

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TEORÍA CLÁSICA DE LA JUSTICIA

I. SU CONFIGURACIÓN FILOSÓFICA

1. *Preliminar*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Su carácter ético-social en sus orígenes griegos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *Las aportaciones de Aristóteles*

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

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

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

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

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

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

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

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

A. Justicia y derecho: la concepción dike-céntrica

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. *Los tipos clásicos de la justicia*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. *Los fundamentos de la justicia*

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

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

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

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

D. *La epiqueya*

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

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

4. *La concepción nomocéntrica de los estoicos*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁷ *Summa Theologica*, II-II, q. 57.

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

6. *La evolución posterior*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. SU REELABORACIÓN JURÍDICA

1. *Preámbulo*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. *Sus etapas y principales características*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Una digresión al margen sobre la justicia restaurativa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *Generalidad teórica y concreción práctica*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Justicia jurídica, bien común político y cosmopolitismo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. *El problema del derecho injusto*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹⁶ *Summa Theologica*, I-II q. 95.

¹¹⁷ *Idem*, así como la cuestión 96.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²¹ *Idem*.

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

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

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

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

III. CRISIS Y RENOVACIÓN

1. *La cosmovisión moderna*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. *La formalización y vaciamiento de la justicia*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *El resurgimiento de la justicia material*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. POSIBILIDADES Y HORIZONTES ACTUALES

1. *Su necesidad y conveniencia*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. *Las actualizaciones necesarias*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵⁸ Véase *infra* capítulos tercero y quinto.

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

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

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

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

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

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

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

3. *La recuperación del sentido ético y comunitario*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las anteriores consideraciones hechas por el comunitarismo son fundamentales.

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

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

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