

UNA INTERPRETACIÓN DE LA EQUIDAD BAJO LOS CONCEPTOS GRIEGOS DE LA “*ISONOMÍA*” Y LA “*EPIKEIA*”

AN INTERPRETATION OF EQUITY UNDER THE GREEK CONCEPTS OF “*ISONOMÍA*” AND “*EPIKEIA*”

JOSÉ SEBASTIÁN GÓMEZ SÁMANO*

RESUMEN: En este ensayo, se estudian los conceptos griegos de “isonomía” y “epikeia”, y se exponen ciertos paralelismos de éstos en la actualidad, con el positivismo y en el iusnaturalismo.

PALABRAS CLAVE: Isonomía; *epikeia*; positivismo; iusnaturalismo.

ABSTRACT: This essay analyzes the greek concepts of “isonomy” and “epikeia”, and establish certain paralelisms of those ideas in the positivism and iusnaturalism.

KEYWORDS: Isonomy; *epikeia*; positivism; iusnaturalism.

Fecha de recepción: 09/01/2018

Fecha de aceptación: 05/04/2018

* Secretario del Juzgado Octavo de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito, con residencia en la Ciudad de México.

UNA INTERPRETACIÓN DE LA EQUITAD BAJO LOS CONCEPTOS GRIEGOS...
JOSÉ SEBASTIÁN GÓMEZ SÁMANO

SUMARIO: I. Introducción. II. Una interpretación del nacimiento y evolución de la equidad. 1. De *themis* a *dike*. 2. De la *isonomía* a la *epikeia*. 3. Positivismo. Negación de la justicia y de la equidad. Derecho al servicio del poder. 4. Principialismo. Incorporación de la justicia y reivindicación del juez. III. Concepto de justicia y equidad. Elementos: distributiva y conmutativa. IV. Conclusiones. V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN



n este trabajo se hará una interpretación acerca de la equidad a la luz de los conceptos de *isonomía* (igualdad formal ante la ley) y de la *epikeia* (igualdad sustancial entre las personas).

Se establecerá que, en el ámbito de la *isonomía*, existe una omnipotencia del legislador que borra la función del juez, que es aplicar el derecho con justicia y equidad. La equidad carece de contenido propio puesto que, en esta concepción, el juez debe aplicar a rajatabla la ley impersonal, abstracta y general.

En cambio, en el ámbito de la *epikeia* (cuyo concepto se aborda en el cuerpo del presente trabajo) sí existe propiamente la equidad, ya que se le concede al juez la facultad de matizar la aplicación de la ley por medio de principios, valores, y elementos para ponderar la situación.

Se establecerá que la equidad surge del paso de la *isonomía*—igualdad formal ante la ley— al de la *epikeia*—igualdad sustancial traducida como equidad—. En el modelo de la *isonomía*, el legislador quiso borrar cualquier diferencia entre las personas y decidió que la ley debía aplicarse a rajatabla (*dura lex, sed lex*); en cambio, en el estadio de la equidad, la justicia se vuelve más humana, ya que percibe las diferencias socioculturales y aplica la ley en atención a las circunstancias del caso.

Se indicará que el positivismo incorporó el paradigma *isonomía* al señalar que la ley era la única fuente del derecho, sin considerar ningún otro valor trascendente (como la justicia) para frenar el poder de la ley y del Estado, y estableció como principio rector el de la igualdad formal ante la ley.

Posteriormente, en la segunda mitad del siglo XX y hasta nuestros días, después de las atrocidades del fascismo, especialmente del nazismo, se ha decidido retornar otra vez los principios que deben animar a la ley positiva, y reivindicar la figura del juez al retomar a la *epikeia* y a los principios sustanciales para frenar al poder.

II. UNA INTERPRETACIÓN DEL NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA EQUIDAD

1. DE *THEMIS* A *DIKE*

En los inicios de la convivencia entre seres humanos —anteriores a la civilización—, los hombres vivían sujetos a una “regla”: la ley del más fuerte. Este estadio es el que narra Thomas Hobbes cuando afirma que existía una guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*) y que el hombre era el lobo del hombre (*homo homini lupus*). Algunos griegos consideraban que la ley del más fuerte era justa, pues así sucedía en el terreno de la naturaleza, en la cual los animales fuertes predominaban sobre los débiles. El sofista Calicles en la Grecia clásica, por ejemplo, en el diálogo de *Gorgias* de Platón, sostiene que tal como lo muestra la naturaleza, resulta un hecho que el más fuerte o poderoso prevalece sobre el débil, y por ello considera que lo natural o justo es que “el fuerte domine al débil y que posea más” (483d). Éste, a grandes rasgos, era el paradigma de *themis*, que presentaba una concepción del fenómeno jurídico bajo una luz autoritaria y arbitraria.

Pronto, cuando se empezó a racionalizar el mundo, y se vio que resultaba insostenible esta lucha encarnizada y el predominio del fuerte sobre el débil (modelo en el cual los sujetos “resolvían” sus propios asuntos por propia mano —autotutela—), se encomendó a un tercero imparcial para que solucionara las diferencias entre las personas —surgimiento de la heterocomposición—. Este tercero imparcial tenía que resolver conforme a algún criterio, por lo cual mediante reiterados ejercicios empezó a surgir la medida de la justicia, consistente en que a cada quien había de dársele lo suyo. Relata así Hesíodo este cambio en palabras del filólogo Werner Jaeger: “En su jerarquía de los seres, el hombre es superior a las demás criaturas, pues si Zeus ordenó que los peces y los pájaros se devoren entre sí, en estado permanente de guerra, dio al hombre el derecho, *dike*, como bien supremo de la vida”.¹

En este momento, se transita del paradigma de *themis* al de *dike*, y aquí nace el juez, se manifiesta propiamente el derecho; por último, surge en este preciso instante la justicia. No es casualidad que exista una íntima vinculación entre las etimologías de juez, justicia y derecho, tanto en los griegos, como en el Derecho Romano. El juez (*dikastés*, *index*) es el hacedor de justicia (*dikaioσύνη*, *ius-titia*), es

¹ Werner, Jaeger, *La alabanza de la ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1982, pp. 5-6.

