

Frónesis: Vol. 3, No. 1, 1996: 49-69  
ISSN 1315-6268

# Algunas consideraciones críticas sobre la función de la equidad en el Derecho

*Carlos Alberto Urdaneta Sandoval*

*e-mail: czal@lgvop2.pdv.com*

*Carbones del Guasare, S.A. Edif. Lagoven*

*Calle 77 (5 de Julio) con Av. 11, 1<sup>er</sup> piso. Maracaibo, Edo. Zulia*

*Telf: 061-961634 / 961735 / 961600. Fax: 061-961790*

## Resumen

El propósito de este artículo es discutir los principios y reglas tradicionalmente admitidos en la Filosofía del Derecho acerca de la equidad o epiqueya, especialmente en lo referido en sus acepciones, contenido y clasificación, a fin de reflexionar sobre su función real como fuente del Derecho en la interpretación e integración de los sistemas normativos.

**Palabras claves:** Interpretación e Integración, Equidad, Epiqueya, Contenido, Clasificación, Función, Fuente del Derecho.

# Some critical considerations regarding the function of the equity in the Law

## Abstract

The purpose of this article is to discuss the principles and rules traditionally admitted in the Jurisprudence regarding the equity or epiqueya, specially what on referr to its sense, content and classification, in order to reflect on its real function as source of the Law in the interpretation and integration of the rules system.

Key words: Interpretation and Integration, Equity, Epiqueya, Content, Classification, Function, Source of the Law.

## 1. Etimología

Proviene los vocablos "equity", "equitá", "equité", "equidade" y "equidad" del latín "aequitas" que, bien derivando del adjetivo "aequus" (Couture, 1976: 258), o del sánscrito "aika" -o "aikya"- (Rotondi, 1977: 667), posee como significado esencial la idea de igualdad.

A la equidad también se hace alusión cuando se habla de la "epiqueya". En efecto, dicha voz proviene del término griego "epieí-keia", el cual se corresponde con la expresión latina "aequitas" en la significación. Así, se pueden utilizar indistintamente equidad o epiqueya, según se asuma el vocablo en su origen latino o griego.

## 2. Derecho Griego

Corresponde a Aristóteles de Estagira la fortuna de haber logrado una de las exposiciones más penetrantes acerca del sentido y la función de la equidad. Sus planteamientos siguen siendo hoy en día objeto de acogimiento universal.

En su "Ética Nicomáquea" y en la Retórica llega a configurar

la denominada función "correctiva" de la equidad frente a la ley, así como su función integradora de los vacíos legales.

Resulta oportuno recordar aquí la caracterización hecha por Aristóteles de la equidad en su "Ética a Nicómaco", V, 10 (citado por Berri, 1975: 141):

La equidad (dice) no pertenece a un género diverso del Derecho, sino al mismo (tautòn), la aporía nace del hecho de que la equidad es Derecho, aunque no según ley (kata nòmou), sino un correctivo del Derecho que deriva de la ley (epanòrthoma nomimou dikàiou). Correctivo requerido por el hecho de que la ley formula la norma en términos generales (kathòlou) y en algunos casos una formulación general no es apta para enunciar la recta y adecuada disciplina (orthòs eipèin peri). En los casos, por tanto, donde es necesaria una enunciación general, pero que ésta no es adecuada para suministrar la recta máxima de decisión, allí la ley, si bien regula la generalidad de los casos (to plèon), no ignora que deja deficiencias y lagunas. La deficiencia, ciertamente, no se halla en la ley ni en el legislador, sino en la naturaleza del hecho concreto (en te fysei tou pràgmatos). Entonces es necesario acudir a un correctivo de la deficiencia, pues la naturaleza de la equidad es precisamente ésta, ser un correctivo de la ley, en cuanto es deficiente, por estar la norma formulada en términos generales (èstin àute e fysis e tou epiekoùs, epanòrthoma nòmou e ellepei dià to kathòlou).

Igualmente a su autoría es atribuida la más famosa definición de la equidad, entendida como la "justicia del caso concreto". Sin embargo, estudios recientes han demostrado que la frase en cuestión, inferida de un pasaje de la "Ética nicomáquea", no es más que un lugar común, transmitido durante siglos por fuerza de la pasividad (Frosini, citado por Giannattasio, 1974: 677 - 678).

Es precisamente contra tal definición que se han generado en la actualidad ciertas objeciones. No posee consistencia -se dice- porque, de una parte, la justicia, si es tal, no puede tener vida sino al adecuarse al caso singular y, por otra parte, el juez para senten-

ciar en consonancia con la justicia no puede omitir la constatación del juicio a través de la ley (Carnelutti, 1971: I -157).

### 3. Derecho Romano

Los romanos, influenciados de cierta manera por la filosofía y retórica griegas, conocieron el concepto de "aequitas" o "aequus et bonum". Significativa preponderancia tuvo en los siguientes principios de la jurisprudencia romana: 1) En la preferencia de la noción natural de parentesco sobre la idea artificial de la agnación; 2) En el perfeccionamiento del principio de la buena fe en las obligaciones contractuales; 3) En el dogma interpretativo del predominio de la intención sobre la forma; 4) En la prohibición del enriquecimiento sin causa a costa de otro; 5) En la oposición al "dolus malus", bajo la forma de la "subtilitas", o sea la adhesión a la letra escrita de la ley para transformarla en un medio de obtener ventaja sin escrúpulos. De todo lo anterior se deduce, la labor amplia que debía cumplir el juez (Allen, 1969: 569 - 574).

