica de la justicia —conmutativa, distributiva y legal—, existen otras seis nuevas categorías: la justicia conmutativa-social, distributiva-social y legal-social, en dos proyecciones distintas, según se trate de relaciones con grupos o con personas pertenecientes a determinadas categorías.

Ejemplificando brevemente.

Las relaciones entre particulares pueden ser conmutativas-sociales-individuales, como cuando involucran a un productor frente a un consumidor, que goza de una especial tutela en razón de su posición asimétrica. Y serán conmutativas-sociales-grupales, cuando participen en las relaciones ciertos grupos, como sindicatos o comunidades agrarias, con sus derechos de huelga, negociación colectiva o propiedad común.

Por su parte, las relaciones entre las categorías de grupos o colectivos y sus miembros con las sociedades organizadas podrán ser distributivas-sociales-individuales, como cuando se les asigne a ciertas personas un beneficio económico —en dinero o en especie—, como parte de algún programa social. E igualmente podrán ser distributivas-sociales-grupales, como cuando se le otorgue a un determinado grupo, una cierta participación política, o se le reconozca una determinada identidad cultural, asumiendo la obligación de protegerla y preservarla.

Así también, las relaciones entre personas y grupos de las referidas clases para con la sociedad a la que pertenecen, podrán ser legales-sociales-

⁵³⁹ El concepto de categoría, como el de grupo o colectividad, es fundamental para la justicia social. Sin embargo, debe distinguirse la protección de los derechos colectivos y de los derechos individuales derivados de la pertenencia a un grupo, de los llamados derechos e intereses difusos. En los dos primeros casos, es la previa pertenencia —del grupo y del individuo— a una determinada categoría (*v. gr.* trabajadores, campesinos, mujeres, consumidores, etcétera), la que fundamenta el derecho individual derivado de la pertenencia a un grupo y los derechos colectivos del grupo. En contrapartida, los derechos o intereses difusos no le pertenecen a una colectividad determinada, sino sólo determinable a partir de una afectación real o potencial a sus derechos e intereses. Así, por ejemplo, las personas amenazadas —o dañadas— por alguna contingencia ambiental tienen un interés o derecho colectivo de naturaleza difusa, de índole preventiva o resarcitoria, pero no en razón de su previa pertenencia a un grupo, sino en virtud de un riesgo o detrimento que sufren en común. Entre la extensa literatura sobre el particular, puede verse la obra colectiva de derecho comparado de Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor Eduardo, *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2013.

individuales, como cuando se les conceda colectivamente algún beneficio fiscal. Y serán legales-sociales-grupales cuando se le dispense a una comunidad étnica de la observancia de una ley general, o de sujetarse a una autoridad común, en virtud del reconocimiento de usos y costumbres, o incluso de ciertos márgenes de autogobierno con autoridades tradicionales.

II. LOS NUEVE TIPOS DE LA JUSTICIA ACTUAL

A continuación se identificarán y explicarán —brevemente y partiendo de lo anteriormente apuntado— las diferentes clases de justicia que se considera se encuentran plenamente vigentes, o bien perfilándose para serlo en el futuro próximo.

Sin embargo, para no alargar la exposición más allá de lo necesario, dicha clasificación se centrará preferentemente en los ordenamientos estatales, y sólo después en los internacionales y global, sin detenerse en los derechos intra-estatales y transnacionales.

Dicha opción responde, por un lado, a que al interior de los derechos estatales es donde se encuentran mejor definidas las nuevas clases de la justicia; por lo que una vez descritas con motivo de los mismos, no tendría sentido repetir detalladamente sus características para cada uno de los demás ordenamientos en su diferente contexto.

En contrapartida, la especial atención que se pondrá en un posterior apartado en los derechos internacionales —incluyendo su variante supranacional— y en el derecho global, reside en que en dichos ámbitos es donde se aprecia una evolución más notable en los últimos años, requiriendo de mayores precisiones conceptuales, tanto para entender su desenvolvimiento pretérito, como su estado actual y perspectivas futuras, así como para continuar diseñando sus reglas, instituciones y procedimientos.

Por lo que respecta pues en primer lugar a los ordenamientos jurídicos estatales, aplicando los conceptos anteriormente expuestos, pueden identificarse los siguientes nueve tipos de la nueva justicia, que se describen sumariamente, ejemplificando algunos de sus principales supuestos:

1. La justicia conmutativa tradicional que se aplica para los intercambios horizontales entre particulares.⁵⁴⁰ Se encuentra regulada por el

⁵⁴⁰ También resulta parcialmente aplicable esta especie de la justicia en las relaciones horizontales entre el Estado y los particulares, como cuando celebran contratos; si bien, en dichos casos existen ciertos matices de derecho público fundados en el interés común, que

derecho privado —civil y mercantil—, con su autonomía —tanto contractual como asociativa—, con predominio del principio positivo y su contraparte de la responsabilidad resarcitoria en materia de daños. Esta especie de la justicia comprende tanto las medidas estrictas de igualdad (ídentidad, equivalencia y reparación) como las proporcionales (limitadas a ciertas gradaciones por la diferente condición y función de las partes, u otras circunstancias) con el fin de corregir ciertas asimetrías respecto de las prestaciones que se deben, equilibrándolas.

2. La justicia conmutativa-social-individual que orienta las relaciones entre particulares, normadas por el derecho social —y supletoriamente por el derecho privado—, en que una de las partes pertenece a una categoría de personas sujeta a especial tutela (trabajadores, campesinos, consumidores, etcétera).⁵⁴¹ Esta especie de la justicia se traduce en una relación diagonal inferior, donde se corrige una asimetría personal mediante normas sociales que limitan la autonomía negocial, o que compensan las desigualdades, garantizando ciertos mínimos —por ejemplo, de recursos (salario mínimo) o de información (publicidad leal no engañosa)—, a efecto de equilibrar la posición de la parte más débil.
3. La justicia conmutativa-social-grupal, que reconduce las relaciones entre particulares, regidas por el derecho social —y supletoriamente por el derecho privado—, en que una de las partes es un colectivo objeto de especial tutela (sindicatos, comunidades agrarias, grupos de consumidores, etcétera).⁵⁴² Esta especie de la justicia se traduce en una relación diagonal inferior, que permite la protección del interés del grupo, posibilitando negociaciones colectivas (*v. gr.* a través de la huelga), o procedimientos colectivos (*class actions*), que propicien un trato igualitario a los miembros de la colectividad.

permiten, por ejemplo, que el Estado pueda dar por terminado anticipadamente —o rescindir— dichos acuerdos de voluntades.

⁵⁴¹ Igualmente es aplicable —aunque de manera parcial— esta especie de la justicia a las relaciones entre el Estado y sus funcionarios, bajo los respectivos contratos de trabajo y eventualmente el derecho burocrático, que presentan ciertos matices respecto de las relaciones laborales particulares.

⁵⁴² Este tipo de justicia es también parcialmente aplicable a las relaciones horizontales entre el Estado y los sindicatos a los que se encuentran afiliados sus trabajadores, aunque presenta ciertos matices de derecho público, fundados en el interés común, como el que impide la suspensión de ciertos de servicios públicos.

4. La justicia distributiva clásica, que norma las relaciones verticales entre los particulares y la sociedad, regidas por el derecho público, por las que la comunidad, en su carácter de deudora, pone a disposición de los particulares su parte en el bien común. Dicha distribución del bien común es realizada a través de medidas de igualdad estrictas o proporcionales, de acuerdo con diversos criterios generales (contribución, capacidad, mérito, esfuerzo, utilidad). Dentro de las diferentes proyecciones del bien común, se encuentran, entre otras, las ya mencionadas de procurar mínimamente: *a)* un gobierno democrático que garantice, a través de la justicia electoral, la participación ciudadana a través instituciones representativas y directas; *b)* un orden jurídico que comprenda los tres ámbitos de lo privado, lo público y lo social, garantizando los derechos humanos; *c)* una organización de la justicia que posibilite que los particulares diriman sus controversias, así como la protección de las personas contra cualquier irregularidad gubernamental, a través de la justicia protectora; *d)* una seguridad pública que incluya la prevención y la procuración de justicia penal, así como la resocialización de los delincuentes e infractores y, en los casos particulares de su aplicación, la recomposición del tejido social a través de la justicia restaurativa; *e)* los diferentes bienes públicos y bienes comunes; *f)* las obras y servicios públicos especialmente de salud y educativos, y *g)* la protección social a través de la cobertura de diversos riesgos, como los de salud, o los derivados de desastres naturales.
5. La justicia distributiva-social-individual, que implica en primer lugar que los miembros de una categoría especial sujetos a una tutela particular tienen el mismo derecho a participar del bien común que todos los demás particulares de la comunidad en cuestión. Además, que son parte de una relación diagonal superior para con la sociedad, tutelada por el derecho social, con el añadido de estar prevista por el derecho público. De ahí que puedan determinarse ciertos derechos especiales sobre el bien común, atendiendo a criterios específicos (necesidad, posibilidad, oportunidad), particularmente: *a)* de distribución, como mediante programas sociales específicos (*v. gr.* alimentación o vivienda), incluida la protección social por riesgos laborales (desempleo, incapacidad, jubilación); *b)* de reconocimiento, que supongan un tratamiento especial en razón de su identidad o particulares características, como las diferentes facilidades que deben prestarse a quienes tienen capacidades diferentes, o *c)* de participa-

ción, como los que derivan de acciones afirmativas, que les aseguren cuotas de representación en alguna instancia de gobierno.

6. La justicia distributiva-social-grupal, que encauza las relaciones diagonales superiores entre la sociedad y ciertos grupos objeto de especial tutela por parte del derecho social, más allá de su regulación también por el derecho público. De la misma pueden derivarse ciertos derechos especiales sobre el bien común, particularmente: *a)* de distribución y de reconocimiento, como mediante la protección, promoción y fomento económico de determinadas identidades étnicas, de su patrimonio cultural y su peculiar economía o *b)* de participación, como a través de iniciativas legislativas ciudadanas confiadas a ciertas minorías.
7. La justicia legal tradicional, que disciplina las relaciones verticales entre los particulares y la sociedad, por las que los segundos cumplen con sus deberes jurídicos a favor de la comunidad bajo el derecho público: *a)* aportando su cuota para los gastos sociales mediante impuestos, derechos y otras contribuciones; *b)* respetando, acatando y obedeciendo las determinaciones del gobierno, y *c)* cumpliendo con las demás obligaciones que les son impuestas por el ordenamiento jurídico para hacer posible la vida social.
8. La justicia legal-social-individual, que ordena las relaciones diagonales superiores entre la sociedad y aquellos miembros que pertenecen a alguna categoría objeto de especial tutela por el derecho social, más allá de la aplicación supletoria del derecho público. Esta clase de justicia configura una relación diagonal superior de derecho social, por la que los individuos que pertenecen a las referidas categorías, pueden gozar de ciertos derechos especiales, particularmente: *a)* de distribución mediante beneficios fiscales como la exención de ciertos impuestos, y *b)* de reconocimiento y participación, como cuando se les dispensa o se les facilita el cumplimiento de ciertas obligaciones ciudadanas, como el servicio militar o el servicio social.
9. La justicia legal-social-grupal, que acomoda las relaciones diagonales superiores entre la sociedad y ciertos grupos objeto de especial tutela por parte del derecho social, aunque también sujetas al derecho público. Bajo esta especie de la justicia, los referidos grupos pueden gozar de ciertos derechos especiales, particularmente: *a)* de distribución, como beneficios fiscales respecto de los derechos de uso de ciertos bienes públicos para promover la agricultura tradicional; *b)* de reconocimiento, como cuando se le dispensa a una comunidad

étnica de la observancia de una ley general en virtud del reconocimiento de usos y costumbres, y *c*) de participación, como cuando se le dispensa a una comunidad histórica de sujetarse a una autoridad común, permitiéndole autogobernarse mediante sus autoridades tradicionales, con su particular estatuto de participación política.

Los nueve tipos anteriormente bosquejados de la justicia estatal actual pueden apreciarse también —salvando las particularidades de su propia naturaleza y con su respectivo nivel de desarrollo—, en todas las demás sociedades y ámbitos jurídicos, a los que sin embargo —y como se adelantó— no se hará aquí mayor referencia.

E igualmente —y como se verá—, pueden trasladarse en parte, aunque considerando sus importantes diferencias, al entorno internacional y global.

III. SU PROYECCIÓN EN LO INTERNACIONAL Y GLOBAL

1. *Un contexto heterogéneo y en plena evolución*

Como se expuso en su oportunidad, el marco jurídico actual de la comunidad mundial de las naciones se caracteriza por la coexistencia de los siguientes ordenamientos:

- a) el derecho internacional —y supranacional— universal;
- b) los derechos internacionales —y supranacionales— regionales, y
- c) los distintos derechos comunes —incluido el derecho global, como derecho común universal— que han surgido a partir de los anteriores ordenamientos, complementándolos a través de sus principios y reglas, definidos y aplicados por la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia.⁵⁴³

El desarrollo paralelo de dichos ordenamientos, que comenzó apenas a partir de la segunda mitad del siglo XX, ha supuesto una profunda transformación del entorno internacional.⁵⁴⁴

⁵⁴³ Véase *supra* capítulo cuarto, apartados II, III y IV, donde se retomaron de manera esquemática las clasificaciones y caracterizaciones previamente propuestas en Pampillo Baliño, *La integración americana, expresión de un nuevo derecho global...*, *cit.*; *id.*, *Hacia un nuevo ius commune americano...*, *cit.*, y *Nuevas reflexiones sobre la integración latinoamericana...*, *cit.*, *passim*.

⁵⁴⁴ Véase *supra* capítulo cuarto, apartados II, III y IV. En general y para pronta referencia —además de la bibliografía específica anteriormente citada—, pueden verse los textos panorámicos de Álvarez Londoño, *Historia del derecho internacional público...*, *cit.*; Armstrong (ed.),

Para dimensionar el alcance de dicha transformación, bastaría con mencionar la reestructuración de tres paradojas clásicas —tanto históricas como parcialmente vigentes—, apreciando su misma evolución en el tiempo.

La primera paradoja consiste en que en el ámbito internacional —a diferencia del estatal— prevalecen los intereses particulares —de los mismos Estados— sobre los intereses generales y, específicamente, sobre el bien común internacional o global.

De ahí que a pesar de la trascendencia y magnitud de los problemas internacionales y globales —y de su consecuente afectación a los Estados—, no exista todavía una institucionalidad suficiente para imponer efectivamente el derecho.

La segunda paradoja —derivada de la anterior— consiste en la desequilibrada preponderancia de la justicia conmutativa sobre las distributiva, legal y social.

Dicha prevalencia nos evidencia a su vez la tercera paradoja: que el derecho internacional se ha estructurado como derecho privado —a través de tratados, como contratos entre Estados iguales—, aunque su contenido sea predominantemente de derecho público —mantenimiento de la paz, derechos humanos y principios imperativos del *ius cogens*— y, más recientemente, también de derecho social.

