

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 11 / 1993

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1993

RECUERDO DE JORGE MILLAS



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
1993

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL.
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL N° 11
1993

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades y Escuelas de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Universidad de Concepción, Universidad Diego Portales, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Andrés Bello, Universidad Finis Terrae, Universidad de Las Condes, Universidad Católica del Norte y Universidad de Talca.

ISSN — 0716 — 7881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,
Errázuriz 2120 - Valparaíso.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1993

RECUERDO DE JORGE MILLAS

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1991 - 1993)

Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Andrés Cuneo Macchiavello, Jesús Escandón Alomar, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Agustín Squella Narducci, Juan Enrique Serra H. y Hugo Tagle Martínez.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

En la asamblea general de socios correspondiente a 1993, se eligió al siguiente nuevo Directorio por el período 1993-1995: Antonio Bascuñán, Jorge Correa, Jesús Escandón, Pedro Gandolfo, Fernando Quintana, Nelson Reyes, Juan Enrique Serra, Agustín Squella y Aldo Valle.

PRESENTACION

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 11, correspondiente a 1993.

Hemos titulado este nuevo número del Anuario "Recuerdo de Jorge Millas", puesto que en 1992 se cumplieron diez años de la muerte del destacado filósofo chileno, socio fundador en 1981 de nuestra Sociedad e integrante de su primer directorio. Con ese motivo, en el mes de abril de 1992, la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en conjunto con la Universidad de Chile, organizaron un acto en memoria de Jorge Millas, que tuvo lugar en el Salón de Honor de esa casa de estudios superiores. Intervinieron en ese acto el Rector de la mencionada universidad, Jaime Lavados, el presidente de nuestra Sociedad, y el filósofo y profesor Humberto Giannini.

La primera sección del presente Anuario reproduce precisamente el texto de las tres intervenciones antes aludidas.

Sigue luego una sección de Estudios, en la que el lector podrá encontrar diversos trabajos de interés.

La sección denominada Documentos reproduce un trabajo del sacerdote y profesor de Filosofía del Derecho, Rafael Gandolfo, quien impartió la asignatura en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. Rafael Gandolfo estuvo también vinculado hasta su desaparecimiento al Instituto de Filosofía de esa misma universidad. A continuación se reproduce un comentario del profesor Ismael Bustos a tres obras de Ronald Dworkin. Se incluye también la versión escrita de las palabras pronunciadas por el presi-

dente de nuestra Sociedad, Agustín Squella, con motivo de conferirse a Ronald Dworkin, en diciembre de 1993, la calidad de Socio Honorario de la corporación. En esta misma sección se agrega un trabajo del profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, sobre Violencia y Justicia.

Se incluye una Sección titulada In Memoriam, con un trabajo del profesor José F. Palomino M.

El volumen concluye con la sección Recensiones, en la que se contiene una importante cantidad de reseñas de libros de evidente interés.

Este y los restantes números del Anuario de Filosofía Jurídica y Social pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Abril de 1994

EN RECUERDO DE JORGE MILLAS

ESTUDIOS

mas teóricos que las orienten y les sirvan de fundamento para la elección de conceptos, hipótesis y metodología apropiadas.

El presente trabajo, aparte de haber constituido una oportunidad de reflexión para su autor, bien podría contribuir al propósito señalado en el párrafo anterior.

LA IGUALDAD COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA

HERMANN PETZOLD-PERNIA *

Las discusiones sobre los derechos de la persona humana, generalmente, son de naturaleza jurídica, ética y/o política, aunque en última instancia son de índole filosófica o metafísica. Es por ello que las respuestas dadas a las cuestiones planteadas con relación a la persona humana y sus derechos fundamentales, no son definitivas ni indiscutibles, por lo que los problemas que surgen en este ámbito son más bien *aporías* o *metaproblemas*, ya que suscitan o provocan soluciones *tópicas* o *dialécticas*.

Valga decir, que si bien la cuestión de los derechos humanos está ligada, indisolublemente, a la naturaleza del hombre como ser político y social (*ubi societas, ibi ius*), es indudable que en el planteamiento del problema, como en la presentación de las soluciones, se puede observar, que éstas son dadas, presuntamente, *sub specie aeterni*, aunque no consigan sino consolidarse *sub specie temporis*, es decir, unidas, necesariamente, a la fase de evolución filosófica, jurídica y político-social correspondiente a un espacio-tiempo determinado, y destinadas, por ende, a ser superadas —o al menos

* Director de la División de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia (Maracaibo-Venezuela).

contradichas— por las respuestas al problema elaboradas conforme a otras concepciones axiológicas vinculadas a otra época y a otra sociedad.

Así, pues, todas las concepciones de la persona humana están condicionadas espacio-temporalmente. Y, por ende, toda concepción del hombre presupone una metafísica que se traduce en una filosofía del derecho concebida como axiología jurídica, que busca responder a interrogantes tales, como por ejemplo: ¿Cuáles son los llamados derechos humanos fundamentales? ¿Hay que ser persona humana para tener esos derechos? Y si es así, ¿qué es una persona humana? ¿Existen los derechos humanos independientemente de su reconocimiento por los diversos sistemas jurídicos?, etc.

A nuestro juicio, todos los seres humanos tenemos una concepción (explícita o implícita) de la idea de humanidad que guía nuestro comportamiento tanto individual como colectivo, y que nos lleva a solamente reconocer derechos a aquellos seres que consideramos iguales a nosotros; es decir, que los derechos humanos que reconocemos son los derechos de los seres que consideramos nuestro *semejantes*. En consecuencia, únicamente a éstos les reconocemos, en nuestro trato social cotidiano, los derechos humanos básicos, aunque en teoría proclamemos que todos los miembros de la especie humana son iguales.

Por supuesto que, entre los seres humanos, existen diversos grados de conciencia moral que determinan sus actuaciones éticas y jurídicas, por lo que el reconocimiento personal y social que hagan de los derechos esenciales de los demás hombres se encuentra en directa relación con el grado de evolución de dicha conciencia moral.

