

ÍNDICE

PRIMERA PARTE

FUNDAMENTACIÓN DE LA ONTOLOGÍA JURÍDICA

PRÓLOGO	13
Tema 1. INTRODUCCIÓN. LOS DOS PLANOS DEL SABER: EL PLANO ONTOLÓGICO Y EL PLANO CRÍTICO O EPIS- TEMOLÓGICO	19
1. Preliminares	20
2. Los distintos planos del discurso: plano ló- gico, ontológico y epistemológico	20
3. Los planos del discurso en el ámbito jurí- dico	23
4. ¿Cabe primar un plano del discurso jurídico sobre los demás? La tesis de Reale	25
5. Un paso más: lógica unívoca y lógica analó- gica	26
6. Reducciones de tipo lógico, ontológico y crítico	30

Tema 2. LA CIENCIA Y LA “CIENCIA” JURÍDICA. LOS MODE- LOS JURÍDICOS POSITIVISTAS.....	35
1. Sentidos del término “ciencia”. Ciencia y fi- losofía.....	36
2. La teoría de la “ciencia” jurídica como dis- ciplina filosófica. Su vinculación a la filo- sofía del derecho.....	39
3. Positivismo filosófico y positivismo jurídico	43
4. Los positivismos dogmáticos	50
5. Los positivismos sociológicos.....	52
Tema 3. LA CRISIS DEL POSITIVISMO Y EL RETORNO A LA RAZÓN PRÁCTICA.....	57
1. La quiebra del monismo metodológico y la crisis del modelo de “ciencia” jurídica en el positivismo.....	58
2. La crítica a los mitos del positivismo jurí- dico	61
3. El retorno a la razón práctica: el llamado <i>giro lingüístico</i>	63
4. Los modelos hermenéuticos	64
5. Los modelos retóricos y argumentativos.....	66
6. El replanteamiento del papel de la dogmá- tica: “ciencia” jurídica y política jurídica.....	69

SEGUNDA PARTE

EL MARCO JURÍDICO-POLÍTICO DE LAS TEORÍAS
CONTEMPORÁNEAS DE LA JUSTICIA

Tema 4. EL ESTADO EN SENTIDO POLÍTICO: EL ESTADO LIBERAL Y SU TRANSFORMACIÓN.....	75
1. De la comunidad a la sociedad civil: dos concepciones de lo político	76
2. El triunfo de la subjetividad: la <i>libertad de los antiguos</i> frente a la <i>libertad de los modernos</i>	78
3. Características de la visión liberal del Estado	80
4. La evolución del Estado liberal: del abstencionismo al intervencionismo	86
 Tema 5. EL ESTADO Y SU FORMA JURÍDICA: EL ESTADO DE DERECHO (1)	 91
1. Las tres concepciones jurídico-políticas básicas: inglesa, francesa, alemana.....	91
2. El Estado de derecho como concepto jurídico-político: el Estado legislativo de derecho y su control de legalidad.....	94
3. El tránsito del Estado legislativo al Estado constitucional de derecho: las constituciones rígidas de la segunda posguerra mundial	97

Tema 6. EL ESTADO Y SU FORMA JURÍDICA: EL ESTADO DE DERECHO (2) 103

- 1. El papel de los principios en las constituciones rígidas: entre reglas y valores 104
- 2. El control de legalidad en las constituciones rígidas 108
- 3. El “activismo judicial” y sus riesgos para el principio de legalidad 112

Tema 7. EL PAPEL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DEBATE JURÍDICO-POLÍTICO CONTEMPORÁNEO..... 119

- 1. Planteamiento general: los derechos subjetivos como categoría fundante 120
- 2. Los derechos subjetivos en cada uno de los tres modelos jurídico-políticos occidentales 121
- 3. Las llamadas *generaciones* de los derechos humanos 124
- 4. La desaparición del sujeto jurídico tradicional 128

TERCERA PARTE

TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS DE LA JUSTICIA

Tema 8. LOS MODELOS DEL LIBERALISMO RADICAL Y EL REPUBLICANISMO. LOS PROBLEMAS DEL RECONOCIMIENTO: MULTICULTURALISMO Y COMUNICARISMO 133

