



INCIDENCIA DE LA EQUIDAD ARISTOTÉLICA EN LA FILOSOFÍA JURÍDICA MODERNA

*Jainor Avellaneda Vásquez**
Universidad Católica Sedes Sapientiae
2020101209@ucss.edu.pe

Resumen: El presente artículo plantea, mediante un enfoque hermenéutico, la incidencia de la equidad aristotélica en las teorías modernas de la filosofía del derecho. Tiene como objetivos, primero, rescatar el sentido de la equidad en libros como *Ética a Nicómaco* y la *Retórica* y, segundo, examinar la Teoría de Rawls sobre la Justicia, las teorías argumentativas de Ronald Dworkin, Neil Mac Cormick y Robert Alexy. Se destacará en cada una de ellas los alcances de la equidad aristotélica (un asunto sin tiempo) como noción integradora del derecho.

Palabras clave: Equidad, filosofía del derecho, justicia, Aristóteles.

IMPACT OF ARISTOTELIAN EQUITY ON MODERN LEGAL PHILOSOPHY

Abstract: This article raises, through a hermeneutical approach, the incidence of Aristotelian equity in modern theories of the philosophy of law. Its objectives are, first, to rescue the sense of equity in books such as *Nicomachean Ethics* and *Rhetoric* and, second, to examine Rawls's Theory of Justice, the argumentative theories of Ronald Dworkin, Neil Mac Cormick and Robert Alexy. The scope of Aristotelian equity (a matter without time) as an integrating notion of law will be highlighted in each of them.

Keywords: Equity, philosophy of law, justice, Aristotle.

* Estudiante del décimo ciclo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

Debemos, en la medida de lo posible,
inmortalizarnos y hacer todo el esfuerzo
para vivir de acuerdo con lo más excelente
que hay en nosotros.¹
Aristóteles, *Ética a Nicómaco*

1. Introducción

En Aristóteles se funde toda la filosofía griega. Aristóteles funda la “tradición” al recoger, como explica MacIntyre, no el pensamiento de él solamente, sino el de una comunidad entera. El estudio de la ética es una de sus obras más universales y actuales; proponer su relectura es una tesis admirablemente necesaria para entender nuestra época, una época que, en virtud de Dickens, más se parece al invierno de la desesperación que a la época de fe y a la estación de la luz, una época en donde todo se nos ofrece como nuestro y no tenemos absolutamente nada. Estas palabras nos serán mucho más familiares con el triunfo de un nuevo tipo de razón, una razón que ha olvidado los fines y el sentido de la dignidad humana, esta es, la razón instrumental.

En el derecho no ha dejado de bullir esta razón; del iuspositivismo “aislado” han nacido los totalitarismos (genocidios en los campos de concentración con amparo de leyes raciales nazi) y se mantienen en equilibrio las ideologías actuales. El renacimiento de la equidad aristotélica en las teorías modernas de la filosofía del derecho nos ha parecido una gran respuesta frente a la brutalidad de este fenómeno; así que, delimitar sus alcances con apoyo de textos como *Ética a Nicómaco* y la *Retórica*, es nuestro mayor propósito.

En ese sentido, siendo la razón instrumental un desvío de la razón práctica, identificaremos esta última con la prudencia en apego a la sabiduría y la justicia. Acto seguido, examinaremos en la teoría de Rawls sobre la Justicia nociones como “posición original”, “velo de la ignorancia” y “principios de la justicia” y descifraremos en cada una de ellas, sobre todo, en el principio de diferencia (desigualdades justas) la presencia de la equidad. Luego, entablaremos un diálogo abierto sobre equidad y argumentación jurídica: en primer lugar, estudiaremos la formulación aristotélica de los principios interpretativos argumentativos (teleológico y sistemático), siguiendo principalmente a Neil Mac Cormick; y, en segundo lugar, precisando que Aristóteles concibió la idea de “casos difíciles” como escenarios inalcanzables para la aplicación de la ley, abordaremos

¹ Jesús Conill, pensador y profesor en la cátedra de filosofía moral de la Universidad de Valencia, en una conferencia titulada “Mística y antropología” se refirió a este párrafo, como un primer atisbo o apertura a las éticas místicas. Este asunto, Jung, lo desarrollaría a través del inconsciente colectivo y, muy recientemente, Ken Wilber, a través de la conciencia transpersonal (una fuerza integradora, que va más allá del ego). En la *Ética a Nicómaco* (Traducción y notas de Julio Pallí Bonet) encontramos este pasaje en el Libro X, Capítulo 7 —Felicidad Perfecta— y damos por establecido que la apertura mística integrada en la ética máxima (εὐδαιμονία /eudaimonía) sirve como fundamento de la virtud (ἀρετή/areté).

la teoría de los principios jurídicos desde las perspectivas de Ronald Dworkin y Robert Alexy. Por último, nos acercaremos de una manera breve a la aplicación de la equidad en el derecho internacional, siguiendo el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En lo que sigue, nos es dado, ofrecer un desarrollo.

2. Aristóteles y la razón práctica

2.1. Delimitando una primera razón práctica

En *Ética a Nicómaco* (en adelante, *Eth. Nic*) y en *Ética a Eudemo*², Aristóteles desarrolla ampliamente el concepto de razón práctica, exponiendo como punto de partida, la idea de virtud. La razón práctica se construye desde una racionalidad en la actividad humana regida por los valores universalizables que residen en la propia persona a manera de *phronēsis* (virtud), la misma que tiene que ver con la realización circunstancial de los bienes prácticos y de los principios de la acción correcta (Vega, 2014). El cultivo de la prudencia (*phronēsis*), será pues, la expresión más exacta de esta razón.

En ese sentido, citando ciertos pasajes de *Eth. Nic* (en la traducción de Pauli Bonet) esbozaremos la noción de una primera razón práctica. En primer término, según Aristóteles “son tres las cosas que suceden en el alma, pasiones, facultades y modos de ser ... los modos de ser, aquello en virtud de lo cual nos comportamos bien o mal respecto de las pasiones” (1985, p. 165). Como la virtud no podrá pertenecer a las facultades y pasiones, solo resta afirmar que es un modo de ser, un hábito de vivir.

En segundo término, la virtud se divide en dos clases: ética (la liberalidad, la moderación, la justicia) (Aristóteles, 1985, Libro I, pp. 156-157) y dianoética o intelectual (sabiduría, prudencia). La segunda clase de virtud prima sobre la primera, por ejemplo: cuando se dice que el hombre deberá cultivar la virtud y alejarse de los vicios con el objeto de alcanzar el bien supremo, la elección del “término medio” que es la virtud ética, es dictaminada por la prudencia o sabiduría práctica³. Queda establecido que, para Aristóteles, la razón práctica es una especie de móvil orientado al bien perfecto e incondicional⁴, es en definitiva, la virtud perfecta.

En los libros V y VI de *Eth. Nic* (1985), el Estagirita desarrolla “la justificación racional de su ética” a través de tres virtudes, que él mismo conviene en nombrarlas

² MacIntyre diría que las propuestas maduras de Aristóteles habrán de encontrarse en la *Ética a Eudemo* y no, como todos han creído, en la *Ética a Nicómaco* (1984, p. 186).

³ Frase de Bonet en las notas a *Eth. Nic* (1995).

⁴ “Sencillamente, llamamos perfecto lo que siempre se elige por sí mismo y nunca por otra cosa ... la felicidad, pues la elegimos por ella misma y nunca por otra cosa, mientras los otros bienes los deseamos a causa de la felicidad” (Aristóteles, 1985, pp. 139-140).

directa e indirectamente como “perfectas” (concepción amplia de razón práctica). La primera virtud es la sabiduría (*sophia*), una virtud intelectual excelente y perfecta, la más perfecta y honorable de todas. Aristóteles (2001) en el Libro VI de Eth. Nic, dice:

La Sabiduría sería el más perfecto de los conocimientos científicos. El sabio, por tanto, no sólo debe saber lo que se sigue de los primeros principios, sino alcanzar la verdad sobre los principios. De manera que la Sabiduría sería entendimiento y conocimiento científico, un conocimiento que encierra como la cúspide de las cosas más valiosas. (p. 188)

La sabiduría, propugna la vida teórica que es un curso de existencia seguido por aquellos hombres versados en las causas primeras (filósofos). Es perfecta, porque funciona como alimento para las demás virtudes. Sin embargo, si la relacionamos con la prudencia, podemos afirmar que ambas merecen un diagnóstico equivalente. Según el Estagirita, la sabiduría se apoya en la prudencia, pues los sabios no prudentes gozan de excelencia y se ocupan de grandes cosas, pero todo resulta baladí, porque su búsqueda no coincide con los bienes humanos.

