

La aequitas romana como principio de Interpretación del derecho y la puja entre el ius naturale y el ius civile

Camila G. Colantuono¹

1. Universidad Católica de La Plata.

La pervivencia del Derecho Romano

Si los griegos se destacaron por su notable aporte a la cultura universal y su gran elocuencia filosófica, los romanos lo hicieron con el derecho. Dada su preferencia por la realidad por sobre la especulación, no era de extrañar que su contribución a la filosofía jurídica, y a la filosofía en general, fuese considerablemente escasa en comparación con los griegos, cuya doctrina incidió en gran parte del imperio romano y de la cultura occidental actual.

No obstante, la originalidad de la cultura romana radica principalmente en su abundante sabiduría jurídico-positiva, que les permitió edificar una extensa proporción de legislación y conceptos que han subsistido en muchos de los sistemas jurídicos actuales.

Conforme ello, el pensamiento jurídico romano tuvo como base para su creación, dos términos fundamentales: la justicia y la equidad; cuyo fin originario consistía en proveer a la sociedad romana de soluciones justas y equitativas que encaminaran a la comunidad y a sus gobernantes a la búsqueda del bien común.

Es que, tomando en consideración la gran influencia griega, los romanos comprendieron que, más allá de la existencia de un ordenamiento positivo que encaminara las acciones de las personas hacia el bien; el verdadero objeto del derecho como ciencia, se encontraba en la justicia, para lo cual resultaba imprescindible la presencia y utilización de axiomas como la equidad, cuyo criterio de aplicación era tanto teórico como práctico.

Ahora bien, lo antedicho alude a la histórica pugna existente entre el derecho natural o *ius naturale*, y el derecho positivo o *ius civile*, al cual los romanos han realizado un esmerado y destacable aporte, que aún perdura en el tiempo. Sin embargo, el creciente avance de la ley positiva y la significancia que se la ha otorgado por sobre las normas del *ius naturale*, ha generado la prescindencia de fundamentos esenciales para el derecho como lo son la justicia y la equidad que los romanos supieron valorar.

En este contexto, en el presente documento se intentará analizar la relevancia del *ius naturale* dentro de un sistema jurídico tendiente al positivismo, en el que se han olvidado – en muchas ocasiones – conceptos imprescindibles para el ejercicio de la ciencia jurídica, como lo es la *aequitas romana*.

La axiología del Derecho Romano

El término axiología proviene del griego *axiologie*, compuesto por los vocablos *áxios* (digno y valioso), y *logie* (logos). Ello poseía un significado originario que remitía a «tratado de lo valioso o digno», que finalmente derivó en «estudio o teoría de los valores»².

En virtud de ello, se puede definir la axiología como aquella rama de la filosofía que estudia los valores. En el caso del Derecho Romano, la axiología representa principalmente, el análisis de los valores más relevantes de su época, la *Iustitia* y la *aequitas*; que como ya se ha mencionado, constituían los pilares esenciales del sistema jurídico romano.

Ahora bien, el carácter epistemológico del estudio de los problemas del valor varía significativamente si se consideran la axiología fenomenológica y la formal, puesto que dichas

2. Real Academia Española, en <https://dle.rae.es/axiolog%C3%ADa> (última consulta realizada el 21 de noviembre de 2021).

ramas poseen una base a priori; mientras que la primera en la percepción de lo esencial en el fenómeno “valor”, la segunda en el análisis formal del concepto “valor” y de las relaciones puramente formales entre aquellos valores, abstrayendo su contenido particular³.

De este modo, si la axiología representa una especie de lógica formal para el ámbito práctico de los valores, la doctrina fenomenológica pertenece a la esfera de lo inmediatamente dado a nuestra intuición, sin suponer absolutamente nada, excluyendo toda discusión sobre si los fenómenos se realizan en una conciencia, en un tiempo o lugar determinados, para concentrarse plenamente en su esencia. Así, el fenómeno “bonito” puede estudiarse sin necesidad de analizar las condiciones físicas, psicológicas o anatómicas de su origen, puesto que puede valorarse simplemente mediante la intuición y a partir de allí, establecer relaciones fenomenológicas entre los distintos tipos de belleza⁴.

En consecuencia, las abstracciones provenientes de la fenomenología no poseen una relación directa con una posible explicación causal de los hechos; toda vez que, al originarse en la intuición, solo se puede indicar, pero no demostrar.

Así, en la relación entre la lógica y la axiología, existe la exigencia en la cual, para que los juicios de valor sean correctos y pertinentes, debe haber una coincidencia con la veracidad de los hechos y las reglas formales para la formación de juicios en general. Ello se debe a que los principios lógicos son los estrictamente formales, dado que adquieren carácter empírico; mientras que los valores incluyen una relación a un objeto que lo apartan de la formalidad en sentido estricto. De esta forma, las referencias sobre los valores pueden calificarse como verdaderas o falsas, pero no tendría sentido exponer que un juicio teórico como tal sea considerado como feo, lindo, malo o bueno⁵.

Por lo mismo, la axiología del Derecho Romano debe estar acompañada de principios lógicos del derecho que reflejen reglas claras y formales en las cuales la sociedad pueda ampararse; sin embargo, a su vez, se debe comprender la relevancia que adquieren valores como la equidad y la justicia para la resolución de conflictos jurídicos y sociales, en donde las normas positivas, en muchas ocasiones, no se encuentran a la altura de las exigencias de la comunidad posmodernista.

