

# La equidad: Criterio auxiliar de interpretación judicial

Blasco Ibáñez Jimeno\*

*La equidad constituye el instrumento que equilibra las relaciones jurídicas en la sociedad, en su incesante búsqueda de la justicia en la aplicación de la ley.*

*Desde su origen, el concepto de equidad se ha perfilado como el impulsor de la idea de justicia que va a la vanguardia en las soluciones jurídicas frente a los problemas, llenando el vacío de la ley o amoldándola a las nuevas circunstancias, dado su rigor formal, más o menos exagerado o atemperado según la época.*

*La Constitución colombiana de 1991 consagró la equidad como criterio auxiliar de interpretación de la ley, o mejor, del derecho, acto constituyente con el que elevó a la categoría de canon constitucional la facultad del juez de aplicar la ley para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

## Breve introducción

Ha sido un antiguo ideal del legislador colombiano que el ordenamiento jurídico sea equitativo. Desde la primera Constitución Nacional hasta la última que se acaba de expedir consagran este cardinal concepto, como queriendo asegurar con ello la justicia anhelada.

El tratamiento legislativo del tema no ha sido uniforme, pero, sin embargo, allí ha estado latente el concepto de equidad, como un elemento propio de nuestro sistema jurídico con el cual se han querido llenar las lagunas (ausencias de normas) que ha mostrado el conjunto de normas de nuestro país. Las más importantes creaciones jurisprudenciales se han alcanzado a la luz de tan cardinal concepto.

En efecto, las jurisprudencias sobre el abuso de los derechos, el enriquecimiento sin causa, la teoría sobre el error *communis facit ius*, la simulación en los negocios jurídicos, la responsabilidad civil extracontractual, especialmente la que tiene que ver con las actividades peligrosas, la devaluación de la moneda, entre otras, han sido el fruto del sentido de equidad del juez colombiano, quien, para ciertos casos, se ha convertido en un nuevo pretor.

## 1. Su origen

La *Equidad*, en su origen, está enmarcada conceptualmente como se concibe hoy día: como una alternativa a "otro" de derecho, mientras en el romano la equidad era el instrumento con el cual el pretor corregía las limitaciones del derecho civil o *ius civile*. En nuestro derecho moderno colombiano es el medio para aplicar el derecho con justicia en ausencia de

\* Abogado. Profesor de la cátedra de Introducción al Derecho, Universidad del Norte.

una norma legal.

Durante la República romana (510-27 a. de C.) la costumbre o derecho consuetudinario adquiere el nombre de *ius civile*, que, como es conocido, se caracteriza por un excesivo formalismo y por la relativa escasez de sus soluciones para todos los conflictos de la vida jurídica romana.

En efecto, el derecho civil romano tiene sus orígenes en la antigua costumbre de los latinos y los romanos. Era el llamado "derecho quiritorio", en las primeras épocas de Roma, o del territorio administrado por sus magistrados.

En su obra *Curso de Derecho Romano*, Eduardo Alvarez Correa D. señala que el derecho civil romano "era estricto y formalista. Era estricto por cuanto ofrecía para los conflictos jurídicos un número limitado de soluciones no derogables en principio. Era formalista porque para la mayoría de los actos jurídicos y para los litigios se requería cumplir con ciertas solemnidades" (p.120).

Históricamente, al pasar Roma de la monarquía a la República cambió también la "fuente" de las reglas jurídicas: del rey se transfirieron esas facultades a dos cónsules, quienes ejercían sus funciones por un año y eran elegidos por la asamblea del pueblo.

Con el crecimiento de Roma y el desarrollo del comercio, los cónsules no pudieron ocuparse de todos los asuntos administrativos y judiciales y empezaron a transferir algunos cargos o funciones a los magistrados.

Los magistrados más importantes fueron el pretor, el cuestor, el edil y el cursor. Ellos crearon un cuerpo de reglas jurí-

dicas en el transcurso del tiempo, producto de los edictos, entendidos éstos como una proclamación, inicialmente verbal y luego escrita, con la que el magistrado anunciaba a los romanos cuáles eran las reglas jurídicas que aplicaría durante el año que ejerciera sus funciones.