En virtud de las anteriores paradojas, hasta hace relativamente poco tiempo era común entre los profesores de derecho —salvo, por supuesto, entre los internacionalistas—, la expresión peyorativa según la cual, el derecho internacional público “ni era derecho, ni era internacional, ni era público”.

No era derecho, sino relaciones políticas, pues ni obligaba efectivamente a su cumplimiento, ni era susceptible de ser impuesto coactivamente. No era internacional, sino interestatal, pues su origen y sus destinatarios eran exclusivamente los Estados. Y tampoco era público, sino privado, al estar basado sobre tratados que establecían relaciones horizontales, no existiendo una autoridad capaz de constituir y distribuir el bien común.

Pero si se mira con detenimiento el proceso evolutivo del derecho internacional desde la segunda mitad del siglo XX, se advertirá que desde

Routledge Handbook of International Law..., cit.; Basave Fernández del Valle, *Filosofía del derecho internacional*, cit.; Becerra, *Derecho internacional público...*, cit.; Besson y Tasioulas, *The Philosophy of International Law...*, cit.; Carrillo Salcedo, *El derecho internacional en perspectiva histórica...*, cit.; Duroselle, *Introducción a la historia de las relaciones internacionales...*, cit.; Fassbender y Peters, *The Oxford Handbook of the History of International Law...*, cit.; Pastor Ridruejo, *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales...*, cit.; Sepúlveda, *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI...*, cit.; Shaw, *International Law...*, cit.; Teitel, Ruti G., *Humanity's Law...*, cit.; Travieso, *Derecho internacional público...*, cit., y Truyol y Serra, *Historia del derecho internacional público...*, cit.

hace muchos años, su descalificación en virtud de las referidas paradojas, ha dejado —o por lo menos, ha venido dejando— de tener su razón de ser.

En efecto, aunque las mencionadas paradojas sigan siendo ciertas, lo son únicamente en parte. En contrapartida, se advierte que la tendencia opuesta es la que ha marcado el sentido de su transformación durante los últimos setenta años, a través de los procesos de institucionalización, consolidación y socialización a los que se hizo referencia en su oportunidad.⁵⁴⁵

Así, actualmente existe una importante institucionalidad internacional, más allá de su dependencia —política y económica— de los Estados. Se ha consolidado también un ingente *corpus* jurídico, y no solamente a través de tratados, sino también de sentencias, que han explicitado nuevos principios e instituciones de derecho público, configurando además un extenso bloque de derecho social. Además, existen ya numerosas instancias internacionales —sobre todo las supranacionales—, que han venido adquiriendo cierta autonomía —política y financiera—, y cuyas determinaciones hoy obligan tanto a los Estados parte como a sus mismos nacionales. Finalmente, los nuevos vínculos —políticos, económicos, sociales y culturales detonados por la anterior transformación, dentro del contexto general de la globalización, han propiciado tanto el surgimiento de una especie de comunidad mundial, como el de cierto sentimiento de solidaridad común, reforzados también por el auge de las comunicaciones y las tecnologías de la información.

Sin embargo, cabe reiterar también que el anterior proceso evolutivo todavía no se encuentra concluido. De hecho, ni es irreversible, ni ha estado exento de graves tropiezos, como genocidios, guerras y ocupaciones ilegales, violaciones masivas de derechos humanos, pobreza extrema, desigualdad radical, inoperancia de los organismos internacionales, globalización financiera depredadora de economías locales y un muy largo etcétera.

En cualquier caso y más allá de los motivos que en su momento se refirieron, tanto para el optimismo como para el pesimismo, así como para el realismo esperanzador, y así terminar de aquilatar la metamorfosis de la que venimos hablando, vale la pena observar —siguiendo al profesor R. Kolb— lo siguiente.

Más allá de cualquier aspiración —utopía, distopía o propuesta— cosmopolita, la realidad es que ya se encuentran presentes, por primera vez en la historia de la humanidad, aunque de modo aún germinal, todos los “elementos” propios de una auténtica “comunidad política global”, como lo

⁵⁴⁵ Véase *supra* capítulo cuarto, apartados II, III y IV.

son: *i)* “un derecho común”, *ii)* “una institucionalidad común”, y *iii)* “una solidaridad común”.⁵⁴⁶

Ahora bien, para entender mejor el marco jurídico y la sociedad internacional de nuestros días conviene precisar —como también se dijo—, que ambos se encuentran desarrollándose a través del complejo funcionamiento de una maquinaria conformada por tres engranajes.⁵⁴⁷

Maquinaria dentro de la cual es posible identificar y distinguir conceptualmente cada una de las tres estructuras o engranajes mencionados, aunque deba apuntarse que en la realidad de su dinámica cotidiana resulta frecuente su empalme.

Los referidos engranajes son:

- a) una estructura relacional de Estados, representativa de sus intereses nacionales, regida por los principios de igualdad soberana y no intervención, que se regula a través del derecho internacional en sus diversas proyecciones bilaterales, multilaterales, regionales y universales;
- b) una estructura institucional de organizaciones internacionales y supranacionales, con intereses colectivos y a veces autónomos, regida por el principio de cooperación pacífica y regulada —según los casos— por el derecho internacional o supranacional, ya sea universal o regional, y
- c) una estructura comunitaria que se encuentra en proceso de formación, con intereses humanitarios, regida por el principio de solidaridad y que en parte se rige por el derecho internacional universal y en parte por el derecho global.

La consideración de la anterior estructura tripartita nos permite discernir mejor la compleja superposición de sujetos, relaciones, ordenamientos, principios, reglas, instituciones, procedimientos, derechos y obligaciones, bastante heterogéneos entre sí que, sin embargo, se entrecruzan —dando lugar a frecuentes confusiones—, e inclusive se combinan, dando lugar a complejas hibridaciones.

Dicha consideración resulta fundamental para tener presente que las categorías y clasificaciones que se ofrecerán para comprender a la justicia

⁵⁴⁶ Cfr. Kolb, *Theory of International Law...*, *cit.*, pp. 259 y ss.

⁵⁴⁷ Véase *supra* capítulo cuarto, apartado III, donde se sigue la ordenada exposición de Díez de Velasco, *Instituciones...*, *cit.*, pp. 84 y 90-95. Aunque explicados de un modo menos esquemático, coincide con dicho autor un amplio sector de la doctrina científica; a manera de ejemplo véase a Kolb, *Theory of International Law...*, *cit.*, *passim*.

internacional y global, resultarían imposibles —e inútiles— en términos de conceptos precisos o de tipos puros. Máxime en tanto se tratan de realidades inmersas en un proceso de evolución todavía inconcluso.

En virtud de las anteriores consideraciones, se entiende de entrada que no se pueda aplicar directamente la clasificación general antes propuesta de los nueve tipos de la justicia actual a los ámbitos internacional y global.

Por un lado, el derecho internacional público —institucionalizado, consolidado y socializado—, ya no es puramente interestatal, pues —sobre todo en su vertiente supranacional— también se aplica a los particulares, permitiéndoles incluso acceder a medios internacionales y supranacionales de resolución de controversias.

Además, aunque la relación entre los particulares y los organismos internacionales y supranacionales es indudablemente vertical, la relación entre los Estados y dichos organismos, aunque en cierto sentido sea asimismo vertical —y así se le defina para efectos prácticos—, se encuentra bastante matizada. Ello en razón del mayor poder político y económico de los Estados, así como de la dependencia política y económica que los organismos internacionales tienen respecto de los mismos.

Y por el otro lado debe insistirse en que el derecho global se encuentra aún en pleno proceso de configuración.

Producto de los referidos vínculos internacionales, pero también de una nueva conciencia mundial y solidaridad humana despertadas por la globalización, el derecho global no ha terminado aún de cuajar en instituciones jurídicas suficientemente delimitadas.

Así, en su estado actual de desarrollo, se nos presenta por un lado entreverándose —hasta confundirse en muchos casos— con el derecho internacional universal de Naciones Unidas, más allá de algunos —más bien pocos— desarrollos independientes del mismo.

Adicionalmente, debe admitirse que hoy en día son más bien escasas las obligaciones globales completamente definidas, justiciables y exigibles, que podrían considerarse —en ese sentido— perfectas. Antes bien, muchas de las obligaciones globales, aunque cada vez están mejor caracterizadas, no son todavía jurídicamente exigibles.

Pero —como se expondrá en un apartado posterior—, se considera que junto a las obligaciones jurídicas globales perfectas —plenamente justiciables y exigibles—, se encuentran también las que se denominan imperfectas en primer grado —solo justiciables en potencia—, y las imperfectas en se-

gundo grado, que ni son justiciables ni exigibles, aunque constituyan —como se verá—, algo más que meros deberes éticos.⁵⁴⁸

2. Boceto de una tipología internacional y global

Explicados —en descargo de ambigüedades— los anteriores asegunes, se proponen las diez categorías o tipos de justicia internacional y global siguientes: *i*) la justicia conmutativa internacional; *ii*) la justicia conmutativa global en sentido amplio; *iii*) la justicia conmutativa global en sentido estricto; *iv*) la justicia distributiva internacional; *v*) la justicia distributiva global en sentido amplio; *vi*) la justicia distributiva global en sentido estricto; *vii*) la justicia legal internacional; *viii*) la justicia legal global; *ix*) la justicia social internacional, y *x*) la justicia social global.

A continuación se exponen en general, atendiendo al tipo de relación, contenido y alcance que presenta cada una de las referidas categorías, aunque no será sino hasta el último capítulo, cuando se precisarán de manera más completa y puntual las características propias de los tipos de la justicia global.

1. La justicia conmutativa internacional es la que se aplica a las relaciones horizontales entre los Estados, o bien entre los Estados y los organismos internacionales (OI), u organismos supranacionales (OS), dentro del contexto bilateral, multilateral o regional, cuando tengan lugar en un plano de igualdad.⁵⁴⁹ Dichas relaciones, reguladas por el derecho internacional público, fundamentalmente se traducen: *a*) en el cumplimiento de sus acuerdos suscritos a través de tratados internacionales, y *b*) en la prevención y reparación de daños causados por actos generadores de responsabilidad internacional. La resolución de las controversias derivadas de las anteriores relaciones, se dirimirán —según los casos— a través de las instancias de mediación, arbi-

⁵⁴⁸ Véase *infra* capítulo décimo segundo, apartados III y IV.

⁵⁴⁹ Pueden considerarse también dentro de este ámbito internacional conmutativo las relaciones entre particulares extranjeros y Estados, o bien entre particulares y organismos internacionales, cuando las mismas se lleven a cabo en un plano horizontal a través de contratos, aunque por su naturaleza estarán sujetas a un régimen híbrido. Asimismo, sería aplicable una variable internacional-conmutativa-social para las relaciones horizontales entre los organismos internacionales y sus funcionarios, bajo los respectivos contratos de trabajo y eventualmente el estatuto jurídico general aplicable a los mismos, que de manera habitual presenta matices respecto de las relaciones laborales particulares.

traje o judiciales existentes, por ejemplo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), los páneles arbitrales previstos por diversos tratados internacionales, o el Tribunal de Justicia de la Unión de la Unión Europea, entre otros.

2. La justicia conmutativa global en sentido amplio —que en realidad también podría ser denominada justicia conmutativa internacional universal—, es la que rige las relaciones horizontales entre los Estados, o bien entre los Estados y los OI especializados, dentro del marco jurídico de Naciones Unidas, cuando tengan lugar en un plano de igualdad. Dichas relaciones, al igual que las anteriores, están reguladas por el derecho internacional público en materia de tratados y de responsabilidad internacional. Por su parte, la solución de las controversias suscitadas por dichas relaciones podrá darse bajo las figuras previstas por el sistema onusiano, desde la negociación y la conciliación, hasta la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia de la Haya.
3. La justicia conmutativa global en sentido estricto es la que orienta las relaciones horizontales entre los Estados y las OI que no derivan de sus acuerdos —tratados— ni de sus acciones voluntarias, sino más bien de ciertos hechos o realidades que se les imponen, como puede ser —entre Estados— la vecindad. Su naturaleza ética o jurídica es discutida y se abordará posteriormente. Adicionalmente, en esta y en todas las demás subespecies de la justicia global en sentido estricto, se encuentran los deberes u obligaciones cosmopolitas a cargo de las personas particulares. Actualmente se debate si dichos deberes vinculan —ética y/o jurídicamente— a los privados —tanto personas individuales como sociedades y asociaciones de todo tipo—, discutiéndose sobre su naturaleza y contenido. Sobre este particular, se harán las precisiones conducentes en su oportunidad.
4. La justicia distributiva internacional es la que norma las relaciones verticales entre los Estados y las instancias, OI u OS, a los que pertenecen en el ámbito bilateral, multilateral o regional, así como aquellas relaciones —de diferente tipo—, en las que pueden verse involucrados sus nacionales o residentes. Bajo la misma, la instancia, OI u OS, en su carácter de obligado, debe cumplir con su objeto y fin, como una especie de bien común limitado. Las diferentes proyecciones de dicho bien común limitado varían enormemente, según se trate por ejemplo de las secretarías de tratados comerciales, de organismos técnicos de cooperación o asesoría, de instituciones

financieras, o —ya en el ámbito de la supranacionalidad—, de organismos autónomos con competencias en materia de integración económica (como la Unión Europea), o de protección de los derechos humanos (como el sistema interamericano). Especialmente tratándose de OS autónomos, estos deben procurar: *a)* establecer una estructura institucional con la participación de los representantes de sus Estados partes; *b)* desarrollar un orden jurídico, bajo sus tratados constitutivos, integrado —según los casos— por normas generales, resoluciones particulares y sentencias, así como abarcando los ámbitos público, privado y social; *c)* instaurar los mecanismos de solución de controversias y de administración de justicia que correspondan, y *d)* ordenar los diferentes bienes públicos o comunes, u obras o servicios, que tengan encomendados.