UNA INTERPRETACIÓN DE LA EQUIDAD BAJO LOS CONCEPTOS GRIEGOS...
JOSÉ SEBASTIÁN GÓMEZ SÁMANO

decir, el que hace ejecutar el derecho (*to dikaion*), que es parte de la justicia general.² “La tendencia general iba de una concepción autoritaria del derecho a una concepción racional que implicaba igualdad (*dike* solía definirse como “lo igual”) y obligación mutua”.³ Por eso, Aristóteles, en su *Ética a Nicómaco*, afirma que ir al juez es ir a la justicia,⁴ y que el gran romanista Álvaro D’ors afirme lo siguiente: “podremos definir el derecho como aquello que declaran los jueces (*iuris, quod iudex dicit*)”.⁵

Sófocles narra un mito muy bello acerca de la asignación por parte de los dioses de cualidades a los animales y al hombre, el cual se asemeja al cambio acontecido de *themis* a *dike*. Este mito trata sobre la asignación de las herramientas a los animales y a los hombres para sobrevivir. Los dioses olímpicos encomendaron a Epimeteo, hermano de Prometeo, la tarea de dotar a los animales y al hombre de las herramientas necesarias para lograr su supervivencia. Concedió a algunos animales grandes extremidades, a otros largos pelajes, a unos, mayor agilidad. Cuando le tocó el turno al hombre, se percató que había agotado la gran mayoría de los dones —por eso el hombre no se distingue por alguna cualidad extraordinaria en términos físicos—, por lo cual su hermano Prometeo vino en su auxilio, y le dio al hombre el fuego de los dioses para compensar la insuficiencia de sus dotes naturales. Sin embargo, con sólo la técnica del fuego, el hombre pronto empezó a utilizarlo para agredir a su semejante y con ello se inició la violencia, la destrucción y “la humanidad pareció a punto de perecer miserablemente por obra de sus propios inventos”.⁶ El hombre fue incapaz de solucionar esta situación por la mera técnica, por lo cual Zeus, quien vio al hombre portador de una gran misión, le envió un don que le salvaría de la autodestrucción: el don de la ley y la justicia; “y no lo imprimió en el espíritu de algunos individuos, como ocurriera con el talento para los inventos técnicos, sino en el corazón de todo ser humano”.⁷

En este paso de *themis* a *dike*, se instauró un cambio que marcará la vida del derecho. Al igual que en la filosofía se pasó de una visión dominada por los dioses a una visión racional del mundo (del mito al *logos*), en la astronomía se pasó del geocentrismo al heliocentrismo, en el siglo XX, en algunas naciones,

² Corral Genicio, Jerónimo, “La noción de justicia en la retórica de Aristóteles”, *Revista telemática de filosofía del derecho* (RTFD), núm. 6, 2002-2003, p. 20.

³ Werner, Jaeger, *op. cit.*, p. 22.

⁴ *Ética a Nicómaco*, Libro V, Cap. 1, disponible en: <http://www.filosofia.org/cla/ari/azc01128.htm>

⁵ Pérez Luño, Antonio Enrique, “¿Qué significa juzgar?”, *La Justicia Procesal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 19.

⁶ Werner, Jaeger, *op. cit.*, p. 33.

⁷ *Idem*.

de una cosmovisión totalitaria del Estado al personalismo⁸ —en la que se ve a la persona humana como el fin de todo el orden político—, en el derecho se pasó del paradigma de la fuerza (*themis*) al del derecho o la razón (*dike*).

Posteriormente *themis* se fue refinando, no sólo consistió en el predominio del más fuerte, propio de sociedades pre-jurídicas, sino que ahora *themis* se transformó en la ley. La ley se convirtió pronto en el instrumento del poderoso y fue monopolizada por distintas formas de gobierno: la monarquía, la aristocracia y la democracia en las formas puras o buenas de gobierno —según Aristóteles—; o bien en la tiranía, la oligarquía o en la demagogia, como formas impuras de gobierno.⁹ Así, el tirano pudo emitir leyes injustas que oprimieron a la comunidad; los oligarcas normas que favorecieron sus intereses económicos, mientras que los demagogos dictaron disposiciones que favorecieron un régimen “de pan y circo” (*panem et circenses*).

Tempranamente se vio que la ley desvinculada de su contenido también podía ser injusta y oprimir a la comunidad. Esto es lo que sucede en la célebre tragedia de Antígona, en la cual se da una confrontación entre la ley positiva (*themis*) y la ley divina (*dike*). El tirano emite una disposición que le impide a Antígona enterrar a su hermano muerto. Su cadáver yace en la intemperie, sujeto a la corrupción y se convierte en comida de los animales. Antígona, quien conoce la ley, y por ende sabe que si entierra a su hermano sufrirá una sanción —la muerte—, decide infringirla porque considera que, en primer término, debe respetar la ley divina. ¿Qué es preferible: la ley humana o la ley divina?, ¿la voluntad de un hombre o la voluntad de los dioses?, ¿la prohibición voluntarista o la justicia eterna, inmutable, imperecedera?; en suma, ¿cuál valor será el elegido por la humanidad, *themis* o *dike*? Antígona sabe que es superior *dike* a *themis*. Entierra a su hermano, y por ello encara y encuentra a la muerte. El consuelo de ella y del hombre, es que respetó la voluntad de los dioses y la de la razón.