Para nuestros efectos, debemos destacar la figura y la obra del pretor. El nombre de este cargo tiene su origen en la palabra *praeire*, que significa "ir al frente de algo", es decir, era la persona que iba al frente de la guardia pretoriana; significa llevar una posición de avanzada, significado que después se extiende en el campo del derecho al marcar la pauta en nuevas reglas y soluciones de éste.

El pretor recibió el *imperium* (fuente del derecho romano, conocida como el conjunto de poderes civiles y militares necesarios para administrar la sociedad romana). Una de las manifestaciones del *imperium* era la judicial, que implicaba la facultad de impedir conflictos, estableciendo el orden en la sociedad. Era la facultad de *juris dictio*, esto es, de decir del derecho.

Al iniciar sus funciones, el pretor proclamaba en los edictos la forma en que aplicaría las normas jurídicas para el período de su mandato, particularmente en lo que tenía que ver con las acciones o fórmulas necesarias para entablar las demandas, las nuevas soluciones a casos que no se habían resuelto o cómo resolvería casos semejantes ya resueltos, en el evento de que se volvieran a presentar.

Pero, sin duda, la labor más destacada del pretor era la desarrollada con base en la facultad que tenía de "crear" derecho, de aumentar las soluciones jurídicas

para distintos litigios, sin derogar el derecho civil, que era la costumbre del pueblo romano. Sus creaciones no estaban en contra del derecho civil, "ocasionalmente añadía nuevas acciones fundadas en la equidad, que se llamaron acciones de hecho (*in factum*) porque se basaban en un hecho que hasta entonces no había dentro del derecho civil.

Todo este proceso de acumulación y selección de las normas jurídicas, que trasladaban de un edicto a otro, de año en año, dio lugar a comentarios por parte de los jurisconsultos, y de ellos se indujeron reglas con carácter permanente que se modificaban cuando resultaban obsoletas y que finalizaron con la configuración del derecho pretoriano, opuesto al derecho civil.

Estos derechos, el pretoriano y el civil, forman el derecho privado romano y coexistieron durante todo el período de la República. Mientras que el derecho civil era formal, rígido y limitado en sus soluciones, el derecho pretoriano, por el contrario, era menos formal, más dinámico y amplio. El pretor corregía y superaba la rigidez del derecho civil con base en la equidad y la buena fe, pero cuando las acciones limitadas y formales del derecho civil no protegían a un ciudadano, el pretor, cuando lo consideraba equitativo, le concedía una nueva acción, de tal manera que encontrara amparo jurídico para sus pretensiones.

En sus orígenes, además, el derecho privado romano se nutrió también del *ius gentium* o Derecho de Gentes, cuyo significado romano aún es controvertido. Parece ser que nace de una costumbre muy antigua, común a todos los pueblos del Mediterráneo, y es Gayo quien equipara el *ius gentium* con el *ius naturale*.

El derecho de gentes, al igual que el derecho pretoriano, en relación con el derecho civil romano, tiene la característica de que coexistió con éste como una alternativa jurídica para ciudadanos no romanos, es decir, para extranjeros que llegaban a Roma en razón de actividades comerciales o como consecuencia de tratados celebrados con otras ciudades, pero como a ellos no se les podía aplicar derecho civil, se les aplicó derecho de gentes, concebido como una mezcla del derecho mercante existente en el Mediterráneo combinado con importantes instituciones romanas, exento del excesivo formalismo.

De esta aplicación histórica se desprende todo el desarrollo teórico que desde Aristóteles hasta nuestros días ha tenido el derecho de gentes o derecho natural como el común a todos los pueblos, como el que es y forma parte de la naturaleza humana, anterior a cualquier forma de derecho creado por el mismo hombre, o sea, anterior y superior a cualquier derecho positivo, en términos kelsenianos.

### Un concepto

De alguna manera, en la historia del pensamiento humano, el Edicto del pretor también interactúa sobre este derecho natural, y viceversa, creando conceptos comunes para todos los hombres libres, sin distinción de ciudadanía, sobre la base de la libertad.

