

JUSTICIA E IGUALDAD: DOS CONCEPTOS RELACIONADOS, RELACIONALES Y VALORATIVOS

L. Mijancos Gurruchaga

Universidad de las Islas Baleares

Justicia e igualdad son dos conceptos relacionados y unidos que no pueden valorarse el uno sin el otro. Reconociendo que algunos valores como la legitimidad del poder, la libertad, la justicia social, el bien común, etc., son aspectos de la justicia, el único principio que no puede enunciar la justicia sin valoración alguna es el principio de igualdad. Cuando se afirma que algo es justo, es porque existe una valoración de igualdad respecto de otro. En este punto resulta interesante la afirmación de FINNIS: El ámbito de aplicación de este principio viene dado por tres elementos: la alteridad u orientación hacia el otro, la presencia de un deber o exigencia deóntica y la igualdad o proporcionalidad del débito de justicia. Para el bien común es fundamental el bien de los individuos.

Además, justicia e igualdad son valores relacionales, debido a que podemos afirmar la igualdad siempre respecto a otro. Por tanto, es necesario realizar una comparación. Esta comparación supone una interpretación que deberá realizar la Dogmática, por lo que, en ocasiones, nos encontraremos con posiciones encontradas y opuestas acerca de los que es justo o injusto y acerca de lo que es igualdad o igualitarismo.

En este sentido, compartimos el concepto Kelseniano¹ de igualdad como derecho, cuando afirma que el derecho a la igualdad es un derecho fundamental que no puede ser entendido como absoluto. Ciertamente, todos estamos sujetos a una común legislación que no distingue entre individuos, pero si distingue entre personas, lo que da lugar a ordenamientos jurídicos personales. A ello hay que añadir, que esos ordenamientos jurídicos personales necesitan de un proceso interpretativo, para comprobar su ajuste a cada persona que lo requiera. El autor defiende la separación entre el Derecho positivo y la moral como dos órdenes normativos distintos el uno del otro. “Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere, por tal circunstancia, el carácter de una norma jurídica”. KELSEN deja claro que es preciso no confundir las normas morales con las normas jurídicas y que no haya relación de delegación entre ellas. Desde este punto de vista, podemos valorar como buena o mala, justa o injusta, una norma jurídica, pero resulta ser un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral, extraña a la ciencia jurídica. KELSEN entiende que “el que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que no ha sido “puesta”, sino sobre una norma simplemente

¹ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, 4ª edición, Eudeba, Buenos Aires, 2009, p.43.

“supuesta” por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre”. En base a los razonamientos dados, KELSEN concluye que “las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes”, afirmación que compartimos y entendemos la clave de la necesaria interpretación por la Dogmática que, al ser una interpretación jurídica, no se trata de aplicación libre y personal de valores, sino una interpretación a la luz del ordenamiento jurídico. En este sentido, disintimos de KELSEN cuando afirma que serán juicios de valor de carácter subjetivo pues, aunque no siempre se funden en una norma positiva, deben estar siempre referidos al ordenamiento jurídico. Otra cosa es la actividad decisional del órgano legislativo, que sí se realiza acompañada de juicio de valor subjetivos, puesto que goza de libertad en la decisión sin sujeción al ordenamiento jurídico existente, con los límites establecidos en la Constitución. Sin embargo, el juzgador no goza de libertad de aplicación de sus propios y personales criterios morales. En efecto, los juicios sobre los hechos jurídicos no son juicios de valor objetivos, sino juicios sobre hechos descritos en la norma jurídica.

Por último, justicia e igualdad son conceptos valorativos. Planteamos la cuestión acerca de la relatividad o el absoluto de la Justicia. Al hilo de nuestro planteamiento, ante la necesidad de comparación e interpretación del concepto de igualdad, se hace irrenunciable el proceso interpretativo. De esta manera se presenta un concepto de justicia relativo.

KELSEN defiende que la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio, la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido, que varía al infinito². La justicia no puede ser definida racionalmente; dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia.

Lo cierto es que creemos que KELSEN tiene razón cuando habla de la “idea de justicia” como un concepto eterno e inmutable; ahora bien, cuando esta justicia se concreta en la aplicabilidad de un ordenamiento jurídico concreto, entramos en la relatividad del concepto, al resultar posiblemente distinta la línea interpretativa. La justicia absoluta no es un ideal irracional como afirma el autor, ya que es precisamente la razón el instrumento que empleamos para acercarnos a la Justicia. La reflexión de por sí, no pone nada en movimiento, sino la reflexión orientada a un fin y práctico³. La razón reflexiona orientada a un fin: la justicia.