En alguna oportunidad y por efecto de la legislación imperial, la "aequitas" obtendría el rango de deber positivo del juzgador, con facultades harto amplias respecto a su papel.

### 4. Derecho Anglo - Norteamericano

En el Angloamerican Law la "equity" ha asumido una connotación técnica, llegándose a considerar como una jurisdicción completa, distinta de los principios del Common Law. No obstante, la distinción Common Law y equidad en el sistema Anglo - Norteamericano, no es asimilable a la distinción entre "ius strictum" y "aequitas", ya que varias doctrinas del Common Law son todavía "equitativas" en su naturaleza y en sus intenciones (Allen, 1969: 611-613).

Los principios fundamentales de la "equity" anglosajona han sido sistematizados en las denominadas XII Tablas de la Equidad,

esquematación abstracta de las pautas a seguir en la resolución de conflictos judiciales.

Las XII Tablas de la Equidad establecen:

- I. La equidad no consiente agravio sin reparación.
- II. Actúa sobre las personas y no sobre las cosas.
- III. Presume perfecto aquello de futura verificación.
- IV. Relega las formas para tomar preferente consideración de la naturaleza de las relaciones.
- V. Presupone siempre la intención de cumplir lo convenido.
- VI. En principio, la igualdad es equidad.
- VII. Ampara al diligente y no al que descuida su derecho.
- VIII. Quien solicita una decisión en equidad no debe estar incurso en dolo o mala fe.
- IX. A la petición de equidad debe preceder una conducta equitativa.
- X. Si la solución equitativa favorece por igual a ambas partes, se confía al Derecho estricto la solución.
- XI. Sin grave detrimento de la equidad, debe tomarse en cuenta la norma "prior tempore potior jure".
- XII. La equidad complementa la ley (Fueyo Laneri, 1976: 39).

### 5. Acepciones

Son varios los sentidos otorgados a la palabra equidad, pero no son independientes ni opuestos. Se mencionan de seguida las acepciones más comunes.

5.1. Equidad: como aquello que es adecuado a las exigencias de la vida jurídica. Verbi gratia, una compraventa equitativa será aquella en la que se verifique una correspondencia entre el precio

y la mercancía. En tal sentido, se ha podido afirmar (Pérez Luño, 1977: 837), que la equidad obra en esos casos como criterio racionalizante de las fuerzas económicas que operan en el interior de un sistema, es decir como transposición en el campo jurídico de reglas de experiencia deducidas de las relaciones del mercado.

5.2. Equidad: Como lo fundamentalmente justo. Aquí configura uno de los aspectos de la noción de justicia, como lo es el principio de la igualdad o proporcionalidad, de modo tal que entre los vocablos justicia y equidad existe una relación de sinonimia (Recaséns Siches, 1993: 427).

A la presente acepción se corresponde el contenido del párrafo único del artículo 3° de la derogada "Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos de Paz", publicada en Gaceta Oficial N° 4.634 Extraordinario del 22 de septiembre de 1993, según la cual: "Se entiende que un fallo se dicta con arreglo a la equidad cuando se basa en el equilibrio en el reparto de los derechos y obligaciones de las partes, teniendo presente la naturaleza de cada caso en particular".

Ahora bien, en torno al mencionado principio de igualdad, es Mario Rotondi (1977: 669) quien esclarece su contenido. Es la igualdad de los ciudadanos de frente a la ley; no es la igualdad de los ciudadanos entre ellos. Es la igualdad entre iguales y de allí, entonces, la desigualdad entre desiguales. Por consiguiente, la igualdad es la posibilidad de todos los sujetos titulares de derecho de reivindicar en las mismas condiciones aquella protección que la ley por tal carácter acuerda a los otros.

Por su parte, Chaim Perelman (1964: 17), partiendo de la base de que la regla de justicia constituye un principio de distribución de bienes y que prescribe dar algo, ha establecido las seis categorías esenciales de la justicia, a saber:

- 1) A cada quien la misma cosa.
- 2) A cada quien según sus méritos.

- 3) A cada quien según sus obras.
- 4) A cada quien según sus necesidades.
- 5) A cada quien según su rango.
- 6) A cada quien según lo que la ley le atribuye.

Luego, el mismo autor (1964: 28) define la justicia formal y abstracta como "un principio de acción de acuerdo con el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera". Con esta definición de naturaleza meramente formal deja a un lado los problemas de la justicia concreta, vale decir, no establece ni cuando dos seres forman parte de una categoría esencial ni cómo hay que tratarlos en el caso singular.

Posteriormente plantea la hipótesis por la cual en un caso en concreto se toman en cuenta simultáneamente dos o más características esenciales que disminuyen la posibilidad de establecer una igualdad perfecta, una justicia formal. Se recurre, ante dicha antinomia de la justicia, a la equidad, muletilla de la justicia, opuesta a todo formalismo, del que debe ser complementaria, y la define como una "tendencia a no tratar de manera demasiado desigual a los seres que forman parte de una misma categoría esencial" (Perelman, 1964: 46).