Empero, es posible verificar con referencia a dicho problema que, aunque el pensamiento filosófico, político, jurídico y ético está inmerso en el tiempo y societariamente condicionado, se presenta —tanto en su nacimiento como en su evolución— como la realización escalonada de un desarrollo en permanente marcha, por lo que la multiplicidad de las respuestas aportadas y de las formas de enfocar y presentar la cuestión de la igualdad humana, constituye uno de los mayores logros del intelecto del hombre, ya que la "perfec-

tibilidad de la especie humana no es otra cosa que la tendencia hacia la igualdad" (1).

Ahora bien, la noción de igualdad —"noción a la vez prestigiosa y confusa" (2), como han expresado los filósofos belgas P. FORIERS y Ch. PERELMAN—, es de raigambre netamente filosófica, aunque aclimatada con singular éxito en el campo jurídico, constituyendo una de las nociones jurídicas más íntimamente vinculadas con los cambios histórico-sociales, pudiéndose decir, por ello, que es una noción evolutiva (3). Así, su significación abstracta, que le viene dada por su consagración legislativa, como su significación concreta, que es precisada por la interpretación jurisprudencial, dependen de las estructuras políticas, jurídicas, económicas y sociales (comprendiendo aquí las estructuras religiosas, morales, étnicas y de estratificación social) existentes en la colectividad y de los valores socialmente aceptados en una época dada. Por esto es posible afirmar que las normas jurídicas que establecen una desigualdad o, por el contrario, suprimen una y proclaman una determinada igualdad, son la expresión: o bien de una desigualdad social, o bien de una reacción debida al cambio de las valoraciones sociales, que es a su vez el resultado, en gran parte, de una transformación de las estructuras colectivas.

Así, pues, cuando en una comunidad dada, se piensa por la mayoría de sus integrantes, o al menos por las clases o grupos sociales que aspiran al control del poder en la misma, que una determinada desigualdad jurídica y/o social hasta ese momento acepta-

1. CONSTANT, Benjamin: "De la perfectibilité de l'espece humaine", en *De la liberté chez les modernes* (Ecrits politiques), textes choisis, présentés et annotés par M. Gauchet, Paris, Collection Pluriel-Le Livre de Poche, 1980, p. 591.

2. FORIERS, P. y PERELMAN, Ch.: "Prefacio" del libro de PETZOLD-PERNIA, Hermann: *La Noción de Igualdad en el Derecho de algunos Estados de América Latina* (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Venezuela), Maracaibo, Centro de Estudios de Filosofía del Derecho-Facultad de Derecho-Universidad del Zulia, 1974, pp. IX y X.

3. Cf. BUCH, Henri: "La notion d'égalité dans les principes généraux du droit", en *L'Egalité*, vol. I, Bruxelles, E. Bruylant, 1971, pp. 196-225.

da, o al menos, soportada, se la debe suprimir por sentirse como injusta, se inicia un proceso de lucha social tendiente a cambiar las estructuras de dicha comunidad que hacen posible aquella desigualdad. Pues como ya lo dijo ARISTOTELES: "La desigualdad es siempre... la causa de las revoluciones, cuando no tienen ninguna compensación los que son víctima de ella... y en general puede decirse que las revoluciones se hacen para conquistar la igualdad" (4).

Es decir, que los "ciudadanos se sublevan... en defensa de la igualdad cuando considerándose iguales, se ven sacrificados por los privilegiados" (5).

Más próximo a nosotros, el pensador francés Albert CAMUS también ha escrito: "En sociedad, el espíritu de rebelión no es posible más que en los grupos donde una igualdad teórica recubre grandes desigualdades de hecho" (6).

Ello significa, entonces, que nuevos valores se hacen predominantes en la colectividad. Empero, es necesario indicar que este cambio axiológico es causa y efecto de las transformaciones de las estructuras de la sociedad. Es decir, que si se siente como injusta una determinada desigualdad jurídica y/o social y la estructura que la fundamenta, es porque los valores que la hacían soportable han cambiado. Pero esto implica, a su vez, el cambio, al menos, de una estructura. Así la transformación de una estructura económica o religiosa, por ejemplo, puede hacer cambiar las valoraciones populares en vigor y hacer sentir las estructuras políticas, jurídicas u otras, como injustas y viceversa.

4. ARISTOTELES: libro VIII, cap. I, de la "Política", en *Obras Completas de Aristóteles*, trad. por Patricio de Azcárate, Buenos Aires, Anaconda, 1947, t. I, pp. 738-739. Ya antes PLATON había escrito: "...porque lo igual resultaría desigual en desiguales, si no se da, por suerte, en la medida justa; porque por estas dos cosas los regímenes políticos rebosan en escisiones" (libro VI, 757 a, de "Leyes" en PLATON, *Obras Completas*, trad. del griego por Juan David García Bacca. Caracas, Presidencia de la República - Universidad Central de Venezuela, 1982, t. IX, p. 221).

5. ARISTOTELES: libro VIII, cap. II, de la "Política", en *ibidem*, p. 740.

6. CAMUS, Albert: *L'Homme révolté*, Idées-Gallimard, 1967, p. 33.

Entonces, las relaciones entre la noción de la igualdad humana y la transformación de las estructuras de la sociedad y de los valores vigentes en ésta, llevan a considerar a ciertas desigualdades jurídicas y/o sociales como injustas, y a otras como justas, o al menos, como tolerables.

