

La equidad como principio general del derecho. Criterio de interpretación*

Equity as a general principle of law. Interpretation criteria

Por Lucrecia Aboslaiman**

Resumen: Los principios generales del derecho suelen ser utilizados una vez agotadas las posibilidades integradoras de la ley. Se consideraba que si bien son principios extralegales, tienen carácter jurídico, ya que responden a las exigencias de una justa regulación de las relaciones jurídico-sociales.

Los principios generales del derecho, conforme nuestra concepción son anteriores al ordenamiento jurídico positivo y lo informan y en cuanto el derecho debe tener siempre un contenido justo.

Con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación podemos sostener que los principios generales del derecho, tales como la buena fe, la equidad, entre otros, han cobrado carácter positivo, impactando en el campo de la interpretación.

En aras de nuestro propósito, realizaremos una breve reseña de la doctrina de la equidad y su incidencia en la tarea de los jueces.

Es un desafío que no podremos agotarlo en este trabajo, que sólo pretende ser el inicio de una tarea compleja y base de futuras investigaciones.

Palabras Clave: Equidad, Principio general del derecho, Interpretación, Doctrina, Realidad jurídica actual.

* Recibido el 28/09/2016 y aprobado definitivamente para su publicación el 24/04/2017.

** Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Abstract: The general principles of law are usually used once exhausted the possibilities integrating the law. It was considered that although they are extralogue principles, they have a legal character, since they respond to the demands of a just regulation of legal-social relations.

The general principles of law, according to our conception are prior to the positive legal order and inform it and as the right must always have a fair content.

With the new Civil and Commercial Code of the Nation we can argue that the general principles of law, such as good faith, equity, among others, have become positive, impacting in the field of interpretation.

For the sake of our purpose, we will give a brief account of the doctrine of equity and its impact on the work of judges.

It is a challenge that we will not be able to exhaust in this work, which only pretends to be the beginning of a complex task and base of future investigations.

Keywords: Equity, General principle of law, Interpretation, Doctrine, Current legal reality.

Introducción

En la sociedad globalizada, posmoderna y compleja en la que vivimos, es impensable que el derecho se resuelva sólo en su faz normativa. Las necesidades socio-culturales reclaman y requieren del derecho, de su creación, interpretación y aplicación una mirada más abarcativa que incluya aspectos antropológicos, sociales, culturales y jurídicos, éstos últimos incluyendo la positividad y también los principios ético-jurídicos, donde incluimos a los principios generales del derecho y la equidad en particular que es el objeto de nuestro trabajo.

La exigencia fundamental que el Michel Villey ha planteado a la filosofía del derecho, es la de servir a la vida jurídica. Para el citado autor, las indescifrables fórmulas de Wittgenstein, el esotérico lenguaje estructuralista, entre otras corrientes, no son ayuda alguna para quienes deben elaborar el derecho. Considera que son un impedimento para el eficaz desarrollo del pensamiento jurídico, toda vez que por su irrealismo fundamental, no hacen sino confundir a los juristas y alejarlos de la concreta vida jurídica, que debe ser la piedra de toque de su trabajo intelectual. (Villey, 1975: 33).

Vamos a intentar la aplicación de la doctrina clásica de la equidad al derecho argentino, extrayendo las virtualidades que de ella se desprenden y encarándolas en nuestra concreta realidad jurídica. Se trata de hacerla jugar frente a nuestra realidad jurídica, indagando si puede ser de alguna utilidad para nuestros jueces, en su cotidiana y difícil tarea de determinar qué es lo suyo de cada partícipe en la vida social.

Respecto de la equidad, transitaremos, la doctrina clásica, la doctrina moderna y nuestra realidad jurídica actual previa a la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación y posterior al mismo.

La doctrina clásica

La formulación clásica de la doctrina de la equidad se debe a Aristóteles. Trata de la equidad como culminación de su doctrina de la justicia, afirmando que lo equitativo es justo, pero trascendiendo la concepción de una justicia que resultaría de aplicar gramaticalmente una ley a aun caso para el que evidentemente no ha sido hecha, ya que conduce a un resultado irracional e inicuo. (Aristóteles, 1959: V. 10).

Esto sucede, explica el filósofo, en razón de la contingencia de las realidades humanas, variables hasta el infinito e imposibles de prever en forma cierta. A causa de esta contingencia de las cosas prácticas es que la ley, a la que compete ordenar la actividad humana social hacia el bien común (Aristóteles, 1959: V.1.), reviste siempre carácter general, prescribiendo lo que sucede en la gran mayoría de los casos, aquello que previsiblemente ocurre en situaciones similares de la vida social. Por esto al surgir una situación distinta de las habituales, que no es de las que el legislador tuvo o pudo tener en cuenta al redactar los términos de la ley, su aplicación estricta y literal conducirá casi siempre a un resultado incorrecto o, lo que es peor, esencialmente injusto. La razón de justicia general que es propia de toda ley (Santo Tomás de Aquino, 1274: q 90), no jugará en el caso, razón por la cual-siempre según el pensamiento clásico-no corresponde su aplicación a esa circunstancia.