2. DE LA *ISONOMÍA* A LA *EPIKEIA*

Cuando surge la ley no se hacen las distinciones necesarias. Se piensa que la ley, al ser producto de la voluntad de la comunidad política, tiene inmersa una “justicia” propia. Por ello, en este modelo se establece el principio de la igual-

⁸ Para una visión integral del personalismo véase Mounier, Emmanuel, *El personalismo*, Maica (Ius), México, 2005.

⁹ Véase *Política* de Aristóteles, especialmente Libro III, Cap. VI.

UNA INTERPRETACIÓN DE LA EQUITAD BAJO LOS CONCEPTOS GRIEGOS...
JOSÉ SEBASTIÁN GÓMEZ SÁMANO

dad formal ante la ley: la ley debe aplicarse a todos sin ninguna consideración en específico, porque refleja la voluntad de “todos”. Este paradigma se llama *isonomía*, que deriva de los términos “*isos*” —igualdad— y “*nomos*” —norma—, esto es “igualdad jurídica para todos”. De hecho, en Grecia, cuando la “costumbre de las ciudades” se codificó por los “sabios” legisladores,¹⁰ surgió el concepto de *isonomía*.

Esta visión del derecho genera que el juez aplique sólo la ley. Aunque ya existe la figura del juez, pues ya se pasó de *themis* a *dike*, lo cierto es que en este paradigma su función se vuelve prácticamente intrascendente, se vuelve un mecanismo “burocrático” de la comunidad. El juez sólo aplica la ley aprobada por las mayorías. Por ello, la justicia de la *isonomía* está ciega, tiene una venda que le impide ver la realidad. Su única percepción sensorial es la de la ley. El legislador le quita al juez su función más importante que es la de dar la justicia. Para esta visión del derecho el legislador, como representante popular, es quien verdaderamente da la “justicia”. Existe una sinonimia entre justicia y ley.

Esta justicia se vuelve descarnada, etérea, alejada del común de las personas; vive en el Olimpo. Se piensa que la justicia se da en el terreno de la ley, y no en el campo de los casos concretos. Se ven expedientes y no personas. La mediación entre la ley y la persona —que es el juez— desaparece. La justicia ya no es humana, vive en el terreno de la norma, en el *topos uranus*. Se vio que esta visión generaba grandes injusticias en la práctica, por dos motivos: el primero, porque la ley no puede contemplar todos los asuntos, pues por su propia naturaleza general se le escapan muchas situaciones individuales; la segunda, porque hay casos en los que la ley no puede aplicarse a rajatabla porque genera muchos inconvenientes o perjuicios a una de las partes. De esta visión viene aquel adagio “*summum ius, summa iniuria*”, que puede traducirse como “suprema ley, máxima injusticia”.

Por ello, ante esta injusticia, surge la *epikeia* (la equidad), el juez puede analizar la ley en el caso en concreto, puede mitigar la fuerza de la ley. En la *epikeia* ya no se ve a la justicia formal, se busca la justicia material. Se trata de aplicar la norma al atender las circunstancias del caso. En esta labor, surge la virtud de la prudencia contemplada en el Código Iberoamericano de Ética Judicial (artículo 68), con el fin de que el juez pondere bien el asunto a fin de que la justicia se aplique correctamente al caso concreto. Es interesante advertir que en las alegorías clásicas sobre la justicia se aprecian rasgos del carácter de la

¹⁰ Werner, Jaeger, *op. cit.*, p. 22.

epikeia, ya que los romanos le incorporan una balanza.¹¹ La balanza simboliza a la prudencia, pues antes de aplicar la ley, el juez debe ponderar el asunto a fin de que la norma general, abstracta e impersonal, no produzca una injusticia en el caso en concreto.

Ahora bien, una vez que se ha analizado el surgimiento de la justicia por medio del paso de *themis* a *dike*, y de la *isonomía* a la *epikeia*, lo curioso es que esta dualidad se vuelve a presentar en nuestros tiempos con el conflicto entre el positivismo y el principialismo. ¿Cuántas luchas estériles pudo haberse ahorrado la humanidad si hubiera comprendido los sucesos históricos? Desgraciadamente la “maestra de la vida”, como la conceptualizó Cicerón,¹² pocas veces es rememorada por los hombres, y parece que la historia se repite cíclicamente, por eso son comunes los giros tipo péndulos que se dan en el devenir. Se propone adoptar un nuevo modelo de justicia que es el que se expone al final de este ensayo.

3. POSITIVISMO. NEGACIÓN DE LA JUSTICIA Y DE LA EQUIDAD. DERECHO AL SERVICIO DEL PODER

Jürgen Habermas, en su texto *Constitutional democracy. A paradoxical union of contradictory principles*, afirma que la ley moderna —propia del positivismo— goza de tres características: a. positiva; b. obligatoria o coercible, y c. individualista.¹³

La primera característica deriva de su propio nombre, la ley moderna es positiva, y con ello hace referencia a que es la única fuente de validez del ordenamiento jurídico. La etimología de positivismo viene de “impuesto”. La única emanación del fenómeno jurídico es la ley dada por el soberano. La ley puede tener cualquier contenido jurídico siempre y cuando respete los requisitos formales de creación de las leyes. La ley es un mero “envoltorio” de cualquier disposición, inclusive de una ley injusta.

La siguiente característica es una consecuencia de esta visión del derecho impuesta, que es la obligatoriedad o coercibilidad. Como la ley es impuesta sin ningún valor trascendente —salvo el de seguridad jurídica—, entonces la san-

¹¹ Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955, p. 139.

¹² “De Oratore”, Libro II, cap. 9, 36.

¹³ Habermas, Jürgen, “Constitutional Democracy. A Union of Paradoxical Principles?”, *Political Theory* 29, núm. 6, diciembre de 2001, p. 779, disponible en: https://my.ilstu.edu/~jksbapi/Habermas_ConstitutionalDemocracy.pdf

UNA INTERPRETACIÓN DE LA EQUIDAD BAJO LOS CONCEPTOS GRIEGOS...
JOSÉ SEBASTIÁN GÓMEZ SÁMANO

ción se convierte en el eje nodal de la norma jurídica. No se puede entender el derecho sin la sanción jurídica; en vez de conceptualizarse como un accidente, se convierte en la esencia del derecho.