En este sentido, se ha señalado que «Al lado de la técnica jurídica, se puede encontrar no solo en el derecho privado sino en todo el Derecho Romano, una verdadera axiología, digna de ser estudiada. Hasta hoy no se han ocupado grandemente los romanistas de descubrir la estimativa jurídica a lo largo de la milenaria evolución de ese derecho. Si por un momento nos fijamos en la obra de Justiniano, nos daremos cuenta de que el Corpus Iuris es una clara afirmación del derecho natural. Esa afirmación, de ninguna manera, puede ser obra de la casualidad, lo es de un largo y claro proceso de asentimiento de valores morales y sociales que proceden de la comunidad nacional. Lo anterior, explica en buena medida, la importancia que reviste el estudio de la axiología jurídica de Roma para entender la perennidad del Derecho Romano»⁶.

3. Jesinghaus, Carlos. *Estudios acerca de una axiología formal y fenomenológica*. Publicado en CUYO (Vol. 1). Universidad Nacional de Cuyo. Facultad de Filosofía y Letras. Instituto de Filosofía Argentina y americana; 1985. pp. 152.

4. Op. Cit. pp. 153.

5. Op. Cit. pp. 155.

6. Bernal, Beatriz; Ledesma, José de Jesús. *Historia del Derecho Romano y de los derechos neoromanistas (Desde los orígenes hasta la alta edad media*. Decimoquinta Edición, Tercera reimpresión. Editorial Porrúa, Av. República Argentina, 15.

Por lo tanto, la noción de *aequitas* no se limita meramente a lo jurídico como si se tratara de un instrumento del ius; sino que constituye – al igual que la *Iustitia*– una virtud que debe estar presente en todo *vir bonus* y que, asimismo, representa un fundamento inconcuso del *ius civile* desarrollado por los romanos desde la creación de la ley de las XII Tablas.

Por ello, aunque fue con Cicerón – como se verá más adelante – con quien cobró más relevancia la idea de *Iustitia*, *ius naturale*, y en definitiva la *aequitas*, como virtudes distintas a las leyes escritas; dichos conceptos ya constituían pilares esenciales de la cultura romana desde mucho antes.

De la *επιεικεία* aristotélica a la *aequitas* romana: una breve historia del concepto de equidad

La equidad aristotélica o *επιεικεία*

El primero en exponer el término *επιεικεία* fue Aristóteles en su obra «Retórica»; en donde, además de tratar el arte de convencer, le dedica un sucinto y profundo estudio a la equidad como parte del desarrollo que realiza sobre la distinción entre la justicia escrita y no escrita.

Allí, divide la justicia no escrita o natural en dos tipos: por un lado, el carácter ético relacionado con el exceso y el defecto, de los cuales, a su vez, se deriva la alabanza o la censura respectivamente; y por el otro lado, la *επιεικεία*, que puede darse involuntaria o voluntariamente por el legislador, según haya formulado una ley de carácter general cuando fuese necesario o, por el contrario, cuando no la haya hecho, generando las llamadas lagunas legales.

De este modo, algo puede ser injusto por la ley escrita, pero naturalmente, justo en la realidad, y ello es equitativo. Así, es justo darle debida sepultura a Polinices, puesto que ello es lo naturalmente justo pese a la prohibición de hacerlo.

Por otro lado, Aristóteles le otorga otros principios fundamentales a la equidad como el del perdón, la prevalencia de la intención del legislador por sobre la ley escrita, la consideración de la totalidad de las circunstancias que rodean a un caso en concreto, y la preferencia de recurrir al árbitro antes que al juez para la resolución de conflictos.

Dichas consideraciones realizadas por el filósofo demuestran un concepto de equidad muy amplio que sobrepasa los límites del derecho positivo, y que se inscribe en la concepción de la justicia como virtud y del *ius naturale*.

Recordemos que la justicia propiamente dicha, no solo existe como una virtud moral junto con el resto de las virtudes (templanza, prudencia y fortaleza), sino que, asimismo, se presenta como acción respecto del otro (alteridad)⁷. En este caso, la *επιεικεία* aristoté-

México, 2015. pp. 47.

7. Ulpiano definió la justicia como la constante y perpetua voluntad de darle a cada uno lo suyo (*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). El filósofo se refería al hábito virtuoso del hombre de ser justo como una virtud. Más tarde, Santo Tomás de Aquino hizo propia aquella definición y la perfeccionó al punto tal de erradicar cualquier

lica se ubica en la primera como una virtud que se opone al rigor iuris.

Ahora bien, todo parece indicar que la palabra griega vertida por el término *aequitas*, se encuentra en el vocablo *δικαιοσύνη*, que indudablemente recogía los sentidos de la palabra *επιεικεία*. No obstante, también es posible que el término sea un calco lingüístico del griego *ισότης*, toda vez que el *aequum* (cuyos significados se ajustan perfectamente a los de la *aequitas*, de “rectitud” y “equilibrio”) encontraba un paralelo en el *ισον* de los retóricos⁸.

