

La equidad como criterio para la resolución de casos.

Por Adrián Oscar Morea y

Guillermina Leontina Sosa

Sumario: 1. La equidad como principio jurídico. 2. La equidad en el ordenamiento argentino iusprivatista. 3. La equidad en el orden internacional. 4. La reparación equitativa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 5. Reflexiones a modo de cierre.

1. La equidad como principio jurídico.

Etimológicamente, el término "equidad" proviene de la voz latina "aequitas" que, a su vez, deriva de "aequo", que significa igualado, adecuado, equiparado¹. Por su parte, aequitas deriva del griego epikeia, que proviene de "epi", que significa "sobre" y "dikaion", "lo justo"².

Ya desde la antigüedad era posible reconocer una doble acepción básica del concepto de equidad según se siguiera la tradición griega o romana. Así pues, la aequitas "no es otra cosa que la recíproca igualdad o proporción concreta entre lo que uno debe y lo que el otro merece. La epikeia, en cambio, tenían en general para los griegos un sentido de razonabilidad, moderación e indulgencia que flexibiliza al nómos en su aplicación concreta, atendiendo más a su espíritu que a su letra, o que hace benigno el juicio acerca de la conducta moral de otro"³.

Según el Diccionario de la lengua española, la palabra equidad tiene las siguientes acepciones: "1. f. Igualdad de ánimo. 2. f. Bondadosa templanza

¹ MASSINI CORREAS, Carlos. I., "Sobre el realismo jurídico", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 79.

² LAMAS, Félix A., La experiencia jurídica, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 1991, p. 428. A partir de lo expuesto, Lamas advierte que evitarse la identificación de la equidad aristotélica (epikeia) con la aequitas romana, que es un principio formal inmanente de todo Derecho. "En este caso, la equidad no es otra cosa que la recíproca igualdad o proporción concreta entre lo que uno debe y lo que el otro merece. La epikeia, en cambio, tenían en general para los griegos un sentido de razonabilidad, moderación e indulgencia que flexibiliza al nómos en su aplicación concreta, atendiendo más a su espíritu que a su letra, o que hace benigno el juicio acerca de la conducta moral de otro".

³ LAMAS, Félix A., op. cit.

*habitual, propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley. 3. f. Justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva. 4. f. Moderación en el precio de las cosas o en las condiciones de los contratos. 5. f. Disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece*⁴.

Con todo, la formulación clásica de la equidad aparece más próxima a la idea griega. Y reconoce su raíz filosófica e histórica en el pensamiento de Aristóteles como corolario o culminación de la justicia.

El filósofo de Estagira propugna que lo equitativo es lo justo, pero no como fórmula general de justicia sino como lo justo concreto y adecuado a las circunstancias particulares del caso. Es que la justicia genéricamente entendida como aplicación de una fórmula general a una situación particular para la que evidentemente no ha sido hecha, conduce a un resultado irracional e inicuo.

Frente a ello, la equidad concurre a dar respuesta a la imposibilidad práctica de las leyes para determinar de antemano todas las situaciones posibles que se presentan. Por más empeño que tenga, siempre se le escapan al legislador hipótesis no previsibles, hechos inesperados o complejos de hechos. Esto se debe a las contingencias de las realidades humanas, variables hasta el infinito e imposibles de prever en forma omnicompreensiva.

La equidad viene entonces a rectificar la fórmula general toda vez que ello resulte necesario para adaptarla a las características del supuesto fáctico no captado adecuadamente por aquélla. En este aspecto, afirma Aristóteles que: *"Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo, si bien es justo, no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal (...) Por eso, lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto. Y tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta"*⁵.

Es importante aclarar que la equidad no apunta a cuestionar el contenido de justicia material ínsito en la fórmula general, sino más bien a efectuar una

⁴ Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=FzCUhhq>.

⁵ ARISTÓTELES - LAMBRE, Tomás (trad.), *Ética Nicomaquea*, Buenos Aires, Ed. Del Nuevo Extremo 2008, ps. 153-154.

estimación dikelógica respecto a su aplicabilidad en el caso controvertido⁶. En el razonamiento basado en la equidad, subyace pues un juicio comparativo entre la aplicación de la fórmula general al supuesto hipotético o típico y la aplicación de la fórmula general al caso concreto, de modo que si los resultados aplicativos obtenidos en éste presentan un déficit de justicia respecto a los obtenidos en el supuesto básico, corresponderá un reajuste equitativo de la fórmula general.

Sea que la aplicación de la formula general al caso concreto arroje resultados justos o injustos, la equidad siempre completará la dimensión práctica del derecho. En el primer caso, discretamente, a la sombra, simplemente acompañando la solución legal que estará exenta de especiales ajustes a las particularidades del caso pues los mismos ya vendrán contemplados en la fórmula general al menos con relación a la situación real que se considera en forma puntual. En el segundo caso, de manera protagónica, visible, activa, rectificando el sentido aparente de la fórmula general para armonizar su característica o razón esencial con las exigencias derivadas del caso concreto.

La línea aristotélica respecto a la equidad es continuada por Santo Tomás de Aquino. En este sentido, el "*Doctor Angelicus*" entiende que la ley no puede prever correctamente la infinita multiplicidad de los casos que registra la vida jurídica y es por eso que se requiere una forma especial de justicia, la equidad, que encuentre la solución correcta al caso concreto⁷.

En este punto, Lafferriere considera que para el pensamiento iusnaturalista clásico -que recoge la tradición aristotélica y tomista- la doctrina de la equidad no es la consagración del arbitrio del juzgador, ni la aceptación de un situacionismo al estilo existencialista. Tampoco se trata de una búsqueda de la intención del legislador. La equidad es más bien la aplicación de la ley natural al caso singular, en defecto o error de la ley positiva⁸.

En un tono más contemporáneo, Perelman postula a la equidad como "*la*

⁶ ABOSLAIMAN, Lucrecia, La equidad como principio general del derecho. Criterio de interpretación, Revista Argumentos Núm. 4 julio 2017, pp. 61-75 Sección: Artículos Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez [En Línea] <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/>

⁷ MASSINI CORREAS, Carlos. I., op. cit., p. 79.

⁸ LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, La equidad en el derecho civil y los daños causados por actos involuntarios. Publicado en: RCCyC 2020 (febrero), 06/02/2020, 153. Cita Online: AR/DOC/4059/2019.

muleta de la justicia", y es el complemento indispensable de la justicia formal siempre que su aplicación resulte necesariamente injusta. Consiste en una tendencia a no tratar de manera demasiado desigual a los seres que forman parte de una misma categoría esencial. La equidad tiende a disminuir la desigualdad allí donde el establecimiento de una igualdad perfecta, de una justicia formal, se vuelve imposible por el hecho de que se toman en cuenta simultáneamente dos o varias características esenciales que chocan en ciertos casos de aplicación⁹.

La equidad interviene en aquellos supuestos en los que dos formalismos se enfrentan y, para cumplir su papel, tiene que ser ella misma no formal.

Por ejemplo, en el caso de dos obreros que hacen el mismo trabajo, siendo uno célibe y el otro padre de familia numerosa, se les tratará de la misma manera de acuerdo con la fórmula "*a cada quien según sus obras*", y de otra muy diferente si se toma en cuenta la fórmula "*a cada quien según su necesidad*". Aquí, la equidad nos incitará a disminuir esa diferencia.

Si bien es cierto que en ocasiones las antinomias pueden ser reabsorbidas por normas jurídicas generales que establezcan más precisamente el grado de importancia que se quiere conceder a cada una de las características cuya aplicación origina el conflicto sin necesidad de apelar al recurso de la equidad, resulta inevitable la posibilidad de ocurrencia de antinomias inesperadas que requerirán el auxilio de este principio en aras de suplir las insuficiencias del derecho positivo.

Desde una perspectiva profundamente psicológica, Recaséns Siches ha definido la estructura del caso de equidad, afirmando que la norma legislativa se formula en términos generales, pero quien la formula tiene en vista un determinado tipo de casos, bien reales, de los que tuvo experiencia o 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. El juez, ante cualquier caso que se le plantee, tiene ante todo que verificar prospectivamente 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

⁹ PERELMAN, Chaim, De la justicia, de la interpretación y razonamiento jurídico, Santiago de Chile, Ed. Ediciones Olejnik, 2017, p. 69.