1. El liberalismo del siglo XX: Hayek, Nozick. La justicia como no interferencia	134
2. La corrección republicana del liberalismo: Pettit. La justicia como no dominación y como referencia al bien común.....	137
3. Del discurso sobre la justicia distributiva al discurso de la identidad	141
4. La corrección multicultural del liberalismo: Kymlicka.....	144
5. La corrección comunitarista del liberalismo	148
 Tema 9. LOS MODELOS PROCEDIMENTALISTAS: RAWLS Y HABERMAS.....	 155
1. La corrección igualitaria del liberalismo: Rawls.....	156
2. La crítica de Rawls al utilitarismo.....	157
3. Conceptos básicos en la teoría de la justicia de Rawls.....	159
4. Habermas: la acción comunicativa	164
5. Facticidad y validez.....	170
6. El modelo procedimentalista de democra- cia: el llamado <i>patriotismo constitucional</i>	173
 Tema 10. LA HERMENÉUTICA	 177
1. Planteamiento general de la Hermenéutica	177
2. Comprender y explicar: la Hermenéutica no es solo una epistemología.....	178

3. La verdad y el método: la Hermenéutica no es solo un método.....	180
4. La opción hermenéutica por la “verdad”	183
5. El <i>prejuicio de la eliminación del prejuicio</i>	185
6. Sentido de la Hermenéutica jurídica.....	187
Tema 11. EL RETORNO A LO JUSTO MATERIAL.....	191
1. Introducción.....	192
2. Lo justo según la filosofía jurídica aristotélica.....	193
3. La consideración formal de lo justo y el intento de recuperar un criterio material del mismo	197
Tema 12. DERECHO Y ÉTICA	203
1. Las relaciones entre la ética y la moral	204
2. Las relaciones entre la ética y el derecho	206
3. Las relaciones entre la moral y el derecho	207
4. Nuevamente sobre la ontología jurídica.....	210
GLOSARIO	215

TEMA 11

EL RETORNO A LO JUSTO MATERIAL

José Carlos Muínelo

Hemos hecho un largo recorrido desde la crisis del modelo positivista y el retorno a la racionalidad práctica, que nos ha permitido comprobar la manera en que el discurso sobre la justicia se ha replanteado durante los últimos cincuenta años; ello nos ha permitido comprobar cómo ciertas estructuras se presentan recurrentemente. Las grandes construcciones contemporáneas de teoría de la justicia, a salvo de sus notas comunes, parecen oscilar entre, por un lado, la invocación al procedimentalismo de matriz más o menos kantiana, planteado en términos deontológicos, y, por otro, la remisión a realidades materiales (dadas en el plano de la cultura: tradiciones, historia efectual, formas de vida buena) que intentan recuperar, de diferentes maneras, un sentido ontológico-finalista en la reflexión sobre la justicia. La primera postura reprocha a sus antagonistas que otorguen relevancia normativa a formas de vida concretas tendentes a mermar la universalidad y abstracción con que deben ser concebidos los derechos; la segunda considera ilusorios todos los medios de legitimar lo social que intentan reducir lo real a los procedimientos teóricos para validarlo. El título de este capítulo, lo justo material, podría hacer pensar que cuanto en él se tratará es adscribible, sin más, a la perspectiva ontológica. Pero no es así: lo que se impugnará en él es el sentido mismo de las divisiones formal-material y deontológico-ontológico. Es la postura aristotélica, que ha retornado con fuerza en los últimos decenios. Nos hemos referido a ella en el tema 8 como inspiradora de las correcciones del liberalismo que descansan en el ideal de vida buena (republicana, comunitarista); ahora corresponde exponerla sistemáticamente, con el fin de ver cuánto tienen dichas posiciones de aristotélicas en sentido fuerte. Con ello completaremos el desarrollo de las grandes líneas de la teoría de la justicia contemporánea.

1. Introducción

La dificultad de la cuestión que aquí se plantea es doble. En primer lugar, por la simple utilización de la noción de *lo justo*. ¿Qué se puede entender por lo justo hoy en día? ¿Cabe de algún modo definir o delimitar esta noción? ¿Qué relaciones pueden existir entre lo justo y lo jurídico? ¿Son acaso lo mismo o son cosas diferentes? Pero si esto comporta ya una dificultad de grado, la cosa se complica aún más al añadir el adjetivo *material*. En primer lugar, porque si esta noción aspira a tener algún sentido será por oposición a la noción de *justo formal*, igualmente problemática. Pues ¿cuáles son la materia y la forma de lo justo? ¿Acaso se puede hablar de la materia y de la forma de algo que no es propiamente una sustancia física? Y, por otro lado, ¿son la materia y la forma dos cosas diferentes, o son dos aspectos distintos de una misma cosa? Tratar de dar una respuesta sucinta a todas estas cuestiones será el objeto del presente capítulo.