Dicho concepto no apareció hasta antes del siglo I a. C., y fue Cicerón en Roma, al igual que Aristóteles en Grecia, el primero en aceptar y desarrollar la *aequitas*.

La equidad en Cicerón

Marco Tulio Cicerón (106-43 a. de J.C) fue un jurista, filósofo, orador y escritor romano elocuente. A pesar de no formar parte del reconocido jurisconsulto romano, fue el encargado de difundir la filosofía griega entre los romanos; de allí su destacado aporte a la teoría del derecho natural, influenciado por Aristóteles y el humanismo estoico, recibido principalmente a través de quien fuera su maestro, el filósofo griego, Posidonio. Por lo mismo, fue por medio de su obra *De Legibus*, donde Cicerón desarrolla por primera vez la equidad o *aequitas*, vinculándola estrechamente a la justicia y la humanidad.

En este sentido, es esencial para Cicerón relacionar la *aequitas* con la justicia, convirtiéndola incluso, en fundamento de la misma ley justa a la que los individuos le ponen la fuerza de elección o *delectus* («*Nam ut illi aequitatis, sic nos delectus uim in lege ponimus, et proprium tamen utrumque legis est*»⁹).

Luego, contrapone la *aequitas* al propio *ius civile* como base de la *interpretatio ex voluntate*; y, a su vez, le otorga carácter de igualdad en la aplicación de la ley sin excepción¹⁰. Es que, la equidad no se encontraba contrapuesta al derecho, sino que era el Derecho mismo. La jurisprudencia romana estaba encaminada a adaptar el derecho a las circunstancias de la vida cotidiana de las personas, y la *aequitas* era precisamente uno de los medios por los que el jurista debía valerse para la toma de decisiones en ocasión de conflicto.

De este modo, Cicerón le otorga a la equidad un rol fundamental en la cultura romana y la posiciona como la máxima virtud del mundo romano, junto a la *fides*¹¹. Por lo que,

duda sobre la misma definiendo el término como «el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno lo suyo» «Et si quis vellet in debitam formam definitionis reducere, posset sic dicere: quod Iustitia est habitus secundum quem liquis constanti et perpetua voluntate ius suum unicuique tribuit» (*Summa Theologica*, II-II, q. 68, a.1). De este modo, el hombre justo, no solo sería quien realizara habitualmente el acto justo, sino quien - en definitiva -, tuviera la habitual convicción de hacerlo como virtud. Lo más significativo de esta definición es que el *ius* o derecho resulta ser lo mismo que el *to dikaiōn* o lo justo. Así, el derecho se convierte en el objeto de la justicia y a lo cual se ordena la acción justa.

8. Uscatescu Barrón, Jorge. *Acerca de un concepto romano: aequitas. Un estudio histórico-conceptual*. Cuadernos de Filosofía Clásica. Estudios latinos, n° 5. Editorial Complutense. Madrid, 1993. pp. 81.

9. Cicerón, Marco Tulio. *De Legibus*. II. VI.

10. Op. Cit. pp. 83.

11. La *fides* representa una de las tres virtudes cardinales de la moral romana, junto a la *pietas* y la *virtus*; y se aplica a la buena fe, el honor o credibilidad en las relaciones humanas y sociales.

será responsabilidad de los magistrados la aplicación de la *aequitas* en la adecuación de cada caso al derecho, en donde, en definitiva, se refleja la igualdad en la aplicación de la ley.

Así, mientras que el *ius* busca la igualdad del ordenamiento jurídico para con las personas en cada caso en particular, la *aequitas* intenta conciliar aquellos intereses individuales para lograr un equilibrio y arribar al bien común.

La *aequitas* como principio de interpretación del derecho contemporáneo

Desde la creación de la Ley de las XII Tablas hasta el Corpus Iuris Civilis de Justiniano, el sistema jurídico y la interpretación del derecho ha mutado considerablemente. Con la modernidad y el postmodernismo han surgido cuestiones como la codificación y el positivismo legalista de la mano de pensadores como Augusto Comte, Jhon Stuart Mill y Kant; que han modificado drásticamente el paradigma de los sistemas jurídicos contemporáneos.

La primacía de la ley escrita ha predominado por sobre valores como la equidad y la justicia natural. La axiología del Derecho Romano parece haber quedado como un acontecimiento histórico y antiguo que varió en una nueva forma de concebir el derecho. La *aequitas* dejó de poseer el rango primordial y esencial que supo poseer en la ciencia jurídica de los tiempos romanos, para formar parte de un derecho natural, que muchos juristas parecen no creer relevante en la interpretación del derecho.

Ello ha ocasionado que la forma de enseñar y ejercer el derecho se haya transformado drásticamente; y junto con ello, el análisis de los casos y la tradición clásica romana se vieron reemplazados por conocimientos estructurales lógicos y formales jerárquicamente definidos, donde normas generales como la constitución son el fundamento de otras inferiores y particulares, como las que se legislan en los congresos de cada estado.

Ahora bien, cierto es que, incluso en la época romana, la equidad y lo justo natural no otorgaban la seguridad jurídica que realmente se necesitaba dentro de la sociedad política; sin embargo, ante la escasez de legislación y práctica jurídica, la justicia quedaba al libre albedrío de los jueces y magistrados quienes, como todo *vir bonus*, debían regirse bajo la virtud de la *aequitas*.