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 singular¹⁰.

Sintetizando, la equidad cumple una triple función: 1) Compositoria: media en aquellos casos en que dos formalismos se enfrentan y, para cumplir su papel, tiene que ser ella misma no formal. 2) Correctora: resulta apta para mitigar aquellas anomalías producidas por el paso del tiempo, por ejemplo grave desequilibrio de la ecuación económica de un contrato producido por un período de fuerte inflación. 3) Restauradora: en cuanto sirve para restablecer la justicia formal en aquellas circunstancias en que la aplicación simultánea de fórmulas generales o de la misma fórmula en situaciones diferentes viola exigencias inherentes a aquéllas.

En base a estas consideraciones, puede advertirse que la supuesta dicotomía entre equidad y ley deviene ficticia. En el caso de equidad no se apunta a invalidar la ley, o a 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 la jurídicamente correspondiente a ese caso.

Como podrá advertir el lector, la doctrina de la equidad supone lógicamente una concepción iusfilosófica de derecho en la que los valores son objetivos, independiente del sujeto que los conoce y cognoscibles por el hombre. Es decir, supone que es posible, aun con imperfecciones y límites, discernir lo justo de lo injusto, que existen criterios estables de justicia aprehensibles por el intelecto y que pueden servir de medida del obrar humano en sociedad. Si por el contrario, sostenemos que lo justo es mediado por el sentimiento personal de cada uno, que no nos podemos poner a lograr un acuerdo mínimo acerca de las razones de justicia, la equidad queda sin apoyatura racional y objetiva para escrutar los resultados derivados de la

¹⁰ RECASÉNS SICHES, L., (1966), Equidad, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. X, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina.

aplicación de la ley a un caso concreto¹¹.

2. La equidad en el ordenamiento argentino iusprivatista.

En nuestro país, el recurso a la equidad, tanto a nivel jurisprudencial como legislativo y doctrinario, encuentra claras alusiones iusnaturalistas o no positivistas¹².

2.1. Doctrina.

En el plano doctrinario, es justo señalar que la evocación de la equidad no ha sido un fenómeno aislado o esporádico. Prestigiosos juristas de nuestro derecho han justificado -aunque con diferentes alcances- su vigencia en el orden jurídico argentino, incluso durante la vigencia del Código de Vélez.

Para Llambías, *"la equidad es incuestionablemente una fuente de derecho o medio de expresión del mismo"*. Distingue dos funciones de la equidad: principal y complementaria. La función principal como medio de expresión del derecho puede darse en forma positiva o negativa. En el aspecto positivo, menciona el ejemplo del art. 515 cuando reconoce que las obligaciones naturales están fundadas en el derecho natural y la equidad. Según el autor, "en este caso la equidad es una fuente de eficacia jurídica restringida". En cuanto a la función complementaria, Llambías remite a Aristóteles y el ya mencionado cap. X del libro V de la "Ética Nicomaquea". Y pone como ejemplo de tal función el art. 4º de la CN cuando exige el carácter equitativo de los impuestos a establecerse¹³.

Borda, incluso antes de la reforma de la ley 17.711, se refería a la equidad y consideraba que, si bien no era posible tratarla como una fuente extraña a la ley e independiente de ella, constituía una expresión particular de

¹¹ KALINOWSKI, G., Obligations, permissions et normes: réflexions sur le fondement métaphysique du droit". Publicado en A.D.P., n° 26, Sirey, París, 1981, p. 339.

¹² Cf. DEL VECCHIO, Giorgio: Los principios generales del Derecho. Barcelona, Bosch, 1933, p. 441.

¹³ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Parte General, Buenos Aires, Ed. Perrot, 1989, p. 92.

la idea de justicia. Y que en situaciones excepcionales podía erigirse como una fuente regulatoria autónoma¹⁴.

Con una visión más restrictiva, Bustamante Alsina sostenía que "la equidad no es fuente formal del derecho, es decir no es un modo o medio de manifestación del derecho objetivo o norma del ordenamiento jurídico positivo". Empero, admitía que cumplía dos funciones importantes en la tarea judicial: por un lado, la interpretación del derecho positivo en el ámbito que tiene el juez para realizar la justicia; y, por otro, una "misión integradora del derecho para llenar las lagunas del sistema jurídico que corresponde a la Jurisdicción, según el enunciado del art. 16 del Cód. Civil". Amén de ello, consideraba que cuando es asumida en el texto legal, *"la equidad tiene categoría legal y constituye un componente de la fuente formal del derecho, al deferir al juez la facultad de adecuación de las normas que en su generalidad no contemplan situaciones concretas que pueden ser injustas"*¹⁵.

Resumiendo, la opinión de la doctrina acerca del imperio de la equidad en el derecho argentino ha convergido en sentido positivo. Y aunque los autores han expresado disidencias considerables en relación al alcance y sentido de su vigencia, se ha logrado un consenso amplio en cuanto a la necesidad de asignarle un lugar propio en la teoría de la interpretación jurídica como una especie de herramienta en manos de los magistrados para solucionar situaciones concretas.

2.2. Jurisprudencia.

Desde la óptica de la jurisprudencia, la equidad ha sido invocada reiteradamente como un parámetro axiológico decisivo para apartarse del rigor de las soluciones jurídicas generales cuando su aplicación conducía a resultados manifiestamente injustos.

En este sentido, la Corte Nacional ha recurrido en más de una ocasión a la equidad como pauta flexibilizadora de normas procesales cuando éstas entran en conflicto con principios jurídicos fundamentales. En tal sentido, se ha

¹⁴ BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General, Buenos Aires, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1955, p. 93.

¹⁵ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Función de la equidad en la realización de la justicia, LA LEY, 1990-E.

resuelto que: "... no obsta a lo resuelto que el recurso de queja por apelación extraordinaria denegada interpuesto por el Defensor General fuera deducido vencido del plazo establecido por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación pues priorizar el principio de perentoriedad de los plazos no solo resultaría contrario a razones de justicia y equidad que median en el caso sino que además significaría frustrar los derechos que se encuentran en juego mediante una decisión excesivamente rigurosa y, cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional".

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha hecho uso de ella para justificar el reajuste de contratos cuyo equilibrio sinalagmático quedó desfasado como consecuencia de circunstancias económicas extraordinarias: *"Reclamado el pago del saldo del precio convenido en dólares estadounidenses por el contrato de compraventa cuya procedencia depende de la interpretación de las normas dictadas en la emergencia económica, en particular, del art. 11 de la ley 25.561 (en cuanto ordenó la pesificación de las deudas entre particulares), la sentencia que difiere la pretensión de reajuste equitativo, desatiende las pautas de equidad y esfuerzo compartido previstas en las normas de emergencia y en los lineamientos esbozados por la doctrina legal de este Tribunal. Tal aplazamiento constriñe a los accionantes a replantear un tópico ya debatido, generando un dispendio jurisdiccional incompatible con el adecuado servicio de justicia"*¹⁶. También se ha apelado al recurso de la equidad cuando los elementos obrantes en la causa resultan insuficientes para determinar la concreta extensión de un derecho pero no hay duda acerca de su existencia: *"En definitiva, de lo que vengo exponiendo se desprende que me veré forzado a recurrir a las amplias facultades que me otorga el último párrafo del art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial, fijando de tal modo, y a falta de mayores elementos, una indemnización de acuerdo a parámetros de equidad y razonabilidad (ver por todos Oteiza,*

¹⁶ SCBA, "González de Ibarguren, Ethel Myryam y otros contra Biondo, Alejandro Juan Ramón. Cumplimiento de contrato", 21/02/2018, ". LP C 1208.

Eduardo en la ob. col. "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Anotado y comentado" de Arazí, Roland y otros, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, 2da ed., 2012, T. I, pág. 346/347)"¹⁷.