Se observa, pues, en consecuencia, que las ideas sobre la igualdad y la desigualdad entre los seres humanos han coexistido y evolucionado paralelas, pero en sentido inverso, a través de la larga y cruenta historia de la humanidad. Así, si en un comienzo, la noción de igualdad fue una excepción con relación a la predominante regla de la desigualdad humana, hoy, gracias a la evolución favorable, en la conciencia del hombre, de la idea de la igualdad de todos los seres humanos, que ha cristalizado en numerosos documentos del derecho internacional (declaraciones, convenciones, pactos, etc.) y la casi totalidad de las constituciones nacionales contemporáneas, vemos que la noción de la igualdad humana se ha convertido en la regla —extendiéndose, por analogía, de las personas naturales a las personas jurídicas— y la idea de la desigualdad en la excepción, la cual deberá tener siempre una justificación que sea compatible con el concepto de la dignidad de la persona humana, tal como es reconocido actualmente por la conciencia jurídica universal, independientemente de que se trate de desigualdades que afecten a un ser humano o a un grupo de seres humanos, por sí mismos, o de desigualdades que afecten a una persona jurídica o varias personas jurídicas, formadas evidentemente por hombres y mujeres.

Es decir que, como afirma pertinentemente Ch. PERELMAN, la "igualdad no tiene que ser justificada, pues se presume justa; por el contrario, la desigualdad si no está justificada parece arbitraria, por tanto injusta" (7). Y ello es así puesto que —como dijo el Papa JUAN XXIII—, "en nuestro tiempo resultan anacrónicas las teorías, que duraron tantos siglos, por virtud de las cuales ciertas clases recibían un trato de inferioridad, mientras otras exigían posiciones privilegiadas a causa de la situación económica y social, del sexo o de la categoría política.

7. PERELMAN, Ch.: "Egalité et Justice" en *L'Egalité*, vol. V, Bruxelles, E. Bruylant, 1977, p. 325.

"Hoy, por el contrario, se ha extendido y consolidado por doquiera la convicción de que todos los hombres son, por dignidad natural, iguales entre sí" (8).

Entonces, en la actualidad y en la gran mayoría de las naciones civilizadas, como lo señala también el jurista inglés H.L.A. HART (9), se acepta "el principio de que *prima facie* los seres humanos tienen derecho a ser tratados con igualdad", derecho que para nosotros, como para muchos otros, es uno de los pilares fundamentales, junto con el derecho a la libertad, de todos los demás derechos de la persona, por más que algunos consideren que las nociones de igualdad y de libertad son opuestas. A este respecto, quisiera decir que pensamos lo contrario y estamos de acuerdo con Harold J. LASKI, cuando declara: "Los hombres pueden ser ampliamente iguales bajo un régimen despótico y, sin embargo, no ser libres. Pero considero históricamente cierto que en ausencia de ciertas igualdades la libertad carece de perspectivas de realización... La ausencia de igualdad significa privilegios especiales para unos y no para otros, privilegios éstos que, por decirlo así, no nacen de la naturaleza humana sino de una deliberada estratagema de la estructura social... (Así) ... cuanto más iguales sean los derechos sociales de los ciudadanos, tanto más capacitados estarán para utilizar su libertad en dominios dignos de exploración. Es indudable que la historia de la abolición de los privilegios especiales ha sido también la historia de la expansión de los derechos del hombre común sobre nuestro patrimonio social. Cuanta más igualdad exista en un Estado, tanto mayor será el empleo que podamos hacer de nuestra libertad" (10).

8. Encíclica "Pacem in terris": N.os 43-44, en *Ocho grandes mensajes*, 6ª ed. Madrid, B.A.C., 1974, p. 222. Cf. en el mismo sentido: Constitución "Gaudium et spes", N° 29, en *Ocho grandes mensajes...*, p. 415; BAGOLINI, Luigi: *Mito potere e dialogo*, Bologna, Il Mulino, 1967, pp. 84-86; y RUIZ DEL CASTILLO, Carlos: "Igualdad", en *Diccionario de Ciencias Sociales*, t. I (A-1), Madrid, Instituto de Estudios Políticos-Unesco, 1975, p. 1.049.

9. HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, trad. del inglés por Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 201-202.

10. LASKI, Harold J.: *La Libertad en el Estado Moderno*, trad. del inglés por Eduardo Warshaver, 2ª ed., Buenos Aires, abril, 1946, p. 21.

Pero, ¿qué es la igualdad? Una relación de "intermutabilidad" entre dos o más seres en, al menos, uno de sus aspectos o elementos. Luego, la igualdad no es absoluta, sino relativa. No hay seres totalmente iguales, o sea, en todos sus aspectos o elementos (*idénticos*), sino seres relativamente iguales, es decir, coincidentes en alguno o algunos de sus aspectos o elementos (*semejantes*) (11). Lo contrario, valga decir, la afirmación de la identidad o de la igualdad total entre dos seres, significaría que en realidad se trata de un único ser bajo dos nombres diferentes (12). Tal definición de la igualdad, en su relatividad, es aplicable tanto a las personas naturales como a las personas jurídicas.

Si la igualdad entre las personas, naturales o jurídicas, no es absoluta, tampoco lo es la desigualdad, dado que siempre coincidirán en alguno de sus aspectos o elementos, permitiendo decir que son *semejantes*. Y, es este *mínimo de similitud lo que, en las personas humanas, constituye la igualdad esencial de todos los miembros del género humano*; igualdad que permite justificar las normas jurídicas que prohíben dar relevancia o importancia a ciertas diferencias entre los seres humanos basadas en características *naturales* (el sexo, la raza, el color, etc.) o *culturales* (la lengua, la religión, las opiniones políticas o filosóficas, etc.), puesto que, a pesar de estas diferencias, hay que tratarlos como teniendo un mismo valor, ya que hoy en día, no hay ninguna duda posible sobre la *naturaleza original y común de todos los integrantes de la especie humana*.

Luego, si lo anteriormente expuesto es cierto, la cuestión fundamental es la determinación de los aspectos o elementos en los cua-

11. Cf. en un sentido parecido: KELSEN, Hans: "Justice et Droit naturel" (trad. de l'allemand d'Etienne Mazingue), en *Le Droit naturel*, París, P.U.F., 1959, pp. 47-48, y BAGOLINI, L.: op. cit., pp. 83-84.