La prudencia no es soberana e independiente de la sabiduría, esto significa que entre ambas existe una conexión inseparable y casi mágica. En este respecto, Aristóteles (1985) en el Libro VI de Eth. Nic, sostiene lo siguiente:

Sin embargo, la prudencia no es soberana de la sabiduría ni de la parte mejor, como tampoco la medicina lo es de la salud; en efecto, no se sirve de ella, sino que ve cómo producirla. Así, da órdenes por causa de la sabiduría, pero no a ella. (p. 288)

La segunda virtud es la prudencia, la misma que no siendo independiente de la sabiduría, ayuda a elegir el término medio; le importaría distinguir la justicia de la injusticia tanto en un ciudadano de a pie (actuar dentro los límites de la ley) como en los juzgadores y legisladores (unos, haciendo cumplir la ley y, los otros, legislando en beneficio de todos). Aristóteles, (1985) en el Libro VI de Eth. Nic, alega que la prudencia produce el bien práctico:

La prudencia, en cambio, se refiere a cosas humanas y a lo que es objeto de deliberación. En efecto, decimos que la función del prudente consiste, sobre todo, deliberar rectamente, y nadie delibera sobre lo que no puede ser de otra manera ni sobre lo que no tiene fin, y esto, es un bien práctico. (p. 277)

Para Garcés (2015) “la disposición intelectual denominada prudencia de acuerdo con la recta razón se encarga de disponernos a realizar los mejores actos y a obrar bien y siempre mejor; es la encargada de unir el conocimiento y la acción” (p. 1). De esto entendemos que los elementos que componen la prudencia son básicamente tres: el conocimiento, la acción y la voluntad.

Aquellos empeñados en detentar la prudencia, son políticos y “jueces”, porque esta es, asegura Aristóteles, “práctica y deliberativa” (1985, p. 277); para los políticos y jueces, el ejercicio de ella es o debe ser una exigencia; siendo pues, una especie de timón para orientar la vida es la mejor forma de expresar la “buena voluntad” de un ser humano.

La tercera virtud que completa el núcleo de la ética aristotélica es la Justicia. Aparece como virtud perfecta de la misma forma que la sabiduría, y es, por tanto, “la virtud en el más cabal sentido, porque es la práctica de la virtud perfecta⁵, y es perfecta, porque el que la posee puede hacer uso de la virtud con los otros y no sólo consigo mismo” (Aristóteles, 1995, p.239). En lo que sigue, demostraremos porqué con la razón práctica⁶ a modo de sabiduría y prudencia, la justicia obtiene un valor categórico.

2.2. La doctrina de lo Justo

La concepción de justicia en Aristóteles (Eth. Nic., Libro V, 1985) es el resultado de un amplio desfile de premisas, dirigidas todas, por esa sabiduría o razón práctica a la que ya nos hemos referido: la justicia es una “virtud perfecta” porque aquel que la posee no solo la usa consigo mismo, sino también con los demás. Lo justo para Aristóteles se identifica con lo legal⁷ y lo equitativo, aunque también se identifica con lo igual.

Además, divide a la justicia en dos clases, universal y particular: a la segunda, podemos encontrarla como distributiva (justicia política y social) y correctiva (justicia en los tribunales bajo la dirección de un juez o jurado). En apego a esta lógica, si exploramos brevemente la concepción platónica de la justicia y la contrastamos con esta, de algún

⁵ La justicia es la práctica, primero, de la sabiduría y, luego, de la prudencia (Sabiduría práctica).

⁶ “En Kant la filosofía obtiene la forma más elevada y perfecta” (parafraseo de frase de Scheler citada por Risieri Frondizi en su libro ¿Qué son los valores?). Kant expresará la racionalidad práctica a través de las máximas universales e imperativos categóricos como la luz de las acciones humanas, a través del ejercicio del deber guiado por la autonomía de la voluntad (una razón a priori, incondicional a los apetitos y pasiones que según Platón eran componentes del alma).

⁷ “Puesto que el transgresor de la ley era injusto y el legal justo, es evidente que todo lo legal es, en cierto modo, justo” (Aristóteles, Eth. Nic, Libro V, 1995, p. 228). No todo lo legal es justo, pues lo legal es solo en cierto modo justo, porque existen zonas de penumbra o vacíos, hacia los cuales, la ley por su naturaleza universal no alcanza, y es allí, donde se invoca a la equidad. Esta frase constituye uno de los muchos antecedentes de la discusión entre positivistas, iusnaturalistas y iusfundamentalistas en el periodo moderno respecto de la ley y la moral.

modo será justo afirmar que la propuesta aristotélica es la que realmente ha llegado demasiado lejos.

En efecto, también conviene decir, que la perfección del pensamiento es insoslayable, de hecho, son escenarios de ideal de justicia, tanto el Estado “ideal” como el alma humana; en el estado lo mismo que en el alma, lo justo se define en la medida que cada estamento deberá dedicarse a lo suyo o a lo que le es propio por naturaleza⁸. Para Platón, nacerán zapateros, guerreros, políticos (gobernantes filósofos) por naturaleza, y no podrán dedicarse a otra cosa que a ello para lo cual nacieron. MacIntyre, lejos de celebrar lo rimbombante y ridículo del hecho que los hombres estén divididos por naturaleza, la tilda indudablemente de “falsa” (1991, p. 45). Asimismo, a nuestro entender, el fundador de la Academia se antecede a Weber, quien revivirá sus ideas en el perfil del “funcionario público o burócrata” (1919, p. 10); quien, al igual que el hombre del estado ideal, nacerá para obedecer órdenes del superior jerárquico y abrazar la estrategia sin tener un alto sentido ético. Este asunto da para mucho más, sin embargo, con perdón por las digresiones, dejaremos en paz a Weber como a Platón y retomaremos nuestra finalidad.

2.3. Análisis exegético de la equidad

2.3.1. Según *Ética a Nicómaco*

De la decena de libros que conforman este tratado, nos ubicaremos casi en la parte final del Libro V (de acuerdo con la traducción de Pallí Bonet, 1985), del cual son dos o tres las páginas que dedica el Filósofo al estudio de la equidad. En ellas, nos ofrece un desarrollo no ajeno a su concepción de justicia, piensa que lo justo es de alguna forma, lo legal y lo igual, y en sentido pleno, lo equitativo. Analicemos esto en tres partes.

Primero, Aristóteles (1985) invoca como punto de partida la existencia de problemas en torno al significado de lo justo y lo equitativo; argumenta a favor de un entendimiento mutuo, y margina las diferencias interponiendo el concepto del bien en congruencia con la finalidad y contenido de ambos. Para el autor, entre lo equitativo y lo justo, existe una armonía inquebrantable: todo lo que pertenece a lo equitativo, pertenece a lo justo. Lo justo es el género y lo equitativo es su especie más elevada. En amplitud de esto, precisa:

Lo equitativo, si bien es mejor que una cierta clase de justicia es justo, y no es mejor que lo justo, como si se tratara de otro género. Así, lo justo y lo equitativo son lo mismo, y aunque ambos son buenos, es mejor lo equitativo. Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo

⁸ Para Platón (1968) “la justicia consiste en hacer lo que es propio de uno ... la justicia ha de consistir en hacer lo que corresponde a cada uno, del modo adecuado” (La República, Libro IV, p. 223).

con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal. (p. 236)

En este párrafo, Aristóteles afirma que lo equitativo es igual a lo justo y es algo mejor que ello, y que lo bueno es en igual grado, asidero y finalidad de ambos. Además, refiere que lo equitativo responde por la solidez de la justicia legal, corrigiéndola y orientándola, de modo que, siendo lo equitativo de forma tal, se entiende que es algo superior a lo justo legal. La principal causa de este escenario es la universalidad del esquema legal, una estructura rígida que no trata rectamente a todos los casos, pues las peculiaridades de algunos de ellos les son inaccesibles. El Estagirita nos dice que basados en la fórmula universal de la ley nos será imposible el acceso a una justicia completa.