Los tribunales inferiores de provincia también han apelado a la equidad como pauta integradora de derecho. Así, por ejemplo, en materia de determinación de tasa de interés, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata sostuvo que: *"Reconocida la potestad de los jueces para fijar las tasas de interés moratorio, también deberá admitirse el que no sean vulneradas las reglas que deben gobernar toda decisión judicial: la equidad y la prudencia, el respeto por los principios inherentes al orden jurídico, la debida atención a las circunstancias del caso, la expresión del proceso racional que origina la decisión tomada, etc."*¹⁸.

A su turno, la Sala III de la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata se ha servido de este principio jurídico como fundamento para modalizar el cumplimiento de una sentencia de condena en circunstancias en que el pago único habría resultado excesivamente gravoso para el demandado: *"Para responder a los alimentos atrasados a que se refiere el art.642 del C.P.C., el juez debe fijar una cuota suplementaria que se deberá abonar en forma independiente, habiéndose agregado que las sumas acumuladas durante el trámite del juicio, son exigibles en su totalidad y sin plazo alguno, aunque por motivos de equidad y por las disposiciones que establecen topes de montos de embargos de sueldos y demás retribuciones, se admitió acordar facilidades de pago al obligado por medio de cuotas cuando éste justifica que no se encuentra en condiciones de afrontar su pago íntegro"*¹⁹.

La Cámara de Apelaciones de San Martín se ha servido de la equidad como factor de atribución de responsabilidad en un supuesto de daño causado por hecho involuntario: *"... La fijación de una indemnización de equidad es una norma de carácter excepcional. Se trata de un resarcimiento, y no "del"*

¹⁷ SCBA, "M. , J. F. contra Municipalidad de La Matanza. Demanda contencioso administrativa", 31 de Octubre de 2016.

¹⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, "Amodio Crescencio Y Otro/A C/ Empresa Línea Siete S.A De Transporte Y Otro/A S/Daños Y Perj. Autom. S/Lesiones ", 14/06/2016.

¹⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala III, D. M. ,C. c/ B. ,J. s/ Alimentos, 20/05/2016.

*resarcimiento, no es el principio de reparación integral, sino el establecimiento de algún remedio para el infortunio en la medida en que la equidad lo exige*²⁰.

2.3. Legislación.

2.3.1. Código de Vélez.

A nivel legislativo, no es ocioso referir que el viejo Código de Vélez no fue completamente ajeno a la idea de equidad. Si bien la veneración apodíctica al principio legalidad y autonomía de la voluntad acotaba el margen para su aplicación, la equidad se filtró a través de los intersticios de algunas disposiciones normativas puntuales.

Tres menciones explícitas a la equidad encontramos en la redacción originaria del Código Civil de Vélez Sarsfield. En el art. 515, la equidad podía ser vista como una fuente del derecho que fundaba las *"obligaciones naturales"*, que *"son las que, fundadas solo en el derecho natural y en la equidad, no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan para retener lo que se ha dado por razón de ellas"*.

Luego encontramos dos artículos donde podemos reconocer la influencia de la noción romanista de equidad, más asociada a la regla de proporcionalidad y equivalencia que de adaptación prudencial de la norma legal a las particularidades del caso concreto²¹. Según el art. 3754, *"si la cosa ajena legada hubiese sido adquirida por el legatario, antes del testamento, no se deberá su precio sino cuando la adquisición hubiese sido a título oneroso, y a precio equitativo"*. Con esta misma raigambre, la equidad se presenta como criterio de interpretación cuando el art. 1825 disponía que *"las donaciones remuneratorias deben considerarse como actos a título oneroso, mientras no excedan una equitativa remuneración de servicios recibidos"*. En estos casos, no estamos ante una idea de equidad como rectificación de lo justo legal por la injusticia del caso concreto, sino ante la idea de una cierta igualdad o reciprocidad en los cambios.

²⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, *"ONETTO, JORGE LUIS C/ EXPRESO PARQUE EL LUCERO S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"*, 10/03/2015.

²¹ Cf. LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, op. cit.

También cabe destacar la mención de la equidad que el codificador realiza en la nota al art. 784, con cita a su vez de Marcadé: *"El principio de equidad, dice Marcadé, que siempre es principio en nuestro derecho civil, no permite enriquecerse con lo ajeno y que un supuesto acreedor se quede con una suma o con una cosa que no se le debía, o que no se la debía el que la entrega"*.

Tras la reforma introducida por la ley 17.711, la equidad fue intensamente potenciada, lo que se materializó a través de su incorporación expresa en trece artículos del Código. Como explica la prof. Arias de Ronchietto, se trata de uno de los principios fundamentales que introduce el Codificador Guillermo Borda: *"Es la justicia del caso concreto; exige como presupuesto el juicio de la prudencia, de allí que la equidad es propia del acto jurisprudencial, función a la que la reforma exalta"*²².

Advertimos que la reivindicación de la equidad en la reforma del año 1968 hizo especial hincapié en la función restauradora de este principio jurídico en tanto subterfugio axiológico merced al cual pudiese asegurarse un equilibrio sustancial mínimo en las relaciones jurídicas. En tal sentido, Limodio sostiene: *"Lo que debe señalarse aquí es que los institutos creados (o recreados) por la reforma y la interpretación de los contratos a la luz del nuevo art. 1198, están vinculados a una hipótesis que no fue el dictado de leyes de emergencia, sino la recuperación de la equidad en el intercambio de los negocios, a raíz del deterioro económico"*²³.

En cuanto a las dos nociones de equidad antes señaladas, encontramos distintos textos que parecen acoger la noción romanista de equidad. Entre ellos podemos mencionar el art. 954 que, al incorporar la lesión como vicio de los actos jurídicos, ofrece al lesionado la posibilidad de demandar *"la nulidad o un reajuste equitativo del convenio"*. En sentido similar, el art. 1627 contemplaba la potestad de los jueces de *"reducir equitativamente"* el precio por la prestación de servicios si la aplicación de las normas locales condujere *"a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida"*. También se concedía tal potestad de reducción equitativa de la

²² ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., El talento de Guillermo A. Borda y los principios vertebrales de la Reforma al Código Civil argentino. Publicado en LA LEY, 2008, vol. Sup. Act., R/DOC/1366/2008.

²³ LIMODIO, Gabriel, "Las enseñanzas de la reforma de 1968", ED, 2008-228, p. 729.

utilidad a los jueces en el caso de la locación de obra "si la aplicación estricta de la norma condujera a una notoria injusticia" (art. 1638).

En el derecho de familia, la equidad se aplicaba en el reajuste equitativo de los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal, teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso (art. 1316 bis).

En el derecho sucesorio, los jueces podían determinar un "equitativo reajuste según las circunstancias del caso" de los valores dados en vida por el difunto a los ascendientes y descendientes" (art. 3477).

Retomando el ámbito de los contratos, el art. 1198 incorporaba la teoría de la imprevisión que concedía a la parte no perjudicada la posibilidad de *"impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato"*.

También hallamos otras aplicaciones de equidad que aparecen más emparentadas con la noción griega de *"epikeia"*. que con el concepto romano de *"equitas"*.

En relación con la responsabilidad civil por culpa, el art. 1069 disponía que *"los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable"*.

En el caso de los actos involuntarios, el art. 907 establecía que *"los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima"*. Para Márquez, *"El art. 907 del Cód. Civil argentino presenta un caso de textualización de la equidad, al incorporarla expresamente en la norma, delegando en el juez facultades discrecionales para decidir algún aspecto de la controversia bajo su decisión, dadas ciertas condiciones que fija"*.

En el supuesto específico de daños a la intimidad, la indemnización equitativa fijada por el juez *"de acuerdo con las circunstancias"* también estaba incluida en el art. 1071 bis referido a las intromisiones arbitrarias en la intimidad de una persona.

Con similar sentido, el art. 1306 rezaba que *"los alimentos que pasó uno de los cónyuges al otro durante el trámite del juicio se imputarán en la*

separación de bienes a la parte que corresponda al alimentado, al menos que el juez fundado en motivos de equidad derivados de las circunstancias del caso, dispusiere hacerlos pesar sobre el alimentante".