En síntesis, el mérito de Perelman estriba en haber establecido la vinculación precisa de la justicia con respecto a la equidad. Así, la justicia tiende a lograr la igualdad formal; entretanto la equidad trata de realizar la igualdad material, allí donde las categorías esenciales de la justicia formal se entrecruzan. La labor efectuada por el filósofo belga, constituye un aporte fundamental que sigue la línea iniciada en la Grecia Antigua por Aristóteles.

5.3. Una Tercera Acepción de la Voz Equidad: Es aquella que, vinculándola con la manera como una norma individualizada puede llegar a ser justa, la percibe como el principio de la recta interpretación y aplicación de la norma jurídica.

Luis Recaséns Siches (1993: 428), considera esta acepción como la fundamental y con asiento en ella define la equidad como "...aquel modo de dictar sentencias judiciales y resoluciones administrativas mediante la cual se tome en cuenta las singulares características del caso particular, de suerte que en vista de éstos se interprete y aplique con justicia la ley, la cual está siempre redactada en términos abstractos y generales...". Lo equitativo consiente la exclusión parcial de los efectos de la norma jurídica para moderar su aplicación, tomando en cuenta las circunstancias individuales del caso. La propia norma jurídica puede prever con antelación la forma de flexibilizarse y delegar expresamente en el juez esa potestad de adaptación, sin embargo, aún en las hipótesis en que no lo haya dispuesto así, puede darse como seguro que el juzgador se atribuirá dicha prerrogativa, porque él es un ser humano y no una máquina de producir silogismos y en su juicio intervienen tanto su conocimiento de las normas y su lógica como su intuición y sensibilidad (Carbonnier, 1960: I -32).

Recaséns hace objeto de crítica la función de la equidad de "corregir la ley" en su aplicación a los casos particulares. La equidad -dice- no corrige la ley, sino que la "interpreta razonablemente"; en conclusión, es la manera correcta de interpretar todas las leyes para, con base en ellas, elaborar las normas individualizadas (Recaséns Siches, 1993: 428 y 429; 1975: 654).

El autor español Vicente Torralba (citado por Puig Brutau, 1989: 339) observa con acierto en este sentido que la interpretación actúa sobre y desde la norma que se proyecta hacia el supuesto de hecho, mientras la equidad parte del análisis de las especiales circunstancias del supuesto concreto cuyas exigencias proyecta sobre la norma, para obligar a descubrir el verdadero significado que éste tiene para el caso sometido a solución.

Por ello, como expresa Luis Legaz y Lacambra (1979: 356), el juzgador debe apreciar las "circunstancias" del caso para "graduar" la sanción aplicable; cuando lo típico predomina sobre lo in-

dividual no hay otro medio más justo y equitativo que aplicar el criterio igualitario prefijado en el esquema legal, y cuando lo individual supera a lo genérico, la misma justicia exige la práctica de la equidad aplicando una medida adecuada a esos elementos individuales.

5.4. La Equidad: como criterio o pauta en que deben inspirarse los poderes discrecionales del juez o del funcionario administrativo.

5.5. La Equidad: Como orden supletorio, es el "...conjunto de valores al cual puede acudir el juez, en casos particulares que no tienen solución prevista en el texto legal", según las enseñanzas de Eduardo J. Couture (1976: 258). Se denota en tal sentido la función integradora de la equidad vinculada al ordenamiento jurídico.

Torralba (citado por Puig Brutau, 1989: 339) al distinguir analogía y equidad, sobre el argumento de que la primera suple la falta de la ley, mientras la segunda supera las deficiencias de los preceptos legales existentes que provocarían una solución injusta, aparentemente estaría en desacuerdo con el planteamiento de Couture aquí explicado; sin embargo, Torralba se maneja en el plano de la equidad interpretativa mientras que el maestro uruguayo se refiere a la equidad integradora por la que ambos puntos de vista son válidos.

5.6. La Equidad: Se contrapone, finalmente, al *ius strictum* como un "...sistema jurídico en el cual los jueces, cuando los faculta para ello la ley, pueden apartarse prudentemente del derecho positivo que estimen injusto en el caso particular, acudiendo a los dictados de su leal saber y entender". (Couture, 1976: 258). Es esta acepción la que de manera más extrema pretende evitar los efectos de un derecho demasiado inflexible, ya que "*summum ius summa iniuria*", por lo que la equidad vendría a constituirse, como lo ha dicho Pringsheim (citado por Puig Brutau, 1989: 333), en la conciencia del derecho, pues impulsa a realizar reformas legales, a

buscar el derecho que ha de ser, o sirve como puente entre el derecho que es y el que va a ser.

## 6. Contenido

Aristóteles acudió a la metáfora de la regla de Lesbos, medida de plomo que se amoldaba a las ondulaciones de la materia, para referir la elasticidad, la flexibilidad, la adaptabilidad de la equidad a las peculiaridades del caso singular. Ahora bien, tal cualidad se fundamenta no sólo en las sinuosidades que pueda presentar la "fattispecie" en concreto, sino que su resultado viene determinado por el criterio de valoración de que se haya servido el juez para decidir *ex-aequo*, vale decir, por el contenido específico del que se nutra el juicio de valor respectivo.