Por último, la ley moderna propia del espíritu burgués pregonaba el individualismo. Se establece que todos somos iguales ante la ley y que, por ende, deben eliminarse o reducirse las sociedades intermedias, esto es, aquellas corporaciones que otorgaban privilegios a ciertas personas en el antiguo régimen (gremios, aldeas, iglesias). Por ejemplo, en el caso de diversos países americanos en los que los indígenas tenían la propiedad comunal, se estableció que ésta debía desaparecer, ya que esas tierras, además de estar “muertas”, privilegiaban a un cierto sector, sin que el “libre juego del mercado” interactuara en ellas.

Añadiría a las características de Habermas, que la ley positiva es voluntarista. Al no existir un valor supra-trascendente para la ley, ésta se convierte en mera voluntad, en este caso, ya sea de la mayoría, o bien en la voluntad del soberano en otras formas de gobierno. El derecho, por tanto, se estatiza y se soslayan otras fuentes jurídicas como la costumbre, los principios, la doctrina, etcétera. Ley y derecho se convierten en sinónimos, porque la única fuente del fenómeno jurídico es la ley. El profesor Bugner, en Francia, decía en sus clases: “Yo no conozco Derecho Civil, sólo enseño el Código de Napoleón”. Consideramos que el Código Iberoamericano se pronuncia en contra del positivismo voluntarista, ya que afirma que la fuerza del código debe provenir de la “fuerza racional de su articulado” y no de un “mero acto de voluntad de la autoridad con competencia para ello”.¹⁴

Pero lo más trágico fue que se expulsó a la justicia del derecho. La justicia ya no fue un criterio orientador del derecho, sino que se le desterró como a un enemigo de las fronteras jurídicas. Algunos todavía afirmaban su existencia, pero consideraban que era una materia propia de la moral, o bien de la política legislativa.¹⁵ En palabras de Zagrebelsky: “la justicia era lo que la ley definía como tal”.¹⁶ Algunos otros le negaron completamente su existencia, ni siquiera ya debía nombrársela en el discurso jurídico —recuérdese la frase de Wittgenstein, de lo que no es posible hablar es mejor callar—, pues era un concepto metafísico. El único valor “supra-positivo” reconocido por los positivistas fue el de seguridad jurídica. Kelsen llegó a afirmar lo siguiente:

¹⁴ “Sería inadecuado que el presente Código surgiera como un emprendimiento desarraigado en el tiempo y en el espacio o como un mero acto de voluntad de la autoridad con competencia para ello”. Exposición de motivos, apartado XI.

¹⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*, Trotta, Valladolid, 1997, p. 96.

¹⁶ *Idem*.

“La seguridad jurídica, más que la justicia absoluta, ocupa el primer plano en la conciencia jurídica”.¹⁷ De hecho, paradójicamente, algunos positivistas más jacobinos —más kelsenianos que el propio Kelsen—, llegaron a decir que el filósofo vienés era un metafísico por incorporar valores ajenos a la experiencia, como el de seguridad jurídica.

No sólo la justicia fue eliminada del ordenamiento jurídico, sino también la equidad, y con ello la función del juez quedó mancillada y amputada. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, una norma que fue utilizada por el pensamiento positivista más obstinado, señalaba en su artículo 6 que “la ley [...] *debe ser la misma para todos*, ya sea que proteja o que sancione. *Como todos los ciudadanos son iguales ante ella*, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”.¹⁸

Es decir, recogieron el criterio de la *isonomía*. Todos los individuos se consideraron formalmente iguales ante la ley. El velo que cubrió los ojos de la justicia fue impuesto por el legislador al juez para concebirlo ciego, inútil e incapaz de ver la realidad y de ver con sus propios ojos las injusticias sociales. Cabe señalar que la venda, es un invento posterior y se utilizaba en un principio como burla para los jueces, pues se afirmaba que los jueces desconocían el derecho, y por ello estaban ciegos. De hecho, en una inscripción de una alegoría de la justicia de 1517 del artista Schwanzerberg, se lee lo siguiente: “todo lo que hacen estos necios es dar sentencias contrarias a derecho”.¹⁹ Esta alegoría es muy cierta para el juez positivista, porque sus sentencias resultaron contrarias a derecho, pues lo único que veían era la ley (por ejemplo, en el régimen nazi y con los guardianes del muro en Alemania).

El juez, bajo esta cosmovisión, debe aplicar la ley a rajatabla, *dura lex, sed lex*, como afirmaban los latinos. No sólo se le quitó la facultad de aplicar la equidad en los casos sujetos a su jurisdicción, sino que se le concibió como a un autómatas de la ley, como a un privado de sus facultades cognitivas que solo está autorizado a aplicar silogismos: premisa mayor, la norma; premisa menor, el hecho, y la conclusión es la sentencia.

Como se aprecia, el positivismo le privó al juez su calidad de persona, ya que afirmó que debía ser un “juez mecánico”, es decir, un mero objeto. De ser

¹⁷ Kelsen, Hans, “Los fundamentos de la democracia”, *Escritos sobre la democracia y la sociedad*, Debate, Madrid, 1988.

¹⁸ Énfasis añadido.

¹⁹ Radbruch, Gustav, *op. cit.*, p. 142.