Para Palmero, del análisis de los textos referidos a la equidad en el Código Civil luego de la reforma de 1968 surge que *"en ciertas hipótesis parece resurgir con toda su magnificencia la 'equitas' romana, como sinónimo genuino de ratio legis o 'razón natural'; en otras se manifiesta como un criterio morigerador de desnivelaciones de fortunas (arts. 907 y 1069 del Cód. Civ.); actúa también para introducir soluciones correctas en el derecho de familia y sucesorio, donde el 'suum cuique tribuere' pierde todo el sentido de justicia frente a una institución que compromete a la sociedad misma (arts. 1036 y 3477) y, por último, en el régimen contractual, se emplea como fuente integradora de su significado y alcance, o como elemento nivelador de las prestaciones recíprocas nacidas del acuerdo de voluntades (arts. 1198, 1368 y 954 del Cód. Civil)".* En un esfuerzo sintetizador, este autor entiende que la equidad es un factor *"morigerante"* que busca adaptar la justicia a la situación especial²⁴.

2.3.2. Código Civil y Comercial.

El nuevo Código reconoce a los principios jurídicos como fuente autónoma de derecho, es decir, como una fuente cuya validez no está supeditada al derecho positivo, y ya no como un mero recurso supletorio que se limita a integrar los vacíos y lagunas normativas no resueltas mediante el auxilio de otros canales jurídicos. En tal sentido, los principios se erigen como elementos lógicos y éticos del derecho que, por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos.

A diferencia del Código de Vélez que solo les abría la puerta a los principios generales de derecho como fuente supletoria, es decir, cuando la norma legal aplicada en forma directa o por vía de extensión analógica, y en la medida en que surgieran de la lógica subyacente de las normas que integran el orden positivo, el nuevo Código, en cambio, reconoce a los principios jurídicos

²⁴ PALMERO, Juan C., "El daño involuntario. Indemnización de equidad", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1973, ps. 152-161.

como fuente de derecho autónoma, con independencia de una validación normativa.

La equidad entendida como principio jurídico no escapa pues a ese carácter de fuente interpretativa, integradora y creadora de derecho. Al igual que los principios del realismo jurídico clásico, y sin perjuicio de su especial función correctiva, la equidad es una exigencia de justicia cuya validez se asienta, más que en un reconocimiento normativo contingente, en su fundamentación racional y universal, lo que remite, en última instancia, a la naturaleza de la persona humana.

A través del espejo de los principios y valores jurídicos, el Código Civil y Comercial auspicia una conexión material entre derecho y moral en cuyo seno sobresale la equidad como principio articulador de principios. Al decir de Vigo, *“los principios jurídicos (...) implican recuperar para el derecho el sentido último que explica y justifica su existencia, que él no es un mero medio técnico en donde solo importa su perfección sistemática. Los principios remiten el derecho a la antropología o, mejor dicho, a lo que es más propiamente humano, o sea, su eticidad, su felicidad y su buen vivir y convivir”*²⁵. Y la equidad viene a garantizar precisamente la coexistencia justa de aquellos principios en cada caso concreto.

El protagonismo de los principios también ha sido alentado por la idea no positivista, según la cual la realización del derecho trasciende la lógica del silogismo propia del *“Estado legal de derecho”*. Conviene señalar, al respecto, que la aplicación de las normas consistía en desentrañar abstractamente el sentido de aquéllas para luego proyectarlo al caso individual subsumible en el caso genérico. Para las tesis no positivistas, realizar el derecho es, en clave funcional, desarrollar una justificación interna y externa del razonamiento jurídico aplicativo, es decir, apelar a argumentos y razones que avalen o permitan sostener racionalmente ciertas premisas o enunciados de aquel razonamiento.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha desarrollado una línea argumental favorable a la recepción de los principios jurídicos dentro del esquema general de fuentes jurídicas. En efecto, el Máximo

²⁵ VIGO, Rodolfo L.: *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*, 1.a ed. Buenos Aires, Educa, 2015, p. 349.

Tribunal de nuestro país ha aseverado que: *“los jueces deben interpretar las leyes de manera que concuerden con los principios y garantías constitucionales”* (242:128; 246:162; 248:91; 254:483;262:41;267:478).

Pero, más allá de este empoderamiento general de los principios jurídicos, el nuevo Código exalta a la equidad en particular al aludir en su art. 3 al deber de los jueces de *“resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”*. Esto significa que, a diferencia de lo que ocurría en el positivismo legalista, la validez de las decisiones judiciales ya no podrá reducirse a un análisis sistemático y formal. O sea, ya no es únicamente válida aquella decisión que se sustenta en una norma dictada por el órgano y el procedimiento establecido por otra norma del sistema, con prescindencia del contenido de justicia material que dicha norma pudiese comportar. Para el iusnaturalismo, en cambio, la justificación de las decisiones judiciales, amén de su apoyatura en normas autoritativas sistémicas y en su eficacia social, depende principalmente de su validez ética o corrección material o racional, siendo la equidad la última vuelta de tuerca de esa corrección en la realidad del caso.

En esta inteligencia, Lorenzetti sostiene que: *“deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos”*²⁶.

Como consecuencia lógica de tal postulado, se produce una revaloración de la razón práctica prudencial en tanto facultad humana esencial para la aplicación de la equidad, lo que lleva a la revalorización del “caso” como ámbito de aplicación del derecho y, por ende, de realización de la justicia. El iusnaturalismo asume que, en el nivel de lo fáctico, de lo contingente e irrepetible, la prudencia opera como una especie de puente entre las exigencias generales o universales y las particulares impuestas por la situación de que se trate.

²⁶ LORENZETTI, Ricardo L., Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Publicado en La Ley 2304/2012, 1 – LA LEY2012-C, 581.

La novedad reside en que el jurista ya no puede conformarse con resolver un caso “*desde arriba*” con la mera reproducción de una norma dada, sino que debe descender al escabroso terreno del caso concreto para elaborar, en función de sus exigencias particulares, un precedente que permita su resolución equitativa a la luz del universo de normas y, sobre todo, principios que integran el derecho vigente.

La redacción del art. 1 del Título Preliminar respalda esta visión hermenéutica: “*Los casos que este Código rige deben ser resueltos...*”. Queda claro que el centro del ordenamiento normativo iusprivatista es el “*caso*”, en torno al cual debe elaborarse la solución jurídica. Dicho de otro modo, el “*caso*” forma parte activa del proceso de descubrimiento del derecho y no es materia inerte a la cual se le impone una fórmula general y abstracta.

La otra gran transformación que ha servido como un trampolín institucional para que los principios jurídicos adquieran máxima gravitación en el derecho argentino ha sido la visualización de la Constitución Nacional como una norma jurídica fundamental, y no como un mero programa político²⁷.

La Carta Magna, según las tesis neoconstitucionalistas o iusnaturalistas, es concebida como un conjunto de preceptos básicos mínimamente justos y, por sobre todo, como un núcleo duro de moralidad racional canalizada en principios, fines, bienes y derechos humanos.

Estas exigencias, más que directivas indirectas y programáticas, son mandatos operativos que obligan a todos los particulares y, fundamentalmente, al Estado en todos sus poderes y niveles. Y que proyectan su incidencia sobre el ordenamiento jurídico íntegramente considerado, por lo que todo el derecho público y privado debe ser reinterpretado en clave constitucional.

El nuevo Código promueve la constitucionalización del derecho en general, y la constitucionalización del sistema iusprivatista en particular. En los fundamentos del anteproyecto, sus redactores enuncian a la constitucionalización del derecho privado como un aspecto valorativo que caracteriza a la nueva normativa. En este sentido, se define el impacto de esta tendencia como “*una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado*”.

²⁷Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Infojus, 2012, p. 523.

El art. 1 del Código Civil y Comercial postula a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos como fuente y límite formal y material de las normas iusprivatistas. La mención destacada de los derechos humanos no sólo marca la captación de un bloque de constitucionalidad que desborda los márgenes de la Constitución escrita, sino que además sintetiza la esencia de lo constitucional como órbita de resguardo de bienes fundamentales de la persona y la comunidad.