Segundo, la naturaleza particular del caso materia de controversia, no puede impedir que los operadores de justicia siempre resuelvan. Esta dinámica ha arropado al derecho desde los albores de su existencia, es un principio vital. Los órganos jurisdiccionales no pueden negarse a resolver, y de ser posible vulnerarían otro elemento clásico que es la Tutela Jurisdiccional Efectiva. En ese sentido, considerando que la universalidad de la norma, conscientemente redactada por seres humanos es necesaria y, aunque parezca injusta para algunos casos, no es incorrecta en sí, Aristóteles (1985) sostiene:

La ley acepta lo más corriente, sin ignorar que hay algún error. Y no es por eso menos correcta, porque el yerro no radica en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, pues tal es la índole de las cosas prácticas. (p. 236)

El filósofo observa que la ley al comprender lo más amplio posible no ignora los errores que le pudieran surgir. De hecho, no desconoce su imperfección; hasta el propio legislador es consciente de estas situaciones, sin embargo, puede hacer poco, ya que las desconoce en sentido explícito. Por otro lado, afirma que el error proviene de la naturaleza práctica de los casos, no del legislador, ni tampoco de la ley. De esto, nos es dado inferir, que la realidad del caso como tal es inmodificable e incorregible como cualquier otra realidad, y que la ley de alguna forma atraviesa por el mismo criterio. Aristóteles, al invocar la corrección de la ley, no propone modificarla o adaptarla al caso particular, sino en congruencia a la intención legislativa propone la entrada en escena de la equidad al margen de esta. El Filósofo lo explica de la siguiente manera:

Cuando la ley presenta un caso universal y sobrevienen circunstancias que quedan fuera de la fórmula universal, entonces está bien, en la medida en que

el legislador omite y yerra al simplificar, el que se corrija esta omisión, pues el mismo legislador habría hecho esta corrección si hubiera estado presente y habría legislado así si lo hubiera conocido ... lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto. Y tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta. (p. 263)

Este pasaje habla de dos principios fundamentales: el principio de la intención legislativa y el principio finalista. Aristóteles nos dice que el legislador hubiera corregido la omisión o el error de la ley universal habiéndolo conocido en su momento, y que su intención no es otra que acarrear justicia a la pluralidad de casos. Además, afirma que la equidad cumple una función supletoria a la justicia legal universal, advirtiendo sus vacíos y la manera como suplirlos.

Tercero, el Estagirita, habiendo enunciado la imperfección de la ley, sostiene que los decretos emitidos no por el legislador sino por el gobierno, se adaptan a la naturaleza de los casos como lo hace la regla de plomo a las construcciones de piedra. En otras palabras, los decretos no requieren correcciones, su dinamismo representa a viva luz los fines del derecho. Por último, Aristóteles (1985) cree que el hombre equitativo, es, sobre todo, un ser valiente porque fomenta la perfección de la justicia enfrentándose a la misma; afirma que, el hombre equitativo: “Es aquel que elige y practica estas cosas justas, y aquel que, apartándose de la estricta justicia y de sus peores rigores, sabe ceder, aunque tiene la ley de su lado” (p. 264).

En síntesis, Aristóteles, concibe a la equidad como la corrección de la justicia legal. Compartiendo los estudios de Soto (2010) entendemos que esta corrección “no implica un quebranto o suspensión o huida de la legalidad, sino, al contrario, su adaptación —su corrección y concreción— para efectivamente hacer justicia. No implica tampoco, por tanto, el recurso a otra legalidad” (p. 443). Entonces lo equitativo⁹ es aquello que resuelve la controversia *sui generis* de manera excepcional, en armonía al espíritu de la ley, en armonía al derecho como expresión de las aspiraciones sociales.

2.3.2. *Equidad según la Retórica*

En este Tratado, Aristóteles (1990) desarrolla de manera específica los fundamentos prácticos de la equidad situada como tercer criterio de diferencia entre lo justo y lo injusto. Inicia al decir que existen dos tipos de actos justos e injustos, estos son, los escritos y los

⁹ El término “equidad” proviene etimológicamente del griego *Epikeia* (ἐπιείκεια) que significa razón o conveniencia.

no escritos; afirma que la equidad forma parte de los últimos, es decir, de aquellos actos que cubren los vacíos de la ley escrita. En este sentido, establece:

... en efecto, lo equitativo parece ser justo, pero lo equitativo es lo justo que está fuera de la ley escrita. Ello sucede, ciertamente, en parte con la voluntad y, en parte, contra la voluntad de los legisladores: contra su voluntad, cuando no pueden reducirlo a una definición, sino que les es forzoso hablar universalmente, aunque no valga sino para la mayoría de los casos. (p. 285)

Este párrafo, no es ajeno al concepto de equidad según la Eth. Nic. La distancia de lo equitativo a la ley escrita se justifica por la intencionalidad del legislador, sea por su voluntad (soslayando los errores), o sea en contra de su voluntad (voluntad de legislar en favor de lo desconocido y la posteridad).

En este respecto, siendo lo equitativo un criterio de lo justo e injusto y, además, un acto no escrito, también posee su propia clasificación. Según Aristóteles (1990), hay dos tipos de actos que son propios de la equidad: los actos meritorios de perdón o disculpa y, los actos comprensivos con las cosas humanas. Sobre los primeros, sostiene lo siguiente:

... aquellos casos para los que cabe hallar una disculpa son los propios de la equidad y no son merecedores de la misma consideración las equivocaciones que los delitos, ni las equivocaciones que las desgracias. En efecto: son desgracias cuantas cosas (suceden) contra los cálculos racionales y sin malicia, y equivocaciones las que lo (tienen lugar), no sin cálculo, pero sin maldad; los delitos, en cambio, son calculados y proceden de la maldad, pues lo que tiene por causa el deseo pasional procede de la maldad ... (p. 286)

En el texto leído, Aristóteles nos dice que los actos que merecen el perdón son las desgracias y las equivocaciones, ya que ambos existen sin maldad. No se puede tratar con el mismo criterio a aquellos actos que nacen de la intencionalidad, que, de ser reprochables como los delitos, han sido premeditados y motivados con arreglo a la maldad. Estas conductas no merecen perdón; no hay equidad en el mundo que perdone un delito categóricamente probado.

Por otro lado, los actos comprensivos con las cosas humanas son estrictamente de naturaleza equitativa. Según Aristóteles (1990) es también inherente a la equidad:

... mirar no a la ley, sino al legislador; no a la letra, sino a la inteligencia del legislador; no al hecho, sino a la intención; no a la parte, sino al todo; no a cómo es ahora uno, sino a cómo era siempre o la mayoría de las veces. (p. 287)

En este orden de ideas, entendiendo que emitir normas a título particular desordenaría al derecho, en este párrafo, el Estagirita proyecta un pequeño decálogo para el ejercicio de la función judicial en circunstancias extraordinarias y ante la imposibilidad de legislar para las minorías, lo indeterminado y lo indefinible. Dichas recomendaciones, hoy en día, principios generales del derecho, pensamos que se expresan en estos términos: el juez debe abstenerse de aplicar la norma cuando la consecuencia jurídica no coincida con la voluntad del legislador; cuando se trate acciones que califiquen como delitos, el juez debe identificar en el sujeto la intención de cometerlas, de no probar el dolo, la culpa debe ser perdonada. El Juez debe considerar al derecho como un sistema interconectado, si a la ley le nacen errores, deberá proveer su corrección. El Juez debe tratar al acusado no pensando en el delito que se le imputa, sino como un hombre de bien que participa de un proceso (presunción de inocencia).

A continuación, analizaremos específicamente la actualidad de la “equidad aristotélica” en las teorías jurídicas y políticas modernas, no sin antes, asintiendo que la misma se configura como la expresión exacta de la justicia legal completa.

3. John Rawls y la equidad como principio de justicia

3.1. Teoría de la Justicia

La propuesta de justicia lanzada en 1971 por el filósofo norteamericano John Rawls en “A Theory of Justice” puede interpretarse de dos maneras: como la renovación del contrato social desde la racionalidad práctica de los seres humanos, en forma de concepción de la justicia como equidad partiendo de la noción de contrato social, y, como una amplia concepción de derechos y libertades fundamentales producto del acuerdo mutuo entre personas libres y en iguales condiciones (1997, p. 14). Rawls (1999) ha reconocido con sus propias palabras que el objeto de su teoría es la justicia social:

Our topic, however, is that of social Justice. For us the primary subject of justice is the basic structure of society, or more exactly, the way in which the major social institutions distribute fundamental rights and duties and determine the division of advantages from social cooperation. (p. 26)

Sin embargo, nuestro tema es la justicia social. Para nosotros, el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exacta-

mente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. (2006, p. 20)

La Justicia de Rawls es una justicia basada en la estructura social a través del desarrollo de fundamentos que permitan la distribución de los bienes primarios en condiciones equitativas e imparciales; por lo tanto, su trabajo primordial ha de ser identificar y motivar los principios y, descubrir la manera de aplicación a las instituciones públicas (Aguayo, 2013).