Es preciso dejar bien en claro que la no aplicación de la ley de que se habla en el caso de equidad, no significa un juicio de valor acerca de la justicia de la ley considerada en sí misma, sino una estimación acerca de su aplicabilidad al caso controvertido. La equivocación no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de las cosas, puesto que tal es la índole de las cosas prácticas (Aristóteles, 1959:V10) y Tomás de Aquino aclara en ese sentido, que cuando no se puede observar la letra de la ley por esta circunstancia, no es juzgar de ella, sino del caso concreto que se presenta (Santo Tomás de Aquino, 1274:q120).

La ley puede ordenarse genéricamente al bien común y ser, por lo tanto, justa y verdadera ley; no obstante, si de su aplicación a una situación determinada, resulta un positivo mandato de injusticia, que contradice la razón de bien público que determinó su promulgación, dicha ley resulta inaplicable, no por injusta en sí, sino por no ser la norma jurídicamente adecuada al caso que debe juzgarse.

Recaséns Siches ha efectuado un resumen de la estructura del caso de equidad, afirmando que la norma legislativa se formula en términos generales, pero quien la formula tiene en vista en su mente un determinado tipo de casos, bien reales, de los que tuvo experiencia o bien mentalmente anticipados por su imaginación, respecto de los cuales quiere que se produzca un determinado resultado, precisamente porque considera que ese resultado es el más justo. Resulta evidente que el juez, ante cualquier caso que se le plantee, tiene ante todo que verificar mentalmente si la aplicación de la norma, que en apariencia cubre dicho caso, producirá el tipo de resultado justo en el que se inspiró la valoración que es la base de aquella norma. Cuando se trate de un caso que pertenece al tipo de situaciones que estuvieron en la mente del autor de la ley o, expresando lo mismo en términos objetivos, que pertenecen al tipo de situaciones que aparecen claramente como la motivación de la norma, el juez tendrá que limitarse a conjugar el sentido general y abstracto de la norma con la significación concreta del caso singular. (Recaséns Siches, 1966:432).

Si, por el contrario, el caso que se plantea ante el juez es de un tipo diferente al de aquellos que sirvieron como motivación para establecer la norma, la aplicación de ésta a

tal caso producirá resultados opuestos a aquellos que se propuso la norma, u opuestos a las consecuencias de las valoraciones en que la norma se inspiró, entonces entiendo que se debe considerar que aquella norma no es aplicable a dicho caso” (Graneris, 1961: 217).

En virtud de lo expuesto, resulta bien claro que en el caso de equidad no se trata de rectificar la ley, o de dejar de lado una ley jurídicamente aplicable por razones extrajurídicas. Se trata, por el contrario de que la ley aparentemente aplicable a la situación considerada en aquellas circunstancias en que conduce a resultados opuestos a la *ratio legis*, no resulta ser, por ello, la jurídicamente correspondiente a ese caso.

La afirmación anterior resultará seguramente aventurada para todos aquellos que se han formado en los cánones del positivismo legalista y que no pueden concebir otra realidad jurídica que no sea la norma establecida por el Estado. Pero, de un análisis realista e integral del fenómeno jurídico surge, sin lugar a dudas, que la realidad primaria en ese orden lo constituye el obrar social justamente ordenado; realidad a cuya concreción se ordenan ley, sentencia, facultad, ciencia del derecho, entre otras.

Lo justo, que es la encarnación del valor jurídico, se realiza en el acto concreto; solo del obrar humano singular puede predicarse, propiamente, la juridicidad; solo él puede ser designado, formalmente, con el término derecho.

Si la razón de la ley es determinar conductas ordenadas al bien común, es claro que ella no resulta aplicable en aquellos casos en que conduce a una iniquidad grave y evidente.

En la doctrina clásica, equidad significa, conforme a lo apuntado, que aquella norma cuya aplicación a un caso tenga por consecuencia una solución irracional e injusta, no es la correspondiente a dicho caso.

Equidad es aquella parte de la justicia legal que nos induce a la no aplicación de aquellas normas que implican consagrar una injusticia grave y evidente; que, en el caso concreto, no revisten esencialmente el carácter de leyes; que no son las que la autoridad estatal previó para ese tipo de circunstancias, sino para otras similares; que por último, producirán con su aplicación a ese caso un mal común; entendido como desorden social, desigualdad en los repartos y desarmonía en la convivencia.

Por supuesto que toda la estructura de la doctrina clásica de la equidad descansa sobre una concepción objetivista de los valores. Es bien claro que si se sostiene, tal como lo hace Kelsen, que justo es aquello que cada uno considera como tal, (Kelsen, 1962:75); desaparece la posibilidad de juicios de equidad, ya que ello significaría un salto a la anarquía y al subjetivismo arbitrario.

La doctrina de la equidad supone que los valores son objetivos, que su realidad es independiente del sujeto que los conoce y que esos valores son cognoscibles por el hombre. Es decir, supone que es posible, aun con imperfecciones discernir lo justo de lo injusto, que existen criterios objetivos de justicia cognoscibles por el intelecto y que pueden servir de medida del obrar humano en sociedad. Si por el contrario, sostenemos que lo justo es medido por el sentimiento personal de cada uno, que no nos podemos poner de acuerdo acerca de las razones de justicia, la equidad se transforma en un sinsentido. (Orgaz, 1977:75).