Dicha inseguridad jurídica fue advertida por juristas romanos posteriores, quienes afirmaron que Roma vivió *sine certo iure* durante mucho tiempo. De modo que, mediante la creación de la ley de las XII Tablas en el año 451/450 a. C, se establecieron restricciones al albur incontrolado de los magistrados, los cuales debieron atenerse a la interpretación de la ley escrita¹².

Sin perjuicio de ello, la *aequitas* no podía ser olvidada por completo, puesto que, a la codificación, que pretendía ser la solución a la incertidumbre jurídica, aún le quedaban varios puntos oscuros que obligaban a dejar en manos del arbitraje y del entendimiento del juez, las

12. Uscatescu Barrón, Jorge. Op. Cit. pp. 87.

decisiones sobre determinados temas, como sucedió con la *lex agraria*¹³ del año 111 a. C.¹⁴.

Es que, para la resolución de un caso en concreto, no resulta preciso – ni pertinente – la tan sola aplicación estricta de una ley al mismo; sino que se deben analizar cada una de las circunstancias que lo engloban y sobrepasar, a la luz de la igualdad, un reparto equitativo entre las partes.

Así, la *aequitas* se presenta, por un lado, como criterio para la crítica de un *ius civile* incapaz de superar efectivamente determinadas circunstancias ante nuevos supuestos que puedan surgir, dada la rectitud de sus normas que se oponen a las concepciones fundamentales del derecho natural; y, por el otro, como consecuencia de su identidad con el derecho natural, se convierte en el principio configurador de la ley positiva, que no es autónomo en cuanto a los principios que rigen su evolución¹⁵.

Por ello, aún en la actualidad, la equidad supone una igualdad ante la ley; lo cual no implica que no deba existir diferencia entre el médico o el abogado, sino que dicha discriminación debe realizarse en igualdad de condiciones, de acuerdo con el mérito. Se trata de una justicia equitativa en donde cada uno reciba lo suyo y no simplemente lo que la ley ordena. De lo contrario se estaría privilegiando la desigualdad entre desiguales.

En este sentido, la equidad no debe ser la única herramienta de aplicación para la interpretación de las leyes, sino que debe complementarla. La existencia del derecho natural no presupone la supresión de las leyes positivas; por el contrario, las fundamenta y fortalece en beneficio del bien común.

La equidad en el ordenamiento jurídico argentino

En Argentina, a pesar de la preponderancia mayormente de la corriente positivista, la equidad ha sido un recurso utilizado, no solo por la jurisprudencia sino también por diversos doctrinarios y el poder legislativo al momento de reglamentar normas.

La equidad en la doctrina argentina

En la esfera doctrinaria, la equidad y la ley natural en general no han pasado desapercibidos, e incluso, muchos juristas han evocado su funcionalidad en el derecho en diversas oportunidades.

En este sentido, Llambías le otorga un rol preponderante a la equidad al establecer que «Para una buena parte del pensamiento jurídico contemporáneo la ley es la principal y más importante de las fuentes de derecho, pero no excluye la existencia de otras fuentes con virtualidad bastante para provocar en ciertas situaciones excepcionales hasta la caducidad

13. La *lex agraria* se encargó de regular la distribución de tierras de dominio público. No obstante, gran parte de la tierra pública era manejada por sus ocupantes como si fueran privadas, lo que generó un descontento general entre la sociedad romana, la cual se veía considerablemente empobrecida como consecuente de la gran acumulación de tierras públicas por parte del sector más acaudalado de la época.

14. Uscatescu Barrón, Jorge. Op. Cit. pp. 88.

15. Uscatescu Barrón, Jorge. Op. Cit. pp. 94.

de la misma ley. Es lo que ocurre con la costumbre “*contra legem*” y con la equidad.»¹⁶

Más tarde, expresa que «la equidad es incuestionablemente una fuente de derecho o medio de expresión del mismo»¹⁷; no obstante, aconseja que, en caso de que el bien que la ley pueda menoscabar no constituya una característica primordial para la dignidad y existencia del hombre, la prudencia sugiere que la equidad ceda ante la ley para que prevalezca el orden social; apelando al “buen sentido” del intérprete para orientarse por alguno de los criterios referidos.

Por su parte, Borda se refería a la equidad como una expresión particular de la idea de justicia, que si bien no era posible considerarla como una fuente independiente y extraña a la ley; en situaciones excepcionales podía ser tratada como una fuente regulatoria autónoma¹⁸.

Asimismo, Bustamante Alsina, a pesar de no reconocer a la equidad como una fuente formal del derecho al igual que Borda, admitía que cumplía con dos funciones importantes: la interpretación del derecho positivo en el ámbito que tiene el juez para realizar la justicia, y la misión integradora del derecho para cubrir los vacíos que se producen en el sistema jurídico ante la ausencia de regulación normativa¹⁹.

Por consiguiente, pese a la preponderancia que se les atribuye a las leyes positivas en el derecho, se ha logrado un amplio consenso por parte de los juristas, en virtud de la necesidad de asignarle un lugar propio a la equidad en la teoría de la interpretación jurídica para la resolución de conflictos concretos y particulares.