Visto entonces el concepto de equidad frente al fenómeno de interpretación de la ley, entendida ésta como el ejercicio intelectual de determinar el sentido de su aplicación, concluimos que el formalismo propio del derecho romano conducía necesariamente a aplicar una justicia esquemática y rigurosa y terminaba

aplicando la misma solución para todos los casos. El acto de "interpretar" la ley tenía los mismos efectos. En cambio, la equidad tiene en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, y ésta era la labor del derecho pretoriano, de allí que Aristóteles en su obra *Moral a Nicómano*, libro V, capítulo X (citado por Eduardo García Maynes, *Introducción al Derecho*, p. 49) dijera:

*Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo, siendo justo, no es lo justo legal, sino una dichosa rectificación de la Justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la Ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales y así en todas las cuestiones respecto de las cuales es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja. La Ley no es por esto menos buena; la falta no está en ella; tampoco está en el legislador que dicta la ley; está por entero en la naturaleza misma de las cosas; porque ésta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas.*

*Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos generales, es imprescindible corregirle y suplir su silencio, y hablar en su*

*lugar, como él mismo lo haría si estuviere presente; es decir, haciendo la ley como él lo habría hecho, si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata. Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se le ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido(...) Tratándose de cosas indeterminadas, la ley debe permanecer indeterminada como ellas, igual a la regla de plomo de que se sirven en la Arquitectura de Lesbos: la cual se amolda y acomoda a la forma de la piedra que mide.*

En el fondo de este concepto se lee que la equidad atempera la Ley, que el pretor considera las circunstancias particulares de cada caso frente al rigorismo de la ley, porque de lo contrario se tendrían iguales soluciones a los conflictos jurídicos, pero injustas.

Por ello, en la aplicación de la Ley se debe buscar la justicia, no solamente la justicia legal, sino la justicia ubicada en el contexto general de las relaciones sociales y el bien común. Armonizando la justicia legal con otros criterios y deberes individuales y sociales se da lugar a lo equitativo, que es el objeto de la equidad.

En su obra *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Javier Hervada ha escrito:

*La equidad es justicia matizada; radica, pues, en una relación de justicia, cuyo deber atempera o cuyo derecho acomoda, en consideración a lo postulado por las circunstancias del caso, a causa del bien común o de las leyes generales que regulan las*

*relaciones humanas. Lo equitativo es lo justo reforzado o atemperado. La equidad atempera el deber y acomoda el derecho.*

Como se observa, la equidad no ha perdido los lineamientos de su concepción original: antes ofrecía una solución jurídica distinta al rigorismo de la norma jurídica romana, y ahora frente a la norma jurídica general positiva, con el fin de acomodarla al caso particular, considerando las circunstancias de cada caso.

Pero, ¿cómo se produce la atemperación del deber? Tiene sus causas en varias razones o motivaciones: a) en la benignidad, como cuando las penas impuestas se perdonan o rebajan, o los delitos se olvidan, por ejemplo, la amnistía y el indulto; b) en la solidaridad humana, como cuando se condonan intereses moratorios; c) en la protección de otros valores importantes para la sociedad, por ejemplo, al instituir la inembargabilidad del patrimonio familiar, y así hay muchos casos en que el deber se atempera por razón de equidad.

También hablamos de que la equidad acomoda el derecho, o para utilizar el lenguaje de Aristóteles, ya citado, amolda y acomoda la ley a la forma de la piedra que mide igual que la regla de plomo, como cuando busca la manera de satisfacer o pagar lo debido en lo que es posible, especialmente en los casos de reparación del daño causado por culpa propia o ajena, de conformidad con las circunstancias de cada caso, en los que se reconoce una indemnización, pero que no restablece el derecho al afectado.