12. Cf. FREGE, Gottlob: "Sobre sentido y referencia", en *Estudios sobre semántica*, trad. del alemán por Ulises Moulines, 3ª ed., Barcelona, Orbis, 1984, pp. 51-53; PERELMAN, Chaim: "La regle de justice", en *Justice et Raison*, Bruxelles, P.U.B., 1963, pp. 225-226, y "Cinq leçons sur la justice", en *Droit, morale et philosophie*, 2ª ed., París, L.G.D.J., 1976, pp. 26-28; VANQUICKENBORNE, Marc: "La structure de la notion d'égalité en droit", en *L'Egalité*, vol. I..., pp. 176-179; y RUIZ DEL CASTILLO, C.: op. cit., p. 1.049.

les son *semejantes* las personas. O más exactamente, la consideración de ciertos aspectos o elementos de las personas como "esenciales" o "relevantes" y la estimación como "accidentales" o "irrelevantes" de los demás. O como sagazmente lo expresaba el Estagirita: "...se conviene... en que la igualdad debe reinar necesariamente entre iguales; queda por averiguar a qué se aplica la igualdad y a qué la desigualdad" (13).

Para tal determinación, en el campo del Derecho, se recurre a numerosas reglas de justicia concreta, que ofrecen los criterios de distinción, permitiendo declarar que dos o más personas son iguales a los efectos de aplicarles el tratamiento previsto en una de dichas reglas de justicia concreta. Estas reglas son formuladas y establecidas jurídicamente por los que detentan el poder en la comunidad, conforme a sus concepciones e intereses a la vez que influenciados por un determinado contexto histórico-social.

De ahí que la utilización de determinados criterios de relevancia, como la consideración de ciertas personas como iguales o desiguales jurídicamente, son cuestiones esencialmente axiológicas, pues implican la formulación de juicios de valor por medio de actos de voluntad de carácter jurídico, a los cuales sirven de vehículos de sentido las normas de una constitución, una ley, un reglamento, una sentencia, etc., en fin, normas jurídicas generales o individualizadas, según los casos.

Ahora bien, las expresiones jurídicas de la noción de igualdad, a través de la historia del derecho, han llegado a "estandarizarse", es decir, generalizarse y universalizarse. Así, en casi todos los órdenes jurídicos existen, comúnmente a nivel constitucional, una serie de reglas jurídico-generales que se refieren a la igualdad. Por ejemplo: el llamado principio o garantía de la igualdad ante la ley; la prohibición de las distinciones fundadas en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas o cualesquiera otras opiniones, la condición social o económica, etc.; la prohibición de crear y gozar de privilegios o fueros; la garantía de la igualdad de acceso a los empleos públicos; el principio de la igualdad en las

13. ARISTOTELES: libro III, cap. VII, de la "Política", en *Obras...*, t. I, p. 614.

cargas públicas; la norma de la igualdad entre marido y mujer; la regla de la igualdad entre hijos legítimos e ilegítimos; el principio de la igualdad en los impuestos; la regla "a trabajo igual, salario igual"; la garantía de la igualdad ante las jurisdicciones o ante la justicia; el principio de la igualdad de las partes en el proceso; etc. Tales reglas, u otras semejantes, son consagradas positivamente o admitidas suprapositivamente en los diversos órdenes jurídicos del mundo.

Es necesario señalar aquí, que esas diferentes formulaciones jurídicas de la noción de igualdad están fundamentadas en las dos primeras reglas antes enunciadas, que constituyen los principios jurídicos de la igualdad *ante* la ley y de la igualdad *en* la ley (o *no discriminación*).

El primero de ellos lo definimos como el deber de aplicar las normas jurídicas generales a los casos concretos de acuerdo a lo que ellas mismas disponen, aunque esto sea discriminatorio (14); es decir, que este principio significa el respeto a la regla de justicia concreta "A cada uno según lo que la ley le atribuye" (15). Y en cuanto al segundo se lo puede definir como la exigencia de que en una norma o un conjunto de normas jurídicas generales no haya distinciones fundadas en criterios de relevancia, cuya utilización esté prohibida por normas constitucionales, legales, reglamentarias, consuetudinarias, o bien, por principios jurídicos suprapositivos (principios generales del derecho, tradición de cultura, principios de derecho natural inherentes a un cierto estadio de la evolución de la humanidad y a una determinada región del mundo), ya que precisamente, según H. SIDGWICK "la característica más evidente y más generalmente reconocida de las leyes justas consiste en el hecho de que son iguales" (16).

14. Cf. KELSEN, H.: op. cit., pp. 52-57.

15. Cf. PERELMAN, Ch.: "De la justice", en *Justice et Raison...*, pp. 36-38, y "Egalité et Justice", en *L'Egalité*, vol. V..., pp. 325-326.

16. H. SIDGWICK, cit. por GRIFFIN-COLLART, Evelyne: "Egalité et justice dans l'utilitarisme: Bentham, J. S. Mill, H. Sidgwick", en *L'Egalité*, vol. II, Bruxelles, E. Bruylant, 1974, p. 274.