En primer lugar, observaremos (y con ello no haremos sino abundar en la visión integrada de lo jurídico que planteábamos en el tema 1, al denunciar los reduccionismos en que se suele caer) cómo el mero hecho de hablar de “justo material” o de “justo formal” como si se tratase de *dos cosas diferentes*, separadas una de la otra (y no de *dos aspectos distintos de una misma cosa*), no es sino el producto de una escisión arbitraria entre uno y otro componente de lo justo, lo que nos conduce, como veremos, a una *reducción*: bien de tipo *epistemológico* (cuando se quiere hacer primar el aspecto formal de lo justo frente al material), bien de tipo *ontológico* o, simplemente, *óntico* (cuando se quiere hacer primar el aspecto material, es decir, una supuesta *realidad* anterior del derecho, frente a la *forma de conocerlo*). Ejemplos de reducciones de ambos tipos hemos visto a lo largo de las páginas anteriores.

Hablamos de escisión arbitraria porque no está ni mucho menos justificada. De hecho, en la filosofía jurídica aristotélica no se podría hablar de forma y materia separadamente, sino de dos aspectos distintos dentro de una única realidad que es asimilable a la noción de *lo jurídico*. Veremos, pues, cómo esta noción de *lo justo material* aparece en la teoría contemporánea de la justicia como una reacción ante las formalizaciones procedimentales de esta (vistas en los capítulos anteriores) y cómo trata

de incorporar un criterio material de justicia (en el sentido de un criterio tangible, real, particular, ético, teleológico) que evite la excesiva abstracción o formalización en la que caen las teorías procedimentalistas. Con ello se trata de recuperar de algún modo uno de los aspectos fundamentales de la justicia aristotélica. *La diferencia, no obstante, entre la pretendida recuperación del carácter material de la justicia (que se observa, por ejemplo, en los comunitaristas y en particular en MacIntyre) y la justicia aristotélica sigue estando en que, para Aristóteles, la justicia es una disposición, o la adquisición de una práctica, que se concreta realmente en lo justo de una relación (entendiendo por tal la justa parte que recibe cada uno de los términos de dicha relación) y, por tanto, no es reducible a sus solos componentes materiales (los términos de la relación) o formales (los criterios en virtud de los cuales se igualan esos términos), mientras que los teóricos que utilizan un criterio material o formal de la justicia presuponen la quiebra de esta (y, por tanto, la separación entre un tipo formal y un tipo material de justicia), tratando cada uno desde su perspectiva reduccionista de arrastrar al otro hacia su punto de vista, o al menos de integrarlo en el suyo propio: tanto la visión material como la formal constituyen así reduccionismos, pese a que algunos de quienes sustentan la primera, como veremos, se dicen a sí mismos aristotélicos.*

2. Lo justo según la filosofía jurídica aristotélica

Lo primero que es necesario señalar es que *para Aristóteles no existe diferencia alguna entre lo justo y lo jurídico*. Ambos vienen significados por el término griego *to dikaion*, adjetivo neutro sustantivado. En este sentido, no cabe tanto hablar de *el* derecho como de *lo* que es derecho, *lo* jurídico o simplemente *lo* justo. Así, lo justo o lo jurídico (ambos significan lo mismo) se puede definir como el hecho de una relación justa (en el sentido de adecuada o proporcionada) entre personas o entre personas y bienes. Por tanto, lo justo es lo que vincula eficazmente, según un cierto sentido de igualdad o simplemente de justicia, a los sujetos y bienes partícipes de esa relación. Esta adecuación según un criterio de igualdad o justicia, en la que consiste lo justo, variará en función del tipo de relación en la que nos encontremos. Así, en la relación que se da entre bienes y personas particulares (lo que se da en llamar la *justicia correctiva*, que la escolástica

denominó *conmutativa*), el criterio de igualdad o justicia que permitirá adecuar esta transacción privada será de tipo aritmético. En este caso únicamente se trata de equiparar la prestación y la contraprestación de los bienes en juego con arreglo a un criterio numérico (se sustrae el exceso de uno para compensar la deficiencia del otro), haciendo abstracción de las capacidades o méritos de las personas que intervienen en la relación y no considerando más que el perjuicio causado. La relación se mueve, pues, en el ámbito estrictamente privado. Por el contrario, las relaciones entre personas o bienes en las que hay un componente público (por ejemplo, las relaciones consistentes en el reparto de bienes públicos, de las participaciones de los ciudadanos en los cargos públicos, etc.), el tipo de igualdad vendrá dado por la proporción, es decir, por una igualdad que considera los méritos y las necesidades¹²⁹ de las personas que participan de dicha relación con la que establecer su justa adecuación. Se trata de la *justicia distributiva* y la fórmula adoptada en este caso es esta: tal parte es a tal otra como el mérito del primer partidario es al mérito del otro¹³⁰.