## **En la legislación colombiana**

Veamos ahora cuál ha sido el tratamiento

legislativo que en nuestro ordenamiento jurídico se le ha dado al concepto de equidad. La primera Constitución colombiana, sancionada en el Palacio de Gobierno de Colombia, en Villa del Rosario de Cúcuta, el 6 de octubre de 1821, por el Libertador Simón Bolívar, estableció en su artículo 3º:

*Es un deber de la Nación proteger, por leyes sabias y equitativas, la Libertad, la Seguridad, la Propiedad y la igualdad de todos los colombianos.*

Y el artículo 171 rezaba:

*Todo Juez o Tribunal debe pronunciar sus sentencias con expresión de la Ley, o fundamento aplicable al caso.*

Resulta curioso que en la primera y en la última Constitución colombiana se consagra y reconozca la equidad como un criterio de aplicación e interpretación de la Ley, con mayor claridad y técnica en la última, puesto que en la primera se consagra lo que sería el "ideal" de que las leyes fueran sabias y equitativas, conceptos que en la práctica muchas veces no concurren en una norma jurídica, por la misma naturaleza de las cosas, o por las mismas particularidades de los casos comparados con la generalidad de la Ley. Ya hemos visto cómo el rigorismo del derecho civil romano y la generalidad del derecho positivo moderno le dan entrada o cabida necesariamente al concepto de la equidad para acomodar el derecho a las circunstancias de cada caso.

Desde la Constitución Nacional de 1821 hasta la de 1991 no se había consagrado explícitamente este concepto, pues las restantes Constituciones sólo consagra-

ban la obligación de los jueces de motivar sus providencias, mas no preveían a nivel constitucional el deber de aplicar el concepto de equidad con miras a lograr, más que una justicia legal, una justicia equitativa, en el contexto de los principios fundamentales que inspiran la sociedad como un todo y a los individuos en sus relaciones privadas.

La redacción del Art. 171 de la Constitución Nacional de 1821 plantea, a nuestro juicio, claramente la posibilidad de tomar en cuenta subsidiariamente el "fundamento aplicable al caso", entendido éste como los principios de equidad desarrollados al margen del marco riguroso de la Ley.

Igual esquema se desarrolla en la recién expedida Constitución Nacional, al consagrar en el Art. 230:

*Los Jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la Ley.*

*La equidad, la jurisprudencia, los principios generales de derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.*

Desde luego, con la redacción de este artículo se vino a atemperar el exceso de positivismo jurídico en que se habría incurrido de haberse aprobado el Art. 4º de la misma Carta política tal como fue presentado por el autor del Proyecto de Acto Reformatorio Nº 76 de la Constitución Política de Colombia, Dr. Jaime Arias López, quien propuso:

*La Constitución es la norma suprema del sistema jurídico colombiano (ver Gaceta Consitucional Nº 23 del 19 de marzo de 1991).*

**Parágrafo transitorio.** *Todas las normas preexistentes que vulneren este principio, tales como los artículos 5º, 8º y 3º de la Ley 153 de 1887, quedan derogadas.*

Defendiendo un positivismo jurídico excesivo que raya en lo que el profesor Norberto Bobbio (*Teoría General del Derecho*) llamaría "El dogma de la integridad", es decir, "el principio que afirma que el ordenamiento jurídico debe ser completo para que todo caso pueda ofrecer al Juez una solución sin tener que recurrir a la equidad" (p. 211), afirmó en la exposición de motivos:

*Pero si leemos los Arts. 8º y 5º de la Ley 153 de 1887, vemos cómo se comienza a negar dicha supremacía hasta que finalmente, encontramos el Art. 13 de la misma ley, que la niega completamente, pues a falta de norma positiva manda la moral cristiana. Si tenemos en cuenta que la Ley 153 del 87 da las pautas generales para interpretar la ley en sentido total, incluyendo las normas constitucionales, siendo vigentes los artículos citados, nos encontramos con un gran absurdo: La supremacía de la Constitución es negada, recurriéndose a la moral cristiana.*

Evidentemente, nuestro ordenamiento jurídico positivo sí acogió y reiteró el principio de la supremacía de la Constitución, en su Art. 4º: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", pero sin abandonar, entre otros, a la equidad, pues como bien lo anotó el constituyente doctor Velasco Guerrero en la sesión de la Comisión de Reforma a la

Justicia, el 2 de mayo de 1991, "...la Justicia implica equidad y al aplicar la ley sin ésta, se estaría actuando injustamente" (ver Gaceta Constitucional N° 65).