Legislación

Como ya se ha mencionado, dentro del ámbito legislativo, la equidad tampoco fue dejada de lado. Con el comienzo de la codificación en Argentina a través del Código Civil, Vélez realizó menciones explícitas del término en diversas ocasiones. Una de ellas fue mediante el art. 515, en el que dispuso que las obligaciones naturales eran aquellas «(...) que, fundadas sólo en el derecho natural y en la equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que, cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas (...)».

Más tarde, la equidad se vio potencialmente reconocida por la ley 17.711, que realizó la incorporación expresa de trece artículos relacionados al término al Código Civil. Uno de ellos fue el art. 907, por el cual «(...) Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima».

Finalmente, a diferencia del código velezano, el Código Civil y Comercial reconoce a los principios jurídicos como fuente autónoma de derecho, con independencia normativa; valoración que no escapa a la equidad. De modo tal que, al igual que los principios clásicos, la equidad constituye una exigencia de justicia fundada en la garantía de

16. Llambías, Jorge J. *Tratado de derecho civil parte general Tomo I. Nociones Fundamentales, Personas*. Editorial Emilio Perrot, Buenos Aires, 1997. pp. 54.

17. Llambías, Jorge J. Op. Cit. pp. 92.

18. Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Parte General, Buenos Aires, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1955, pp. 93.

19. Bustamante Alsina, Jorge. *Función de la equidad en la realización de la justicia*. LA LEY, 1990-E.

la justa coexistencia de los diversos principios que deben aplicarse en el caso concreto.

De este modo, no alcanza con resolver el caso bajo la única consideración de la norma, sino que resulta imprescindible que los diversos operadores jurídicos analicen las circunstancias y acontecimientos de cada caso en particular a fin de lograr una resolución equitativa que le permita a las personas involucradas obtener justicia o su derecho.

Por otro lado, a nivel constitucional, la equidad se encuentra explícitamente reconocida a través de diversos artículos, como el 14 bis; e implícitamente en el art. 75, inc. 22, con la incorporación de tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y otros con jerarquía supralegal.

La jurisprudencia argentina

Por su parte, los magistrados han invocado en reiteradas ocasiones el parámetro axiológico de la equidad y la justicia natural para la solución de situaciones jurídicas generales, en las que la ley proporcionaba una solución injusta para los damnificados.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ha manifestado que «En definitiva, de lo que vengo exponiendo se desprende que me veré forzado a recurrir a las amplias facultades que me otorga el último párrafo del art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial, fijando de tal modo, y a falta de mayores elementos, una indemnización de acuerdo a parámetros de equidad y razonabilidad (ver por todos Oteiza, Eduardo en la ob. col. "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Anotado y comentado" de Arazi, Roland y otros, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, 2da ed., 2012, T. I, pág. 346/347)»²⁰.

Luego, en el fallo Simón, la Suprema Corte de justicia declaró la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final establecidas en su precedente, el fallo "Camps" de 1987, para que los responsables a violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar no encuentren obstáculos legales para la obtención de un juicio justo.

Este caso resulta relevante debido a que, más allá de no mencionar la equidad de un modo explícito, hace referencia a teorías iusnaturalistas para justificar la prevalencia de lo que es naturalmente justo por sobre lo que impone una ley violatoria de derechos humanos fundamentales. Y para ello, fue necesario que los jueces realicen un análisis equitativo de la situación en concreto, que permitiera alcanzar la igualdad jurídica.

A este respecto, en este mismo caso, la Corte señaló que «(...) luego de afirmar la obligatoriedad del derecho natural de gentes y sus principios fundamentales, (...) los actos que se oponen deliberadamente a tales principios, y las órdenes que mandan tales actos, son criminales, y la obediencia ciega no puede excusar a quienes las acatan (con cita de "Documentos de Vaticano II", B.A.C. Madrid. MCMLXXII, pág. 282)».²¹

20. SCBA, M., J. F. contra Municipalidad de La Matanza. Demanda contencioso administrativa, 31 de octubre de 2016.

21. CSJN. Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa N° 17.768C. 14 de junio de 2005.

La equidad en el mundo

Al igual que en Argentina, en el ámbito internacional, la equidad ha sido reconocida en las diversas fuentes del derecho. Así, el jurista belga De Page ha señalado que «La ley no es la sola fuente del derecho, una ley siempre llega tarde. Interviene cuando las circunstancias lo exigen y cuando las costumbres lo imponen. La costumbre, la jurisprudencia, la equidad son las verdaderas fuentes reales del derecho. Es necesario reconocer la importancia que la vida les da.»²²

Por otro lado, en lo que a la legislación se refiere, países como Suiza y Alemania, han incorporado a sus códigos el reconocimiento expreso de la equidad como parámetro axiológico que los jueces deben tomar en consideración al momento de emitir una resolución sobre una cuestión determinada.

De este modo, a partir del art. 58 del Código Federal suizo de las Obligaciones del año 1881, se dispone que «si la equidad lo exige, el juez puede condenar a una persona incapaz de discernimiento a la reparación total o parcial del daño que ella ha causado». Mientras que, por medio del art. 829 del Código alemán, se determina que, quien no es responsable por acción inconsciente, se encuentra obligado a reparar el daño «en los límites en que, según las circunstancias y en particular la posición del interesado, la equidad relame una indemnización.»²³

Por su parte, el estatuto de la Corte Internacional de Justicia, expresamente, se refiere a la equidad como fuente de derecho en el art. 38, segundo inciso, en el cual se faculta a los jueces a resolver *ex aequo et bono* cuando las partes así lo convengan²⁴.