Rawls construye una teoría sobre la estructura de principios de justicia con validez universal y categórica. Los principios de justicia serán elegibles por las personas racionales, en libertad e igualdad, bajo una situación contractual justa en el interior de una sociedad plural. El elemento ineludible de esta tesis es la imparcialidad, una imparcialidad a partir de la idea de que solamente las condiciones imparciales de los individuos conllevan a resultados igualmente imparciales¹⁰. A la imparcialidad existente en la situación contractual hipotética, él la denomina “posición original”, siendo garantía de esta, el famoso “velo de la ignorancia” cuya finalidad es impedir que los individuos partícipes de la misma adviertan sus particularidades o diferencias relacionadas a su identidad, sociedad o cultura a la que pertenezcan (Caballero, 2006). En otras palabras, lo que se desata con el velo de la ignorancia es el acceso a lo “común universalizable” que une a los individuos en términos de respeto y reconocimiento. Por otro lado, sobre el velo de la ignorancia, Judt y Snyder (2012) escriben: “es imaginar que se está tras un velo de ignorancia y que uno no sabe nada de sí mismo, ni siquiera de sus propias aptitudes o compromisos” (p. 282).

A Rawls se le reconoce como precursor del liberalismo político; y los principios de la justicia son, tal vez, lo más esencial de su teoría. De acuerdo con Kelly, “Los principios afirman una concepción liberal amplia de los derechos y libertades fundamentales y solo permiten las desigualdades de riqueza e ingreso que difunden en beneficio de los menos favorecidos” (Rawls, 1997, p. 14). Esta solidez, nos acercará al legado de nuestro autor, por ejemplo, a la concepción de las éticas mínimas difundida por la filósofa valenciana Adela Cortina¹¹. Sin embargo, también nos acercará a sus principales críticos, por

¹⁰ Rawls (1999) afirma: “Un rasgo de la justicia como imparcialidad es pensar que los miembros del grupo en la situación inicial son racionales y mutuamente desinteresados” (p. 19).

¹¹ A interpretación nuestra, Cortina, sostiene que la ética de mínimos es una ética de lo común exigible como presupuesto de la justicia en una sociedad plural. Llevando todo esto al esquema de Rawls, se entiende que los mínimos de justicia (virtud como exigencia en respuesta a una felicidad propositiva) que se le exige a todo individuo han nacido de una circunstancia de imparcialidad garantizada por un velo que reduce diferencias o esconde aquello que nos separa. Véase Cortina (2000).

ejemplo, unos como Tony Judt y Snyder dirán que el liberalismo político no ha podido responder a los desafíos de la realidad; otros, como los comunitaristas, atacarán de la concepción universal de la Justicia de Rawls, principalmente al “velo de la ignorancia”, sosteniendo que dicho elemento es discriminatorio y que la racionalidad práctica se ubica por debajo de la vida y la comunidad; esta última crítica ya es bastante arriesgada, pues un relativismo moral de esa envergadura, nos familiarizaría nada menos que con argumentos sofistas, argumentos que disminuyen el valor de la vida colectiva.

Ahora bien, retomando los principios de la justicia, pensamos que uno de ellos, “las desigualdades en favor de los menos favorecidos”, recoge como uno de sus más antiguos antecedentes a la equidad aristotélica.

3.2. Doctrina de la equidad, desigualdades justas en favor de los menos favorecidos¹²: ¿Quién ha primado en la obra de Rawls, Aristóteles o Kant?

Rawls es un pensador contemporáneo que ha recogido y valorado en su obra muchas teorías filosóficas. De la misma forma, ha prescindido de otras. ¿Es coherente invocar a un Rawls aristotélico? Responderemos por partes.

En primer término, la teoría de Rawls sobre la Justicia es profundamente kantiana. Los principios de Justicia y el velo de la ignorancia son propuestas en base al imperativo categórico; para Rawls la Justicia es una exigencia moral que nace de la autonomía racional de los individuos.

En segundo término, la crítica kantiana a la ética aristotélica es bastante conocida. Kant no acepta a los términos medios, no acepta a la virtud ética porque esta se encuentra ubicada entre dos vicios; para Kant esta virtud pertenece al mundo de la experiencia, de las inclinaciones y los sentimientos, y es una virtud que indica cómo vivir sin ser incondicional. Además, critica duramente la idea de felicidad o bien perfecto, ya que independiente de ser placer o no serlo es el propósito de la virtud ética; Kant aceptaría de alguna manera la virtud ética si no se perfilara como un medio, es decir, si los hombres que vivieran de acuerdo con ella, lo hicieran por ella misma y no solamente como medio para alcanzar un fin superior.

Tomando en consideración lo expuesto, respondemos a la pregunta diciendo que el filósofo más influyente en la obra de Rawls ha sido Immanuel Kant. Haciendo tan vasta precisión, ahora nos es dado ensayar un lugar para el Estagirita en la obra del norteamericano, aunque ello, a decir verdad, no sea del todo coherente. El asunto objeto

¹² Véase el prólogo de Kelly en Rawls (1997, p. 13).

de debate es la equidad, y a nuestro parecer Rawls (2006) lo plantea con la perfección propia de un genio. Leamos, pues, lo que dice:

... las personas en la situación inicial escogerían dos principios bastante diferentes: el primero exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo, las desigualdades de riqueza y autoridad sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad. (p. 27)

Pensamos que el segundo principio o el también llamado principio de diferencia es propio de la equidad. Pues presenta las desigualdades económicas y sociales con un rostro civilizado; primero, las desigualdades se justifican si benefician a todos; y, segundo, las desigualdades se justifican si benefician a los miembros menos favorecidos de la sociedad. Lo primero es prácticamente imposible; mientras que lo segundo es todo lo contrario, los menos aventajados de la sociedad son la mayor parte de la comunidad humana. Además, sobre la última parte del principio de diferencia, Rawls (2006) nos dice “solo es justificable si la diferencia funciona en beneficio del hombre representativo peor colocado ... o si las desigualdades producto de este principio se convierten en justas” (p. 83). En esa lógica, la equidad como propuesta de Rawls en términos de “desigualdades justas” no es solo espectro de realización social, sino que es algo concreto y objetivo.

A continuación, de ser posible teóricamente, describiremos con brevedad el lugar que ocupa Aristóteles en la obra del norteamericano. Rawls ha tenido que comprender que siempre existe algo, que de algo surgen las ideas y las cosas, y que nada es propiamente auténtico:

- a. Las desigualdades en favor de los menos aventajados pueden encajar dentro de los casos de naturaleza extraordinaria, donde la aplicación de la ley acarrearía injusticia y por lo cual, según Aristóteles, es necesario un Decreto (símbolo de la voluntad política).
- b. Entre la equidad política seguida por Rawls y la equidad judicial expuesta por Aristóteles, hay algo común entre ellas, ambas surgen con afán de corregir y enderezar, colocar en su lugar a algo que ha salido de control. Lo común de su búsqueda es la justicia, la justicia que proviene del juzgador y aquella que proviene de la libertad propia de los individuos.
- c. Rawls propone una equidad deliberativa y libre de ser elegida, la equidad aristotélica es algo parecido, no es exigible, es propositiva para los jueces,

aunque no por ello sea innecesaria.

- d. Por último, según Rawls (2006) el principio aristotélico, “establece simplemente, que el bien de una persona está determinado por el proyecto racional de vida que elegiría con la racionalidad deliberativa, entre la clase de proyectos del máximo valor” (p. 385). Rawls, autodeclara ser uno de los primeros autores que ha corroborado las proyecciones del Estagirita, en este caso, sobre el dilema del bien.

4. Equidad y Argumentación Jurídica

La teoría aristotélica del derecho y la justicia, no es de naturaleza iuspositivista ni iusnaturalista, más bien es aceptable dentro de la metanoia jurídica hoy conocida como “argumentativa” y “iusfundamentalista” instaurada por pensadores como Dworkin, Perelman, Mac Cormik, Ferrajolli, Atienza, etc. Esta metanoia se caracteriza por la pretensión de superar el antagonismo entre positivismo y naturalismo jurídicos y recuperar la tradición clásica de racionalidad práctica y la magnífica armonía entre derecho, moral y política (Vega, 2014). Así pues, esta teoría aristotélica, inevitablemente nos invita a pensar en las leyes, la justicia, la equidad, y cuál es la manera de relacionarlas. De momento, sabemos que esa relación es muy compleja.

Si trasladamos esta situación al periodo moderno y actual, nos daremos cuenta que el sentido de la equidad aristotélica es extraído por la argumentación jurídica. En este orden, MacIntyre precisa:

... ella (equidad) muestra más bien una característica de la racionalidad práctica en general, consiste en la actuación de la virtud de la prudencia en sede judicial. En esas situaciones, el juez tampoco tiene reglas y debería ejercer la phronesis, del mismo modo en que el legislador había hecho originariamente. El área en la que el juez se mueve al actuar de esa forma es la que Aristóteles llama epieikeia, la de un juicio razonable, aunque no reglamentado (como se citó en Soto, 2017, p. 194).