Ahora bien, el principio de la igualdad *ante* la ley, *stricto sensu*, puede ser jurídicamente establecido en forma *expresa*, o bien existir *implícitamente* en la noción de norma jurídica general⁽¹⁷⁾, dado que la misma está compuesta por un supuesto de hecho (o antecedente), formulado de modo general (*in abstracto*), al cual se imputa o coordina una consecuencia jurídica (o consecuente), también definida de manera general. Y cuando hay una aplicación correcta, es decir, regular, de la norma jurídica general a los hechos (o sea, conforme a lo que ella misma consagra), se acuerda a todos los casos concretos, pensados o previstos en el supuesto de hecho, el tratamiento previsto de modo general en la consecuencia jurídica. Así, se puede decir que el principio de la igualdad *ante* la ley existe en la medida en que la relación jurídica entre antecedente y consecuente (o sea, la imputación de la consecuencia jurídica al supuesto de hecho) establecida en una norma jurídica general, sea respetada al nivel de la aplicación de ésta, a los casos concretos; ya que pensamos que la igualdad *ante* la ley es una exigencia hecha *a todos aquellos que aplican las normas jurídicas generales a los casos de especie*, mientras que la igualdad *en* la ley es una exigencia dirigida tanto *a los que crean las normas jurídicas generales como a los que las aplican a los casos concretos*; hacemos notar, con relación a esta última, que el número de las fuentes jurídicas de tal exigencia variará conforme a quiénes sean los destinatarios de la misma. Así, el constituyente se sentirá obligado únicamente por la prohibición de utilizar determinados criterios de relevancia, derivada de principios jurídicos supraconstitucionales; si se trata del legislador ordinario, tal prohibición podrá venir, no sólo de esos principios, sino también de normas constitucionales. Respecto de los órganos que gozan del poder de reglamentar las leyes y de otros órganos facultados para dictar normas jurídicas de carácter general, la obligación de respetar la igualdad *en* la ley podrá derivarse, tanto de los principios y normas, antes enunciados, como de normas legales, reglamentarias y consuetudinarias según sea la competencia del órgano.

17. Cf. KELSEN, H.: op. cit., pp. 52-57; ROSS, Alf: *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. del inglés por Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 278-279; y VANQUICKENBORNE, M.: op. cit., pp. 179-180.

Y, en fin, en el caso de los que aplican las normas jurídicas generales a los casos particulares, la exigencia de la igualdad *en* la ley vendrá, ya sea del orden jurídico-positivo general o de principios jurídicos suprapositivos, pero siendo indispensable señalar con relación a los encargados de aplicar las normas jurídicas generales, que solamente son llamados a hacer respetar tal exigencia *si son jueces* y, como tales, ejercen el rol de correctores de las leyes, reglamentos y demás conjuntos de normas jurídicas generales. Por ejemplo, declarar la inconstitucionalidad de una ley que consagra una discriminación establecida en base a un criterio de distinción cuyo uso es prohibido por normas constitucionales, o a falta de una tal prohibición jurídico-positiva general declarar la inaplicabilidad de las normas legales discriminatorias, en nombre de principios jurídicos metapositivos, si la utilización de los criterios de relevancia empleados para crear las distinciones legales está prohibida por esos principios⁽¹⁸⁾.

Evidentemente, el principio de la igualdad *en* la ley no implica la igualdad absoluta de todas las personas en las normas jurídicas generales, sino la ausencia de discriminaciones fundadas en criterios de relevancia prohibidos positiva o suprapositivamente. Entonces, en una norma o en un conjunto de normas jurídicas generales pueden existir ciertas desigualdades que tengan por finalidad ayudar a las personas socialmente desfavorecidas (principalmente en el orden económico), estando fundamentadas tales desigualdades jurídicas en lo que denominamos el principio de *igualación social*, o como expresa Ch. PERELMAN, de "la igualación de las condiciones"⁽¹⁹⁾, o sea, un principio de compensación de las desigualdades sociales.

A este respecto, el referido autor escribe: "Para disminuir las disparidades, generadoras de desorden, de tensión y aún de rebelión, que existen entre los individuos o los grupos, miembros de una comunidad nacional o internacional, se recurre más y más a un tratamiento *desigual*, es decir, privilegiado, para favorecer a aquellos que

18. Cf. una opinión parecida en: PERELMAN, Ch.: "Egalité et intérêt général", en *L'Egalité*, vol. VIII, Bruxelles, E. Bruylant, 1982, pp. 619-620.

19. PERELMAN, Ch.: "Egalité et Valeurs", en *L'Egalité*, vol. I, ..., pp. 324-326.

la suerte o la historia demasiado tiempo ha desfavorecido. E invocando para esto, el principio de la igualdad ante la ley, entendido en el sentido de la igualación de las condiciones. . .

"(...)

"... La igualación de las condiciones corresponde a una visión sintética de las situaciones que uno juzga contrarias a la equidad y al equilibrio armonioso, y por ello justo, de una sociedad" (20).

En el mismo orden de ideas, John RAWLS, habla de un principio de la compensación o "enderezamiento" (*principle of redress*) que "afirma que las desigualdades inmerecidas requieren una compensación; y dado que las desigualdades de nacimiento y de dotes naturales son inmerecidas, habrán de ser compensadas de algún modo. Así, el principio sostiene que con objeto de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables. La idea es compensar las desventajas contingentes en dirección hacia la igualdad" (21).

Dicho principio, en el contexto de la teoría sobre la justicia desarrollada por RAWLS, se encuentra estrechamente vinculado con otros principios, entre los cuales vale la pena mencionar el principio de igual libertad y el principio de la diferencia.

El primero de dichos principios, el autor antes citado, lo enuncia así: "Cada persona ha de tener un derecho igual al sistema más amplio de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos" (22). Y al segundo lo expone diciendo: "Las desigualdades sociales y económicas habrán de disponerse de tal modo que sean tanto: a) para proporcionar la mayor expectativa de beneficio a los menos aventajados, como b) para estar ligadas con cargos y posiciones asequibles a todos bajo condiciones de una jus-

20. Idem.

21. RAWLS, John: *Teoría de la Justicia*, trad. del inglés por María Dolores González, 1ª ed., México-Madrid-Buenos Aires, F.C.E., 1979, p. 123. Cf. *A Theory of Justice*, Oxford, Clarendon Press, pp. 100-101.

22. RAWLS, J.: *Teoría...*, p. 286; ver también pp. 82 y 340.

ta igualdad de oportunidades" (23). Ahora bien, "aunque el principio de la diferencia no es igual al de la compensación, alcanza algunos de los objetivos de este último. Transforma de tal modo los fines de la estructura básica que el esquema total de las instituciones no subraya ya la eficacia social y los valores tecnocráticos" (24).