5. La justicia distributiva global en sentido amplio —que en realidad también podría designarse justicia distributiva internacional universal—, se encuentra referida actualmente al ámbito de la ONU, y es la que disciplina las relaciones verticales entre la misma y sus Estados miembros. Como parte de su carácter distributivo, supone el desarrollo de una estructura institucional de gobierno, el establecimiento de un orden jurídico, la administración de los bienes comunes, y la instauración de mecanismos de solución de competencias. Su ámbito material es amplísimo, abarcando la mayor parte de los campos del derecho público, privado y social, aunque destacan de manera especial sus principios en materia de prohibición de la fuerza, protección de los derechos humanos, promoción de minorías, desarrollo sustentable y cooperación internacional. Dentro de este ámbito, la ONU ha venido ampliando el alcance de su jurisdicción en los últimos años, a través tanto de la Corte Internacional de Justicia, como de la Corte Penal Internacional, más allá del importante seguimiento que hace al respeto de los derechos humanos a través de sus diferentes comités. Sin embargo, su autonomía es menor que la de los OS, de modo que su estructura institucional, su ordenamiento jurídico y la organización de su justicia, depende de los Estados parte. Además —como es bien sabido y criticado—, uno de los principales órganos de gobierno de la ONU —el Consejo General—, se encuentra limitado en su actuación por los cinco países que son miembros permanentes del mismo.
6. La justicia distributiva global en sentido estricto todavía no se ha definido de modo independiente al sistema de Naciones Unidas y

quizás tampoco deba hacerlo, en virtud del mencionado principio de reserva de globalidad como límite de las materias que deben ser objeto de una protección global. Entre dichas materias se encuentran: *a)* el afianzamiento de la paz y la seguridad internacionales; *b)* la garantía de ciertos mínimos en el campo de los derechos humanos, con respeto al multiculturalismo; *c)* el cuidado del medio ambiente; *d)* la administración de los bienes comunes y públicos de la humanidad, y *e)* el establecimiento de los medios para la resolución de controversias derivadas de dichas asignaturas. Las anteriores materias son atendidas en el presente por la ONU —a través de sus diferentes agencias—, así como parcialmente por la OMC, el FMI y el BM entre otras instancias. Este ámbito de la justicia global presenta múltiples pendientes, a los cuales se hará referencia más adelante. Asimismo, como parte de la naturaleza cosmopolita de los deberes y obligaciones regulados por esta categoría, debe afirmarse que a partir de un principio de solidaridad, la justicia distributiva global puede incluso vincular subsidiariamente a los sujetos particulares.

7. La justicia legal internacional es la que orienta las relaciones verticales entre los Estados y los OI u OS a los que pertenecen, por la que los primeros quedan obligados: *a)* al sostenimiento económico de los segundos, mediante sus correspondientes aportaciones, o brindándoles los medios —en el caso de los OS—, para que puedan financiarse de manera autónoma; *b)* a respetar las determinaciones de su estructura institucional, incluso cuando —en el caso de los OS—, el Estado parte se haya abstenido de aprobarlas o haya votado en contra de las mismas, y *c)* a cumplir con las demás obligaciones que le son impuestas por los tratados constitutivos de los OI y, adicionalmente, en el caso de los OS, de las que determine el ordenamiento jurídico derivado establecido por su estructura institucional.
8. La justicia legal global es la que orienta las relaciones horizontales entre los Estados, las OI y las OS, así como verticales entre los Estados y dichas OI u OS, particularmente en el ámbito universal, y por virtud de las cuales tienen, o bien un deber ético, o bien una auténtica obligación jurídica de cooperar entre sí. Sobre el alcance y naturaleza de dichos deberes, se harán los apuntamientos correspondientes en el siguiente capítulo. Al igual que en las demás clases de la justicia global en sentido estricto, se discute sobre la naturaleza y alcance de los deberes cosmopolitas que recaen en su caso sobre los particulares.

9. La justicia social internacional se ocupa de las relaciones diagonales entre Estados, OI y OS, así como las que se establecen con personas y grupos de determinada clase, a efecto de promover una mejor distribución de bienes y capacidades, un reconocimiento de identidades adecuado y una participación social efectiva de ciertas categorías minoritarias, vulnerables o especiales, que gozan de una particular protección. En términos de distribución, varios OI como el FMI, u OS como la Unión Europea, exigen de sus miembros cuotas proporcionales a su capacidad para su financiamiento, y a su vez distribuyen sus recursos —por ejemplo, a través de derechos especiales de giro o de fondos de compensación—, de modo igualmente proporcional a sus necesidades. En materia de reconocimiento, en ciertos casos —como en la Unión Europea o en la Comunidad Andina—, se valoran y promueven las etnias y las culturas de diversas sociedades intra-estatales. En lo relativo a la participación, en diversas OI y OS también se establecen ciertos derechos políticos especiales para diversos grupos. Finalmente, cabe recordar que a través de la justicia distributiva internacional, en su dimensión protectora, los OS regionales y la ONU en materia de derechos humanos, han venido realizando en los últimos años una importante labor para afianzar la justicia social al interior de sus Estados miembros. Sin embargo, debe destacarse también que en este ámbito de la justicia internacional, es donde se aprecia un mayor rezago, particularmente para la igualación proporcional de derechos y obligaciones entre los Estados más desarrollados y los que se encuentran en vías de desarrollo.
10. La justicia social global, al igual que su homóloga internacional, tiene por objeto las relaciones diagonales entre Estados, OI y OS, así como las que se establecen con personas y grupos de determinada clase, a efecto de promover una mejor distribución de bienes y capacidades, un reconocimiento de identidades adecuado y una participación social efectiva, de ciertas categorías minoritarias, vulnerables o especiales, que gozan de una particular protección. Su especificidad radica en su dimensión global o universal, a veces impulsada desde la ONU, pero en otros casos promovida desde otros foros internacionales. En términos económicos de distribución de bienes y capacidades, esta categoría ha promovido un trato diferenciado para los Estados en vías de desarrollo, a través de la cooperación internacional para el desarrollo. Dicho tratamiento especial se ha traducido en diversos ámbitos como el trato arancelario preferen-

cial y los mecanismos compensatorios en materia de comercio, así como en la cooperación técnica y la transferencia de tecnología. En materia de reconocimiento y participación, se ha buscado mejorar la integración de las estructuras institucionales u órganos de gobierno de las OI, así como de diseñar diversos mecanismos de votación ponderada, donde el peso específico de cada Estado, se mida conforme a diversos criterios, que van desde su nivel de desarrollo hasta el tamaño de su economía, pasando por sus dimensiones físicas y poblacionales. Lo cierto es que —al igual que en el caso de la justicia social internacional— este es el ámbito que muestra un mayor atraso dentro del derecho global. Lo mismo que respecto de los demás tipos de la justicia global en sentido estricto, se sigue debatiendo sobre la naturaleza y alcance de los deberes cosmopolitas que recaen sobre los particulares bajo esta categoría.

CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO

REFLEXIONES SOBRE LA JUSTICIA SOCIAL Y GLOBAL

I. LA JUSTICIA SOCIAL EN EL DERECHO ACTUAL

1. *El reconocimiento jurídico de la justicia social*

La constitucionalización y el reconocimiento internacional de los derechos humanos económicos, sociales y culturales (DESC), condujeron —como se apuntó en su oportunidad— al modelo del Estado social de derecho.⁵⁵⁰

Dicho modelo político-jurídico, a pesar del cuestionamiento y deterioro de algunas de sus versiones, en realidad ha logrado múltiples avances en la consolidación de la justicia social a través de sus ordenamientos jurídicos.

Y aunque dichos avances no son irreversibles, como lo muestra su evolución reciente, y la misma situación actual nos ofrezca nuevos retos en la materia, no deben desconocerse tampoco sus adelantos.

De hecho, los anteriores progresos se encuentran jurídicamente positivados de manera generalizada, más allá de que su plena vigencia y efectividad siguen siendo aún problemáticas en muchos países y regiones.

Afortunadamente, tales realizaciones de la justicia social gozan ya de un contenido jurídico mucho más denso que el desarrollado por muchas de las distintas teorías —económicas, políticas y culturales— presentadas, cuya abstracción —varias veces señalada— hizo que se quedaran en algunos casos rezagadas en términos de concreción y diseño de mecanismos específicos para el reconocimiento y protección de los derechos.

Por su parte, cabe reconocer que la filosofía, la ciencia y la práctica jurídica han venido acompañando las anteriores realizaciones a través de diversas reflexiones, normas y sentencias.

⁵⁵⁰ Véase *supra* capítulo tercero, apartado III.

Dentro del anterior contexto se inscriben las consideraciones que se han venido haciendo en páginas anteriores sobre el contenido, justificación, fundamentos y tipos de la justicia, como un intento de articular una teoría jurídica integral de la justicia suficientemente comprensiva para explicar en su conjunto su evolución más reciente;⁵⁵¹ únicamente resta precisar cuatro aspectos, que ya fueron previamente anunciados.

En primer lugar —y como se adelantó en su momento—, resulta indispensable entender, de manera integral e integradora, las tres vertientes de la justicia social, o sea, la económico-distributiva, la socio-cultural-identitaria y la socio-político-participativa, que lejos de ser excluyentes resultan complementarias.

Igualmente —como también se dijo—, es necesario continuar con la reflexión para asegurar que entre los beneficiarios de la justicia social verdaderamente sean todos los que están y estén todos los que son, más allá de cualquier pretensión de corrección política circunstancial.

Asimismo, en tercer lugar, se requiere poner especial énfasis en el equilibrio indispensable entre derechos y obligaciones, beneficios y cargas, a efecto de asegurar tanto la efectividad de los primeros cuanto una adecuada proporción entre las ventajas y los sacrificios de todos los individuos, de todos los grupos y de todas las sociedades en su conjunto.

Por último, cabe apuntar que al igual que con respecto a todas las demás dimensiones de la justicia, resulta primordial, para afianzar a la justicia social, promover por medio de la educación cívica y social los bienes y valores que subyacen a sus planteamientos e instituciones, con especial acento en la configuración de un auténtico sentido común y de lo comunitario.

Dicho lo anterior, y con el propósito de ofrecer un panorama sobre la concreción jurídica de la justicia social, a continuación se presentarán —de modo esquemático— algunas de sus principales instituciones jurídicas vigentes, así como el estado que actualmente guardan respecto de su exigibilidad.⁵⁵²

⁵⁵¹ Véase *supra* capítulos décimo y décimo primero.

⁵⁵² Además de la bibliografía específica que será citada, un panorama general sobre dichas instituciones puede verse en Noguera y Guzmán, *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales...*, *cit.*, así como en Rosenfeld y Sajó, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law...*, *cit.*

2. *Las instituciones jurídicas de la justicia social*

Más allá de las lógicas diferencias que presenta su adopción y alcance en los diversos países y regiones, pueden mencionarse ejemplificativamente como instituciones características de la justicia social actual, las siguientes:

- a) el reconocimiento de diversos grupos como acreedores de especial tutela, incluyendo, entre muchos otros, a los sindicatos, agrupaciones campesinas, sociedades cooperativas, de consumidores, minorías étnicas y religiosas y demás colectivos vulnerables;
- b) el establecimiento de normas de orden público e interés social, que limitan la autonomía de la voluntad contractual, así como los derechos de propiedad privada, en beneficio de dichos grupos y de la sociedad en su conjunto;
- c) la modulación social de diversas instituciones del derecho público, en materia de distribución de bienes y capacidades, desde los principios de proporcionalidad fiscal y los impuestos redistributivos, hasta la extensión —entre otros— del derecho humano a la no discriminación, educación, salud y vivienda;
- d) la modulación social de diversas instituciones de derecho público, en materia de reconocimiento y participación, desde la protección de la diversidad cultural y la autonomía política de los pueblos originarios, hasta los diversos mecanismos para la representación de minorías, como las acciones afirmativas y leyes de cuotas, además de las más variadas políticas sociales;
- e) la modulación social de múltiples instituciones del derecho privado, desde las normas protectoras de ciertos deudores y arrendatarios de inmuebles residenciales para la vivienda, hasta la reconfiguración del derecho de familia, pasando por diversas proyecciones del principio de imprevisión en los contratos de tracto sucesivo, la limitación de los intereses y la regulación de la cobranza legal;
- f) el desarrollo de nuevas instituciones jurídicas, tanto sustantivas como procesales, desde la huelga y la seguridad social, la participación de utilidades, las leyes de cuotas y los diversos tipos de propiedad comunal, hasta las acciones colectivas, la justicia constitucional y la justicia internacional de los derechos humanos;
- g) la configuración, a partir de las anteriores instituciones, de nuevas ramas del ordenamiento jurídico, como —entre otras— el derecho

- laboral, agrario, de la seguridad social, del consumo y procesal constitucional y convencional;
- h) la introducción de nuevos principios interpretativos que recorren al ordenamiento jurídico en su conjunto (como el *pro hominem*, el *favor operatoris* el *favor consumatoris* o el *favor debilis*), que a su vez se han traducido en nuevas reglas procesales en materia de acceso a la justicia, suplencia de agravios y carga de la prueba; así como, finalmente,
 - i) la ampliación de las responsabilidades estatales, más allá del gobierno, la regulación y la seguridad, en materia de promoción y en varios casos prestación de diversos derechos DESC.

II. LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

Como resultado conjunto de los fenómenos de la socialización, reconstitucionalización e internacionalización del derecho, así como de la constitucionalización del derecho internacional, los anteriores avances se han producido no sólo en el campo de su reconocimiento, sino también de su tutela efectiva.

En efecto, los derechos, obligaciones, instituciones y principios anteriormente referidos, cada día se vuelven más exigibles, aunque el proceso hacia su plena justiciabilidad se encuentra todavía inacabado.

Dicha exigibilidad se ha venido consolidando directamente a través de los medios de defensa estatales o subsidiariamente por medio de diversos mecanismos internacionales, tanto universales como regionales.⁵⁵³

Ciertamente y más allá de regresar sobre el particular cuando se haga referencia específica a la justiciabilidad de la justicia global, hoy puede afirmarse —más allá de la persistencia de ciertos debates teóricos y de las indudables diferencias entre los diferentes ordenamientos nacionales e internacionales—, que los DESC son derechos exigibles en el ámbito nacional.

Ahora bien, el estado actual de la justiciabilidad de los DESC en el nivel estatal requiere de algunas consideraciones puntuales.

⁵⁵³ Entre la abundante literatura sobre el particular a nivel constitucional comparado e internacional, pueden verse en general —más allá de posteriores referencias puntuales a otras obras— los textos de Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002; Carbonell, Miguel y Ferrer MacGregor, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, UNAM-Flores Editor, 2014; Gauri, Varun y Brinks, Daniel M. (eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Massachusetts, Cambridge University Press, 2008; Tushnet, Mark, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2008, y VV. AA., *Judicial Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights*, Ginebra, International Commission of Jurists, 2015.

1. *Su proceso de consolidación*

En primer lugar, cabe reiterar que la exigibilidad de los derechos sociales se ha venido desarrollando de manera paulatina, como parte de un proceso que aún no concluye.

Dicho proceso, aunque inició —como se expuso— con algunos derechos laborales, agrarios y de la seguridad, a partir del último tercio del siglo XIX, continuando con el primer constitucionalismo social de comienzos del siglo XX, en realidad sólo se consolidó a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Tal consolidación fue posible gracias a la convergencia: *i*) por un lado, del desarrollo de la justicia constitucional —y su posterior internacionalización—, y *ii*) por el otro, de los derechos humanos, en su denominación internacional, o fundamentales de acuerdo con el léxico estatal.⁵⁵⁴

Ambos procesos iniciaron hacia el siglo XIX. En el caso de la justicia constitucional, con el *judicial review* estadounidense, el amparo mexicano y, hacia el primer tercio del siglo XX con el Tribunal Constitucional Austriaco. En el caso de los derechos fundamentales y humanos, con las sucesivas declaraciones de derechos, desde la francesa de 1789 y los *Ten Amendments* estadounidenses de 1791, hasta su posterior adopción por el constitucionalismo, pasando por su recepción a nivel internacional en San Francisco en 1948.

