

MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA

Catedrática de Filosofía del Derecho  
Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid

# LA JUSTICIA COMO MÉRITO

Prólogo de  
Martín Laclau

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

# ÍNDICE

	Pág.
<b>PRÓLOGO</b> .....	9
<b>PARTE I. PRINCIPALES DOCTRINAS TEÓRICAS</b> .....	13
I. INTRODUCCIÓN .....	13
II. LA JUSTICIA EN LA BIBLIA .....	15
III. PLATÓN EN <i>LA REPÚBLICA</i> .....	18
IV. ARISTÓTELES EN LA <i>ÉTICA A NICÓMACO</i> .....	19
V. LA JUSTICIA Y EL CORÁN .....	21
VI. SANTO TOMÁS EN LA <i>SUMMA TEOLÓGICA</i> .....	21
VII. CONFUCIO EN CHINA .....	21
VIII. LA BÚSQUEDA DE LA JUSTICIA EN LA COLONIZACIÓN DE AMÉRICA .....	22
IX. MAQUIAVELO: «EL FIN JUSTIFICA LOS MEDIOS» ..	23
X. JÜRGEN HABERMAS Y LA « <i>DISKURSETHIK</i> » .....	23
1. Contenido de la teoría de la « <i>Diskursethik</i> » .....	23
2. El concepto de Justicia en Habermas .....	26
XI. JOHN RAWLS Y <i>JUSTICE AS FAIRNESS</i> .....	29
XII. RONALD DWORKIN <i>TAKING RIGHTS SERIOUSLY</i> ..	33
XIII. LA JUSTICIA COMO «TÍTULO» .....	38
1. Robert Nozick, <i>Anarchy, State and Utopia</i> .....	38
XIV. LA JUSTICIA COMO «EFICIENCIA» .....	39

	Pág.
1. Richard A. Posner .....	39
2. Distinción entre los conceptos de eficacia, efectividad y eficiencia .....	40
XV. LA JUSTICIA COMO «MÉRITO» .....	41
1. Precedentes .....	41
2. Wojciech Sadurski .....	42
XVI. LA JUSTICIA COMO «CRÍTICA» EN EL MARXISMO ..	43
1. Consideraciones generales .....	43
2. Crítica interna y externa .....	44
3. Justicia distributiva: a cada uno según sus necesidades .....	45
XVII. ALASDAIR MACINTYRE .....	45
XVIII. LA JUSTICIA «FEMINISTA» .....	46
1. Carol Gilligan .....	46
2. Iris Marion Young .....	46
3. Las acciones positivas .....	48
<b>PARTE II. ÁREAS TEMÁTICAS CONEXAS .....</b>	<b>53</b>
I. JUSTICIA Y CASTIGO .....	53
1. Justicia y retribución .....	53
2. La privatización del Derecho penal .....	55
A) Aspectos históricos .....	55
B) Derecho comparado .....	57
C) La justicia restitutiva y la suspensión a prueba del proceso penal .....	58
3. La reparación del daño. Hacia un sistema conciliador .....	58
4. ¿Y si no castigáramos? .....	60
5. El conflicto como algo inevitable que hay que manejar .....	63
6. La resocialización de la sociedad para hacerla menos injusta en lugar de la resocialización del individuo ..	63
7. Sublimación del Derecho penal .....	64
8. Ante un problema complejo e interdisciplinar .....	64
9. El castigo del inocente como victimización .....	65
10. El arrepentimiento, el castigo divino, el autocastigo y la venganza privada .....	66
11. El demérito como justificación del castigo. El mérito y los premios .....	69