UNA INTERPRETACIÓN DE LA EQUITAD BAJO LOS CONCEPTOS GRIEGOS...
JOSÉ SEBASTIÁN GÓMEZ SÁMANO

un sujeto, una persona, lo convirtió en un objeto, en un aplicador ciego de la ley. Montesquieu resume sucintamente esto con la lapidaria afirmación: “[los jueces son] la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de ellas”.²⁰

Ya el caldo de cultivo para el surgimiento de los totalitarismos y para la explotación del hombre por el hombre estaba dado. Bajo este modelo sucedieron grandes tragedias para el ser humano, tanto en el terreno de la *isonomía* como en el de *themis*. Por ejemplo, en el paradigma de la *isonomía* se explotó a los obreros por los patrones; se disolvió la propiedad comunal; desaparecieron los gremios, etcétera. No es casualidad que surja el comunismo y el socialismo en esta etapa, y que hayan suscitado varias revoluciones, como por ejemplo en Francia (1848); México con la rebelión de 1910; Rusia con la revolución de 1917, etcétera. No estaban equivocados los romanos cuando afirmaban que “*summum ius summa iniuria*”, que podemos traducir como “suprema ley, máxima injusticia”.

Por su parte, en el paradigma de *themis*, el positivismo produjo resultados funestos cuando el Estado se equiparó al Führer, es decir, cuando el Ejecutivo y el Estado son equiparados, como sucedió en la Alemania nazi. Se genera el voluntarismo en su forma más pura, y surge el régimen más parecido a *themis* que en ninguna otra situación. El estado de naturaleza de Hobbes, propia de sociedades pre-jurídicas surgió; el lobo del hombre aulló con la mayor fuerza que se había visto en la humanidad, la sociedad se horrorizó ante ese espectáculo de crueldad y enemistad. Ya no existían las sociedades intermedias capaces de contrarrestar su poder, ni un valor supra-trascendente para frenar la arbitrariedad; el único valor que debía seguirse era la obligatoriedad de la norma jurídica.

El positivismo, que podríamos compendiar en la lapidaria fórmula de “la ley es la ley”, dejó a la jurisprudencia y a la judicatura alemanas inermes contra todas aquellas crueldades y arbitrariedades que, por grandes que fueran, fuesen plasmadas por los gobernantes de la hora en forma de ley.²¹

El positivismo, a pesar de sus teorías tan sofisticadas, a pesar de hablar de “normas hipotéticas fundamentales”, de “centros de imputación jurídica”, y de otros términos elaborados, sólo se convirtió en una mera técnica del poder, en una cortina de humo o maquillaje que impidió ver las atrocidades que se

²⁰ Montesquieu, *Esprit des lois*, XI, 5.

²¹ Radbruch, Gustav, *op. cit.*, p. 178.

cometieron. El derecho se vuelve un instrumento moldeable a los caprichos del soberano.

Como se aprecia, se convirtió el derecho en su antítesis, en vez de limitar al poder se convirtió en un instrumento de éste, mutó en una mera técnica de poder. Como se aprecia, de *dike-epikeia*, se regresó al paradigma de *themis-isonomía*. Por ello, no es casualidad que Hans Kelsen, en su obra *¿Qué es la justicia?*, no se inmute del proceso injusto incoado a Jesús de Nazareth, que lo llevó a su muerte. “El que en el caso de Jesús fuera condenado un hombre justo e inocente no parece inquietar a Kelsen, [ya que para él] no hay más verdad [y no hay más justicia] que la de la mayoría”.²² Sin el elemento de justicia, el poder rápidamente se convierte en tiranía.

4. PRINCIPIALISMO. INCORPORACIÓN DE LA JUSTICIA Y REIVINDICACIÓN DEL JUEZ

Después de las atrocidades acontecidas en la Segunda Guerra Mundial de ambos lados, desde Auschwitz a Hiroshima y Nagasaki, la humanidad se dio cuenta que el derecho no debía reducirse a la ley, sino que la norma debía beber de algún principio, y se eligió de manera preponderante a la justicia, la cual en la etapa post Declaración Universal de los Derechos Humanos, se desarrolla mediante los referidos derechos inherentes a la persona. Los derechos humanos son el nuevo *dike* y *epikeia* de la ley positiva.

La característica fundamental del principialismo es que se rehabilita a la justicia y a la equidad por medio de los derechos humanos. Esto es señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando dice que “la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos”.²³ Los derechos humanos están impregnados del concepto de justicia. Este resurgimiento de los derechos humanos y de la justicia, tiene su paroxismo —a juicio de Rodolfo Vigo— en los tribunales de Nüremberg, en los que se sancionó penalmente a diversos funcionarios de la Alemania nazi por realizar conductas ilícitas, a pesar de haber cumplido con una ley vigente y válida,²⁴ en el cual se

²² Véase: <http://vazquezgomez.blogspot.mx/>

²³ Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 104, párrafo 78; *Caso Palamara Iribarne*, párrafo 183, y *Caso Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C, núm. 114, párrafo 130.

²⁴ Vigo, Rodolfo, *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2005, p. 6.

UNA INTERPRETACIÓN DE LA EQUITAD BAJO LOS CONCEPTOS GRIEGOS...
JOSÉ SEBASTIÁN GÓMEZ SÁMANO

antepuso al derecho la ley formalmente válida, es decir, los crímenes nazis fueron juzgados bajo la luz del derecho y la justicia.²⁵ Afirma Vigo que “el derecho nazi proveía seguridad jurídica pero su injusticia lo invalidaba raigalmente”.²⁶

Ronald Dworkin sigue esta línea de pensamiento, ya que afirma que los derechos humanos (principios) son “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad”.²⁷ Como se aprecia, integra a la justicia y a la equidad dentro del concepto de derechos humanos. Los derechos humanos se convierten ahora en el límite de la ley positiva, y también se vuelven la aspiración de los pueblos en su acepción de derechos prestacionales, o bien, como las normas programáticas que guían a la sociedad. Lo interesante para el juez es que él es el encargado de pronunciarse de forma definitiva y como última instancia en el terreno de los derechos humanos. Así lo expresa el Código Iberoamericano de Ética Judicial en su artículo 1, al señalar que una de las funciones del juez es la de “salvaguardar los derechos fundamentales”.²⁸