Sin embargo, no fue sino hasta la segunda mitad del siglo pasado cuando los DESC empezaron a configurarse y protegerse como auténticos derechos justiciables y exigibles.

⁵⁵⁴ Sobre la justicia constitucional y transnacional pueden verse en general las obras de Cappeletti, Mauro, *La justicia constitucional*, trad. de L. Dorantes, México, UNAM, 1987; Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional transnacional*, México, Porrúa, 2016; Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución*, México, Porrúa, 2005; Gozaíni, Osvaldo A., *Tratado de derecho procesal constitucional*, 2 tomos, México, Porrúa, 2011. Cabe destacar la importancia específica de la colección Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional que dirige Eduardo Ferrer MacGregor y que cuenta con más de 150 volúmenes sobre dicha temática a nivel comparado e internacional. Respecto de los derechos humanos, entre la inabarcable literatura se destacan tres obras, una histórica y dos dogmáticas, la de Marquardt, Bernd, *Derechos humanos y fundamentales. Una historia del derecho*, Chile, Grupo Editorial Ibáñez-Ediciones Olejnik, 2019, la de Fernández de Casadevante (ed.), *Derecho internacional de los derechos humanos...*, cit., y la de O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2a. ed., México, ONU-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012. Una primera aproximación a estos temas puede verse en Pampillo Baliño, Juan Pablo, “Panorama y diagnóstico de la justicia constitucional”, *Discurso de ingreso a la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación (1930-2007)*, México, M. A. Porrúa-AMJyL, 2009, pp. 219 y ss.

Dicha aceptación y garantía ha tomado así casi setenta años en alcanzarse, pues originalmente los DESC fueron considerados más bien aspiraciones políticas y económicas, previstas por normas programáticas, no imperativas, que no creaban propiamente derechos exigibles, sino que delineaban principios y finalidades no justiciables como tales.

2. *Su protección internacional*

En un principio, dentro del sistema universal de Naciones Unidas, con posterioridad a la firma de la Declaración de 1948, se aprobaron —tras complejas negociaciones entre los bloques geopolíticos enfrentados durante la Guerra Fría— los dos pactos internacionales de derechos, el de los civiles y políticos (PIDCP) y el de los económicos, sociales y culturales (PIDESC), ambos de 1966.

El PIDCP entró en vigor en 1976. Bajo el mismo, el Comité de Derechos Humanos —como instancia política— estudia los informes que los Estados le deben rendir anualmente, y conoce de las quejas o comunicaciones que los Estados le presenten reclamando violaciones de derechos humanos de parte de otros Estados. Igualmente, los Estados que han suscrito su Protocolo Optativo, se someten al procedimiento de comunicaciones individuales, mismos que pueden ser presentadas ante dicho Comité.⁵⁵⁵

Por su parte, el PIDESC, aunque también entró en vigor en 1976, inició su verdadera efectividad apenas en 2013, en razón del número de las ratificaciones necesarias para la eficacia de su Protocolo Opcional, habiendo resuelto su Comité DESC —órgano político—, su primer dictamen a partir de una comunicación individual en 2015.⁵⁵⁶

Además de los anteriores convenios y comités políticos del sistema universal de Naciones Unidas —cuyas observaciones y dictámenes tienen un valor meramente persuasivo, mas no vinculante—, a nivel regional se encuentran —en América, África y Europa— tres sistemas continentales.⁵⁵⁷

El interamericano —en realidad latinoamericano, dado que ni los Estados Unidos de América ni Canadá se han adherido al mismo—, se integra por la Carta Americana o Pacto de San José de 1969 y por el Protocolo

⁵⁵⁵ En 2025, 174 Estados son parte de PIDCP y 119 han suscrito además su Protocolo Opcional. Disponible en: <https://www.ohchr.org/> y <https://treaties.un.org/>.

⁵⁵⁶ En 2025, 173 Estados son parte del PIDESC y 31 han suscrito además su Protocolo Opcional. Disponible en: <https://www.ohchr.org/> y <https://treaties.un.org/>.

⁵⁵⁷ Sobre el funcionamiento del sistema universal y de los tres sistemas regionales, puede verse en general la obra de Casadevente, *Derecho internacional de los derechos humanos...*, *cit.*

Adicional de San Salvador de 1988. Cuenta con dos órganos principales, la Comisión —que como órgano político recibe informes y realiza recomendaciones—, y la Corte Interamericana —como órgano jurisdiccional—, que tiene una doble competencia, consultiva y contenciosa vinculante.⁵⁵⁸

El esquema europeo se conforma principalmente por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y la Carta Social Europea de 1961, con sus respectivos órganos; o sea, para el primer Convenio, un Comité —político— y un Tribunal de Derechos Humanos —jurisdiccional—, y para la Carta, un Comité DESC de naturaleza política.

Finalmente, el sistema africano tiene su propia declaración de derechos en la Carta de Banjul 1981 y cuenta con una Comisión como órgano político.

El anterior contexto internacional, aunado a la circulación de modelos constitucionales en materia de derechos humanos —tanto sustantivos como institucionales y procesales—, ha permitido una rápida evolución de esta trascendental rama del derecho.

3. *Su progresiva consolidación*

Gradualmente, la original indeterminación de las aspiraciones políticas y de las normas programáticas fue concretándose gracias a la actividad de las anteriores instancias internacionales y la discusión al interior de sus homólogas nacionales, así como en virtud de las reflexiones de los juristas y de las sentencias de los jueces.

⁵⁵⁸ Sobre el esquema interamericano de protección de los derechos humanos, pueden verse las obras de García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007; O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, 2a. ed., México, ONU-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2012; Orozco Sánchez, César Alejandro, *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción en México*, 2a. ed., México, UbiJus, 2013, y Pelayo Moller, Carlos María, *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*, México, CNDH, 2015. Específicamente sobre los derechos sociales en el sistema interamericano, consúltese a Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos*, México, UNAM-CNDH, 2017, pp. 25 y ss. Vale la pena también el estudio de García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, en VV. AA., *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales*, San José, Centro por la Justicia y el Desarrollo Internacional, 2004. Un breve panorama, en el contexto del derecho internacional público latinoamericano puede verse en Negro, Dante, “El derecho internacional público en el continente americano. Los desarrollos jurídicos más recientes en el marco de la OEA”, en Pampillo Balño, Damián y Botero (coords.), *La familia jurídica iberoamericana...*, cit., pp. 239 y ss.

Así se fueron definiendo ciertos deberes mínimos (*minimum duties*), que fueron delineando el contenido esencial (*Wesensgehalt*) de los derechos presenciales.⁵⁵⁹

Cabe resaltar que primeramente se empezaron a definir las obligaciones de los Estados respecto de los derechos civiles y políticos, configurándose sus deberes correlativos, tanto los negativos tradicionales como los positivos, más avanzados, cuya justiciabilidad suponía reconocer el incumplimiento por omisión y la posterior responsabilidad de actuar y reparar.

Así, tanto en el derecho constitucional comparado como en el internacional de los derechos humanos, se fue asentando que las obligaciones del Estado respecto de los derechos fundamentales civiles y políticos eran en realidad cuatro.⁵⁶⁰

1. “Respetar”, es decir, abstenerse de cualquier acto que implique una violación directa a los mismos.
2. “Proteger”, o sea, velar, mediante normas y medios de defensa, que los demás particulares también los acaten.
3. “Asegurar”, que se tradujo en la adopción de diversas obligaciones positivas de distinta naturaleza, desde las normativas y administrativas —burocráticas, policiales, de investigación criminal, etcétera—, hasta las jurisdiccionales para garantizar el acceso a la justicia, y
4. “Promover”, que significa desarrollar, a través de los medios a su alcance, una cultura de los derechos humanos.

La anterior evolución de los derechos civiles y políticos, dio lugar sin embargo a una equivocada distinción entre los mismos, como derechos plenamente justiciables y los económicos, sociales y culturales como sólo relativamente justiciables.

⁵⁵⁹ Cfr. Courtis, Christian (reporter), *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative Experiences of Justiciability*, Ginebra, International Commission of Jurists, 2008, pp. 23 y ss.

⁵⁶⁰ Véase a Casadevante, *Derecho internacional de los derechos humanos...*, cit., y Carbonell y Ferrer MacGregor, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa...*, cit., p. 34, y Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, en Courtis, Christian y Ávila Santamaría, Ramiro (eds.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-ONU, 2009, pp. 7 y ss.

4. *Sus alcances y límites actuales*

Dicha distinción, sin embargo, ha ido cediendo terreno con el paso del tiempo. Tanto en el ámbito de la justicia constitucional comparada como en el de la justicia supranacional de los derechos humanos, empezaron a producirse importantes precedentes.⁵⁶¹

Igualmente, la doctrina jurídica fue reflexionando sobre las objeciones y obstáculos formulados contra la justiciabilidad de los DESC, presentando sólidos argumentos para fundamentarla.⁵⁶²

A partir de dichos precedentes y argumentos, se han venido estableciendo diversos principios —en el derecho internacional y comparado—, que aunque no son, ni en su totalidad ni en su integridad, universalmente aceptados todavía, constituyen significativos puntos de partida para su eventual consolidación, que se aprecia cada vez más cercana.

Entre dichos principios destacan por su cada vez más amplia adopción los siguientes:⁵⁶³

- a) los DESC son derechos justiciables, ya sea de manera inmediata (*immediate effect*), o progresiva (*progressive realization*); aunque a todos los Estados se les puede exigir, de manera inmediata, tomar medidas hacia su realización y evitar cualquier discriminación en las mismas;
- b) se encuentra prohibida toda regresión en cuanto a la supresión o limitación de los mismos, salvo en casos excepcionales que deben probarse indispensables;

⁵⁶¹ Véase sobre todo a Courtis, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative Experiences of Justiciability...*, cit.

⁵⁶² Al respecto, fueron muy importantes e influyentes las obras de Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón y R. Zimmerling, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, especialmente el capítulo noveno, cuyas refutaciones sobre las dificultades conceptuales y prácticas de la justiciabilidad de los DESC han sido ampliamente retomadas en el medio iberoamericano, y la de Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002. Véase también Courtis, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative experiences of justiciability...*, cit., pp. 64 y ss.

⁵⁶³ Cfr. Courtis, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights. Comparative experiences of justiciability...*, cit., pp. 25 y ss., 40 y ss., y 50 y ss. Véase también a Binder, Christina y Schobesberger, Thomas, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos sociales: ¿nuevas tendencias en la jurisprudencia?”, en Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (coords.), *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblote de la Corte IDH*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, pp. 223 y ss. Igualmente pueden verse con provecho las obras anteriormente citadas de Abramovich y Courtis, Alexy, Carbonell, Ferrer MacGregor y García Ramírez.

- c) la omisión estatal (*absolute omission*) y la protección deficiente (*inadequate implementation*), se consideran incumplimientos a una obligación positiva, siendo además justiciables;
- d) los deberes negativos que nacen de la obligación de respetar, incluyen no sólo abstenciones, sino también medidas preventivas (*proactive measures*) especialmente para garantizar la continuidad de ciertos servicios públicos como son los de salud;
- e) la obligación de proteger, supone el deber de regular, de inspeccionar el cumplimiento, sancionar y establecer mecanismos judiciales de tutela en los diversos ámbitos de la justicia social, desde el derecho del trabajo, pasando por el de salud, educación, etcétera, y
- f) la obligación de asegurar es exigible especialmente en los campos donde el Estado presta directamente servicios públicos o respecto de las personas que dependen del Estado (*v. gr.*, servidores públicos, presos y otros internos en instituciones).

Así pues, aunque en la actualidad siguen discutiéndose por la doctrina y los tribunales algunos aspectos específicos sobre el alcance de la exigibilidad de los DESC, resulta ya improcedente un cuestionamiento general sobre su justiciabilidad.

Cabe destacar que el Comité DESC de la ONU apenas inició hace pocos años su funcionamiento y que tanto el Tribunal Europeo de Estrasburgo como la Corte Interamericana en Costa Rica, aún no han consolidado una jurisprudencia sobre su protección directa, procediendo a su tutela más bien de modo indirecto, con motivo de violaciones a los derechos civiles y políticos.⁵⁶⁴

Igualmente, debe reconocerse que en la actualidad, la “técnica de las obligaciones positivas del Estado”, fundamental tanto para la consolidación de la justicia social cuanto sobre todo —como se verá—, para la justicia global, no se ha terminado de imponer.

Aunque en Europa encuentra sus precedentes desde el *Asunto Lingüístico Belga* de 1968, todavía se le considera una línea jurisprudencial “incipiente” y “poco desarrollada”.⁵⁶⁵

⁵⁶⁴ Cfr. Colombine, Madelaine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, París, Dalloz, 2014.

⁵⁶⁵ Véase a Carmona Cuenca, Encarna, “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, Madrid, UNED, 2017, pp. 1210 y ss. Disponible en: <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/20731/17235>, p. 271.

En cualquier caso, para los efectos del presente apartado, puede considerarse que las exigencias de la justicia social constituyen auténticas obligaciones de una justicia jurídica justiciable.

III. JUSTICIA GLOBAL Y OBLIGACIONES INTERNACIONALES

La configuración de la justicia global, a diferencia de la de la justicia social, resulta todavía incipiente, por lo que la exposición de sus instituciones y las vías hacia su exigibilidad requieren de una reflexión más detenida.

Así, resulta necesario recapitular, precisar y ampliar algunas de las hipótesis y conclusiones previamente adelantadas, a efecto de tenerlas bien presentes como parte de la misma.

1. *Posturas asumidas en materia de justicia global*

A. *Presupuestos contextuales y epistemológicos*

En primer lugar, se parte de la consideración de que la definición y alcances de la justicia global son todavía debatidos, así como de que algunos de sus principios aún no están completamente delineados. Asimismo, faltan muchas de las reglas e instituciones que serían necesarias para que sus obligaciones fuesen perfectamente justiciables y exigibles.

Desde un punto de vista contextual-histórico, es necesario recordar la notable evolución del marco jurídico actual, y la profunda transformación de la sociedad mundial, con su triple estructura, que incluye su engranaje comunitario.⁵⁶⁶

Pero igualmente debe observarse que en virtud de dicho proceso la justicia global se nos presenta como una compleja superposición de sujetos, relaciones, ordenamientos, principios, normas e instituciones, bastante heterogéneos, que a su vez se encuentran entrecruzados, dando lugar a confusiones e hibridaciones.