En este orden de ideas, en el caso *Concerning The Continental Shelf*, (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), la Corte Internacional dispuso que «el concepto de equidad es una directa emanación de la idea de justicia. La Corte cuyo principal objetivo es, por definición, administrar justicia, se encuentra obligada a aplicar dicho concepto», y que, «la tarea de la Corte en este caso es diferente: esta constreñida a aplicar principios de equidad como parte del derecho internacional, y balancear las distintas consideraciones que se consideran relevantes a fin de obtener un resultado equitativo. Mientras que resulta clara que ninguna regla rígida existe con el peso exacto para ser aplicada a cada elemento del caso, esto es muy diferente a ejercitar la discreción o conciliación ni de tratarse de una operación de justicia distributiva.»²⁵

Todo ello indica la importancia que adquiere el valor de la equidad y junto a ello, la ley natural, para la interpretación del derecho, tanto nacional como internacional; permitiendo la resolución justa de conflictos que requieren de una evaluación axiológica expresa ante la existencia de lagunas legales o normas injustas que vulneren las garantías fundamentales de los individuos.

22. De Page, Henri. *Traite élémentaire du droit civil belge*. Tomo I. Bruselas, 1923. pp. 17.

23. Llambías, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil Parte General* Tomo II Personas Jurídicas, Bienes, Hechos y Actos Jurídicos. Decimoséptima Edición. Editorial Emilio Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 265.

24. Artículo 38, inciso 2 “*La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren*”.

25. CIJ, *Case Concerning The, Continental Shelf*, (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment Of 24 February 1982, pp. 71.

Principios de equidad como parte del derecho

Existen ciertos conceptos fundamentales que el derecho no contempla o que, simplemente, no se ha encargado de definir, puesto que le son principios heredados de otras ciencias que se relacionan intrínsecamente. Ello se denomina subalternación y la definiremos como aquella relación entre una ciencia subalternada y otra subalternante, en la cual, la primera se encuentra constituida en cuanto a su finalidad, objeto y/o principios por la segunda. Y es esta última sobre la que haremos mayor referencia.

Según Aristóteles, el proceso de la ciencia es similar al del movimiento; tiene un punto de partida en el reposo. De este modo, el conocimiento demostrativo de la ciencia comienza apoyándose en otro conocimiento que no requiere explicación alguna; puesto que, de lo contrario, nos veríamos en la obligación de demostrar el primer conocimiento y así, el infinito.

En este contexto, los principios del ser y del conocer son aprehendidos por un hábito intelectual llamado “inteligencia de los primeros principios”; los cuales pueden ser verdades cuya manifestación la comprendemos por sí mismas por su evidencia u otro hábito científico constituido por conclusiones de una ciencia superior. En el primer caso, aquellas verdades evidentes surgen de ramas fundamentales y primarias de la sabiduría humana como la metafísica y la filosofía natural. Luego, en el segundo caso, las ciencias inician su conocimiento en un principio que es a la vez demostrado por una ciencia superior, como la ciencia médica respecto de la biología, la química o la física.

Así las cosas, el saber jurídico no puede llegar a sus fundamentos últimos sin antes apelar a los principios de la ética o de otras ciencias para poder aplicarlo a las variables situaciones que se presentan y, en virtud de ello, poder llegar a diversas conclusiones y soluciones.

Es que, si la ciencia jurídica no se subalternara a otra ciencia, ello significa que debería resolverse por medio de principios evidentes por sí mismos; de modo que su objeto y sus principios demostrativos serían suficientes para autodefinirse. Pero esto no es así, dado que el ordenamiento jurídico determina lo suyo de cada uno y determina los límites del actuar según un criterio de justicia. Conforme ello, el conocimiento jurídico nos brinda el “que” es lo justo, pero para responder a su fundamento y su “porque” (demostración) deber recurrir a un principio que pertenece a la ética. Así, la definición de justicia o equidad no la hallaremos en el derecho, ya que no es propio de él definir dichos conceptos, sino que debemos recurrir a principios elementales evidentes o de otras ciencias superiores.

Lo mismo sucede en cuanto a la subalternación del derecho por el objeto y sus fines. De esta manera, en lo que a sus fines respecta, el derecho se encuentra subordinado por sus fines tanto a la ética como a la política; toda vez que, mientras que la primera persigue como bien último la felicidad del hombre, la segunda tiene por fin la realización comunitaria de las acciones que la posibiliten para la concreción del bien común. A esto se lo denomina subordinación impropia²⁶.

26. Mientras que el derecho establece lo que es justo en lo particular (en cada caso en concreto), la política determina lo que es justo en lo general (en la sociedad). Es por esa razón que el derecho se encuentra subordinado a la política, pues no es de extrañar que quien se encarga de coordinar la sociedad establezca principios a los que las relaciones jurídicas particulares

Luego, en cuanto a la subordinación por su objeto, las acciones humanas y su rectitud en orden al obrar justo, son materia propia de la ética; sin embargo, el derecho contrae la extensión de dicho objeto, pero no en su plenitud, ya que no toda la materia moral es jurídica y le añade su diferencia específica.