Sobre el contenido de la equidad son clásicas las discusiones generadas en torno a su identificación o no con los principios generales del derecho, con el derecho natural y con la moral. Aún así, no es este el lugar indicado para el tratamiento a profundidad de tales cuestiones. Sólo interesa clarificar que no existe un "corpus" preconstituido de reglas de equidad en contraposición a las normas jurídicas (Vecchione y De Marini, citados por Carpi y otros, 1988: 199); de modo, pues, que cualquiera de los sistemas arriba mencionados que, en una hipótesis específica y en un momento y lugar determinado, pueda ser considerado como fundamento axiológico razonable del sentido del orden jurídico - social, suministrará -en tal caso- los criterios de formulación del juicio que conformarán la sustancia vital y concreta de la equidad.

Dentro de la línea amplia de pensamiento a la que se hace alusión, se puede afirmar que la equidad puede vincular su contenido a criterios jurídicos -*exempli gratia*, los principios generales del derecho- o a criterios éticos, sociales y económicos dispersos en la conciencia común (Grasso y De Marini, citados por Carpi y otros, 1988: 199), que en un país y época determinada se valoran como los más aptos para regular las relaciones humanas (Vita, citado por Fernández, 1981: 277). Y ello es así, porque como asienta

Bielsa (1961: 495), la decisión que es equitativa para un momento de la vida económica, política, de acuerdo a las circunstancias, puede que no lo sea en algún otro momento o en circunstancias diversas, aunque ellas sean dictadas bajo el mismo ordenamiento jurídico - positivo.

La equidad, entonces, encuentra formulación en la conciencia individual del juez como criterio más flexible y alternativo frente al derecho estricto, pero no puede reducirse a una mera valoración subjetiva, pues *modus omnibus in rebus* [en todos los casos debe haber una medida], y ella debe ser expresada según los cánones intersubjetivos de valoración ya mencionados (Nasi y Liebman, citados por Carpi y otros, 1988: 199).

## 7. Clasificación

Está visto que existen no pocos medios de analizar el concepto equidad, lo que ha inducido a la doctrina a intentar la ordenación por clases, de los distintos aspectos que de ella han podido predicarse. Se analizan a continuación algunas de las clasificaciones propuestas.

7.1. Por el Grado en la Escala de Generación Normativa: Existe una equidad del momento de creación de la norma y una equidad del momento de aplicación (Rotondi, 1977: 667).

Aunque se ha discutido sobre la existencia o no del primer tipo de equidad anotado -de modo principal, con el argumento de que existiendo la equidad sólo para el caso concreto, no es factible que pueda hablarse de una ley o norma en abstracto equitativa-, se debe tomar en consideración que el poder legislativo en el instante en que crea las normas debe ejercer un juicio atemperado y conveniente en la disciplina de las relaciones a regular, para hacerlas así compatibles con las exigencias del sistema de derecho en que se encontrarán inmersas, así como los requerimientos que se manifiesten en la conciencia colectiva y en el bien común. De tal manera que la equidad se confirma como fundamento no sólo de

preceptos en específico sino de instituciones jurídicas completas, baste pensar sólo en el enriquecimiento sin causa (Art. 1184 del Código Civil), el abuso del derecho (Art. 1185 ejusdem), el principio de igualdad procesal (Art. 15 del Código de Procedimiento Civil), la teoría finalista en materia de nulidades de los actos procesales (Art. 206 ejusdem), para aquilatar el aporte de la equidad en la función legislativa.

En cuanto a la equidad que actúa de frente a la aplicación de la norma abstracta para crear una segunda norma individualizada, cuyo molde es la conducta humana en concreto que pretende regular y que supone la materialización de la *fattispecie* general de la primera, se debe decir que es la que normalmente se administra a la actividad jurisdiccional ordinaria.

7.2. Conforme a su Fundamento: Se habla de una equidad individual y de otra general o social.

Piero Calamandrei sustenta la clasificación en estudio. El inolvidable maestro florentino define la equidad individual como "... un modo de aplicar la norma teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso concreto (...) no es otra cosa que la justicia del caso singular..." (1961: 72); y lo propio hace con la equidad general o social, pues de ella habla "... cuando el juez busca la solución del caso particular guiándose por ciertas premisas de orden general, que siente como adquisición preexistente de la sociedad a que pertenece (...), las encuentra en su interior, registradas en su conciencia" (1960: 67), lo que le permite condenar, por virtud de tal expediente, una norma de derecho positivo contraria a tales premisas -considerada ésta en sí misma, independientemente de su aplicación a una situación de hecho singular- para contraponerle otra que corresponda mejor a ese "sentimiento común", que a su vez se entiende como "... el complejo de factores económicos y morales, de tendencias y aspiraciones vivas en la conciencia de cierta sociedad" (1961: 73), en un momento histórico determinado.

Sin embargo, el asidero de la presente clasificación no es in-

mune a la crítica. A ese "sentimiento común" a que recurre Calamandrei debe acudir el juez incluso cuando lleva a cabo una mera interpretación de la norma, y no sólo en la hipótesis *contra legem* expuesta. Se comparte al respecto el criterio esbozado por Elio Fazzalari (1989: 395) para quien a la equidad no se puede adjetivar ni "del caso concreto", ni "social": es en verdad y en todo caso, valoración del Juez.