	Pág.
12. La responsabilidad colectiva.....	73
13. El castigo a los muertos.....	74
14. La pena en efigie.....	74
15. El castigo de los animales.....	75
16. El castigo de las cosas sin vida.....	76
17. El castigo a los nombres.....	77
18. ¿Es justa la pena capital?.....	77
19. ¿Es justo el encarcelamiento?.....	80
20. Algunas propuestas concretas para un Derecho penal más justo.....	85
II. JUSTICIA Y DESOBEDIENCIA CIVIL.....	85
1. Introducción.....	85
2. El iusnaturalismo.....	91
3. El relativismo moral.....	96
4. El utilitarismo.....	105
III. EL CONFLICTO DE DEBERES.....	112
IV. ¿CABE LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DEL JUEZ ANTE LA LEY INJUSTA?.....	113
V. ¿EXISTE LA GUERRA JUSTA?.....	116
1. Consideraciones generales sobre la teoría de la guerra justa.....	116
2. ¿Es posible hablar de una «guerra justa» en Irak?..	122
3. Evolución en el concepto de guerra justa tras el 11-S.....	124
VI. JUSTICIA, TOLERANCIA Y SOCIEDAD ABIERTA....	125
VII. JUSTICIA Y RELIGIÓN.....	144
VIII. JUSTICIA Y EQUIDAD.....	146
IX. JUSTICIA Y SEGURIDAD JURÍDICA.....	148
X. JUSTICIA E IGUALDAD.....	150
XI. JUSTICIA Y LIBERTAD.....	154
XII. JUSTICIA Y FELICIDAD.....	155
XIII. ALGUNAS CUESTIONES DE BIOÉTICA.....	156
XIV. JUSTICIA SOCIAL.....	157
XV. JUSTICIA GLOBAL.....	158
XVI. JUSTICIA PROCESAL.....	158
XVII. JUSTICIA Y CONTRATO SOCIAL.....	158
1. Consideraciones generales sobre la teoría del contrato social.....	159

	Pág.
2. Principales versiones del contractualismo .....	161
A) Precedentes del contractualismo .....	163
a) La concepción teocrática del pacto bíblico..	163
b) La concepción de Manegold von Lautenbach.....	165
B) El contractualismo clásico.....	165
a) La concepción absolutista y vertical de Thomas Hobbes.....	166
b) La concepción liberal y horizontal de John Locke .....	169
c) La comunidad norteamericana. Thomas Jefferson y la búsqueda de la felicidad.....	176
d) La concepción democrática de Jean-Jacques Rousseau de la voluntad general.....	179
C) El neocontractualismo .....	181
3. Críticas al contractualismo.....	184
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>189</b>

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© María José Falcón y Tella

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ 91 304 33 03

[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

ISBN: 978-84-15948-65-0

Depósito legal: M-1.479-2014

Fotocomposición: MEDIANIL COMPOSICIÓN, S. L.

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal

C/ Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2014

*A Álvaro*



## PRÓLOGO

*Dentro de la filosofía jurídica de nuestro tiempo, la figura de María José Falcón y Tella se destaca con caracteres propios que la singularizan. Posee una extensa labor docente, llevada a cabo en la Universidad Complutense de Madrid, donde dirigió el Instituto de Derechos Humanos, y ha escrito numerosos libros y artículos que la acreditan como una referencia insoslayable en el campo del pensamiento hispánico. Recuerdo, cuando leí por primera vez sus trabajos, la impresión que ellos me causaron, no sólo por la solidez de sus planteamientos, sino también por la información y erudición de que hacía gala. En sucesivos libros, ha tratado los más diversos aspectos de la teoría del Derecho, produciendo notables obras acerca de temas como la validez jurídica y la equidad; tema, este último, de un voluminoso libro donde la noción es estudiada desde su perspectiva conceptual e histórica, no siendo ajena su indagación a una enriquecedora visión comparatista.*

*En este nuevo libro, se interna en el problema de la justicia, sin excluir ninguna de las numerosas vertientes que dicha noción conlleva. Trátase de una suerte de compendio, cuya brevedad no excluye la acertada presentación de los temas que aborda. Sólo una persona que se halla familiarizada con esta materia puede producir una obra de esta índole, que acerca al lector tanto un relato histórico de la evolución de la noción de justicia desde los tiempos más primitivos hasta las teorías más modernas, como un análisis de particular interés sobre la incidencia que dicha noción cobra en debates cruciales nacidos del contexto social de nuestro tiempo.*

*La riqueza del libro impide detallar en un breve prólogo todos los puntos que abarca su contenido. Sólo destacaré, de este conjunto, y a título de ejemplo, dos de ellos. En primer lugar, la relación entre justicia y*

*castigo. Para Falcón y Tella, la sanción penal es la que hace efectiva la idea de justicia que ha sido quebrantada por el delito. De allí que la relación entre justicia y castigo constituya un tema ineludible cuando indagamos las bases a partir de las cuales se elabora el Derecho penal. No escapa a la autora la transformación profunda que representa, en nuestro tiempo, la denominada «privatización» de esa rama del Derecho. Así, el Derecho penal actual acentúa su interés por el momento previo al delito, valiéndose de medios alternativos para la resolución de conflictos, que buscan lograr una solución pacífica del entuerto, desjudicializando el asunto. De esta suerte, se enfatiza la labor cumplida por mediadores, psicólogos, trabajadores sociales. Para la autora, resocializar al delincuente sólo tiene sentido cuando la sociedad a que se quiere convertir al infractor es una sociedad justa, con un orden social y jurídico justo. En suma, en vez de resocializar al individuo, es preciso resocializar a la sociedad misma, para que ésta sea menos injusta. Además está decir que lo dicho se inserta en uno de los debates más arduos a los que se halla abocado el pensamiento ético y jurídico de las últimas décadas.*