Dicha diferencia está dada por la correlación entre derecho y obligación en estricta igualdad, y por las exigencias del bien de la comunidad o bien común. En este sentido, aunque la moral y el derecho se encuentran intrínsecamente relacionados – para la perfección del acto y del agente que lo lleva a cabo –, es bien conocido que poca importancia poseen los actos virtuosos y morales dentro de las relaciones jurídicas, más allá de la concreción de igualdad (causa formal del derecho).

En virtud de ello, cuando se apela a la equidad como medio de resolución de conflictos, no se hace más que responder a la naturaleza propia de la ciencia jurídica, la cual depende de principios, objetos y fines específicos externos, que requieren más que la norma escrita para su realización.

En este orden de ideas, si se concibe el derecho como la “cosa justa”, cuya esencia y finalidad inmediata es la justicia, la equidad es un factor primordial para su concreción y a los efectos de alcanzar la igualdad.

Al respecto, García Máynez ha expresado, «Decir que un conflicto de derechos debe resolverse observando la mayor igualdad posible entre los interesados, y afirmar que debe solucionarse acatando los dictados de la equidad, es lo mismo»²⁷. Y es que, las normas jurídicas son parte de una política de estado que resultan ineludibles para la efectivización del bien común. Sin embargo, se encuentran dirigidas a una sociedad toda en especial que no condice necesariamente con las necesidades particulares de los sujetos.

A ello se refiere el Estagirita al explicar que, «cuando la ley habla en términos generales, y ocurre en relación con ella algo contrario a la generalidad, entonces es correcto – allí donde el legislador resulta incompleto o yerra por hablar en general – rectificar lo que falta y lo que el propio legislador diría de esta manera, si estuviera presente, y habría legislado de saberlo. Por lo cual, lo equitativo es justo – y es preferible a una cierta justicia, más no a la justicia absoluta, sino al error originado por su generalidad –. Conque ésta es la naturaleza de lo equitativo: una rectificación de una ley allí donde resulta defectuosa en razón de su generalidad.»

En este contexto, la aplicación de principios como la equidad resultan sumamente relevantes para que se alcance lo justo, o como lo denominaron los romanos, el *ius*, que no era ni nada más ni nada menos, que el derecho.

La correlación del derecho natural y el derecho positivo

La disputa entre el positivismo y el iusnaturalismo clásico, en virtud de la completa negación del primero con respecto a las conclusiones del segundo, parece haber quedado en un plano exclusivamente filosófico que dista de los lineamientos jurídicos actuales. Sin perjuicio de ello, la inclinación a cualquiera de dichas corrientes influye drástica-

deban adaptarse. El bien individual depende, en gran medida, del bien común.

27. García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México, Ed. Porrúa, 2002, pp. 386.

mente en el modo de considerar el derecho y sus modos de ejercerlo. Es que, existe una gran disimilitud entre considerar al derecho como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre las personas y conceptuarlo como la misma cosa justa.

Tan solo con su definición, las relaciones jurídicas y su modo de llevarlas a cabo, junto con la resolución de conflictos que oportunamente puedan acaecer, se ven ampliamente modificadas y ello, los griegos lo comprendían. En efecto, muchos siglos antes del surgimiento de corrientes modernas contrarias al derecho natural, ya existían miembros de la sofística – tan criticada por Platón – que destacaban la oposición entre *physis* y *nomos*. Luego, en respuesta al convencionalismo extremo de Protágoras, Platón reflexiona sobre el derecho natural, la justicia natural y la necesidad de la convención de leyes; en lo que es considerado una de las principales intuiciones de la teoría clásica del derecho natural.

Con el tiempo, será su discípulo quien determinará al derecho natural como un concepto distinto, pero no contrapuesto, al derecho positivo en su obra *Ética* a Nicómaco, cuando explica lo justo por naturaleza.

Por su parte, los romanos, juristas por antonomasia, evitaron las grandes elucubraciones y especulaciones y se mantuvieron fieles a su espíritu práctico y realista. No obstante, heredaron la idea de Derecho Natural de la cultura griega que luego adaptarían a su modo. Dicha influencia, en rigor, no es jurídica, sino filosófica; toda vez que la problemática no radicaba en el derecho a aplicar, sino en lo que ellos consideraban derecho y a cuál debía recurrirse.

Así las cosas, existen tres consideraciones típicamente romanas del derecho: derecho natural (*ius naturalis*), derecho civil (*ius civilis*) y derecho de gentes (*ius gentium*). Esta comprensión del *ius* se despliega a lo largo de toda la escolástica e incluso hasta la modernidad, principalmente en lo que al derecho civil se refiere; y representa una concepción del *ius* bastante tardía que se aborda recién en el *Corpus Civile*, y más específicamente, con los *Digesta* y las *Instituciones* de Justiniano²⁸.

Ya en las *Instituciones* de Gayo del siglo II d.C., figuraban dos de las consideraciones del derecho, el *Ius Civile* y el *Ius Gentium*. El primero, lo define como aquel que cada pueblo se da a sí mismo; mientras que el segundo, se lo define como aquel que la razón natural ha constituido igualmente para todos los pueblos. Más tarde, será en las *Instituciones* de Justiniano donde aparecerá por primera vez, el derecho natural como una tercera concepción²⁹.