Por ello se votó en comisión, por unanimidad, el **Principio de la equidad** en los siguientes términos: "Las decisiones de los jueces consultarán el principio de equidad."

De allí que vemos en el Art. 230 de la Constitución Nacional un cambio de matiz en la interpretación y aplicación del concepto de equidad en la solución de los conflictos jurídicos, pues si bien es cierto que los jueces sólo estarán sometidos al imperio de la Ley en sus providencias, al fallar tendrán como criterio auxiliar, en primer lugar, a la equidad, pues así contribuirán, como rama del poder público, a cumplir uno de los fines esenciales del Estado, consagrado en el artículo segundo de la Carta Magna: Asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

En nuestro ordenamiento jurídico por primera vez se eleva a canon constitucional, de manera clara y precisa, el concepto de equidad. Es conveniente y sano que haya sido así, en aras de la técnica jurídica y de la unidad del ordenamiento, pues para el ejercicio de la función jurisdiccional se limita su alcance, bien sea material o formalmente. Como ya vimos, el juez en su providencia debe estar sometido al imperio de la ley, pero tiene como criterio auxiliar, entre otros y prioritariamente, a la equidad.

Como dice Bobbio en su obra ya citada:

*Imaginemos la hipótesis de un ordenamiento en el que la Constitución establece que en todos los casos el*

*juez debe juzgar según la equidad. Se llaman "juicios de equidad" aquellos en los cuales el juez está autorizado para resolver una controversia sin recurrir a una norma legal preestablecida. El juicio de equidad puede definirse como la autorización que tiene el juez para producir derecho más allá de todo límite material impuesto por las normas superiores. En nuestros ordenamientos en los que el poder creador del juez es más amplio, el juicio de equidad es no obstante excepcional. En estos casos los límites materiales al poder normativo del juez no derivan de la ley escrita, pero sí de otras fuentes superiores, como pueden ser la costumbre o bien el precedente judicial. (p. 67).*

En nuestro ordenamiento jurídico el juicio en equidad es excepcional. En el Título VIII, Capítulo 5, de las Jurisdicciones Especiales, Art. 247 de la Constitución Nacional se estableció que: "La ley podría crear jueces de Paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular." Como se observa claramente, el mecanismo judicial de resolver conflictos de equidad queda restringido al criterio general de que en todo caso deberá basarse la decisión judicial en el imperio de la ley como fuente del orden y de la unidad nacional.

## Conclusión

La equidad es un concepto que ha tenido un origen histórico definido en el marco del derecho pretoriano, y de allí se "idealizó" en el discurso del derecho natural frente al positivo, dominante en nuestros tiempos.

Sin embargo, conserva su concepción inicial, es decir, como un derecho excepcional y al margen, pero coetáneo con un derecho formal y riguroso, hoy diríamos positivo, que cumple una función muy importante pero que sigue siendo en esencia la misma: amoldar el derecho a las circunstancias concretas de cada caso.

Por primera vez en la historia constitucional colombiana el tema de la equidad recibe un tratamiento de ese rango, completo y técnico: No se concibe como un instrumento, a falta de norma legal para solucionar litigios, sino como un criterio auxiliar de interpretación de la misma ley, que igual que la regla de plomo, se amolda y se acomoda a la forma de la piedra que mide.

Y excepcionalmente, en jurisdicciones especiales, se podrá utilizar el juicio de equidad para aquellos casos expresamente autorizados por la Ley. Con ello se ha dado autorización para crear soluciones jurídicas por fuera del imperio y de los límites materiales y formales de la ley.

## Bibliografía

1. ALVAREZ CORREA D., Eduardo. *Curso de Derecho Romano*, Editorial Pluma, 1979.
2. BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, Bogotá, 1987.
3. GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Introducción al Derecho*, 22ª ed., Editorial Porrúa.
4. HERVADA, Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1988.
5. Constitución Nacional de Colombia 1821.
6. Constitución Nacional de Colombia 1991.