Además, según RAWLS, los referidos principios son la expresión de su concepción general de la justicia: "Todos los bienes sociales primarios —libertad, igualdad de oportunidades, renta, riqueza y las bases de respeto mutuo—, han de ser distribuidos de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados" (25).

Para nosotros, el principio de *igualación social* es un principio de compensación de las desigualdades sociales, que se puede realizar por la elevación o la promoción de las personas desfavorecidas socialmente, o por la limitación o la disminución de la riqueza y del poder de las personas socialmente más favorecidas. En el primer caso, significa la concesión u otorgamiento de uno o varios beneficios positivos, a los socialmente desaventajados o desheredados, como por ejemplo: la protección especial que dan las normas jurídicas (constitucionales, legales y reglamentarias) a los trabajadores (limitación de las horas laborales, salario mínimo o vital, indemnizaciones por enfermedad, prestaciones por desempleo, vejez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, invalidez, maternidad, etc.); el beneficio o la auxilioria de pobreza o asistencia jurídica gratuita; los subsidios familiares; la educación, incluso universitaria, gratuita; las becas de estudio; etc. En el segundo caso, la aplicación del referido principio consiste en exigir, a los socialmente favorecidos, una contribución o aporte económico y social a la colectividad, mayor que aquel que se pide a los que se encuentran en la situación social inversa. Esto constituye, entonces, un beneficio negativo (aunque positivo por sus consecuencias) a favor de los des-

23. Ibidem, p. 105; ver también p. 341.

24. Ibidem, p. 124.

25. Ibidem, p. 341; ver también p. 84.

aventajados de la sociedad; por ejemplo: la aplicación razonable de la regla de la proporcionalidad y progresividad de los impuestos, de acuerdo con la capacidad económica o los recursos de los habitantes del país, que puede llevar a la exención o la exoneración de algunas categorías de éstos, y a la redistribución del ingreso nacional en una forma más igualitaria; el control de los precios de los alimentos básicos y de otros productos o servicios necesarios para garantizar el mínimo vital; etc.

Así, pues, el principio de *igualación social* será con relación a la exigencia de la igualdad *en la ley*, como la otra cara de la moneda, ya que si se trata igualmente a una persona pobre y a una rica o cualesquiera otras personas que se hallen entre sí en una situación fáctica de desigualdad, a las que se encuentren en desventaja —débiles *sociales*—, se las convierte además en débiles *jurídicos*, no habiendo entonces, una verdadera igualdad *en la ley*. Es necesario, por esto, tratarlas diferentemente para compensar las desigualdades sociales en favor de las personas más débiles, a fin de que exista una auténtica igualdad jurídica, en sentido material, no simplemente formal⁽²⁶⁾.

Ahora bien, todo esto implica la utilización de criterios de distinción, tales como la condición social o económica, cuyo empleo puede estar prohibido por normas constitucionales u otras normas jurídicas generales o por principios jurídicos que estén por encima del Derecho positivo. Sin embargo, esa prohibición se la establece pensando en las posibles discriminaciones que vayan en perjuicio de los socialmente desfavorecidos, no significando, por lo tanto, que no se puedan hacer distinciones basadas en esos criterios de relevancia, que vayan en contra de las personas que se hallan en una posición de fuerza, en particular económica, en la colectividad, porque entonces, aquella prohibición, no sería más que la consagración, o más exactamente, la reafirmación, por el derecho positivo, de desigualdades sociales, en provecho de los principales beneficiarios del "establishment". O como ha dicho M. GINSBERG: "Desde el punto de vista de la justicia social es necesario juzgar de la eficiencia por

26. Cf. en el mismo sentido: OLIVEIRA FARIA, Anacleto de: *Do Princípio da Igualdade*, Teoría e Prática, Sao Paulo, 1967, pp. 60-79.

dos exigencias: debe haber una reducción de las desigualdades no solamente de ingreso, sino de propiedad, y esto debe ser obtenido sin introducir nuevas desigualdades basadas en jerarquías de poder" (27).

Por consiguiente, los principios de la igualdad *en la ley* y de *igualación social*, tal como los hemos definido, no son verdaderamente eficaces, el uno sin el otro. Así, sin el primero, el segundo sería falseado, tarde o temprano, ya que la prohibición de utilizar determinados criterios de distinción, como por ejemplo, el sexo, la raza, la religión, las opiniones políticas, la condición social o económica, etc., es un instrumento necesario para derribar las barreras que impiden el ascenso social de algunas personas o grupos de personas, y, por ende, una cierta nivelación social. Mientras que el principio de la igualdad *en la ley*, sin el principio de *igualación social*, se quedaría, muy probablemente, en una simple declaración formal, es decir, a nivel de una igualdad jurídico-formal sin consecuencias en la realidad social, donde continuarían existiendo graves desigualdades sociales, pues no basta prohibir determinadas discriminaciones sino que es indispensable, también, igualar a los seres humanos, mediante la promoción o elevación de los socialmente desfavorecidos y la disminución o limitación de los aventajados de la colectividad. Justamente, a este respecto, R. H. TAWNEY ha declarado que "en ausencia de una amplia igualdad de las condiciones, las oportunidades de elevarse serán necesariamente ilusorias" (28).

Luego, si el primer principio tiende a negarles el carácter de "esenciales" a ciertas diferencias, el segundo, busca poner de relieve determinadas desigualdades sociales, a fin de suprimirlas o compensarlas. Y la acción de ambos hace posible alcanzar una cierta igualdad entre los miembros de la comunidad (29).

27. GINSBERG, M.: *On Justice in Society*, London, Heinemann, 1965, p. 109.

28. TAWNEY, R. H.: *Equality*, London, Allenand Unwin, 1952, p. 107.

29. Cf. una opinión parecida en: BOLIVAR, Simón: "Discurso pronunciado ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819, día de su instalación", en *Obras Completas*, Caracas, Cibema, vol. III, N° 83 (Discursos y Proclamas), pp. 682-683.