² KELSEN, H., op.cit., p. 48.

³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómano*, Universidad de Valencia, 1993, p. 23 y ss

La Teoría pura desea exponer el Derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. Sin embargo, entendemos que el Derecho puede ser analizado científicamente libre de ideología, pero el Derecho es también decisión y donde se toman decisiones se impone la reflexión y la ideología y la valoración de lo justo o injusto. Además, el Derecho no es sólo la norma jurídica; también es Derecho la doctrina que lo interpreta, que no puede dejar de hacer juicios de valor para aplicar la norma al caso concreto.

A ello tenemos que añadir con ROBLES⁴ que, desde un punto de vista histórico, las decisiones son previas a la Dogmática pues, para que haya labor doctrinal, previamente tiene que haber decisiones que creen material jurídico potencialmente normativo, “texto en bruto”. Este autor hace una distinción que nos viene al caso perfectamente: la diferencia los llamados juristas teóricos, que estudian los conceptos del Derecho más generales o universales⁵, libres de ideología y valoración de lo justo o injusto, y la Dogmática referida a juristas prácticos referidos a una disciplina jurídica (civil, administrativo, penal...), donde se evoluciona a golpe de decisiones, ya sea del legislador o del juez o de elaboraciones doctrinales de expertos, imponiéndose la necesidad de realizar valoraciones. Así, la construcción del sistema jurídico requiere de una actividad interpretativa y valorativa.

Este sometimiento a constante interpretación puede llevarnos a la falsa conclusión de estar ante conceptos relativos. ¿Podemos conocer con objetividad los criterios de justicia? Pues bien, esa relatividad es solo en parte, porque debe presentarse un substrato mínimo común de verdades y valores aceptados por la sociedad, de justicia objetiva, una justicia jurídico-positiva, de manera que no todo quede sometido a la interpretación. Tampoco puede evitar que existan leyes injustas.

En este substrato mínimo tendría como base la igualdad de todos los ciudadanos. La aplicabilidad del principio de igualdad, rechaza por su propia naturaleza, un procedimiento plano. Dicho procedimiento tiene como resultado la injusticia al proponer dar a todos lo mismo, con independencia de lo que se merece o lo que se le debe. Ahora bien, centrar el principio de igualdad y su consiguiente justicia en una pura meritocracia, puede generar injusticias en una sociedad donde no todo el mundo parte de las mismas condiciones y porque el ser humano tiene una dignidad que hace necesario partir de un mínimo que garantice vivir con una mínima honra o estimación, no solo económica sino personal o moral.

En este punto es donde encontramos la tesis del TC⁶ cuando establece el “derecho desigual igualatorio” que consiste en la aplicación de medidas distintas ante situaciones distintas, con el fin de conseguir igualar en la medida de lo posible

⁴ ROBLES, G., op.cit., p, 23.

⁵ El estudio de estos conceptos corresponde la Teoría del Derecho o Filosofía del Derecho, que ROBLES entiende como idénticas disciplinas, y así lo expresa en *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*, Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1984 y en texto del libro op. Cit., p, 28.

⁶ STC 229/1992 de 14 de diciembre.

situaciones que generan injusticias. Por tanto, se trata de la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes, para lograr una sustancial y efectiva equiparación que, en el caso de la sentencia citada, se trata de equiparación entre hombres y mujeres.

Aceptamos la afirmación de HART cuando dice que es necesario un contenido mínimo de Derecho natural, que consiste en la aceptación de una serie de verdades obvias aceptadas por la sociedad; no parece razonable, por el contrario, caer en un absoluto relativismo de los valores, donde todo se remite a la pura interpretación subjetiva. Esta falta de valores mínimos comunes, el puro relativismo, nos lleva hacia una sociedad corrupta de valores donde cada uno busca su propio bien, sin ninguna remisión a la justicia ni al principio de igualdad objetivos.

Nuestra Constitución recoge en su art. 1, unos valores mínimos que representan un resumen de la cultura de nuestro país: reconoce como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Toda una Teoría de la Justicia. Aceptamos en parte el contractualismo de RAWLS cuando afirma la necesaria la estipulación de ciertos principios de justicia que van a servir para evaluar las instituciones fundamentales o la estructura básica de una sociedad.