En esta inteligencia, el art. 2 le asigna al derecho constitucional y convencional de derechos humanos la función de pauta interpretativa privilegiada del sentido de las leyes. En respaldo del texto legal, la Corte Suprema había dicho: *“No se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines y, en especial, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y los principios fundamentales del derecho, en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el todo normativo”*²⁸.

Consideramos, en definitiva, que el sustrato iusfilosófico sobre el que se edifica la Constitución Nacional -en especial, a partir de la reforma del 94'- y el nuevo Código Civil y Comercial proporciona a los jueces argentinos los medios que resulten conducentes en orden a dictar fallos razonables aún cuando la solución no surja claramente del texto legal. En efecto, nuestros jueces pueden, sin violentar el ordenamiento positivo, fallar equitativamente, es decir, no aplicar o aplicar parcialmente la norma prevista por el legislador para el supuesto de hecho cuando dadas las circunstancias particulares del caso, ésta resulte manifiesta y axiológicamente inadecuada.

Amén de estas directivas generales, el nuevo Código contiene también algunas referencias normativas puntuales en relación a la equidad.

Varias de ellas se hallaban contempladas en el Código de Vélez.

En algunos casos, se mantiene casi textualmente lo dispuesto por el Código Civil anterior. Eso sucede con el caso de la lesión (art. 332, Cód. Civ. y Com.), el reajuste en el contrato de servicios (art. 1255, Cód. Civ. y Com.) y el legatario que adquirió el bien que recibe por testamento (art. 2507, Cód. Civ. y Com.). En otros es posible identificar una ampliación de la regulación con

²⁸ CSJN, 28/4/1998, Fallos: 321:1124.

relación a la legislación derogada. Ejemplo de ello son el criterio de reajuste equitativo está incorporado en los arts. 1261 (caso del desistimiento unilateral), 1267 (imposibilidad de ejecución de la prestación sin culpa) y 1268 (destrucción o deterioro de la obra por caso fortuito antes de la entrega). En lo que concierne a la donación remuneratoria, el nuevo art. 1564, Cód. Civ. y Com. sigue al Código anterior y también incorpora una mención al tema en el art. 464 referido a la calificación de ciertos bienes como propios de cada uno de los cónyuges.

En el nuevo art. 1742, Cód. Civ. y Com. se prevé la regla general de atenuación de responsabilidad por parte del juez, en cierta continuidad con el anterior art. 1069 del Cód. Civil. Dispone el art. 1742: *"Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable"*. Se mantiene de tal modo la exclusión de esta posibilidad para casos de dolo y se agregan el deber de considerar *"la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho"*.

Por su parte, el art. 1750 rescata la idea de reparación por actos involuntarios basada en razones de equidad con algunas particularidades: 1) elimina el carácter puramente potestativo de la reparación del daño causado por actos involuntarios, que en el anterior art. 907, Cód. Civil se plasmaba en la expresión "los jueces podrán"; 2) mantiene la referencia a las "razones de equidad", lo que plantea, por un lado, cierto carácter excepcional de la situación, y por el otro, la remisión a un tipo de indemnización morigerada conforme a los criterios del art. 1742, Cód. Civ. y Com., 3) al remitir al art. 1742, se aparta claramente del principio de reparación "plena" previsto en el art. 1740, Cód. Civ. y Com.; 4) mantiene los dos criterios de ponderación del juicio de equidad que figuraban en el anterior art. 907 modificado por la ley 17.711 (patrimonio del autor del hecho y situación personal de la víctima), y agrega la mención a las *"circunstancias del hecho"*.

Otras aplicaciones resultan, en cambio, innovadoras respecto al Código anterior. Entre los casos de nuevos usos de la equidad encontramos el art. 650, Cód. Civ. y Com. donde califica la distribución de tareas entre los padres en la modalidad de cuidado personal compartido indistinto: *"el hijo reside de manera*

principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado".

Un nuevo uso aparece también en el art. 1068, Cód. Civ. y Com., donde la equidad aparece como criterio último de interpretación de los contratos a título oneroso: *"Expresiones oscuras. Cuando a pesar de las reglas contenidas en los artículos anteriores persisten las dudas, si el contrato es a título gratuito se debe interpretar en el sentido menos gravoso para el obligado y, si es a título oneroso, en el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes".*

En la regulación de los contratos de consumo, el art. 1098, Cód. Civ. y Com. se refiere al deber de *"trato equitativo y no discriminatorio"*: *"Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores".*

En relación con el arbitraje, el art. 1652 considera el caso del contrato en que se autoriza expresamente a los árbitros a *"decidir la controversia según equidad"*. Si ello no sucede y nada se estipula en el convenio arbitral acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables compondores, *"se debe entender que es de derecho"*. Este artículo plantea un interesante problema de fondo, en el sentido de determinar si estamos ante una concepción de la equidad como una realidad "extrajurídica", distinta a la solución *"de derecho"*. Los desarrollos sobre la noción misma de equidad nos permiten concluir que ello no es correcto y que hay que considerar a la equidad como una parte de la justicia y por tanto como una institución propiamente jurídica, aunque de carácter excepcional.

Un nuevo uso de la equidad se destaca en relación con el estado de necesidad como justificación de un daño en el art. 1718, Cód. Civ. y Com. que dispone: *"Está justificado el hecho que causa un daño:... c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo"*.

El art. 1785, Cód. Civ. y Com. postula, por su parte, a la equidad como criterio señero para determinar el deber que pesa sobre el dueño del negocio de remunerar a quien ha hecho una gestión útil "*si la gestión corresponde al ejercicio de su actividad profesional, o si es equitativo en las circunstancias del caso*".

Finalmente, podemos reconocer una dimensión inversa en el nuevo Código en la que no se mantienen ni introducen nuevos casos de equidad, sino que se eliminan referencias preexistentes en la antigua codificación. Si bien el retroceso es mínimo y muchas veces meramente nominal, existen supresiones puntuales que consideramos necesario mencionar.

En tal aspecto, cabe puntualizar el nuevo artículo referido a la teoría de la imprevisión (art. 1091, Cód. Civ. y Com.) y el nuevo artículo sobre protección de la intimidad (art. 1770, Cód. Civ. y Com.).

También desaparece la mención a la equidad que contenía el anterior Código en relación con las obligaciones naturales, que ahora cambiaron su denominación, en una redacción que merece críticas: "*Pago espontáneo. El pago espontáneo de una obligación prescripta no es repetible*" (art. 2538, Cód. Civ. y Com.).

En función de lo dicho, podemos concluir que no hay una modificación sustancial en cuanto a los usos del término equidad en el nuevo Código Civil y Comercial en comparación con el anterior Código²⁹. Pero sí se evidencia una transformación cualitativa del valor acordado a la equidad como fuente jurídica como consecuencia de la exaltación de los principios jurídicos y de la importancia hermenéutica asignada al caso ya no sólo como materia pasiva del derecho sino como entidad co-constructiva del derecho. En sintonía con ello, advertimos en la nueva legislación un incremento cuantitativo apreciable de previsiones normativas que positivizan la idea de equidad. Algunas de ellas condensan la concepción romana de equidad y otras trasuntan la aplicación de la equidad como *epikeia* de la tradición aristotélica.

3. La equidad en el orden internacional.

²⁹ Cf. LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, op. cit.