Al rehabilitar a la justicia y a la equidad se revalora la figura del juez, quien deja de ser un objeto para convertirse en sujeto. Ahora no sólo tiene el status de una persona, sino que con el principalismo se convierte en el nuevo protagonista de la historia, y se encuentra en posibilidad de construir una nueva sociedad mediante la piedra angular que es la justicia. En efecto, tal como lo marca el Código Iberoamericano, las decisiones judiciales tienen como fin último alcanzar la justicia (artículo 35). Ello se puede dar con la principal herramienta que tiene el juez: la interpretación. Recordemos que la ley es lo que los jueces dicen que dice. John Marshall afirmó que: “*the province and the duty of the judicial department is to say what the law is*”.²⁹

Los derechos humanos son el nuevo *dike*. La ley positiva tiene que abreviar de forma directa o indirecta de los derechos humanos. Las leyes procesales, por ejemplo, tienen que garantizar el acceso a la justicia, la resolución del asunto en un plazo razonable, y garantizar la tutela judicial efectiva. Los derechos humanos también son la nueva *epikeia*, porque se ha establecido que ya no

²⁵ Véase Gómez Sámano, José Sebastián, “La motivación judicial”, *La motivación judicial*, SCJN, México, p. 88.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Vigo, Rodolfo L., *Ética y responsabilidad judicial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 96.

²⁸ Artículo 1. [...] Su razón de ser es la de garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales.

²⁹ *Tribunales constitucionales y democracia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, p. 69.

debe hablarse propiamente de normas programáticas, sino que al contrario, todas las normas de la Constitución gozan de vinculación directa para todas las autoridades y para todos los ciudadanos. Como resolvió la Suprema Corte de Justicia de México en el amparo directo en revisión 1624/2008 respecto a la necesidad de dotar de contenido a las prerrogativas de los pueblos indígenas, si se le diera una interpretación contraria: “convertiría el artículo 2o. en un mero ejercicio expresivo, sin un potencial jurídico transformativo real”.³⁰

El juez se quita la venda que le impedía ver las desigualdades y las injusticias sociales, los principios y la Constitución fueron el factor determinante para despojarlo de la ceguera que lo mantenía en las sombras. El juez, con los derechos anteriormente llamados de segunda generación, ahora puede intentar y construir un mundo diferente para restaurar la igualdad material. El juez se quitó la venda, ya puede contemplar el rostro del otro y ver las desigualdades sociales. Ya no ve expedientes, ve a personas, a seres humanos detrás del papel y de los argumentos de las partes. Ahora escucha ahora el reclamo del accionante, ve las desigualdades sociales, siente, en suma, la injusticia que se ha cometido y trata de repararla. Tal como lo ha señalado la Corte Interamericana:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses.³¹

El Código Iberoamericano de Ética Judicial recoge esta tradición de carácter principialista, al señalar que: “En todos los procesos, el uso de la equidad estará especialmente orientado a lograr una efectiva igualdad de todos ante la ley” (artículo 39).

La justicia que se adscribía bajo la tradición griega, romana y en la Edad Media en el derecho natural, actualmente goza de un estatus constitucional y convencional. No sólo ya está elevada a ese rango, sino que ya tiene eficacia directa. Es cierto lo que comenta el constitucionalismo italiano cuando afirma

³⁰ ADR 1624/2008, fallado el 5 de noviembre de 2008 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

³¹ Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: “*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*”.

UNA INTERPRETACIÓN DE LA EQUITAD BAJO LOS CONCEPTOS GRIEGOS...
JOSÉ SEBASTIÁN GÓMEZ SÁMANO

que en el desenvolvimiento de los derechos humanos, en términos hegelianos, la tesis se constituye por el derecho natural, la antítesis es el derecho positivo, y la síntesis el Derecho Constitucional (y añadiríamos de los derechos humanos). Riccardo Guastini hablaba de la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, ahora es necesario hablar de una “justicia” del derecho.

La justicia tiene como base restaurar el *debitum* (lo debido), es decir, restaurar el equilibrio generado por una actuación ilícita. En el positivismo se veía el *debitum* como una mera reacción en la cual el juez trataba de restaurar la acción ilícita; en cambio, en el principalismo el *debitum* se amplía para considerar que éste también se genera por omisiones en las cuales el Estado o los particulares no han actuado, o más bien han actuado de forma distinta a la del fraternalismo.

III. CONCEPTO DE JUSTICIA Y EQUITAD. ELEMENTOS: DISTRIBUTIVA Y CONMUTATIVA

Sócrates sostenía que la justicia es una cosa más preciosa que el oro,³² y Aristóteles, citando a Eurípides, afirmaba que ni la estrella vespertina ni la matutina eran tan maravillosas como la justicia.³³ En aquella frase que ya se ha vuelto canónica, Rawls expresó que la justicia es: “la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas del pensamiento”. La justicia en la sociedad irradia todas las instituciones humanas, y es la aspiración última de la comunidad; el valor en cuestión es análogo al de la epistemología que tiene por fin la búsqueda de la verdad.

A lo largo de la historia han existido innumerables definiciones de justicia que dependen del contexto cultural e histórico en que se formularon. Las definiciones canónicas de la justicia y equidad las encontramos en la filosofía jurídica de Aristóteles, especialmente en *Ética a Nicómaco* y en *La retórica*. La justicia es definida por el Estagirita como: “lo que es conforme a la ley y a la igualdad, y lo injusto será lo ilegal y lo desigual”.³⁴ Por su parte, la equidad es definida en *La retórica* como: “mirar no a la ley, sino al legislador, y no a la letra, sino a la intención del legislador, y no a la parte, sino al todo”.

El Código Iberoamericano de Ética Judicial señala que “el fin último de la actividad es realizar la justicia por medio del derecho” (artículo 35). Este

³² *La República*, Libro I, p. 336.