*Uno de los temas a los que Falcón y Tella ha prestado especial atención a lo largo de su carrera es el de la objeción de conciencia, al que ha consagrado, anteriormente, diversos trabajos. Ahora bien, este principio ha sido reconocido expresamente por la mayoría de los ordenamientos jurídicos democráticos. En cambio, la desobediencia civil, a la que ahora dirige su atención, no ha obtenido igual acogimiento por parte del Derecho positivo. Es, precisamente, a este último principio, al que la autora dedica un desarrollo amplio, que permite enfocarlo dentro de una perspectiva de singular claridad, desarrollando las diversas doctrinas que han intentado la justificación moral de la desobediencia civil. Así, en primer lugar, hallamos el jusnaturalismo, que apela a la existencia de una ley superior a la ley positiva y que es analizado por la autora distinguiendo las diversas modalidades que ha ido presentando a lo largo de la historia. Por su parte, el relativismo ha apelado a la conciencia moral, afirmando como único imperativo moral del ser humano la obediencia a los dictados de su propia conciencia. Por último, se trata la perspectiva representada por el utilitarismo, que lleva a justificar la desobediencia civil apelando al bien común de toda la colectividad.*

*No es mi intención fatigar al lector con el enunciado de los diversos e incitantes temas que la lectura de esta obra proporciona. Sólo he querido destacar dos de ellos, a modo ejemplificativo, sin que esto implique menoscabo alguno para los restantes. Para concluir, quiero poner de relieve el agudo conocimiento y ponderado juicio que la autora exhibe al internarse en las sinuosidades propias de la materia tratada y del bosquejo histórico de las instituciones que analiza, única forma, en mi opinión, de alcanzar una comprensión cabal de éstas. En suma, nos hallamos ante un libro que*

*ha de abrir nuevos horizontes de indagación a las mentes inquietas que transiten por sus páginas, Y ésta es, en definitiva, la finalidad última que ha de perseguir toda auténtica obra de filosofía.*

Martín LACLAU

Catedrático Emérito de Filosofía del Derecho  
Universidad del Salvador (Buenos Aires)



# PARTE I

## PRINCIPALES DOCTRINAS TEÓRICAS

### I. INTRODUCCIÓN

Desde el retorno de la Filosofía moral en los años cincuenta hasta comienzos de la década de los setenta del siglo pasado el panorama de la Ética y la Filosofía Política estuvo particularmente tranquilo. No hubo especiales novedades o variaciones en la materia. Esta situación estuvo determinada por un amplio consenso en torno al escepticismo metaético, con posturas como el emotivismo, el subjetivismo y el relativismo morales. Es decir, que se sostenía que es difícil conocer qué es la justicia, que todo depende de valoraciones personales subjetivas, fuera de una «Justicia» absoluta u objetiva, al margen de toda duda o discusión. El ser humano tiene distintas percepciones de la idea de justicia, dependiendo de su código ético y de su sistema de valores.

Una excepción a esto se encontró en el utilitarismo. Según esta corriente del pensamiento lo esencial era la búsqueda del placer o el bienestar, complementada con una serie de cálculos empíricos que permitían su materialización. Es decir, que justo sería lo que es útil para la obtención del bienestar, con parámetros de medición más objetivos, lo cual permite huir del relativismo ético. Si una conducta es útil es justa y es útil si, después de un cálculo y medición de ventajas e inconvenientes, las primeras son mayores que los segundos.

Esta tranquilidad en el horizonte filosófico a la que hemos aludido fue reemplazada en los años setenta por un fuerte cuestionamiento al escepticismo metaético y al utilitarismo predominantes, movimiento liderado en la tradición anglosajona por John Rawls, quien defendió el racionalismo y el cognitivismo en cuestiones de justicia, con un replanteamiento de un

discurso público democrático, en diálogo con otros proyectos y opciones posibles. En la Universidad de Harvard, este renombrado pensador, que lideró el pensamiento filosófico-jurídico del siglo pasado, fue partidario de la posibilidad de conocer racionalmente en qué consiste la idea de justicia, de tal manera que ya no se trataba de una mera percepción subjetiva, sino que descansaba más bien en parámetros objetivos.