Y, respecto de la Argumentación Jurídica, un descubrimiento moderno, por no decir actual —o en palabras de Platón, un fresco recuerdo del alma—, Atienza (2018) rechaza tajantemente que la argumentación jurídica se resuma solo a una actividad racional, práctica y discursiva de razonamiento. Asimismo, afirma que hasta la fecha las teorías argumentativas solo se han referido al “contexto de justificación”, dejando anquilosadas cuestiones de sociología y psicología. Por otro lado, la crítica que lanza a los precursores

de la “doctrina del discurso racional”, proponiendo una armonía con la racionalidad estratégica, da mucho que reflexionar:

De manera que lo que resulta de todo lo anterior es que la racionalidad que opera en los procesos de argumentación jurídica (en el Derecho) es una racionalidad compleja y que, de nuevo, no puede reducirse a la racionalidad «dialógica», entendiendo por tal la que está encarnada en el discurso racional, tal y como lo han presentado autores como Habermas, Alexy o la llamada teoría «pragmático-dialéctica». En el Derecho, en la argumentación jurídica, está —y debe seguir estando— muy presente la racionalidad estratégica e instrumental, simplemente porque de otra forma la práctica jurídica no podría cumplir con los fines y valores que la caracterizan. Y eso es algo que una teoría de la argumentación jurídica no puede perder de vista. (p. 14)

4.1. Argumentación como interpretación: dos principios interpretativos

4.1.1. Principio teleológico: espíritu de la ley e intención del legislador

En el segundo párrafo del capítulo 10, del Libro V de Eth. Nic (1985), Aristóteles, al reconocer que la universalidad de la norma produce errores debido a que la naturaleza del caso no se adapta a su fórmula universal, dice “está bien que se corrija esta omisión puesto que el mismo legislador previendo o conociendo el error, lo habría corregido” (p. 263). Según Vega (2014), el Estagirita dedica estas palabras a aquellas personas encargadas de administrar justicia a través de las leyes, es decir a los jueces, con el objeto de que los mismos se encarguen de corregir la norma pensando en la intención del legislador y no en lo que dice la norma. Pensamos que este es un primer antecedente del insustituible principio teleológico.

Asimismo, percatándonos que el fin del legislador y el espíritu de la norma creada por él, es lo bueno, esto es, justicia para los casos concretos; en el capítulo 13 de la *Retórica* (1990), el Estagirita dictamina que será propio de ella “mirar no a la ley, sino al legislador, no a la palabra, sino a la inteligencia o pensamiento del legislador” (p. 287). Dicha sentencia ratifica lo que afirmó en Eth. Nic, reconociendo, al mismo tiempo, que se trata de una equidad judicial (juez como su administrador de la equidad que se pretende mediante el principio finalista de interpretación y argumentación).

Dworkin (1986) recreando el famoso “Caso Elmer”¹³ de 1882, y las posiciones que adopta para resolverlo el Tribunal de Apelaciones de Nueva York en 1889, describe,

¹³ Elmer, a sangre fría, asesinó a su abuelo al descubrir la posibilidad de que por volver a casarse podría

aunque sin ensalzar lo clásico, el principio de la finalidad legislativa, reproduciendo el razonamiento del famoso juez Earl, quien discrepando de su colega Gray que apostaba por la interpretación literal de la norma, pensó que sería absurdo suponer que los legisladores de Nueva York que originariamente habían promulgado el Estatuto de testamentos hayan querido que los asesinos heredaran de su víctima, ya que una cosa que no se halla dentro de las intenciones de los hacedores, no está dentro del estatuto o norma. (p. 27).

La pretensión del juez Earl no solo significó la introducción del principio de la intención legislativa, no solo significó la interpretación de la norma sobre la base de la intención que tuvieron los legisladores al redactarla, sino que con esto quería motivar la función judicial, diciendo que los jueces deberían interpretar el estatuto acercándose en máximo grado a los principios generales del derecho y que, a través ellos, nadie podría aprovecharse de los errores que surjan de las leyes. Por tanto, es más que racional negar la herencia a alguien como Elmer, quien para obtenerla ha matado a su abuelo (causante) (Dworkin, 1986).

La interpretación que realiza el juez Earl desde la perspectiva de Dworkin, por un lado, debe entenderse como una apertura a la aplicación de los principios en los casos (difíciles) donde la simple ley sea insuficiente y, por otro lado, como una declaración de la mejor forma de justicia aristotélica desde un sistema de derecho integrado y no a través de un arduo positivismo discrecional.

En este orden de ideas, para Mac Cormick, nuestro principio teleológico es un “argumento interpretativo” que mantiene una relación cordial con el “argumento deontológico”. El espíritu de la norma (inteligencia del legislador) es para él su finalidad. Según Mac Cormick (2011), “los argumentos interpretativos teleológicos se refieren al fin o propósito que se imputa a un fragmento de legislación sobre la presunción de que ha sido promulgado por una legislatura racional en un determinado contexto histórico” (p. 74). En este sentido, ese fin o propósito que se imputa a un cuerpo normativo acorde con los principios de rectitud y justicia debe provenir de una intención legislativa igualmente justa. Aludiendo al principio de la intención legislativa, Mac Cormick (2011) lo presenta como argumento interpretativo deontológico, y dice:

modificar su testamento y no dejarle nada. El macabro episodio fue descubierto, y Elmer, encontrado culpable, fue condenado (Dworkin, 1997, p. 25). La cuestión es la siguiente: ¿Podrá Elmer heredar de la persona que mató? Los estatutos de testamentos de Nueva York no prescribían ninguna excepción y por lo tanto el asesino si podía heredar bajo la flaca literalidad normativa. El Juez Earl se opone a esta pretensión considerando que la intención legislativa es siempre la justicia y, en este caso, no la concesión de herencia a un asesino. En la posición de Earl renace el pensamiento aristotélico “mirar no a la ley, sino al legislador” (Aristóteles, 1990, p. 287).

La intención de actuar justamente siempre puede ser imputada a la legislatura considerada como cuerpo creador de derecho idealmente racional; y las particulares concepciones de justicia son a menudo razonablemente imputables a legislaturas reales históricamente situadas. (p. 74)

Por todo esto, asumiremos, sin entrar en detalle que el propósito del legislador al crear la norma es, como ya hemos dicho, la justicia para el caso concreto. Considerar lo contrario, por ejemplo, una presunción (cierta) en la que nuestros parlamentarios únicamente velan por sus intereses, será, para una próxima investigación, una tesis rigurosa y convincente.

4.1.2. *Principio sistemático: una concepción holística del derecho*

Este principio, pieza vital para el “Estado Constitucional”, apareció como complemento de los argumentos lingüísticos (Mac Cormick, 2011, p. 74) y en rechazo a la lectura literal de las reglas. Una ley como parte de un sistema jurídico, debe interpretarse, no como si fuera una isla dentro de sí misma, sino en relación a la totalidad que le rodea, sobre todo, al sistema jurídico al que pertenece. Según Aristóteles (1990), “es propio de la equidad mirar ... no a la parte sino al todo” (p. 287). Así, el Estagirita, se asegura de ubicar a la equidad no como parte independiente y aislada del sistema jurídico, sino como responsable del equilibrio de todas sus partes. Por estas razones, no resultará irresponsable declarar en armonía con Vega (2014) que “la equidad va más más allá de las reglas, pero no del derecho” (p. 74).

Como respuesta a la simple lógica formal, a la “racionalidad formal” en palabras de Weber (como se citó en Vega, 2014, p. 126) o “racionalidad estratégica e instrumental” (Atienza, 2005) se ha fundado la era pospositivista, argumentativa o iusfundamentalista del derecho, y, uno sus máximos representantes es el exdiputado del parlamento europeo Neil Mac Cormick. A este político no solo se conoce por haber elaborado la teoría argumentativa “integradora”¹⁴ y a partir de ella una tesis concluyente del argumento o principio sistemático de interpretación, sino también, se le distingue por el vasto planteamiento de una “fundamentación moral limitada” en el sistema jurídico.

De conformidad con esta lógica a favor del “ideal de integridad en el sistema jurídico” recomendado por Dworkin (2011, p. 73), Mac Cormick (2011) expresa:

Si rechazamos el intento de ver el derecho holísticamente como un sistema coherente, cada decisión tendría que ser considerada por sus propios méritos con

¹⁴ “...Teoría que integre la razón práctica y la teoría de las pasiones...que dé cuenta de los aspectos deductivos como de los no deductivos, una teoría con la única existencia de una respuesta correcta a cada caso” (Atienza, 2005, p. 107).

respecto a cualquier interpretación de normas relacionadas con el caso tratado. Llevado al extremo, el derecho se aproximará al salvajismo del caso aislado. (p. 73)

Y, a fin de rechazar este salvajismo que dimana de las decisiones interpretativas al margen del sistema jurídico, el filósofo escocés propone seis argumentos sistemáticos: la armonización contextual, el precedente, la analogía, los principios generales de derecho, el argumento lógico-conceptual y el argumento de la historia (Mac Cormick, 2011).