Consideramos que si esto fuese así, el derecho todo quedaría reducido sin fundamento, a la fuerza prevaleciente de los detentadores del poder.

Resumiendo esta postura a la cual adherimos, podemos afirmar que la equidad, desde la perspectiva clásica, es el resguardo o la realización de lo justo concreto en una determinada circunstancia, que es aquella donde la norma que gramaticalmente pareciera ser la concerniente al caso, acarrearía de aplicarse, consecuencias irracionales e inicuas, contrarias a la razón de justicia que guía su contenido. Justo concreto que se salvaguarda a través de la no aplicación de la ley al caso, ya que dicha norma no resulta ser la jurídicamente adecuada para regularlo. Por eso lo equitativo es justo, y mejor que una clase de justicia; no que la justicia absoluta, pero sí que el error producido por su carácter absoluto”. (Aristóteles, 1959:V.10).

En la concepción de Finnis, se reconoce la presencia de principios generales del derecho, en tanto son en parte de la ley natural y también de la ley humana positiva, pues esos principios, más que exigir, ellos justifican reglas y determinaciones particulares, y se hace posible su aplicación a circunstancias particulares merced a otros principios semejantes. (Finnis, 2000:315).

En el presente apartado, seguimos los desarrollos de Hervada quien considera que la denominación completa del arte del jurista no bastaría decir que es el arte de lo justo. En realidad el arte del derecho es el arte de lo justo y de lo equitativo. Es, en efecto, el arte del jurista el arte de la justicia y de la equidad, no sólo de la justicia. La equidad no es un elemento secundario del arte del derecho, sino parte principal.

Es el arte de armonizar la justicia con las otras virtudes que regulan las relaciones humanas. La justicia no puede ser contemplada aisladamente, sino en el contexto general de las relaciones humanas y del bien común. A cada uno hay que darle lo suyo, porque así lo exige la ontología de la persona humana y la estructura misma de las relaciones humanas. La equidad es la justicia matizada por otras virtudes y lo equitativo es el resultado de armonizar los deberes. La función de la equidad es mejorar la justicia y, por lo tanto, favorecer el bien común. Si en algún caso, la pretendida equidad destruyese la justicia o debilitase el bien común, no sería propiamente equidad, sino vicios como el mal gobierno, la injusticia o la debilidad. (Hervada, 1995: 89).

Por el contrario, para Carlos Nino, conceptos como los de equidad y justicia, deben analizarse primariamente en el contexto del discurso moral. Es allí donde está «en su casa» y en donde interactúa con otros valores. Esta localización de la noción de justicia en el discurso moral implica que ella necesariamente recibe el impacto de los diferentes análisis que se han propuesto de la estructura y funciones de ese discurso. (Nino, 1989:85).

Nuestra postura no está de acuerdo con dicha concepción que se encuentra dentro de un relativismo ético al cual no adherimos porque no consideramos derecho y moral como órdenes normativos escindidos. Por el contrario, el derecho se legitima a partir de incluir principios ético-jurídicos como la equidad.

La doctrina moderna

A más de dos mil trescientos años de su formulación por Aristóteles, la doctrina clásica de la equidad es la solución más sólida a la permanente aporía que plantean la generalidad de la ley y la singularidad del caso concreto. Se sigue acudiendo en auxilio de los jueces que se enfrentan a la disyuntiva de consagrar la injusticia aplicando mecánicamente la ley, o salvar el justo orden declarándola inaplicable por un juicio de equidad.

El problema se suscita para el jurista cuando se está frente a un sistema jurídico que parte de premisas que excluyen, en un primer análisis, el recurso a la equidad. La exclusión se debe a los postulados teóricos sobre los que se ha edificado, que son, fundamentalmente, los que presidieron la formación del Derecho francés contemporáneo. La premisa fundamental, de la que las demás dependen, es la de la plenitud absoluta de la ley escrita. (Hernández Gil, 1971:258).

El postulado de la plenitud de la ley escrita ha sido surgido en gran parte por la admiración a la empresa codificadora, pero tiene una génesis más profunda en dos de los principios fundamentales que recoge la Revolución Francesa, el principio de la soberanía nacional y el de la separación de poderes. Es decir que la ley era la expresión de la voluntad nacional de los juristas y los magistrados no podían participar en la creación del derecho, sin usurpar un derecho que pertenecía a los elegidos por la nación.

Además del mito de la soberanía nacional (Bidart Campos, 1960:84) y del principio de la división de poderes, fue la codificación revolucionaria la que en mayor medida contribuyó a cimentar el postulado del legalismo absoluto. El nuevo derecho codificado, suponía una unificación del sistema de fuentes para afirmar la sola existencia de la norma legislativa como instancia única de juridicidad. Esto era consecuencia de considerar el derecho codificado como la perfecta expresión del derecho racional, como la cima a que podía llegar la razón racionalista en el campo de lo jurídico.