En el ámbito del derecho internacional, el estatuto de la Corte Internacional de Justicia expresamente refiere a la equidad como fuente del derecho en su art. 38³⁰ inc. 2) y faculta a los jueces a resolver *ex aequo et bono* cuando las partes así lo soliciten. Sin embargo, la Corte se ha ocupado de distinguir la posibilidad de resolver *ex aequo et bono* del principio de equidad entendido como principio general del derecho subyacente en toda resolución en los siguientes términos: *“el concepto de equidad es una directa emanación de la idea de justicia. La Corte cuyo principal objetivo es, por definición, administrar justicia, se encuentra obligada a aplicar dicho concepto. En la historia del sistema legal el término ‘equidad’ ha sido utilizado para definir varios conceptos. Ha sido frecuentemente utilizado en contraste con las reglas rígidas del derecho positivo cuya severidad debía ser mitigada para alcanzar la justicia. En general, este contraste no encuentra paralelo en el desarrollo del derecho internacional; el concepto de equidad legal es un principio general directamente aplicable como derecho. Mas aun, cuando se aplica el derecho positivo internacional, la corte debe elegir de entre las diferentes posibles interpretaciones del derecho aquella que aparezca de acuerdo a las circunstancias del caso, como la más cercana a los requerimientos de justicia. La aplicación de los principios equitativos debe distinguirse de la decisión ex aequo et bono. La Corte solo puede utilizar dicha forma de resolución cuando las partes así lo acuerden, en cuyo caso la Corte queda liberada de la estricta aplicación de las reglas legales en orden a obtener un acuerdo apropiado. Sin embargo, la tarea de la Corte en este caso es diferente: esta constreñida a aplicar principios de equidad como parte del derecho internacional, y balancear las distintas consideraciones que se consideran relevantes a fin de obtener un resultado equitativo. Mientras que resulta clara que ninguna regla rígida existe con el peso exacto para ser aplicada a cada elemento del caso, esto es muy*

³⁰Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Art. 38. 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo conviniere.

*diferente a ejercitar la discreción o conciliación ni de tratarse de una operación de justicia distributiva*³¹, ³².

En síntesis, la resolución de litigios en los términos del art. 38.2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se encuentra limitada a la expresa manifestación de las partes en tanto que la utilización del criterio de equidad como principio general del derecho obliga a la Corte a elegir de entre las distintas interpretaciones posibles, aquella que más se acerque a la justicia.

Es que la noción de *equidad* “y el fundamento mismo que inspira este concepto se encuentran presentes en diversos sistemas jurídicos alrededor de todo el mundo”³³. Sin que ello implique unicidad en el alcance que se le otorga al vocablo, conforme se desprende de lo referido supra.

Ahora bien, pese a esta indeterminación propia del vocablo, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos -por caso, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos- es dable hallar pronunciamientos en los que los propios Estados o las víctimas requieren a la Corte una reparación de acuerdo con la equidad. Asimismo, la propia Corte refiere en sus precedentes a

³¹CIJ, Case Concerning The, Continental Shelf, (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment Of 24 February 1982, par. 71.

³²El texto en su original: 71. Equity as a legal concept is a direct emanation of the idea of justice. The Court whose task is by definition to administer justice is bound to apply it. In the course of the history of legal systems the term “equity” has been used to define various legal concepts. It was often contrasted with the rigid rules of positive law, these verity of which had to be mitigated in order to do justice. In general, this contrast has no parallel in the development of international law ;the legal concept of equity is a general principle directly applicable as law. Moreover, when applying positive international law, a court may choose among several possible interpretations of the law the one which appears, in the light of the circumstances of the case, to be closest to the requirements of justice. Application of equitable principles is to be distinguished from a decision ex aequo et bono. The Court can take such a decision only on condition that the Parties agree (Art. 38, para. 2, of the Statute), and the Court is then freed from the strict application of legal rules in order to bring about an appropriate settlement. The task of the Court in the present case is quite different: it is bound to apply equitable principles as part of international law, and to balance up the various considerations which it regards as relevant in order to produce an equitable result. While it is clear that no rigid rules exist as to the exact weight to be attached to each element in the case, this is very far from being an exercise of discretion or conciliation ;nor is it an operation of distributive justice” CIJ, Case Concerning The, Continental Shelf, (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment Of 24 February 1982, par. 71.

³³ROBAYO Galvis, W. La equidad como elemento fundamental de los procesos de delimitación marítima en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Derecho del Estado n.º 38, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2017, pp. 199-221. doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.08>

partidas indemnizatorias de acuerdo al criterio de equidad, considerándola como principio rector para apreciar el alcance resarcitorio³⁴³⁵.

Qué contornos tiene la equidad que lleva incluso a víctimas lesionadas a solicitar la reparación a su luz?³⁶

4. La reparación equitativa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La idea de reparación ha sido, desde antaño, el modo de equilibrar, de cuantificar la vuelta a la justicia en supuestos de desequilibrio. Así, es dable recordar a Platón cuando a través de su *Diálogo Fedró* le decía a Sócrates “...Además, los enamorados tienen siempre ante sus ojos todo lo que de su incumbencia les ha salido mal a causa del amor y, por supuesto, lo que les ha salido bien. Y si a esto añaden las dificultades pasadas, acaban por pensar que ya han devuelto al amado, con creces, todo lo que pudieran deberle”.

Tras esta afirmación se encuentra la esencia misma de la reparación, presentada no solo como un consuelo para la víctima sino también como un pacificador de culpas en el dañador. Es decir, Platón refiere a la reparación desde la óptica del agente dañador y el dañado. Es frecuente referirnos a la reparación solo desde el punto de vista del dañado.

Sin embargo, es de interés abordar la reparación como un doble camino en el que directa y proporcionalmente se encuentra el consuelo “de la/las parte/s lesionada/s” conforme a la terminología utilizada por la Corte Interamericana. Es decir, quien ha sido declarada víctima³⁷ de la violación de

³⁴ Cfr. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, párr. 218; *Caso Cesti Hurtado.Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 31 de mayo de 2001. Serie C No. 78, párr. 72; y *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros).Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 109.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú, Sentencia de 28 de febrero de 2003, (Fondo, Reparaciones y Costas), par. 181.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004, (Fondo, Reparaciones y Costas).

³⁷ Desde el punto de vista de la legitimación ha dicho la Corte que “de conformidad con el artículo 35.1 del Reglamento de la Corte, el informe al que se refiere el artículo 50 de la Convención debe contener “todos los hechos supuestamente violatorios, inclusive la identificación de las presuntas víctimas”. En este sentido, corresponde a la Comisión y no a este Tribunal, identificar con precisión y en la debida

algún derecho reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos³⁸.

Por otro lado, la reparación entendida como un modo de superación del propio dañador. En el caso del Estado, tiene un especial interés en que se repare el daño y evitar que se repita, pues -en definitiva- la función del Estado es justamente al servicio de la sociedad en su conjunto. En caso de que esta función se halle económicamente desmotivada, el alcance de la reparación fijada por la Corte IDH cobrara especial relevancia como elemento desincentivador de la reiteración de conductas violatorias.

Esta óptica de la reparación desde un enfoque dañado-dañador, es a su vez superada por la idea de la reparación que contempla al “dañado-dañador- y posibles dañados”, que se desprende del encomiable voto razonado de CASCADO TRINDADE en la causa “Bulacio vs. Argentina” al afirmar: *“La reparación, así entendida, comportando, en el marco de la realización de la justicia, la satisfacción a las víctimas (o sus familiares) y la garantía de no-repetición de los hechos lesivos, -tal como es sostenida por la Corte Interamericana en la presente Sentencia en el caso Bulacio versus Argentina, - se reviste de innegable importancia. El rechazo de la indiferencia y del olvido, y la garantía de no-repetición de las violaciones, son manifestaciones de los lazos de solidaridad entre los victimados y los potencialmente victimables, en el mundo violento y vacío de valores en que vivimos. Es, en última instancia, una expresión elocuente de los lazos de solidaridad que unen los vivos a sus muertos³⁹. O, más precisamente, de los lazos de solidaridad que unen los muertos a sus sobrevivientes, como se estuvieron aquéllos diciendo a éstos: no hagan con otros lo que hicieron con nosotros y con nuestros padres*

oportunidad procesal a las presuntas víctimas en un caso ante la Corte” (Cfr. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párr. 112 y Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 245. Criterio ratificado en Caso Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C No. 237.

³⁸Cfr. Caso Bayarri Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008. Serie C No. 187, párr. 126 y Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C No. 244, párr. 149

³⁹ “Sobre estos lazos de solidaridad, cf. mis Votos Razonados en el caso Bámaca Velásquez versus Guatemala (Sentencias de la Corte Interamericana sobre el fondo, del 25.11.2000, y sobre reparaciones, del 22.02.2002)”, Voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio Vs. Argentina Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).

*sobrevivientes, para que puedan ellos y sus hijos seguir teniendo una vida sencilla y feliz, quizás sin saberlo*⁴⁰.