Por tanto, y esto es lo que importa fundamentalmente destacar, la estructura de lo justo o jurídico según Aristóteles implica siempre el hecho de una *relación* de justicia (en la cual, recordemos, no se puede separar la forma de la materia como si se tratase de cosas independientes, de modelos distintos de justicia), en el que se puede distinguir los siguientes aspectos (que traslucen, como puede verse, las célebres *cuatro causas* aristotélicas):

-Un *aspecto material* consistente en el *hecho mismo* de la relación, es decir, en que la relación jurídica no es algo genérico o abstracto, sino algo muy concreto referido a unos determinados bienes y sujetos particulares que realizan transacciones aquí y ahora.

¹²⁹ Algunos autores insisten en el hecho de que la justicia aristotélica únicamente hace referencia a los “méritos”, y en ningún caso a las “necesidades”. Esto supone una falta de comprensión de la estructura de pensamiento aristotélica, pues si Aristóteles únicamente se refiere explícitamente a “méritos” es porque está desarrollando una teoría ética, y por tanto un discurso que presupone cubiertas las necesidades naturales.

¹³⁰ Junto a la justicia particular en sus dos modos, que acabamos de ver, correctivo y distributivo, existe una justicia general: esta, que se asocia a la ley en sentido político, se difumina, sin embargo, en cada una de las justicias particulares. No es que cada una de estas justicias particulares carezca de su propia ley (esta, según hemos dicho, es el criterio en virtud del cual podemos ajustar esa relación particular), sino que la justicia general o legal, por ese carácter comprensivo de todas las justicias particulares, las organiza conforme a un criterio general: el *bien común*, que cada una de ellas ejerce de modo particular y al cual nos hemos referido en temas anteriores.

-Un *aspecto formal* que es la norma, regla o ley (es decir, el *criterio de igualdad* utilizado) conforme al cual se pueda adecuar, bien aritmética o proporcionalmente, una relación particular. Este criterio, que solo adquiere realidad al aplicarse a las relaciones concretas, no puede sin embargo quedar reducido a los componentes materiales de dicha relación particular (a los bienes y sujetos particulares que intervienen en ella), pues su aspecto formal es de aplicación a otras relaciones.

-Un *aspecto eficiente* que son los *sujetos* que participan de la relación, pero *solo en la medida en que se relacionan entre sí*. Así, aunque los sujetos de la relación son componentes materiales de esta, el sujeto en tanto que da la prestación es eficiente respecto de quien la recibe, y viceversa en el caso de la contraprestación.

-Por último, un *aspecto final*, que hace referencia al *para qué* de la relación y de los componentes de esta (en el caso de las transacciones entre particulares, el fin es el justo intercambio de los bienes producto de las necesidades individuales y sociales; en las transacciones que afectan a bienes o cargos públicos, etc., es la distribución de éstos el fin último, en atención al mérito y a la necesidad de las personas, de tal forma que el Estado se rija por los mejores ciudadanos y que, al estar los bienes bien distribuidos, se facilite la paz y prosperidad social)¹³¹. Este aspecto final prima sobre los otros tres en la concepción aristotélica de la justicia, puesto que en toda actividad (y la justicia lo es) lo más importante es el fin. Por otra parte, para Aristóteles *todo fin presupone un bien*, puesto que hacemos las cosas conforme a un fin que creemos bueno, real o aparente; de ahí que la justicia sea considerada no solo como una *virtud* (pues al igual que las otras virtudes, valentía, templanza, etc., constituye el ejercicio de un bien), sino como *la más excelente de las virtudes*, pues quien la ejerce no solo hace un bien de modo individual, sino *con y para los otros* dentro del marco de las *instituciones*. Esta relación inescindible al bien, que constituye a la justicia aristotélica, será la que recogerán los teóricos de la justicia contemporánea para confeccionar su *criterio material de justicia*, tan opuesto al formal-procedimental.