Ahora bien, la evolución de las valoraciones socialmente admitidas —que influye y es influida por los cambios de las condiciones colectivas de vida de un país— afecta las concepciones jurídicas y sociales de la población, relativas a la noción de igualdad, de una manera —a veces— no uniforme, en el sentido de que puede haber ciertos grupos o clases sociales que estén de acuerdo con el establecimiento de una nueva regla jurídica de igualdad y la concomitante supresión de una determinada desigualdad social —que lo puede ser también jurídica—, a la vez que pueden existir otros grupos o clases que no lo estén, lo cual hará que el intento de consagrar o la efectiva consagración legislativa de una regla de igualdad dé lugar a una lucha entre el bando favorable no sólo a su establecimiento jurídico, sino también a su efectiva imposición social, y el bando contrario a su positivación, o al menos, a su real vigencia.

En dicha lucha social, los jueces desempeñan un gran rol, ya sea que adopten una actitud revolucionaria (o al menos reformista), es decir, a favor de la nueva regla de igualdad, ya sea que se integren al partido de los conservadores y estén en contra de dicha regla, y a favor de la desigualdad social y/o jurídica que se trata de suprimir, manifestándose su posición al respecto, o bien por fallos tendientes a darle vigencia, es decir, eficacia a las normas jurídicas generales que consagran la nueva regla de igualdad, mediante su efectiva aplicación a los casos concretos; o bien, por decisiones que, negándoles a esas normas su vigencia, proclaman el mantenimiento de la desigualdad que las mismas pretenden erradicar.

Entonces, lo expuesto explicaría la presencia, en Venezuela y otros países de América Latina, de numerosas normas jurídicas generales, casi siempre de carácter constitucional, que no son más que *normas-fachada* —debido a una aplicación judicial conservadora o a una absoluta falta de aplicación—, que, en vez de contribuir a eliminar algunas de las graves desigualdades sociales y jurídicas existentes en aquellos países, sirven, por el contrario, para dar buena conciencia a los privilegiados del "*statu quo*" y a disimular ante la opinión pública internacional, y hasta nacional, violaciones de la dignidad humana.

Esta cuestión de las *normas-fachada* se encuentra en estrecha relación con el problema de la eficacia de las disposiciones cons-

titucionales denominadas programáticas, correspondiendo a los tribunales —particularmente a la Corte Suprema de Justicia, o sea, al órgano supremo del Poder Judicial de un país— decidir si están ante una norma constitucional *programática* o ante una norma constitucional directamente aplicable u *operativa* (30).

Si los jueces adoptan la primera solución, es decir, que estiman que se encuentran ante una norma programática, en ese caso el legislador está obligado, en el momento de establecer nuevas leyes, a tener en cuenta el contenido de la misma, aunque no está obligado a legislar para instrumentar la aplicación a los casos concretos de lo consagrado en la norma constitucional programática. Claro que aquí surge otro problema: si en el país existe —como es el caso del nuestro— el control judicial de la constitucionalidad de la ley, las normas constitucionales, programáticas o no, tienen una significación jurídica real, ya que se puede impedir la vigencia de leyes contrarias a ellas. Pero si esto no es así, las disposiciones constitucionales serán para el legislador simples "reglas de moral legislativa" (31).

Empero si los jueces consideran que la norma o normas de la Constitución sometidas a su análisis, aparente o realmente programáticas, deben ser directamente aplicadas a los casos de especie, o sea, que las estiman operativas, es probable que nos hallemos delante de una situación donde, debido a la pereza del legislador, los jueces ante la presión social, han decidido realizar los proyectos sociales establecidos en la Constitución. En ese caso los jueces declararían inconstitucionales a las normas legales anteriores a la promulgación de la Constitución y contrarias a los textos constitucionales que han resuelto aplicar a los casos concretos.

Como consecuencia de lo antedicho, podemos afirmar que el sentido de las normas jurídicas generales, que establecen una regla

30. Cf. PETZOLD-PERNIA, Hermann: "Algunas notas sobre las normas constitucionales llamadas programáticas y la vigencia de los derechos humanos en Venezuela", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1989, N° 73, pp. 201-206.

31. PERELMAN, Ch.: "A propos de la regle de droit, réflexions de méthode", en *La Regle de droit*, Bruxelles, E. Bruylant, 1971, p. 315.

de igualdad, es aquel que le atribuyen los jueces u otros funcionarios encargados de aplicarlas concretamente, por lo que la eficacia de tales normas depende de la interpretación que los mismos —conforme a sus creencias, concepciones e intereses, y bajo la influencia de un determinado ambiente histórico-social— les den.

En conclusión, es a los hombres del derecho, en tanto que legisladores, jueces, funcionarios administrativos, abogados, teóricos, filósofos y dogmáticos del derecho, a quienes corresponde la tarea de establecer los medios jurídicos que permitan realizar los cambios sociales que se revelan necesarios e inevitables en la América Latina, por los caminos menos violentos —sin perjuicio de su celeridad—, dentro de la perspectiva que venimos de esbozar.

Luego, la consagración legislativa y la realización jurisprudencial y social de los principios de la igualdad *en la ley* y de *igualación social*, en el respeto del principio de la igualdad *ante la ley*, pero teniendo presente la tensión dialéctica entre la *seguridad jurídica* y la *equidad*, contribuirá a la vigencia efectiva, no sólo del derecho a la igualdad, sino también del derecho a la libertad como posibilidad de realización y verdadero desarrollo de las virtualidades del ser humano.

Resumen.

Las discusiones sobre los derechos de la persona humana, generalmente, son de naturaleza jurídica, ética y/o política, aunque en última instancia son de índole filosófica o metafísica. Es por ello que las respuestas dadas a las cuestiones planteadas con relación a la persona humana y sus derechos fundamentales, no son definitivas ni indiscutibles, por lo que los problemas que surgen en este ámbito son más bien *aporías* o *metaproblemas*, ya que suscitan o provocan soluciones *tópicas* o *dialécticas*.