Tanto la doctrina de la división de los poderes, como el mito de la soberanía nacional, el ideal racionalista codificador y la seguridad en las transacciones exigidas por la burguesía ascendente como núcleo de los intereses del grupo social recién llegado al poder, contribuyeron a la edificación de un sistema jurídico basado en la ley escrita como su única fuente, ley que era considerada perfecta y sin fallas y que debía dar solución específica a la totalidad de los conflictos que la vida jurídica planteara.

Es evidente que el principio de la aplicación mecánica de la ley por los jueces no sólo es equivocado desde el punto de vista racional, sino, contrario al mismo principio de la división de los poderes e irrealizable prácticamente.

Es erróneo pensar en la posibilidad de una interpretación literal, ya que el legislador, por absolutos que sean los poderes que le hayan conferido, no puede en ningún caso definir sobre el método de interpretación de sus mandatos. Compete a la función jurisdiccional la interpretación de las normas generales con vistas a su aplicación concreta; y sin esta labor interpretativa no puede hablarse propiamente de juicio, toda vez que éste supone el esclarecimiento de las premisas a partir de las que debe elaborarse. Además la irrealidad práctica del ideal legalista se puede comprobar en la experiencia de todos los tribunales del mundo, en donde cotidianamente se interpreta, con bastante amplitud las sancionadas por el legislador.

Se sostuvo que la lógica de los magistrados de aquellos tiempos fue admirable por su aptitud para vincular con maestría consumada, viejos artículos del código civil con soluciones que establecen exactamente lo contrario. Se sostiene que el matrimonio contraído entre el derecho y la lógica deductiva no fue un matrimonio modelo. (Villey, 1969:269).

Además una concepción legalista y formalista como esta sólo pudo tener vigencia mientras estuvieran equilibradas la vida social y la vida jurídica, es decir, mientras esta última ofreció las respuestas adecuadas a las necesidades de las relaciones sociales, pero se rompió el equilibrio cuando la legislación quedó inmovilizada como consecuencia de la idea de un derecho encerrado en las palabras de la ley y estático.

Conforme nuestra postura, compete a la esencia de la función jurisdiccional la interpretación de las normas generales con vistas a su aplicación concreta; sin esta labor interpretativa no puede hablarse propiamente de juicio, toda vez que éste supone el esclarecimiento de las premisas a partir de las que debe elaborarse. Por último, de la irrealidad práctica del ideal legalista habla a las claras la experiencia de la mayoría de los tribunales, en donde diariamente se interpreta, muchas veces con bastante amplitud, las prescripciones sancionadas por el legislador.

Conforme nuestra postura, Jhon Rawls señala que la justicia como equidad está pensada para una sociedad democrática, ya que, la sociedad democrática requiere ser concebida como un sistema de cooperación social constituido por ciudadanos que se conciben como libres e iguales. Además, señala que su teoría de la justicia parte de la idea de un acuerdo mutuo entre participantes que interactúan bajo condiciones equitativas de orden constitucional y político. Esta concepción, de Rawls nos compromete a reconstruir las ideas fundamentales que justifican, de manera filosófica y moral, a la justicia como equidad. En tal sentido, ideas como: la sociedad como un sistema equitativo de cooperación, una sociedad bien ordenada; la estructura básica; las personas libres e iguales; y el consenso entrecruzado, constituyen el conjunto de presupuestos conceptuales a precisar para comprender la perspectiva trazada por el filósofo sobre la justicia. (Rawls, 2002: 69).

La realidad jurídica argentina

Situación anterior a la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación

El sistema jurídico argentino, en particular en su aspecto civil, se elaboró a partir de los presupuestos y las premisas que hemos analizado en la doctrina moderna de la equidad; en virtud de la gran influencia que ejercieron en nuestro ámbito los juristas franceses enrolados en la Escuela de la exégesis. Acerca de esta corriente escribe Husson, que para los exegetas, el derecho se presentaba como un disciplina análoga, a la teología y a las matemáticas: a la teología porque buscaba la revelación de lo justo en la ley, como la teología busca sus verdades de fe en las Sagradas Escrituras; a las matemáticas, porque su método era, como el suyo, esencialmente deductivo (Husson, 1972: 122).

Como los exegetas, los más importantes juristas argentinos de principios del siglo XX, concibieron al derecho como un sistema cerrado de reglas (Salvat, 1965:8); inclusive algunos de ellos que se proclamaban originales y modernos han hablado de la plenitud del ordenamiento jurídico (Aftalión, 1972:231), consagrando el mismo legalismo extremo de los codificadores franceses.

Desde ya que no cabe duda que los grandes juristas de la escuela exegetica, como Aubry et Rau, Demolombe, Laurent, entre otros, formaron la mentalidad de la gran mayoría de los jueces y juristas argentinos. Esto trae como consecuencia que entre nosotros se haya establecido no sólo respecto del derecho codificado, sino también en los ideales jurídicos de la época, la primacía del derecho legal y de este modo, ius y aequitas aparecen enfrentados, en abierta contradicción. Es evidente que no puede haber equidad si la única fuente del derecho es la ley escrita y si además ella debe ser aplicada deductivamente a partir de los textos considerados en su más estricto sentido lingüístico.