La respuesta a este movimiento liberalista, de clara impronta ilustrada, no se hizo esperar. No todos fueron partidarios de esta posibilidad de entendimiento objetivo y racional de la noción de justicia. En los años ochenta se produjo un fuerte ataque al pensamiento rawlsiano, proveniente de diversos autores anglosajones que se conocen como «comunitaristas». Estos pensadores pretenden aportar una alternativa a las propuestas liberales, recuperando así las visiones que en materia ética expusieron Hegel y Aristóteles. Se trata de la polémica, harto estudiada, entre liberales y comunitaristas, sobre la que se han escrito ríos de tinta.

Tal vez los autores que con mayor fuerza y difusión representan esta perspectiva teórica comunitarista son los norteamericanos Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Michael Walzer y Michael Sandel. La discusión se plantea entre el «atomismo», que defiende la prioridad del individuo frente a la sociedad, y el «holismo», que esgrime argumentos a favor de la prioridad de la sociedad frente al individuo. En otras palabras, que mientras el liberalismo erige en culmen y centro de sus teorías la voluntad del individuo, el comunitarismo hace lo propio con la voluntad de la colectividad.

La reacción no tardó en producirse. Las críticas de los diversos teóricos liberales a las perspectivas comunitaristas no se hicieron esperar. Después de casi quince años de intenso debate, la discusión entre liberales y comunitaristas parece hoy, al menos en gran medida, superada en sus puntos centrales, dando lugar a las actuales tendencias híbridas<sup>1</sup>. En el pensamiento en general siempre se oscila entre extremos, y luego surgen las teorías mixtas, eclécticas o de la unión, que entre una tesis y su antítesis tratan de llegar a soluciones sintéticas, para poder avanzar desde posturas intermedias.

Aparte de aludir a las teorías clásicas de la justicia, desde Aristóteles, Platón, Santo Tomás, la Biblia o el Corán, nuestro objetivo es centrarnos más bien en el panorama contemporáneo. Lo que pretendemos en las líneas siguientes es echar un vistazo a algunas de las modernas concepciones de la justicia de filósofos del Derecho de nuestra época. Nos referiremos, entre otras, a la justicia como equidad en la obra del desaparecido catedrático de la Universidad de Harvard John Rawls, al pensamiento del filósofo alemán Jürgen Habermas, a la teoría de uno de los máximos exponentes del pensa-

---

<sup>1</sup> R. DWORIN, *La comunidad liberal*, estudio preliminar de D. BONILLA e I. C. JARAMILLO, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 1996, pp. 17-40.

miento anglosajón, recientemente fallecido, Ronald Dworkin, mundialmente conocido especialmente tras su obra *Taking Rights Seriously*, y también a otras de las principales concepciones contemporáneas de la justicia, tales como las de Nozick, Posner, Sadurski, el marxismo o el feminismo, entre otras<sup>2</sup>.

Esto en cuanto al aspecto subjetivo, de los distintos pensadores que se han ocupado del tema central de la justicia. En una segunda parte, pasaremos revista a la otra parte del problema, la objetiva, analizando algunas de las principales temáticas relacionadas con dicha cuestión.

## II. LA JUSTICIA EN LA BIBLIA

En la Biblia podemos encontrar numerosos pasajes sobre la justicia. Así, en el Génesis 3: 1-24, se describe la expulsión de Adán y Eva del Paraíso, por haber infringido la orden del Creador de no comer del fruto del Árbol del Bien y del Mal. También en el Génesis 18: 20-33 y 19: 1-28 se describe la destrucción de Sodoma y Gomorra, argumentando cuál ha de ser el número de hombres justos para impedir la y si bastaría con un solo hombre justo en ellas para que esas ciudades no fuesen destruidas. A su vez, en el Levítico 24: 17-22 se encuentra una referencia a la ley del talión: «Ojo por ojo, diente por diente». Por su parte, en Mateo 5: 1-12, 38-42, se enumeran las bienaventuranzas, proclamando que son bienaventurados los pobres de espíritu, los que son perseguidos, los que lloran por causa de la justicia, etc., en un claro espíritu reformador y revolucionario que sitúa a los últimos y a los más desfavorecidos como los primeros en el Reino de Dios. Otro