³³ Corral Genicio, Jerónimo, *op. cit.*, p. 22.

³⁴ *Ética a Nicómaco*, Libro V, cap. I.

artículo del Código tiene tan poco significativo —palabras—, pero presenta un significado cuasi-infinito. Está en manos del juez dotarlo de un significado pleno, abundante, plétórico. La interpretación de las normas es su principal herramienta. El destino de la justicia se encuentra en nuestras sentencias, el destino del derecho está en nuestras manos.

Por su parte, el juez equitativo es expuesto por el Código Iberoamericano en los siguientes términos: “El juez equitativo es el que, sin transgredir el derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento, y que puedan extenderse a todos los casos, sustancialmente semejantes.” (artículo 37)

En efecto, “en las esferas de discrecionalidad que le ofrece el derecho, el juez deberá orientarse por consideraciones de justicia y de equidad” (artículo 38). Cuando existan diversas interpretaciones posibles a una determinada norma jurídica, debe preferirse aquella que haga justicia material. A la interpretación conforme debe dársele un contenido, y ese contenido es la justicia. Algunos técnicos del derecho han aducido que dado la gran multiplicidad de definiciones —hasta 12 en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española— brindadas a la problemática de la justicia, y por ser un concepto metafísico, no existe propiamente esta aspiración, como lo vimos con la tesis de Kelsen.

Contrario a esta postura, consideramos que el término de justicia es un concepto análogo, ya que puede predicarse de distintos elementos. Por ejemplo, la justicia puede predicarse en dos cuestiones: la justicia como valor, y la justicia como virtud, y éstas su vez tienen varias ramificaciones, como por ejemplo, la justicia social, la conmutativa, la universal, la distributiva, etcétera. Además, este valor vital para la humanidad no debe enmarcarse en un infructuoso tema de definición, sino que consideramos que es una cuestión fundamentalmente de experiencia-vivencia. Al respecto, es pertinente la proposición de Carlo María Martini, quien dice que: “en el momento dramático de la acción importan mucho más las cosas que los nombres, y no vale la pena desatar una *quaestio de nomine* cuando se trata de defender y promover valores esenciales para la humanidad”. Más allá de toda teoría, de todo lo escrito desde Platón en *La República*, o bien en la actualidad con Rawls y *La teoría de la justicia*, y Habermas con la *Teoría de la acción comunicativa*, lo importante es que el juez lo realice, a la persona del juez se le ha encomendado para que decida de manera definitiva sobre la aplicación de la justicia en casos concretos. La justicia se tiene que encarnar en el juez en

UNA INTERPRETACIÓN DE LA EQUITAD BAJO LOS CONCEPTOS GRIEGOS...
JOSÉ SEBASTIÁN GÓMEZ SÁMANO

su acepción de la virtud, y la justicia se debe encarnar en las sentencias en su acepción de valor.

Ahora bien, a pesar de esta diversidad de definiciones, consideramos que lo que subyace en este término análogo, esto es, el sustrato común al concepto de justicia, reside en la igualdad (tanto formal, y especialmente en el sentido sustancial). No una igualdad como lo entendía el positivismo (*isonomía*), sino la igualdad como la entiende la actual corriente principalista, y que es heredera, aunque pueda negarlo, de la tradición clásica.

El principio que sirve de fundamento a la justicia, en primer término, es la igualdad proyectada por el principio de universalidad de los derechos humanos, ya que se reconoce a todos los individuos como personas con iguales derechos.³⁵ La persona es el sustrato ineludible de la justicia, ya que sólo se puede tener una relación de justicia (un *debitum*) con otra persona. No se puede tener justicia, por ejemplo, con una piedra o con un árbol (la protección del medio ambiente, se da precisamente porque se afectan a las personas, tanto de esta generación como de las futuras). Por eso el juez debe ser extremadamente prudente al momento de reconocer el carácter de personas a los sujetos. Desgraciadamente, bajo el falso argumento del “progreso”, en ciertos países, los jueces han llegado a desconocer el carácter de personas a “individuos” que no tienen un estatus específico. Resulta paradójica esta posición ya que el juzgador ha vivido en carne propia las nefastas consecuencias del desconocimiento de dicho carácter; en primer término, en el modelo exegético-legalista en el que se veía a éste como un mero objeto, una boca de la ley; también se vivió en Iberoamérica con el caso de los indígenas, y se presentó en Estados Unidos con los afroamericanos. El principio pro persona no sólo implica aplicar la norma más benéfica al particular, sino también reconocer en su mayor dimensión a la persona en su individualidad.

Una vez establecido que la igualdad es el sustrato de la justicia, es pertinente señalar que el pensamiento actual, como lo sostiene Luigi Ferrajoli, dota al principio de igualdad un carácter omniabarcante, ya que en este concepto se inscribe tanto la justicia como la equidad, pues la igualdad es un principio complejo “establecido para tutelar las diferencias y para oponerse a las desigualdades”.³⁶ Es importante distinguir entre diferencias y desigualdades, ya

³⁵ Ferrajoli, Luigi, “El principio de igualdad y la diferencia de género”, en Cruz Parceró, Juan A. y Vázquez, Rodolfo, *Debates constitucionales sobre los derechos humanos de las mujeres*, SCJN, México, 2009, p. 1.