De allí que extrayendo las últimas consecuencias de nuestro sistema jurídico, tal como fue elaborado en sus comienzos y conforme a su interpretación originaria, la equidad resultaba excluida del ámbito del derecho argentino.

En los hechos, por el contrario, ocurría que los jueces resolvían efectivamente conforme a justicia, no obstante la existencia de algunos textos legales que prima facie consagraban una solución irrazonable.

Ante esta irreconciliable oposición entre el espíritu que presidió la formación de nuestro sistema jurídico y el hecho evidente de la existencia de una jurisprudencia de equidad en el país, se hace necesario indagar los principios que permitan dar una respuesta adecuada a preguntas tales como si pueden fundarse en nuestro régimen jurídico juicios de equidad en los que no se aplica el texto legal que prima facie contempla el caso planteado o si es posible encontrarles fundamento en la legalidad positiva o habrá que contentarse con la remisión a la naturaleza de las cosas y a las razones de justicia. En relación a dichos interrogantes las opiniones son extremadamente controvertidas, por ello, las consideraciones que expondremos no pretenden ser una respuesta definitiva a los mismos, sino solo una contribución al esclarecimiento de la problemática.

Creemos, consecuentes con la concepción realista del derecho, que los jueces argentinos tienen a su alcance los medios necesarios para dictar fallos justos, aun cuando la solución no surja claramente del texto de ningún cuerpo legal. Es decir que nuestros jueces pueden, sin violentar el ordenamiento positivo, fallar equitativamente, es decir, no aplicar una norma cuando ésta falla en algún particular caso. Los recursos a los que puede y debe apelar el juez, frente a una situación que, regulada por la ley en primer análisis aplicable, conduciría un resultado gravemente injusto, contrario a las razones de bien común que motivaron la sanción de la norma, son a nuestro criterio, los siguientes:

-La interpretación realista de la ley: para esta concepción el derecho pertenece al orden de la praxis, el de las realidades que el hombre hace para el logro de su perfección personal o social. Conforme a esto, el derecho es en su primera acepción, obrar humano social ordenado hacia el bien comunitario; y las restantes realidades jurídicas -ley, facultad, sentencia, saber jurídico- obtienen su justificación intrínseca en la medida en que contribuyen al logro de ese orden en las relaciones y conductas sociales que hace posible el bien común.

Si el derecho no es una realidad teórica, sino una obra práctica, construcción del hombre para su perfección social, la interpretación de las realidades jurídicas debe adecuarse a su naturaleza esencial. La interpretación jurídica es, consecuentemente, una interpretación práctica. Quien interpreta un texto legislativo, en sentido amplio, quiere llegar a saber, no aquello que el autor del texto ha dicho o ha querido decir, sino cómo debe comportarse aquél a quien enseña, aconseja o manda. La interpretación jurídica es la interpretación práctica por excelencia. Su fin es la determinación de la regla de comportamiento sin la cual la acción, exigida imperiosamente por la vida, no puede ser realizada correctamente. La interpretación jurídica está sometida en última instancia al fin de la acción humana.

El juez cuando interpreta la norma hace una interpretación práctica, en el sentido de que debe orientarse a la mejor solución del caso controvertido, a la más justa regulación de las conductas humanas en la situación de que se trata. Por ello, la interpretación que el juez realiza de las normas jurídicas es, similar a la que de las reglas de su arte debe hacer el pintor, puesto frente a la ineludible necesidad de recrear en su tela un cierto y determinado paisaje. El juez tiene el mando esencial y constitucional de realizar la justicia en los casos que caigan bajo su jurisdicción, por lo tanto, la interpretación que haga de las leyes debe estar ordenada a ese objetivo.

Por ello se sostiene que los jueces están para juzgar justamente según la ley en el caso concreto, es decir, para emitir un juicio prudente aquí y ahora, no para subsumir el caso como si se tratase de un silogismo teórico, sino de un juicio prudencial que arribe a lo justo concreto del caso.

De este modo, interpretando la ley, se le presenta al juez, la posibilidad de juzgar justamente en la enorme mayoría de los casos, tarea que se simplifica a los magistrados argentinos de hoy con motivo de la enorme exuberancia de la legislación vigente, que torna imprescindible una tarea de depuración y de elección, entre muchas, de la norma aplicable al caso. Realizando esta elección e interpretando su significado intrínseco en el sentido de lo justo concreto, los jueces pueden, dentro de la ley, establecer rectamente lo debido en los casos en que deben ejercer su jurisdicción.