Por su parte, en el ámbito epistemológico, nuevamente se deben recordar los presupuestos mencionados desde un principio; sobre todo la actitud de apertura, interdisciplinariedad, pluralismo epistemológico, perspectiva

⁵⁶⁶ Véase *supra* capítulo cuarto, apartados II, III y IV.

integradora, ontología y hermenéutica analógica, a los que se luego se agregó la postura del ecumenismo.⁵⁶⁷

Los anteriores presupuestos nos condujeron hacia la necesaria complementariedad entre las teorías, las justificaciones, los fundamentos, los contenidos —generales, intermedios y concretos— y los mismos tipos de la justicia a partir de la consideración de sus diferentes relaciones definidas.

B. *Enfoques y tendencias*

Desde los anteriores presupuestos —como se anticipó—, entre el estatismo y el cosmopolitismo, se adoptó la postura del segundo, aunque bajo la premisa del relevante papel que tienen los Estados en la construcción de un orden global justo —político, jurídico y económico—, a través de los diferentes tratados, foros multilaterales y organizaciones internacionales y supranacionales.

En dicho sentido, se reconocieron por un lado las diferentes dimensiones de la justicia internacional, así como las de la justicia global, que aunque tienen en los Estados a su principal protagonista, también comprometen ciertos deberes éticos —y hasta algunas obligaciones jurídicas, ya sean perfectas o imperfectas—, de todos los demás agentes de justicia, como los organismos internacionales y supranacionales, las organizaciones de la sociedad civil —en todos los niveles— y, desde luego, las personas, tanto individuales como sociales.

También se asumió —como se dijo—, una postura igualitarista en términos de igualdad de trato, oportunidades y recursos. Aunque dicha postura fue adoptada desde una medida de intensidad mínima, que se identifica con los derechos humanos —tanto civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales—, considerando especialmente el concepto de mínimo vital.⁵⁶⁸

Dicha postura —como también se expuso—, busca complementar la mayor igualdad con la mayor libertad posibles, así como respetar la pluralidad del multiculturalismo que, sin embargo, se encuentra siempre limitado por los derechos humanos y su contenido mínimo esencial como piso común, subsidiario, pero también indispensable.

⁵⁶⁷ Véase *supra* capítulo séptimo apartado I.

⁵⁶⁸ Véase *supra* capítulo tercero, apartado III, y capítulo quinto, apartado VI.

De esa manera, la justicia global —al igual que en general todos los demás tipos de justicia, incluyendo específicamente a la justicia social—, no pretende acabar con la desigualdad, que es parte de la condición humana.

Debe tan solo —al igual que la justicia social— evitar la privación de oportunidades, recursos, participación y reconocimiento básicos, a través de la garantía de dichos mínimos vitales, a partir de los cuales las personas puedan diferenciarse por su esfuerzo, mérito y virtud.

La desigualdad no es injusta en sí misma, siempre y cuando no implique las anteriores privaciones, especialmente cuando provienen de explotación económica, la opresión política o la hegemonización cultural.

Asimismo, como se dijo, se ha abrazado una postura cosmopolita institucional de modalidad fuerte, comprometida con reformas jurídicas mayores a la gobernanza internacional y global.

Postura que también se proyecta en diversos ámbitos de las relaciones transnacionales, como el comercio internacional, la administración de bienes comunes, la fiscalidad global, el régimen de la propiedad intelectual y la consolidación de una jurisdicción global, entre otras.

C. Deberes éticos y obligaciones jurídicas

Otra importante opción que se ha tomado consiste en incorporar al análisis la dimensión ética del cosmopolitismo para afirmar la existencia de deberes éticos de cooperación y ayuda a las sociedades y personas necesitadas, de parte de quienes tengan posibilidad y capacidad de asistirlos.

Además, se considera que dichos deberes morales comprometen —con mayor o menor intensidad—, no solamente a los Estados y a las organizaciones internacionales, sino en general a toda la especie humana, incluyendo tanto a las personas individuales como a cualquier agrupación —dotada o no de personalidad jurídica—, con independencia de su propósito social.

Sin embargo, se reconoce también que la acción de las personas —individuales y colectivas—, suele estar mediatizada por las instituciones —sociales y políticas— de asistencia o beneficencia, cumpliendo las primeras con sus deberes —en principio— mediante el pago de sus impuestos, aportaciones y donativos.

Por lo que toca a la determinación e intensidad de dichos deberes, existen múltiples factores a considerar, como los sujetos que intervienen en las relaciones de justicia, su diferente posición, sus capacidades y necesidades, los objetos y prestaciones que se deben, los hechos o actos generadores de la obligación y su misma justificación y fundamento.

En virtud de ello, se sostiene —bajo los argumentos que se expondrán—, que los anteriores deberes éticos, en muchos casos configuran también auténticas obligaciones jurídicas.

Obligaciones que pueden ser perfectas —justiciables y exigibles—, o imperfectas en diferentes grados, y aplicarse no solamente a los Estados y organismos internacionales, sino también a los particulares como verdaderos agentes de justicia.

Dichas obligaciones jurídicas se encuentran sustentadas sobre los principios de justicia, cuya misma justificación radica —como se recordará— externamente en su proceso histórico de configuración, e internamente en las razones y argumentos que les sirvieron de sustento.⁵⁶⁹ Asimismo, las obligaciones jurídicas derivadas de los mismos deben fundarse —se dijo— en los acuerdos, compromisos, debates y deliberaciones.⁵⁷⁰

Dentro de dichas justificaciones y fundamentos caben también —según se expuso—, a partir de la perspectiva integradora y la búsqueda de complementariedades y en clave ecuménica todos los razonamientos propuestos por las diferentes teorías expuestas, en tanto que realidades compatibles entre sí.

Desde la estructura ontológico-teleológica de la realidad social, orientada al bien común, hasta el constructivismo procedimentalista, pasando por el concepto kantiano de dignidad humana, la solidaridad de la DSI, los derechos humanos, con sus principios de progresividad y no regresividad, el argumento utilitarista de Singer, o el deber de reparación de daños de Pogge. En realidad, todos contribuyen a apuntalar tanto los deberes éticos como las obligaciones jurídicas de la justicia social.

La verdadera cuestión se encuentra, más que en la fundamentación, en la protección y garantía de los derechos. Reside más en los cómo que en los qué o en los porqués, tratándose pues de un asunto práctico, de naturaleza política y jurídica.

De ahí que se considere especialmente relevante el diseño de las reglas, instituciones, procedimientos e instancias de tutela de los derechos y de exigencia de las obligaciones, así como la misma promoción —tanto a través de las grandes reformas como a golpe de sentencias—, de la justicia global por parte de todos los actores o agentes de justicia.

⁵⁶⁹ Véase *supra* capítulo décimo, apartado I.

⁵⁷⁰ Véase *supra* capítulo décimo, apartados II, III y IV.

2. Precisiones sobre las obligaciones jurídicas internacionales

A. Las paradojas de su evolución histórica

Dentro de la tradición occidental, el reconocimiento de deberes éticos y obligaciones jurídicas entre los pueblos, se remonta —como se expuso— a la misma Antigüedad, destacando el pensamiento cosmopolita de los estoicos y el derecho de gentes de los romanos.⁵⁷¹

Sin embargo, su antecedente más importante se encuentra en el *ius communicationis* de F. de Vitoria, fundado sobre el bien común universal del *totus orbis*, que implicaba los derechos y las obligaciones de comunicación entre personas, de pensamiento y cultura, de vida social, y de bienes, tanto en términos comerciales como de asistencia a los necesitados.⁵⁷²

Vitoria sustentaba sus planteamientos tanto en el derecho positivo —*ius gentium secundarium*— que regulaba los tratados, la guerra y la diplomacia, como en un derecho natural racional —*ius gentium naturale et primum*—, que contenía los principios jurídicos de solidaridad, reciprocidad, hospitalidad, amistad y fraternidad, de los que derivaba el *ius communicationis* con sus correspondientes obligaciones jurídicas.⁵⁷³

Así pues, hacia finales del siglo XVI, la teoría clásica de la justicia reconocía, desde diversos fundamentos filosóficos y jurídicos, basados sobre el pensamiento griego, el derecho romano, el derecho canónico, el *ius commune* y la teología salmanticense:

- a) la obligación específica de asistir mediante deberes positivos de justicia jurídica a los pobres;
- b) el derecho que los pobres adquirirían sobre la propiedad de los demás, en los supuestos de extrema necesidad, y
- c) la existencia de un bien común universal como fundamento de las obligaciones negativas y positivas de los pueblos.⁵⁷⁴

⁵⁷¹ Véase *supra* capítulo cuarto, apartado I.

⁵⁷² *Idem*.

⁵⁷³ *Ibidem*. Véase también a Añaños Meza, “El título de sociedad y comunicación natural de Francisco de Vitoria...”, *cit.*, pp. 551 y ss., y 577 y ss.; Hernández Martín, *Francisco de Vitoria. Vida y pensamiento internacionalista...*, *cit.*, pp. 173 y ss., y Hernández Sánchez-Barba, *Francisco de Vitoria...*, *cit.*, pp. 70 y ss.,

⁵⁷⁴ Véase *supra* capítulos tercero y cuarto.

Sin embargo, la posterior evolución del derecho internacional moderno a partir de Westfalia, estuvo marcada más bien por el estatismo soberanista y por el pensamiento político contractualista —individualista, nacionalista y convencional—, que fue diluyendo paulatinamente las exigencias de solidaridad entre las naciones.

Así, a partir del siglo XVII, se impuso en la reflexión internacionalista —Grocio, Wolff, Vattel, Kant— una distinción, que se prolonga hasta nuestros días, entre deberes negativos y deberes positivos.⁵⁷⁵

Más específicamente, entre las obligaciones negativas —que implican un respeto pasivo o una abstención—, y los deberes positivos —que suponen una acción—, considerando que sólo las primeras —al ser más imperativas—, podrían considerarse jurídicas, mientras que las segundas serían meramente éticas y por ende imperfectas.

Las obligaciones negativas, consideradas jurídicamente vinculantes, se traducirían básicamente en evitar incumplir los tratados o causar daños. Por su parte, los deberes positivos —concebidos como imperfectos—, de cooperar y brindar auxilio o ayuda, fueron tenidos como meros compromisos éticos.

Los anteriores deberes morales positivos servirían para explicar la cooperación internacional voluntaria entre los Estados independientes y soberanos, pero excluyendo según dicha concepción, la existencia de obligaciones jurídicas sobre el particular

Dicha posición interestatalista, se vio reforzada a partir del reconocimiento internacional de los derechos humanos posteriores a la segunda posguerra.

En efecto, como resultado de la confrontación geopolítica propiciada por la Guerra Fría, el consenso entre los Estados liberales y los Estados comunistas dio lugar a dos bloques distintos de derechos:

1. Los civiles y políticos, a los que —supuestamente— corresponderían deberes negativos de respeto, considerados obligaciones jurídicas, y
2. Los económicos, sociales y culturales, a los que corresponderían deberes positivos que, sin embargo, no se consideraron en ese momento como justiciables.

Tal posición doctrinal estuvo representada emblemáticamente por K. Vasak y su conocida clasificación de los derechos humanos en generaciones; aunque la teoría jurídica sobre las obligaciones negativas y los deberes posi-

⁵⁷⁵ Véase *supra* capítulo cuarto, apartado II.

tivos, ya había sido enunciada previamente en el campo del derecho público nacional por otros juristas, como G. Jellinek.⁵⁷⁶

La anterior postura prevaleció en materia de derechos sociales a nivel nacional hasta hace poco tiempo, evolucionando paulatinamente hacia su reconocimiento y protección, aceptándose actualmente la existencia de auténticas obligaciones jurídicas positivas a cargo de los Estados.⁵⁷⁷

Tales obligaciones positivas en materia de DESC han venido garantizándose mediante diversas instancias nacionales, así como subsidiariamente, a través de organismos internacionales y supranacionales, como parte del proceso expuesto al comienzo del presente capítulo.⁵⁷⁸

Sin embargo, la referida distinción entre obligaciones jurídicas negativas y deberes éticos positivos, todavía permanece vigente en el ámbito del derecho internacional y global, no admitiéndose que los deberes positivos puedan configurar auténticas obligaciones jurídicas.

Dicha resistencia se ha vuelto, sin embargo, cada vez más endeble. Máxime que hoy existe un consenso cada vez mayor: *i*) en que todos los derechos humanos implican obligaciones negativas y positivas, *ii*) en que los derechos humanos implican obligaciones estatales no solamente de respetar, sino también de proteger, asegurar y promover, y *iii*) en que los derechos humanos, inclusive los DESC, deben ser justiciables y exigibles.

B. *Las obligaciones negativas y los deberes imperfectos*

En virtud de la anterior distinción histórica entre las obligaciones jurídicas negativas y los deberes éticos positivos, y con el marcado propósito de superar sus limitaciones, en los últimos años las teorías de la justicia global han venido desarrollando sus reflexiones.

De entre las mismas —como se expuso—, quizás los dos planteamientos más influyentes y conocidos sean los de Th. Pogge y O. O'Neill.⁵⁷⁹

Pogge construyó su fundamentación de la justicia global afirmando la existencia de responsabilidades provenientes de la violación de deberes negativos.

⁵⁷⁶ Cfr. Colombyne, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, cit.

⁵⁷⁷ Véase *supra* apartado II.

⁵⁷⁸ *Idem.*

⁵⁷⁹ Véase *supra* capítulo quinto, apartados IV y V.

Consideró —como se expuso— que la “pobreza extrema” y la “desigualdad radical”, suponen la infracción de un deber negativo de no dañar a los demás, derivado de la “exclusión del uso de recursos”, del “colonialismo” y del actuar de las “instituciones internacionales”.⁵⁸⁰

A partir de dicho razonamiento, Pogge derivó dos tipos de obligaciones positivas: *i*) las de reparación de los daños, y *ii*) las preventivas, para evitar seguir causando daños, mismas que tradujo en la necesidad de “reformular” el “orden social internacional”, conforme a su propuestas que también fueron planteadas en su oportunidad.⁵⁸¹

Por su parte, O. O’Neill buscó complementar la teoría de Pogge desarrollando, a partir de las clasificaciones de I. Kant, una combinación de las mismas para estructurar los deberes de justicia conforme a las siguientes categorías:

- a) obligaciones perfectas universales, que tienen como contrapartida las libertades básicas, imponiendo sólo deberes negativos de respeto;
- b) obligaciones perfectas especiales, que relacionan acreedores y deudores a partir de una relación previa y concreta;
- c) obligaciones imperfectas universales, de naturaleza ética, y
- d) obligaciones imperfectas especiales, que parten de ciertos vínculos estrechos entre partes que tienen entre sí ciertos deberes de asistencia y cuidado, revistiendo una mayor exigencia ética, pero sin ser en principio jurídicamente exigibles.⁵⁸²

De acuerdo con la tipología propuesta por O’Neill, existen dos tipos de obligaciones jurídicas y dos tipos de deberes éticos. Las dos primeras serían las obligaciones perfectas, cuya exigibilidad derivaría, o bien de deberes negativos de respeto, o bien de la existencia relaciones previas (tratados). Las dos segundas serían deberes imperfectos, con mayor necesidad ética en el caso de los especiales, en virtud de ciertos vínculos cercanos, como podría ser la vecindad.