En este sendero podríamos referir a la reparación como un trípode en el que dañado- dañador- potenciales dañados, confluyen y se interrelacionan en una dialéctica con punto de origen en el hecho dañoso.

El deber del Estado de reparar los daños es un principio de derecho internacional receptado desde antaño por la Corte Permanente de Justicia Internacional⁴¹ –en relación a la responsabilidad de un Estado respecto de otro Estado-, cuya jurisprudencia ha sido tomada por la actual Corte Internacional de Justicia⁴².

Soslayar el punto concerniente a la reparación sería casi como negar la función misma del sistema interamericano. El hecho ilícito internacional, genera desde el momento mismo de su nacimiento el deber de reparar. Este deber de reparar surge del principio general del deber de no dañar a otro. Este principio junto al del derecho de igualdad, en cuanto a que ningún particular tiene el deber de soportar un daño distinto al de sus semejantes en igualdad de condiciones, pone en cabeza del Estado el deber de reparar el daño ocasionado. Y ese deber de reparar, siguiendo la lógica de CANCELO TRINDADE, ya aludida, incluye el deber de evitar la repetición del daño (para protección de los potenciales victimables).

La reparación es una clave del sistema en cuanto implica la verdadera intención de borrar los resultados del injusto sufrido, aunque ello resulte imposible en el plano práctico dado que una vez padecido el daño se ocasiona el costo de oportunidad perdido. Es decir que aun cuando se pueda, en el caso

⁴⁰Voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio Vs. Argentina Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas)

⁴¹ Caso “Fabrica Chorzow”, “Alemania vs. Polonia”, CPJI, Sentencia del 13 de septiembre de 1928, Serie A, N° 17, Citado por TRUCCO, Marcelo en La responsabilidad internacional de los Estados en el escenario actual del sistema interamericano de derechos humanos, capítulo en el libro Responsabilidad Internacional de los Estados. Desarrollo actual, perspectivas y desafíos, (Dir) ANDRÉS, Gabriel E. y PAVÓN PISCITELLO, Daniel, Editorial de la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, 2012, p. 156

⁴² Caso “Estrecho de Corfu” Sentencia de junio de 1949, CIJ (Recueil 1949), Caso de las “Actividades Militares y paramilitares en y contra Nicaragua” (Nicaragua vs. Estados Unidos de América), sentencia del 27 de junio de 1986. Cita de TRUCCO, Marcelo op. Cit. p. 156. Es dable aclarar que el caso citado en último término pone en evidencia el juego político que se esconde tras el deber de los Estados de reparar. Este caso pone en jaque el principio de igualdad soberana de los Estados y recuerda esa triste afirmación de que los Estados pequeños están condenados a ser invadidos en tiempos de guerra y olvidados en tiempos de paz.

concreto, restituir al damnificado de aquello de lo cual fue privado (*statu quo ante*), habrá perdido el costo de oportunidad materializado en el tiempo en que dejó de gozar de ese estado. Ante dicha imposibilidad, la reparación se manifiesta como la forma de hacer cesar y principalmente, mitigar los efectos ocasionados por el hecho dañoso. Es un modo de internalizar las externalidades que caracterizan a los daños producidos por hechos ilícitos. Por cierto, no la única⁴³.

La reparación sirve entonces como una solución *ex post* en el caso concreto, es decir que debe contemplar el “*pos daño*”, y a su vez puede adquirir, como lo ha hecho por ejemplo en el caso “*Furlan vs Argentina*”, un efecto “*pre daño*”⁴⁴ en cuanto actúe como forma de prevenir el acaecimiento de nuevos daños, tanto al damnificado concreto como la repetición de situaciones análogas a otros sujetos. Nuevamente, se clarifica la idea trípode de la reparación dañado-dañador- posible dañados.

En su precedente, “*Caso Aloeboetoe y otros*”, el Tribunal Interamericano aludió a la imposibilidad de la reparación de todos los perjuicios en los siguientes términos: “*Todo acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas unas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: causa causæ est causa causati. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago y que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos. (...) Obligar al autor de un hecho ilícito a borrar todas las consecuencias que su acto causó es enteramente imposible porque su acción tuvo efectos que se multiplicaron de modo inconmensurable..... La solución que da el Derecho en esta materia consiste en exigir del responsable la reparación de los efectos inmediatos de los actos ilícitos, pero sólo en la medida **jurídicamente** tutelada. Por otra parte, en cuanto a las diversas formas y modalidades de reparación, la regla de la *in integrum restitutio* se refiere a un modo como **puede** ser reparado el efecto de un acto ilícito internacional, pero no es la única forma como **debe** ser reparado, porque*

⁴³ COOTER- ULEN, Op . cit. p. 371 nos recuerdan que otros instrumentos son los estatutos penales, las regulaciones de seguridad y los incentivos fiscales.

⁴⁴Para la idea de pre daño, daño y pos daño, puede verse JARAMILLO J., Carlos Ignacio, Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado. Funciones de la responsabilidad civil en el siglo XXI y trascendencia de la prevención, Coedición con el Grupo Editorial Ibañez, 2013, p.20

puede haber casos en que aquella no sea posible, suficiente o adecuada (**cfr. Usine de Chorzów, fond , supra 43, p. 48**). De esta *manera*, a juicio de la Corte, debe ser interpretado el artículo 63.1 de la Convención Americana⁴⁵.

Ante ello, el Tribunal ha reiterado en su jurisprudencia constante que es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente⁴⁶.

En relación a las reparaciones compensatorias, los daños materiales no traen mayores inconvenientes pues dependerán -en principio- de la prueba arribada a la causa. Esta apreciación “*puede ser realizada con base en el principio de equidad y tomando en cuenta los gastos señalados por las partes, siempre que su quantum sea razonable*”⁴⁷.

Sin embargo, respecto a las reparaciones del daño inmaterial surgen amplias divergencias en los *quantums* indemnizatorios, pues ante la ausencia “*de un parámetro internacional*” de reparación de estos daños no es posible realizar un estándar de referencia única⁴⁸.

Y aquí, en estos daños inmateriales, entra a campear con mayor intensidad el criterio de equidad.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones, (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 10 de septiembre de 1993

⁴⁶ *cfr. Caso Cesti Hurtado. Reparaciones*, párr. 32; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala). Reparaciones*, , párr. 59; *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros vs. Guatemala). Reparaciones*, párr. 75; *Caso Ivcher Bronstein*,, párr. 177; *Caso Baena Ricardo y otros*, *supra* nota 9, párr. 201; *Caso del Tribunal Constitucional*, párr. 118; *Caso Suárez Rosero. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44, párr. 40; *Caso Loayza Tamayo. Reparaciones* (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 84; *Caso Caballero Delgado y Santana. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31, párr. 15; *Caso Neira Alegría y Otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 36; *Caso El Amparo. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párr. 14; y *Caso Aloeboetoe y Otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 43. En igual sentido, *cfr.*, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1949, p. 184; *Factory at Chorzów*, Merits, Judgment No. 13, 1928, *P.C.I.J.*, Series A, No. 17, p. 29; y *Factory at Chorzów*, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, *P.C.I.J.*, Series A, No. 9, p. 21.

⁴⁷ *Caso “Cinco Pensionistas”*, párr. 181, *Caso Cantos*, párr. 72; y *Caso del Caracazo, Reparaciones*, párr. 131, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

⁴⁸ GRAHAM, James, The compensation of damage as result of the state’s international responsibility: an overview, en *Responsabilidad internacional de los Estados*.op. cit. p. 54

Frente las graves tragedias cotidianas -se preguntaba a modo reflexivo en su voto razonado el Dr. CANCADO TRINDADE- ¿cómo apreciar el papel del Derecho, y las reparaciones a las víctimas, en un cuadro trágico e irreversible?⁴⁹

La Corte ha sostenido en la causa *Bulacio vs. Argentina* que *“El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, y el menoscabo de valores muy significativos para las personas, como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. Este daño sólo podría ser compensado mediante la cantidad que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial”*⁵⁰.