-La doctrina de las lagunas de la ley: contrariamente a lo sostenido por el racionalismo normativista en el sentido de que la ley era completa, perfecta y única fuente del derecho, la doctrina contemporánea sostiene, concordante con la realidad de las cosas, que en la legislación existen vacíos. Estas lagunas en la ley se deben fundamentalmente a tres causas: 1°) la imposibilidad del legislador de preverlo todo, de abarcar con la norma la totalidad de los casos posibles; 2°) aun el improbable caso de que pudiera anticiparse racionalmente la totalidad de las situaciones posibles, la imposibilidad de expresar o formular la norma de un modo inequívoco, completo y claro; 3°) el cambio de las situaciones sociales reguladas, que hace a una norma nacida bajo determinadas circunstancias, totalmente inadecuada para regir otras nuevas surgidas al compás del inevitable dinamismo de la vida social (Heck,2011:115). Estas últimas, llamadas lagunas sobrevinientes, son las más comunes y las que dan lugar en la mayoría de los casos a los juicios de equidad. Las lagunas legales adquieren su verdadera dimensión si partimos que al juez no le es posible abstenerse de juzgar. Ante esta situación conviene no confundir el deber inexcusable de dar una solución con la necesidad de darla de acuerdo al ordenamiento estatal, ya que el deber de administrar justicia exige que no se pueda dejar a los litigantes sin darles una solución, pero reiteramos que una cosa es esto y otra es que esa solución se extraiga de la ley positiva o del ordenamiento jurídico.

Es importante distinguir este tipo de lagunas de las lagunas axiológicas, que son aquellas en las que, no obstante existir una norma jurídica que regule el caso, el juzgador considera que la decisión lógica, que se inclina por pensar que el legislador, al hacer la previsión general, no ha comprendido ese caso concreto, puesto que de haberlo tenido en cuenta hubiera adoptado una decisión diferente de la que resulta de la aplicación del derecho según la fórmula legal existente.

Sostienen, Alchourrón y Bulygin que una laguna axiológica es una situación en la cual un cierto supuesto de hecho sí está reglado por una norma, pero que -según la opinión del intérprete- está reglado de forma axiológicamente inadecuada porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta. Se supone que el legislador no ha tenido en cuenta la distinción en cuestión por no haberla previsto y que, de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente» al supuesto de que se trata (Alchourrón y Bulygin,1987: 158).

De manea que a pesar de que el juez o el intérprete deben tener como punto de partida el texto de una norma la facultad del juez para actuar considerando elementos que estén ubicados más allá del derecho positivo se afirma en la necesidad de evitar la injusticia, integrando o corrigiendo la ley en nombre de los principios generales del

derecho, que surgen de los fines existenciales del hombre y de la sociedad, entre los que se encuentra la equidad.

Cuando la modificación de la realidad social convierte en racionalmente inaplicables a las nuevas situaciones normas que fueron creadas para regular situaciones similares en el pasado, el juez debe considerarse frente al caso de carencia de norma expresa, de una laguna legal, y recurrir a las fuentes supletorias.

El aserto de que en la ley existe un vacío, a pesar de que el hecho que el juez estudia reproduce la hipótesis de la norma legal, obedece precisamente a la convicción de que en el caso existe alguna circunstancia fuera de lo general (García Maynez, 1964:90).

Recaséns Siches, nos brinda una solución para este caso y expresa que es necesario que se repute que aquellos preceptos legislativos que darían lugar a efectos indebidos, no constituyen la norma en verdad aplicable a dicha controversia particular, y que entonces se debe averiguar si en el orden jurídico positivo existen otras normas que pudiesen ser consideradas como las pertinentes para resolver el caso en cuestión y si tal búsqueda diese resultado negativo, se debe entender que el juez se encuentra ante una laguna que habrá de rellenar por cuenta propia (Recaséns Siches, 1973:265).

En esos casos, las fuentes supletorias tienen la suficiente amplitud y flexibilidad como para permitir al magistrado hallar una norma que le permita, fundado en criterios objetivos, realizar lo justo concreto en el caso considerado.

Es necesario remarcar, que el recurso a los principios generales del derecho, entre ellos la equidad, ha de ser utilizado una vez agotadas o superadas las posibilidades integradoras de la ley por la analogía. A partir de esta afirmación consideramos que la función de los principios generales del derecho, entendidos como elementos fundantes del ordenamiento jurídico en virtud de su contenido de justicia no se reduce sólo a integrar una laguna jurídica o a solucionar un conflicto entre leyes contradictorias. Contrariamente deben ser siempre tenidos en cuenta para una mejor comprensión del ordenamiento jurídico general, Todo lo expresado respecto a los principios generales del derecho en general, cabe para la equidad en particular. (Martínez Paz, 2004:352).

No podemos soslayar el art. 16 del Código Civil de Vélez Sarsfield, que establecía: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.” Es decir que ya el citado artículo proponía una redacción que permitía recurrir al recurso teórico y práctico de la equidad.

Luego la reforma de 1968 -en particular con la teoría de la imprevisión- admitió soluciones equitativas ante situaciones no previstas por la ley ni por las partes. La misma, a través del art. 1198 del Código de V. Sarsfield, establece que: “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.”.

La llamada teoría de la imprevisión había sido incorporada en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la reforma de la Ley N° 17.771, en la segunda parte del artículo 1.198. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley N° 26.994, disciplina este instituto en su artículo 1.091.

Como puede observarse, la teoría de la imprevisión se constituye, ante todo, como un remedio jurídico frente a un contrato que con posterioridad a su celebración se ha desquiciado por circunstancias ajenas a las partes.

Vélez Sarsfield, en la nota al art. 2567 del Código Civil (anterior a la reforma) establecía que “la equidad es lo que debe dirigir la resolución de los jueces” y ello debe ser así, porque la equidad es el última puerta de acceso a la plenitud de la justicia.