Ahora bien, puesto que la anterior tipología en realidad repetía los mismos conceptos de los planteamientos interestatalistas anteriormente recor-

⁵⁸⁰ Se presenta con mayor detalle su argumentación en *supra* capítulo quinto, apartados IV y V. *Cfr.* Pogge, “Real World Justice”..., *cit.*, pp. 38-44, e *id.*, *World Poverty and Human Rights...*, *cit.*, p. 199.

⁵⁸¹ Véase *supra* capítulo quinto, apartados IV y V.

⁵⁸² *Cfr.* O’Neill, *Justice Across Boundaries...*, *cit.*, pp. 37 y ss., y Courdourier-Real, *Transnational Social Justice...*, *cit.*, pp. 35 y ss.

dados, O'Neill intentó superarla haciendo la siguiente precisión, apoyada en la teoría de las necesidades de H. Shue.⁵⁸³

Cuando las personas se ven amenazadas en su autonomía y libertad, por no poder cumplir con sus necesidades básicas, las obligaciones imperfectas devienen en perfectas, volviéndose exigible el derecho a la satisfacción de las mismas, para los efectos de asegurar los bienes indispensables y garantizar así al menos su subsistencia física.⁵⁸⁴

C. *La posición adoptada sobre las obligaciones generales y especiales*

A pesar de que las anteriores teorías representan un avance en la reflexión sobre las obligaciones globales, cabe hacer los siguientes apuntes.

En primer lugar, se consideran estrictamente jurídicas todas las obligaciones generales o universales —tanto negativas como positivas— en materia de derechos humanos, así como las relativas a la prohibición del uso y amenaza de la fuerza, de cuyo incumplimiento se derivan, indudablemente responsabilidades internacionales.

En dicho sentido, el multiculturalismo tiene como límite infranqueable —según se dijo en su momento— a los derechos humanos y a dichos principios de *ius cogens*.⁵⁸⁵ Si bien, por otro lado, el cosmopolitismo de los derechos humanos debe constreñirse a ciertos estándares mínimos, a partir del prin-

⁵⁸³ Como se expuso en su oportunidad, para Henry Shue existe un derecho básico a la subsistencia, por donde los deberes negativos de evitar daños suponen deberes positivos de proteger y ayudar a los necesitados. Cfr. Shue, Henry, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton, Princeton University Press, 1996, pp. 18 y ss., y 46 y ss.

⁵⁸⁴ Cfr. O'Neill, *Faces of Hunger: An Essay on Poverty, Justice and Development...*, cit., pp. 110-114. En el mismo sentido P. Dieterlen, para quien los deberes negativos en O'Neill suponen también un no ejercer la coerción que resulta de la vulnerabilidad de aquellas personas a quienes se les niega lo que necesitan. Cfr. Dieterlen, "Derechos de los pobres...", cit., pp. 138 y ss. Otra versión paralela también expuesta es la propuesta por A. Cortina, para quien los deberes de beneficencia constituyen obligaciones de justicia, por lo menos en aquellas sociedades suficientemente maduras, donde se ha entendido al Estado social de derecho como encargado de satisfacer tanto las necesidades humanas básicas como ciertos servicios sociales. Véase Cortina, *Alianza y contrato...*, cit.

⁵⁸⁵ Como observa con razón R. Vázquez: "La defensa no sólo de una justicia internacional, sino global, sólo es posible si se entiende que las culturas importan y valen... la mejor defensa de la diversidad cultural en un entorno mundial no es la defensa normativa del multiculturalismo, sino la superación del relativismo cultural en el reconocimiento de las diferencias en el marco de un universalismo de los derechos fundamentales y la afirmación del individuo en cuanto agente moral y racional", Vázquez, *Teorías contemporáneas de la justicia...*, cit., p. 308.

cipio de subsidiariedad, los derechos humanos y las normas internacionales de *ius cogens*, como parte del derecho global, deben establecer tan sólo el piso común para la convivencia entre los pueblos, dejando que la altura del techo sea definida por cada comunidad en particular.

Sin embargo, con todo y que las anteriores obligaciones universales son indudablemente jurídicas, debe reconocerse también que la insuficiente institucionalidad actual no permite asegurar todavía su justiciabilidad ni su exigibilidad.

Adicionalmente, dentro de la categoría de las obligaciones generales positivas, asumiendo una postura cosmopolita institucional, se considera que se encuentra también la necesidad de participar en la construcción de un orden jurídico, político y económico internacional justo; aunque nuevamente dicho imperativo no sea justiciable ni inexigible.

La anterior obligación general es evidentemente más estricta —y por lo regular más perfecta—, respecto de aquellos Estados y organismos que ya pertenecen o tienen tratados suscritos con otras organizaciones internacionales. Y todavía reviste una mayor juridicidad tratándose de acuerdos en materia de cooperación económica e integración regional.

De la misma manera se consideran obligaciones jurídicas los denominados deberes universales imperfectos derivados de la solidaridad internacional.

Entre quienes se han ocupado mejor de los deberes universales imperfectos destaca E. Garzón Valdés, quien los caracterizó como “aquellos cuyo contenido es una acción de asistencia al prójimo que requiere un sacrificio trivial y cuya existencia no depende de la identidad del obligado ni del (o de los) destinatario(s), ni tampoco es resultado de algún tipo de relación contractual previa”.⁵⁸⁶

Sobre dichos deberes, Garzón se decantó en favor de su absoluta obligatoriedad. También en el mismo sentido se ha pronunciado de manera explícita y amplia R. Vázquez, para quien: “la sola participación interestatal es insuficiente. No sólo se trata de deberes positivos... sino de deberes positivos generales en donde la responsabilidad debe recaer sobre los propios individuos, especialmente si el sacrificio que se les impone es trivial”.⁵⁸⁷

No obstante, respecto de dichos deberes debe reconocerse que su obligatoriedad y alcance depende de diversos criterios que no se encuentran claramente definidos.

⁵⁸⁶ Garzón Valdés, “Los deberes positivos generales y su fundamentación”..., *cit.*, pp. 17 y ss.

⁵⁸⁷ Vázquez, *Teorías contemporáneas de la justicia...*, *cit.*, p. 305.

Por ejemplo: cada comunidad tiene la obligación de procurar a sus miembros ciertos mínimos vitales en calidad de bien común.

Sin embargo, el incumplimiento de dicha obligación —derivado *v. gr.* de una catástrofe natural— compromete a las demás sociedades, en virtud de un principio de solidaridad, a brindarle ayuda y asistencia, proporcionada desde luego conforme a las necesidades, posibilidades y capacidades.

Evidentemente, dicha obligación de ayuda y asistencia le corresponde en primer lugar a quienes guarden una especial relación con dicha comunidad, en virtud por ejemplo de tratados internacionales, de relaciones de vecindad o pertenencia común a organismos internacionales, o bien, de integración, entre otros posibles vínculos particulares.

Pero subsidiariamente, se considera que debe afirmarse resueltamente la existencia de un deber ético a cargo del resto de las comunidades. Deber ético que además constituye —aunque no esté aún configurado institucionalmente, ni existan todavía medios de justiciabilidad y exigencia adecuados—, una verdadera obligación jurídica de brindar ayuda, así como un auténtico derecho de la comunidad privada de sus mínimos vitales para actuar bajo los principios del estado de necesidad.

En segundo lugar, sobre los deberes imperfectos especiales que, como se dijo, tienen una mayor fuerza vinculante que los imperfectos generales, en razón de una especial relación de proximidad, se considera deben ser también jurídicamente vinculantes.

Tales obligaciones pueden derivar —como se expone— de un deber específico de socorro frente al prójimo, como se sostiene desde la doctrina ética y jurídica conocida como del buen samaritano.⁵⁸⁸

Conforme a dicha doctrina, se considera que deben considerarse auténticas obligaciones jurídicas no solamente las derivadas de los tratados internacionales, sino también las que nacen de ciertas relaciones preexistentes, como las que se provienen de la vecindad, del fenómeno de la migración, del tránsito de personas o del comercio, entre otras.

D. *La posición adoptada sobre las obligaciones imperfectas*

Finalmente, debe reconocerse que en la actualidad, son más bien pocas las obligaciones globales completamente definidas, justiciables y exigibles, que en ese sentido se consideran perfectas.

⁵⁸⁸ Cfr. Colomer Segura, Ana, “Una aproximación a los deberes positivos desde la doctrina del buen samaritano”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, Universidad de Valencia, 2012. Disponible en: <http://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/1844>.

Antes bien, muchas de las obligaciones globales anteriormente expuestas, aunque cada vez estén mejor caracterizadas como tales, tampoco son jurídicamente exigibles. De hecho, dentro del universo de dichas obligaciones jurídicas globales, a las que se denomina imperfectas, se propone la distinción en al menos dos especies distintas.

Por un lado, se encuentran aquellas que podrían llamarse imperfectas en primer grado. Es decir, obligaciones jurídicas globales que ya son justiciables, al menos en el sentido de ser susceptibles, de forma potencial, de reconocimiento y garantía por el derecho. Sin embargo, como todavía no lo han sido de manera expresa, a pesar de estar suficientemente determinadas —en cuanto a sus partes, objeto y medios de garantía—, cabe admitir que son —por lo mismo— imperfectas.

Además, existen otras obligaciones globales que podrían caracterizarse como imperfectas en segundo grado.

Se trata de pretensiones de justicia que ni siquiera son justiciables en los términos anteriormente expuestos, pues aunque se encuentran definidos y justificados los principios jurídicos que las sustentan, no existen todavía las reglas, instituciones y procedimientos necesarios para concretarlas y hacerlas efectivas.

Tampoco se encuentran determinados sus sujetos ni el contenido y alcance de su objeto, ni mucho menos existen medios adecuados para su satisfacción.

Sin embargo, se sigue pensando que se trata de auténticas obligaciones jurídicas que se desprenden de principios del derecho suficientemente configurados.

No se trata ya de deberes éticos, cuya realización constituya un acto moral o virtuoso, de naturaleza altruista y digno de mérito, o cuya inobservancia sólo se traduzca en una leve inquietud de conciencia, o en un vago reparo social.

Se trata de verdaderas obligaciones, de cuyo incumplimiento se sigue —o al menos debería seguirse—, un enérgico reproche social, aunque el mismo no pueda traducirse aún en una condena judicial.

Cabe apuntar que en el actual derecho penal comparado, se admite desde hace tiempo la responsabilidad jurídica que deriva de la omisión de socorrer a quien se encuentra en estado de peligro o de grave necesidad.⁵⁸⁹

⁵⁸⁹ Sobre sus antecedentes en el derecho alemán y comparado, así como sobre su original configuración dogmática, pueden verse las obras clásicas de Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de J. Cuello y J. L. Serrano, 2a. ed.,

En tales casos, quien puede actuar —por ejemplo, en razón de su proximidad y posibilidad— para evitar un daño, debe hacerlo en virtud de un principio de mínima solidaridad humana.

Si no lo hace —por desidia o negligencia—, y de dicha conducta pasiva se sigue la causación de un daño, evitable sin mayores riesgos o costos para la persona omisa, puede considerársele —bajo ciertas circunstancias—, incluso como autora de un delito.⁵⁹⁰

En esa misma tesitura, se considera que cuando a nivel internacional y ante el grave estado de necesidad de una comunidad —derivado, *v. gr.* de una catástrofe natural, crisis humanitaria, pandemia o hambruna—, se desatiende el correspondiente deber de ayuda de quien puede prestarlo (principios de proximidad y posibilidad), no se incumple sólo con un deber moral, sino que se transgrede una obligación jurídica, derivada de un principio de derecho de mínima solidaridad humana.

Así, aunque los términos de la relación —sujetos, posición, prestación y objeto— sean relativamente indeterminados y no existan todavía los medios idóneos para exigir su cumplimiento, se considera que existe una responsabilidad jurídica de los Estados, los organismos y los mismos particulares, que dejan de prestar lo que para quien lo necesita es indispensable y para quien lo puede proporcionar es superfluo.

IV. TIPOLOGÍA REVISADA E INSTITUCIONES DE LA JUSTICIA GLOBAL

1. *Características de las obligaciones globales*

Las anteriores consideraciones sobre las obligaciones jurídicas globales permiten completar y precisar la tipología previamente propuesta para las mismas.⁵⁹¹ Para ello, conviene volver a tener presente: *i*) el marco jurídico y la triple estructura de la sociedad mundial en la actualidad; *ii*) la heterogeneidad de vínculos, principios y reglas en que se han traducido; *iii*) la relativa

Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 939 y ss., y Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de J. L. Manzanares, 4a. ed., Granada, Comares, 1993, pp. 543 y ss.

⁵⁹⁰ Un panorama general sobre el derecho penal comparado, con referencias a los delitos de omisión, puede verse en Bernal del Castillo, Javier, *Derecho penal comparado. La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental*, Barcelona, Atelier, 2011. Una exposición dogmática específica sobre los delitos de omisión puede verse en Gimbernat Ordeig, Enrique, *Estudios sobre el delito de omisión*, México, INACIPE, 2019.

⁵⁹¹ Véase *supra* capítulo décimo primero, apartado III.

indefinición de instituciones y obligaciones, y *iv*) el referido entrecruce del derecho global con el derecho internacional universal.

En virtud de lo anterior, se presentan a continuación, preliminarmente, algunas de las características comunes de dichas obligaciones globales.

En primer lugar, debe tenerse presente que sólo se encontrarán unas pocas obligaciones globales, independientes de las internacionales universales, que además sean perfectas —definidas, justiciables y exigibles—, siendo mayor el número de las imperfectas en primer o en segundo grado, de acuerdo con el criterio presentado anteriormente.

Sin embargo, se reitera que a pesar de dicha imperfección, se trata de auténticas obligaciones jurídicas.

En segundo lugar, también vale la pena repetir, por otro lado, que ya existen y se encuentran establecidas, diversas instancias jurídicas —universales, regionales y bilaterales—, competentes tanto para la resolución de controversias —jurisdicción contenciosa—, como para su prevención —jurisdicción preventiva y consultiva—, a las que ya pueden acudir los Estados, los OI y los propios particulares.

En dicho sentido, las obligaciones sobre las que dichas instancias ejercen jurisdicción —a veces optativa, otras vinculante—, son perfectas, es decir, justiciables y exigibles.