³⁶ *Ibidem*, p. 3.

que no son sinónimos. Por diferencias, se entienden aquellas que consisten en la diversidad de nuestras identidades personales (por ejemplo la nacionalidad, religión, sexo); mientras que las desigualdades consisten en la diversidad de condiciones económicas y materiales.³⁷ La diferencia está inscrita en la identidad, pues cada quien es único por sus cualidades innatas y sus convicciones personales, en cambio, la desigualdad es una situación fáctica que impide a una persona disfrutar de una condición digna. La labor del juez mediante el principio de igualdad es la de proteger y valorizar las diferencias y de eliminar, o cuando menos reducir las desigualdades.³⁸ El principio de igualdad, en razón de esta redefinición, coincide por ello con el principio de la dignidad de las personas.³⁹ Estas dos diferenciaciones de la igualdad están garantizadas en el constitucionalismo actual, pues existen los derechos de libertad que tutelan las diferencias de identidad, mientras que los derechos sociales buscan reducir o eliminar las desigualdades.⁴⁰

Esta caracterización de las desigualdades es, a nuestro juicio, una reformulación de los conceptos clásicos de *isonomía* y *epikeia*, y de *themis* a *dike*, aunque es pertinente su estudio porque clarifica las ideas. En la diferencia y en la desigualdad, también se encuentran inmersos los derechos humanos, ya que los derechos de libertad (o de “primera generación”) tienen como objetivo proteger el “igual valor de las diferencias”; en cambio, la desigualdad material y social trata de ser disminuida por medio de los derechos sociales. “Precisamente porque, de hecho, somos desiguales —desiguales respecto a las condiciones económicas y oportunidades sociales—, se establece, nuevamente para los fines de la convivencia pacífica y de la legitimación democrática, el principio de igualdad de los mínimos vitales”.⁴¹

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA. Como se advirtió, la justicia para el mundo occidental tiene su origen en el cambio de paradigma acontecido en la Grecia clásica, que significó pasar del concepto de fuerza (*themis*) para transitar hacia el de derecho o razón (*dike*). Como se aprecia, en ese cambio se transita de la autotutela —“justicia” por propia mano— a la heterocomposición —una persona imparcial decide el asunto—

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Idem*.

³⁹ *Ibidem*, p. 2.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 27.

⁴¹ *Ibidem*, p. 1.

UNA INTERPRETACIÓN DE LA EQUITAD BAJO LOS CONCEPTOS GRIEGOS...
JOSÉ SEBASTIÁN GÓMEZ SÁMANO

to—. De ahí surge la figura del juez y nace la justicia para el mundo jurídico, pues anteriormente se vivía bajo la ley del más fuerte, pero se transformó esta concepción para sujetarnos a la norma de la razón o del logos.

SEGUNDA. La equidad surge también del paso de la *isonomía* —igualdad formal ante la ley— al de la *epikeia* —igualdad sustancial traducida como equidad—. En el modelo de la *isonomía* el legislador quiso borrar cualquier diferencia entre las personas, y decidió que la ley debía aplicarse a rajatabla (*dura lex, sed lex*); en cambio, en el estadio de la equidad, la justicia se vuelve más humana, ya que percibe las diferencias socioculturales y aplica la ley en atención a las circunstancias del caso.

TERCERA. El positivismo incorporó tanto el paradigma de *themis* como el de la *isonomía*, al señalar que la ley era la única fuente del derecho, sin considerar ningún otro valor trascendente (como la justicia) para frenar el poder de la ley y del Estado (que se asemeja a *themis*), y estableció como principio rector el de la igualdad formal ante la ley (*isonomía*). Posteriormente, en la segunda mitad del siglo XX y hasta nuestros días, después de la Segunda Guerra Mundial se ha decidido retornar otra vez a los principios incorporados en las constituciones y tratados internacionales, los cuales, en principio, deben guiar al legislador. Por ende, la figura del juez toma un poder sustancial para frenar al poder (*dike*) y se retoma la *epikeia* para solucionar los conflictos jurídicos.

V. REFERENCIAS

BIBLIOGRÁFICAS

- Corral Genicio, Jerónimo, “La noción de justicia en la retórica de Aristóteles”, *Revista telemática de filosofía del derecho (RTFD)*, núm. 6, 2002-2003.
- Ferrajoli, Luigi, “El principio de igualdad y la diferencia de género”, en Cruz Parcerio, Juan A. y Vázquez, Rodolfo, *Debates constitucionales sobre los derechos humanos de las mujeres*, SCJN, México, 2009.
- Gómez Sámano, José Sebastián, “La motivación judicial”, *La motivación judicial*, SCJN, México.
- Habermas, Jürgen, “Constitutional Democracy. A Union of Paradoxical Principles?”, *Political Theory* 29, núm. 6, diciembre de 2001.
- Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, trad. de Albert Calsamiglia, Planeta, Barcelona, 1993.
- , “Los fundamentos de la democracia”, *Escritos sobre la democracia y la sociedad*, Debate, Madrid, 1988.
- Mounier, Emmanuel, *El personalismo*, Maica (Ius), México, 2005.
- Perez Luño, Antonio Enrique, “¿Qué significa juzgar?”, *La Justicia Procesal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.

- Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955.
- Ricoeur, Paul, *Amor y justicia*, Trotta, Madrid, 2011.
- Silva García, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, Porrúa, México, 2012.
- Soberanes Fernández, José Luis y Martínez Martínez, Faustino José, *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, Porrúa, México, 2002.
- Stone Sweet, Alec, “Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter”, *University of Yale Faculty Scholarship Series*, núm. , 2003.
- Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, Porrúa, México, 2005.
- Tomas y Valiente, Francisco, “La resistencia constitucional y los valores”, *Doxa*, núms.15-16, 1994.
- Vigo, Rodolfo L., *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2005.
- _____, *Ética y responsabilidad judicial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007.
- VV.AA., *Tribunales constitucionales y democracia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.
- Werner, Jaeger, *La alabanza de la ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1982.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil (Ley, derechos, justicia)*, Trotta, Valladolid, 1997.

ELECTRÓNICAS

- Horkheimer, M., y Adorno, T.W., *Dialéctica del Iluminismo*, Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, p. 10, disponible en: www.philosophia.cl
- Ruiz Sanz, Mario, *El mito de la justicia: entre dioses y humanos*, p. 1, disponible en: <http://www.uv.es/CEFD/11/ruiz.pdf>