7.3. Al Diferenciar su Función Constante y su Función Residual: La equidad puede ser fuente real o fuente formal, respectivamente.

Acepta esta clasificación el procesalista uruguayo Dante Barrios de Angelis (1989: 99). Si la función de la equidad es constante se considera como fuente real, de perseverante utilización para todas las fuentes formales: el legislador, el juez, etc., recurren inexorablemente a ella para informar sus modos particulares de creación del derecho. Si por el contrario, su función es residual es porque tal limitación viene determinada por la atribución del papel de fuente formal hecha por el legislador a la equidad, bien implícitamente -con la norma que prohíbe la denegación de justicia por silencio, contradicción o deficiencia de la ley, o por la obscuridad o ambigüedad en sus términos (Art. 19 CPC)- o bien de manera expresa con las constantes referencias a la prudencia, arbitrio, y demás frases de contenido elástico.

Este punto de vista, así planteado, es sumamente engañoso pues no se debe perder de vista el hecho de que si bien la equidad consagrada como fuente formal del derecho establece presuntamente que el juez sólo puede juzgar en equidad aquellos casos en que la ley le haya concedido expresamente dicha facultad, tal presunción es falsa en tanto el ámbito efectivo de la equidad, asumida como fuente real de ejercicio consuetudinario, supera holgadamente esas hipótesis de equidad autorizada por la ley.

7.4. Por su Dimensión Técnico - Instrumental: La equidad se divide en *secundum legem*, *contra legem* y *praeter legem*.

La equidad *secundum legem* es la que está expresamente autorizada por delegación legislativa para la solución de determinados problemas en la interpretación del derecho y especialmente como método esencial para indagar el auténtico contenido de la ley en cuanto pretende ser racional, lógica y teleológica (Pérez Luño, 1977: 845). Vale decir, se produce cuando la misma ley remite a la equidad para la búsqueda del adecuado sentido que debe apreciarse inserto en la norma.

Equidad *contra legem*, por su parte, es la posibilidad que tiene el juez de dictar una resolución contra el sentido de la ley escrita y en base a la aplicación de la equidad (Pérez Luño, 1977: 846).

Según afirma Ernst Burkhardt, (1977: 211), quien recoge de manera fiel los penetrantes planteamientos que hace Santo Tomás de Aquino en su *Summa Theológica*, los actos humanos sobre los que versan las leyes, están determinados por su naturaleza singular y contingente, lo que los hace variar de múltiples maneras; como corolario, no es posible elaborar una ley que no falle nunca. Lo que hacen los legisladores es ponderar lo que generalmente sucede, para legislar en tal sentido. De allí que pueda suceder que la observancia de una ley justa, que de por sí aparece vinculada al bien común, no resulte oportuna para un individuo determinado o para un caso particular, pues se impediría así algún bien mayor, o se ocasionaría algún perjuicio.

En estos y otros casos semejantes -sigue Burkhardt (1977: 212 a 213), sería inconveniente aplicar la ley vigente; bueno es, no obstante, hacer caso omiso de las palabras de la ley y seguir lo exigido por la justicia y la utilidad común. De tal manera, es lícito ejecutar una infracción formal de la ley, en tanto se actúe de acuerdo a la real intención que a ella subyace, vale decir, recurriendo a la "aequitas" a la que tiende el legislador.

Por lo que respecta a la equidad *praeter legem*, opera cuando no existe una norma específica de derecho que directamente regule una situación determinada (Pérez Luño, 1977: 845), general-

mente encuadrada dentro de los denominados "casos marginales". Virgilio Andrioli (1979: 251) define a éstos últimos como aquellos casos cuyas características, por no entrar ellos en el "id quod plerumque accidit" (lo que generalmente sucede), no son necesariamente comprendidos en el esquema de la *fattispecie abstracta* prevista en la norma.

7.5. Según el ámbito de aplicación que se le otorgue en la formulación Jurisdiccional del Derecho: Hay equidad interpretativa, equidad supletoria y equidad formativa o sustitutiva.

La equidad interpretativa funciona en los supuestos en que la norma a aplicar es completa y consiste en el procedimiento "... que el juez debe poner en práctica para lograr que resulte justa la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada de la sentencia dictada para un caso singular" (Recaséns, 1993: 428). Aquí, la potencial indeterminación de la norma habitualmente es producto no intencional de la generalidad y abstracción que son connaturales a aquella.

La equidad supletoria o integrativa se ejerce sobre normas generales cuyo contenido es incompleto, por existir una indeterminación bien en el supuesto que contempla o bien en las consecuencias. Ante tal situación, la valoración equitativa del juez tiene por finalidad complementar la definición de la *fattispecie* sobre aspectos o consecuencias no expresamente definidos por la norma aplicable, y que fueron abandonados, de manera intencional, a la determinación equitativa del juez (Grasso y De Marini, citados por Carpi y otros, 1988: 199).

Aclara desde esta perspectiva el jurista alemán Karl Engisch (1967: 167), que el que aplica el derecho está llamado por el "ius aequum", encerrado en los conceptos indeterminados y normativos, en las cláusulas de criterio libre y en las cláusulas generales, a localizar el derecho en el caso singular no sólo por intermedio de la interpretación y la subsunción, sino también por "valoraciones y decisiones de voluntad".