La concepción sistemática del derecho es bastante amplia, pensar en Aristóteles como su única fuente del mundo antiguo es atribuir el conocimiento recabado de todo un periodo histórico a un solo hombre, por eso, pensamos que Plotino también se acercó de algún modo a dicha concepción. Para demostrarlo, conviene vincular al derecho con un cielo inteligible, un cielo total y sin tiempo, donde todas las cosas que lo conformen sean ese cielo, y no ellas mismas; en el derecho, la equidad, constituye esa totalidad (tratable con otros nombres, pero infinita), y es aquella virtud perfecta que permite al sistema jurídico mantenerse firme e integrado en virtud de esa totalidad celeste y de todos los colores. Escribe Plotino en las *Enéadas*:

Toda cosa en el cielo inteligible también es cielo, y allí la tierra es cielo como también son los animales, las plantas, los varones y el mar. Cada cual se mira en los otros. No hay cosa en ese reino que no sea diáfana, nada es impenetrable, nada es opaco y la luz encuentra la luz. Todos están en todas partes y, todo es todo. Cada cosa es todas las cosas, el sol es todas las estrellas. Nadie camina allí, como sobre una tierra extranjera. (como se citó en Borges, 1953, p. 14)

4.2. Aplicación de los principios jurídicos frente a los casos difíciles: una respuesta correcta y única

Para analizar estas cuestiones, acudiremos nuevamente a Eth. Nic y a la *Retórica*¹⁵; a partir de estos textos, bastará expresar que el Filósofo profetisa, a modo de advertencia, dos conflictos jurídicos que a la modernidad le ha tocado hondamente. Por un lado, está la lucha inacabable entre iusnaturalistas y positivistas y, por el otro, la enemistad entre la ley y los principios morales que a grandes rasgos se ha sustentado en la imperiosa crítica que Ronald Dworkin y sus discípulos dirigen contra Kelsen, los utilitaristas, y, sobre todo, contra la miopía positivista de Hart y su famosa “regla de reconocimiento”.

¹⁵ Los textos de Aristotélicos son frescos cánones de filosofía práctica frente a la “utopía de la modernidad” (frase nuestra).

La discusión entre iuspositivistas e iusnaturalistas, ofrece mucho más de una dificultad. Ya en el capítulo 13 de la *Retórica* (1990), Aristóteles, al tratar el primer criterio de distinción entre lo justo e injusto, llama a la ley de dos maneras: ley particular que puede ser positiva o no positiva y, ley común, o una ley “conforme a la naturaleza; porque existe ciertamente algo, que todos adivinan comúnmente (considerado como) justo o injusto por naturaleza, aunque no exista comunidad ni haya acuerdo entre los hombres” (p. 281); seguido de esta clasificación, presenta en la *Antígona*¹⁶ de Sófocles un primer atisbo de la dicotomía irreconciliable entre el derecho positivo y el derecho natural.

La discusión entre ley positiva y principios morales también merece de nuestra parte, un escrutinio. Ya en la antigüedad se previó este fenómeno: con notoria lucidez, escribe Aristóteles en *Eth. Nic* “es evidente que todo lo legal es, en cierto modo, justo” (1990, p. 238) ¿Por qué no dice que todo lo legal es justo y no en cierto modo? Respondiendo: el filósofo cree que el derecho no es un conjunto puramente de leyes, porque su aplicación no en todos los casos ocasiona justicia; por esa razón, cree que la finalidad del derecho es dar una respuesta correcta al caso concreto; cree que la aplicación de una ley que por su universalidad acarree injusticia, no se debe a ella misma o a las personas que la crearon, se debe a la naturaleza especial del caso (casos difíciles). Por tanto, no concibe la idea de “leyes injustas”; y, cuando dice, “que todo lo legal es en cierto modo justo”, está sugiriendo, a nuestro parecer, el ejercicio de la ley en la medida que produzca resultados justos y, cuando no sea así, que la misma sea inaplicada para dar lugar a la equidad, siempre y cuando esta última no se aparte del ordenamiento jurídico. A esta equidad que no actúa fuera del derecho, hoy en día, la conocemos como doctrina de los principios jurídicos con atribución a casos difíciles a través de la ponderación. Las teorías iusfilosóficas de Dworkin y Alexy nos ayudarán a comprender en lo esencial estos asuntos.

La tesis de Dworkin se opone a la creación judicial del derecho o “discrecionalidad judicial” en los casos difíciles, se opone a esa idea indeterminada y ambigua que cuando una ley devenga en insuficiente al ser desbordada por las realidades sociales, el juez se convierta en legislador y aplique su creación en abuso del principio de irretroactividad. Rechaza las “teorías semánticas” argumentando que estas solo se basan en criterios para decidir cuándo una proposición jurídica es cierta, rechaza la regla de reconocimiento de Hart, que es la teoría más amplia. De estas teorías no solo es parte el positivismo jurídico, sino también el iusnaturalismo (criterios morales) (Rodríguez, 1999, pp. 122-123). En este sentido, al reconocer los errores de la ley positiva producto de su universalidad, llámese

¹⁶ Los hermanos de Antígona (Etéocles y Polinices) fallecen cada uno a manos del otro, Etéocles por defender su trono y Polinices por arrebatarlo. Creonte (tío de los tres hermanos) aprovechando la situación, se apodera del trono y castiga al invasor Polinices negándole los derechos de entierro. Antígona alega una injusticia porque la ley positiva de Creonte era contraria a la ley de los dioses (derecho natural) las cuales disponían la sepultura de los muertos sin ninguna excepción (Sófocles, *Antígona*).

vacíos legales, “zonas de penumbra” en palabras de Hart (como se citó en Rodríguez, 1999, p. 122) y, en consecuencia, casos difíciles, elabora bajo la herencia aristotélica la teoría de los principios y encarga su aplicación a un arquetipo de juez (Juez Hércules) con un amplio dominio de la técnica jurídica y la sabiduría práctica (prudencia). Este juez, según Montero (2011), debe poseer un decálogo de virtudes tanto éticas como intelectuales:

Debe tener una postura integral del derecho, y realizar una labor constructiva, lo que implica crear teorías que demuestren la existencia de los principios morales como parte del derecho, y al hacerlo obrar como quien participa en la creación de una novela en serie (tarea fácil para Hércules, pero casi imposible para un Juez humano), y con ello no violar la irretroactividad. (p. 203)

La aplicación de esos principios que convenimos en denominar “morales y equitativos” (hoy en día, derechos fundamentales) frente a los casos difíciles no solo atinan con la respuesta correcta, sino que en camino a su aplicación suponen una actividad creativa de razones constructivistas e interpretativas que justifiquen su injerencia en el caso.

La teoría de Dworkin no dejará de ser un gozo y un desafío para la inteligencia¹⁷. Ella ha puesto en jaque a un “débil estado legislativo” basado en el “modelo positivista” de Hart insuficiente de dar cuenta a la complejidad del derecho, a un sistema que propone a la discrecionalidad judicial como única respuesta ante los casos difíciles (Calsamiglia, 1984, p. 13). El escrutinio de los casos difíciles, desde la compleja postura del juez Earl con la idea “aristotélica” del principio de finalista¹⁸ es la maniobra elegida por el filósofo norteamericano para demostrar su teoría; así pues, al identificar las situaciones en donde no pueda aplicarse ninguna norma concreta, se aplicarán los principios; y, estos, unidos a las normas y directrices serán suficientes dentro del derecho para una respuesta correcta a todos los casos y, por consiguiente (antecediéndose en cierto modo a Robert Alexy) según Calsamiglia (1984) “el juez ante los casos difíciles debe balancear los principios y decidirse por que tiene más peso” (p. 14).

Para Dworkin, el concepto de principios es primero, una exigencia de equidad, y segundo una exigencia de justicia, no obstante, también es un mecanismo que tiene la finalidad de introducir el “fundamento de moral limitada al ordenamiento jurídico”¹⁹. Por

¹⁷ Parafraseando la frase de Thomas Mann: “un gozo para la vista” (2008, p. 84).

¹⁸ Decisión del Tribunal de Apelaciones de Nueva York sobre el caso Riggs c. Palmer.