Este último aparece como algo propio «de todos los seres animados que nacen en el cielo, en la tierra o en el mar. De aquí se deriva la unión del macho y de la hembra, que nosotros denominamos matrimonio; de aquí la procreación y crianza de los hijos; notamos, a la verdad, que los demás animales están versados también en la práctica de este derecho.»³⁰

Ahora bien, dicha distinción tripartita solo puede comprenderse bajo la influencia cristiana, ya que el lugar que se da al derecho natural en la sistematización jurídica romana surge recién en la época imperial; periodo en el que el cristianismo comenzaba su influen-

28. Pacheco, Max M. *La tripartición romana del derecho y su influencia en el pensamiento jurídico de la época Moderna*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* N° XXVIII, Valparaíso, 2006, 269-288.

29. Pacheco, Max M. Op. cit.

30. Inst. 1, 2, 1.

cia expansiva de la mano del neoplatonismo. Por lo mismo, no debe sorprender que la concepción ulpianea del derecho natural haga alusión a todos los animales y su inmutabilidad³¹; señalando una clara distinción con el derecho de gentes que con Gayo no existía.

En este orden de ideas, y a partir del gran influjo de la cultura romana dentro de muchos de los ordenamientos jurídicos actuales, no es de extrañar que la diferenciación y, en muchas ocasiones, la contraposición entre el derecho natural y el positivo se mantenga presente. Más aún con la llegada de corrientes filosóficas modernas y postmodernistas, por medio de filósofos como Comte, Stuart Mill, Kant, Kelsen, entre otros; que han ejercido una gran influencia en la corriente positivista que predomina en la actualidad, junto con la reducción de la experiencia externa a la interna y la inclinación hacia el subjetivismo ético y gnoseológico.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que, la existencia del derecho natural no presupone la refutación de un derecho positivo; sino más bien, lo complementa.

En este sentido, el Aquinate ha señalado que, «Según se ha dicho (a.1), el derecho o lo justo es una acción adecuada a otra según cierto modo de igualdad. Pero algo puede ser adecuado a un hombre en un doble sentido: primero, por la naturaleza misma de la cosa, como cuando alguien da tanto para recibir otro tanto. Y esto se llama derecho natural. En un segundo sentido, algo es adecuado o de igual medida a otro por convención o común acuerdo, es decir, cuando uno se considera contento si recibe tanto. Esto, ciertamente, puede hacerse de dos maneras: una primera, por cierto convenio privado, como el que se establece por un acto entre personas privadas; y la segunda, por convención pública, como cuando todo el pueblo consiente que algo se tenga como adecuado y ajustado a otro, o cuando esto lo ordena el gobernante, que tiene el cuidado del pueblo y representa su persona. Y a esto se llama derecho positivo.»³²

De este modo, existe en el derecho una ley natural, como expresión de la ley eterna en el hombre, que es común a todos los hombres y que representa lo que es justo por naturaleza a través de principios evidentes; y, de igual modo, existe una ley positiva que puede ser producto de la convención entre particulares (un contrato es como la ley para las partes), o de la convención pública que interviene en el pueblo de modo general (como las normas de tránsito). Así, es naturalmente justa la contraprestación del agente luego de haber adquirido cierta obligación, no solo como manifestación de lo que es justo por naturaleza (justo natural), sino porque jurídicamente es lo que establece la norma.

Es que, hay en el derecho positivo, a su vez, una expresión del derecho natural. Por lo tanto, es naturalmente justa la protección a la vida, pero la escala penal que determina la norma penal ante la comisión del delito de homicidio representa aquella interpretación de la ley positiva sobre la natural. En otras ocasiones, la norma positiva es simplemente creada por convención social y poco se relaciona con la primera.

Lo antedicho se relaciona íntimamente con la equidad, ya que, en muchas ocasiones, las normas positivas posiblemente no se adapten a lo justo y, por ende, al derecho. Por lo mismo, la utilización de conceptos naturales fundamentales provenientes del derecho natural, resultan esenciales a la hora de interpretar el derecho.

La causa formal del derecho es la igualdad antecedida por el débito. La causa formal

31. Pacheco, Max M. Op. cit.

32. Suma teológica - Parte II-IIae - Cuestión 57.

de todas las cosas representa su esencia y actualiza su materia; de modo que se puede decir que la esencia del derecho es la igualdad. En este contexto, la *aequitas* posee un rol primordial para responder a la naturaleza esencial del ius, ya que no se trata simplemente de aplicar las normas positivas a las diversas situaciones jurídicas, sino de un estudio prudencial de soluciones posibles en ocasión al caso particular.

Por consiguiente, la *aequitas* puede ser vinculada como otra de las virtudes romanas elementales del sistema jurídico romano, pero a su vez, se debe tener presente que se trata de un complemento del derecho que comunica al ius naturale con el caso concreto y colabora en el alcance de lo justo. La *aequitas* no debe quedar tan solo en el hábito del sujeto como una virtud interna, sino que debe exteriorizarse en la búsqueda y concreción de la igualdad por medio de los operadores del derecho que, de más está decir, no es una máquina expendedora de justicia.