La equidad *secundum legem* es la que está expresamente autorizada por delegación legislativa para la solución de determinados problemas en la interpretación del derecho y especialmente como método esencial para indagar el auténtico contenido de la ley en cuanto pretende ser racional, lógica y teleológica (Pérez Luño, 1977: 845). Vale decir, se produce cuando la misma ley remite a la equidad para la búsqueda del adecuado sentido que debe apreciarse inserto en la norma.

Equidad *contra legem*, por su parte, es la posibilidad que tiene el juez de dictar una resolución contra el sentido de la ley escrita y en base a la aplicación de la equidad (Pérez Luño, 1977: 846).

Según afirma Ernst Burkhardt, (1977: 211), quien recoge de manera fiel los penetrantes planteamientos que hace Santo Tomás de Aquino en su *Summa Theológica*, los actos humanos sobre los que versan las leyes, están determinados por su naturaleza singular y contingente, lo que los hace variar de múltiples maneras; como corolario, no es posible elaborar una ley que no falle nunca. Lo que hacen los legisladores es ponderar lo que generalmente sucede, para legislar en tal sentido. De allí que pueda suceder que la observancia de una ley justa, que de por sí aparece vinculada al bien común, no resulte oportuna para un individuo determinado o para un caso particular, pues se impediría así algún bien mayor, o se ocasionaría algún perjuicio.

En estos y otros casos semejantes -sigue Burkhardt (1977: 212 a 213), sería inconveniente aplicar la ley vigente; bueno es, no obstante, hacer caso omiso de las palabras de la ley y seguir lo exigido por la justicia y la utilidad común. De tal manera, es lícito ejecutar una infracción formal de la ley, en tanto se actúe de acuerdo a la real intención que a ella subyace, vale decir, recurriendo a la "aequitas" a la que tiende el legislador.

Por lo que respecta a la equidad *praeter legem*, opera cuando no existe una norma específica de derecho que directamente regule una situación determinada (Pérez Luño, 1977: 845), general-

mente encuadrada dentro de los denominados "casos marginales". Virgilio Andrioli (1979: 251) define a éstos últimos como aquellos casos cuyas características, por no entrar ellos en el "id quod plerumque accidit" (lo que generalmente sucede), no son necesariamente comprendidos en el esquema de la *fattispecie abstracta* prevista en la norma.

7.5. Según el ámbito de aplicación que se le otorgue en la formulación Jurisdiccional del Derecho: Hay equidad interpretativa, equidad supletoria y equidad formativa o sustitutiva.

La equidad interpretativa funciona en los supuestos en que la norma a aplicar es completa y consiste en el procedimiento "... que el juez debe poner en práctica para lograr que resulte justa la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada de la sentencia dictada para un caso singular" (Recaséns, 1993: 428). Aquí, la potencial indeterminación de la norma habitualmente es producto no intencional de la generalidad y abstracción que son connaturales a aquella.

La equidad supletoria o integrativa se ejercita sobre normas generales cuyo contenido es incompleto, por existir una indeterminación bien en el supuesto que contempla o bien en las consecuencias. Ante tal situación, la valoración equitativa del juez tiene por finalidad complementar la definición de la *fattispecie* sobre aspectos o consecuencias no expresamente definidos por la norma aplicable, y que fueron abandonados, de manera intencional, a la determinación equitativa del juez (Grasso y De Marini, citados por Carpi y otros, 1988: 199).

Aclara desde esta perspectiva el jurista alemán Karl Engisch (1967: 167), que el que aplica el derecho está llamado por el "ius aequum", encerrado en los conceptos indeterminados y normativos, en las cláusulas de criterio libre y en las cláusulas generales, a localizar el derecho en el caso singular no sólo por intermedio de la interpretación y la subsunción, sino también por "valoraciones y decisiones de voluntad".

Por último, la equidad formativa o sustitutiva aparece cuando *ex vi legis* se confía a los órganos jurisdiccionales la elaboración de la norma aplicable para el caso singular, bien con un carácter general o bien para darle solución o supuestos específicos. Constituye el juicio de equidad propiamente dicho, el cual se sustituye íntegramente a la aplicación de la norma positiva (Grasso y De Marini, citados por Carpi y otros, 1988: 199).

## 8. Fuente del Derecho en Venezuela

Al concedérsele a la equidad la posibilidad de aplicarse preminentemente por sobre la regulación legal vigente, ya sea en un contexto relativo o dentro de una configuración amplia, se está vislumbrando bajo la función residual -como *ut supra* acotaba Barrios de Angelis- de fuente formal del Derecho.

Queda planteada una disyuntiva a resolver, en Venezuela ¿Es fuente del Derecho la equidad?

Por la negativa se ha inclinado recientemente José Rafael Mendoza (1987: 180). Los argumentos que esgrime para la sustentación de tal posición son los siguientes:

1) El principio de equidad en Venezuela tiene carácter excepcional por estar circunscrito a ser criterio de valoración o instrumento de integración de la declaración de voluntad en los contratos (Art. 1160 CC), a ser apreciación técnica discrecional en materia de cuantificación del daño (Arts. 1187 y 1188 *eiusdem*) y a ser simple norma de integración (Art. 52 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos del Trabajo). No existe ninguna ley sustantiva o material que la consagre como fuente del Derecho.