Situación con la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación

El art. 2 del Nuevo Código Civil y Comercial, plantea pautas de interpretación, respecto de la ley, dice textualmente “Interpretación. *La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*”. Es decir que dentro de las finalidades de la ley, cabe incluir los principios ético-jurídicos, como la equidad. Nos encontramos en la actualidad con el artículo 2 del Nuevo Código Civil y Comercial unificado, que sienta bases interpretativas de la ley; en consecuencia la equidad pasa a ser un canon de interpretación conductista y sirve para asignarle el sentido a la ley.

El art. 2 se encuentra en el Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación, iluminando, y haciendo de guía de todo el articulado respectivo.

Es de tal trascendencia, que cuando se trata el fundamento de la analogía, una de las condiciones fundamentales que debe cumplir para su aplicación es, la de tener en cuenta los fines –explícitos o implícitos- del ordenamiento jurídico. En consecuencia, cuando el artículo 2 del Código Civil y Comercial se refiere a interpretaciones según “los principios y los valores jurídicos”, es impensable que se pueda proceder a la interpretación del ordenamiento jurídico, prescindiendo de la equidad. El artículo 2 del CCC se vincula con el artículo 9 del Código Civil y Comercial que dice textualmente: “Principio de Buena Fe. *Los derechos deben ser ejercidos de buena fe*”; y cuando el Código aborda el abuso del derecho, donde lo define como aquél que viola o contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe. (Art. 10 Código Civil y Comercial).

El artículo 2 del Código Civil y Comercial se refiere a interpretar la ley de acuerdo a los “principios”, por lo cual la equidad ya no sería una consecuencia de la interpretación legal, sino una condición o factor previo para la interpretación de esta última. En consecuencia, la equidad es un principio general del derecho y pauta de interpretación de la ley.

Conclusión

El estudio que proponemos presenta innumerables desafíos que no pueden ser agotados en este trabajo, pero nos plantea la tarea de buscar, establecer cómo se desenvuelve la equidad como pauta de interpretación y por supuesto como principio general del derecho, hoy establecido de manera positiva por el propio Código Civil y Comercial de la Nación. Cabe preguntar desde qué lugar se realiza la ponderación e interpretación frente a un caso concreto, buscando una aplicación integrada. Ello exige repensar el principio de la equidad como criterio de interpretación y de aplicación del derecho, y buscar nuevos puntos de vista que integren en las decisiones judiciales las pautas establecidas por el nuevo artículo 2 en relación con el artículo 9 y 10 del Nuevo Código Civil y Comercial. Conforme lo dicho, el trabajo aquí planteado persigue el análisis de

la equidad, que es principio jurídico de acuerdo a los criterios de interpretación establecidos en el artículo 2 del Código Civil y Comercial, de los fines y principios jurídicos involucrados en esa regulación de conductas y de la ley, considerando el derecho nacional, internacional y la jurisprudencia argentina.

Pero reiteramos, que tema de tal importancia, debe ser tomado como punto de partida para futuros trabajos de investigación. De modo que analizaremos este fenómeno jurídico, considerando la equidad como principio jurídico de acuerdo a los criterios de interpretación establecidos en el artículo 2 del Código Civil y Comercial, la vinculación de la equidad con la legitimidad de las decisiones judiciales y su fundamentación jurídica a través de un discurso racional. Nos preguntamos entonces, qué rol juega el artículo 2 del Código Civil y Comercial y cómo juega la equidad en la justificación racional como una noción de justicia, -en el presente contexto, cabe preguntarse sobre la equidad como razón para no aplicar una norma y como razón para interpretarla, estudiando las consecuencias que ello implica.

El artículo del nuevo código, nos lleva a preguntarnos si la equidad como principio general del derecho ha de ser utilizado una vez agotadas o superadas las posibilidades integradoras de la ley por analogía o se ha modificado esta situación a la luz del nuevo artículo menciona.

Consideramos que con la excepción de aquéllos que aún se aferran al postulado de la plenitud de la ley, no pueden quedar dudas razonables acerca de la posibilidad de dictar fallos de equidad dentro de nuestro sistema jurídico positivo; más aún con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que alude expresamente a los principios y a los valores jurídicos. Este principio ético-jurídico del ordenamiento jurídico, se manifiesta como la conexión entre el mundo ético y el mundo jurídico-político.

La equidad enlaza un discurso que no es sólo jurídico y que tampoco puede ser de neta protección, ya que el discurso rígido de la lógica estatal protectoria deja por fuera al sujeto a proteger. No podemos soslayar la condición de principio general del derecho que reviste la equidad y como todo principio informa bienes y valores. En este contexto, el derecho debe formar parte del actuar libre del hombre, siendo una de sus consecuencias y protagonista indispensable, el espacio de libertad exterior.

La equidad traduce un principio de justicia, que al ser criterio de interpretación de la ley y de las conductas, se plasma en aquel punto de vista sobre la justicia que todo derecho es (Legaz y Lacambra. 1947:127). El análisis no puede ser sólo normativo, sino que incorpora valores jurídicos, principios éticos, y concretamente los principios generales del derecho, entre los que se encuentra la equidad, y constituye un criterio de justicia y de razón, que siempre están supuestos en la creación de la norma y a partir de la reforma del Código Civil y Comercial, en la interpretación de la ley, y en el ejercicio de los derechos.