---

<sup>2</sup> G. DEMULINCK, *Les conceptions de l'équité dans la théorie économique et la philosophie politique*, Lille, Laboratoire de Recherches Economiques et Sociales, 1998. R. FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit: politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994; R. WASSERSTROM, «Equity in the Philosophy of Law», en A. MORDECHAI RABELLO (ed.), *Aequitas and Equity...*, op. cit., pp. 163-179. T. CAMPBELL, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*. Traducción castellana de S. ÁLVAREZ, del original inglés *Justice*, Barcelona, Gedisa, 2001. Así, entre las acepciones presentes en este debate contemporáneo sobre la justicia cabría destacar aquella que concibe la justicia en términos de «mérito», como combinación de la noción de igualdad con la idea de recibir lo merecido —a cada uno según lo que se merece—, perspectiva según la cual la justicia tiene que ver con el igual valor y el desigual mérito de los seres humanos— todos valemos igual en cuanto miembros de la especie humana, pero no todos nos comportamos igual como miembros específicos de ella; en cuanto seres humanos tenemos un valor mínimo, pero luego cada uno se hace merecedor de cuantías mayores, en atención a sus méritos—; la que considera que la cuestión clave es la «distribución», entendida ésta en sentido amplio, que va más allá de la adjudicación de beneficios y cargas económicos y políticos, e incluye también principios no comparativos, retributivos y de rectificación; la noción de la justicia como «imparcialidad», es decir, consideración equitativa de todas las demandas distributivas; la distinción entre una justicia «formal» o «abstracta», de carácter jurídico, y una justicia «material» o «concreta», de carácter moral o político, que tienen que ver, respectivamente, con lo que es y con lo que debería ser; la noción del profesor de la Universidad de Princeton, Michael WALZER, de las «esferas de justicia».

pasaje interesante está en Lucas 15: 11-32, en la famosa parábola del hijo pródigo, que tras marcharse de su casa y haber malversado los bienes de su padre en malos lugares, vuelve junto a él, quien le acoge y le perdona, porque era un hijo que estaba perdido y lo ha recuperado, frente al escepticismo del otro hijo que siempre había permanecido junto a su padre. Finalmente, cabe destacar en Mateo 25: 14-46, la parábola de los talentos, que fueron desigualmente distribuidos entre varias personas, de las cuales unas se limitaron a enterrarlos sin obtener fruto alguno de ellos, mientras otros los multiplicaron por su valor inicial.

En la Biblia existe una justicia retributiva, especialmente en el Antiguo Testamento. Los anhelos retribucionistas se asemejan en cierto modo a los instintos de venganza, de devolver mal por mal, siendo muchos los escritores que rechazan como vil y rastrero el dejarse arrastrar por los instintos ciegos de *vindicta*.

A la misma conclusión llegan algunos teólogos (sobre todo protestantes), que reivindican sólo para Dios el trono de la justicia punitiva, en base a muchos textos sagrados, que ponen el acento de la justicia sólo en manos del Señor y no en las de los hombres. Tal doctrina no es nueva. El capítulo 22 del Éxodo pone en boca de Dios el mandato «no matarás», y el capítulo 13 del Evangelio de San Mateo expone y comenta la parábola del trigo y la cizaña: «No la arranquen los hombres... Ésa es tarea del Padre con sus ángeles».

Existen muchas otras citas bíblicas, que podrían traerse a colación, para defender que la justicia retributiva es la negación del Cristianismo, cuya esencia es, por el contrario, el perdón. Así: «No juzguéis y no seréis juzgados. No te dejes vencer del mal, mas procura vencer al mal con el bien. Amad a vuestros enemigos; haced el bien a los que os aborrecen; orad por los que os persiguen y calumnian. No devolviendo mal por mal, ni maldición por maldición; antes al contrario, bendiciones. No os toméis la justicia por vosotros mismos, amadísimos, antes dará lugar a la ira (de Dios); pues escrito está: a mí la venganza, yo hare justicia —dice el Señor—. Por el contrario, si tu enemigo tiene hambre, dale de comer; si tiene sed., dale de beber; que haciendo así amontonáis carbones encendidos sobre su cabeza».

Es la idea de que el mal no se soluciona con otro mal en sentido contrario —«*malum passionis*»—, sino con un bien —«*bonum actionis*»— en sentido contrario. A continuación vamos a examinar algunos de los textos bíblicos que sirven de fundamento a la justicia retributiva, así como a la idea de perdón, y lo haremos distinguiendo entre las enseñanzas del Antiguo y del Nuevo Testamento<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> J. A. HOYLES, *Punishment and the Bible*, London, Epworth Press, 1986. N. LILLIE, «Towards a Biblical Doctrine of Punishment», en *Scottish Journal of Theology*, 21, 1968, pp. 449-461. J. G. MURPHY – J. HAMPTON, *Forgiveness and Mercy*, New York, Cambridge, 1989.