¹⁹ Propuesta de Mac Cormick (2011).

estas razones, advertimos que la virtud aristotélica de la Equidad, aunque disfrazada por otros nombres, sigue presente en el derecho. Con fervor, Vega (2014) manifiesta:

La tesis de Aristóteles en cambio (en perfecta consonancia con las orientaciones post-positivistas actuales) es que la equidad es interna al derecho en cuanto institución práctica: la equidad va más allá de las reglas, pero no del derecho, pues se refiere a los principios y éstos también forman parte del derecho (por más que reflejen valores objetivos externos). La equidad no niega las reglas, sino su entendimiento exclusivamente formalista o literalista. (p. 132)

Por consiguiente, el discurso racional de Alexy no es para nada indiferente a la tesis principista de Dworkin, es más, no será un desatino afirmar que, a partir de su teoría del discurso racional, y, sobre todo, mediante la técnica de ponderación, se ha creado un modelo de función judicial para aquellos casos donde la regla sea insuficiente y el principio²⁰ adecuado para resolver el caso no se encuentre identificado. Sin embargo, el término “ponderación” “tiene una fuerte carga metafórica. Ponderar o bien es sopesar o bien es pesar” (García Amado, 2017. p. 57).

Ahora bien, la ponderación de principios (derechos constitucionales-fundamentales) como función judicial en los casos difíciles, es decir, ese camino de la identificación del principio que resolverá el caso correctamente posee una estructura exigida por un principio más amplio, este es, el principio comprensivo de proporcionalidad (Alexy, 2009, p. 8), que al mismo tiempo da lugar a tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Caminos (2014) nos dice al respecto:

El subprincipio de idoneidad establece que si un medio no es adecuado para promover la satisfacción de ningún principio, y al mismo tiempo afecta a un principio, entonces la optimización con relación a las posibilidades fácticas de este principio exige que se considere prohibida la adopción de dicho medio; el subprincipio de necesidad establece que si existen dos medios disponibles, igualmente efectivos, para promover un determinado principio, pero uno de ellos afecta de un modo menos intenso que el otro a un segundo principio, entonces al considerarse que este segundo principio impone el mandato de optimizar las posibilidades fácticas, se debe elegir el medio que importe un menor grado de afectación, este principio procede solo en el caso que se supere el primero;

²⁰ “Un principio es un mandato de optimización con respecto a las posibilidades fácticas y jurídicas” (Caminos, 2014, p. 56).

finalmente el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización de las posibilidades jurídicas. (pp. 56-57)

5. La equidad en el derecho internacional

La Corte Internacional de justicia (en adelante, CIJ) en el artículo 38.2 de su Estatuto concibe la equidad como una fuente del derecho internacional: “La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*²¹, si las partes así lo convinieren”.

La equidad es identificada con el principio *ex aequo et bono*²² aplicado al caso materia de controversia, si las partes lo autorizan expresamente. Esta formulación da lugar a muchas interpretaciones y críticas; en primer término, la equidad internacional funciona como excepción a la regla, ya que lo principal en la resolución de un litigio será la aplicación de las fuentes formales del derecho internacional que señala el Estatuto en su artículo 38.1, (los tratados, la costumbre, los principios generales y la jurisprudencia internacionales); en segundo término, sin importar la dificultad del caso y, prescindiendo de las fuentes formales, las partes pueden optar por la equidad y solo en esos casos los jueces de la CIJ resolverán de esa manera; en lo demás, la Corte, deberá fallar con apego estricto a las fuentes formales del derecho internacional vigente (Varela, 1996). No obstante, cuando las fuentes referidas, a excepción de los principios generales del derecho, sean insuficientes para resolver el litigio, los jueces con o sin aprobación de las partes resolverán en *ex aequo et bono*. A nuestro parecer, la aplicación de dicho principio arrojará un único resultado con ayuda de dos exámenes: a) buscar una respuesta correcta dentro del derecho como ser integrado y coherente o, b) buscar esa misma respuesta con apego a la buena voluntad discrecional. En esto último, la figura del juez se asemeja en alto grado a la de un árbitro, se asimila a alguien que Aristóteles en la *Retórica* ha ensalzado con loable recato, reconociendo que sus decisiones no estando de acuerdo con las leyes ni en contra del derecho, son admirablemente justas.

En este orden de ideas, de acuerdo con Varela (1996), señalaremos las funciones de la equidad internacional en tres: a) Equidad como medio de atemperar la aplicación del derecho, b) equidad como medio de completar la aplicación del derecho y, c) equidad como medio de suplir la aplicación del derecho (p. 105). Consideramos a la tercera como la función más arriesgada, brillante, aunque también ridícula, pues dispone que algunos casos obtengan respuestas desde las afueras de la ley y los apartes del derecho, llámese

²¹ La locución latina hace referencia a la resolución de litigios de acuerdo con “lo bueno y lo correcto”.

²² La Corte Centroamericana de Justicia en su Estatuto artículo 22 y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en artículo 33.2 de su Reglamento también contemplan el referido principio.

a estas soluciones arbitrarias o discrecionales. Asimismo, convenimos que la segunda función es la más equiparable con la equidad que venimos tratando.

Hay algunos juristas que aceptan la idea de un *ex aequo et bono* equiparable al juicio con ajuste o arreglo a la equidad, pero hay otros que ineluctablemente disienten. Aquellos que disienten se expresarán tomando como base una parte de la concepción de término “equidad”; así pues, Lauterpacht (como se citó en Bermejo, 1983) declara:

El *ex aequo et bono* ... tiene muy poco por no decir nada de común con la equidad concebida como una modificación jurídicamente reconocida, aportada a la ley por razones de moralidad y de justicia. Un arreglo *ex aequo et bono* es un arreglo legislativo, que se aparta conscientemente de la ley vigente. No es una fuente del derecho vigente, es la base del derecho futuro. (p. 181)

El párrafo anterior, refleja a un Aristóteles vagamente descuidado. Asimismo, Visscher (como se citó en Bermejo, 1983) considera que el *ex aequo et bono* es una cláusula que “da apertura a una vía de arreglo muy diferente de la aplicación equitativa de la regla jurídica” (p. 181). La equidad funciona no con arreglo al objetivo de la aplicación del *ex aequo et bono* que es resolver el litigio independientemente a la regla jurídica, sino de manera adversa. Para este autor, el *ex aequo et bono* es parte de la función de los jueces de la CIJ en términos de discrecionalidad. Otros autores discrepan de esto, afirmando que el “*ex aequo et bono*, la equidad y los principios generales del derecho deben ser tratados como sinónimos” (Delbez como se citó en Bermejo, 1983, p. 181). Sin embargo, la dificultad de esta propuesta tiene origen en el mismo Estatuto de la CIJ; pues, en dicho texto encontramos a los principios generales del derecho como una fuente formal del derecho internacional, mientras que no encontramos así a la forma peculiar de hacer justicia: *ex aequo et bono*.

Ahora bien, analizado estas consideraciones, creemos que la CIJ, aplica la equidad, no solo a través del *ex aequo et bono* sino también con arreglo a los principios generales del derecho; creemos que el *ex aequo et bono* es una forma de equidad que va más allá de las fuentes formales del derecho internacional a excepción de los principios generales del derecho y, su aplicación como último recurso sin conocimiento y asentimiento de las partes en litigio, debe darse como acuerdo a dichos principios. Creemos que esta equidad no va más allá del derecho, y que toda equidad judicial que sea de modo contrario será otra cosa, menos equidad; afirmamos que la equidad no ofrece una respuesta fuera del derecho, rechazamos la discrecionalidad como camino del fallo judicial, creemos que el

derecho como ser integrado, coherente y equilibrado tiene una respuesta correcta para cada caso.

Un ejemplo aplicativo de la equidad internacional fue la disputa marítima entre Perú y Chile. En el 2014, la CIJ falló en amistad a la costumbre internacional, aunque no de manera unánimemente justificada, ya que también se apoyó en los Tratados. Hubo realmente posiciones disímiles, sin embargo, la tesis que triunfó más o menos fue la siguiente: el Perú, no habiendo ratificado la CONVEMAR, se comportaba como si lo hubiese hecho, esto creó una Costumbre internacional unilateral, muy aprovechable en nuestro favor; nuestro país vecino, siendo un Estado parte de dicho tratado, no habría gozado de la misma prerrogativa. Por esta razón, la Corte no podía decidir conforme a un tratado (CONVEMAR), pues uno de los países no era parte; tampoco podía decidir solamente conforme a la Costumbre internacional, esta era unilateral, y solo primaba para el Perú. El único recurso, debido a la naturaleza extraordinaria del litigio, fue la consideración de ambas fuentes del derecho internacional y, un fallo final en apego “indirectamente a la equidad” (las partes no autorizaron la aplicación *ex aequo et bono*). A Parodi (2014) le parece justo el fallo de la Corte, la equidad fue su núcleo decisorio.

Finalizamos este recorrido citando un precioso párrafo de Aristóteles (1990) que encontramos en la *Retórica*: “porque el árbitro mira la equidad, mientras que el juez la ley, y por esta razón se inventó el árbitro, a fin de que prevaleciese la equidad” (p. 287). Dicha sentencia, creemos, hoy en día puede reflejarse en los arbitrajes internacionales donde la equidad no es excepción a la regla, sino regla general, de tal manera que la misma es práctica común y repetitiva de los tribunales arbitrales.

