

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.

Resumendo 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 las 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.