

## 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.<sup>1</sup>

##### 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.<sup>2</sup>

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

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup>

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.

---

<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

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.

---

<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

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.

---

<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

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-

---

<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup>

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.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup>

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.<sup>10</sup>

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

Dichos acercamientos y alejamientos conviene intentarlos:

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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](http://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.

<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

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:

---

<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup>

La anterior transversalidad e interdisciplinariedad 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.

---

<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

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

---

<sup>13</sup> 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”.<sup>14</sup> 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”.<sup>15</sup>

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-

---

<sup>14</sup> *Digesto*, 50, 17, 144.

<sup>15</sup> *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.<sup>16</sup>

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.<sup>17</sup>

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

---

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

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, entendiéndolo 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

---

<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> *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.<sup>20</sup>

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).

---

<sup>20</sup> 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).<sup>21</sup>

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).<sup>22</sup>

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”.<sup>23</sup>

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*).<sup>24</sup>

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:

---

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> *Idem.*

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

<sup>24</sup> *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.<sup>25</sup>

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.

---

<sup>25</sup> 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).<sup>26</sup>

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

---

<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup>

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”.<sup>28</sup>

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.<sup>29</sup>

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

<sup>27</sup> Véase *infra* capítulo tercero.

<sup>28</sup> Véase *infra* capítulos cuarto y quinto. *Cf.* 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.

<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup>

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.<sup>31</sup>

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.

---

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> En todo caso, el derecho internacional se caracteriza por sus obligaciones diferenciadas y su coactividad parcial y limitada.<sup>33</sup>

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.<sup>34</sup>

Finalmente se encuentra el derecho global, todavía en proceso de formación, que parece estarse 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 estarse 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-

---

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup>

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.<sup>36</sup>

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-

---

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> 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*).<sup>38</sup>

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.<sup>39</sup>

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.<sup>40</sup>

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.<sup>41</sup>

---

*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.

<sup>38</sup> 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.

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

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup>

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.<sup>43</sup>

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

---

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup>

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.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> 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 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.

<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup>

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.<sup>47</sup>

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.<sup>48</sup>

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.<sup>49</sup>

---

*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](http://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.

<sup>46</sup> Véase *infra* capítulos tercero y quinto respectivamente.

<sup>47</sup> *Idem*.

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

<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup>

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.<sup>51</sup>

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.

<sup>50</sup> Véase *infra* capítulos tercero, cuarto y quinto.

<sup>51</sup> 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.<sup>52</sup>

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.<sup>53</sup>

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.<sup>54</sup>

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.<sup>55</sup>

---

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

<sup>53</sup> 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.*

<sup>54</sup> *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.

<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup>

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.<sup>57</sup>

---

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

<sup>57</sup> 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.<sup>58</sup>

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*).<sup>59</sup>

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.

---

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

<sup>59</sup> 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.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> 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.