2) A pesar de tener carácter excepcional, su inclusión no muestra asidero en ninguna Constitución Nacional, incluyendo la actual de 1961. Por el contrario, atenta contra el Art. 118 de la Constitución Nacional "... Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias..."; el Art. 139 *eiusdem* "... Corresponde al Congreso legislar ..."; y el Art. 242 CPC que según inter-

preta Mendoza, constriñe a los jueces a aplicar al caso concreto la norma en abstracto prevista por la ley.

3) Por otra parte, para el logro de soluciones justas tiene nuestro ordenamiento prevista la transacción en el Art. 1713 del Código Civil.

Sin embargo, la opinión del conocido jurista venezolano no armoniza con lo que razonablemente se colige del ordenamiento jurídico patrio.

En primer lugar, el autor ignora la función constante de la equidad en virtud de la cual actúa como fuente real, a pesar de no consagrarse en el ordenamiento como fuente formal expresa. Por ello, la equidad está siempre vigente en la aplicación de toda la normativa jurídica.

Tal como lo expresa Giuseppe Maggiore (citado por García Maynez, 1980: 375), "La equidad no es una fuente, sino la fuente del derecho por excelencia y, por tanto, sería innecesaria que el legislador la enumerará entre ellas para que desplegar en la vida concreta del derecho todo su valor; será siempre fuente de éste aun cuando jamás se le mencionare".

Además, el sistema jurídico venezolano sí faculta al juez para decidir con arreglo a la equidad, posibilidad prevista como excepción por el Art. 12 CPC, con vista a las hipótesis contenidas en los Arts. 13, 23 y 618 *eiusdem*, preceptos que establecen diversos modos de ejercer el juicio de equidad, previo el cumplimiento de los presupuestos exigidos en sus respectivos contenidos.

En segundo lugar, si bien es cierto que el Art. 118 de la Constitución Nacional otorga funciones específicas a cada una de las ramas del Poder Público, el mismo precepto se encarga de aclarar que "... los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado". Ello alude a la posibilidad, de hecho cierta, de lo que Allan Brewer-Carías (1985: I-417) ha llamado "el ejercicio no excluyente de las funciones pro-

pías". El renombrado iuspublicista afirma que la función legislativa es propia del Congreso de la República, pero, al igual que las funciones principales de los otros entes del Poder Público, no le es privativa, ni exclusiva, ni excluyente. La ejercen otros órganos del Estado, como, por ejemplo, los titulares de la función jurisdiccional que por aplicación del Art. 13 CPC y conforme a la voluntad de las partes pueden asumir funciones legislativas con manifestación expresa en la sentencia. Ahora, lo que si sería exclusivo, en el sentido aludido, del Poder Legislativo, es la verificación de la función legislativa por intermedio de leyes.

Y en tercer lugar, no obstante estar prevista la transacción como medio de alcanzar soluciones justas, e incluso, de otra parte, existir la posibilidad de someter la decisión a árbitros arbitradores, o según las circunstancias, a la justicia de paz, nihil obstant que las partes intenten acudir al Juez para solicitarle una solución equitativa en casos engorrosos donde por la susceptibilidad de los intereses en juego se hace poco menos que inaccesible una solución secundum ius.

En vista de todo lo antedicho, se considera que no existe actualmente en nuestro país argumento jurídico alguno que impida considerar como fuente formal del Derecho a la equidad, razonamiento éste que debe considerarse válido respecto de cualquier otro sistema jurídico normativo.

### Conclusiones

1. El vocablo equidad, del latín "aequitas" o del griego "epieíkeia", atiende a la idea de igualdad, igualdad entre iguales y desigualdad entre desiguales.

2. Mientras la justicia aspira a una igualdad formal, la equidad tiende a una igualdad material, a la "justicia del caso concreto" según el lugar común atribuido erróneamente a Aristóteles.

3. Son varias las significaciones que se le han atribuido a la equidad de acuerdo a la función que cumpla, aunque no son inde-

pendientes ni opuestas una de otras. Igual ocurre con las clasificaciones que de ella se han inferido. La más importante es la que diferencia, sea su función constante o residual, entre una equidad interpretativa (es la epiqueya como principio de la recta interpretación y aplicación de la norma jurídica); una equidad supletoria o integrativa (es la aequitas tomada como orden supletorio); y una equidad formativa o sustitutiva (la opuesta al ius strictum) y que sirve como criterio de inspiración en el ejercicio de facultades discrecionales.

4. La equidad debe fundamentar sus contenidos, por no ser una mera valoración individual del juez, en criterios jurídicos, éticos (provenientes de consideraciones morales), sociales y económicos, cánones intersubjetivos de valoración que se encuentran dispersos en la conciencia común y que permiten que la decisión sea apreciada como razonable y no degenera en un acto arbitrario.

5. La equidad es fuente del derecho en el sistema jurídico venezolano y en cualquier otro sistema jurídico normativo porque cumple una función de fuente real y constante de información para quienes ejercen la función jurisdiccional y puede, además, ser fuente formal del mismo cuando expresamente la admite como tal el ordenamiento jurídico.