La interpretación es una operación total y que para ser eficaz debe incorporar no sólo los aspectos normativos y sociales, sino también los fines de la ley, los contenidos de justicia, los principios, los valores jurídicos y sociales que la ley garantiza. Coincide con el art. 2 del Código Civil y Comercial, en el cual incluimos la equidad como pauta de interpretación.

La equidad cobra una importancia tal, que se convierte en un punto sumamente importante por su función no sólo como pauta de interpretación, sino de integración del derecho, de allí que el reconocimiento de los principios generales del derecho a las que se puede acudir como fuentes en caso de defecto de la ley, hoy ya explicitado a través del nuevo Código que la establece como criterio de interpretación de la ley y de

conductas, además de su incorporación dentro de los fines explícitos o implícitos del ordenamiento jurídico, hacen de ella un tema central y por qué no decirlo controversial en muchos aspectos.

Queda claro que toda interpretación tanto de la ley como de las conductas, para ser eficaz debe considerar, además de los aspectos normativos y sociales, una *idea de fin y los contenidos de justicia, los valores jurídicos y sociales* que la ley supone y garantiza.

La equidad se aplica tanto para integrar lagunas, o cuando una norma jurídica la determina (art. 2 del Código Civil y Comercial de la Nación). No obstante, el espíritu de equidad puede ejercitarse en todos los casos, pues debe estar presente en la tarea de interpretación.

Referencias bibliográficas

Aftalión E. y Vilanova, J. (1994), *Introducción al Derecho*, Editorial Abeledo-Perrot, 2da.reimpresión, Nueva versión con la colaboración de J. Raffo, Buenos Aires, Argentina.

Alchourrón y E. Bulygin, (1987), *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, Argentina.

Alexy, R., (1989), *-Teoría de la Argumentación Jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.

(1987), *-La validez del Derecho*, Madrid, España.

Aristóteles, (1959), *Ética a Nicómaco*, ed. Bilingüe y trad. De Julián marías Y María Araujo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España.

Bidart Campos, G. (1960), *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, soberanía y representación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Bueres, A., (2001), *Derecho Privado*, Editorial Hammurabi, Depalma, Buenos Aires.
De los Mozos, J.L.(1965), *El principio de la buena fe*, Bosch, Barcelona.

Díez Picazo, L.(1986), *Prólogo a la obra de Franz Wieacker, El principio de la buena fe*, 2ª reimp. Vivitas, Madrid.

Ferreya Rubio, D.,(1984), *La buena fe*, Montecorvo, Madrid.

Finnis J., (2000), *Ley Natural y derechos naturales*, traducción de C.Orrego, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.

Garrido Cordera, L., (2005), *La buena fe como pauta de interpretación de los contratos*, Buenos Aires.

Graneris, G., (1961), *La filosofía del diritto nolla sua sioria e nei suoi problema*, Descleé, Roma. Italia.

Heck, P.,(2011), *La jurisprudencia de intereses*, Comares, Granada, España.

Hernández Gil, A., (1971), *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España.

Hervada, J. (1995), *Lecciones propedéuticas de Filosofía del derecho*, Eunsa, Navarra.
(2010), *¿Qué es el derecho?*, Temis, Bogotá, Colombia.

Husson, L. (1972), *Analyse critique de la méthode de l'exegése*, Sirey, París, Francia.

Kelsen, H. (1962), *¿Qué es la justicia?*, Córdoba, Universidad Nacional De Córdoba.

Larenz, K., (1966), *Metodología de la Ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona.

Legaz y Lacambra, L., (1947), *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Bosch, Barcelona, España.

Martínez Paz, F., (2003), *-La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba.

(2004), *-Introducción al Derecho, 2da Edición actualizada, reestructurada y revisada*, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.

Nino, C.S., (1984), *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, Argentina.

(1989), *- Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, Argentina.

Ordoqui Castilla, G.,(2005), *Buena fe contractual*, Ediciones del Foro, Montevideo, Uruguay.

Rawls, J., (2002), *La justicia como equidad*, Paidós, Barcelona. España.

Recaséns Siches, L., (1966), *Equidad*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. X, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina.

Salvat, R.M., (1965), *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Ediciones La Ley, Buenos Aires, Argentina.

Tomás de Aquino,S., (1274), *Suma Teológica*, I-II, Q. 90; a.2.

Villey, M., (1975), *Philosophie du Droit*, Dalloz, París, Francia.

(1969), - *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, París, Francia.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](#). You are free to: Share — copy and redistribute the material in any medium or format Adapt — remix, transform, and build upon the material. Under the following terms: Attribution : You must give [appropriate credit](#), provide a link to the license, and [indicate if changes were made](#). You may do so in any reasonable manner, but not in any way that suggests the licensor endorses you or your use. Non Commercial : You may not use the material for [commercial purposes](#).

<http://dx.doi.org/10.26612/2525-0469/2017-4.04>