Así, pues, todas las concepciones de la persona humana están condicionadas espacio-temporalmente. Y, por ende, toda concepción del hombre presupone una metafísica que se traduce en una filosofía del derecho concebida como axiología jurídica, que busca responder a interrogantes tales, como por ejemplo: ¿Cuáles son los llamados derechos fundamentales? ¿Son éstos, derechos del hombre o de la persona humana? ¿Hay que ser persona humana para tener esos

derechos? Y si es así, ¿qué es una persona humana? ¿Existen los derechos humanos independientemente de su reconocimiento por los diversos sistemas jurídicos?, etc.

A nuestro juicio, todos los seres humanos tenemos una concepción (explícita o implícita) de la idea de humanidad que guía nuestro comportamiento tanto individual como colectivo, y que nos lleva a solamente reconocer derechos a aquellos seres que consideramos iguales a nosotros; es decir, que los derechos humanos que reconocemos son los derechos de los seres humanos que consideramos nuestros *semejantes*. En consecuencia, únicamente a éstos les reconoceremos, en nuestro trato social cotidiano, los derechos humanos básicos, aunque en teoría proclamemos que todos los miembros de la especie humana son iguales.

Por supuesto que, entre los seres humanos, existen diversos grados de conciencia moral que determinan sus actuaciones éticas y jurídicas, por lo que el reconocimiento personal y social que hagan de los derechos esenciales de los demás hombres se encuentra en directa relación con el grado de evolución de dicha conciencia moral.

Empero, dado el presente progreso ético-jurídico de la humanidad, la idea de la igualdad de todos los seres humanos aparece reconocida en numerosos documentos de derecho internacional y en la casi totalidad de las constituciones nacionales contemporáneas, por lo que hoy en día podemos constatar que la noción de la igualdad humana —al contrario de lo que había venido ocurriendo en los siglos precedentes de la historia del hombre— se ha convertido en la regla, y la idea de la desigualdad humana en la excepción, la cual deberá tener siempre una justificación compatible con el concepto de la dignidad de la persona humana, tal como es reconocido actualmente por la conciencia jurídica universal, independientemente de que afecte a uno o a varios seres humanos, pues aunque, evidentemente, la igualdad entre las personas no es absoluta sino relativa (ya que *no son idénticas*), tampoco lo es la desigualdad, dado que siempre coincidirán en alguno de sus aspectos o elementos, permitiendo decir que son *semejantes*. Y, es este *mínimo de similitud lo que, en las personas humanas, constituye la igualdad esencial de todos los miembros del género humano*; igualdad que permite justi-

ficar las normas jurídicas que prohíben dar relevancia o importancia a ciertas diferencias entre los seres humanos basadas en características *naturales* (el sexo, la raza, el color, etc.) o *culturales* (la lengua, la religión, las opiniones políticas o filosóficas, etc.), puesto que, a pesar de estas diferencias, hay que tratarlos como teniendo un mismo valor, ya que hoy en día, no hay ninguna duda posible sobre la *naturaleza original y común de todos los integrantes de la especie humana*, lo cual hace que, indiscutiblemente, el derecho que tienen todos ellos de ser tratados con igualdad, sea uno de los pilares centrales, junto con el derecho a la libertad, de todos los demás derechos de la persona humana.

Si lo anteriormente expuesto es cierto, la cuestión fundamental es la determinación de los aspectos o elementos en los cuales son *semejantes* las personas. O más exactamente, la consideración de ciertos aspectos o elementos de las personas como "esenciales" o "relevantes" y la estimación como "accidentales" o "irrelevantes" de los demás.

Para tal determinación en el campo del Derecho, se recurre a numerosas reglas de justicia concreta, que ofrecen los criterios de distinción, permitiendo declarar que dos o más personas son iguales a los efectos de aplicarles el tratamiento previsto en una de dichas reglas de justicia concreta. Estas reglas son formuladas y establecidas jurídicamente por los que detentan el poder en la comunidad, conforme a sus concepciones e intereses a la vez que influenciados por un determinado contexto histórico-social.

Es necesario señalar aquí, que las diferentes formulaciones jurídicas de la noción de igualdad están fundamentadas en los principios jurídicos de la igualdad *ante* la ley y de la igualdad *en* la ley (o *no discriminación*).

El primero de ellos lo definimos como el deber de aplicar las normas jurídicas generales a los casos concretos, de acuerdo a lo que ellas mismas disponen, aunque esto sea discriminatorio; y el segundo, como la exigencia de que en una norma o un conjunto de normas jurídicas generales no haya distinciones fundadas en criterios de relevancia, cuya utilización esté prohibida por normas constitucionales, legales, reglamentarias, consuetudinarias, o bien, por principios jurídicos suprapositivos (principios generales del derecho, tradición de cultura, principios de derecho natural inherentes a un cier-

to estadio de la evolución de la humanidad y a una determinada región del mundo).

Evidentemente, el principio de la igualdad *en* la ley no implica la igualdad absoluta de todas las personas en las normas jurídicas generales, sino la ausencia de discriminaciones fundadas en criterios de relevancia prohibidos positiva o suprapositivamente. Entonces, en una norma o en un conjunto de normas jurídicas generales pueden existir ciertas desigualdades que tengan por finalidad ayudar a las personas socialmente desfavorecidas (principalmente en el orden económico), estando fundamentadas tales desigualdades jurídicas en lo que denominamos el principio de *igualación social*, o sea, un principio de compensación de las desigualdades sociales.

Así, pues, el principio de *igualación social* sería, con relación a la exigencia de la igualdad *en* la ley, como la otra cara de la moneda, ya que si se trata igualmente a una persona pobre y a una rica o cualesquiera otras personas que se hallen entre sí en una situación fáctica de desigualdad, a las que se encuentren en desventaja —*débiles sociales*—, se las convierte además en débiles *jurídicos*, no habiendo entonces, una verdadera igualdad *en* la ley.