Estos valores que forman un substrato mínimo de valores jurídicos tienen su raíz en una cultura que compartimos con Europa. Tal como afirma BAR CENDÓN⁷ la Unión Europea es, en términos formales, una Unión de Estados que se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, pluralismo, no discriminación, tolerancia, justicia, solidaridad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos. Valores que el Art. 2 del Tratado de la Unión Europea considera que son «comunes» a todos los Estados miembros.

⁷ BAR CENDÓN, A., *La Unión Europea como unión de valores y derechos*, www.Revistas.uned.es, nº 12025, 2014.

Bibliografía

ARISTÓTELES, *Rethorica* 1354a 22, *Ethica Nicomachea* 1129b – 1130^a y *Polithica* 1253a 35.

- *Ética a Nicómano*, Universidad de Valencia, 1993

BAR CENDÓN, A., *La Unión Europea como unión de valores y derechos*, www.Revistas.uned.es, nº 12025, 2014.

BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965.

CARMONA CUENCA, E., “El principio de Igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Dialnet.

FAYOS GARDÓ, A., “La Constitución y los derechos civiles autonómicos”, *Revista europea de derechos fundamentales*, ISSN 1699-1524, Nº. 22, 2013.

FIGUEROA BELLO, Aída, “La Directiva 2002/73 y sus innovaciones de gran trascendencia” en *El principio de igualdad entre mujeres y hombres en el marco de la Unión Europea: especial referencia a las Directivas europeas*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. (www.biblio.juridicas.unam).

FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, (*Ley natural y derechos naturales*), trad. C. Orrego, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

GARCÍA CÍVICO, J., “Justicia y legitimidad de la desigualdad tras la crisis financiera” *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 18, (2009): Junio 2009.

GRANDE YÁÑEZ, M., *Justicia para juristas*, Dykinson, Madrid.

HART, H., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961.

KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, 4^a edición, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

MARX, K., *El capital*, Editors, Barcelona, 1987.

MASSINI CORREAS, C., *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Eunsa, Pamplona, 2006.

MIJANCOS GURRUCHAGA, L., “Ética jurídica familiar y principio de igualdad. Problemas interpretativos”, *Familia, Revista de Ciencias y Orientación familiar*, Universidad Pontificia de Salamanca, nº 54, 2017.

MILL, S., *El utilitarismo*, Aguilar, Madrid, 1960.

MORA GALIANA, J., “Preferencias axiológicas y valores jurídicos. Para una deontología profesional”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD), nº 18 (2009) junio 2009.

PARKER, R.A.C., *El siglo XX, Europa 1918-1945*, Ed. Siglo XXI, 9ª edición, Madrid, 2004.

PECES BARBA, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

PÉREZ DEL RÍO, Teresa, *Discriminación indirecta, acción positiva y transversalidad de género*, Conferencia pronunciada en la V Asamblea de AMIT, noviembre, Sevilla, 2006, pág. 2. (www.amit-es.org).

PÉREZ LUÑO, A.E., *Dimensiones de la igualdad*, 2 ed. Dykinson, Madrid, 2007.

RAWLS, *A Theory of Justice*, trad. Mª Dolores González, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.

ROBLES, G. *Teoría del Derecho, Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho*, vol. II, Cívitas, Pamplona, 2015.

- *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos*, Universidad de Palma de Mallorca, Palma de Mallorca, 1984.

ROY W.MC LEESE III, “Justice Scalia the teacher”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, September 1, 2016.

RUBIO LLORENTE, Francisco, “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional” en *Revista española de Derecho constitucional*, Nº 31, Madrid, 1991.

SANDEL, M.J., *Justicia: ¿Hacemos lo que debemos?*, trad. Juan Pedro Campos Gómez, Debate, Barcelona, 2009.

SÁNCHEZ DÍAZ, F.F., “Teoría Comunicacional del Derecho como Teoría de los textos jurídicos”, en *Teoría Comunicacional do Direito: diálogo entre Brasil e Espanha*, Noeses, Sao Paulo, 2011.

WOLFGANG KERSTIN, *Filosofía Política del Contractualismo Moderno*, Plaza y Valdés, México, 2001.

ZUBIRI, J., *Sobre el hombre*, Alianza, 1986.