6. Conclusiones

Las nociones aristotélicas de la equidad son proclamadas desde la teoría de la justicia (en *Ética* a Nicómaco y la *Retórica*). La equidad al ser justicia y mejor que cierta clase de justicia (justicia legal) es también una virtud ética que para elegirla se requiere de una razón práctica, prudencia o sabiduría práctica. El fin de la equidad no es ella misma, sino la justicia desde la integridad del derecho; el predominio de la prudencia en los hombres equitativos es mucho más notable que en los hombres justos.

La equidad aristotélica se encarga de corregir los errores de la ley particular que surgen producto de su universalidad: es aplicada por hombres prudentes a los casos de naturaleza peculiar o especial, en donde la ley sea insuficiente y acarree injusticia; la equidad va más allá de la ley, no en contra de ella y siempre de acuerdo con el derecho.

Es reclamada por hombres equitativos, es decir, por quienes reconocen los vacíos legales; y es administrada por los jueces y árbitros, y también por la voluntad política (decretos).

En la teoría de Rawls, la presencia aristotélica de la equidad no parece potencialmente visible. Sin embargo, la formulación del principio de diferencia, y de ello la purificación de las desigualdades, de manera tal que favorezcan a todos o a los menos aventajados, a nosotros nos ha parecido, aunque muchos discrepen, un fundamento bastante amigable con la virtud ética; pues su núcleo de actividad, naturaleza y finalidades son equiparables, sobre todo, según la *Ética a Nicómaco*, a la doctrina de lo equitativo.

En la argumentación jurídica, la presencia del Estagirita es mucho más visible. El origen de la formulación actual de dos de los principios interpretativos argumentativos más importantes (teleológico y sistemático), la encontramos planteada en la *Retórica*. El principio teleológico o de intención legislativa, renació en la resolución del caso Elmer, mereciendo la distinción de Dworkin como apertura de los principios del derecho; el principio sistemático concibe al derecho como una totalidad, de modo que, un fallo en equidad solo puede significar la voluntad expresa de un sistema jurídico integrado. Por otro lado, Dworkin y la propuesta de los principios frente a casos difíciles representa una continuación inteligente a la equidad aristotélica: los casos difíciles, el juez Hércules, etc. ya fueron objeto de estudio del filósofo griego.

En el derecho internacional, la CIJ aplica la equidad, primero, mediante el *ex aequo et bono* con el asentimiento de las partes, y, segundo, a través de los principios generales del derecho. Ambas cosas actúan en complicidad, y son esencialmente lo mismo. Algunos ejemplos de los escenarios aplicativos son los conflictos marítimos y los arbitrajes en comercio internacional.

Referencias

- Alexy, R. (2009, enero - junio). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de derecho procesal constitucional*, (11), 3-14. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- Aristóteles. (1985). *Ética a Nicómaco* (P. Bonet, Trad.). Gredos. http://www.posgrado.unam.mx/filosofia/pdfs/Aristoteles__Etica-a-Nicomaco-Etica-Eudemia-Gredos.pdf
- Aristóteles. (1990). *La retórica* (Q. Racionero, Trad.). Gredos. <http://www.hermanosdearmas.es/wp-content/uploads/2017/12/aristoteles-retorica-gredos.pdf>

- Aristóteles. (2001). *Ética a Nicómaco* (C. Martínez Trad.). Alianza Editorial. <http://mastor.cl/blog/wp-content/uploads/2017/12/Etica-a-Nicomaco-Aristoteles-PDF.pdf>
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Fondo editorial de la UNAM. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20151108_01.pdf
- Aguayo, P. (2013). Rawls y el principio aristotélico Una aproximación a la idea de bien en A Theory of Justice. *Ideas y valores*, (156), 129- 143. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/137203/Aguayo-Rawls-y-el-principio-aristotelico.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Bermejo, R. (1984). Lugar y función de la equidad en el nuevo derecho internacional. *Anuario de derecho internacional*, (7), 171-209. doi: 10.15581/010.7.171-209
- Borges, J. L. (1953). *Historia de la eternidad*. Emecé Editores.
- Caballero, J. (2006). La teoría de la justicia de John Rawls. *Otoño*, (2), 1-22. https://ibero.mx/iberoforum/2/pdf/francisco_caballero.pdf
- Camino, P. (2014). El principio de proporcionalidad ¿Una nueva Garantía de los derechos constitucionales? *Ambrosio L. Gioja*, (13), 51-74. <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/65/47>
- Calsamiglia, A. (1989). Prólogo. En R. Dworkin, *Los derechos en serio* (M. Guastavino Trad.) (pp. 7-27). Ariel. https://eva.fder.udelar.edu.uy/pluginfile.php/71414/mod_folder/content/0/Pr%C3%B3logo%20-%20Los%20derechos%20en%20serio.pdf?forcedownload=1
- Cortina, A. (2000). *Ética mínima: Introducción a la filosofía práctica*. Tecnos. https://tallersurzaragoza.files.wordpress.com/2012/11/cortina_adela-etica_minima.pdf
- Dickens, C. (2000). *Historia de dos ciudades*. El Comercio.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (Marta Guastavino Trad.). Ariel. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/09/Descargue-en-PDF-Los-Derechos-en-serio-de-Ronal-Dworkin-Legis.pe_.pdf
- Dworkin, R. (1997). *El imperio de la justicia*. Gedisa.
- Garcés, L. (2015, 16 de diciembre). La virtud aristotélica como camino de la excelencia humana y las acciones para alcanzarla. *Discusiones filosóficas*, (27), 127-146. doi: 10.17151/difil.2015.16.27.8
- García Amado, J. (2017) *Decidir y argumentar sobre derechos*. Tirant lo Blanch. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/33292.pdf>

- García, L. (2010). *Teoría de la Justicia e idea del derecho en Aristóteles* [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid]. https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4596/30666_garcia_soto_luis.pdf?sequ
- Grajales, A. y Negri, N. (2018). *Sobre la argumentación jurídica y sus teorías*. Marcial Pons. <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9789871775392.pdf>
- Judt, T. y Snyder, T. (2012). *Pensar en el siglo XX* (V. Gordo del Rey Trad.). Santillana. <https://profeemiliohistoria.files.wordpress.com/2019/02/tony-judt-pensar-el-siglo-xx.pdf>
- Mac Cormick, N. (2011). Argumentación e interpretación en el derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (33), 65-78. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32593/1/Doxa_33_04.pdf
- Macintyre, A. (1984). *Tras la virtud* (A. Valcárcel Trad.). Grupo editorial Grijalbo. <https://etica.uazuay.edu.ec/sites/etica.uazuay.edu.ec/files/public/2021-06/MacIntyre%20-%20Tras%20la%20Virtud.pdf>
- Macintyre, A. (1991). *Historia de la Ética* (R. Walton Trad.). Paidós.
- Montero, A. (2011). *Derecho y moral, estudio introductorio*. UNAM.
- Parodi, D. (2014). Extensión de la frontera marítima entre Perú y Chile. la equidad como concepto decisorio. Disputa marítima, Perú v. Chile Corte Internacional de Justicia. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, (2), 495-510. <https://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=371041328015>
- Platón. (1986). *La República* (E. Lan, Trad.). Gredos.
- Rawls, J. (1999). *A theory of justice*. President and Fellows of Harvard College. <https://giuseppicapograssi.files.wordpress.com/2014/08/rawls99.pdf>
- Rawls, J. (2006). *Teoría de la Justicia* (M. Dolores Trad.). FCE. https://etikhe.files.wordpress.com/2013/08/john_rawls_-_teoria_de_la_justicia.pdf
- Rawls J. (1997). *Justicia como equidad, una reformulación* (E. Kelly Trad.). Paidós. <http://www.terrileyasociados.com.ar/post/john-rawls-la-justicia-como-equidad-una-reformulacion-a-cargo-de-erin-kelly-paidos1.pdf>
- Rodríguez, M. (1999). Ronald Dworkin y la creación judicial en el derecho: una reflexión breve. *Anuario de filosofía del derecho*, (16), 121-142. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142404.pdf>
- Soto, I. (2017). Alasdair Macintyre sobre la virtud y la justicia en Aristóteles. *Ars Boni et Aequi*, (5), 183-212. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3257730.pdf>
- Varela, L. (1996). *Las fuentes del derecho internacional Público*. Editorial Temis. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/18302.pdf>

- Vega, J. (2014, 24 de junio). La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial. *CEFD*, (29), 113-144. <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/3249/4055>
- Weber, M. (1919). La política como vocación. *U-Cursos*. https://www.u-cursos.cl/facso/2015/2/PS01011/2/material_docente/bajar?id_material=1187931