### Lista de Referencias

- Allen, Carleton Kemp; **Las fuentes del Derecho inglés**. Tr.: Antonio, Ortiz García. Madrid. Instituto de Estudios Políticos. 1969. 930 p.
- Andrioli, Virgilio; **Diritto Processuale Civile**. Volume primo. Napoli. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. 1979. 1056 p.
- Barrios De Angelis, Dante; **El proceso civil, comercial y penal de América Latina**. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1989. 449 p.
- Betti, Emilio; **Interpretación de la ley y de los actos jurídicos**. Tr.: José Luis De los Mozos. Madrid. Ed. Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidas. 1975. 436 p.

- Bielsa, Rafael; **Metodología jurídica**. Santa Fé - Argentina. Ed. Castellvi. 1961. 680 p.
- Brewer - Carías, Allan Randolph; **Instituciones políticas y constitucionales**. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica del Táchira. 2da. ed. 1985. II tomos.
- Burkhart, Ernst; **La grandeza del orden divino**. Aproximación teológica a la noción de ley. Pamplona - España. Ed. Universidad de Navarra S.A. (EUNSA). 1977. 229 p.
- Calamandrei, Piero; **Proceso y Democracia**. Tr: Hector, Fix Zamudio. Buenos Aires. E.J.E.A. 1960. 237 p.
- Calamandrei, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Tr.: Santiago, Sentis Melendo. Buenos Aires. Ed. Bibliográfica Argentina. 1961. 646 p.
- Carbonnier, Jean; **Derecho Civil**. Tr.: Manuel, Zorrilla Ruiz. Barcelona - España. Ed. Bosch. 1960 - 1971. V Tomos.
- Carnelutti, Francesco; **Derecho Procesal Civil y Penal**. Tr.: Santiago, Sentis Melendo. Buenos Aires. E.J.E.A. 1971. II Tomos.
- Carpi, Federico y otros; **Commentario breve al codice di procedura civile**. Padova. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM). 2a. Ed. 1988. 1324 p. ISBN: 88 - 13- 16225 - 1.
- Congreso de la República de Venezuela; **Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos de Paz**. Caracas, Gaceta Oficial de la República de Venezuela. No. 4.634 Extraordinario del 22 de septiembre de 1993.
- Couture, Eduardo J.; **Vocabulario jurídico**. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1976. 589 p.
- Engisch, Karl; **Introducción al pensamiento jurídico**. Tr: Ernesto, Garzón Valdes. Madrid. Ed. Guadarrama. 1967. 272 p.
- Fazzalari, Elio; **Istituzioni di Diritto Processuale**. Padova. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM). 5a ed. 1989. 711 p. ISBN: 88 - 13 - 16571 - 4.
- Fernández Vásquez, Emilio; **Diccionario de Derecho Público**. Buenos Aires. Ed. Astrea. 1981. 767 p.

- Fueyo Laneri, Fernando; **Interpretación y Juez**. Santiago de Chile. Universidad de Chile y Centro de Estudios "Ratio Iuris". 1976. 199 p.
- García Maynez, Eduardo; **Introducción al Estudio del Derecho**. México. Ed. Porrúa. 31a. ed. 1980. 444 p. ISBN: 968 - 432 - 176 - 7.
- Giannatasio, Carlo; "*L'equità - Esperienze giurisprudenziali*". En: **Rivista di Diritto Civile**. Dir: Enrico Allorio y otros. Padova. Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM) Volume VII - Parte II. 1952. 143 - 163 p.
- Legaz y Lacambra, Luis; **Filosofía del Derecho**. Barcelona - España. Ed. Bosch. 5a. ed. 1979. 836 p. ISBN: 84 - 7162 - 485 - 0.
- Mendoza Mendoza, José Rafael; **Aspectos relevantes del nuevo Código de Procedimiento**. Barquisimeto. Ed. Lucila S.R.L. 1987. 251 p.
- Perelman, Chaim; **De la justicia**. Tr.: Ricardo, Guerra. México Imprenta Nuevo Mundo. S.A. 1964. 79 p.
- Pérez Luño, Antonio Enrique; "Aspetti e funzioni dell' equita". En: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Dir: Sergio Cotta. Milano. Ed. A Giuffrè. Anno LIV. IV Serie. No. 4. Ottobre - Dicembre 1977. 834 - 874 p.
- Puig Brutau, José; **Fundamentos de Derecho Civil. Introducción al Derecho**. Barcelona - España. Ed. Bosch. 2a. ed. 1989. 428 p. ISBN: 84 - 7676 - 138 - 4.
- Recaséns Siches, Luis; **Tratado General de Filosofía del Derecho**. México. Ed. Porrúa. 5a. ed. 1975. 717 p.
- Recaséns Siches, Luis; Voz "Equidad". En: **Enciclopedia Jurídica Omeba**. Dir: Bernardo, Lerner. Buenos Aires. Ed. Driskill. Tomo X. 1993. 427 - 437 p. ISBN: 950 - 0103 - 01 - X.
- Rotondi, Mario; "*Considerazioni sulla funzione dell' equità in un sistema nel diritto positivo scritto*". En **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**. Dir: Sergio Cotta. Milano. Ed. Dott. A Giuffrè. Anno LIV. IV Serie No. 3. Luglio- Settembre 1977. 666 - 681 p.