La Corte estima *“que la jurisprudencia sirve como orientación para establecer principios en esta materia, aunque no puede invocarse como criterio unívoco, porque cada caso debe analizarse conforme a sus propias características”*⁵¹.

En *Bulacio vs. Argentina* también aclaró que: *“La jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye per se una forma de reparación”*⁵². No obstante, por las graves circunstancias del presente caso, la intensidad de los sufrimientos que los hechos causaron a la víctima y a sus familiares, el cambio en las condiciones de existencia de la familia y las demás consecuencias de orden no material o no pecuniario que sufrieron éstos, la Corte estima pertinente el pago de una compensación por

⁴⁹Caso *Bulacio Vs. Argentina* Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).

⁵⁰ Cfr., *Caso Juan Humberto Sánchez*, párr. 168; *Caso del Caracazo, Reparaciones*, párr. 94; y *Caso Trujillo Oroza, Reparaciones*, Sentencia de 27 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas), párr. 77.

⁵¹ Cfr., *Caso Trujillo Oroza, Reparaciones*, párr. 82; *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros), Reparaciones*, párr. 104; y *Caso Blake. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48, párr. 54.

⁵² Cfr., *Caso Juan Humberto Sánchez*, párr. 172; *Caso “Cinco Pensionistas”*, , párr. 180; *Caso Las Palmeras, Reparaciones*, párr. 74; *Caso Trujillo Oroza, Reparaciones*, párr. 83; *Caso Bámaca Velásquez, Reparaciones, supra*, párr. 60; *Caso Cantoral Benavides, Reparaciones*, , párr. 57; *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni*, , párr. 166; *Caso Cesti Hurtado. Reparaciones*, , párr. 51; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), Reparaciones*, párr. 88; y *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros), Reparaciones*, párr. 105. En igual sentido, Cfr. *Eur. Court HR, Ruiz Torija v. Spain judgment of 9 December 1994, Series A no. 303-A, para. 33*; *Eur. Court HR, Boner v. the United Kingdom judgment of 28 October 1994, Series A no. 300-B, para. 46*; *Eur. Court HR, Kroon and Others v. the Netherlands judgment of 27 October 1994, Series A no. 297-C, para. 45*; *Eur Court H.R., Darby v. Sweden judgment of 23 October 1990, Series A no. 187, para. 40*; *Eur. Court H.R., Wassink v. The Netherlands judgment of 27 September 1990, Series A no. 185-A, para. 41*; *Eur. Court H.R., Koendjiharie v. The Netherlands, judgment of 25 October 1990, Series A no. 185-B, para. 34*; and *Eur. Court H.R., Mc Callum v. The United Kingdom judgment of 30 August 1990, Series A no. 183, para. 37*.

concepto de daños inmateriales conforme a **equidad**⁵³. En casos anteriores, este Tribunal ha señalado que cuando existe un reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado no se requieren pruebas para demostrar el daño ocasionado⁵⁴.

De lo transcrito se desprende que la equidad es utilizada por la CorteIDH en los términos delineados por la Corte Internacional de Justicia, esto es como un concepto ceñido al de justicia que atempera la rigidez normativa, pero en particular es utilizada por la CorteIDH para acercarse a la justicia de la reparación cuando la entidad de la tragedia dificulta la fijación de una reparación justa. Máxime cuando de daños inmateriales se trata, al no existir un criterio unívoco de fijación de este. Es que la propia naturaleza del daño, el dolor y la pérdida lo hacen inconmesurable.

Ante ello, la Corte IDH ha propuesto en sus pronunciamientos la reparación de los mismos conforme a equidad. Concepto que el tribunal liga a la idea de razonabilidad. Vgr. en la causa *Lori Benenson Mejía vs. Perú*⁵⁵ la Corte entendió que le correspondía apreciar prudentemente el monto a resarcir en cuanto a los gastos y costas “Teniendo en cuenta que los representantes no han presentado comprobantes, esta apreciación debe ser realizada con base en el principio de equidad⁵⁶”.

Sin embargo, pese a que se alude a la violación del articulado de la Convención Americana a los efectos de fijar el quantum “en equidad” la especial atención a las circunstancias particulares del caso, dificulta la

⁵³ Cfr., *Caso Juan Humberto Sánchez*, párr. 172; *Caso del Caracazo, Reparaciones*, párr. 99; y *Caso Trujillo Oroza, Reparaciones*, párr. 83.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos *Caso Bulacio Vs. Argentina* Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 96; Cfr., *Caso Trujillo Oroza, Reparaciones*, párr. 85; *Caso Garrido y Baigorria, Reparaciones*, párr. 49; y *Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 52.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 242

⁵⁶ Cfr. *Caso Tibi*, párr. 268; *Caso "Instituto de Reeducación del Menor"*, párr.328; y *Caso Ricardo Canese*, párr 212.

extracción en concreto de presupuestos generales que den forma o sustancia a dicha equidad⁵⁷.

V.- Reflexiones a modo de cierre.

La equidad es un concepto latente en la historia de los sistemas jurídicos.

Tanto en el ámbito nacional como en el internacional, y en especial en el sistema regional de tutela de los derechos humanos, se alude a ella en sus distintas manifestaciones. Es fuertemente coincidente su utilización para morigerar o seleccionar de entre las resoluciones posibles aquella que más se acerque a la justicia. Esta idea campea en todos los ámbitos. De ello se sigue que pese a la indeterminación que caracteriza al vocablo es posible hallar una posición consolidada que lo liga con la idea de justicia en el caso concreto.

Ya en su manifestación concreta relativa a la reparación del daño, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos la Corte recurre al concepto como un modo de salvar la ausencia de criterios positivos estrictos para ponderar los daños inmateriales así como para atemperar la rigidez que se desprendería de una aplicación tajante del derecho cuando de la prueba de daños materiales se trate.

Aun cuando el sistema interamericano *“establece reglas de comportamiento destinadas a modelar el comportamiento futuro, no sólo el de los litigantes del caso sino también el de otras personas”*⁵⁸, en materia de reparación de daños inmateriales parece regirse por las particularidades del caso dificultando la extracción de lineamientos concretos de cuantificación.

En el orden interno, la equidad tanto como principio general de interpretación de la ley (conf. art. 2 C.C.C.) como en particular para el supuesto de indemnización de equidad, se encuentra expresamente legislada. Sin embargo, aun cuando no estuviera positivizada, su utilización parece hallarse

⁵⁷Vgr. Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 160; Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

⁵⁸ COOTER-ULEN, op. Cit. 491

latente -en tanto principio jurídico-, para cuando la aplicación lisa y llana de la norma acaba por sentirse socialmente injusta.

El nuevo Código Civil y Comercial evidencia una transformación cualitativa del valor acordado a la equidad como fuente jurídica como consecuencia de la exaltación de los principios jurídicos y de la importancia hermenéutica asignada al caso ya no sólo como materia pasiva del derecho sino como entidad co-constructiva del derecho. En sintonía con ello, advertimos en la nueva legislación un incremento cuantitativo apreciable de previsiones normativas que positivizan la idea de equidad. Algunas de ellas condensan la concepción romana de equidad y otras trasuntan la aplicación de la equidad como *epikeia* de la tradición aristotélica.

Aun cuando es sencillo deslindar los supuestos en que puede ponderarse una resolución basada en la equidad no sucede igual cuando se pretende extraer de los pronunciamientos judiciales el razonamiento implícito sobre los parámetros que el magistrado utiliza para considerar que está resolviendo equitativamente.

Decía Sinclair, el tortuoso personaje de Hermann Hesse en Demian, que “van cayendo las hojas de un árbol otoñal, sin que él lo sienta; la lluvia, el sol o el frío resbalan por su tronco, mientras la vida se retira lentamente a lo más íntimo y lo más recóndito. El árbol no muere, espera”⁵⁹.

Así puede expresarse que la equidad se halla ínsita en el ordenamiento, latente “*no muere*” pese a hallarse o no receptada legislativamente sino que “*espera*”. Espera la posible injusticia de la rígida aplicación de la norma para atemperarla y ajustarla a la justicia.

⁵⁹HESSE, Hermann, Demian, ed. El mundo del libro, Argentina, 2017, p. 53.