Entre dichas instancias se encuentran —como se recordará— la Corte Internacional de Justicia de la Haya, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como múltiples paneles arbitrales.

En tercer lugar, conviene apuntar que en todas las subespecies de la justicia global en sentido estricto, se encuentran obligaciones jurídicas cosmopolitas, que en virtud de un principio de solidaridad pueden incluso vincular subsidiariamente a los sujetos particulares, tanto personas individuales como sociedades y asociaciones de todo tipo, incluidos grupos de personas sin personalidad jurídica.

Las personas particulares son pues sujetos jurídicamente obligados por la justicia global. Los son en primer lugar, de manera directa, mediante el pago de sus impuestos y contribuciones, que eventualmente irán a dar también a diversos OI a través de las aportaciones de sus Estados.

También pueden estar obligados directamente, de manera subsidiaria, bajo la justicia conmutativa global, en los casos de necesidad que involucra deberes humanitarios respecto de otros Estados con los que se guarda una especial relación —por ejemplo de vecindad— y con el que se comparten responsabilidades comunes.

Asimismo, puede decirse que los particulares tienen una responsabilidad indirecta en los ámbitos de la justicia distributiva, legal y social globales, estando comprometidos, a través de un deber de participación política, a promover su más adecuada definición en los campos estatal, internacional y global.

Sin embargo, salvo por las contribuciones fiscales frente a sus propios Estados, debe reconocerse que las obligaciones jurídicas globales a cargo de los particulares son imperfectas, pues no se encuentran definidas en cuanto a sus partes concretas, ni en cuanto al alcance de la prestación debida, no existiendo tampoco los medios —instancias y procedimientos— para procurar su exigibilidad.

En cuarto lugar, conviene reiterar que las obligaciones globales no provienen únicamente de la justicia conmutativa de los tratados, del deber general de respeto, o de la obligación negativa de no dañar, pues también abarcan —como se expuso— obligaciones positivas de cooperación, aunque sean imperfectas.

Dichas obligaciones de colaboración pueden ser tanto genéricas —*v. gr.* las justicias distributiva, legal y social globales— como específicas, por ejemplo en las crisis humanitarias, de las que pueden surgir obligaciones de justicia conmutativa.

Tales obligaciones no derivan solamente de la voluntad de los Estados, o del incumplimiento de un deber negativo, sino también de acontecimientos fortuitos, como una catástrofe natural, una crisis humanitaria o una relación de vecindad.

En quinto lugar, debe señalarse que más allá de los principios característicos del derecho internacional a los que se hizo referencia —igualdad soberana, libre determinación, no intervención, arreglo pacífico de controversias, buena fe, respeto a los derechos humanos, prohibición del uso o amenaza de la fuerza, desarrollo sustentable y cooperación, entre otros—, existen también principios específicos que orientan las obligaciones de la justicia global. Entre los mismos pueden mencionarse los de bien común universal, solidaridad, subsidiariedad, interdependencia y proporcionalidad.

En sexto lugar podemos ubicar también —según se expuso— materias específicamente globales.

Así, en el ámbito distributivo, se encuentran: *i)* el afianzamiento de la paz y la seguridad internacionales; *ii)* la consideración de ciertos mínimos en el campo de los derechos humanos, con respeto a la interculturalidad; *iii)* el cuidado del medio ambiente; *iv)* la administración de los bienes comunes

y públicos de la humanidad, y *v*) el establecimiento de los medios para la resolución de controversias derivadas de dichas asignaturas.

En el ámbito social pueden ubicarse otros tantos campos adicionales. Así, en términos económicos de distribución de bienes y capacidades, se encuentra la cooperación internacional para el desarrollo, el trato arancelario preferencial, los mecanismos compensatorios en materia de comercio, así como en la cooperación técnica y la transferencia de tecnología.

Por su parte, en materia de reconocimiento y participación, se encuentra el rediseño de la integración de los órganos de gobierno de las OI, así como el de sus mecanismos de votación ponderada.

2. *Exposición de sus diferentes clases*

En mérito de lo anteriormente expuesto, a continuación se exponen —nuevamente, pero ahora de manera más completa y precisa—, los tipos o categorías específicos de la justicia global, que a su vez nos presentan algunas de sus instituciones actuales:

1. La justicia conmutativa global en sentido amplio es la que rige las relaciones horizontales entre los Estados, o bien entre los Estados y los OI especializados, dentro del marco jurídico de Naciones Unidas cuando tengan lugar en un plano de igualdad. Dichas relaciones están reguladas por el derecho internacional público en materia de tratados y de responsabilidad internacional. Por su parte, la solución de las controversias suscitadas bajo las mismas podrá darse bajo las figuras previstas por el sistema onusiano, desde la negociación y la conciliación hasta la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia de la Haya.
2. La justicia conmutativa global en sentido estricto es la que orienta las relaciones horizontales entre los Estados y las OI que no derivan de sus acuerdos —tratados— ni de sus acciones voluntarias, sino más bien de ciertos hechos o realidades que se les imponen, como puede ser —entre Estados— la vecindad. En tales casos, de dichos hechos o realidades surgen obligaciones jurídicas —positivas y específicas—, que se les imputan a los Estados incluso en contra de su voluntad, teniendo el deber de cooperar en diversos ámbitos, como en el ejemplo de la vecindad, en las cuestiones fronterizas y migratorias. Y a pesar de su voluntad en contrario, dicha cooperación debe hacerse en términos de igualdad, interdependencia, reciprocidad, buena fe y

proporcionalidad, atendiendo a sus diferentes capacidades y necesidades. Dependiendo de los casos, tales obligaciones serán perfectas —justiciables y exigibles— o imperfectas, en primer o segundo grado. Adicionalmente, en ésta y en todas los demás subespecies de la justicia global en sentido estricto, se encuentran obligaciones jurídicas cosmopolitas que, en virtud de un principio de solidaridad, pueden vincular subsidiariamente a los sujetos particulares de dichos Estados para con sus congéneres, de modo particular en los casos de necesidad que involucran deberes humanitarios.

3. La justicia distributiva global en sentido amplio se encuentra referida actualmente al ámbito de la ONU, y es la que disciplina las relaciones verticales entre la misma y sus Estados miembros. Como parte de su carácter distributivo supone el desarrollo de una estructura institucional de gobierno, el establecimiento de un orden jurídico, la administración de los bienes comunes y la instauración de mecanismos de solución de controversias. Su ámbito material es amplísimo, abarcando la mayor parte de los campos del derecho público, privado y social, aunque destacan de manera especial sus principios en materia de prohibición de la fuerza, protección de los derechos humanos, promoción de minorías, desarrollo sustentable y cooperación internacional. Igualmente, la ONU ha venido ampliando el alcance de su jurisdicción, tanto a través de la Corte Internacional de Justicia como de la Corte Penal Internacional, más allá del importante seguimiento que hace del respeto a los derechos humanos a través de sus diferentes comités. Sin embargo, su autonomía es menor que la de los OS, de modo que su estructura institucional, su ordenamiento jurídico y la organización de su justicia dependen de los Estados parte. Además —como es bien sabido y criticado—, uno de los principales órganos de gobierno de la ONU —el Consejo General—, se encuentra limitado en su actuación por los cinco países que son miembros permanentes del mismo.
4. La justicia distributiva global en sentido estricto todavía no se ha definido de modo independiente al sistema de Naciones Unidas y quizás tampoco deba hacerlo en virtud del mencionado principio de reserva de globalidad como límite de las materias que deben ser objeto de una protección global. Entre dichas materias se encuentran: *a)* el afianzamiento de la paz y la seguridad internacionales; *b)* la garantía de ciertos mínimos en el campo de los derechos humanos, con respeto a la interculturalidad; *c)* el cuidado del medio ambiente;

d) los términos básicos del intercambio comercial internacional; *e)* la administración de los bienes comunes y públicos de la humanidad, y *f)* el establecimiento de los medios para la resolución de controversias derivadas de dichas asignaturas. Las anteriores materias son atendidas en el presente por la ONU —a través de sus diferentes agencias—, así como parcialmente por la OMC, el FMI y el BM entre otras instancias. Sin embargo, este ámbito de la justicia global presenta múltiples pendientes, entre los cuales podrían señalarse, de modo puramente enunciativo: *a)* la necesidad de una gobernanza más incluyente y representativa en la estructura institucional de los OI; *b)* la falta de acciones más efectivas para el mantenimiento de la paz y seguridad; *c)* una jurisdicción protectora, universal y obligatoria, en materia de derechos humanos, y *d)* una administración más equitativa de ciertos bienes comunes como los fondos marinos. Asimismo, en cuanto parte de la naturaleza cosmopolita de las obligaciones reguladas por esta categoría, debe afirmarse que a partir de un principio de solidaridad, la justicia distributiva global puede vincular subsidiariamente a los sujetos particulares, tanto en sus relaciones privadas como comprometiéndolos específicamente, a través de un deber de participación política, a promover su más adecuada definición en los campos estatal, internacional y global.

5. La justicia legal global es la que orienta las relaciones horizontales entre los Estados, las OI y las OS, así como verticales entre los Estados y dichas OI u OS, particularmente en el ámbito universal, y por virtud de las cuales tienen una obligación jurídica imperfecta de cooperar entre sí. Dicha obligación se traduce, en primer lugar, en el deber genérico de colaborar políticamente y contribuir económicamente para el bien común. Y específicamente se proyecta en el deber de participar en la construcción de un orden internacional justo. Tales obligaciones imperfectas de asistencia —que no son exigibles y en muchos casos ni siquiera potencialmente justiciables—, se regulan por los principios de interdependencia, reciprocidad, solidaridad, subsidiariedad y proporcionalidad. Al igual que en las demás clases de la justicia global en sentido estricto, sus obligaciones son cosmopolitas, por lo que específicamente respecto de esta categoría, debe afirmarse que pueden vincular subsidiariamente a los sujetos particulares, comprometiéndolos de modo particular a través de un deber de participación política, a promover su más adecuada definición en los campos estatal, internacional y global.

6. La justicia social global, al igual que su homóloga internacional, tiene por objeto las relaciones diagonales entre Estados, OI y OS, así como las que se establecen con personas y grupos de determinada clase, a efecto de promover una mejor distribución de bienes y capacidades, un reconocimiento de identidades adecuado y una participación social efectiva, de ciertas categorías minoritarias, vulnerables o especiales, que gozan de una particular protección. Su especificidad radica en su dimensión global o universal, a veces impulsada desde la ONU, pero en otros casos promovida desde otros foros internacionales. En términos económicos de distribución de bienes y capacidades, esta categoría ha promovido un trato diferenciado para los Estados en vías de desarrollo, a través de la cooperación internacional para el desarrollo. Dicho tratamiento especial se ha traducido en diversos ámbitos, como el trato arancelario preferencial y los mecanismos compensatorios en materia de comercio, así como en la cooperación técnica y la transferencia de tecnología. En materia de participación, se ha buscado mejorar la integración de las estructuras institucionales u órganos de gobierno de las OI, así como de diseñar diversos mecanismos de votación ponderada, donde el peso específico de cada Estado se mida conforme a diversos criterios, que van desde su nivel de desarrollo hasta el tamaño de su economía, pasando por sus dimensiones físicas y poblacionales. Lo cierto es que —al igual que en el caso de la justicia social internacional—, este es el ámbito que muestra un mayor atraso dentro del derecho global. Para ir cerrando la brecha, deberían considerarse, entre otras importantes reformas planteadas: *a)* la reestructura de la gobernanza global e internacional en términos democráticos participativos, incluyendo que representen también a ciertos grupos de Estados y personas que así lo ameriten; *b)* la modificación de los términos del intercambio en el comercio internacional respecto de la correlación inversa entre los precios de las materias primas y los productos manufacturados, tecnológicos y los servicios especializados; *c)* la reingeniería del régimen de la propiedad intelectual, especialmente en materia de tecnología y de salud, de modo que sin desincentivar la inversión privada, atiendan también a su función social; *d)* el establecimiento de un régimen más equitativo de aprovechamiento de los bienes públicos como los fondos marinos; *e)* la renegociación —en términos razonables para todas las partes— de las deudas externas de los Estados en vías de desarrollo, y *f)* el establecimiento de algún tipo de fiscalidad global —ya

sea a través del dividendo general de Pogge, de la tasa Tobin, de un impuesto global a las empresas transnacionales, o cualquier otro— que permita que alguna entidad global pueda constituir fondos especiales para diversos fines, desde atención de catástrofes naturales hasta programas de cooperación para el desarrollo. Finalmente, y al igual que en las demás clases de la justicia global en sentido estricto, sus obligaciones son cosmopolitas, aunque sean los Estados sus principales agentes. En este sentido, nuevamente se afirma que a partir de un principio de solidaridad, puede incluso vincular subsidiariamente a los sujetos particulares, comprometiéndolos específicamente, a través de un deber de participación política, a promover su más adecuada definición en los campos estatal, internacional y global.

V. PROPUESTAS CONCRETAS HACIA LA EXIGIBILIDAD DE LA JUSTICIA GLOBAL

Como ha podido apreciarse de la anterior exposición sobre los tipos de la justicia global, así como de las consideraciones previas hechas sobre sus diferentes obligaciones, existen muchos pendientes para la realización completa de los primeros y la justiciabilidad y exigibilidad plena de las segundas.

Con el propósito de contribuir a la atención de los mismos, se mencionarán a continuación algunas de las grandes reformas que serían necesarias para consolidar la justicia global, así como algunos de los caminos jurisdiccionales que podrían recorrerse para ir perfeccionando, a golpe de sentencias, sus respectivas obligaciones.

1. *Las grandes reformas*

En aras de evitar repeticiones innecesarias, únicamente se indicarán a continuación aquellas propuestas —de entre las muchas expuestas— que se consideran más necesarias para configurar un orden global, capaz de contribuir mejor a la vigencia de la justicia.⁵⁹²

En primer lugar, frente al dilema planteado entre el constitucionalismo global y el multiconstitucionalismo, se considera —tanto en términos políticos como jurídicos— que no resulta plausible, ni muchos menos convenient-

⁵⁹² Sobre las principales propuestas planteadas por el pensamiento cosmopolita, con muchas de las cuales se coincide, según se indicó, véase *supra* capítulo quinto, apartado VI.

te, la configuración de un macro Estado, o de un único derecho cosmopolita, como ordenamiento jurídico completo.⁵⁹³

En segundo lugar, tampoco resulta viable ni adecuado un pluralismo fragmentario que abandone los derechos a las contingencias de una gobernanza casi imposible.

Un orden global de justicia exige más bien —como se ha propuesto—, de un derecho global común y mínimo, que tan sólo establezca los mecanismos jurisdiccionales para la solución de controversias, así como los medios necesarios para su eficacia.