¹³¹ En el caso de la justicia general o legal, el fin es el bien común, esto es, la justeza de todas esas relaciones consideradas de modo global, comprensivo.

Ahora bien, a pesar de que para Aristóteles tiene una cierta preferencia el aspecto final frente a los otros, todos ellos son componentes inescindibles entre sí de la virtud de la justicia. Virtud que, como decíamos, se realiza efectivamente en lo justo, es decir, en lo adecuado aquí y ahora según un criterio de igualdad, ya sea este aritmético o proporcional. Cuando cada uno de estos aspectos que conforman lo que es la justicia tienden a escindirse como si cada uno de ellos fuera en sí mismo la justicia, absoluta e independientemente de los otros aspectos que la conforman, aparecen las *reducciones* a las que nos referimos en el primer capítulo.

Así, una *reducción de tipo material* implica una consideración de la justicia bajo el exclusivo aspecto fáctico, material, asimilándola generalmente a un simple *hecho social* sin ninguna consideración normativa (doctrina del positivismo empírico o sociológico).

Por su parte, una *reducción de tipo formal* implica una consideración de la justicia según el exclusivo aspecto formal y, por tanto, bajo un punto de vista estrictamente legalista o normativo; pues la *norma o ley*, que es la que permite vincular en Aristóteles los términos de la relación según un criterio de igualdad aritmética o proporcional, cuando se independiza de los otros componentes de la relación jurídica, separándose de ellos, adquiere una entidad propia llegando a definirse por sí misma a través de su coactividad (es el caso de la doctrina del positivismo jurídico, que asimila lo justo a lo legal).

Del mismo modo, una *reducción eficiente* implica una consideración de la justicia sustentada en la sola *voluntad de las partes* que intervienen en la relación, reduciéndose el objeto de esta última a aquella. El criterio que rija dicha voluntad puede ser muy variado: desde una apelación a la voluntad divina (tal y como funda lo jurídico la vieja doctrina del derecho divino de los reyes) hasta una doctrina sustentada en la sola voluntad del legislador como fuente de todo derecho.

Por último, una *reducción finalista* implica una moralización del derecho, es decir, la indistinción entre los planos moral y jurídico y, por tanto, la reducción de los diversos aspectos de la relación jurídica a un supuesto *bien trascendente* (sea este de tipo divino, a través de reglas divinas, eternas, expresadas en los textos sagrados; sea bajo la idea genérica de libertad expresada a través de la conciencia moral, o bajo la idea

de utilidad expresada a través del máximo interés, etc.).

Al plantear, en temas anteriores, el problema de la justicia dentro del marco de las teorías contemporáneas, hemos visto exclusivamente ambos aspectos fundamentales de estos cuatro: los que implican una *reducción formal* de la justicia (que da lugar a una doctrina formal de la justicia, como la del liberalismo) y los que suponen una *reducción material* (que da lugar a una doctrina material de la justicia como la del utilitarismo o el comunitarismo).

3. La consideración formal de lo justo y el intento de recuperar un criterio material del mismo

El debate contemporáneo entre estas dos concepciones se entabló por la diversa consideración que se le podría atribuir al predicado *justo*. Así, si para Aristóteles lo justo es aquello que se da en la conjunción de lo bueno (aspecto material) y lo legal o normativo (aspecto formal) y ambos son componentes inescindibles de aquel, para los teóricos contemporáneos de la justicia el predicado *justo* parece ser extraído reductoramente: bien del lado de lo *bueno* (lo que conduce a una interpretación *material* del mismo) o bien del lado de la *legal* (lo que conduce a una interpretación *formal* de lo justo). Se cae así en los viejos reduccionismos antedichos: bien de tipo formal, procedimental o legal, bien de tipo material, final o eudemonista.

La primera perspectiva, la perspectiva de tipo material de la justicia, representada especialmente por la corriente utilitarista y por pensadores neoaristotélicos tales como MacIntyre y Taylor, sigue considerando la noción de justicia como una *virtud* y, por tanto, por su relación al bien, cuyo sentido último es el de orientar a la acción humana hacia un cumplimiento, una perfección de la que la noción popular de felicidad ofrece una idea aproximada. Se circunscribe así dentro de una corriente de pensamiento de tipo *teleológico*. Con esta noción se quiere indicar que es precisamente la pretensión de “vida buena”, de felicidad, a la que nos hemos referido anteriormente, la que confiere a la virtud particular de la justicia su carácter teleológico. El “vivir bien” es, pues, el *telos*, el fin o el sentido último de la justicia.