Adicionalmente, dicho ordenamiento requiere establecer un aparato burocrático para la administración y coordinación de algunas competencias, en las limitadas materias que constituyen el ámbito de reserva de globalidad, al que se ha venido haciendo referencia.⁵⁹⁴

Por lo demás, las funciones de dicho organismo universal o global —que actualmente es la ONU y que bien pudiera seguirlo siendo—, deberían ser más bien de coordinación y colaboración con los demás actores supranacionales, internacionales y transnacionales, así como el establecimiento de una jurisdicción protectora de los mismos y de las mismas personas que los integran.

Otro aspecto fundamental para el establecimiento de un orden global de justicia, se encuentra —como también se dijo— en la reestructuración del gobierno y la gobernanza globales.

Dicho rediseño requiere que los organismos internacionales —incluyendo cualquier instancia global—, integren en su estructura institucional a todos los Estados —así como eventualmente y según los casos a otros agentes transnacionales— de manera incluyente y participativa.

Asimismo, convendría definir las instancias y procedimientos para el gobierno de dicha estructura, conforme a los principios que el constitucio-

⁵⁹³ Como se expuso en su momento, el mismo número, diferente ámbito geográfico y distinta competencia de las organizaciones internacionales, hace difícil pensar en su unificación o gobierno común. Pero además, un gobierno supranacional, regional o universal centralizado, en realidad podría convertirse una peligrosa distopía. Parece mejor seguir pensando en la colaboración entre un conjunto de organismos internacionales y supranacionales, tanto universales como regionales, especializados por materia, que colaboren entre sí en los ámbitos comunes de manera ordenada y eficiente.

⁵⁹⁴ Entre dichas materias se encontrarían, como se expuso: *i*) el afianzamiento de la paz y la seguridad internacionales; *ii*) la consideración de ciertos mínimos en el campo de los derechos humanos, con respeto a la interculturalidad; *iii*) el cuidado del medio ambiente; *iv*) los términos básicos del intercambio comercial internacional; *v*) la administración de los bienes comunes y públicos de la humanidad, y *vi*) el establecimiento de los medios para la resolución de controversias derivadas de dichas asignaturas.

nalismo internacional ha venido proponiendo, como la representatividad democrática, la separación colaborativa de funciones, la transparencia y la rendición de cuentas.

Igualmente, habría que diseñar y establecer mecanismos equitativos de votación ponderada al interior de dichas instancias de gobierno, donde se considere el peso específico de cada Estado —o agente transnacional—, conforme a diversos criterios, como su nivel de desarrollo, tamaño de su economía, dimensiones físicas y poblacionales, reconociendo también los derechos de minorías, así como de los Estados más vulnerables.

En tercer lugar, se considera de la mayor relevancia para alcanzar el bien común universal, particularmente a través de las justicias distributiva, legal y social globales, la definición de sus indispensables medios económicos de financiamiento.

Las posibilidades para ello son múltiples: *i)* desde el establecimiento de una fiscalidad global, ya sea a través del dividendo global de Pogge, de la tasa Tobin, de algún impuesto sobre las ganancias de las empresas transnacionales, o sobre la economía digital, o mediante la eliminación de los paraísos fiscales, y/o varias de las anteriores; *ii)* hasta los principios de diferencia propuestos por Beitz de redistribución de recursos y/o distribución global de bienes comunes, como los fondos marinos; *iii)* pasando por eventuales reformas al sistema internacional de reservas propuestas por Stiglitz, o esquemas de refinanciamiento de las deudas externas; entre otras alternativas.⁵⁹⁵

A través de dichos recursos podrían establecerse diversos fondos estructurales, tanto para la atención de situaciones extremas —desastres naturales, pandemias o hambrunas—, cuanto para la cooperación para el desarrollo de ciertos países o regiones, pudiendo pensarse inclusive —a futuro— en la posibilidad de ciertos seguros sociales globales.

Finalmente, además de las anteriores reformas generales, se encuentran otras más específicas ya mencionadas, como la de equilibrar las asimetrías en los términos del intercambio dentro del comercio internacional, o la de modificar el régimen de la propiedad intelectual, en beneficio del bien común, sin desincentivar tampoco la inversión privada, entre muchas que fueron previamente expuestas.⁵⁹⁶

En definitiva, existen —y se suscriben— múltiples importantes propuestas, que aunque no se vislumbran realizables en el inmediato plazo, conviene tener presentes e insistir perseverantemente en su planteamiento, con la esperanza esforzada de que algún día puedan llegar a concretarse.

⁵⁹⁵ Véase *supra* capítulo quinto, apartado VI.

⁵⁹⁶ *Idem.*

2. *El camino de la jurisdicción*

Además de las anteriores reformas aspiracionales en tanto que dependientes de la conjunción de múltiples voluntades políticas —que no se perciben posibles actualmente—, nos queda la vía —más modesta pero quizás más efectiva—, de promover jurisdiccionalmente el progresivo reconocimiento y protección de los derechos globales.

En tal sentido, conviene recordar que la justicia internacional y global presentes, reconocen más de 120 instancias contenciosas de resolución de controversias.⁵⁹⁷

Tan solo entre los tribunales e instancias internacionales y supranacionales ya mencionados, cabría recordar a la Corte Internacional de Justicia de la Haya de la ONU, a los tribunales de Estrasburgo en materia de derechos humanos y de Luxemburgo en el contexto de la Unión Europea, a la Corte Interamericana de Costa Rica, al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a la Corte Penal Internacional, al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, al Órgano de Solución de Controversias de la OMC, al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y a los múltiples tribunales arbitrales previstos por diferentes tratados internacionales.

Las sentencias y criterios jurídicos desarrollados por los mismos constituyen un extraordinario —y todavía insuficientemente apreciado y aprovechado— depósito de razones y argumentos para la justicia global en todas sus proyecciones.

La propia evolución que presenta la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en los últimos 15 años —a pesar de las limitaciones de su jurisdicción—, resulta particularmente elocuente sobre sus posibilidades futuras.⁵⁹⁸

Piénsese por ejemplo en la línea jurisprudencial que inauguraron los casos de *Congo vs. Uganda* de 2005, el del *Genocidio Bosnia* de 2007, o el célebre *asunto Diallo* de 2010, en los que se reconocieron obligaciones internacio-

⁵⁹⁷ Cfr. Paulus, Andreas, “International Adjudication”, en Besson, Samantha y Tasioulas, John (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010. Con información más actualizada véase Paine, Joshua, “International Adjudication as a Global Public Good?”, *European Journal of International Law*, vol. 29, núm. 4, noviembre de 2018, pp. 1223-1249, disponible en: <https://doi.org/10.1093/ejil/chy075>.

⁵⁹⁸ Ziccardi Capaldo, *The Pillars of Global Law...*, cit., pp. 97 y ss.

nales positivas de prevención en materia de violaciones graves a derechos humanos.⁵⁹⁹

E igualmente se puede observar la diversa —pero concurrente— tendencia de su jurisprudencia hacia el reconocimiento de obligaciones internacionales positivas de naturaleza económica, en materia de autodeterminación de los pueblos, derivados del caso del *Muro Palestino* de 2004 o del relativo a la *Independencia de Kosovo* de 2008.⁶⁰⁰

En el ámbito regional europeo ya se hizo referencia con motivo de la exigibilidad de la justicia social, al célebre *Asunto Lingüístico Belga* de 1968, al que podrían sumarse otros, como los casos *Marckx* y *Airey*, ambos de 1979, que constituyen el origen de la técnica de las obligaciones positivas en materia de derechos sociales.⁶⁰¹

Dicha técnica también se encuentra presente —aunque de manera incipiente, como se dijo— en el ámbito interamericano.⁶⁰²

Lo cierto es que en las últimas décadas, la proliferación de tribunales internacionales y el desarrollo de su jurisprudencia apuntan en el sentido de la continua extensión de una jurisdicción verdaderamente supranacional, con un sesgo cada vez más progresivo respecto de la extensión y protección de los derechos humanos.

Adicionalmente debe apreciarse que los fundamentos jurídicos positivos expresos para la exigencia de los derechos humanos, dentro del contexto global, son múltiples.

⁵⁹⁹ Cfr. Simma, Bruno, “Human Rights Before the International Court of Justice: Community Interest Coming to Life?”, en Tams, Christian J. y Sloan, James (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Nueva York, Oxford University Press, 2013. De cuño reciente véase a Pisillo Mazzeschi, Riccardo, *International Human Rights Law. Theory and Practice*, Suiza, Springer-Giappichelli Editore, 2021.

⁶⁰⁰ Véase Zyberi, Gentian, “The International Court of Justice and the Rights of Peoples and Minorities”, en Tams y Sloan, *The Development of International Law by the International Court of Justice...*, cit., pp. 338 y ss.

⁶⁰¹ Véase *supra*, apartado I. Cfr. Carmona, “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”..., cit. Véase también a Mowbray, Alastair R., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Portland, Hart Publishing, 2004. Con un desarrollo posterior hasta fechas más recientes véase la monografía de Colombine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme...*, cit., *passim*. Asimismo, cabe destacar en dicho contexto el desarrollo de las llamadas obligaciones intermedias, llamadas de prevención, vigilancia o *due diligence*, que fueron reconocidas en el asunto Plattform “Ärzte für das Leben” de 1998.

⁶⁰² Cfr. Ferrer Mac-Gregor, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el sistema interamericano de derechos humanos...*, cit.

Dichos fundamentos, cuya indudable potencialidad para la consolidación de las obligaciones en materia de justicia global está aún pendiente de ser activada, constituyen una verdadera invitación a la reflexión y la acción de juristas prácticos y académicos, a través de los diversos instrumentos que se encuentran a su disposición: desde el litigio estratégico hasta los *amicus curiae*.⁶⁰³

En efecto —y por ofrecer únicamente algunos pocos botones de muestra—, piénsese en el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que establece: “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios*”.⁶⁰⁴

O bien, en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966 que dispone:

Cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como *mediante la asistencia y la cooperación internacionales*, especialmente económicas y técnicas, *hasta el máximo de los recursos de que disponga*, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, *la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*.⁶⁰⁵

También dentro del propio PIDESC, su artículo 11.2 determina:

⁶⁰³ Más allá de las múltiples iniciativas promovidas por diversas clínicas de derechos humanos, en el nivel de la reflexión científica, pueden verse —entre muchas otras— la obra de C. Focarelli, que desde el análisis de la realidad social y sus movimientos reivindicatorios, la consideración de diversas teorías y la definición de un método, plantea una serie de propuestas para revalorar a los actores (Estados, organismos, organizaciones, personas, entes transnacionales) y procesos decisorios en la construcción del derecho internacional. Focarelli, Carlo, *International Law as Social Construct. The Struggle for Global Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2012. En parecida dirección, aunque con diversas metodologías, la obra colectiva de Carmody, Chios, Garcia, Frank J. y Linarelli, John, *Global Justice and International Economic Law Opportunities and Prospects*, Nueva York, Cambridge University Press, 2012. De modo semejante, a favor de la justicia global y de la integración latinoamericana, se encuentran los trabajos teóricos y prácticos de la Red Interdisciplinaria Justicia Global e Integración Americana (www.rjia.org).

⁶⁰⁴ Disponible en: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf. El destacado en cursivas es añadido.

⁶⁰⁵ Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf. Las cursivas son añadidas.

Los Estados parte en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, *individualmente y mediante la cooperación internacional*, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos... b) asegurar una *distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades*, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.⁶⁰⁶

Igualmente, podrían citarse los artículos 4 y 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que textualmente expresan:

4: Los Estados parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados parte adoptarán esas medidas *hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional*... 27.1: Los Estados parte reconocen el derecho de todo niño a *un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social*.⁶⁰⁷

En fin, más allá de los anteriores fundamentos positivos —entre muchos otros que pueden encontrarse en diversos tratados y sentencias, especialmente en relación con el llamado mínimo vital—, y de las mismas consideraciones generales que se han intentado plasmar dentro del presente capítulo, lo cierto es que resulta factible articular una gran cantidad de argumentos jurídicos para promover jurisdiccionalmente la justicia global e irla haciendo exigible.

Se trata de una posibilidad —y de un deber— que recae sobre abogados, académicos, juristas, universidades, defensores de derechos humanos y, en general, organizaciones de la sociedad civil.

Todos ellos —y muchas personas más—, en realidad ya tienen a la mano, poderosas armas —razones y voluntades— para convertirse en los protagonistas de uno de los capítulos más importantes en la historia del derecho y la justicia; capítulo que todavía está pendiente de escribirse.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, loc. cit.

⁶⁰⁷ Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>. Las cursivas son añadidas.

Una teoría integral de la justicia. Historia, pensamiento, instituciones y propuestas, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 18 de mayo de 2026. En esta edición se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.

otras

PUBLICACIONES

Constitución y gobernabilidad.
Consideraciones para reconstruir
el Estado constitucional en México

DIEGO Valadés

El malentendido de la víctima.
Una lectura feminista de la cultura
punitiva

TAMAR Pitch

La impronta de las Leyes de Reforma
en la sociedad mexicana. Del Porfiriato
a la Revolución (1876-1914)

JOSÉ LUIS Soberanes Fernández

CARMEN-JOSÉ Alejos Grau

La experiencia de transformación
constitucional en Chile: distintas
perspectivas

CLAUDIO Grossman Guiloff

editor

Derecho natural clásico
y contemporáneo: fundamentos y
desafíos en la reflexión iusfilosófica
actual (Aristóteles, Tomás de Aquino,
John Finnis, Robert P. George,
¿neoconstitucionalismo?)

JAVIER Saldaña Serrano

La lógica jurídica. Función y alcance
de la lógica en el derecho

CARLA Huerta Ochoa

La política sobre la vida y la muerte.
Los inicios de la regulación sanitaria
y el Protomedicato

FRANCISCO Ibarra Palafox

LA REFLEXIÓN SOBRE LA JUSTICIA ha sido una constante en la historia de la humanidad. De ahí que en nuestro tiempo sea un tema de renovada actualidad.

En los últimos años se han publicado cantidad de obras sobre la justicia desde diversas perspectivas —éticas, políticas, económicas y cosmopolitas— que, sin embargo, no ofrecen una comprensión integral sobre su concepto, tipos, fundamentos, obligaciones e instituciones, prescindiendo además del punto de vista jurídico, que resulta fundamental.

Esta obra busca exponer, de manera contextualizada, las principales teorías sobre la justicia, para luego bosquejar una teoría jurídica integral, que destacando su interdisciplinariedad material permita, desde la específica formalidad del derecho, articular las principales categorías, fundamentos e instrumentos de la justicia actual, incluyendo la justicia social global.

En su primera parte expone el proceso histórico de configuración de las principales teorías, sus planteamientos, influjo y limitaciones. En la segunda, intenta armonizarlas, aprovechando sus aportaciones y superando sus deficiencias, contrastándolas con las instituciones y los procedimientos jurídicos que las garantizan.

JU RÍDI CAS

